

CEF.-

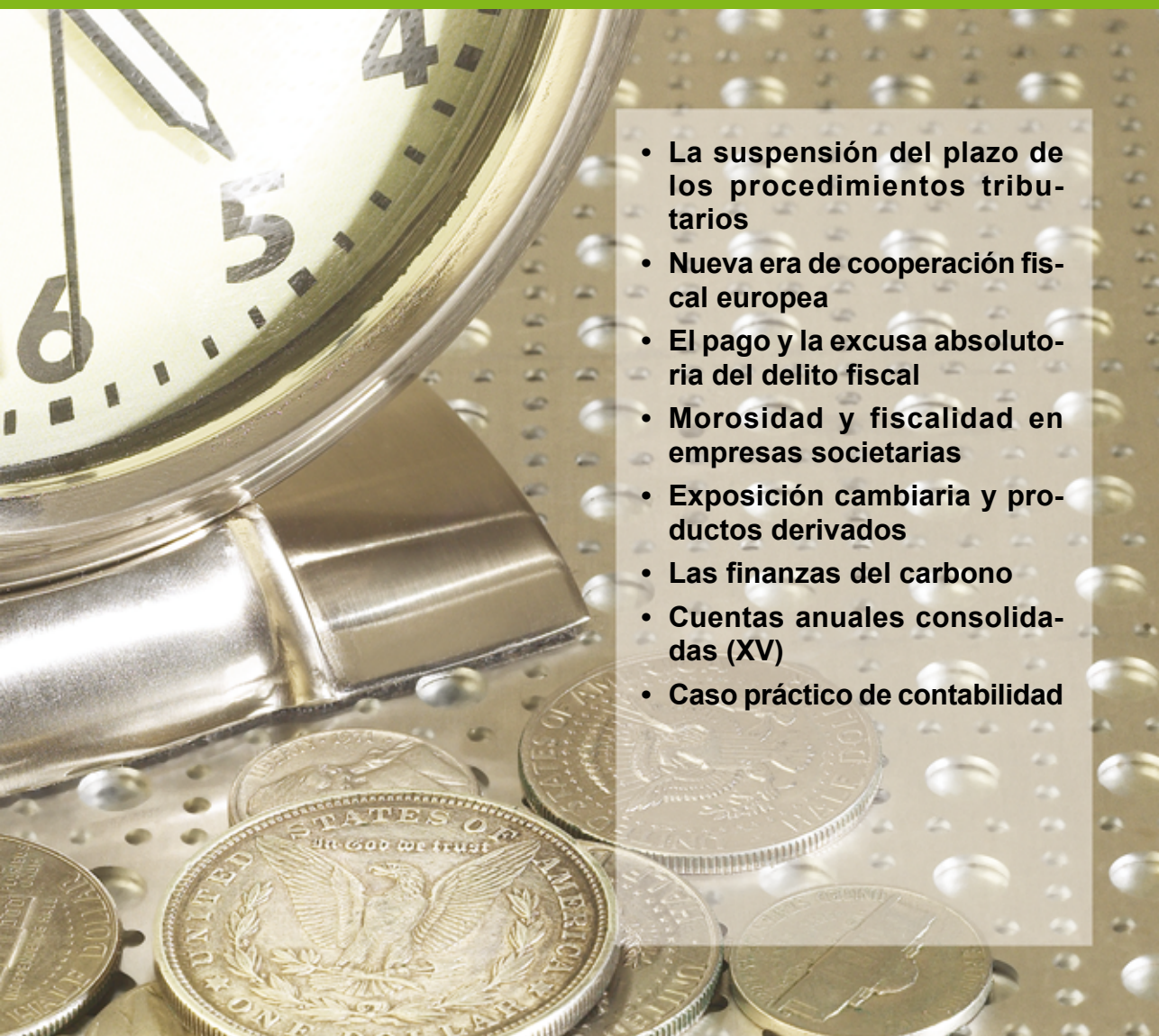
Contabilidad y Tributación

Comentarios y Casos Prácticos

ISSN: 1138-9540

Revista mensual núm. 343

Octubre 2011



- La suspensión del plazo de los procedimientos tributarios
- Nueva era de cooperación fiscal europea
- El pago y la excusa absoluta del delito fiscal
- Morosidad y fiscalidad en empresas societarias
- Exposición cambiaria y productos derivados
- Las finanzas del carbono
- Cuentas anuales consolidadas (XV)
- Caso práctico de contabilidad

CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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

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

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

OCTUBRE 2011 – NÚMERO 343

DIRECTOR

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

COORDINADORES

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

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

CONSEJO ASESOR

Sotero Amador Fernández
Profesor de Contabilidad del CEF

Mario Alonso Ayala
Presidente de AUREN-ESPAÑA

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

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

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

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

Inocencio Carazo González
Socio Director de INSESA & Abogados

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

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

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

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

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

Alejandro Larriba Díaz-Zorita
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Vicerrector de la UDIMA

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

Juan Manuel Moral Calvo
Socio Sector Financiero de KPMG Abogados

Enrique Ortega Carballo
Socio Área Fiscal Gómez Acebo & Pombo Abogados

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

Eduardo Ramírez Medina
Socio de Cuatrecasas Abogados

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

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

Correo electrónico: revistacef@cef.es

Edición electrónica: www.ceflegal.com

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

- REDACCIÓN, ADMINISTRACIÓN Y SUSCRIPCIONES:

P.º Gral. Martínez Campos, 5 - 28010 MADRID

Tel. 914 444 920

Fax 915 938 861

Correo electrónico: info@cef.es

- EDITA:

Centro de Estudios Financieros, S.L.

- IMPRIME:

Artes Gráficas Coyve, S.A.

C/ Destreza, 7

Polígono Industrial «Los Olivos»

28906 Getafe (Madrid)

- DEPÓSITO LEGAL: M-1947-1981

- SUSCRIPCIÓN ANUAL A LOS DOS VOLUMENES (2011) 137,50 € (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 (2011) 76,93 € (IVA no incluido)

- NÚMEROS SUELTOS (cada volumen):

– Suscriptores 10,00 € (IVA no incluido)

– No suscriptores 15,00 € (IVA no incluido)

En la página www.ceflegal.com encontrará publicados todos los artículos de la *Revista de Contabilidad y Tributación* desde el número 100. Aquellos artículos que se correspondan con su periodo de suscripción los podrá obtener de forma gratuita; los anteriores a su fecha de alta en el producto tendrán un descuento del 50%.

© CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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

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

SUMARIO

Página

TRIBUTACIÓN

66/2011	La suspensión del plazo de los procedimientos tributarios.	5
2.º PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2011		
<i>(Luis Alfonso Martínez Giner)</i>		
67/2011	Hacia una nueva era de cooperación fiscal europea: las Directivas 2010/24/UE y 2011/16/UE de asistencia en la recaudación y de cooperación administrativa en materia fiscal.	49
<i>(José Manuel Calderón Carrero)</i>		
68/2011	Regularización del delito fiscal: ¿es necesario el pago? (Análisis tributario a propósito de la Circular 2/2009 de la Fiscalía General del Estado).	87
<i>(Alejandro Blázquez Lidoy)</i>		
69/2011	Morosidad y fiscalidad en España y Portugal en los Impuestos sobre Sociedades y sobre el Valor Añadido.	129
	<i>(Luis Corchero Romero)</i>	
Fe de erratas		133

CONTABILIDAD

70/2011	Exposición cambiaria y productos derivados: análisis de las teorías de cobertura para España (2004-2007).	135
2.º PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2011		
<i>(Milagros Vivel Búa, Luis Otero González y Sara Fernández López)</i>		
71/2011	Las finanzas del carbono: activos, mercados y operaciones financieras.	185
<i>(Constancio Zamora Ramírez y José María González González)</i>		
72/2011	Cuentas anuales consolidadas (XV).	201
<i>(Albert Valero Tamayo)</i>		
73/2011	Segundo ejercicio del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Técnicos de Hacienda.	227
<i>(Javier González Sainza y José Tovar Jiménez)</i>		

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS		261
-----------------------------------	-------	-----

 Sólo 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

66/2011	Suspension of proceedings within taxation.	5
2.nd PRIZE ESTUDIOS FINANCIEROS 2011		
	<i>(Luis Alfonso Martínez Giner)</i>	
67/2011	Towards a new era of european tax cooperation: the EU Directives 2010/24/EU and 2011/16/EU of assistance in the collection and administrative cooperation in tax matters.	49
	<i>(José Manuel Calderón Carrero)</i>	
68/2011	The regularization of the fiscal offense: is the payment needed? (Tax analysis on account of the Circular 2/2009 of the State Attorney General).	87
	<i>(Alejandro Blázquez Lidoy)</i>	
69/2011	Default and taxation in Spain and Portugal from the perspective of Corporate Tax and VAT.	129
	<i>(Luis Corchero Romero)</i>	
Errata		133

ACCOUNTING

70/2011	Exchange exposure and derivatives: analysis of the theories of coverage for Spain (2004-2007).	135
2.nd PRIZE ESTUDIOS FINANCIEROS 2011		
	<i>(Milagros Vivel Búa, Luis Otero González y Sara Fernández López)</i>	
71/2011	Carbon finance: assets, markets and financial operations.	185
	<i>(Constancio Zamora Ramírez y José María González González)</i>	
72/2011	Consolidated annual accounts (XV).	201
	<i>(Albert Valero Tamayo)</i>	
73/2011	Second exam of the selective examination for the admission to the management Body of the Employee of the Treasury.	227
	<i>(Javier González Sainza y José Tovar Jiménez)</i>	

BIBLIOGRAPHIC REVIEWS		261
------------------------------	-------	-----

Sólo disponible en versión digital

LA SUSPENSIÓN DEL PLAZO DE LOS PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS

LUIS ALFONSO MARTÍNEZ GINER

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Alicante*

Este trabajo ha obtenido el 2.º **Premio Estudios Financieros 2011** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Gabriel CASADO OLLERO, don José Manuel CALDERÓN CARRERO, don Diego MARÍN BARNUEVO FABO, don Juan Manuel MORAL CALVO y don Eduardo RAMÍREZ MEDINA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.



Extracto:

LA importancia práctica que en la actualidad está teniendo el correcto cómputo de los plazos de los procedimientos tributarios así como la incidencia que sobre los mismos proyectan ciertas incidencias temporales es el punto de partida de la reflexión que se presenta. La protección jurídica del contribuyente encuentra en el cómputo de los plazos y en la posible suspensión de los mismos un pilar esencial que debe permitir la correcta aplicación de los tributos. El análisis detallado del régimen jurídico de la suspensión de los procedimientos tributarios se sustenta en el estudio de las causas de interrupción justificada y en las dilaciones no imputables a la Administración. La tensión jurídica que rezuma entre la jurisprudencia de nuestros tribunales y la doctrina de la Administración en relación con las circunstancias que inciden en el cómputo de los plazos de los procedimientos tributarios conforma el eje sobre el que pivota nuestra construcción sobre la suspensión de estos. Señaladamente en el procedimiento inspector se manifiestan con mayor intensidad las lagunas y a veces distorsiones jurídicas que la aplicación e interpretación tanto de la Ley General Tributaria como del Reglamento de aplicación de los tributos generan en relación con el cómputo de su plazo.

Palabras clave: procedimientos tributarios, dilaciones, interrupciones justificadas, suspensión y procedimiento de inspección.

SUSPENSION OF PROCEEDINGS WITHIN TAXATION

LUIS ALFONSO MARTÍNEZ GINER

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Alicante*

Este trabajo ha obtenido el **2.º Premio Estudios Financieros 2011** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Gabriel CASADO OLLERO, don José Manuel CALDERÓN CARRERO, don Diego MARÍN BARNUEVO FABO, don Juan Manuel MORAL CALVO y don Eduardo RAMÍREZ MEDINA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.



Abstract:

THE practical importance of the correct computation of deadlines for taxation proceedings and the influence of certain time-related events on the same are the starting points of the commentary presented in this paper. Currently, these are matters of high interest because the legal protection of the taxpayer depends on this calculation and the possible suspension of taxation terms. Detailed analysis of the relevant legal regime is based on the study of the causes of justified disruption and of delays not attributable to the Administration. The strained dialogue between the jurisprudence of our courts and the doctrine of the Administration, in relation to the circumstances that affect the calculation of terms in taxation procedures, form the spindle in which our text is wound. The legal gaps and distortions created by the application and interpretation of both the *Ley General Tributaria* (General Tax Act) and the *Reglamento* (Regulation) appear more intensely manifest in the inspection procedure.

Keywords: taxation proceedings, delays, justified disruption, suspension and tax investigation.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Consideraciones generales sobre el cómputo del plazo de los procedimientos tributarios.
 1. Habilitación legal y desarrollo reglamentario.
 2. El cómputo de las interrupciones y dilaciones en días naturales.
 3. Suspensión del plazo y continuación de actuaciones.
 4. El derecho a conocer el estado del cómputo del plazo del procedimiento. La documentación de las circunstancias.
 5. Alcance de las dilaciones no imputables a la Administración e interrupciones justificadas.
 6. Ámbito objetivo y subjetivo de las dilaciones e interrupciones justificadas.
- III. Interrupciones justificadas.
 1. Petición de datos, informes, dictámenes o valoraciones.
 2. Remisión del expediente al Ministerio Fiscal.
 3. El informe preceptivo en la declaración de conflicto en la aplicación de la norma tributaria.
 4. Actuaciones judiciales penales de las que dependa la obligación tributaria.
 5. La fuerza mayor.
 6. Conflictos ante las Juntas Arbitrales.
- IV. Dilaciones no imputables a la Administración.
 1. Consideraciones generales.
 2. Retrasos en comparencias o requerimientos de documentación: especial referencia a la advertencia al contribuyente.
 3. Aportación extemporánea de documentos.
 4. Concesión de aplazamientos y prórrogas.
 5. Inactividad del contribuyente en procedimientos iniciados a instancia de parte.
 6. Retrasos en notificaciones.
 7. Dilaciones en supuestos de aplicación de la estimación indirecta.
 8. Presentación de declaraciones, comunicaciones o solicitudes complementarias o sustitutivas.
 9. No presentación de la declaración informativa con los libros registro en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de los procedimientos tributarios durante un lapso temporal está sujeto a múltiples incidencias que pueden afectar al cómputo del plazo de los mismos. El Reglamento General de aplicación de los tributos (RGAT) ¹, siguiendo la habilitación que concede la propia Ley General Tributaria (LGT) ha supuesto una suerte de nueva ordenación de tales incidencias temporales que, considerando la importancia e interés que en la jurisprudencia y doctrina administrativa ha suscitado, exige un análisis particular.

Un procedimiento tributario puede verse paralizado por la acción y actitud del contribuyente o un tercero (dilaciones no imputables a la Administración), por la propia Administración que de forma obligada haya de detenerse en su actuación en virtud de circunstancias especiales y objetivas (interrupciones justificadas) ² o por una paralización injustificada por inactividad de la propia Administración ³. La existencia o no de interrupciones justificadas o dilaciones no imputables a la Administración –así se estructuran las circunstancias que pueden afectar al cómputo del plazo de los procedimientos– puede afectar al cumplimiento del plazo máximo de resolución de los procedimientos. Precisamente por ello, tales circunstancias tendrán relevancia en relación con los efectos que el incumplimiento del plazo máximo de resolución pueda suponer, señaladamente respecto de la posible caducidad del procedimiento o de la consumación de la prescripción tributaria por la enervación del efecto interruptivo de la misma provocado por la iniciación del procedimiento tributario cuyo plazo de resolución se incumple.

La LGT en su artículo 104.2 constituye el marco general de la regulación de las causas de interrupción justificada o de dilaciones en el procedimiento por causa no imputable a la Administración. Este precepto se enmarca en el Capítulo II del Título III de la LGT relativo a las normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios, con lo cual debe entenderse que su aplicación es común a todos los procedimientos de aplicación de los tributos, sin perjuicio de que existan especificidades en algún concreto procedimiento, verbigracia el procedimiento de inspección. Por su parte el RGAT, con la habilitación de la LGT, desarrolla esta cuestión en sus artículos 102, 103 y 104 con aplicación general a todo procedimiento tributario al margen de reglas particulares. Por ello tanto las previsiones de la LGT como del RGAT son aplicables, como veremos y a pesar de algunas dudas suscitadas ⁴, al procedimiento de inspección, si bien es cierto que en este procedimiento su regulación

¹ 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.

² ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: «Limitaciones temporales en las actuaciones inspectoras y en el procedimiento de inspección», en *Estudios jurídicos en memoria de D. César Albiñana García-Quintana*, IEF, Madrid, 2009, pág. 1.191.

³ Este último supuesto –las interrupciones injustificadas del procedimiento por causa de la inactividad de la Administración– no será objeto de nuestro estudio.

⁴ DE JUAN CASADEVALL, J.: «El nuevo Reglamento de Gestión e Inspección: normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios», *Gaceta Fiscal*, n.º 277, 200/8, págs. 138 y 139.

específica además de remitirse expresamente a las normas generales ⁵, en alguna ocasión regula aspectos temporales propios.

Las incidencias temporales –interrupciones justificadas y dilaciones no imputables a la Administración– proyectan sus efectos sobre el cómputo del plazo del procedimiento ⁶, lo cual provoca la suspensión del cómputo de tal plazo durante el tiempo en el que estén presentes tales circunstancias. Desaparecidas las mismas, el plazo del procedimiento se reanudará en el momento temporal en el que se encontrara al tiempo de producirse una interrupción justificada o una dilación no imputable a la Administración. En la práctica estas circunstancias operan descontando el tiempo final de duración del procedimiento los días naturales durante los cuales se produjera alguna de estas incidencias. Es por ello por lo que entendemos que puede hablarse de suspensión del plazo procedimental en lugar de interrupción del mismo.

No obstante, tal y como recuerda el artículo 102.7 del RGAT «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». Por ello el efecto suspensivo que tales incidencias provocan se proyecta únicamente sobre el cómputo del plazo del procedimiento sin que pueda hablarse de suspensión del procedimiento de inspección puesto que la Administración podría, si fuera oportuno, realizar otras actuaciones investigadoras. Muchas son las cuestiones que la regulación de estas incidencias temporales suscita, pero sin lugar a dudas una de las grandes aportaciones de la regulación del cómputo de los plazos máximos de resolución es la consagración de una garantía específica para el contribuyente. Este tendrá derecho a conocer el estado del cómputo del plazo de duración del procedimiento y la existencia de interrupciones justificadas o dilaciones no imputables a la Administración, con indicación de las fechas de inicio y fin de cada una de ellas, siempre que así se solicite expresamente por el contribuyente, tal y como señala el artículo 102.6 del RGAT ⁷.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE LOS PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS

Los procedimientos tributarios, con carácter general, se rigen por el artículo 104 de la LGT que establece el plazo de resolución de los mismos, cifrándolo en un máximo de seis meses salvo plazo legal superior y expreso ⁸. Dentro de ese plazo habrá de notificarse la resolución del procedimiento, siendo suficiente con acreditar que se ha realizado un intento de notificación que contenga el texto íntegro de la resolución, tal y como establece el artículo 104.2 de la LGT.

⁵ Artículo 150.1 de la LGT.

⁶ Artículo 104.2 de la LGT: «Los periodos de interrupción justificada que se especifiquen reglamentariamente y las dilaciones en el procedimiento por causa no imputable a la Administración tributaria no se incluirán en el cómputo del plazo de resolución».

⁷ La importancia de este derecho, genéricamente contemplado en el artículo 93 del RGAT ha sido puesta de manifiesto por ESCRIBANO LÓPEZ, F.: «Los condicionantes temporales en el procedimiento de inspección tributaria: plazos, periodos y secuencias», en *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, Tomo II, Aranzadi-Thomson, 2010, págs. 632-633. Considera este autor que ello puede poner coto a ciertas prácticas filibusteras.

⁸ Artículo 150 de la LGT.

El aspecto más relevante que el cómputo de ese plazo sugiere es el de las incidencias temporales que pueden acaecer en el devenir del mismo. Por ello, la LGT ha tenido en cuenta tales circunstancias y ha establecido que «los periodos de interrupción justificada que se especifiquen reglamentariamente y las dilaciones en el procedimiento por causa no imputable a la Administración tributaria no se incluirán en el cómputo del plazo de resolución ⁹». Esta exclusión opera de facto sumando el número de días de dilación o interrupción justificada a la fecha en que, en ausencia de dilaciones, vencería el plazo máximo de duración, obteniendo de esta manera la fecha en que, teniendo en cuenta las dilaciones, debe considerarse vencido el plazo máximo de resolución del procedimiento ¹⁰.

1. Habilitación legal y desarrollo reglamentario

Una cuestión que merece cierta atención tiene que ver con el desarrollo reglamentario de las causas de interrupción justificada y las dilaciones no imputables a la Administración ¹¹. El artículo 104 de la LGT únicamente constituye una habilitación legal para que el reglamento de desarrollo regule las causas que supongan una interrupción justificada del procedimiento, sin que para las dilaciones no imputables a la Administración exista una previsión similar. El hecho de que el Reglamento de aplicación de los tributos regule en sus artículos 103 y 104 tanto los periodos de interrupción justificada y las dilaciones no imputables a la Administración respectivamente no puede calificarse, sin embargo, como un exceso reglamentario porque aunque el artículo 104.2 de la LGT no supone una habilitación específica para las últimas, puede encontrarse una habilitación legal suficiente en la genérica cláusula general de la disposición final novena de la LGT, que habilita al Gobierno a dictar «cuantas disposición sean necesarias para el desarrollo y aplicación de esta ley» ¹². De tal manera que tanto la regulación de las interrupciones justificadas y las dilaciones no imputables a la Administración en el Reglamento de aplicación de los tributos tienen habilitación legal suficiente.

A pesar de que las interrupciones justificadas y las dilaciones no imputables a la Administración tienen un mismo régimen jurídico común en su incidencia sobre el cómputo del plazo de los procedimientos, lo cierto es que existe una diferente configuración: las dilaciones se configuran como un listado abierto mientras que las interrupciones justificadas constituyen una lista cerrada. Estas se regulan en el artículo 103 del RGAT y se plasman en un listado cerrado; se trata de causas tasadas y por lo tanto no pueden invocarse otras puesto que no existen otras causas de interrupción justificada ¹³. Por el contrario las dilaciones no imputables a la Administración son enunciadas a título de mero ejemplo

⁹ Artículo 104.2 segundo párrafo de la LGT.

¹⁰ DE VICENTE BENITO, F.: «Incidencia del Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección aprobado por Real Decreto 1065/2007, en la duración del procedimiento inspector», *RCyT*. CEF, n.º 298, 2008, pág. 57.

¹¹ Desarrollo reglamentario que llegó con mayor tardanza de la deseada, aunque en el fondo responde a los condicionantes marcados por la propia LGT.

¹² DE JUAN CASADEVALL, J.: «El nuevo Reglamento de Gestión e Inspección: normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios», ob. cit., pág. 136.

¹³ MONTERO DOMÍNGUEZ/BERNARDO/CARPISO: *Gestión e inspección tributaria*, Ciss, 2007, pág. 459.

en el artículo 104 del RGAT ¹⁴, pudiendo existir cualesquiera otras circunstancias que se puedan configurar como dilaciones no imputables a la Administración.

Este diferente alcance del listado de causas de interrupción justificada y de dilaciones no imputables a la Administración ha llevado a un sector de la doctrina a predicar un diferente efecto de unas y otras. Así se entiende que «el hecho de tasar las interrupciones justificadas en la norma implica que, de acaecer, su invocación y prueba de su existencia por parte de la Administración implicará que, *ex lege*, se produzca el efecto de interrupción del cómputo del plazo para la notificación de la resolución del procedimiento. En el caso de las dilaciones, no solo habrá que probar la concurrencia de aquella, sino que deberá quedar acreditado que no es posible continuar con la tramitación del expediente. El hecho de que la relación reglamentaria sea abierta abona esta tesis, en tanto en cuanto las dilaciones podrán ser de múltiples tipos. Lo trascendente es que provoquen la imposibilidad de continuar la tramitación ¹⁵». En todo caso, coincidimos en que el hecho de configurar una lista abierta de dilaciones puede provocar una dispersión normativa que genere una cierta incertidumbre contraria al principio de seguridad jurídica el cual exigiría un listado de causas tasadas ¹⁶.

2. El cómputo de las interrupciones y dilaciones en días naturales

El plazo máximo de los procedimientos tributarios se establece, con carácter general, en 6 meses, a excepción del procedimiento de inspección que tiene una duración de 12 meses ¹⁷. Sin embargo establece el artículo 102.5 del RGAT que los periodos de interrupción justificada y las dilaciones por causa no imputable a la Administración se computarán por días naturales. Ello ha llevado a considerar que –salvo en los casos en los que no se produjeran interrupciones ni dilaciones de este tipo, en cuyo caso sí se podría hablar de un periodo de 12 meses– los plazos de los procedimientos tributarios deberían computarse por días ¹⁸. Precizando algo más esta cuestión, podemos afirmar que en los supuestos en los que no existen interrupciones justificadas ni dilaciones no imputables a la Administración el cómputo deberá realizarse de fecha a fecha por meses o anualmente. Por el contrario en el caso de que existieran interrupciones justificadas o dilaciones no imputables a la Administración, computables por días naturales, habría que seguir la interpretación del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) cuando mantiene que habría que realizar el cómputo por días naturales (365 o 366 días si es bisiesto ¹⁹), y entonces sumar los días en los que existieran tales interrupciones justificadas o dilaciones no impu-

¹⁴ El artículo 104 del RGAT se refiere *entre otras* a las dilaciones por causa no imputable a la Administración.

¹⁵ MONTERO DOMÍNGUEZ/BERNARDO/CARPIZO/CORONADO: *Gestión e inspección tributaria*, ob. cit., pág. 462.

¹⁶ BERTRÁN GIRÓN, M.: Los procedimientos de aplicación de los tributos por los órganos de gestión, Aranzadi, 2008, pág. 103.

¹⁷ El artículo 48 de la Ley 30/1992 se refiere a las reglas generales relativas a los plazos fijados en meses: «2. Si el plazo se fija en meses o en años, estos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo. 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».

¹⁸ ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: «Limitaciones temporales en las actuaciones inspectoras y en el procedimiento de inspección», ob. cit., pág. 1.192.

¹⁹ RTEAC de 19 abril de 2007: si en los plazos fijados en meses o años caben interrupciones de cómputo, no es posible aplicar el criterio de fecha a fecha sino que hay que traducir el plazo legal o anual a un número de días.

tables a la Administración, determinándose así el plazo máximo de resolución del procedimiento ²⁰. Solo en el caso de que el número de días transcurrido en el caso concreto entre la notificación de inicio del procedimiento hasta la notificación del acto final superara al que se deriva del mencionado cómputo de las dilaciones e interrupciones justificadas, habría que entender que se ha incumplido el plazo de resolución. No obstante debe señalarse, como veremos, que alguna causa de interrupción justificada se puede computar por meses, teniendo en tal caso que descartar el cómputo por días naturales del plazo máximo de resolución del procedimiento para volver al cómputo por meses ²¹.

En todo caso, llama la atención que el cómputo de tales incidencias temporales se realice en días naturales. Y ello porque la regla general es que los plazos sustantivos sigan el cómputo de días naturales, tal y como se deduce del artículo 5.2 del Código Civil ²², mientras que los plazos procesales se computan en días hábiles, tal y como se desprende de la regla general del artículo 48 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de procedimiento administrativo común ²³. Por supuesto que el plazo de dilaciones e interrupciones es un plazo procesal y, por lo tanto, según la regla general, debería computarse en días hábiles. Y ello porque «solo en días hábiles pueden realizarse las actuaciones que justifican una interrupción o que dan lugar a una dilación ²⁴». La intención evidente de la previsión normativa no es otra que la de ampliar al máximo el número de días excluidos de cómputo en el plazo de resolución del procedimiento.

No obstante, la regulación del artículo 102.5 del RGAT no supone un desarrollo reglamentario *contra legem*; en primer lugar, porque el propio artículo 48 de la Ley 30/1992 constituye una regla general que admite regulaciones específicas para concretos procedimientos. Ahora bien, tal regla especial debería establecerse en norma de rango legal y no reglamentario. En todo caso, sería de aplicación en este punto la disposición adicional quinta de la propia Ley 30/1992 cuando establece que «en todo caso, en los procedimientos tributarios, los plazos máximos para dictar resolución, los efectos de su incumplimiento, así como, en su caso, los efectos de la falta de resolución serán los previstos en la normativa tributaria». Esta posibilidad es la que permite mantener una lectura generosa de los plazos de resolución en los procedimientos tributarios en tanto en cuanto dilaciones e interrupciones computan por días naturales, aun cuando no pueda cumplir, verbigracia, con una comparecencia el contribuyente en un día festivo, lo cual supone ampliar de facto el plazo de resolución por encima de la demora estrictamente provocada por una interrupción justificada o por una dilación no imputable a la Administración. En realidad, muchos supuestos de dilaciones pueden producirse en el curso de algún plazo reglado o tipificado, como por ejemplo en el periodo de alegaciones al acta, que como plazo procesal que es se computará en días hábiles, pudiendo colisionar con el tenor literal del artículo 102.5 del RGAT.

²⁰ CHICO DE LA CÁMARA/GALÁN RUIZ/ RODRÍGUEZ ORDANZA: *Procedimientos tributarios. Teoría, cuestiones prácticas, jurisprudencia, doctrina administrativa y bibliografía*. Civitas-Thomson, 2010, pág. 264.

²¹ El artículo 103 a) del RGAT se refiere a la interrupción justificada motivada por la petición de datos, informes, dictámenes a otros órganos o unidades administrativas sin que la misma pueda exceder los seis meses, y en algún caso los 12 meses.

²² Artículo 5.2 del Código Civil: «En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles».

²³ Artículo 48 de la Ley 30/1992: «Siempre que por ley o normativa comunitaria europea no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que estos son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos».

²⁴ DE JUAN CASADEVALL, J.: «El nuevo Reglamento de Gestión e Inspección: normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios», ob. cit., pág. 137.

3. Suspensión del plazo y continuación de actuaciones

El apartado 7 del artículo 102 del RGAT establece que los periodos de interrupción justificada y las dilaciones no imputables a la Administración no impedirán la práctica de las actuaciones que durante dicha situación pudieran desarrollarse. Ello supone que si la Inspección pide al interesado una documentación, el retraso en su cumplimentación sería imputable al inspeccionado pero mientras tanto podría hacer requerimientos a terceros u otras actuaciones. En el fondo, lo que se produce aquí es una suspensión del cómputo del plazo del procedimiento, pero no una suspensión del procedimiento ²⁵.

La jurisprudencia y doctrina administrativa han admitido que durante los periodos de dilaciones no imputables a la Administración ²⁶ y de interrupción justificada ²⁷ sí cabe realizar otras actuaciones. Esta referencia ha sido criticada por algún sector de la doctrina al entender que si el procedimiento prosigue y se realizan actuaciones no puede hablarse en rigor ni de interrupción ni de dilación. Se considera que no puede la Administración beneficiarse de una extensión en el plazo de resolución y al tiempo seguir realizando actuaciones bajo el pretexto de que existe una interrupción justificada ²⁸. En cierto modo la propia interpretación literal que la Audiencia Nacional efectúa al considerar las dilaciones no imputables y las interrupciones justificadas –exigiendo, más allá de su automatismo, que supongan un impedimento real y obstruccionista en la marcha del procedimiento–, no parece que permita sostener de manera absoluta la previsión del artículo 102.7 del RGAT al consentir realizar otras actuaciones no afectadas por tal incidencia temporal ²⁹.

La regulación del reglamento, más allá de la crítica expuesta, lo que supone es la consideración de las dilaciones y las interrupciones justificadas como causas de suspensión del plazo del procedimiento, pero no suponen la suspensión del propio procedimiento. Aun pareciendo una tautología, lo cierto es que las circunstancias que suponen la paralización del cómputo del plazo del procedimiento no impiden, si fuera posible para la Administración, que esta continúe realizando sus actuaciones. Dicho de otro modo, tales circunstancias no podrán perjudicar a la Administración en tanto en cuanto mientras existan tales circunstancias no podrá resolver el procedimiento, pero al tiempo no podrá impedir que la misma, en la medida en que pueda hacerlo, desarrolle las actuaciones que pueda realizar en el marco de ese procedimiento. La lógica en la aplicación del Derecho conduce a compartir

²⁵ HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J.M. (coord.): *Comentarios a la Ley General Tributaria*, volumen I. Thomson-Aranzadi, 2008, pág. 815.

²⁶ SSAN de 11 de marzo de 2005, 18 de julio de 2006, 10 de julio y 28 de octubre de 2008.

²⁷ RTEAC de 27 de julio de 2005; SAN de 10 de julio de 2009 en donde se argumenta que la interrupción provocada por las diligencias en el extranjero en el cómputo no obliga a la Administración a paralizar las restantes actuaciones pendientes, en tanto que no deriven o dependan de la diligencia pendiente de practicar en el extranjero, sin que el hecho de que prosigan las actuaciones, conforme a las normas aplicables y a los principios de eficacia, celeridad y economía, obligue a prescindir del periodo susceptible de exclusión justificada.

²⁸ Considera DE JUAN CASADEVALL, J.: «El nuevo Reglamento de Gestión e Inspección: normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios», ob. cit., pág. 137, que la norma reglamentaria nos conduce a un problema ontológico, o hay interrupción o no la hay. Lo que no puede ser es que la ley diga que no cuentan las interrupciones y dilaciones, y el reglamento nos diga que durante los mismos pueden seguir realizándose actuaciones.

²⁹ ALBA GONZÁLEZ, B.: «Dilaciones y periodos de interrupción justificada en el procedimiento inspector», en *Estrategia Financiera*, n.º 270, 2010, pág. 74. Incluso las SSAN de 23 de abril y 15 de octubre de 2009 cuestionan la suspensión del cómputo del plazo cuando hay actuaciones de la Inspección durante el tiempo de la dilación o interrupción justificada.

la opinión de quien considera que «la concurrencia de causas de interrupción justificada y dilaciones no impide que se puedan seguir desarrollando los procedimientos en aquellos aspectos en que dichas causas no tengan incidencia»³⁰. En todo caso, el artículo 102.7 del RGAT aun respondiendo a una lógica solvente, debe aplicarse de manera prudente para evitar abusos que pudieran justificar la inactividad de la Administración cuando el interesado no cumple, comparece o no aporta ningún documento³¹. Ese parece ser el fundamento de tal medida.

4. El derecho a conocer el estado del cómputo del plazo del procedimiento. La documentación de las circunstancias

Muy positiva se debe valorar la incorporación de una importante garantía para el contribuyente inmerso en el curso de un procedimiento tributario. Establece el artículo 102.6 del RGAT el derecho a conocer el estado del cómputo del plazo de duración y la existencia de interrupciones justificadas o dilaciones no imputables a la Administración con indicación de las fechas de inicio y fin de las mismas. Una circunstancia muy común en el desarrollo de los procedimientos, y señaladamente el procedimiento de inspección, es la de desconocer el tiempo de que dispone la Administración para resolver el mismo; y ello porque a lo largo del mismo pueden acaecer múltiples circunstancias que afectan al cómputo del plazo de resolución y que hacen difícil al contribuyente saber en qué momento temporal se encuentra. Por ello, debe valorarse de manera muy positiva la incorporación de este derecho del contribuyente que facilita el armónico devenir de los procedimientos tributarios.

Este derecho no es sino una concreción del genérico derecho a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que sea parte³². No obstante en este caso, este derecho incluye el conocimiento del momento en el que se inicia y finaliza cada interrupción justificada o dilación no imputable a la Administración, sin que sea posible, como señala la jurisprudencia, que se añadan al cómputo del plazo de resolución el total de días naturales de dilaciones o interrupciones aunque se hayan solapado³³.

³⁰ MONTERO DOMÍNGUEZ/BERNARDO/CARPIZO/CORONADO: *Gestión e inspección tributaria*, ob. cit., pág. 457.

³¹ PEÑA GARBÍN, J.M.: *La Inspección de Hacienda. Problemas y soluciones*. Ciss, Valencia, 2008, pág. 249.

³² Artículo 34 e) de la LGT: «Constituyen derechos de los obligados tributarios, entre otros, los siguientes: (...) e) Derecho a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que sea parte», y artículo 93 del RGAT: «Los obligados tributarios que estén siendo objeto de un procedimiento podrán solicitar en cualquier momento información del estado en que se encuentra la tramitación de dicho procedimiento».

³³ En efecto, no es posible computar por dos veces idénticos periodos temporales aunque coincidan en ellos distintos supuestos de interrupciones justificadas o dilaciones no imputables a la Administración tributaria. Ha de evitarse computar por más de una vez los periodos temporales en los que haya coincidido varias de estas incidencias temporales. La superposición de diversos supuestos de interrupciones y dilaciones no puede suponer que los días de suspensión se computen por partida doble. El periodo total de suspensión del plazo se calculará computando los días naturales transcurridos desde que produce efectos el primer supuesto de interrupción o dilación no imputable a la Administración hasta la fecha en la que desaparecen los distintos supuestos de no cómputo que han coincidido total o parcialmente en el tiempo. La Resolución del TEAC de 12 de febrero de 2009 afirma con claridad la necesidad de que no se solape el cómputo de días coincidentes por dilaciones interrupciones justificadas en su fundamento de derecho segundo: «Por ello, para evitar que se solapen las interrupciones del procedimiento por dos motivos distintos, dilación imputable al contribuyente e interrupción justificada por solicitud de información al extranjero, por el primero de los motivos tan solo pueden computarse los días que van del 1 de junio al 4 de junio, ambos de 2004, 3 días». La SAN de 9 de octubre de 2008 se refiere a esta cuestión de las

El último inciso del artículo 102.6 del RGAT no parece aclarar mucho cuándo condiciona el ejercicio de este derecho «siempre que lo solicite expresamente». Parece lógico que el derecho del contribuyente se manifestará cuando se ejercite, para lo cual este ha de solicitar al órgano de la inspección o al órgano competente que le facilite la relación de interrupciones y dilaciones con sus días de inicio y fin, así como su incidencia en el plazo máximo de resolución al objeto de conocer el tiempo de que dispondría la Administración para cumplir y resolver en plazo.

Para poder ejercitar este relevante y útil derecho del contribuyente, será imprescindible la adecuada documentación en el expediente de todas las incidencias que pudieran afectar al cómputo del plazo. Por ello, el artículo 102.4 del RGAT obliga a que los periodos de interrupción justificada y las dilaciones no imputables a la Administración se documenten adecuadamente mediante las oportunas diligencias para que conste de manera clara y segura en el expediente administrativo, facilitando así no solo el cómputo del plazo de resolución para el actuuario, sino el ejercicio del derecho del contribuyente a conocer el estado del plazo de resolución ³⁴. Esta documentación de la existencia de toda incidencia temporal que pudiera afectar al plazo de resolución evita cualquier atisbo de arbitrariedad por parte de la Administración a la hora de considerar la existencia de las mismas. La norma establece, pues, un mandato obligatorio de documentación que permite justificar mediante las diligencias oportunas la existencia de supuestos que suspenden, y por lo tanto demoran, el plazo de resolución del procedimiento. En todo caso, parece que la consideración de tales incidencias temporales ha de realizarse al margen de cualquier automatismo, considerando el efecto de la misma en el procedimiento y aplicando como criterio que ha de guiar la aplicación de las incidencias en los procedimientos tributarios y señaladamente en el procedimiento inspector, el principio de buena fe ³⁵.

La jurisprudencia y doctrina administrativa ha sido muy rigurosa con la obligación de documentación que comentamos y ha exigido una constancia clara de las razones que justifiquen la existencia de una dilación no imputable a la Administración. Todo ello deberá estar debidamente diligenciado en el marco del procedimiento tributario de que se trate ³⁶. En relación con esta cuestión

dilaciones encadenadas o concurrentes en su fundamento jurídico décimo al afirmar que «la Inspección considera, a su interés y beneficio, que ha habido una dilación continua e ininterrumpida causada por la sociedad comprobada, no obstante la caudalosa aportación de información y la ausencia completa de lapsos de demora o retraso en el impulso del expediente, que no se ha visto dilatado o entorpecido en modo alguno, antes al contrario ha seguido un ritmo inalterado y constante, siendo la exclusiva causa por virtud de la cual se considera que hay dilación y que, además, resulta atribuible a la conducta del aquí recurrente, solamente que la copiosa documentación que se le exigía no era aportada en el tiempo conferido para ello, al margen de toda otra consideración. En este caso, observando la dinámica de las actuaciones, los plazos sucesivamente conferidos para aportación de datos se encabalgaban con los siguientes, encadenándose unos a otros, en un régimen de abundantísimas comparecencias y peticiones de información que desmienten absolutamente toda idea de dilación, menos aún que sea imputable a actitud renuente o poco colaboradora del sujeto pasivo».

³⁴ DE JUAN CASADEVALL, J.: «El nuevo Reglamento de Gestión e Inspección: normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios», ob. cit., pág. 137.

³⁵ SAN de 12 de marzo de 2009.

³⁶ La RTEAC de 24 de julio de 2008 considera que no hay dilación imputable al contribuyente en un caso en el que no aparece documentada en el expediente la razón por la que no se llevó a cabo una comparecencia del contribuyente. Del mismo modo la STSJ Andalucía (Sevilla) de 27 de febrero de 2009 considera que no existe dilación si no hay constancia en el expediente de cuál ha sido la dificultad u obstrucción imputable al contribuyente. La falta de evidencias en el expediente de incomparecencias o desatención de requerimientos impide considerar tales actuaciones como dilaciones no imputables a la Administración puesto que corresponde a esta la documentación y prueba de que se han producido y que además han obstaculizado el correcto proceder de la Administración. La SAN de 21 de abril de 2008 mantiene similar

ha de señalarse que el hecho de que la norma reglamentaria haya previsto unas causas de interrupción justificadas –tasadas– y unos supuestos de dilaciones no imputables a la Administración –ejemplificativos–, «no obsta para que en el expediente deba constar probada la concurrencia de la misma, más allá de su mera invocación ³⁷». Es decir, ha de probarse la presencia de tal causa y justificar su existencia, sin que sea suficiente mencionar que la misma se ha producido. Ello debiera significar, en mi opinión, que una vez informado el interesado sobre el cómputo y dilaciones del procedimiento tributario en cuestión, no podrían invocarse otras incidencias distintas a las ya notificadas al contribuyente. En todo caso, la norma no valora las consecuencias de la negativa de la Administración a facilitar esa información, o los errores que esa información –entendemos que por escrito– pueda contener.

En relación con esta cuestión debe señalarse que la capacidad para apreciar la existencia de dilaciones e interrupciones –en definitiva incidencias temporales en el procedimiento, generalmente inspector– es el actuario sin que tales incidencias puedan ser recalculadas ni por el Inspector Jefe ³⁸ ni por el Tribunal Económico-Administrativo Regional ni por el Central ³⁹.

5. Alcance de las dilaciones no imputables a la Administración e interrupciones justificadas

Una cuestión que ha preocupado a la doctrina y que deriva del alambicado sistema de remisiones normativas y conexiones entre la LGT y el RGAT en estas cuestiones, fortalecido por la especialidad del procedimiento de inspección como procedimiento tributario, ha sido la relativa al alcance de los preceptos reglamentarios referentes a las interrupciones justificadas y a las dilaciones no imputables a la Administración. En particular se ha cuestionado la aplicación de tales causas de suspensión del procedimiento tributario al procedimiento de inspección.

argumentación cuando señala que «No hay constancia de los motivos por los que no se practicaron diligencias entre el 8 de marzo y el 9 de agosto de 2001, pese a que en la de 8 de marzo se acordaba la continuación el 6 de abril, por lo que ese periodo de tiempo no puede serle imputado al contribuyente».

³⁷ MONTERO DOMÍNGUEZ/BERNARDO/CARPIZO/CORONADO: *Gestión e inspección tributaria*, ob. cit., pág. 456.

³⁸ En el caso de que a la luz del artículo 188.4 a) del RGAT procediera la realización de actuaciones complementarias y al tiempo se formalizara una segunda acta sustitutiva de la anterior, no cabría computar en la misma un periodo de dilación superior al originariamente calculado por el actuario. La SAN de 12 de marzo de 2009 afirma expresamente que «la demanda denuncia que la apreciación hecha por el Inspector Jefe, al margen de toda propuesta, de la existencia de dilaciones causadas por el contribuyente constituye una distorsión de las funciones asignadas, de forma sucesiva y jerárquicamente ordenadas, al actuario como instructor y al Inspector Jefe como órgano de resolución. Tiene razón la parte demandante en su queja, pues es el actuario quien posee la indiscutible capacidad para verificar no solo el dato objetivo de la dilación, atendido el factor cronológico, sino para comprobar la facilidad o dificultad en la obtención de los datos, así como apreciar la afectación que la conducta del contribuyente pueda suponer para la marcha adecuada del procedimiento».

³⁹ Los Tribunales económico-administrativos solo revisan la conformidad a derecho del acto administrativo de liquidación sin que puedan recalcular el plazo de dilaciones en tanto en cuanto pudiera suponer un efecto similar a la *reformatio in peius*. No obstante, tal y como ha dicho la SAN de 30 de septiembre de 2010, el TEAC puede corregir el error en la suma de los días considerados por la Inspección como dilación, siempre que ello no implique nuevos periodos de dilación sino únicamente una corrección de un error aritmético o material. En el fundamento jurídico quinto de la mencionada sentencia se dice: «... la Inspección por tres veces consecutivas yerra en la suma de los días resultantes de los periodos que aprecia como dilación, calculando que ascienden a 403 días (...). De tal error de cuenta de la Inspección –increíble que tan poderosa organización yerre tres veces consecutivas sin que nadie advierta el fallo– se apercibe el TEAC y asigna un periodo de dilación de 459 días... Ese solo dato no permite apreciar la existencia de una prohibida *reformatio in peius* porque el TEAC se ha limitado aquí a reparar un simple error aritmético, toda vez que la Inspección no ha sabido sumar correctamente los días».

En concreto el núcleo de la discusión deriva de que tanto el artículo 103 como el 104 del RGAT toman como punto de partida la habilitación del artículo 104.2 de la LGT. Sin embargo y aunque este precepto forma parte de las actuaciones comunes a los procedimientos tributarios, lo cierto es que el procedimiento de inspección goza de una especialidad que supone una normativa específica que prima sobre la general. De hecho ni el plazo general de resolución, ni la caducidad regulada en el artículo 104 de la LGT se aplica al procedimiento inspector ⁴⁰. El problema estriba en que los artículos correspondientes del Reglamento de aplicación de los tributos invocan la habilitación normativa del artículo 104.2 de la LGT a los efectos del cómputo del plazo de resolución, mientras que el procedimiento inspector sigue sus propias normas específicas que le permiten la ampliación del plazo por otros 12 meses. El artículo 150 de la LGT no contempla la remisión reglamentaria para la regulación de causas de interrupción justificada y de dilaciones no imputables a la Administración. Es más la propia LGT ha previsto concretas causas de interrupción justificada para el procedimiento de inspección: la suspensión por remisión del expediente al Ministerio Fiscal o al juez ante posible existencia de delito fiscal ⁴¹, o la solicitud de informe a la Comisión consultiva ante posible existencia de conflicto en la aplicación de la norma ⁴². Igualmente se ha regulado alguna previsión en relación con alguna causa de dilación no imputable al contribuyente de manera expresa para el procedimiento de inspección ⁴³.

Todo ello pudiera dar a entender que en el procedimiento inspector no procede aplicar las interrupciones justificadas ni las dilaciones no imputables a la Administración previstas en los artículos 103 y 104 del RGAT, dado que fuera de los supuestos previstos legalmente para el procedimiento inspector no procedería ninguna novedad reglamentaria. No obstante, la solución contraria es la que se impone a la luz del artículo 150.1 de la LGT que establece que a los efectos del cómputo del plazo de resolución serán aplicables las reglas del artículo 104.2 de la LGT. Por ello y a pesar de la falta de claridad y del juego de remisiones y especialidades, las interrupciones justificadas y las dilaciones no imputables a la Administración previstas en los artículos 103 y 104 del RGAT son plenamente aplicables al procedimiento inspector, «aunque pueda existir una duda razonable de legalidad en cuanto a los supuestos de interrupción o dilación no previstos legalmente ⁴⁴».

Del mismo modo, la aplicación de tales supuestos de interrupción justificada o dilaciones no imputables a la Administración al procedimiento sancionador resulta indubitada, a pesar de que la potestad sancionadora no forma parte del concepto relativo a la aplicación de los tributos, a la luz del artículo 211.2 de la LGT que expresamente señala que a los efectos del cumplimiento del cómputo del plazo para resolver serán aplicables las reglas contenidas en el artículo 104.2 de la LGT y que, como es conocido, se refieren a las incidencias temporales que pudieran suspender el cómputo del plazo del procedimiento.

⁴⁰ Recordemos que el artículo 150 de la LGT establece un plazo máximo de resolución de 12 meses y que expresamente se establece que el procedimiento inspector no caduca.

⁴¹ Artículo 150.4 de la LGT.

⁴² Artículo 159.3 de la LGT.

⁴³ El tiempo transcurrido desde la apreciación de las circunstancias que motivan la aplicación del método de estimación indirecta hasta la aportación de datos, pruebas o documentos antes de la propuesta de regularización no se tendrá en cuenta en el cómputo del plazo del artículo 150 de la LGT (art. 158.3 LGT).

⁴⁴ DE JUAN CASADEVALL, J.: «El nuevo Reglamento de Gestión e Inspección: normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios», ob. cit., pág. 139.

6. Ámbito objetivo y subjetivo de las dilaciones e interrupciones justificadas

Los procedimientos tributarios, y señaladamente el procedimiento de inspección, pueden tener por objeto varias obligaciones tributarias pudiendo referirse un procedimiento a varios conceptos tributarios –IRPF, IVA– o a varios periodos impositivos –2008, 2009...–⁴⁵. El problema que se plantea se refiere al ámbito de aplicación de las dilaciones e interrupciones justificadas en estos casos; es decir, si la concurrencia de estas circunstancias en el seno de un procedimiento tributario concreto han de computarse en relación con todos los conceptos y periodos impositivos o únicamente en relación con el concepto y periodo en el que se desarrollen las mismas.

Son dos las posibilidades de resolver esta cuestión: o bien se considera un único plazo del procedimiento inspector que afecta a todos los conceptos tributarios o periodos a los que se extiende la investigación, o por el contrario hay que considerar tantos plazos de duración del procedimiento como conceptos tributarios o periodos sobre los que recae la investigación. Ello significaría en relación con las interrupciones justificadas y dilaciones que estas, considerando la primera solución, deberían ser añadidas al plazo máximo de resolución del procedimiento con independencia de que afectaran a uno, varios o todos los conceptos o periodos objeto del procedimiento. Por el contrario, considerando la segunda opción, solo se aplicarían las dilaciones e interrupciones justificadas a los plazos de resolución de los procedimientos relativos al concepto o periodo al que se refirieran las mismas⁴⁶.

El legislador ha optado en su artículo 102.2 del RGAT por considerar un único plazo del procedimiento y aplicar las interrupciones justificadas y dilaciones al mismo sin considerar la existencia de varios conceptos tributarios o periodos objeto del procedimiento⁴⁷. Muy crítico con esta solución se ha mostrado un sector de la doctrina que considera que con esta interpretación se ha desbordado el sentido y alcance de lo que se debe entender por interrupción justificada o dilación no imputable a la Administración. La lógica obligaría a considerar que «solo las que se refieran a los elementos de la obligación tributaria y al concreto ejercicio fiscal objeto de regularización podrían calificarse como justificadas⁴⁸». Se mantiene que no podría hablarse de una interrupción justificada cuando la misma se refiere a otro concepto tributario u a otro periodo impositivo, y ello aunque todos ellos sean objeto de un único procedimiento de inspección.

Del mismo modo, se ha argumentado que la solución legal podría plantear algunas líneas de colisión con el principio de seguridad jurídica por entender que las garantías del contribuyente frente a la autotutela administrativa lo son para cada uno de los procedimientos que se corresponden con un concepto y periodo tributario, sin perjuicio de que puedan tramitarse acumuladamente⁴⁹.

⁴⁵ Artículo 178.1 del RGAT: «Las actuaciones del procedimiento inspector se extenderán a una o varias obligaciones y periodos impositivos de liquidación, y podrán tener alcance general o parcial en los términos del artículo 148 LGT».

⁴⁶ CHICO DE LA CÁMARA/GALÁN RUIZ/ RODRÍGUEZ ORDANZA: *Procedimientos tributarios. Teoría, cuestiones prácticas, jurisprudencia, doctrina administrativa y bibliografía*, ob. cit., pág. 269.

⁴⁷ Artículo 102.2 del RGAT: «Los periodos de interrupción justificada y las dilaciones por causa no imputable a la Administración no se incluirán en el cómputo del plazo de resolución del procedimiento, con independencia de que afecten a todos o alguno de los elementos de las obligaciones tributarias y periodos objeto del procedimiento».

⁴⁸ DE JUAN CASADEVALL, J.: «El nuevo Reglamento de Gestión e Inspección: normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios», ob. cit., pág. 137.

⁴⁹ JUAN LOZANO, A.M.^a: «Análisis del Reglamento General de aplicación de los tributos en materia de actuaciones y procedimientos de inspección», *Actum Fiscal*, n.º 7, 2007, págs. 54 y 55. Afirma esta autora: «yo, francamente, lo encuentro

Por el contrario, el fundamento del que parte la norma y que es compartido por algún sector de la doctrina no es otro que la idea de la unidad del procedimiento. Lo que resulta afectado por las interrupciones justificadas y dilaciones es el procedimiento como tal al que se refiere la totalidad de las obligaciones y periodos objeto del mismo, y ello con independencia de que el origen de dichas causas pueda vincularse solo a alguna de dichas obligaciones y periodos ⁵⁰.

La jurisprudencia y doctrina administrativa han abogado mayoritariamente ⁵¹ por la consideración única del plazo del procedimiento tributario y el cómputo global y único de las dilaciones e interrupciones justificadas en relación con todos los conceptos tributarios y periodos a los que se refieren las actuaciones ⁵². A la luz de la normativa vigente, parece que no debe haber dudas en torno a la consideración única del plazo del procedimiento y a la aplicación de dilaciones e interrupciones con independencia de que afecten a todos o algunos de los elementos de las obligaciones y periodos objeto del procedimiento. A pesar de ello existe una línea argumentativa que, considerando la anterior normativa y sobre la base del principio de estanqueidad tributaria, mantiene la Audiencia Nacional al sostener que las dilaciones han de referirse al impuesto que se analiza, sin que pueda tener incidencia en otro concepto impositivo, puesto que no podría obstaculizar las actuaciones inspectoras respecto al otro impuesto examinado. Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 2008 señala que «tales circunstancias ofrecen relevancia dado que tal dilación puede tener efectos en el marco de las actuaciones referentes al Impuesto sobre el Patrimonio, pero no con relación a las llevadas a cabo para la comprobación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, pues nada aportan ni podían aportar en relación con la liquidación por este concepto. En este sentido, hemos de recordar que la Sala (Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, Sentencia de 27 Sep. 2007) ha señalado en ocasiones anteriores, así en Sentencia de 19 de diciembre de 2002 (recurso 418/2000 de la Sección 2.ª), que el principio de estanqueidad tributaria impide que la eficacia interruptiva de una diligencia referida a un impuesto de un ejercicio sea también efectiva para otros impuestos del mismo ejercicio ⁵³».

un poco excesivo. Que concibamos un procedimiento único de inspección que abarca varios conceptos y periodos tributarios; que las causas de paralización justificada o las dilaciones que pueden venir circunscritas a algún concepto y periodo paralicen el transcurso del plazo máximo de duración respecto a todo el alcance sin cuestionar la posibilidad de extensión de las actas cuyo objeto no estuviera afectado por dichas incidencias (...). Yo no sé si esto se compadece muy bien con los principios que deben informar las situaciones respectivas frente a los efectos del transcurso del tiempo y las manifestaciones de actividad e inactividad imputables a cada cual».

⁵⁰ MONTERO DOMÍNGUEZ/BERNARDO/CARPIZO/CORONADO: *Gestión e inspección tributaria*, ob. cit., pág. 455.

⁵¹ No obstante, en algunas sentencias se ha mantenido que las dilaciones e interrupciones justificadas deben computarse de forma separada en relación con cada concepto tributario y periodo, aunque se trate de unas actuaciones inspectoras enmarcadas en un único procedimiento. Por ejemplo, bajo la normativa anterior, en la SAN de 27 de enero de 2009 se entiende que las dilaciones imputables al sujeto pasivo en relación con la aportación de documentación relativa a retenciones no se puede tener en cuenta para reducir el cómputo de la duración de actuaciones inspectoras en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

⁵² RTEAC de 16 de marzo de 2006, RTEAC de 28 de junio de 2007, RTEAC de 29 de enero de 2009 y en especial la STS de 4 de marzo de 2009 donde proclama el carácter unitario del procedimiento inspector aunque se refiera a más de un tributo o distintos periodos impositivos y amplía el plazo del procedimiento a todos los tributos y periodos a los que afecta la actuación, y ello aunque la causa que habilite la ampliación del plazo únicamente pueda predicarse de alguno de los tributos y periodos a los que afecta el procedimiento. Este criterio aparece ya anunciado en la STS de 27 de febrero de 2009.

⁵³ SAN de 30 de abril de 2008 (rec. 183/2008), Sección 4.ª, fundamento de derecho tercero. En apoyo de esta argumentación se cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con su doctrina según la cual las diligencias no relacionadas con el impuesto analizado no tienen efectos interruptivos del plazo de prescripción por cuanto no suponen actuaciones que contribuyan a la liquidación, recaudación o imposición de sanción en el marco del impuesto controvertido (STS de 20 de abril de 2009, 6 de abril, 18 de septiembre de 2009). En cualquier caso, para considerar esta argumentación deberá ser posible constatar de manera clara si las diligencias o actuaciones del procedimiento inspector concretan el impuesto

No obstante, es muy interesante la opinión que mantiene que el procedimiento de inspección que se extiende sobre varias obligaciones tributarias es un procedimiento único solo hasta que se producen las actas de la inspección, porque a partir de las actas –tantas como conceptos o periodos impositivos– puede hablarse de que existen ya procedimientos diferentes, cada uno con su propia tramitación y con su propio acto de resolución⁵⁴. Se dice que las incidencias temporales del procedimiento deben considerarse de forma independiente respecto a cada concepto o periodo al que se refiere el acta⁵⁵. Esta sugerente argumentación nos permitiría coincidir al proponer reinterpretar el artículo 102.2 del RGAT añadiendo a la aplicación indistinta de las incidencias temporales a todo concepto y periodo objeto de un procedimiento tributario único, que si nos encontráramos en la fase de tramitación de las actas las dilaciones o interrupciones justificadas que se produjeran en relación con un único concepto y periodo tributario no pueden extenderse al resto de conceptos y periodos al entenderse que el procedimiento inspector que deriva de un acta es distinto del que deriva de otra acta diferente⁵⁶.

Por otro lado, el alcance subjetivo de las dilaciones e interrupciones justificadas viene delimitado por la extensión que realiza el artículo 102.3 del RGAT al procedimiento de declaración de responsabilidad. Se establece que «los periodos de interrupción justificada y las dilaciones no imputables a la Administración tributaria acreditados durante el procedimiento de aplicación de los tributos o de imposición de sanciones seguidos frente al deudor principal se considerarán, cuando concurren en el tiempo con el procedimiento de declaración de responsabilidad, periodos de interrupción justificada y dilaciones no imputables a la Administración tributaria a efectos del cómputo del plazo de resolución del procedimiento de declaración de responsabilidad». El sentido de este precepto es el de conectar los efectos de las incidencias temporales de los procedimientos tributarios seguidos contra el obligado principal al procedimiento de declaración del responsable que constituye un obligado tributario que actúa como garantía del cobro de la obligación tributaria principal y aun siendo un sujeto autónomo y específico presenta ciertas dosis de accesoriidad frente al deudor principal en tanto en cuanto responde ante el incumplimiento de este⁵⁷.

La responsabilidad puede declararse por los órganos liquidadores que están desarrollando un procedimiento de aplicación de los tributos mediante actuaciones de comprobación o investigación

y periodo al que la misma se refiere, tal y como los tribunales exigen (SSAN de 19 de diciembre de 2002 y 7 de febrero de 2007 en la que se concluye que la solicitud de información tributaria relativa al Impuesto sobre Sociedades no puede tener efectos interruptivos sobre el IRPF finalmente regularizado).

⁵⁴ CHICO DE LA CÁMARA/GALÁN RUIZ/ RODRÍGUEZ ORDANZA: *Procedimientos tributarios. Teoría, cuestiones prácticas, jurisprudencia, doctrina administrativa y bibliografía*, ob. cit., pág. 274.

⁵⁵ Si hay varias actas, de conformidad o disconformidad, no tiene sentido una comunicación de las incidencias temporales de unas a otras. Se plantea si tiene sentido que la solicitud de ampliación del plazo de alegaciones posterior al acta de disconformidad sea una dilación también para el concepto regularizado en el acta de conformidad; a esta cuestión se responde que no tiene sentido porque a partir del acta se produce una separación del inicial procedimiento único. (CHICO DE LA CÁMARA/GALÁN RUIZ/ RODRÍGUEZ ORDANZA: *Procedimientos tributarios. Teoría, cuestiones prácticas, jurisprudencia, doctrina administrativa y bibliografía*, ob. cit., pág. 274).

⁵⁶ CHICO DE LA CÁMARA/GALÁN RUIZ/ RODRÍGUEZ ORDANZA: *Procedimientos tributarios. Teoría, cuestiones prácticas, jurisprudencia, doctrina administrativa y bibliografía*, ob. cit., pág. 275.

⁵⁷ Muy crítica con esta cuestión y en general con la configuración procedimental de la declaración de responsabilidad en el seno de un procedimiento inspector se muestra JUAN LOZANO, A.M.ª: «Análisis del Reglamento General de aplicación de los tributos en materia de actuaciones y procedimientos de inspección», ob. cit., pág. 52, donde mantiene que la lógica jurídica no puede mantener esta regulación.

seguidas frente al deudor principal ⁵⁸. Por ello, es posible que los elementos que son presupuesto de la responsabilidad aparezcan durante el procedimiento de comprobación o investigación que en el caso de verse afectados por dilaciones o interrupciones justificadas, puede afectar igualmente el procedimiento de declaración de responsabilidad que concurra en el tiempo y que ya se haya iniciado. En previsión de tal contingencia «la norma reglamentaria establece una regla de comunicación de la interrupción del cómputo entre dichos procedimientos, todos ellos de aplicación de los tributos: el de comprobación e investigación y el de declaración de responsabilidad que al mismo se anuda ⁵⁹».

Un ejemplo particular objeto de regulación es el relativo a las incidencias temporales que se producen en un procedimiento de comprobación e investigación de entidades que tributan en régimen de consolidación fiscal. Algunos problemas se planteaban en relación con el cómputo del plazo de resolución –6 o 12 meses– en supuestos como estos en los que normalmente intervenían varias unidades. El artículo 195 del RGAT contiene varias normas interesantes sobre este particular, al establecer que la comprobación e investigación de la sociedad dominante y del grupo fiscal constituye un único procedimiento que incluye también las obligaciones tributarias propias de la dominante (IVA, retenciones) ⁶⁰. Además, en cada entidad dependiente que sea objeto de inspección como consecuencia de la comprobación de un grupo fiscal se desarrollará otro procedimiento de inspección que incluirá sus propias obligaciones por Impuesto sobre Sociedades y otras actuaciones de colaboración respecto de la tributación del grupo en régimen de consolidación fiscal ⁶¹. En principio en cada uno de esos procedimientos rige su propio plazo de resolución, pero la norma incluye una regla especial. Según el párrafo 4 del artículo 195 del RGAT, las interrupciones justificadas y las dilaciones no imputables a la Administración que se produzcan en el seno de un procedimiento seguido con cualquiera de las entidades dependientes y que se refieran a la comprobación del Impuesto sobre Sociedades afectarán al plazo de duración del procedimiento seguido ante la sociedad dominante y el grupo fiscal siempre que la dominante tenga conocimiento formal de ello y solo desde ese momento. La jurisprudencia ha hecho hincapié en esta cuestión formal exigiendo a la sociedad dominante la constancia expresa del conocimiento de las interrupciones o dilaciones producidas en las sociedades dependientes miembros del grupo para poder extender sus efectos al procedimiento seguido frente al grupo-sociedad dominante ⁶².

⁵⁸ Artículo 174 de la LGT: «1. La responsabilidad podrá ser declarada en cualquier momento posterior a la práctica de la liquidación a la presentación de la autoliquidación, salvo que la ley disponga otra cosa. 2. En el supuesto de liquidaciones administrativas, si la declaración de responsabilidad se efectúa con anterioridad al vencimiento del periodo voluntario de pago, la competencia para dictar el acto administrativo de declaración de responsabilidad corresponde al órgano competente para dictar la liquidación. En los demás casos, dicha competencia corresponderá al órgano de recaudación».

⁵⁹ MONTERO DOMÍNGUEZ/BERNARDO/CARPIZO/CORONADO: *Gestión e inspección tributaria*, ob. cit., pág. 456.

⁶⁰ Artículo 195.1 del RGAT: «La comprobación e investigación de la sociedad dominante y del grupo fiscal se realizará en un único procedimiento de inspección que incluirá la comprobación de las obligaciones tributarias del grupo fiscal y de la sociedad dominante objeto del procedimiento».

⁶¹ Artículo 195.2 del RGAT.

⁶² SSAN de 21 de septiembre y 8 de octubre de 2009. En estas sentencias se mantiene que «las dilaciones producidas en el seno de los expedientes de comprobación incoados a las tres sociedades del grupo (...) no pueden ser imputadas al sujeto pasivo del impuesto, pues no consta en modo alguno en el expediente tramitado a este que el mismo tuviera conocimiento de los requerimientos cuya desatención por las sociedades dominadas determinó las dilaciones imputadas, sin que la circunstancia de ser sociedad matriz, cabecera de grupo o sociedad dominante permita construir una presunción de conocimiento de lo actuado con sus dominadas que no se desprende, ni siquiera indiciariamente, de la normativa aplicable, ni deriva en absoluto del carácter general de las actuaciones de comprobación que nos ocupan».

En el fondo se trata de que los retrasos en la comprobación del Impuesto sobre Sociedades en cualquiera de las entidades dependientes no condicionen el plazo de terminación del procedimiento en el grupo-sociedad dominante ⁶³, extendiéndose los efectos suspensivos a este procedimiento, de tal manera que el grupo actúa como una unidad y las incidencias temporales que afecten a sus partes afectan a la sociedad dominante y al grupo como tal.

III. INTERRUPCIONES JUSTIFICADAS

El artículo 103 del RGAT establece las causas de interrupción justificada del plazo de los procedimientos tributarios ⁶⁴. Lo primero que conviene precisar es que tales causas están tasadas en el reglamento, por lo que los establecidos en el artículo 103 del RGAT son los únicos supuestos admisibles ⁶⁵. Además, hasta la aprobación del RGAT estas causas de interrupción justificada eran aplicables únicamente al procedimiento de inspección –puesto que se regulaban en el Reglamento General de Inspección– mientras que en la actualidad las mismas pueden acaecer en cualquier procedimiento de aplicación de los tributos.

El Reglamento de aplicación de los tributos incorpora seis supuestos de interrupción justificada, si bien lo cierto es que únicamente tres son nuevos ⁶⁶, dado que los otros tres ya se incluían en el Reglamento de Inspección de 1986 ⁶⁷. Posiblemente, lo más relevante no sea la regulación de las nuevas causas de interrupción justificada sino los matices que se incorporan a las causas ya existentes ⁶⁸.

1. Petición de datos, informes, dictámenes o valoraciones

El apartado a) del artículo 103 del RGAT considera que está justificada la interrupción del plazo del procedimiento que se produzca como consecuencia de la petición de datos, informes, dic-

⁶³ PEÑA GARBÍN, J.M.: *La Inspección de Hacienda. Problemas y soluciones*, ob. cit., pág. 249.

⁶⁴ El artículo 150.1 de la LGT remite al artículo 104.2 de la LGT en relación con las causas de interrupción justificada en el procedimiento inspector.

⁶⁵ Esta es la principal diferencia entre estos supuestos y los de dilaciones no imputables a la Administración, lo cual ha llevado a considerar la diferente aplicación de unos y otros en el sentido de que la mera invocación de los supuestos tasados de interrupciones justificadas producirá los efectos previstos, mientras que en el caso de las dilaciones ha de probarse no solo su concurrencia sino que además imposibilite la continuación de la tramitación del expediente (MONTERO DOMÍNGUEZ/BERNARDO/CARPIZO/CORONADO: *Gestión e inspección tributaria*, ob. cit., pág. 462).

⁶⁶ Son nuevos los siguientes supuestos: la petición a la Comisión consultiva del informe preceptivo para la declaración de conflicto en la aplicación de la norma tributaria; la dependencia de actuaciones judiciales en el ámbito penal para la determinación de la obligación tributaria, y el planteamiento de conflicto de competencias ante las Juntas Arbitrales.

⁶⁷ Son supuestos ya regulados en la normativa anterior: la petición de datos, informes, dictámenes a otras Administraciones; la remisión del expediente al Ministerio Fiscal o a la jurisdicción competente; y la fuerza mayor: cualquier otro supuesto no tasado debería canalizarse a través de la fuerza mayor, que sería una cláusula de cierre (WERT ORTEGA, M.: «El plazo de las actuaciones inspectoras», *RCyT. CEF*, n.º 333, 2010, pág. 18).

⁶⁸ DE VICENTE BENITO, F.: «Incidencia del Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección aprobado por Real Decreto 1065/2007, en la duración del procedimiento inspector», ob. cit., pág. 64.

támenes o valoraciones a órganos de la misma o de otras Administraciones ⁶⁹. La lógica del supuesto está fuera de toda discusión dado que durante ese tiempo la Administración no puede actuar, razón por la cual el plazo del procedimiento debe suspenderse hasta que se disponga del dato, informe... requerido y sin el cual no puede avanzar el procedimiento.

Este supuesto supone una ampliación del ámbito objetivo y subjetivo de la interrupción justificada. Y ello porque frente a la regulación anterior, el Reglamento de aplicación de los tributos extiende la interrupción justificada a la petición de dictámenes y valoraciones que no estaban incluidas en la anterior regulación. Además y desde un punto de vista subjetivo, la interrupción justificada acaecerá cuando se soliciten tales actuaciones a otros órganos o unidades de la misma o diferente Administración. La novedad estriba en que se considera interrupción justificada las peticiones formuladas a otras unidades administrativas encuadradas dentro de la misma Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) y encuadradas en la misma Secretaría de Estado ⁷⁰, como por ejemplo peticiones de dictámenes a la Dirección General de Tributos, o de datos a la Oficina Nacional de Investigación del Fraude (ONIF), o de valoraciones de arquitectos o incluso de informes de otras unidades inspectoras ⁷¹. Algún tipo de controversia pudiera plantear el hecho de que se entienda como interrupción justificada esta circunstancia puesto que, dada la personalidad jurídica única de la Administración, el incumplimiento de los plazos por la propia Administración pudiera conllevar una cierta ventaja para ella; la suspensión del cómputo y por lo tanto la ampliación del plazo para resolver. En mi opinión, la Administración ha de llevar a cabo un control estricto de las peticiones de información, cuya tramitación hace lógico, por imposibilidad, la suspensión del cómputo del plazo del procedimiento.

Desde un punto de vista objetivo, debe señalarse que la información solicitada ha de ser información con trascendencia tributaria y ha de coadyuvar de manera indubitada al desarrollo de las actuaciones inspectoras, de tal manera que incluso la carencia de la misma dificulte o impida el buen fin del procedimiento inspector ⁷². Una de las cuestiones sobre la que los Tribunales de Justicia se han pronunciado ha sido la relativa a la consideración de la petición de informes como supuesto de fuerza mayor. Frente al criterio de que la necesidad de un informe reclamado por la Inspección Tributaria fuera conspirado como un caso de fuerza mayor y por lo tanto se produjera una interrupción indefinida del procedimiento mientras persistiera la mencionada causa, los Tribunales consideran

⁶⁹ Artículo 103 a) del RGAT: «Cuando se pidan datos, informes, dictámenes o valoraciones a otros órganos o unidades administrativas de la misma o de otras Administraciones, 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 que pudieran efectuarse, de seis meses. Cuando se trate de solicitudes formuladas a otros Estados, este plazo será de 12 meses».

⁷⁰ Anteriormente se consideraba que únicamente una interrupción era justificada cuando se tratara de petición de datos o informes de la AEAT a un órgano administrativo encuadrado en una Secretaría de Estado distinta (DE VICENTE BENITO, F.: «Incidencia del Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección aprobado por Real Decreto 1065/2007, en la duración del procedimiento inspector», ob. cit., pág. 65).

⁷¹ Entre otros ejemplos: RTEAC de 27 de julio de 2005 considera interrupción justificada la petición de una comunidad autónoma a otra de una valoración de unos bienes inmuebles; SSAN de 11 de marzo de 2005, 18 de julio de 2006, 22 de mayo de 2009 consideran interrupción justificada la petición de información a las Administraciones de otros Estados; SAN de 14 de mayo de 2008 considera interrupción justificada la petición de un informe al Abogado del Estado.

⁷² SANZ CLAVIJO, A.: «Procedimiento inspector: conclusiones del I Seminario del Foro García Añoveros», *Documentos IEF*, n.º 16/10, pág. 9.

que estos supuestos deben encuadrarse bajo la rúbrica de petición de informes y someterse la suspensión al plazo máximo de seis meses fijado en la norma ⁷³.

La suspensión del plazo del procedimiento viene delimitada temporalmente en la normativa al establecer que esta causa de interrupción justificada se prolongará «por el tiempo que transcurra desde la remisión de la petición hasta la recepción de aquellos (se refiere a datos, informes, dictámenes o valoraciones) 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 o valoraciones que pudieran efectuarse, de seis meses. Cuando se trate de solicitudes formuladas a otros Estados, este plazo será de 12 meses».

La primera reflexión que procede realizar en este punto tiene que ver con la conveniencia o no de comunicar al obligado tributario que se encuentra ante un supuesto de interrupción justificada, notificándole la petición de los datos, informes, dictámenes o valoraciones correspondientes, así como la recepción de lo requerido. La norma no impone tal deber de comunicación para poder entender que estamos ante un supuesto de interrupción justificada. Sin embargo la Ley 30/1992 de procedimiento administrativo común en su artículo 42.5 c) si establece que la suspensión del procedimiento por petición de informes preceptivos ha de comunicarse al interesado; y ello tanto la petición como la recepción del mismo ⁷⁴. En el ámbito tributario ha sido alguna novedosa jurisprudencia la que ha considerado que no puede considerarse como interrupción justificada la petición de una comunidad autónoma a otra de la valoración de unos bienes inmuebles porque no se notificó al contribuyente tal circunstancia ⁷⁵. Como se ha dicho, «de generalizarse esta doctrina jurisprudencial se producirían importantes efectos en la práctica puesto que no es usual que la Administración notifique al obligado tributario estas peticiones a otros órganos administrativos que suponen, por otra parte, el supuesto más habitual de interrupciones justificadas ⁷⁶». En todo caso y en alguna medida esta problemática ha quedado mitigada con la consagración del derecho a conocer el estado del cómputo del plazo del procedimiento y de la existencia de las circunstancias que puedan suspender el mismo con indicación de las fechas de inicio y fin de la interrupción, siempre que el obligado tributario lo solicite expresamente tal y como establece el artículo 102.6 del RGAT.

Otra cuestión que merece algún comentario es la referente al *dies ad quem* de la interrupción justificada, y más concretamente su conexión con la recepción del informe, dato..., por el órgano

⁷³ STSJ Aragón de 27 de mayo de 2009.

⁷⁴ Artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992: «Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, **que deberá comunicarse a los interesados**, y la recepción del informe, **que igualmente deberá ser comunicada a los mismos**. Este plazo no podrá exceder en ningún caso de tres meses». La negrita es nuestra.

⁷⁵ STSJ Madrid de 13 de julio de 2009. Este tribunal mantiene la necesidad de esta comunicación formal al interesado para que se produzcan los efectos inherentes a la interrupción justificada, tomando como argumento esencial el conocimiento formal que se exige para la aplicación de causas de interrupción de la prescripción tributaria por parte del contribuyente afectado. Se dice que tales circunstancias (la petición de datos, informes, dictámenes o valoraciones) suponen un hecho relevante que el sujeto ha de conocer y que no puede permanecer en el ámbito interno de la Administración puesto que despliega importantes efectos sobre el contribuyente.

⁷⁶ CHICO DE LA CÁMARA/GALÁN RUIZ/ RODRÍGUEZ ORDANZA: *Procedimientos tributarios. Teoría, cuestiones prácticas, jurisprudencia, doctrina administrativa y bibliografía*, ob. cit., pág. 282.

competente para continuar el procedimiento. Debe valorarse esta referencia puesto que la suspensión del plazo debe finalizar cuando el órgano competente puede seguir actuando una vez recibido el dato, informe..., por ello, en los casos en los que el solicitante del dato, informe, dictamen o valoración sea un órgano distinto del competente en el procedimiento de que se trate, o bien sea su superior jerárquico, la suspensión por esta interrupción justificada durará hasta que el órgano competente para continuar el procedimiento reciba el dato, informe, dictamen o valoración.

En todo caso, la demora por esta circunstancia no podrá exceder de seis meses o de 12 si la petición es a otra Administración de otro Estado. Dos consideraciones debemos hacer. En primer lugar, debemos coincidir con la doctrina administrativa que entiende aplicable el plazo máximo de seis meses «tanto para aquellos supuestos en los que se recibe la información con posterioridad al mismo (puesto que la que se recibe con antelación a su transcurso el cómputo del periodo de interrupción alcanzará hasta la fecha de su recepción), como en aquellos casos en los que la información no se recibe ni antes ni después del transcurso del plazo aludido, como es el supuesto que nos ocupa, sin que por ello ese periodo deje de ser considerado interrupción justificada. Se trata, en definitiva, de una garantía del procedimiento de comprobación con objeto de que la interrupción no determine una ampliación de las actuaciones inspectoras *sine die* que exceda del mandato legal, en cuanto que la Administración no puede determinar de antemano si la información que solicita la recibirá o no y cuándo lo hará ⁷⁷». Es decir, que una vez solicitados los datos, informes, dictámenes o valoraciones, la interrupción se producirá hasta su recepción –si se recibe antes de los seis meses o 12– o hasta el transcurso de seis meses –o 12– tanto si la información se recibe pasado ese plazo como si nunca se recibe, puesto que la Administración cuando solicita tal información desconoce si la recibirá y cuándo lo hará. Como mínimo la Administración no podrá actuar durante el plazo de seis meses que sería el tiempo razonable para que se atienda un requerimiento de este tipo ⁷⁸.

Por otro lado, en el caso de petición de datos, informes, dictámenes o valoraciones a la Administración de otro Estado, el plazo máximo de suspensión será de 12 meses. Puede ser criticable que no se haya hecho ninguna distinción en función de si el Estado requerido es miembro o no de la Unión Europea o de la existencia de algún Acuerdo de intercambio de información específico con ese Estado, cuestiones estas que pueden tener relevancia en cuanto al plazo de respuesta. En este punto hemos de precisar que el intercambio de información bajo requerimiento entre Estados en el ámbito de la Unión Europea no estaba sujeto a ningún plazo. La Directiva 77/799/CEE se refería en su artículo 5 a esta cuestión al establecer que «La autoridad competente del Estado miembro que deba facilitar informaciones en virtud de los artículos precedentes procederá a su transmisión lo más rápidamente posible ⁷⁹». Esta indicación, siendo de gran relevancia interpretativa, no deja de adolecer de una gran imprecisión e indeterminación. En este sentido el Grupo *Ad Hoc* de alto nivel del Consejo de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude fiscal, ya señaló que la inexistencia de un límite tem-

⁷⁷ RTEAC de 6 de mayo de 2005, fundamento jurídico quinto

⁷⁸ Otro criterio se sigue en la SAN de 16 de marzo de 2009 al entender que, bajo el anterior reglamento y considerando aplicable el plazo de 12 meses solo a peticiones a Estados no comunitarios, el exceso de los seis meses en atender una petición de información a las autoridades irlandesas (tardó 8 meses) supone la consideración como interrupción injustificada del procedimiento aplicando los efectos del artículo 150.2 de la LGT.

⁷⁹ Artículo 5 de la Directiva 77/799/CEE. Continúa este precepto señalando que «en caso de dificultades o cuando se negare a facilitar tales informaciones, dicha autoridad competente deberá informar de ello inmediatamente a la autoridad solicitante indicando la naturaleza de las dificultades o razones de su negativa».

poral para responder las solicitudes de información no resultaba adecuado para prevenir y combatir a tiempo el fraude fiscal ⁸⁰. Por su parte, el artículo 26 del Convenio Modelo OCDE no hace ninguna referencia a esta cuestión, quedando indeterminado el plazo de contestación al requerimiento de información en los convenios para evitar la doble imposición (CDI) ⁸¹. Por su parte, la reciente Directiva del Consejo relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad ⁸² establece como gran novedad la fijación de un plazo máximo de respuesta a la petición de información por parte de un Estado miembro. El plazo para comunicar la información solicitada se cifra en seis meses a partir de la fecha de recepción de la solicitud ⁸³. La seguridad jurídica que ello supone constituye una garantía esencial para el contribuyente y para la eficacia de la actuación administrativa. Con esta Directiva las peticiones de información a otros Estados comunitarios no se demorarán más de seis meses, aplicándose, de hecho, la demora de los 12 meses a los que se refiere el artículo 103 a) del RGAT para los casos de petición de información a Estados no comunitarios a los que no resulte de aplicación la Directiva.

En todo caso, y a la luz de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y de su reglamento de desarrollo, parece lógico entender que las peticiones de datos, informes..., en buena medida se realizarán en formato electrónico, lo cual cuestiona que se establezca un plazo de seis meses para lograr el dato o documento que se encuentre en poder de la misma Administración y en formato electrónico, «pues la rapidez de acceso a los archivos y registros que permiten las nuevas tecnologías se compadece mal con esta larga duración y con la previsión legal cuando al referirse a la adaptación de los procedimientos administrativos decía que se deberán considerar especialmente aspectos tales como (...) la reducción de los plazos y tiempos de respuesta, así como la racionalización de la distribución de las cargas de trabajo y de las comunicaciones internas ⁸⁴».

2. Remisión del expediente al Ministerio Fiscal

El apartado b) del artículo 103 del RGAT incluye un supuesto clásico y manifestación del principio *ne bis in idem* al considerar una interrupción justificada la remisión del expediente al Ministe-

⁸⁰ Documento del Consejo 8668/00 FISC 67 CRIMORG 83, de 22 de mayo de 2000, pág. 15.

⁸¹ La práctica convencional española demuestra que ningún CDI ha recogido en su articulado —art. 26 o equivalente— una disposición referida al plazo para responder a un requerimiento de información. Únicamente el CDI de España con Costa Rica contiene, no en el articulado sino en el Protocolo, una referencia expresa al plazo para responder al requerimiento de información: «Las autoridades competentes de los Estados contratantes se comprometen a atender los requerimientos de información del otro Estado contratante en el plazo de seis meses, desde la recepción del requerimiento (Protocolo del CDI de España y Costa Rica, apartado XIII *ad art.* 26).

⁸² Directiva 2011/16/UE, del Consejo de 15 de febrero de 2011 (Diario Oficial UE, L64, de 11 de marzo de 2011).

⁸³ Artículo 7 de la Directiva relativa a la cooperación en materia de fiscalidad. En todo caso, ese plazo máximo de seis meses se reduce a dos meses cuando no sea preciso realizar investigaciones administrativas en los casos en los que la autoridad requerida dispusiera ya de la información solicitada. No obstante, el plazo general de seis meses admite excepciones o prórrogas en los supuestos de especial complejidad. La propuesta de Directiva no concreta el nuevo periodo prorrogable en tales casos y deja libertad a los Estados implicados para fijar plazos distintos (MARTÍNEZ GINER, L.A.: «Nuevos horizontes en el intercambio de información tributaria: a propósito de la propuesta de Directiva relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad», *Quincena Fiscal*, n.º 12, 2009, págs. 54-57).

⁸⁴ CAYÓN GALIARDO, A.: «Modificaciones previstas en los procedimientos de aplicación de los tributos», *Técnica Tributaria*, n.º 86, 2009, pág. 13.

rio Fiscal o a la jurisdicción competente ⁸⁵. Esta causa de suspensión del plazo del procedimiento es, en buena parte, una reiteración de lo establecido para el procedimiento inspector en el artículo 150.4 a) de la LGT, donde se regula con carácter específico para este procedimiento la interrupción justificada del cómputo del plazo de dichas actuaciones por la remisión del expediente al Ministerio Fiscal o del tanto de culpa a la jurisdicción competente.

Con carácter general, el artículo 180.1 de la LGT proclama la suspensión del procedimiento administrativo en los casos en que pueda existir delito contra la Hacienda Pública, mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal ⁸⁶. Lo que resulta evidente en tales casos es que la Administración no puede actuar produciéndose un efecto suspensivo en el cómputo del plazo y al tiempo la suspensión del plazo de prescripción ⁸⁷. El fundamento de esta interrupción justificada se encuentra en el propio artículo 180.1 de la LGT y no plantea problemas interpretativos. No obstante, debe señalarse que la figura de la suspensión de la prescripción tributaria resulta algo forzada a la luz del artículo 68 de la LGT que configura como interrupción de la prescripción la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción penal. En este sentido queremos señalar que la literalidad del artículo 180.1 de la LGT refiere que si la jurisdicción penal no aprecia la existencia de delito, la Administración continuará sus actuaciones y se reanudará el cómputo del plazo de prescripción. La interpretación que sugerimos es la de que la desaparición de la causa de interrupción justificada supone reanudar el plazo del procedimiento suspendido, lo cual a la luz del artículo 180.1 de la LGT supondría reanudar el cómputo del plazo de prescripción suspendido igualmente. Propuestas *de lege ferenda* pudieran sugerir que lo que se reanuda es únicamente el plazo del procedimiento y que lo que realmente acaece es una interrupción de la prescripción del artículo 68 de la LGT, pero, en mi opinión, la imposibilidad de actuar, aunque quisiera, por parte de la Administración durante la suspensión del procedimiento debiera suponer igualmente la suspensión del plazo de prescripción, puesto que el silencio de la relación jurídica necesario para que se produzca la extinción por prescripción no se quebranta por actuación de la Administración tributaria sino por imposibilidad material de actuar.

Algún comentario ha merecido la duración de la suspensión del procedimiento tributario por tal motivo y su aplicación únicamente a los conceptos y periodos tramitados efectivamente como delito fiscal ⁸⁸. Establece el precepto reglamentario que la misma se prolongará «por el tiempo que

⁸⁵ Artículo 103 b) del RGAT: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 180.1 de la LGT, se remita al Ministerio Fiscal o a la jurisdicción competente, por el tiempo que transcurra desde dicha remisión hasta que, en su caso, se produzca la recepción del expediente devuelto o de la resolución judicial por el órgano competente para continuar el procedimiento».

⁸⁶ A la luz de la ratificación por España del Protocolo número 7 al CEDH (entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009) y de la STEDH Ruotsalainen contra Finlandia de 16 de junio de 2009, puede interpretarse el principio *non bis in idem* en relación con el ámbito sancionador –no afectando por lo tanto al procedimiento inspector–, que una vez que el tribunal penal resuelva sobre el fondo del asunto, condenando pero también absolviendo al contribuyente, no será posible reanudar al procedimiento administrativo sancionador.

⁸⁷ MARTÍNEZ GINER, L.A.: «Suspensión e interrupción de la prescripción del derecho a liquidar la deuda tributaria», *RCyT*, CEF, n.º 225, 2001, págs. 46 y ss.

⁸⁸ «La paralización del procedimiento administrativo como consecuencia de la vía penal debe limitarse a los conceptos y ejercicios que son incluidos en la querella y que sean admitidos en el auto de incoación, pero en ningún caso a otros conceptos o ejercicios anteriores no incluidos en la causa penal, los cuales, aun cuando fueran denunciados por la Inspección ante el Ministerio Fiscal, al no incluirse en la querella, pudieron ser regularizados en vía administrativa una vez que la Administración tributaria conoció su no inclusión en la vía criminal» (RTEAC de 20 de octubre de 2009).

transcurra desde dicha remisión hasta que, en su caso, se produzca la recepción del expediente devuelto o de la resolución judicial por el órgano competente para continuar el procedimiento», pensando en este último supuesto en que se abra efectivamente juicio y del mismo resulte sentencia absolutoria. El problema se suscita por la determinación del *dies ad quem* de la suspensión. Bajo la normativa anterior la interrupción justificada de actuaciones concluía cuando el expediente era devuelto o la resolución judicial notificada al Servicio Jurídico de la AEAT. Por lo tanto era responsabilidad de la Administración el tiempo que transcurría desde la notificación del expediente al Abogado del Estado hasta la reanudación de las actuaciones. Con el nuevo Reglamento de aplicación de los tributos, el lapso de tiempo que medie entre la recepción del expediente o la resolución judicial por el Servicio Jurídico de la AEAT y su remisión a la unidad de la Inspección que deba continuar las actuaciones, se considera como interrupción justificada y no ha de computar dentro del plazo máximo de resolución, puesto que se exige la devolución o notificación al órgano que deba continuar las actuaciones.

Muy crítica se ha mostrado parte de la doctrina al afirmar que «según la previsión reglamentaria no sirve de nada la notificación judicial a la Abogacía del Estado, que asume la representación procesal de la Hacienda Pública, de la sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o archivo de actuaciones ⁸⁹». Se mantiene que «se trata de una norma cuya justificación es difícilmente comprensible, ya que no encontramos argumento jurídico alguno que sustente que la demora de la propia AEAT en reanudar las actuaciones deba excluirse del cómputo del plazo máximo de duración de las actuaciones ⁹⁰». Ello ha llevado a mantener que mediante la regulación de la duración de la suspensión por esta interrupción justificada se ha producido un exceso reglamentario puesto que se acota temporalmente la suspensión de actuaciones hasta la recepción de expediente o resolución judicial por el órgano competente para continuar las actuaciones cuando del artículo 180.1 de la LGT puede colegirse que el término final de la interrupción justificada puede producirse con la notificación a la representación procesal de la Administración tributaria de cualquiera de las circunstancias alternativas que contempla el artículo 180.1 de la LGT (sentencia, sobreseimiento, archivo actuaciones) ⁹¹.

En principio la devolución del expediente a la que se refiere el artículo 103 b) del RGAT no es en realidad una forma de terminación del proceso penal, sino que se trata en realidad de una actuación administrativa interna en el marco de las relaciones entre el Ministerio Fiscal y la AEAT, y precisamente por ello tiene un carácter potestativo, dado que de hecho la norma se refiere «en su caso» a la recepción del expediente devuelto. En realidad, las opciones que plantea el artículo 103 b) del RGAT y el artículo 180.1 de la LGT son todas las posibles vicisitudes que pueden acontecer cuando la AEAT remite el expediente al Ministerio Fiscal y se abstiene de continuar el procedimiento: o bien continua el procedimiento penal y finaliza en sentencia, o se acuerda el sobreseimiento o en el caso de que los hechos no sean constitutivos de delito, se devuelve el expediente a la AEAT ⁹².

⁸⁹ DE JUAN CASADEVALL, J.: «El nuevo Reglamento de Gestión e Inspección: normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios», ob. cit., pág. 140

⁹⁰ DE VICENTE BENITO, F.: «Incidencia del Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección aprobado por Real Decreto 1065/2007, en la duración del procedimiento inspector», ob. cit., pág. 64.

⁹¹ Véase nota 89.

⁹² DE JUAN CASADEVALL, J.: «El nuevo Reglamento de Gestión e Inspección: normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios», ob. cit., pág. 142.

3. El informe preceptivo en la declaración de conflicto en la aplicación de la norma tributaria

La solicitud del informe preceptivo del artículo 159 de la LGT a la Comisión consultiva para declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria constituye una causa de interrupción justificada del cómputo del plazo de los procedimientos tributarios, en particular del procedimiento inspector. Como es conocido, el artículo 15 de la LGT establece que para que la inspección pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, debe emitirse un informe favorable de una comisión consultiva con una determinada composición ⁹³. La interrupción justificada producida por la solicitud de tal informe viene ya establecida en la propia LGT, lo cual hace redundante la referencia reglamentaria a esta causa. Establece el artículo 159.3 de la LGT que «el tiempo transcurrido desde que se comunique al interesado la procedencia de solicitar el informe por el órgano de inspección será considerado como una interrupción justificada del cómputo del plazo de las actuaciones inspectoras previsto en el artículo 150 de esta ley».

A pesar de tal carácter, el artículo 103 c) del RGAT precisa el alcance de la interrupción justificada al señalar que la misma se prolongará «por el tiempo que transcurra desde la notificación al interesado a que se refiere el artículo 194.2 de este reglamento ⁹⁴ hasta la recepción del informe por el órgano competente para continuar el procedimiento o hasta el transcurso el plazo máximo para su emisión». El procedimiento queda en suspenso hasta la emisión y recepción del informe de la comisión consultiva por el órgano competente para continuar –la Inspección. Una vez recibido el citado informe el cómputo del plazo máximo para resolver dejaría de estar suspendido y continuaría en el punto en que quedó detenido. La norma reglamentaria limita el efecto suspensivo del plazo del procedimiento provocado por la solicitud de este informe al establecer como máximo el límite de plazo que tiene la Comisión consultiva para la emisión del informe que será de tres meses ampliable un mes más ⁹⁵.

4. Actuaciones judiciales penales de las que dependa la obligación tributaria

Una novedad que ha de valorarse positivamente es la inclusión de una nueva causa de interrupción justificada basada en la existencia de actuaciones judiciales en el ámbito penal de las que dependa la determinación o imputación de la obligación tributaria ⁹⁶. Este supuesto es complemen-

⁹³ Artículo 159.1 de la LGT. El artículo 194 del RGAT en su apartado 4 se refiere a la composición de esta comisión consultiva: dos representantes de la Dirección General de Tributos y dos representantes de la Administración tributaria actuante.

⁹⁴ El artículo 194.2 del RGAT se refiere a esa notificación señalando que cuando el órgano competente para liquidar considera que concurren las circunstancias para declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, habrá de remitir a la Comisión consultiva los informes previos para que esta emita su informe motivado sobre la procedencia o no de tal declaración. «La remisión a la comisión consultiva se notificará al obligado tributario con indicación de la interrupción prevista en el apartado 3 de dicho artículo».

⁹⁵ Artículo 159.4 de la LGT.

⁹⁶ Artículo 103 d) del RGAT: «Cuando la determinación o imputación de la obligación dependa directamente de actuaciones judiciales en el ámbito penal, por el tiempo transcurrido desde que se tenga conocimiento de la existencia de dichas actuaciones y se deje constancia de este hecho en el expediente o desde que se remita el expediente a la jurisdicción competente o al Ministerio Fiscal hasta que se conozca la resolución por el órgano competente para continuar el procedimiento. No obstante, cuando ello sea posible y resulte procedente podrán practicarse liquidaciones provisionales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 101.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria».

tario al establecido en la letra b) del artículo 103 del RGAT y referido a la remisión del expediente al Ministerio Fiscal, aunque el establecido en la letra d) es distinto de ese y con un contenido más amplio y no referido exclusivamente a la remisión por presunto delito contra la Hacienda Pública ⁹⁷. En realidad esta interrupción justificada está prevista para «supuestos en que un procedimiento penal pueda poner de manifiesto rentas o bienes susceptibles de gravamen, de los que haya tenido conocimiento la Administración directa o indirectamente ⁹⁸».

Esta causa de interrupción justificada ha sido muy bien valorada por la doctrina puesto que la concurrencia de una actuación judicial penal de la que dependa la determinación de una obligación tributaria o su imputación con un procedimiento tributario planteaba muchos problemas prácticos que suponían un conflicto entre la seguridad jurídica y el principio *non bis in idem* porque la continuación del procedimiento tributario podía suponer una auténtica doble sanción por unos mismos hechos ⁹⁹.

Es lógico admitir que en tales casos no puede sancionarse una misma conducta por dos órganos, pero no es menos cierto que tampoco puede mantenerse una pendencia ilimitada del procedimiento tributario en función del pronunciamiento judicial penal. Además un problema añadido es que en muchas ocasiones la Administración tributaria no era parte en tales procesos penales y desconocía en otras tantas ocasiones el resultado de los mismos.

Por ello el procedimiento tributario se suspenderá «por el tiempo transcurrido desde que se tenga conocimiento de dichas actuaciones y se deje constancia de este hecho en el expediente o desde que se remita a la jurisdicción competente o al Ministerio Fiscal hasta que se conozca la resolución por el órgano competente para continuar el procedimiento». Son dos, pues, los momentos que pueden actuar como *dies a quo* en esta suspensión del procedimiento, en función de si la activación del proceso penal tiene o no su origen en la Administración tributaria; en el primer caso la interrupción justificada computaría desde la remisión del expediente al Ministerio Fiscal, mientras que en el segundo caso, sería desde que se conozca la existencia de dichas actuaciones penales. Algo más cuestionable es el momento de finalización de tal suspensión que la norma concreta en el conocimiento de la resolución judicial por el órgano competente para continuar el procedimiento. Y lo es porque en muchas ocasiones es muy complicado «conocer la resolución del órgano competente en un proceso judicial donde no está personada la Administración». Por ello se ha criticado que el precepto adolece de una cierta falta de concreción y se aboga por establecer la necesidad de notificar al órgano judicial la existencia de un procedimiento administrativo en curso que se suspende a resultas de la decisión judicial, condicionando la reanudación del procedimiento tributaria a la comunicación del fin del proceso y permitiendo —en su caso— a la Administración informarse del resultado o estado del mismo en cualquier momento ¹⁰⁰».

⁹⁷ MONTERO DOMÍNGUEZ/BERNARDO/CARPISO/CORONADO: *Gestión e inspección tributaria*, ob. cit., pág. 460.

⁹⁸ DE JUAN CASADEVALL, J.: «El nuevo Reglamento de Gestión e Inspección: normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios», ob. cit., pág. 143. Se pone como ejemplo los casos en que se inspecciona al receptor de unas *facturas falsas* mientras se procesa al emisor de las facturas.

⁹⁹ En el caso de procesos penales con posibles estafas, falsedad de firmas o facturas falsas, cuando los sujetos son objeto de una comprobación tributaria, pueden ser relevantes las consecuencias fiscales del documento cuya validez se cuestiona penalmente y ello puede afectar a la comprobación administrativa (HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J.M. (coord.): *Comentarios a la Ley General Tributaria*, volumen I, ob. cit., pág. 817).

¹⁰⁰ HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J.M. (coord.): *Comentarios a la Ley General Tributaria*, volumen I, ob. cit., pág. 817.

5. La fuerza mayor

El apartado e) del artículo 103 del RGAT recoge una causa clásica de interrupción justificada presente en la normativa anterior y que ha sido objeto de interpretación por parte de la doctrina y jurisprudencia. La concurrencia de alguna causa de fuerza mayor que obligue a la Administración a interrumpir sus actuaciones justifica la suspensión del procedimiento tributario de manera ilimitada por el tiempo que dure esa causa.

La fuerza mayor es un concepto indeterminado que no es precisado por la norma, lo cual permite un cierto margen de actuación por el aplicador del derecho. El problema ha venido por su uso e invocación excesiva por parte de la Administración que ha alegado causas de fuerza mayor –como cajón de sastre– en supuestos que no encajan de manera adecuada en ese concepto, con la intención de conseguir una suspensión del procedimiento por todo el tiempo que durara tal circunstancia de fuerza mayor, sin considerar ningún límite temporal máximo como sí que ocurre en otras causas de interrupción justificada ¹⁰¹.

Esta circunstancia ha llevado a mantener que la fuerza mayor como causa de interrupción justificada ha de interpretarse de manera restrictiva de acuerdo con su carácter excepcional y no habitual. La jurisprudencia y doctrina administrativa han mantenido, con acierto, una interpretación moderada y restrictiva en relación con esta causa de interrupción justificada en múltiples pronunciamientos. Así se ha declarado que la necesidad de un determinado informe reclamado por la Inspección a otro órgano no es un supuesto de fuerza mayor sino de petición de datos, informes del apartado a) del artículo 103 del RGAT ¹⁰². Del mismo modo no se considera como un supuesto de fuerza mayor las demoras en los procedimientos provocadas por las vacaciones del representante del obligado tributario o de los trabajadores de una empresa ¹⁰³. Tampoco constituye supuesto de fuerza mayor que justifiquen la suspensión de un procedimiento ni los permisos ni la enfermedad ni cambios en unidades inspectoras ¹⁰⁴, aunque en algún caso sí que se consideró justificada la interrupción por cambio de inspector actuario debido a circunstancias del servicio ¹⁰⁵. Igualmente no se ha considerado como un supuesto de fuerza mayor el hecho de que una vez iniciada una inspección frente a un obligado tributario, se inicien paralelamente actuaciones con las dos sociedades en las que aquel participa, de modo que no fuera posible realizar las actuaciones con aquel mientras no concluyan las de las citadas sociedades ¹⁰⁶. La fuerza mayor como causa de interrupción justificada debe ser de tal magnitud que haya de obligar a la Administración a detener sus actuaciones, siendo además imposible de prever o pudiendo estar prevista resulta inevitable ¹⁰⁷. La

¹⁰¹ Recordemos que la interrupción justificada por petición de datos, informes, dictámenes y valoraciones se limita a los seis meses –y en algún caso a 12 meses–.

¹⁰² STSJ Aragón de 27 de mayo de 2009; RTEAC de 20 de abril de 2005.

¹⁰³ SSAN de 25 de febrero de 2004, 11 de octubre de 2006 y 30 de septiembre de 2010. Se trata de un derecho que tienen reconocido y no puede reputarse como un supuesto de fuerza mayor. Puede ser considerado, como veremos, como una dilación imputable al contribuyente. STSJ Asturias de 30 de junio de 2008.

¹⁰⁴ PEÑA GARBÍN, J.M.: *La Inspección de Hacienda. Problemas y soluciones*, ob. cit., pág. 245.

¹⁰⁵ RTEAC de 28 de septiembre de 2006.

¹⁰⁶ STSJ Valencia de 17 de mayo de 2006.

¹⁰⁷ FORTUNY/DE CASSO: «Análisis del procedimiento inspector. Novedades del nuevo Reglamento general de las actuaciones y procedimientos de gestión e inspección», en *Actum Fiscal*, n.º 7, 2007, pág. 69.

conceptualización relativa a qué se entiende por fuerza mayor en el ámbito tributario ha de remitirse a la doctrina propia del ámbito del Derecho Administrativo con las modulaciones que lleva a cabo la jurisprudencia tributaria que ha rechazado la práctica de amparar bajo un supuesto de fuerza mayor, con efectos suspensivos no limitados en el tiempo, a supuestos de petición de datos, informes que están expresamente configurados autónomamente en la normativa aplicable. En todo caso, ha de evitarse una excesiva ampliación de la idea de fuerza mayor contraria a su verdadera naturaleza que permitiría incluir bajo la misma cualquier situación de cierta necesidad o conveniencia de actuación de la Administración ¹⁰⁸.

En relación con la fuerza mayor como causa de interrupción justificada se establece que a pesar del efecto suspensivo que provoca en el procedimiento, se podrán practicar liquidaciones provisionales cuando sea posible, por no afectar la causa a todas las obligaciones y periodos objeto del procedimiento ¹⁰⁹.

6. Conflictos ante las Juntas Arbitrales

Se trata de un supuesto novedoso de interrupción justificada ante el planteamiento de conflictos de competencias ante las Juntas Arbitrales, tanto la de régimen común como ante la Junta Arbitral del País Vasco y la Junta Arbitral de Navarra ¹¹⁰. La interrupción por esta causa se prolongará por el tiempo que transcurra desde el planteamiento del conflicto hasta su resolución dictada por la respectiva Junta Arbitral ¹¹¹.

Las Juntas Arbitrales son órganos colegiados de deliberación y resolución de conflictos que se susciten entre la Administración tributaria del Estado y comunidades autónomas o diputaciones forales del País Vasco o la Comunidad Foral de Navarra, teniendo como objeto la aplicación de puntos de conexión, competencias en relación con procedimientos de gestión, recaudación, inspección o la determinación de la proporción correspondiente a cada Administración en supuestos de tributación conjunta por el Impuesto sobre Sociedades o por el Impuesto sobre el Valor Añadido, así como la interpretación y aplicación del Concierto Económico con el País Vasco y el Convenio Económico con Navarra. Se trata de un órgano creado ad hoc para resolver conflictos derivados de la fragmentación del poder tributario que debe pronunciarse, en la mayoría de casos, sobre la atribución de una

¹⁰⁸ CHICO DE LA CÁMARA/GALÁN RUIZ/ RODRÍGUEZ ORDANZA: *Procedimientos tributarios. Teoría, cuestiones prácticas, jurisprudencia, doctrina administrativa y bibliografía*, ob. cit., pág. 280.

¹⁰⁹ Artículo 103 e) del RGAT: «(...) No obstante, cuando sea posible y resulte procedente podrán practicarse liquidaciones provisionales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 101.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria».

¹¹⁰ Artículo 103 f) del RGAT.

¹¹¹ La normativa reglamentaria de desarrollo relativa a las Juntas Arbitrales (el RD 2451/1998, de 13 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Junta Arbitral de resolución de conflictos en materia de tributos cedidos a las comunidades autónomas; el RD 1760/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Junta Arbitral prevista en el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco; el RD 353/2006, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de la Junta Arbitral prevista en el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra) no regula expresamente un plazo máximo de resolución por lo que en atención a su articulado, el procedimiento de la Junta Arbitral se regirá supletoriamente por las normas contenidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común aplicándose el plazo general de seis meses.

competencia tributaria controvertida. En tales casos se justifica una suspensión del cómputo del plazo del procedimiento hasta que se resuelva el conflicto por la Junta Arbitral. En realidad, sería más preciso mantener la suspensión del procedimiento hasta la notificación de la resolución de la Junta Arbitral a las Administraciones tributarias en conflicto, en lugar de fijar el *dies ad quem* de dicha suspensión en el momento de la resolución. De hecho las normas reglamentarias que regulan el procedimiento ante las Juntas Arbitrales exigen la notificación mencionada.

IV. DILACIONES NO IMPUTABLES A LA ADMINISTRACIÓN

1. Consideraciones generales

El artículo 104 del RGAT regula las dilaciones no imputables a la Administración como causas que no han de computarse a la hora de determinar el plazo máximo de resolución de los procedimientos. Se trata de una lista de causas que encuentran su habilitación legal no en el artículo 104.2 de la LGT¹¹², sino en la habilitación general de la disposición final 9.^a de la LGT que habilita al Gobierno a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y desarrollo de la LGT. En este sentido Pérez Royo considera que no mediando habilitación legal expresa, no era menester de una norma reglamentaria fija qué debe entenderse por dilación no imputable a la Administración, siendo esta tarea labor de los órganos jurisdiccionales¹¹³.

Es por ello, por lo que la lista de dilaciones no imputables a la Administración es meramente ejemplificativa, al no incluir un número tasado de dilaciones. El Reglamento de aplicación de los tributos se refiere a las mismas, «entre otras». Ello permite afirmar que es posible que existan dilaciones no imputables a la Administración distintas de las recogidas en el artículo 104 del RGAT y con los mismos efectos suspensivos del cómputo del plazo del procedimiento. El hecho de tratarse de una lista abierta ha generado algunos problemas lo cual ha merecido la crítica de la doctrina en aras a la mejor salvaguarda de la seguridad jurídica.

Estas circunstancias dilatorias no constituyen una novedad en cuanto a su existencia y contenido, aunque sí en cuanto a su denominación. Ya en el anterior Reglamento General de Inspección se regulaban las dilaciones imputables al contribuyente con los mismos efectos. Ahora, el legislador ha decidido asignar efectos suspensivos del procedimiento a ciertas dilaciones siempre que las mismas no sean imputables a la Administración. La diferencia es sensible. Bajo el nuevo reglamento toda incidencia dilatoria no imputable a la Administración no será computada en los plazos de los procedimientos, con independencia de quién sea el responsable de la misma¹¹⁴. En

¹¹² Este precepto solo se refiere al desarrollo reglamentario específico de las interrupciones justificadas. Por ello la lista de dilaciones no imputables a la Administración no es una lista cerrada sino abierta.

¹¹³ Citado por SANZ CLAVIJO, A.: «Procedimiento inspector: conclusiones del I Seminario del Foro García Añoveros», ob. cit., pág. 10.

¹¹⁴ ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: «Limitaciones temporales en las actuaciones inspectoras y en el procedimiento de inspección», ob. cit., pág. 1.193.

todo caso, la carga de la prueba corresponde a la Administración que deberá probar que ella misma no es la responsable en la demora correspondiente y por lo tanto se trata de una dilación no imputable a la misma.

De este modo, se amplía considerablemente el ámbito y eficacia de las dilaciones excluidas del cómputo del plazo de los procedimientos tributarios fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, ahora las dilaciones se aplican a todo procedimiento tributario y no exclusivamente al procedimiento inspector ¹¹⁵. En segundo lugar, lo relevante para su aplicación es que la dilación no sea imputable a la Administración, con independencia de si la misma es por causa y culpa del contribuyente o incluso de un tercero ¹¹⁶. Con el nuevo precepto legal, se excluye del cómputo del plazo máximo de duración de las actuaciones aquellas dilaciones que, sin ser directamente imputables al obligado tributario, tampoco lo son a la Administración, como verbigracia las debidas a retrasos de terceros en la cumplimentación de requerimientos de información. En el fondo, da la sensación de que la enunciación abierta de tales dilaciones es el reflejo de la plasmación legal de la práctica administrativa que ha demostrado la existencia de circunstancias impositivas de la actuación tributaria por razones ajenas a la Administración. De facto se amplía el plazo de resolución y se objetivan las circunstancias que pueden suspenderlo.

La particular naturaleza de las dilaciones que no son imputables a la Administración y los efectos suspensivos que provocan exige considerar las particularidades que permiten a las mismas desplegar su plena eficacia. En particular se puede debatir si para la operatividad de estas dilaciones basta con probar la existencia de las mismas o si por el contrario se requiere constatar que además impide la continuación de las actuaciones por interferir el normal devenir del procedimiento. En este sentido hay quien entiende que en el caso de las dilaciones del artículo 104 del RGAT la Administración ha de probar que las mismas impiden la continuación de las actuaciones, siendo esta una diferencia palmaria en relación con las causas de interrupción justificada que al estar tasadas la prueba de su existencia implica la detención automática del cómputo del plazo para resolver. Por el contrario en el caso de las dilaciones además de su concurrencia ha de quedar acreditado que no es posible continuar la tramitación del expediente. En justificación de tal tesis se argumenta el carácter de lista abierta de las dilaciones no imputables a la Administración. Pueden existir múltiples tipos de dilaciones, siendo lo realmente relevante que las mismas imposibiliten la continuación de la tramitación.

Esta interpretación viene confirmada de alguna manera por la Audiencia Nacional en sus Sentencias de 12 de marzo y de 23 de marzo de 2009 de las que se extrae la idea de que no puede existir automatismo en la consideración de una dilación. En este sentido se mantiene que para que exista

¹¹⁵ El artículo 104 del RGAT se ubica en el Capítulo III relativo a «Normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios». En todo caso ha de señalarse que aunque en realidad la mayor parte de las dilaciones reguladas en el artículo 104 del RGAT son aplicables sin ningún problema al procedimiento inspector, lo cierto es que existen algunas de ellas que por la propia naturaleza de las mismas no son aplicables al mismo: en concreto, no podrían acaecer en el procedimiento de inspección las dilaciones enumeradas en la letra d) (el procedimiento de inspección no se inicia a instancia de parte), g) y h).

¹¹⁶ CHICO DE LA CÁMARA/GALÁN RUIZ/ RODRÍGUEZ ORDANZA: *Procedimientos tributarios. Teoría, cuestiones prácticas, jurisprudencia, doctrina administrativa y bibliografía*, ob. cit., pág. 283. En realidad la mayor parte de las dilaciones del artículo 104 del RGAT son imputables al contribuyente.

dilación imputable al contribuyente es necesaria una conducta obstruccionista por parte de este de tal manera que suponga una objetiva demora en la duración de las actuaciones y que dificulte o impida el procedimiento ¹¹⁷. El mero incumplimiento del plazo otorgado al sujeto o la constatación de que se ha producido la dilación no implica detener automáticamente el cómputo del plazo, sino que hay que analizar caso por caso la influencia de la misma en el resultado final ¹¹⁸. Por ello se mantiene que no se producirá dilación suspensiva cuando a pesar de la misma la Inspección practique con normalidad diligencias en ese plazo ¹¹⁹. Recientemente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2010 considera que no toda superación del plazo para facilitar la documentación da por sí sola y al margen de la evaluación de las circunstancias concurrentes a la existencia de una dilación imputable al contribuyente. Se precisa, pues, no solo la concurrencia de la dilación sino la existencia de auténticos efectos paralizadores sobre el procedimiento. De hecho la jurisprudencia considera que para que pueda hablarse de dilación se requiere una actuación diligente por parte de la Administración ¹²⁰.

Una particularidad específica que presentan las dilaciones no imputables a la Administración se manifiesta en el procedimiento de devolución derivada de la normativa de cada tributo. En concreto el artículo 125.4 del RGAT establece que «cuando la Administración tributaria acuerde la devolución en un procedimiento de verificación de datos, de comprobación limitada o inspección por el que se haya puesto fin al procedimiento de devolución deberán satisfacerse los intereses de demora que procedan de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31.2 de la LGT. A efectos del cálculo de los intereses de demora no se computarán los periodos de dilación por causa no imputable a la Administración a que se refiere el artículo 104 de este reglamento y que se produzcan en el curso de dichos procedimientos». Resulta lógico no hacer caer el peso de la demora ajena a la Administración en el cómputo de los intereses de demora que haya de satisfacer la misma en un procedimiento de devolución.

El artículo 104 del RGAT enumera ocho dilaciones no imputables a la Administración que podrían provocar el efecto suspensivo en el cómputo del plazo para resolver. Si bien ya hemos mencionado que se trata de una lista abierta, siendo posibles otras actuaciones que se consideren dilatorias, nos centramos en el análisis de las dilaciones establecidas en el reglamento.

2. Retrasos en comparencias o requerimientos de documentación: especial referencia a la advertencia al contribuyente

El artículo 104 a) del RGAT señala como dilación no imputable a la Administración «los retrasos por parte del obligado tributario al que se refiera el procedimiento en el cumplimiento de com-

¹¹⁷ Doctrina que la sala ya mantuvo en SSAN de 2 de octubre y 9 de octubre de 2008.

¹¹⁸ FUSTER ASENCIO, M.^a C.: «Duración del procedimiento inspector», *Tribuna Fiscal*, n.º 224, 2009, pág. 34; GIL CRUZ, E.M.^a: «Distinción entre los plazos para la tramitación de las actas ya formalizadas y para la documentación de las actuaciones inspectoras», *Quincena Fiscal*, n.º 8, 2010, pág. 105.

¹¹⁹ Opinión distinta se mantiene por parte del TEAC que considera en Resolución de 4 de diciembre de 2008 la aplicación automática de la dilación por el mero retraso en el cumplimiento por parte del contribuyente. Del mismo modo la resolución del TEAC de 17 de diciembre de 2008 mantiene que el hecho de que la Inspección realice actuaciones durante ese plazo no impide la consideración de dilación.

¹²⁰ SAN de 12 de marzo de 2009.

parecencias o requerimientos de aportación de documentos, antecedentes o información con trascendencia tributaria formulados por la Administración tributaria». Podemos distinguir dos supuestos vinculados e incluidos en el tenor de la norma analizada: los retrasos en comparecencias y los retrasos en aportación de documentación. En el fondo muchas de las cuestiones que analizamos son predicables de ambas circunstancias, aunque en los casos que así lo requieran distinguiremos si se trata de retraso en comparecer o en aportar documentación.

Una de las primeras cuestiones que deben señalarse es la relativa al cómputo de la dilación que según la norma se prolongará desde el día siguiente al fijado para la comparecencia o desde el día siguiente al del fin del plazo concedido para atender el requerimiento de documentación hasta el íntegro cumplimiento de aquello que se solicitó. Entender otra cosa sería anticipar impropriamente el cómputo de la dilación a un momento en el que todavía de forma voluntaria podía cumplir con lo requerido ¹²¹. Esta circunstancia enlaza con la necesidad de que exista un plazo para cumplir el requerimiento para poder hablar de dilación no imputable a la Administración cuando, precisamente, se incumpla dentro de ese plazo o fecha. De hecho los tribunales han entendido que no se puede hablar de dilación si se realiza un requerimiento de documentación omitiendo el plazo para la entrega ¹²². La existencia de un plazo para comparecer ¹²³ o aportar documentación es necesaria pero no suficiente para entender que existe una dilación no imputable a la Administración por incumplir lo requerido. Es preciso, además, que ese plazo sea razonable y suficiente para poder cumplir con lo que se solicita ¹²⁴. Incluso algún tribunal ha considerado que cuando se concede un plazo inferior a los 10 días del artículo 55.2 del RGAT (antiguo 36.4 Reglamento General de Inspección) para aportar la documentación y se incumple –en el caso que analiza la Audiencia Nacional, siete días–, no cabe imputar ninguna dilación ¹²⁵. En relación con esta cuestión adquiere un valor esencial el principio de seguridad jurídica que ha de cohererse con el principio de seguridad jurídica a la hora de realizar requerimientos de documentación ¹²⁶.

Resulta evidente que el incumplimiento de un plazo para cumplir una comparecencia o una solicitud de información motivará que se inicie una dilación no imputable a la Administración, pero del mismo modo ha de señalarse que tal plazo no puede mantenerse abierto de manera irracional por la Administración, sino que únicamente por el tiempo necesario para constatar que tal requerimiento no ha sido cumplido ¹²⁷. Por otro lado y retomando la conveniencia de no considerar automatismos

¹²¹ ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: «Limitaciones temporales en las actuaciones inspectoras y en el procedimiento de inspección», ob. cit., pág. 1.193.

¹²² SAN de 26 de junio de 2008.

¹²³ SAN de 25 de enero de 2010. En todo caso debe recordarse que el propio plazo concedido para aportar no puede ser considerado como plazo de dilación.

¹²⁴ Como se ha dicho, el plazo del artículo 55.2 del RGAT y del 171.3 del RGAT de 10 días como mínimo puede no resultar suficiente cuando la información solicitada no se encuentre a su disposición, o cuando el procedimiento se dirija a sucesores de personas o entidades que no disponen de la información de manera inmediata (BLÁZQUEZ LIDOY, A.: «Duración de las actuaciones inspectoras e interrupción de la prescripción», en *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, n.º 17, 2006, pág. 105).

¹²⁵ SSAN de 3 de marzo de 2009, 11 de febrero y 30 de septiembre de 2010, 26 de enero de 2011.

¹²⁶ Así la SAN de 26 de enero de 2011 señala que «no es posible prescindir del principio de proporcionalidad que exige equilibrar las consecuencias jurídicas de los actos de decisión a la intensidad y gravedad de los hechos que los provocan».

¹²⁷ Así se mantiene en las SSAN de 21 de noviembre de 2008 y 12 de marzo de 2009. «No es razonable que ante una incomparecencia la Administración deje transcurrir 76 días sin actuación alguna» (STSJ Valencia de 9 de noviembre de 2007).

en la aplicación de las causas de dilación, ha de señalarse que no resulta admisible computar como dilación una no comparecencia del obligado tributario, si la Inspección no reacciona de manera inmediata tras la incomparecencia. Si las actuaciones continúan con normalidad a pesar de no aportar documentación o no comparecer, no sería adecuado considerar la existencia de una dilación¹²⁸, salvo que las actuaciones no puedan concluir sin el cumplimiento de lo requerido. La idea de dilación sería inaplicable en los supuestos en los que la Inspección ha practicado con normalidad una o varias diligencias del procedimiento en el tracto temporal afectado por tales demoras o incumplimientos defectuosos pues estas no habrían requerido un tiempo extra para concluir satisfactoriamente el procedimiento¹²⁹. Solo podría hablarse de dilación cuando existiera un verdadero entorpecimiento en el desarrollo normal de las actuaciones. Incluso hay quien cree que resultaría absurdo considerar como dilación continuada la no aportación de documentos en reiteradas peticiones de los mismos en las que se acumularían dilaciones que no se cerrarían nunca¹³⁰. Aún más, las peticiones de documentación que no sean claras y no resulten suficientemente concretadas no deben generar dilación no imputable a la Administración puesto que tal efecto negativo debería estar basado en un mandato claro y preciso para el obligado, de tal manera que siendo de otro modo no deberían asignarse efectos negativos al incumplimiento de tal requerimiento, y ello aunque el obligado no hubiera pedido aclaración sobre la petición de documentación, puesto que una actuación incorrecta de la Inspección no puede trasladar efectos negativos sobre el contribuyente.

En este sentido hasta que no se cumpla íntegramente lo requerido no puede entenderse atendido el requerimiento: ello ha de advertirse al obligado tributario. Así lo especifica el artículo 104 a) del RGAT, lo cual ha generado una intensa discusión en torno a la existencia de dilación en los casos en los que no se advierte al contribuyente de que no ha cumplido y de que se encuentra en dilación, haciendo constar esta advertencia en la diligencia oportuna. En esencia, puede sintetizarse la polémica en el hecho de que la existencia o no de tal advertencia puede determinar la existencia o no de dilación no imputable a la Administración.

Esta cuestión ya generó discusión bajo la normativa reglamentaria anterior, pudiendo mantenerse los mismos argumentos bajo el reglamento actual¹³¹. Básicamente son dos las posturas en torno a esta cuestión. Por un lado, el TEAC en múltiples resoluciones ha mantenido que la constancia

¹²⁸ Otra opinión es la mantenida por el TEAC (RTEAC de 4 de diciembre de 2008 y de 17 de diciembre de 2008) quien considera el automatismo en la aplicación de las dilaciones y mantiene que el mero retraso en el cumplimiento determina la dilación, pues al no atender los requerimientos en plazo se priva a la Inspección de una información que considera relevante en el procedimiento, y ello aunque no exista una actitud obstruccionista del obligado. Incluso el hecho de que la Inspección realice actuaciones durante ese plazo no impediría la consideración como dilación.

¹²⁹ GIL CRUZ, E.M.ª: «Distinción entre los plazos para la tramitación de las actas ya formalizadas y para la documentación de las actuaciones inspectoras», ob. cit., pág. 104; FUSTER ASENCIO, M.ª C.: «Duración del procedimiento inspector», ob. cit., pág. 34, en relación con la SAN de 12 de marzo de 2009. Similar opinión se mantiene en SAN de 9 de octubre de 2008 y en las SSTSJ Valencia de 30 de mayo de 2006, 17 de enero de 2008: la inactividad de la Administración posterior a la incomparecencia es inadmisibles y sin justificación lo cual impide ser considerada como dilación no imputable a la Administración.

¹³⁰ WERT ORTEGA, M.: «El plazo de las actuaciones inspectoras», ob. cit., pág. 27.

¹³¹ La polémica existente llevó a la Administración a dotarse de una normativa interna sobre el funcionamiento y documentación de actuaciones inspectoras que aclarara la situación. Y así la Instrucción 2/99, de 6 de octubre de 1999 del Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria exigía diligenciar la advertencia correspondiente cuando el no cumplimiento íntegro motivara una dilación.

en diligencia de que ha existido una advertencia al contribuyente en el sentido del artículo 104 a) del RGAT no es un requisito indispensable para que exista una dilación ¹³². Según la doctrina del TEAC la Inspección no estaría obligada a advertir al contribuyente de que si no aporta la documentación tal demora no computará en el plazo del procedimiento y habrá una dilación. No obstante, el TEAC matiza su postura en los casos en los que no cumpliéndose el requerimiento, se reitera la petición de información con posterioridad. En este sentido, se ha mantenido que existe dilación aun cuando no haya constancia expresa en diligencia de la advertencia referida, argumentando que la reiteración posterior de la petición de información indica que el contribuyente no puede desconocer que no había aportado la información completa en su momento y que por lo tanto hay dilación no imputable a la Administración ¹³³.

Por otro lado, la Audiencia Nacional ha señalado reiteradamente que la advertencia de que existe una dilación por no haber cumplido íntegramente lo solicitado es un requisito indispensable para poder imputar una dilación del artículo 104 a) del RGAT ¹³⁴. En el caso de que se dé esa advertencia, «la dilación computaría desde la advertencia o desde el exceso del plazo perentorio conferido en esta para la entrega de los datos necesarios ¹³⁵». Para nuestros tribunales dicha advertencia es una carga obligada de la Inspección cuya inexistencia implica que no pueda hablarse de dilación. El principio de buena fe que preside las relaciones entre la Administración tributaria y los contribuyentes impediría que se pudieran excluir de los plazos máximos de resolución aquellos periodos respecto de los cuales la Administración decide por sí sola que se deben a dilaciones del sometido a comprobación sin que este conociera siquiera que son tales dilaciones ni sus consecuencias ¹³⁶.

En nuestra opinión, la necesidad de tal advertencia se justifica por la necesaria buena fe que ha de presidir las relaciones entre el fisco y el ciudadano. Abundando en esta cuestión, parece que para cumplir con la observancia de la adecuada diligencia de la advertencia del artículo 104 a) del RGAT, no será necesaria una mención genérica sino que habrá que verificar una expresa advertencia de cuáles son las consecuencias de no aportar documentación en plazo ¹³⁷. En este sentido no parece que esta obligación pueda cumplirse con la advertencia genérica al inicio de las actuaciones inspectoras de que la no aportación de documentación puede suponer una dilación a efectos del cómputo del plazo del procedimiento. El mandato del artículo 104 a) del RGAT exige que tal advertencia se produzca en el momento en el que se incumple total o parcialmente la obligación de aportar documentación ¹³⁸. En definitiva, en los supuestos en los que no se aporta la documentación requerida sin que se reitere la solicitud de la misma y no se advierta de forma expresa que se está incurriendo en una dilación, considero que la obstrucción a la continuación del procedi-

¹³² Entre otras, RTEAC de 16 de marzo de 2005, 1 de junio de 2006, 19 de abril de 2007, 25 de julio de 2007, 24 de julio, 20 de noviembre y 4 de diciembre de 2008.

¹³³ RTEAC de 16 de marzo de 2005.

¹³⁴ SSAN de 26 de junio, 9 de octubre de 2008; 12 de marzo, 27 de mayo de 2009; 25 de enero de 2010.

¹³⁵ SAN de 11 de febrero de 2010, fundamento jurídico quinto.

¹³⁶ SSAN de 26 de febrero, 23 de abril, 29 de octubre y 10 de diciembre de 2009.

¹³⁷ GIL CRUZ, E.M.ª: «Distinción entre los plazos para la tramitación de las actas ya formalizadas y para la documentación de las actuaciones inspectoras», ob. cit., pág. 104.

¹³⁸ DE VICENTE BENITO, F.: «La duración del procedimiento inspector», en *La Inspección de Hacienda en el Reglamento General de los Tributos*, LII Semana de Estudios de Derecho financiero, IEF, Madrid, 2010, pág. 270.

miento –y por lo tanto la dilación– se produce desde que se le advierte al interesado de que al no aportar la documentación solicitada incurre en dilación mostrándose así una actitud que entorpece las actuaciones de la Administración. Recordemos en este punto que el artículo 102.4 del RGAT obliga a documentar los periodos de dilación, reflejando en la oportuna diligencia los documentos pendientes de aportar y las incidencias producidas, de tal manera que si no se cumple con ello se vaciaría de contenido el mandato del artículo 102.4 del RGAT y la obligación de advertencia del artículo 104 a) del RGAT ¹³⁹.

Una cuestión que surge al analizar el precepto deriva del propio ámbito subjetivo al que se refiere el artículo 104 a) del RGAT. Y ello porque se refiere exclusivamente a los retrasos en comparecencias o presentación de documentación por parte del obligado tributario. Se plantearía, pues, si los retrasos por parte de terceros a los que se les haya requerido información durante el procedimiento podrían considerarse como dilaciones a efectos del artículo 104 del RGAT. En realidad, el tenor literal del apartado a) del artículo 104 se refiere exclusivamente a retrasos del contribuyente al que se refiera el procedimiento, sin que pueda incluirse en este apartado las dilaciones provocadas por terceros ante incumplimientos de requerimientos de información. No obstante, no hay que olvidar que las dilaciones que regula el artículo 104 del RGAT no constituyen una lista cerrada, antes al contrario, conforma una enumeración abierta que no impide considerar como dilación no imputable a la Administración las imputables a terceros que no atienden requerimientos de información ¹⁴⁰. No obstante, bajo la anterior normativa que imputaba la dilación al contribuyente para tener efectos suspensivos del cómputo del plazo, existían pronunciamientos judiciales que entendían que si la información pedida no obraba en poder del contribuyente o no podía acceder a ella no habría dilación imputable al contribuyente ¹⁴¹, aunque a la luz de la normativa actual podría considerarse una dilación no imputable a la Administración.

En relación con esta causa de dilación, lo cierto es que se ha generado una importante casuística judicial que responde a la existencia de problemas reales derivados de la interpretación y aplicación del artículo 104 del RGAT. En todo caso debemos recordar que el artículo 29.2 f) de la LGT establece el deber de colaboración del contribuyente que ha de aportar a la Administración tributaria libros, registros, documentos o información que deba conservar en relación con el cumplimiento de las obligaciones tributarias propias o de terceros, así como cualquier dato, informe, antecedente y justificante con trascendencia tributaria a requerimiento de la Administración o en declaraciones periódicas. Del mismo modo el apartado g) de ese mismo precepto obliga al contribuyente a facilitar las inspecciones y comprobaciones administrativas. Por su parte, el artículo 171.3 del RGAT establece que los obligados tributarios deben poner a disposición del personal inspector toda la documentación que refiere en un apartado anterior, entre la que se incluye cualquier otro documentos con trascendencia

¹³⁹ DE VICENTE BENITO, F.: «Incidencia del Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección aprobado por Real Decreto 1065/2007, en la duración del procedimiento inspector», *ob. cit.*, pág. 59.

¹⁴⁰ En todo caso, no debe olvidarse que el artículo 190.3 b) del RGAT ha previsto como un supuesto de liquidación provisional la derivada de un procedimiento de inspección cuando no hubiera sido posible la definitiva comprobación e investigación de los elementos de la obligación tributaria como consecuencia de no haberse obtenido los datos solicitados a terceros.

¹⁴¹ STSJ Valencia de 1 de diciembre de 2008. La STSJ Murcia de 22 de enero de 2010 entiende que la tardanza del banco en facilitar la información requerida no es imputable ni a la Administración ni al contribuyente, pero a la luz del nuevo Reglamento de aplicación de los tributos es una dilación no imputable a la Administración.

tributaria ¹⁴². Por otra parte, ha de recordarse que el artículo 203 de la LGT tipifica como infracción la resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria. Se ha cuestionado si las dilaciones por esta causa además deben ser sancionadas como infracciones. Más allá de la posible similitud entre la dilación y la infracción, lo cierto es que responden a fundamentos distintos, de manera que la dilación pone de manifiesto un retraso o incomparecencia que impide a la Administración disponer de una información trascendental para el procedimiento, pero ello aunque no sea este el fin del obligado ni incluso sea voluntario, razón por la cual la Inspección al calificar la dilación no pretende sancionar sino computar adecuadamente el procedimiento.

Generalmente los pronunciamientos judiciales difieren en alguna medida de los pronunciamientos administrativos del TEAC. Una primera circunstancia que puede ayudar a entender el ámbito de esta dilación tiene que ver con el incumplimiento del requerimiento de presentar documentación que se considera innecesaria, irrelevante o superflua ¹⁴³, fundamentalmente porque es información que ya posee la Administración o porque se demuestra que la no aportación no impide a la Administración regularizar la situación del obligado tributario incluso cuando estos datos o documentos ya obtenidos no se vuelcan en el expediente ¹⁴⁴; en todos estos casos los tribunales entienden que no puede considerarse que hay dilación que demore el procedimiento. En argumentación de la Audiencia Nacional, si la documentación es irrelevante y su omisión causó nulo efecto en la liquidación, de tales inanes actuaciones no puede surgir una dilación que no tiene otro origen que el empecinamiento de la Administración en obtener datos inservibles para el procedimiento en que se exigen ¹⁴⁵. En este sentido, la Audiencia Nacional en su Sentencia de 12 de marzo de 2009 ha señalado que no puede constituir una dilación el retraso en presentar una documentación que no es de obligada aportación por el interesado ¹⁴⁶. En particular no se consideró dilación el no aportar el libro mayor contable, al no ser el mismo un libro de llevanza obligatoria según la normativa tributaria ¹⁴⁷. Igualmente, no puede considerarse que la dilación no es imputable a la Administración y por lo tanto no suspendería el plazo del procedimiento aquellas demoras motivadas por la petición de una documentación que no se encuentra a disposición del contribuyente sino que obra en poder de la Administración, en particular, de los órganos de gestión, de tal manera que la Inspección debiera reclamar esa información a tales órganos y no al contribuyente, no pudiéndose computar como tal dilación no imputable a la Administración ¹⁴⁸. En nuestra opinión la petición de información por parte de la Administración ha

¹⁴² Artículo 171.1 e) del RGAT.

¹⁴³ STSJ Valencia de 3 de octubre de 2005; SSAN de 12 de mayo, 19 de mayo y 30 de junio de 2005. En sentido contrario, hay una sentencia de la Audiencia Nacional que considera que existe dilación, siendo irrelevante que los datos requeridos sean o no trascendentes para la regularización tributaria (SAN de 11 de febrero de 2008).

¹⁴⁴ BLÁZQUEZ LIDOY, A.: «Duración de las actuaciones inspectoras e interrupción de la prescripción», ob. cit., pág. 107.

¹⁴⁵ SAN de 11 de febrero de 2010.

¹⁴⁶ En similar sentido, SAN de 2 de octubre de 2008.

¹⁴⁷ SSAN de 26 de junio y 4 de diciembre de 2008. Debe recordarse que el artículo 99.2 de la LGT confiere el derecho a no aportar la documentación no exigida por la normativa tributaria. Por el contrario el TEAC en Resoluciones de 29 de junio de 2006 y 19 de abril de 2007 consideran dilación al margen de que la documentación requerida sea o no de llevanza obligatoria. En todo caso, una cosa es que la no aportación de una documentación no obligatoria no genere dilación y otra distinta es que no esté obligado a aportarlo si dispone de él. A la luz del artículo 171 del RGAT considero que debería aportar ese documento con trascendencia tributaria.

¹⁴⁸ SAN de 21 de noviembre de 2008. No obstante, la STSJ Asturias de 14 de septiembre de 2006 considera que la Administración es libre para decidir qué documentos solicita al obligado, sin que sea necesaria la conformidad del mismo para

de estar motivada por su necesidad para la continuación del procedimiento, pudiendo el contribuyente no aportar la misma alegando, bien que esa documentación no es de llevanza obligatoria, bien que la misma ya es accesible a la Administración por estar en su poder.

El deber de aportar documentos obligatorios por parte del obligado tributario no debe entenderse de una manera tan absoluta que obligue al mismo a realizar labores propias de la Administración tributaria tales como cotejar, valorar o conciliar diferentes informaciones que posea el obligado tributario. Así se deriva de una jurisprudencia constante de la Audiencia Nacional que considera que «el contribuyente en su deber de colaboración está obligado a aportar libros, documentos, datos, etc., pero no obviamente a verificar, cotejar o valorar la trascendencia de las informaciones o su relación con otras aportadas o procedentes de otras fuentes de conocimiento ¹⁴⁹». Tales actividades exceden el deber de colaboración y pudiendo rehusar tales requerimientos no puede existir entonces dilación ¹⁵⁰.

La casuística que los tribunales han de resolver es muy amplia, pero lo cierto es que existe una cierta coherencia al mantener la necesidad de valorar una cierta proporcionalidad al considerar la existencia o no de una dilación, aplicando el principio de buena fe que ha de presidir las relaciones entre Administración y administrado y rehusando los automatismos a la hora de aplicar el artículo 104 del RGAT ¹⁵¹.

3. Aportación extemporánea de documentos

El apartado b) del artículo 104 del RGAT califica como dilación la aportación de nuevos documentos y pruebas por el obligado una vez vencido el trámite de audiencia o de alegaciones. En tal caso, deberá computarse la dilación desde el día siguiente al del fin del trámite de audiencia o alega-

ello. Así, se argumenta por este tribunal que si no se aporta la documentación alegando que la misma es innecesaria o que la Administración ya tiene en su poder esa documentación, nos encontraríamos ante una dilación por parte del contribuyente que produce el efecto paralizador del plazo consecutivo.

¹⁴⁹ SAN de 20 de julio de 2008.

¹⁵⁰ SSAN de 2 y 9 de octubre de 2008 y 11 de febrero de 2010. En similar sentido la SAN de 26 de febrero de 2009 manifiesta que no se puede considerar como dilación la no puesta a disposición de la Administración de documentación simplemente para tenerlos a la vista durante una comparecencia que se iba a desarrollar en la sede de la Inspección tributaria.

¹⁵¹ Entre otras situaciones que han tratado nuestros tribunales podemos mencionar el caso en el que existe un retraso en la aportación de la documentación en la situación en la que en el requerimiento de la misma existe un error al haber pedido documentación relativa a un ejercicio no investigado. En tal caso no puede existir una dilación puesto que hay una falta de diligencia por parte de la Administración (STSJ Valencia de 4 de noviembre de 2009). Una reflexión merece considerar si la aportación en tiempo de una documentación falsa constituye o no una dilación del artículo 104 a) del RGAT. Es indudable que la aportación de facturas falsas, verbigracia, puede dilatar el procedimiento de manera considerable. No obstante en la RTEAC de 12 de febrero de 2009 se llega a la conclusión que aportar documentación falsa en tiempo no constituye una dilación. Y ello porque aunque es cierto que solo se cumple con el requerimiento de documentación aportando lo pedido, sin que el mismo se verifique aportando información distinta o información falsa, lo cierto es que el reglamento no tipifica como dilación la aportación de documentación falsa. Es más, la falsedad de la misma es asumida exclusivamente por parte de la Inspección, aceptando el contribuyente la realidad de las mismas. El TEAC mantiene que la prueba de la falsedad incumbe a quien la mantiene y no a quien la niega, pero aún en tal caso, la aportación en tiempo al actuario de tales facturas falsas no puede considerarse como dilación.

ciones hasta la fecha en que se aportan ¹⁵². Ello será así salvo que se trate de documentos ya solicitados durante la tramitación del procedimiento, en cuyo caso operará la causa de dilación del apartado a) ya analizado.

Lo primero que sorprende es el automatismo con el que se proclama la dilación ¹⁵³. Es cierto que este precepto trata de evitar las típicas maniobras dilatorias fraudulentas del contribuyente, el cual tiene derecho a presentar documentos y formular cualesquiera alegaciones que serán tenidos en cuenta al redactar la propuesta de resolución (art. 34.1 LGT); ahora bien, todo ello dentro de los plazos establecidos por la normativa. En este sentido hay que recordar que el artículo 96.4 del RGAT establece que una vez realizado el trámite de audiencia o el de alegaciones no se podrá incorporar al expediente más documentación acreditativa de los hechos, salvo que se demuestre la imposibilidad de haberla aportado antes de la finalización de dicho trámite. Solo podrá aportarse documentación extemporánea si se demuestra la imposibilidad de aportación anterior al fin del plazo de alegaciones o audiencia. Este extremo resulta de una gran indeterminación y genera dificultad para apreciar tal imposibilidad. Todo parece indicar que la Administración interpretará restrictivamente tal imposibilidad para negar la incorporación de documentación extemporánea ¹⁵⁴. Ello supondrá que no se consideren pruebas que pudieran ser decisivas por el hecho de haber vencido el trámite de audiencia o alegaciones.

De la interpretación sistemática de la normativa puede afirmarse que el legislador no admite la posibilidad de incorporar documentación una vez vencido el trámite oportuno, y únicamente en casos muy restrictivos –demostrada la imposibilidad de aportación anterior– se admite tal documentación, aunque en tal caso se considerará como dilación a efectos del artículo 104 b) del RGAT. Debemos ser críticos con este supuesto, dado que es posible que una vez vencido el plazo de alegaciones o audiencia existan documentos nuevos o de nueva aparición o que hasta ese momento no pudieran ser aportados. Considerar que en tales supuestos existe en todo caso una dilación con el consecuente efecto suspensivo del plazo del procedimiento resulta en mi opinión excesivo. No pueden valorarse de igual manera actitudes realmente obstruccionistas con situaciones que escapan al control del obligado. Es cierto que el nuevo reglamento ya no se refiere a dilaciones imputables al contribuyente sino a dilaciones no imputables a la Administración. No obstante entiendo que para su consideración debe prescindirse de cualquier automatismo y verificar la incidencia de tal demora en el procedimiento así como la actitud del obligado tributario. En mi opinión, por estas razones, no debería considerarse de manera automática como dilación no imputable a la Administración la aportación extemporánea de documentos de imposible aportación previa.

¹⁵² En el caso de actas de disconformidad y el trámite de alegaciones posterior al acta, DE VICENTE BENITO, F.: «La duración del procedimiento inspector», ob. cit., pág. 271, considera que el cómputo de la dilación por aportación extemporánea de documentos debiera ser otro, puesto que el tiempo transcurrido entre el fin del plazo de alegaciones posterior al acta y la aportación extemporánea de documentación puede ser imputable a la Administración puesto que ese lapso temporal pudiera ser imputable a la Administración –tratándose de menos de un mes. De otro lado, el tiempo que transcurre desde que se presenta extemporáneamente la documentación hasta la notificación del acuerdo de liquidación está motivado por la necesidad de valorar las nuevas pruebas.

¹⁵³ ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: «Limitaciones temporales en las actuaciones inspectoras y en el procedimiento de inspección», ob. cit., pág. 1.195.

¹⁵⁴ DE VICENTE BENITO, F.: «Incidencia del Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección aprobado por Real Decreto 1065/2007, en la duración del procedimiento inspector», ob. cit., pág. 61.

4. Concesión de aplazamientos y prórrogas

El apartado c) del artículo 104 del RGAT califica como dilación la concesión de la ampliación de un plazo por la Administración, así como la concesión del aplazamiento de las actuaciones del obligado a solicitud suya. La duración de la misma será el tiempo transcurrido entre el día siguiente a la finalización del plazo hasta la fecha fijada en segundo lugar. A la vista del precepto pueden distinguirse dos situaciones, la ampliación del plazo por parte de la Administración o la solicitud de aplazamiento o prórrogas por parte del contribuyente de plazos referidos a sus actuaciones.

En principio resulta lógico convenir –a falta de otros argumentos– que cuando es el contribuyente el que solicita la ampliación o prórroga del plazo o las actuaciones, tal demora no se compute dentro del plazo máximo para resolver el procedimiento puesto que no se trata de una dilación imputable a la Administración ¹⁵⁵. Posteriormente valoraremos si procede en todos los casos considerar tal dilación puesto que es evidente que la solicitud de ampliación de un plazo constituye un derecho del contribuyente. En todo caso, resulta claro que si tras la fecha de la ampliación del plazo no se reanudan las actuaciones, no procede considerar dilación el periodo transcurrido tras el aplazamiento ¹⁵⁶.

El artículo 91 del RGAT recoge el derecho a la ampliación de los plazos de los procedimientos ¹⁵⁷. La consideración como dilación de este supuesto del artículo 104 c) del RGAT no exige la concesión expresa del aplazamiento solicitado –tal y como exigía el art. 31 bis del anterior Reglamento General de Inspección ¹⁵⁸– puesto que el apartado 4 del artículo 91 admite el silencio positivo para la concesión de aplazamientos solicitados por el contribuyente ¹⁵⁹. Por lo tanto, aun no contestando la solicitud de ampliación de plazo por parte de la Administración, hay que entender que se produce una dilación, puesto que se entiende concedida por silencio la citada ampliación.

Una incidencia muy recurrente que ha motivado numerosos pronunciamientos judiciales tiene que ver con el aplazamiento de las actuaciones por vacaciones del personal de una empresa objeto de una investigación. La posible consideración como dilación o no ha supuesto una evolución jurisprudencial que ha tenido en la Audiencia Nacional su máximo exponente. Puede ser frecuente que una documentación o comparecencia tenga lugar durante el periodo en el que se suele disfrutar de vacaciones –generalmente el mes de agosto, que en principio es hábil administrativamente. En este sentido se

¹⁵⁵ Por ejemplo, se considerarían dilaciones en el sentido del artículo 104 c) del RGAT: el aplazamiento solicitado para la entrega de una documentación (STSJ Cataluña de 4 de diciembre de 2008); el aplazamiento para una primera comparecencia (STSJ Madrid de 15 de diciembre de 2006) o el aplazamiento de unas actuaciones inspectoras solicitado por el contribuyente (STSJ Madrid de 25 de abril de 2008).

¹⁵⁶ Si se concede un aplazamiento en una actuación por 15 días y tras ellas la Administración sigue inactiva dos meses, la dilación únicamente incluirá los 15 días concedidos.

¹⁵⁷ Este derecho es un trasunto del artículo 49 de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo.

¹⁵⁸ El artículo 31 bis del RGI consideraba como dilación «el aplazamiento o retraso en las actuaciones solicitado por el propio contribuyente, en los casos en que se considere procedente», lo cual llevaba a mantener que para existir dilación era precisa la resolución expresa a la solicitud de aplazamiento. Esta exigencia derivada de la normativa anterior es reforzada con la SAN de 25 de abril de 2008.

¹⁵⁹ Artículo 91.4 del RGAT: «La ampliación se entenderá automáticamente concedida por la mitad del plazo inicialmente fijado con la presentación de la solicitud, salvo que se notifique de forma expresa la denegación antes de finalizar el plazo que se pretende ampliar».

ha discutido si el aplazamiento de las actuaciones por vacaciones del personal de la empresa investigada puede considerarse como dilación no imputable a la Administración. En un primer momento, la Audiencia Nacional consideró que dado que el disfrute de las vacaciones constituye un derecho de los trabajadores y que además el periodo de disfrute es fijado con antelación, no puede entenderse que las vacaciones se fijen por parte de la empresa como maniobra para dilatar el procedimiento. Por lo tanto en un primer momento se consideró que no era posible imputar una dilación al contribuyente por el aplazamiento provocado por el disfrute de las vacaciones ¹⁶⁰. No obstante, este criterio ha sido modificado por una pléyade de pronunciamientos judiciales que han admitido, sin dudar, que este supuesto constituye una dilación no imputable a la Administración. Entre los argumentos empleados se mantiene que el ejercicio del derecho a las vacaciones se desenvuelve en el ámbito de la relación laboral pero no se encuentra regulado en la normativa tributaria entre las excepciones a la suspensión de las actuaciones inspectoras por causa del contribuyente ¹⁶¹. Por lo tanto sí ha de considerarse como dilación a los efectos del artículo 104 del RGAT el aplazamiento de actuaciones por vacaciones del personal de la empresa investigada; hay una imposibilidad real de realizar actuaciones durante ese periodo de vacaciones y además no es imputable a la Administración, y ello con independencia de las razones que motiven esa imposibilidad por vacaciones. En todo caso, la dilación por vacaciones debe limitarse al tiempo estrictamente previsto como periodo de disfrute de vacaciones, el cual en su sentido más amplio abarcará del 1 al 31 de agosto. Por lo tanto «la dilación no debe abarcar la totalidad del periodo que se prolonga las actuaciones hasta la fecha de la siguiente diligencia, pues no es responsabilidad del comprobado la fijación del día de reanudación –el 18 de septiembre–, razón por la que la dilación debe limitarse a los 31 días del mes de agosto, que sería la causa de posposición de las actuaciones ¹⁶²».

Finalmente otro supuesto que ha merecido especial atención es el relativo a las ampliaciones tanto del plazo para formular alegaciones previas al acta como del plazo para formular alegaciones a las actas de disconformidad. Como ya dijimos es el artículo 91 del RGAT el que habilita al contribuyente para solicitar tales ampliaciones con carácter general. Es por ello por lo que la Audiencia Nacional ha argumentado que tal ampliación del plazo para formular alegaciones al acta no constituye una dilación imputable al contribuyente sobre la base de dos ideas ¹⁶³: en primer lugar «el contribuyente tiene un derecho subjetivo reconocido por la ley a la ampliación del plazo, por lo que no puede convertirse en una carga para el mismo, situación que se produciría si se computa dicha ampliación como una dilación imputable al contribuyente»; y en segundo lugar, se dice que «dado que se trata de un trámite procedimental, cualquiera que sea su plazo –inicial o prorrogado–, no puede constituir una dilación imputable al contribuyente ¹⁶⁴».

¹⁶⁰ SAN de 25 de febrero de 2004.

¹⁶¹ SSAN de 11 de octubre de 2006; 22 de marzo, 29 de junio, 2 de julio y 20 de septiembre de 2007; 9 de abril y 22 de septiembre de 2008; 28 de enero y 26 de febrero de 2009; 25 de enero y 30 de septiembre de 2010; STSJ de Asturias de 30 de junio de 2008.

¹⁶² SAN de 30 de septiembre de 2010; en similar sentido, *vid.* la SAN de 22 de septiembre de 2008, que considera igualmente que la demora que se produce desde el 1 de septiembre en adelante no es imputable al contribuyente sino a la Administración.

¹⁶³ El TEAC ha mantenido la idea de que la prórroga del plazo de alegaciones solicitada por el contribuyente era una dilación imputable a él, y por lo tanto suspendía el plazo de resolución (RTEAC de 2 de marzo de 2005).

¹⁶⁴ SAN de 25 de enero de 2010, fundamento jurídico sexto. En idéntico sentido: SSAN de 26 y 29 de junio, 20 de septiembre, 3 de octubre y 20 de diciembre de 2007; 30 de abril y 27 de noviembre de 2008; 29 de enero, 26 de febrero, 3 de marzo y 13 de julio de 2009; de 20 de mayo de 2010 y de 26 de enero de 2011.

5. Inactividad del contribuyente en procedimientos iniciados a instancia de parte

La paralización de los procedimientos iniciados a instancia del obligado tributario –no se refiere por lo tanto al procedimiento inspector–, por no cumplir con un trámite indispensable para dictar resolución constituye una dilación no imputable a la Administración que abarcará el tiempo que transcurra desde el día siguiente a aquel en que debiera cumplimentar ese trámite hasta su cumplimentación. Esta dilación del apartado d) del artículo 104 del RGAT se vincula directamente con la caducidad del procedimiento por inactividad del contribuyente. Debe recordarse que el artículo 104.3 de la LGT regula la caducidad del procedimiento iniciado a instancia de parte cuando se produzca la paralización del mismo por causa exclusivamente imputable al obligado tributario durante más de tres meses. Por lo tanto cuando el contribuyente paralice este tipo de procedimientos por no cumplimentar algún trámite indispensable, el efecto que sobre el procedimiento que provocará dependerá de la duración de la paralización: tratándose de menos de tres meses se producirá un efecto suspensivo sobre el plazo de resolución al considerarse que se trata de una dilación no imputable a la Administración. Por el contrario si tal paralización por causa del contribuyente se prolonga más allá de tres meses, la Administración podrá declarar –previa advertencia– la caducidad del procedimiento y la terminación del mismo. Esta interpretación es la que se deduce del último inciso del artículo 104 d) del RGAT al señalar que se considerará dilación «sin perjuicio de la posibilidad de que pueda declararse la caducidad, previa advertencia al interesado».

En el fondo se trata, como se ha dicho, de evitar que la paralización del procedimiento por causa del contribuyente durante menos de tres meses produzca –dado que no cabría caducidad y de no existir esta dilación no habría suspensión del plazo– la expiración del plazo de resolución en los procedimientos iniciados a instancia de parte y por consiguiente generara un efecto positivo o favorable para el contribuyente derivado de la aplicación del silencio positivo ex artículo 104.3 de la LGT ¹⁶⁵; no resultaría lógico asignar un efecto positivo a una conducta negativa o no colaborativa. Es por ello por lo que se regula de esa manera esta dilación que sería directamente imputable al contribuyente.

6. Retrasos en notificaciones

El apartado e) del artículo 104 del RGAT considera dilación los retrasos en la notificación de propuestas de resolución o liquidación o en la notificación del acuerdo por el que se ordena completar actuaciones previamente a la notificación del acta ¹⁶⁶. El ámbito de la dilación abarcará el tiempo que transcurra desde el día siguiente a la realización de un intento de notificación hasta que la notificación se haya producido. En principio parece razonable considerar que lo que la norma intenta es evitar las maniobras dilatorias del contribuyente a la hora de ser notificado, considerando tales retrasos en la notificación como una dilación y por lo tanto suspensión del plazo máximo para

¹⁶⁵ DE JUAN CASADEVALL, J.: «El nuevo Reglamento de Gestión e Inspección: normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios», ob. cit., pág. 144.

¹⁶⁶ Artículo 156.3 b) de la LGT.

resolver ¹⁶⁷. No obstante, puede cuestionarse que todo retraso provocado en una notificación deba suponer una consecuencia –en forma de incidencia temporal suspensiva– en contra del obligado. Y ello porque no toda la demora producida desde el primer intento hasta su efectiva notificación ha de ser atribuida en exclusiva al contribuyente, en otras palabras: en esa demora puede que la Administración tenga alguna responsabilidad.

En todo caso, este precepto debe relacionarse y relativizarse en alguna medida con el contenido del artículo 104.2 de la LGT que señala expresamente que a los efectos de entender cumplido la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, basta con acreditar un intento de notificación con el texto íntegro de la resolución. Del mismo modo, ha de señalarse que el rechazo de la notificación por parte del interesado o de su representante implicará que se tenga por efectuada la notificación ¹⁶⁸. Por todo ello, el artículo 104 e) del RGAT parece, en mi opinión, que carecería de sentido a la luz de la normativa de la LGT en relación con la notificación de los acuerdos de liquidación o resolución. No obstante, considero que sí que tendría sentido esta causa de dilación por retraso en notificaciones en relación con la notificación de actos distintos del acuerdo de liquidación dado que el artículo 104.2 de la LGT solo se consideraría «a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de resolución» ¹⁶⁹.

7. Dilaciones en supuestos de aplicación de la estimación indirecta

El artículo 158.3 a) de la LGT solo admite la consideración de datos, documentos o pruebas relacionados con las circunstancias que motivaron la aplicación del método de estimación indirecta cuando se aportan antes de la propuesta de regularización. En tal caso el periodo transcurrido desde que se apreciaron las circunstancias que motivaron la estimación indirecta hasta la aportación de tales datos, documentos..., no se incluirá en el cómputo del plazo de las actuaciones inspectoras del artículo 150 de la LGT. En lógica coherencia con ello la letra f) del artículo 104 del RGAT configura como dilación no imputable a la Administración la aportación de tales documentos relacionados con la estimación indirecta, remitiéndose el reglamento expresamente al artículo 158.3 a) de la LGT. Ambos preceptos tratan de dar respuesta a las tácticas dilatorias en las que el contribuyente no aportaba inicialmente ninguna documentación, forzando así la aplicación de la estimación indirecta, para posteriormente aportar esa documentación en la regularización o en la vía económico-administrativa o en vía contenciosa, alegando entonces la improcedencia de la estimación indirecta. Contra tales prácticas y para evitar la consumación del plazo máximo de resolución se declara expresamente y con el alcance señalado que tal proceder conforma una dilación no imputable a la Administración. En el fondo esta dilación tiene su origen en la propia LGT y pretende por otro lado estimular la diligencia

¹⁶⁷ En la STSJ Baleares de 18 de julio de 2006 (fundamento de derecho tercero) se considera tal dilación por una notificación infructuosa «no como consecuencia de la actividad errónea o desviada de la Administración sino por el cambio de domicilio, desaparición de este... de dicho interesado».

¹⁶⁸ Artículo 111.2 de la LGT.

¹⁶⁹ DE VICENTE BENITO, F.: «Incidencia del Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección aprobado por Real Decreto 1065/2007, en la duración del procedimiento inspector», ob. cit., pág. 63, considera que con este precepto se extrapola la regla contenida en el artículo 104.2 de la LGT a la notificación de cualquier acto distinto del acuerdo de liquidación.

del contribuyente al que se le aplique algunas de las circunstancias del artículo 53 de la LGT relativo a la estimación indirecta ¹⁷⁰.

8. Presentación de declaraciones, comunicaciones o solicitudes complementarias o sustitutivas

El apartado g) del artículo 104 del RGAT configura un supuesto de dilación imputable directamente al obligado tributario y que tiene que ver con la presentación de declaraciones, comunicaciones o solicitudes que sean complementarias o sustitutivas a otras anteriormente presentadas. Resulta evidente que, estando abierto el procedimiento tributario de que se trate, tal actuación motivará que exista una suspensión en el cómputo del plazo del procedimiento con la finalidad de que tal comunicación o declaración complementaria o sustitutiva pueda ser valorada por la Administración. La dilación abarcará desde el día siguiente al de la finalización del plazo de presentación de declaración, comunicación de datos o solicitud de devolución o desde el día siguiente al de la presentación fuera de plazo hasta la presentación de la declaración, comunicación de datos o solicitud de devolución complementaria o sustitutiva.

Las declaraciones y comunicaciones complementarias o sustitutivas se regulan en el artículo 122 de la LGT facultando al obligado para presentarlas dentro o fuera del plazo de presentación correspondiente pero siempre dentro del plazo de prescripción. La finalidad última es la de completar o reemplazar las presentadas con anterioridad ¹⁷¹. La lógica obliga a considerar como dilación –y por lo tanto suspensión del plazo para resolver– la realización de tales actuaciones complementarias o sustitutivas.

9. No presentación de la declaración informativa con los libros registro en el Impuesto sobre el Valor Añadido

Con efectos desde el 1 de enero de 2009 ¹⁷², se considera dilación la falta de presentación en plazo de la declaración informativa con el contenido de los libros registro que han de presentar los obligados tributarios al pago del Impuesto sobre Sociedades, Impuesto sobre el Valor Añadido o Impuesto General Indirecto Canario que han de presentar su declaración o autoliquidación por medios telemáticos ¹⁷³. Esta declaración informativa, que se encuentra regulada en el artículo 36 del RGAT,

¹⁷⁰ DE JUAN CASADEVALL, J.: «El nuevo Reglamento de Gestión e Inspección: normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios», ob. cit., pág. 145.

¹⁷¹ Los artículos 118 a 121 del RGAT regulan con detalle las declaraciones, comunicaciones de datos y solicitudes de devolución complementarias y sustitutivas. Tales preceptos definen como complementarias aquellas actuaciones que se refieren a la misma obligación tributaria y periodo que otras presentadas con anterioridad en las que se incluyan nuevos datos no declarados o se modifique parcialmente el contenido de las anteriormente presentadas (declaraciones y solicitud de devoluciones); o en las que se modifiquen o incluyan nuevos datos de carácter personal, económico o familiar (comunicación de datos). En tales casos, las anteriormente presentadas subsistirán en la parte no afectada. Por otro lado, se consideran sustitutivas aquellas declaraciones, comunicaciones de datos o solicitudes de devolución que referidas a la misma obligación tributaria y periodo tengan el efecto de reemplazar las anteriormente presentadas.

¹⁷² El Real Decreto 2126/2008, de 26 de diciembre, añade el inciso h) del artículo 104 del RGAT.

¹⁷³ La Orden EHA/3787/2008, de 29 de diciembre, aprueba el modelo 340 de declaración informativa regulada en el artículo 36 del RGAT.

ha de presentarse por cada periodo de liquidación del Impuesto sobre el Valor Añadido o Impuesto General Indirecto Canario (mensual o trimestralmente) en su plazo correspondiente y ha de contener todos los datos anotados hasta el último día del periodo de liquidación a que se refiera. La dilación durará desde el inicio del procedimiento en el que pueda surtir efectos hasta la fecha de su presentación ¹⁷⁴. Por ello la particularidad de esta dilación estriba en que el procedimiento en el que resulte de aplicación nacería ya dilatado *ab origine* ¹⁷⁵. La incorporación de esta causa de suspensión responde a una problemática muy específica y que deriva de la necesidad de luchar contra el fraude fiscal y controlar la información relativa a operaciones incluidas en los libros registro de Impuesto sobre el Valor Añadido. En alguna medida esta dilación sería una especialidad de la dilación genérica contenida en la letra a) de este mismo precepto relativa a los retrasos en la aportación de documentos e información con trascendencia tributaria.

¹⁷⁴ Artículo 104 h) del RGAT. La aplicación de este supuesto de dilación encontrará mejor acomodo en los procedimientos de gestión puesto que realizan sus actuaciones en periodos más cercanos a la presentación de las declaraciones, verbigracia para verificar la procedencia o no de una devolución puede resultar precisa la información procedente de la declaración informativa del modelo 340.

¹⁷⁵ Un procedimiento inspector iniciado el 2 de junio para comprobar el Impuesto sobre el Valor Añadido de los tres primeros meses, en el que el obligado no hubiera presentado la declaración informativa con el contenido de los libros de enero, febrero y marzo hasta el 11 de julio, podría aplicar una dilación por esta causa desde el 2 de junio hasta el 11 de julio que es cuando presenta la declaración informativa.

HACIA UNA NUEVA ERA DE COOPERACIÓN FISCAL EUROPEA: LAS DIRECTIVAS 2010/24/UE Y 2011/16/UE DE ASISTENCIA EN LA RECAUDACIÓN Y DE COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA FISCAL

JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

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

Extracto:

ESTE trabajo tiene por objeto el estudio de las nuevas Directivas europeas (2010/24/UE y 2011/16/UE) en materia de asistencia en la recaudación y de cooperación fiscal. Las nuevas Directivas europeas de asistencia en la recaudación tributaria y de cooperación fiscal internacional vienen a reforzar y actualizar estos mecanismos adecuándolos a los nuevos tiempos donde las Administraciones tributarias deben ser tan globales como los contribuyentes como condición para la pervivencia y legitimidad del actual sistema tributario. Estas nuevas normas europeas sobre asistencia administrativa en materia fiscal en combinación con las que se instrumentan a través de convenios internacionales siguiendo los estándares establecidos por la OCDE (convenios de doble imposición, acuerdos de intercambio de información o tratados multilaterales como el de la OCDE-Consejo de Europa) inauguran una nueva era en la cooperación fiscal internacional. Sin embargo, como se expone a lo largo de este trabajo, estamos lejos de haberse establecido una regulación adecuada a las necesidades actuales de asistencia administrativa entre Administraciones tributarias de distintos países. Tampoco desde una perspectiva más próxima a los derechos de los obligados tributarios se ha logrado establecer una regulación suficientemente garantista, sin perjuicio del margen de maniobra que poseen los legisladores nacionales.

Palabras clave: asistencia en la recaudación tributaria, intercambios de información entre Administraciones tributarias, obtención de información y pruebas en el extranjero, y procedimientos de inspección y recaudación transfronterizos.

TOWARDS A NEW ERA OF EUROPEAN TAX COOPERATION: THE EU DIRECTIVES 2010/24/EU AND 2011/16/EU OF ASSISTANCE IN THE COLLECTION AND ADMINISTRATIVE COOPERATION IN TAX MATTERS

JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

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

Abstract:

THIS work analyses the new EU Directives (2010/24/EU and 2011/16/EU) on assistance in tax collection and tax cooperation. These new EU Directives strengthen and update these tax enforcement mechanisms to the current arena where the tax administrations have to be as global as the taxpayers. These new EU rules substantially follow the standards so established by the OECD, and even go beyond from such international standards, establishing a new era of EU tax cooperation. However, as discussed throughout this work, we are far from having established a proper regulation to the current needs of administrative assistance between tax administrations of different EU Member States. Also from a taxpayer's perspective the new EU Directives have failed to establish a well-balanced regulation with regard to the recognition of the basic defense guarantees.

Keywords: tax enforcement, exchange of information in tax matters, fiscal cooperation, assistance in the recovery of taxes and European Union Tax Law.

Sumario

1. Introducción.
2. Análisis de la Directiva 2010/24/UE, de asistencia en la recaudación tributaria.
 - 2.1. Consideraciones generales sobre su alcance y razones que justifican su adopción.
 - 2.2. Aspectos fundamentales del nuevo mecanismo de asistencia en la recaudación tributaria.
3. La Directiva 2011/16/UE, de cooperación administrativa en materia fiscal.
 - 3.1. Origen de la nueva Directiva.
 - 3.2. La cooperación administrativa articulada a través de la Directiva 2011/16/UE.
4. Algunas reflexiones finales.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de las nuevas Directivas europeas (2010/24/UE y 2011/16/UE) en materia de asistencia en la recaudación y de cooperación fiscal.

La adopción e implementación de estos mecanismos de asistencia administrativa en materia tributaria no debe ser infravalorada, sino antes al contrario considerada como una expresión de los importantes avances que se vienen produciendo para lograr una gestión tributaria, unos procedimientos tributarios y unas Administraciones fiscales más «globales». De alguna forma, esta normativa europea en materia de procedimientos de asistencia mutua en materia tributaria, al igual que los articulados a través de convenios internacionales, refleja una adaptación del Derecho Tributario procedimental a un sistema tributario y unos contribuyentes cada vez más internacionalizados.

Las nuevas Directivas europeas de asistencia en la recaudación tributaria y de cooperación fiscal internacional vienen a reforzar y actualizar estos mecanismos adecuándolos a los nuevos tiempos. Sin embargo, la asistencia administrativa que articulan está lejos de lo que resultaría adecuado en un espacio europeo altamente integrado económicamente, aunque posiblemente ello no sea sino otro reflejo del «cantonalismo fiscal» que todavía predomina en la Unión Europea (UE). La falta de una auténtica «cultura administrativa transnacional» posiblemente constituya otro elemento que lastra el buen funcionamiento de los mecanismos de asistencia administrativa.

Con todo, las nuevas Directivas comunitarias articulan un significativo avance en materia de procedimientos de aplicación de los tributos a nivel europeo (inspección y recaudación tributaria), llegando en algunos casos a superar los avances propiciados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en esta materia (v.gr., el establecimiento del intercambio automático obligatorio). Asimismo, no puede perderse de vista su funcionalidad considerando el papel que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) viene asignando a estas disposiciones y mecanismos europeos a la hora de admitir o excluir la justificación (y proporcionalidad) de medidas fiscales discriminatorias de los Estados miembros frente a otros Estados miembros y frente a países terceros. Igualmente, los avances en materia de armonización impositiva, como la propuesta de una base imponible común consolidada, requieren ineludiblemente de la articulación de mecanismos de cooperación fiscal que permitan un correcto funcionamiento y gestión de estos nuevos modelos de armonización, especialmente si esta instrumenta una integración o consolidación fiscal.

2. ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA 2010/24/UE, DE ASISTENCIA EN LA RECAUDACIÓN TRIBUTARIA

2.1. Consideraciones generales sobre su alcance y razones que justifican su adopción

La Directiva 2010/24/UE deroga la normativa comunitaria precedente (Directiva 2008/55/CE y Reglamento Comisión N.º 1179/2008) con efectos a partir de 1 de enero de 2012. Los Estados miembros deben adoptar las disposiciones legales y reglamentarias necesarias para dar cumplimiento a esta Directiva a más tardar el 31 de diciembre de 2011. Por tanto, durante 2011 resultará de aplicación la normativa de asistencia en la recaudación tributaria precedente (Directiva 2008/55/CE que codifica las diferentes modificaciones introducidas en la Directiva 76/308/CEE) y, en tal sentido, las actuaciones administrativas se regirán por lo dispuesto en la misma. Una vez que entre en vigor el régimen establecido por la nueva Directiva comunitaria de asistencia en la recaudación tributaria, las actuaciones administrativas de asistencia administrativa se llevarán a cabo con arreglo a la misma, a pesar de que se trate de créditos tributarios que hayan nacido y resultaran exigibles en términos recaudatorios con anterioridad a la entrada en vigor de esta nueva regulación de la asistencia en la recaudación ¹.

La Directiva 2010/24/UE articula un importante paso adelante en materia de asistencia en la recaudación tributaria, y en tal sentido las principales modificaciones introducidas en relación con el régimen anterior pretenden establecer un mecanismo más eficiente y de mayor alcance objetivo y subjetivo.

En particular, entre las razones que se esgrimen en la exposición de motivos de la Directiva para justificar la nueva normativa cabría destacar las siguientes:

- Necesidad de ampliar el ámbito de aplicación de la asistencia mutua a créditos correspondientes a impuestos y derechos que actualmente no están comprendidos en su ámbito operativo.
- Existencia de mayores necesidades de asistencia mutua en la recaudación como consecuencia de una mayor integración europea y de un creciente número de peticiones de asistencia.
- Necesidad de mejorar la eficiencia y la eficacia del mecanismo de asistencia mutua.
- Necesidad de clarificar determinados aspectos de la normativa precedente, garantiza su aplicación a todo tipo de personas físicas y jurídicas, incluyendo a todo tipo de vehículos como fondos fiduciarios, fundaciones, fiducias y *trusts*.
- Necesidad de mejorar la asistencia administrativa auxiliar a la recaudación tributaria en materia de intercambio de información, adopción de medidas cautelares y notificaciones transfronterizas.
- Necesidad de adoptar un instrumento uniforme para la aplicación de medidas de ejecución en el Estado miembro requerido, así como de un modelo normalizado común para la noti-

¹ La retroactividad de esta normativa ha sido establecida por el TJUE en la Sentencia 1 de julio de 2004, C-361/02 y C-362/02, *Grecia/Diamantakis* (NFJ043315).

ficación de los actos y decisiones relativos al crédito, que es susceptible de resolver los problemas de reconocimiento y traducción de actos dimanantes de otro Estado miembro y que representan una de las principales causas de la ineficacia de los actuales mecanismos de asistencia. En la misma línea se establece la obligación general de presentar las solicitudes y documentos en formato digital a través de una red electrónica, empleando reglas precisas sobre la utilización de las lenguas oficiales de la UE.

- Necesidad de establecer una base legal para intercambio espontáneo de información en relación con devoluciones de impuestos en otro Estado miembro, así como para articular modalidades de asistencia mutua consistentes en el desplazamiento de inspectores de un Estado miembro a otro para participar en inspecciones realizadas en otro Estado miembro.
- Necesidad de ampliar las posibilidades de solicitar la aplicación de medidas de cobro o medidas cautelares en otro Estado miembro, en casos donde no se hayan agotado por completo los medios de cobro nacionales en casos de existencia de dificultades desproporcionadas para lograr tal objetivo en el Estado requirente.
- Establecimiento de normas que permitan al Estado requerido exigir al deudor el reintegro de los gastos conexos al cobro.
- Necesidad de clarificar la normativa aplicable en el Estado requerido sobre recaudación tributaria (la aplicable a tributos similares y en su defecto la empleada para la recaudación del IRPF), sin que, como regla, pueda recurrirse a la legislación nacional por lo que se refiere a las preferencias o privilegios concedidos a créditos nacionales en el Estado miembro requerido, salvo que mediara un acuerdo entre los Estados miembros.
- Necesidad de simplificar la normativa en materia de prescripción tributaria, estableciendo que la suspensión, interrupción o prórroga de los plazos de prescripción se determine, en general, con arreglo a las disposiciones en vigor en el Estado miembro requerido, salvo cuando la suspensión, interrupción o prórroga del plazo de prescripción no sea posible en virtud de dichas disposiciones.
- Necesidad de flexibilizar la normativa que regula el uso de la información intercambiada en el marco de la asistencia en la recaudación tributaria, pudiendo emplearse para otros fines cuando concurren determinados condicionantes.

Posiblemente, las mayores necesidades de asistencia mutua en la recaudación—se cuadruplicaron los requerimientos entre 2003 y 2007—unido a la escasa eficacia del mecanismo—tan solo se lograba la recaudación del 5% de las cantidades reclamadas—hayan aconsejado esta profunda revisión de esta modalidad de asistencia administrativa, que se ha aprovechado para complementar o reforzar otros mecanismos antifraude y evasión fiscal. De nada valen cláusulas antifraude fiscal de gran alcance si la recaudación tributaria de los créditos tributarios puede quedar frustrada a través de la mera deslocalización de los activos del contribuyente. Del mismo modo, no puede perderse de vista la influencia que ha podido ejercer la jurisprudencia del TJUE para la reforma de este mecanismo de asistencia administrativa mutua, toda vez que en algunas de sus sentencias—como las dictadas en los casos *Lasteyrie du Saillant* y *N*, sobre «impuestos de salida»—se ha establecido que medidas que poseen con fin específi-

co evitar maniobras de evasión fiscal o proteger el ejercicio del poder tributario sobre rendimientos generados en el territorio de un Estado miembro se han considerado restrictivas de las libertades fundamentales y desproporcionadas para lograr tal objetivo debido precisamente a la existencia de mecanismos de asistencia mutua en la recaudación tributaria, sin que la limitada eficacia práctica de estos mecanismos pueda constituir una causa de justificación a tales efectos. Si el TJUE resuelve los asuntos pendientes sobre el *exit tax* en materia de Impuesto sobre Sociedades en términos similares a los referidos precedentes de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), la asistencia en la recaudación tributaria podría estar llamada a jugar un papel de alcance. Nótese, además, que un desmantelamiento europeo de los impuestos de salida también podría tener efectos en el marco de las reestructuraciones empresariales transfronterizas.

2.2. Aspectos fundamentales del nuevo mecanismo de asistencia en la recaudación tributaria

2.2.1. *Ámbito aplicativo objetivo y subjetivo*

El ámbito objetivo del nuevo mecanismo de asistencia en la recaudación es más amplio que el establecido en la Directiva 2008/55/CE, de manera que se aplica:

- a) Al conjunto de impuestos y derechos de todo tipo recaudados por un Estado miembro, sus subdivisiones territoriales o administrativas, comprendidos los entes locales, o en su nombre, o por cuenta de la UE.
- b) A las devoluciones, intervenciones y otras medidas que formen parte del sistema de financiación total o parcial del FEAGA y del FEADER.
- c) A las exacciones y otros derechos previstos en la organización común del sector del azúcar.

Asimismo, el artículo 2.2 de la Directiva 2010/24/UE incluye en su ámbito de aplicación las sanciones administrativas, multas, determinadas tasas y recargos e intereses y gastos conexos con los créditos que acabamos de referir, impuestos por autoridades administrativas competentes para recaudación de impuestos o derechos considerados o aquellas competentes para realizar las comprobaciones administrativas de tales derechos, sean o no confirmadas por órganos administrativos o judiciales. Se excluye del ámbito aplicativo de este mecanismo las cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social pagaderas al Estado miembro, subdivisión política o a las instituciones de derecho público, las deudas de carácter contractual como el pago de servicios públicos, determinadas tasas y sanciones penales impuestas sobre la base de una actuación del ministerio público u otras sanciones penales no cubiertas por el artículo 2.2 a) de la Directiva. Por tanto, la nueva regulación deja más claro como determinados tributos (cotizaciones a la Seguridad Social, la mayoría de las tasas) quedan extramuros de la asistencia en la recaudación tributaria, al igual que los precios públicos y las sanciones penales pecuniarias impuestas sobre la base de una actuación del ministerio público.

La solicitud de asistencia en la recaudación puede cursarse en la medida en que el requirente tenga competencia sobre la recaudación del crédito tributario de que se trate.

La Directiva (art. 18.3) ha establecido un umbral mínimo de 1.500 euros por debajo del cual el Estado requerido no está obligado a colaborar con el Estado requirente.

La nueva Directiva, a diferencia de la precedente 2008/55/CE, define el término persona de forma muy amplia al objeto de clarificar como la asistencia administrativa puede proyectarse sobre la recaudación de créditos tributarios adeudados por personas físicas y todo tipo de entidades, incluyendo asociaciones de personas y *legal arrangements* como fiducias o *trusts*, y cualquier tipo de vehículo (asociación de personas o no) a la que se reconozca capacidad para realizar actos jurídicos aun careciendo en derecho del estatuto de persona jurídica que posea o administre activos en la medida en que esté sujeto a los impuestos contemplados en la Directiva (art. 3).

El régimen de asistencia administrativa previsto en la Directiva 2010/24/UE, al igual que acontecía con la regulación precedente, se aplica sin perjuicio del cumplimiento de toda obligación de prestar una asistencia más amplia resultante de acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales, incluidos los relativos a la notificación de actos judiciales (art. 24). De esta forma, si un convenio de doble imposición o un tratado multilateral de asistencia administrativa prevé disposiciones que articulen un nivel de cooperación más amplia, los Estados miembros pueden aplicar sus disposiciones en lugar del mecanismo comunitario. El problema que puede surgir en estos casos es determinar cuándo una u otras disposiciones articulan una asistencia más amplia, considerando el bloque normativo representado por cada una de tales regulaciones.

2.2.2. Aspectos organizativos

El artículo 4 de la Directiva 2010/24/UE establece el sistema organizativo relativo a la tramitación de las solicitudes o requerimientos de asistencia administrativa en la recaudación, de suerte que se han introducido cambios para hacerlo más eficaz. Tanto el envío como la recepción de solicitudes de asistencia están centralizados en una Oficina central de enlace, a la que remitirán los emisores (Oficinas y Servicios de enlace) sus peticiones y a las cuales remitirá aquella las peticiones de otras Oficinas centrales. Toda petición de asistencia tiene como origen una unidad de recaudación tributaria nacional que se dirige en primer lugar a una Oficina de enlace, la cual tramita tal solicitud ante la Oficina central de enlace que contactará a la Oficina central de enlace del otro Estado miembro (requerido) que tramitará a nivel interno el requerimiento a través de Oficinas de enlace y autoridades de recaudación tributaria de tal Estado. La nueva Directiva ha puesto cierto énfasis en la utilización de modelos normalizados y la remisión de los mismos a través de correo electrónico (red CCN de comunicaciones entre las diferentes autoridades fiscales y aduaneras europeas), al considerarse que contribuye a la eficacia del mecanismo (art. 21).

2.2.3. Intercambio de información en el procedimiento de asistencia en la recaudación tributaria

La nueva Directiva extiende el ámbito del intercambio de información cubierto por tal norma alineándolo con los estándares internacionales establecidos a través del artículo 26 del Modelo de Convenio OCDE (2003-2010). Así, el artículo 5 establece que intercambiará toda información que

resulte «previsiblemente pertinente» (*foreseeably relevant*) para la autoridad competente a efectos del cobro de los créditos a que se refiere el artículo 2. Lógicamente ello no permite «expediciones de pesca» (*fishing expeditions*) solicitando información al margen de un procedimiento de recaudación tributario en el Estado requirente ni por tanto utilizar este mecanismo con un fin de control fiscal en lugar del propio de asistencia en la recaudación tributaria. El mismo movimiento de alineamiento se ha trasladado al intercambio de información a través de la Directiva 2011/16/UE.

El alineamiento de este mecanismo con los estándares OCDE en la materia conlleva el levantamiento del secreto bancario y mercantil, de manera que la autoridad requerida no puede negarse a obtener y facilitar la información solicitada solo porque dicha información obre en posesión de un banco, otra entidad financiera, una persona designada o que actúe como agente o fiduciario o porque afecte a los intereses de propiedad de una persona. Por tanto, el principal límite al intercambio de información y asistencia en la recaudación tributaria que existía en relación con algunos Estados miembros que excluían tal asistencia en casos donde la información estaba en poder de entidades financieras ha sido superado, dándose un paso adelante muy relevante que sitúa a los contribuyentes comunitarios en una situación muy similar en todos los Estados miembros. No cabe descartar que una medida como esta provoque movimientos de deslocalización de activos europeos hacia países terceros.

El artículo 5.2 de la Directiva, no obstante, prevé límites a la obligación de comunicar datos allí donde la autoridad requerida no estuviera en condiciones de obtener para el cobro de créditos similares nacidos en el Estado miembro requerido, o cuando los datos revelaran un secreto comercial, industrial o profesional o cuando su comunicación pudiera atentar contra la seguridad o el orden público del Estado miembro requerido. La cláusula de levantamiento del secreto bancario opera en todo caso al margen de la previsión del artículo 5.2. La autoridad requerida debe informar a la autoridad requirente de los motivos que se opongan a que la petición de información sea satisfecha.

En este mismo orden de cosas, la Directiva introduce con carácter novedoso un mecanismo de intercambio de información espontáneo en caso de devolución de impuestos, distintos del IVA, de manera que el Estado de devolución informará al Estado de residencia del contribuyente que la vaya a recibir. La Directiva 2008/55/CE ya preveía estos intercambios espontáneos (art. 23), pero se requería que los Estados miembros adoptaran acuerdos en tal sentido.

El tercer elemento novedoso introducido por esta Directiva consiste en la previsión relativa a la presencia de funcionarios del Estado requirente en las oficinas administrativas y participación en las investigaciones recaudatorias del Estado requerido (art. 7). Se requiere en todo caso acuerdo entre las autoridades requirente y requerida. Junto a las funciones pasivas autorizadas por el artículo 7.1, se prevé que tales funcionarios del Estado requirente realicen funciones activas; así, el artículo 7.3 establece que siempre que lo permita la legislación vigente en el Estado miembro requerido, el acuerdo alcanzado entre las autoridades competentes podrá autorizar a los funcionarios del Estado miembro requirente a entrevistar a personas y a examinar registros. Sin duda estas actuaciones administrativas extraterritoriales requieren de una mayor regulación a nivel legal en los Estados miembros que las autoricen, tanto en lo que se refiere a las funciones pasivas como a las activas. La determinación del ámbito de sus facultades y deberes, así como la propia posición de los contribu-

yentes y el ámbito del deber de colaboración en estos casos debe ser objeto de una regulación lo más clara y garantista posible, considerando tal extraterritorialidad y la flexibilización de la soberanía fiscal que tiene lugar cuando un obligado tributario debe colaborar y estar sujeto a un procedimiento iniciado e instruido en cierta medida por una autoridad extranjera sin que haya un crédito tributario nacional en cuestión (es decir, no está presente el elemento fundamental del deber de colaborar: el deber de contribuir a la Hacienda pública nacional). No cabe duda de que estas previsiones pueden contribuir a dotar de mayor eficiencia, pero deben ponderarse los «intereses» en juego y no puede perderse de vista la necesidad de garantizar los derechos de los obligados tributarios en relación con actuaciones de autoridades fiscales que escapan al control y supervisión nacional en lo que se refiere al uso de la información obtenida en el marco de estos procedimientos.

2.2.4. Notificación de documentos

Los artículos 8 y 9 de la nueva Directiva establecen un mecanismo de asistencia administrativa en la notificación directa de documentos expedidos por los órganos de recaudación tributaria del Estado requirente por el Estado requerido al obligado tributario afectado.

Tal procedimiento está sujeto a una regla de subsidiariedad, de forma que el Estado requirente solo puede acudir al mismo cuando sea incapaz de realizar la notificación con arreglo a su normativa o cuando tal actuación conllevara dificultades desproporcionadas. La Directiva se encarga de clarificar que los Estados miembros pueden realizar notificaciones directas a obligados tributarios residentes en otros Estados miembros por correo certificado o medios electrónicos (art. 9.2).

La notificación se realizará con arreglo a las disposiciones legales y administrativas en vigor en el Estado requerido, resultando admisible que los Estados miembros posean regulaciones no coincidentes en la materia sin que ello afecte a la validez del procedimiento. Los documentos notificados no tienen que ser traducidos al idioma del Estado requerido (art. 22.2).

2.2.5. Actuaciones de recaudación ejecutiva: medidas de cobro

El Capítulo V de la Directiva 2010/24/UE (arts. 10 y ss.) regula las medidas de cobro y cautelares.

El procedimiento se inicia con una petición de cobro por la autoridad competente de un Estado miembro, y la autoridad competente del Estado requerido está obligada a realizar todas las actuaciones administrativas que prevea su legislación para el cobro de créditos similares. La petición de cobro debe ir acompañada de un «instrumento uniforme» que permite la ejecución del crédito en el Estado miembro requerido. Este instrumento uniforme viene regulado en el artículo 12 de la Directiva, estableciéndose su contenido mínimo, recogiendo en todo caso el contenido de fondo del instrumento inicial que permite la ejecución y constituirá la base exclusiva de las medidas de cobro y cautelares que se adopten en el Estado requerido. Tal instrumento no estará sujeto a acto alguno de reconocimiento, adición o sustitución en el Estado requerido. Se supera por tanto el enfoque actual que pasa por la remisión de instrumentos nacionales de ejecución cuya forma y contenido varía de

un Estado a otro y que además podría requerir un instrumento adicional de aceptación por parte del Estado requerido así como la traducción de tales documentos a una lengua oficial de este último, lo cual lógicamente introducía elementos que perturbaban la eficacia y buen funcionamiento del mecanismo (arts. 6.1, 8.1 y 17 de la Directiva 2008/55/CE). Nótese no obstante que tal instrumento uniforme debe ser remitido observando, además de lo establecido en el artículo 12 de la Directiva 2010/24/UE, lo previsto en el artículo 22 (régimen lingüístico) que regula la remisión de tal instrumento en una lengua oficial del Estado miembro requerido.

Las peticiones de cobro incluyen tanto la providencia de apremio como la diligencia de embargo, así como en su caso el mandamiento de anotación preventiva. En la Directiva 2008/55/CE no puede cursarse una petición de cobro si el crédito al que va referido se encuentra impugnado y la impugnación pendiente de resolución (administrativa o judicial). Como excepción, se permite la tramitación de la petición de cobro aun mediando suspensión pendiente de resolución, en cuyo caso el Estado requirente está obligado a devolver el importe cobrado y compensar al afectado cuando la resolución fuera desfavorable (suspensión del acto administrativo de que se trate). La Directiva 2010/24/UE es en gran medida continuista en este punto (art. 11.1), de manera que la interposición y pendencia de acciones presentadas en el Estado requirente en relación con el crédito o el instrumento inicial de ejecución en el Estado requirente o el instrumento uniforme que permita la ejecución en el Estado miembro requerido y todo litigio referente a la validez de una notificación efectuada por una autoridad competente del Estado requirente recaerá en el ámbito de la revisión de las instancias competentes de tal Estado y conlleva la suspensión de la ejecución de las medidas de cobro por el Estado requerido en los términos previstos en el artículo 14.3 y 4 de la referida norma comunitaria. Por tanto, cuando se entable alguna acción por el afectado de las previstas en el artículo 14.1 de la Directiva, la autoridad requirente debe informar a la requerida la cual, una vez reciba tal información de la autoridad requirente o del interesado, debe suspender el procedimiento de ejecución, por lo que respecta a la parte del crédito objeto de la impugnación, en espera de la resolución de la instancia competente en la materia. Ello sin embargo no afecta a la posibilidad de que se adopten medidas cautelares de acuerdo con el artículo 16 de la Directiva, a petición del Estado requirente (art. 14.4).

No obstante, el párrafo 3 del apartado 4 del artículo 14 de la Directiva contempla una excepción a la regla de suspensión que acabamos de exponer y prevé igualmente un régimen específico referido a procedimientos amistosos entre Estados miembros. En relación con la excepción referida, la autoridad requirente podrá, con arreglo a las disposiciones legales y reglamentarias y a las prácticas administrativas vigentes en su propio Estado miembro requirente, solicitar a la autoridad requerida el cobro de un crédito impugnado o de la parte impugnada de un crédito, en la medida en que las disposiciones legales y reglamentarias y las prácticas administrativas vigentes en el Estado miembro requerido lo permitan. Toda solicitud en tal sentido deberá motivarse. Si el resultado de la impugnación resultara favorable al deudor, la autoridad requirente deberá hacerse cargo de la devolución de todo importe cobrado, junto con las indemnizaciones debidas, con arreglo a las disposiciones vigentes en el Estado miembro requerido.

Por otro lado, como ya indicamos el párrafo 4 del apartado 4 del artículo 14 de la Directiva regula la interrelación entre la asistencia administrativa en la recaudación tributaria y un procedimiento amistoso iniciado por las autoridades competentes de los Estados miembros requirente o

requerido allí donde el resultado de dicho procedimiento pudiera afectar al crédito respecto al que se hubiera solicitado la asistencia. En estos casos se suspenderán o aplazarán las medidas de cobro hasta que se haya concluido el procedimiento a no ser que se refiera a un caso de urgencia inmediata debido a fraude o a insolvencia. En caso de que las medidas de cobro se suspendan o aplacen podrán adoptarse medidas cautelares en los términos previstos en el artículo 16 de la Directiva 2010/24/UE. Entendemos que el procedimiento amistoso al que se refiere el artículo 14.4 de la Directiva vendrá dado por el previsto en los convenios de doble imposición o en el propio Convenio 90/436/CEE.

En relación con la ejecución de la petición de cobro, la nueva Directiva sigue a grandes rasgos los criterios ya establecidos en la anterior norma comunitaria, de manera que a requerimiento de un Estado miembro el Estado requerido recaudará el crédito solicitado adeudado al Estado requirente como si fuera una deuda propia (del Estado requerido) (arts. 10.1 y 13 de la Directiva 2010/24/UE). No obstante, la nueva Directiva flexibiliza en cierta medida algunos condicionantes de la asistencia mutua.

Así, mientras que con arreglo a la Directiva 2008/55/CE, los Estados miembros deben agotar las medidas internas antes de poder solicitar la asistencia en la recaudación de otro Estado miembro, de manera que la puesta en marcha de sus procedimientos de recaudación haya dado como resultado la falta de cobro total del crédito tributario, la nueva Directiva 2010/24/UE (art. 11.2) permite que un Estado miembro solicite a otro la asistencia en la recaudación sin agotar sus propios procedimientos de cobro (regla de subsidiariedad) cuando concurren determinados condicionantes, a saber:

- Que sea evidente que no se dispone de bienes a efectos de cobro en el Estado miembro requirente o que dichos procedimientos no dan lugar al pago íntegro del crédito, y la autoridad requirente posee información específica que indique que la persona afectada dispone de bienes en el Estado miembro requerido.
- Que el recurso a estos procedimientos en el Estado miembro requirente dé lugar a dificultades desproporcionadas.

En relación con las medidas de ejecución de cobro que debe adoptar el Estado requerido, son aplicables las previstas en su legislación para la recaudación de créditos relativos a impuestos o derechos idénticos o similares, que serán llevadas a efecto de acuerdo con su propia práctica administrativa (principio de autonomía procedimental nacional: artículo 13.1). Si la autoridad requerida considera que no se recaudan en su territorio impuestos o derechos idénticos o similares, hará uso de las competencias y procedimientos establecidos de conformidad con su legislación y práctica administrativa aplicable a los créditos relativos al IRPF. Con todo, se matiza que el Estado miembro requerido no está obligado a conceder a los créditos de los demás Estados miembros preferencias concedidas a créditos similares originados en ese Estado miembro, salvo acuerdo en otro sentido entre los Estados miembros afectados o siempre que se contemple en la legislación del Estado miembro requerido. Ahora bien, un Estado miembro que otorgue preferencia a los créditos de otro Estado miembro no podrá rechazar la concesión de las mismas preferencias a los créditos idénticos o similares de otro Estado miembro, en igualdad de condiciones. Ciertamente, la regulación prevista por el artículo 13 de la Directiva permite a los Estados miembros establecer una legis-

lación que discrimine a los créditos tributarios de otros Estados miembros en lo que se refiere a las «preferencias» aplicables a sus créditos tributarios, lo cual además de evidenciar un enfoque con tintes nacionales en la asistencia en la recaudación plantea muchas dudas sobre el alcance de esta salvaguardia.

El Estado miembro requerido procederá al cobro del crédito en moneda local y exigirá intereses de demora con arreglo a su legislación a partir de la fecha en que reciba la petición de cobro (art. 13.2).

El Capítulo V de la Directiva 2010/24/UE regula otra serie de cuestiones como las relacionadas con los litigios que tienen que ver con los actos y actuaciones administrativas concernientes al crédito objeto del procedimiento de asistencia en la recaudación. Así, ya hemos visto como el artículo 14.1 prevé que todo litigio en relación con el crédito o el instrumento inicial de ejecución en el Estado requirente o el instrumento uniforme que permita la ejecución en el Estado miembro requerido y todo litigio referente a la validez de una notificación efectuada por una autoridad competente del Estado requirente recaerá en el ámbito de la revisión de las instancias competentes de tal Estado (requirente). En cambio los litigios referentes a las medidas de ejecución adoptadas en el Estado requerido o a la validez de una notificación efectuadas por una autoridad competente de este último se someterán al arbitraje de la instancia competente de ese Estado miembro, con arreglo a sus disposiciones legales y reglamentarias.

El artículo 15 de la Directiva regula la modificación o retirada de la solicitud de asistencia en materia de cobro. Básicamente, se contempla la posibilidad de modificar las medidas de cobro y cautelares en el Estado requerido como consecuencia de decisiones que alteren la petición y el instrumento de cobro remitido inicialmente por el Estado requirente, de manera que siga sustanciándose la asistencia en la recaudación en los nuevos términos (instrumento uniforme revisado).

2.2.6. Medidas cautelares

La Directiva 2010/24/UE (arts.16 y 17) contempla la posibilidad de adoptar medidas cautelares en relación con el cobro del crédito objeto del procedimiento de asistencia administrativa en términos similares a los establecidos en la regulación precedente. No obstante, la nueva Directiva permite la adopción de tales medidas cautelares en el Estado requerido, de acuerdo con su legislación y práctica administrativa, cuando un crédito o el instrumento que permita la ejecución en el Estado miembro requirente sea impugnado en el momento en que se realice la solicitud, o cuando el crédito no esté aún sujeto a un instrumento que permita la ejecución en el Estado miembro requirente, siempre que, en una situación similar, sean asimismo posibles medidas cautelares, con arreglo a la legislación nacional y las prácticas administrativas del Estado miembro requirente.

La Directiva 2010/24/UE contempla la posibilidad de que se adopten medidas cautelares en el Estado requerido a petición motivada del requirente cuando todavía no existe un instrumento de ejecución que permita la adopción de medidas cautelares en el Estado requirente (art. 16.1). Asimismo, se establece que cuando tal instrumento exista debe ser remitido al Estado requerido, sin que tal

documento esté sujeto a acto alguno de reconocimiento, adición o sustitución en este último Estado (art. 16.1). Téngase en cuenta que estas medidas cautelares pueden solicitarse y adoptarse incluso cuando existiera un litigio en el Estado requirente que afectara al crédito tributario objeto de la asistencia administrativa.

2.2.7. Límite de las obligaciones de la autoridad requerida

El artículo 18 de la Directiva 2010/24/UE contempla una serie de supuestos donde la autoridad requerida puede rechazar una petición de asistencia administrativa en aplicación de esta normativa. En gran medida la regulación de estas limitaciones a la obligación de colaborar es continuista de la prevista en la normativa precedente (Directiva 2008/55/CE), aunque también se han introducido algunas novedades dignas de mención.

La nueva Directiva es continuista en lo que se refiere a los límites establecidos en el apartado 1 del artículo 18, de manera que no resulta obligatoria la asistencia mutua cuando concurren dos condicionantes:

- a) Que la asistencia mutua en el cobro del crédito, debido a la situación del deudor, pueda crear dificultades económicas o sociales en el Estado miembro requerido.
- b) Que la normativa y práctica administrativa del Estado requerido permitan tal excepción de recaudación en relación con créditos nacionales.

En la misma línea continuista se excluye la obligación de prestar asistencia administrativa con carácter general (peticiones de medidas de cobro y cautelares, notificaciones, intercambio de información) cuando la antigüedad del crédito sea superior a cinco años. No obstante, como novedad se prevé que el inicio del cómputo de tal periodo se sitúe en la fecha del vencimiento del crédito en el Estado requirente hasta la fecha de la solicitud inicial de asistencia, en lugar de la fecha del título ejecutivo como establece la Directiva 2008/55/CE. El término «vencimiento» se emplea para referirse a la fecha en que hubiese finalizado el plazo de ingreso voluntario de la deuda en el Estado requirente.

Como excepción a esta regla de cómputo, se prevé que en el caso de que el crédito o el instrumento inicial que permitiese la ejecución en el Estado requirente hubiese sido objeto de impugnación, el periodo de cinco años comenzaría a contarse desde el momento en que no fuese susceptible de nuevas impugnaciones, entendemos que tanto en vía administrativa como judicial.

El artículo 18.2 de la Directiva 2010/24/UE se refiere con carácter novedoso a los casos donde las autoridades competentes del Estado requirente hubieran concedido un aplazamiento del pago o un plan de pago a plazos, en cuyo caso se considerará que el plazo de cinco años comienza a contarse a partir del vencimiento del plazo completo de pago. No obstante, en estos casos la autoridad requerida no estará obligada a conceder la asistencia respecto de los créditos de antigüedad superior a 10 años, contados a partir de la fecha en que el crédito hubiese debido pagarse en el Estado miem-

bro requirente en el sentido antes indicado (vencimiento del plazo reglamentario de ingreso en periodo voluntario).

Otra novedad que ya adelantamos se refiere al establecimiento de un umbral cuantitativo de 1.500 euros como importe total del crédito cubierto, por debajo del cual no existe obligación de asistencia administrativa.

Toda denegación de asistencia administrativa además de estar fundamentada en alguna de las disposiciones de la Directiva, debe ser motivada por parte de la autoridad requerida.

2.2.8. *Prescripción*

El artículo 19 de la Directiva 2010/24/UE reitera la regla prevista en la normativa precedente (Directiva 2008/55/CE) cuando establece que las cuestiones referentes a los plazos de prescripción se registrarán exclusivamente por las disposiciones legales vigentes en el Estado miembro requirente.

No obstante, la nueva Directiva, en relación con las causas de suspensión, interrupción o prórroga de los plazos de prescripción, clarifica que se considerará que toda medida encaminada al cobro de los créditos por parte de la autoridad requerida, o por cuenta de la misma, a raíz de una solicitud de asistencia, y que tenga por efecto suspender, interrumpir o prorrogar el plazo de prescripción, según las disposiciones legales vigentes en el Estado miembro requerido, surte idéntico efecto en el Estado miembro requirente, siempre y cuando la normativa en este último contemple efectos equivalentes.

Ahora bien, la nueva Directiva también establece la solución a adoptar en caso de que la normativa vigente en el Estado requerido no permita la suspensión, la interrupción o la prórroga del plazo de prescripción, en cuyo caso toda medida encaminada al cobro del crédito por parte de la autoridad requerida a raíz de una solicitud de asistencia, y que, de haber sido aplicada por la autoridad requirente, o por cuenta de esta, en su propio Estado miembro (requirente), hubiera tenido por efecto suspender, interrumpir o prorrogar el plazo de prescripción, según las disposiciones legales vigentes en el Estado miembro requirente, se considerará, a estos solos efectos, aplicada en este último Estado (requirente).

En todo caso las autoridades competentes del Estado requirente conservan el derecho de adoptar medidas tendentes a suspender, interrumpir el plazo de prescripción, con arreglo a las disposiciones legales en vigor en ese Estado miembro.

Cabe apuntar que el hecho de que la terminología que emplea la Directiva en relación con la interrupción, suspensión o prórroga de la prescripción no coincida totalmente con la utilizada en nuestra LGT –que fundamentalmente considera la interrupción de la prescripción y excepcionalmente la suspensión del cómputo del plazo de la prescripción (arts.150 y 180.1 LGT)– tiene como finalidad integrar las diferentes normativas nacionales sobre este particular y no tanto articular nuevas reglas materiales sobre prescripción tributaria.

2.2.9. Reembolso de gastos

El artículo 20 de la nueva Directiva es continuista en este punto recogiendo la regla general de renuncia entre Estados al reembolso de gastos resultantes de cualquiera de los procedimientos de asistencia mutua que se hubieran puesto en marcha. Se prevé como excepción a esta regla los supuestos donde la petición de cobro hubiese presentado especiales dificultades o se inscriba en el ámbito de la lucha contra la delincuencia organizada, supuestos en los que los Estados podrán acordar modalidades de reembolso específicas. No obstante, téngase en cuenta que el artículo 20.1 de la Directiva permite al Estado requerido cobrar de la persona afectada y retener los costes derivados del cobro que haya debido de afrontar.

La nueva Directiva, en línea con la regulación precedente, también prevé la responsabilidad patrimonial del Estado requerido en relación con los gastos soportados y las pérdidas sufridas a raíz de actuaciones que se consideren infundadas en lo que respecta bien a la realidad del crédito, bien a la validez del instrumento que permita su ejecución y/o de las medidas cautelares adoptadas por la autoridad requirente.

2.2.10. Divulgación de la información y de documentos

La nueva Directiva incrementa sustancialmente las posibilidades de utilización de la información y documentos recibidos en el marco de los procedimientos de asistencia mutua. De acuerdo con la Directiva 2008/55/CE, tal información solo puede ser comunicada a la persona afectada por la asistencia mutua, a las autoridades competentes en materia de recaudación y a las autoridades judiciales que conozcan de los actos o medidas relacionadas a la recaudación. Todas estas autoridades únicamente pueden emplear la información a los efectos de la recaudación tributaria o de la resolución de controversias concernientes a las actuaciones recaudatorias.

El artículo 23 de la Directiva 2010/24/UE establece la clásica regla de confidencialidad (secreto y sigilo) en relación con la información y documentación transmitida en el marco de los procedimientos de asistencia mutua, de manera que el Estado requerido debe tratarla como información protegida al mismo nivel que la información o documentación nacional de la misma naturaleza (secreto tributario).

La nueva Directiva amplía sustancialmente las posibilidades de uso de la información y documentación transmitida en este contexto. Así, por un lado, se permite su utilización más allá de los efectos de la aplicación de medidas de ejecución o de medidas cautelares en relación con créditos contemplados en el artículo 13, pudiendo emplearse para el cálculo y aplicación de las cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social.

En segundo lugar, también se contempla que cierto personal al servicio de la Comisión tenga acceso a esta información en la medida en que sea necesario para el mantenimiento y desarrollo de la red electrónica RCCN. En tercer término, se prevé que el Estado miembro que facilite la información deba permitir su uso para efectos distintos de los estrictamente recaudatorios, en el Estado requerido si, con arreglo a la legislación del Estado requirente, la información puede utilizarse a efectos similares.

En cuarto lugar, el apartado 4 del artículo 23 contempla el intercambio triangular a un tercer Estado miembro por parte tanto de las autoridades del Estado requirente como del Estado requerido, cuando se considerase que puede ser de utilidad a tal tercer Estado miembro a los efectos de adoptar medidas recaudatorias o cautelares de los créditos comprendidos en el ámbito de la Directiva. Las autoridades del Estado de origen de la información tienen derecho a ser informados, y pueden oponerse a la transmisión de tal información en los términos previstos en el referido precepto (oposición en el plazo de 10 días laborables computados a partir de la comunicación). Asimismo, se contempla la posibilidad de uso de la información en el tercer Estado miembro a efectos distintos de los estrictamente recaudatorios, siempre dentro de los límites establecidos en el apartado 3 del artículo 23 y previa autorización del Estado de origen de la información.

El apartado 6 del artículo 23 de la Directiva 2010/24/UE contempla igualmente una cláusula en materia de prueba, de acuerdo con la cual *todas las autoridades del Estado miembro que reciban la información* podrán hacer valer o utilizar como prueba la información comunicada en cualquier forma en aplicación de la presente Directiva, sobre la misma base que la información similar obtenida en dicho Estado. Nótese que este precepto en modo alguno establece una regla sobre el valor de estas pruebas, que deberá enjuiciarse considerando el tipo de información o documentación de que se trate y cómo (garantías procesales) y de qué sujeto se ha obtenido. Con todo, el alcance de esta cláusula no resulta del todo diáfano, sin que estemos ante una cuestión carente de relevancia. Así, podría interpretarse que el artículo 23.6 de la Directiva amplía la utilización de la información transmitida que podrá ser usada como prueba por todas las autoridades del Estado miembro receptor de la misma, en los mismos términos que si se tratara de información obtenida localmente por las autoridades nacionales, por tanto, más allá de los efectos estrictamente recaudatorios y de resolución de litigios sobre las actuaciones de recaudación. Una segunda interpretación sistemática que nos parece más razonable pasaría por considerar que esta cláusula (art. 23.6) no altera las limitaciones de uso previstas en los otros apartados de este mismo precepto y en tal sentido no permite ni autoriza el uso de la información a efectos distintos de los recaudatorios (y resolución de litigios), salvo que resultara de aplicación lo previsto en el apartado 3. Así interpretada esta cláusula (art. 23.6) únicamente clarificaría el carácter de prueba admisible en Derecho en el marco de los procedimientos administrativos y judiciales nacionales, al margen de su origen extranjero.

3. LA DIRECTIVA 2011/16/UE, DE COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA FISCAL

3.1. Origen de la nueva Directiva

El ECOFIN en su reunión de 15 de febrero de 2011 aprobó la adopción del texto de la nueva Directiva comunitaria en materia de asistencia mutua e intercambio de información que debe transponerse no más tardar del 1 de enero de 2013. Sin embargo, la publicación en el DOUE L de esta norma comunitaria no tuvo lugar hasta el 11 de marzo de 2011. La Directiva 2011/16/UE, de 15 de febrero de 2011, relativa a cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE, completa el nuevo modelo de asistencia administrativa mutua cuya primera pieza resultaba de la Directiva 2010/24/UE, de asistencia en la recaudación.

3.2. La cooperación administrativa articulada a través de la Directiva 2011/16/UE

Las principales reglas que conforman la cooperación administrativa en materia tributaria establecidas a través de la nueva Directiva 2011/16/UE son expuestas a continuación.

3.2.1. *Naturaleza de la cooperación fiscal*

El mecanismo de cooperación fiscal articulado tiene carácter administrativo. Esta norma comunitaria pretende regular únicamente la asistencia administrativa y no la cooperación o asistencia judicial en materia penal que resulta regulada por otro conjunto de normas, siendo aplicables cada una en su contexto y ámbito ².

3.2.2. *Interrelación con otros mecanismos de cooperación fiscal y cláusula de nación más favorecida*

La asistencia mutua articulada a través de esta Directiva se aplicará sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros respecto de una cooperación administrativa más amplia que resulte de los otros actos jurídicos, incluidos los acuerdos bilaterales o multilaterales. Es decir, allí donde un convenio de doble imposición, acuerdo de intercambio de información o tratado multilateral en

² En el ámbito ordenado por los convenios para eliminar la doble imposición o los acuerdos de intercambio de información tributaria, concluidos siguiendo los correspondientes modelos de la OCDE, nos encontramos con la posibilidad de suministrar información a efectos penales-tributarios. No obstante, considerando los diferentes problemas que pueden derivarse de la aplicación de estos instrumentos –pensados fundamentalmente para la asistencia administrativa mutua– a los efectos de la persecución o instrucción de casos con relevancia penal-tributaria, probablemente resultaría más adecuado que el intercambio de información a efectos penales-tributarios se encauzara a través de convenios específicos de asistencia judicial en materia penal, como el Convenio Europeo de 1959 cuyo protocolo de 17 de mayo de 1978 se refiere a delitos tributarios, y que ha sido ratificado por todos los Estados miembros de la CE; tal Convenio Europeo ha sido complementado por otros instrumentos posteriores como el Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE, de 29 de mayo de 2000 (DOC 197 de 12 de julio de 2000, pág.3; no aplicable a Gibraltar hasta su específica ampliación a tal territorio), aplicable también a delitos tributarios (aplicación provisional entre España-Portugal, BOE n.º 247 de 15 de octubre de 2003); la asistencia que articula este convenio ha sido recientemente ampliada, especialmente en lo que afecta a la información bancaria, por medio del Protocolo de 16 de octubre de 2001 (aplicación provisional entre España-Países Bajos, y España-Finlandia, BOE n.º 89, de 14 de abril de 2005), que extiende el Convenio del 2000 a *fiscal offences* y articula una disposición dirigida a lograr el seguimiento y control de cuentas bancarias entre Estados miembros. La existencia de estos convenios europeos de asistencia judicial en materia penal, comprendiendo la materia de los delitos tributarios, probablemente haya tenido una cierta incidencia a la hora de restringir el uso de los mecanismos de cooperación administrativa a efectos penales-tributarios. Así, en el ámbito estrictamente comunitario europeo, nos encontramos con un panorama sensiblemente distinto al existente en las relaciones extracomunitarias. Por un lado, del Reglamento CE n.º 1798/2003, sobre cooperación administrativa en materia de IVA, cabe extraer su inaplicación a supuestos de cooperación (judicial) penal-tributaria, de forma que los casos penales-tributarios referidos al IVA deberían encauzarse a través de instrumentos específicos de cooperación judicial (*vid.* arts. 1 y 4); el Reglamento CE n.º 2073/2004, sobre cooperación administrativa en el ámbito de impuestos especiales, contiene una regulación prácticamente idéntica; y, en la misma línea, puede afirmarse que las Directivas 77/799/CEE y 2011/16/UE han sido concebidas fundamentalmente como un instrumento de asistencia administrativa y no judicial. A este respecto, téngase en cuenta que la utilización en un proceso penal de pruebas sobre hechos realizados en el extranjero (*v.gr.*, la titularidad de una cuenta corriente bancaria en una entidad extranjera) que se hayan podido obtener en el marco de un procedimiento administrativo tributario está sujeta a requisitos procesales específicos y no siempre coincidentes con los que son aplicables en el marco de un procedimiento administrativo [*vid.* la SAN de 30 de junio de 2008, rec.550/2005 (NFJ029781)].

materia tributaria establezca obligaciones de asistencia administrativa más amplias que las establecidas en la Directiva 2011/16/UE, los Estados miembros podrán asistirse o cooperar de acuerdo con los mismos sin que ello implique una vulneración del Derecho de la UE. El problema que en ocasiones se plantea en este orden de cosas reside en delimitar cuándo un instrumento normativo articula tal intercambio más amplio, de suerte que hay que considerar tanto el ámbito aplicativo (objetivo, subjetivo y temporal) como las posibilidades de uso de la información intercambiada.

Por otro lado, el artículo 19 de la nueva Directiva establece una suerte de cláusula de nación más favorecida. De acuerdo con esta disposición cuando un Estado miembro brinde a un tercer país una cooperación más amplia que la prevista en la presente Directiva, no debe poder negarse a ofrecer esa misma cooperación a otros Estados miembros que deseen formar parte en dicha cooperación mutua ampliada. A nuestro entender, esta cláusula no tiene por efecto extender de forma automática la cooperación más amplia entre un Estado miembro y un tercer Estado, pero sí obliga al primero a articular una cooperación igualmente amplia a cualquier Estado miembro que solicite el establecimiento de una cooperación en tales términos con el otro Estado miembro.

3.2.3. *Ámbito de aplicación: objetivo, subjetivo y temporal*

En relación con el ámbito objetivo de la cooperación fiscal la nueva Directiva lo extiende a cualquier impuesto del sistema tributario de los Estados miembros o sus subdivisiones territoriales o administrativas (incluidas las autoridades locales o en su nombre)³. No obstante, la cooperación en materia de IVA, IEE y Aduanas se instrumentará a través de los mecanismos específicos establecidos al efecto⁴. Quedan excluidos expresamente las tasas y los precios públicos, así como las coti-

³ La Directiva se aplica a los impuestos mencionados percibidos en el territorio en el que sea de aplicación el Tratado de la UE, en virtud de lo previsto en el artículo 52 del TUE. Téngase en cuenta que a pesar de que el ámbito de aplicación territorial del Tratado de la UE trasciende el territorio de los Estados miembros (art. 52.1 TUE) de acuerdo con lo previsto en los artículos 52.2 del TUE y 355 del TFUE extendiendo su aplicación a países y territorios de ultramar así como otros territorios cuyas relaciones exteriores asume un Estado miembro, el ámbito de aplicación de esta Directiva se circunscribe a impuestos percibidos por Estados miembros y sus subdivisiones territoriales o administrativas (incluidas las autoridades locales). Sobre la compleja interpretación de los artículos 52 del TUE y 355 del TFUE y la aplicación del Derecho de la UE a los países y territorios de Ultramar véanse las Conclusiones del Abogado General Sr. Cruz Villalón, de 9 de diciembre de 2010, en el caso *Prunus* [C-384/09 (NFJ042382)]. El Abogado General considera que los países y territorios de ultramar, como las Islas Vírgenes británicas, no pueden ser calificados ni tratados como países terceros sino como territorios con un régimen híbrido a los que se les aplica parcialmente el Derecho de la UE originario y derivado. En particular, la aplicación de la libre circulación de capitales a uno de estos territorios no puede realizarse sobre la base de su calificación como país tercero pero ello no impide que resulten admisibles medidas restrictivas que resulten proporcionadas de acuerdo con el contexto jurídico propio de estos territorios. *Vid.* también SMIT, 2011.

⁴ El Reglamento CE n.º 1798/2003 del Consejo, de 7 de octubre, regula la cooperación administrativa en materia de IVA. El Reglamento CE n.º 2073/2004, del Consejo, de 16 de noviembre, regula la cooperación administrativa en el ámbito de los impuestos especiales. La cooperación administrativa en materia aduanera se regula a nivel comunitario por el Reglamento CE n.º 515/1997, del Consejo, así como por el Reglamento de la Comisión n.º 696/1998, que desarrolla las disposiciones del reglamento del Consejo. El Código Aduanero Comunitario (Reglamento CEE n.º 2913/1992 del Consejo que ha sido reemplazado por el Reglamento CE n.º 450/2008, de 23 de abril, que establece el Código Aduanero Modernizado) también contiene normas sobre intercambio de información a efectos aduaneros, aunque las disposiciones más específicas al respecto vienen establecidas en el Reglamento (CE) n.º 515/1997 y el Reglamento (CE) n.º 766/2008 existiendo igualmente un buen número de normas reguladoras de la cooperación aduanera internacional (*vid.* la codificación de norma recogida en MARTÍN/CALDERÓN 2009).

zaciones obligatorias a la Seguridad Social abonables al Estado miembro o a una subdivisión territorial del mismo o a organismos de Derecho público de la Seguridad Social.

El ámbito subjetivo de la asistencia mutua hace referencia no solo a personas físicas y jurídicas sino también a cualquier «estructura jurídica, sea cual fuere su naturaleza y forma..., que posea o administre activos, y que, incluidas las rentas derivadas de los mismos, estén sujetos a cualquiera de los impuestos cubiertos por la presente Directiva». Con esta modificación se clarifica la aplicación de la normativa comunitaria de asistencia administrativa mutua a todo tipo de vehículos de inversión, fundaciones, sociedades de inversiones, fondos fiduciarios y *trusts*.

Las disposiciones de la nueva Directiva 2011/16/UE **surtirán efectos a partir del 1 de enero de 2013**—fecha en la que queda derogada la Directiva 77/799/CEE—. No obstante, la nueva Directiva establece una suerte de *grandfathering clause* limitando la retroactividad de sus disposiciones—especialmente en lo que se refiere a levantamiento del secreto bancario— cuando establece en su artículo 18.2 que cualquier Estado miembro podrá negarse a facilitar la información solicitada cuando dicha información se refiera a periodos impositivos anteriores al 1 de enero de 2011 y cuando la transmisión de dicha información podría haber sido denegada en virtud del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 77/799/CEE si se hubiera solicitado antes del **11 de marzo de 2011**.

3.2.4. Intercambios rogados: ámbito, plazos, límites y levantamiento de secreto bancario con cláusula de limitación de retroactividad

En materia de intercambio rogado o previo requerimiento cabe destacar como la Directiva 2011/16/UE alinea la regulación comunitaria de la asistencia mutua con los estándares internacionales de intercambio de información efectiva adoptados por la OCDE y respaldados por el G-20 y la ONU. De alguna forma, tal alineamiento implica adaptar varios aspectos del mecanismo de asistencia mutua al Modelo OCDE 2010. En particular, la nueva norma comunitaria amplía el nivel de intercambio de información rebajando el umbral de trascendencia tributaria, sin que ello implique la aceptación de *fishing expeditions*. Así, las autoridades competentes de los Estados miembros deben cooperar entre sí intercambiándose información que «previsiblemente guarde relación con la administración y ejecución de las leyes nacionales de los Estados miembros en relación con los impuestos mencionados en el artículo 2»⁵. La información solicitada debe transmitirse tanto si ya obra en poder de la autoridad requerida como si no es así y debe llevar a cabo investigaciones administrativas específicas para su obtención. La autoridad requirente está obligada a realizar cualquier investigación administrativa que sea necesaria para recabar los datos solicitados. Es más, el artículo 6.2 de la Directiva ahora prevé que la autoridad requirente pueda solicitar motivadamente que se realice una concreta investigación

⁵ La redacción de los artículos 1.1 y 5 de la Directiva aludiendo a «leyes nacionales de los Estados miembros» plantea la duda de si puede utilizarse y hay obligación de cooperar cuando se requiere información para determinar la correcta aplicación de un convenio de doble imposición o una cláusula antiabuso recogida en el mismo. En un buen número de ocasiones la conexión existente entre las disposiciones del convenio de doble imposición y la legislación tributaria interna permitirá resolver tales dudas afirmativamente. Lo mismo acontecerá en sistemas dualistas de integración de tratados internacionales, donde es una ley interna la que integra los convenios de doble imposición. Sin embargo, al margen de tales casos, pueden plantearse dudas, por ejemplo, para verificar el cumplimiento de una cláusula de limitación de beneficios prevista en un convenio de doble imposición de un Estado miembro. Lógicamente en estos casos siempre resultaría aplicable la cláusula de intercambio de información establecida en el correspondiente convenio de doble imposición.

administrativa, aunque en este caso la autoridad requerida puede negarse a realizarla motivando que no resulta necesaria. Las actuaciones y procedimientos a poner en marcha por la autoridad requerida deben ser los mismos que si actuara por cuenta propia o a instancias de otra autoridad de su propio Estado. La Directiva también prevé que, allí donde se solicite específicamente por la autoridad requirente, la autoridad requerida comunique los documentos originales siempre y cuando las disposiciones vigentes en el Estado miembro de la autoridad requerida no se opongan a ello.

Nótese además que la articulación a nivel europeo del estándar OCDE supone el levantamiento del secreto bancario en casos de requerimiento de información correctamente fundado. Es decir, la nueva Directiva **acaba con el secreto bancario** en la UE, a pesar de la histórica resistencia de varios Estados miembros.

Otra de las grandes novedades y aportaciones de esta nueva regulación comunitaria del intercambio de información reside en el establecimiento de límites temporales para responder o atender a los requerimientos de información (rogados). Tal plazo máximo no superará los seis meses cuando no se dispusiera de la información, admitiéndose prórroga justificada. Cuando se dispusiera de la información el plazo máximo será de dos meses. No obstante, en el caso de que la autoridad requerida observara alguna deficiencia en el requerimiento o necesitara de información adicional, los plazos máximos indicados comenzarán a contarse desde el momento en que se hubiera resuelto la deficiencia o aportado la información adicional solicitada. En la misma línea, la Directiva prevé que las autoridades requeridas acusen recibo de la solicitud ante la autoridad requirente en un plazo máximo de siete días a contar desde la recepción del requerimiento.

También se ha previsto el supuesto donde la autoridad requerida no se halla en condiciones de responder al requerimiento cursado en los plazos establecidos en cuyo caso debe comunicarlo a la autoridad requirente en un plazo no superior a tres meses motivando la demora e informando de la fecha en que podrá proporcionar una respuesta. La misma solución se ha establecido, aunque fijando un plazo de un mes, para el caso donde la autoridad requerida no posea la información solicitada y no se halle en condiciones de responder a la solicitud o se niegue a hacerlo por los motivos expresados en el artículo 17 de la Directiva. En este punto la regulación comunitaria es continuista de lo previsto en la Directiva 77/799/CEE y en el propio Modelo de Convenio de la OCDE, aunque con algún matiz de gran relevancia. Así, no existe obligación de intercambiar información cuando:

- a) La autoridad requirente no haya agotado las fuentes habituales de información que podría utilizar en esas circunstancias para obtener la información solicitada sin arriesgarse a que ello afecte negativamente a sus fines (cláusula de subsidiariedad, matizada por el riesgo de frustrar la investigación fiscal).
- b) La autoridad requerida no puede llevar a cabo las investigaciones o la comunicación de la información solicitada ya que tales actuaciones no podrían ser realizadas para los propios fines del Estado miembro requerido sin infringir su legislación (no su práctica administrativa).
- c) La autoridad requerida puede negarse a facilitar la información cuando, por motivos legales, el Estado miembro requirente no pueda facilitar información similar (cláusula de mínimo común denominador).

- d) La autoridad requerida puede denegar la comunicación de la información en caso de que ello suponga la divulgación de un secreto comercial, o de una información cuya revelación sea contraria al interés público.

Ahora bien, la Directiva 2011/16/UE, en línea con lo establecido por el artículo 26 del Modelo de Convenio de la OCDE 2010, modula y reconfigura los límites previstos en el artículo 17 estableciendo en su artículo 18 una serie de disposiciones que clarifican la obligatoriedad de la asistencia mutua cuando concurra una serie de circunstancias. Así, en primer lugar, el artículo 18.1 de la Directiva refuerza lo establecido en el artículo 6.3 disponiendo que el Estado requerido aplicará, a fin de obtener la información requerida, las medidas nacionales previstas al efecto, aun cuando no precise de tal información para sus propios fines fiscales. De esta forma, se excluye la aplicación de las denominadas cláusulas de «interés fiscal nacional» que algunos Estados europeos y miembros de la OCDE venían invocando para evitar la realización de investigaciones fiscales por cuenta de Administraciones tributarias extranjeras. En segundo lugar, como ya hemos avanzado, el artículo 18.2 contiene una suerte de *anti-blocking secrecy statutes rule* estableciendo que en ningún caso podrán interpretarse los apartados 2 y 4 del artículo 17 en el sentido de autorizar a la autoridad requerida de un Estado miembro a negarse a facilitar información exclusivamente por el hecho de que esa información obre en poder de un banco u otra entidad financiera, un representante o una persona que actúe en calidad de intermediario o agente fiduciario, o porque esté relacionada con la participación en el capital de una persona. Con todo, la Directiva, como ya indicamos, adopta una solución de compromiso cuando restringe la **retroactividad de la cláusula de levantamiento del secreto bancario** y mercantil articulando una suerte de *grandfathering clause* en virtud de la cual cualquier Estado miembro podrá negarse a facilitar la información solicitada cuando dicha información se refiera a **periodos impositivos anteriores al 1 de enero de 2011** y cuando la transmisión de dicha información podría haber sido denegada en virtud del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 77/799/CEE **si se hubiera solicitado antes del 11 de marzo de 2011**. La aplicación de esta cláusula de limitación de retroactividad está llamada a generar no pocos conflictos dada la forma tan poco clara en que se ha configurado considerando que su aplicación dependerá de lo establecido en la legislación de cada Estado miembro. Nótese en todo caso que las disposiciones de la Directiva 2011/16/UE despliegan eficacia a partir del 1 de enero de 2013.

3.2.5. La instrumentación del intercambio automático de información

La Directiva 2011/16/UE, a diferencia de la Directiva 77/799/CEE, articula un sistema de **intercambio automático**, lo cual aporta un importante mecanismo de lucha contra el fraude fiscal internacional. El ECOFIN, como solución de compromiso, adoptó un enfoque progresivo o de «paso a paso» (*step-by-step*) dirigido a establecer gradualmente este mecanismo de intercambio automático obligatorio (no opcional o condicional como hasta ahora) sobre ocho categorías de renta y capital.

Así, a partir de **1 de enero de 2014** los Estados miembros se comunicarán información automáticamente sobre la obtención de determinadas categorías de renta por personas (físicas y entidades, incluyendo cualquier vehículo o estructura jurídica) ⁶ con domicilio en otro Estado miembro, en la

⁶ Véase la definición de «persona» recogida en el artículo 3.11 de la Directiva 2011/16/UE.

medida en que tal información esté a disposición de tal Estado (es decir no se requiere que los Estados miembros de la UE inicien inspecciones o comprobaciones para obtenerla, y además se establece un umbral de reciprocidad). Tales categorías son:

- Rentas del trabajo dependiente.
- Remuneraciones de director (administradores, consejeros).
- Productos de seguro de vida, no cubiertos por otros instrumentos jurídicos de la UE sobre el intercambio de información y otras medidas similares (la Directiva 2003/48/CE).
- Pensiones.
- Titularidad de propiedad inmobiliaria y rendimientos inmobiliarios.

La calificación de la renta de acuerdo con las referidas categorías analíticas se llevará a cabo de acuerdo con la legislación tributaria del Estado miembro transmitente, lo cual lógicamente puede no coincidir con la resultante del Estado miembro receptor de la misma. A su vez, tal competencia calificatoria puede ser utilizada de forma que se minimice el intercambio automático.

Por otro lado, cabe destacar que el artículo 8.1 de la Directiva utiliza el punto de conexión basado en el «domicilio» de la persona física o entidad que obtiene la renta, sin que tal concepto haya sido definido en la norma europea. Tal laguna puede afectar al buen funcionamiento de este mecanismo antifraude, especialmente si los Estados miembros determinan tal «domicilio» considerando el que figure en el pasaporte o documento nacional de identidad en la medida en que este puede no coincidir con su residencia fiscal a efectos de IRPF.

La comunicación de la información se efectuará como mínimo una vez al año, y a más tardar seis meses después del final del ejercicio presupuestario del Estado miembro durante el cual se recabó la información. La Comisión UE adoptará las modalidades prácticas para el intercambio automático de acuerdo con lo previsto en el artículo 26.2 de la Directiva (Procedimiento del Comité de cooperación administrativa en materia tributaria).

Otra cuestión relevante que plantea la regulación de este mecanismo resulta de considerar como la Directiva no parece obligar en todo caso a los Estados miembros a obtener y transmitir información sobre las referidas categorías de renta a los otros Estados miembros, sino que solo obliga a transmitir la «información disponible», esto es, «la información recogida en los expedientes fiscales del Estado miembro que comunique la información, y que se pueda obtener de conformidad con los procedimientos para recabar y tratar la información de dicho Estado miembro»⁷. Los apartados 2 y 3 del artículo 8 de la Directiva vendrían a confirmar la no obligatoriedad de los Estados miembros de recabar información sobre la obtención de rentas por personas domiciliadas en otros Estados miembros, de suerte que los Estados miembros son libres de no gravar tales rentas y por tanto de no tener información disponible en sus bases de datos fiscales sobre la obtención por una persona domi-

⁷ Artículo 3.9 de la Directiva 2011/16/UE.

ciliada en otro Estado miembro. No obstante, los Estados miembros deben informar a la Comisión en relación con las categorías enumeradas en el artículo 8.1 de la Directiva respecto de las cuales dispongan de información.

Considerando la tosquedad con que ha sido configurado este mecanismo antifraude y a la vista de la limitada categoría de rentas que se incluye en su ámbito objetivo, no sorprende que se haya articulado una *sun-set clause* previendo su revisión. Así, el apartado 5 del artículo 8 dispone que a partir de 2017 la Comisión elaborará un informe y presentará una propuesta de reforma de la Directiva para extender las categorías de cinco a ocho (incluyendo **dividendos, ganancias de capital y cánones**) y eliminar el condicionante de la «disponibilidad de la información» en relación con al menos tres categorías de renta, de manera que sea obligatorio obtener tal información a los efectos de su transmisión periódica y recurrente a los Estados miembros de residencia de las personas que las obtengan. Con esta revisión del mecanismo de intercambio automático sin duda se reforzaría su eficiencia y mejorarían los resultados de su puesta en marcha.

En este mismo orden de cosas, el artículo 8.5 de la Directiva contiene otra previsión dirigida a ampliar a través de mecanismos bilaterales el ámbito del intercambio automático de información estableciendo que cuando los Estados miembros convengan intercambiar automáticamente información en relación con determinadas categorías adicionales de renta y de patrimonio en acuerdos bilaterales o multilaterales que celebren con otros Estados miembros, comunicarán dichos acuerdos a la Comisión, que pondrá dichos acuerdos a disposición de todos los demás Estados miembros.

El establecimiento del intercambio automático obligatorio constituye un paso adelante muy relevante en materia de cooperación fiscal que supera el estándar internacional de intercambio de información establecido por la OCDE. El intercambio automático puede operar como un potente mecanismo antifraude, si se configura y aplica de forma adecuada, lo cual no acontece, cuando menos, en redacción adoptada en la Directiva 2011/16/UE. Estamos ante una modalidad activa de asistencia administrativa que permite su empleo como herramienta de gestión de riesgos fiscales en el Estado miembro de residencia del contribuyente.

El intercambio de información automático establecido en la nueva Directiva comunitaria, sin embargo, no ha sido configurado sobre un modelo de máximos sino de mínimos. Llama la atención la no inclusión en su ámbito objetivo de determinadas categorías de renta del ahorro privado que tampoco están cubiertas por las medidas adoptadas a través de la Directiva 2003/48/CE (por ejemplo, rentas vitalicias o temporales, o rentas distribuidas por o generadas en la transmisión de participación de instituciones de inversión colectiva cuando estas invierten sus activos sin superar el umbral que determina que la renta sea calificada como pago de intereses) aunque sean obtenidas por personas físicas o que quedan extramuros a tal mecanismo (Directiva de Fiscalidad del Ahorro) cuando son percibidas a través de sociedades *holding* patrimoniales (meras tenedoras de activos financieros sin actividad económica). En este sentido, hubiera sido deseable una mayor coordinación entre el sistema de intercambio automático previsto en la Directiva 2011/16/UE y el establecido en la Directiva 2003/48/CE. De alguna forma, los Estados miembros menos proclives al intercambio de información automático siguen salvando su posición y propio sistema transitorio de retención que establece la Directiva de Fiscalidad del Ahorro para este tipo de rendimientos.

No obstante, no hay duda de que la Directiva 2011/16/UE constituye una medida que erosiona de forma sustantiva el secreto bancario y debilita la posición de los Estados miembros (y países terceros) que trataban de perpetuar un modelo económico-financiero-fiscal basado en la combinación de servicios jurídico-financieros, baja tributación y opacidad frente al Estado de residencia del inversor.

Ciertamente, esta nueva Directiva 2011/16/UE puede ejercer una cierta influencia en las negociaciones de la Directiva sobre la Fiscalidad del Ahorro tanto en relación con Estados miembros como respecto de países terceros afectados (Suiza, Andorra, San Marino, Mónaco, Liechtenstein). En la medida en que esta Directiva de asistencia mutua supone un avance, aunque tímido, en materia de intercambio automático que no se proyecta sobre categorías de renta comprendidas en el ámbito de tal Directiva de Fiscalidad del Ahorro, resultaría lógico trascender del sistema transitorio de retención en origen sustitutoria hacia un sistema de intercambio automático de mayor alcance objetivo, subjetivo y territorial. En este sentido, los Estados miembros (Austria y Luxemburgo) que siguen aplicando el sistema transitorio podrían ver intensificada la presión comunitaria para abandonar el sistema de retención en la fuente a favor del sistema de intercambio automático. Y lo mismo podría acontecer respecto de los países terceros que han concluido acuerdos con la UE de medidas equivalentes a las previstas en la Directiva de Fiscalidad del Ahorro; de hecho, el Departamento del Tesoro de los EE.UU. está tratando de establecer la normativa que le permita al *Internal Revenue Service* disponer de la información sobre la obtención de intereses por no residentes al objeto de poder intercambiar tal información de acuerdo con lo establecido en un convenio fiscal aplicable⁸. Ciertamente, este avance o movimiento normativo instaurando el intercambio automático también podría afectar a países terceros como Suiza, Andorra, Mónaco, Liechtenstein, San Marino, y territorios dependientes de Estados miembros. Muy en particular, lo cierto es que el nuevo modelo suizo de *flat-tax-rate* (o retención definitiva basada en el denominado modelo Rubik) que está poniendo en marcha Suiza para enmarcar las relaciones fiscales con algunos países como Alemania, Reino Unido (y posiblemente con Italia y Francia) no termina de encajar con este paso hacia el intercambio automático; y de hecho el Protocolo 2011 al convenio de doble imposición España-Suiza no instrumenta tal modelo de cooperación fiscal⁹. Antes al contrario, el movimiento suizo se dirige precisamente a

⁸ REG-146097-09. *Vid.* SAPIRIE, 2011. En la misma línea los EE.UU. están desarrollando una regulación (*FACTA*) que obliga básicamente a todo tipo de instituciones implicadas en la «gestión» de determinados activos financieros (*lato sensu*) a revelar a las autoridades norteamericanas la existencia de cuentas cuyo titular sea una *US person* (física o jurídica). La UE está tratando de llegar a un acuerdo con las autoridades norteamericanas para coordinar esta legislación con la Directiva de Fiscalidad del Ahorro en aras de reducir los costes de cumplimiento.

⁹ El Consejo de Ministros del Gobierno español autorizó en febrero de 2011 la firma del Protocolo entre el Reino de España y la Confederación Suiza que modifica el Convenio vigente para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, firmado en Berna el 26 de abril de 1966, y su Protocolo, modificados por el Protocolo firmado en Madrid el 29 de junio de 2006. La política española en materia de negociaciones de convenios de doble imposición consideró en 2009 una prioridad la renegociación del Convenio hispano-suizo para que en el mismo se incorporasen los estándares de intercambio de información fiscal de la OCDE para colaborar en alcanzar los objetivos en materia de prevención y lucha contra el fraude fiscal. El nuevo Protocolo al convenio de doble imposición España-Suiza de 1966 vendría a alinear la cláusula de intercambio de información con los estándares de intercambio de información efectiva establecidos y supervisados por la OCDE y el Global Forum on Tax Administration. A este respecto, debe ponerse de manifiesto como, fruto de una *peer review* del sistema de intercambio de información suizo realizado por el *Global Tax Forum* de la OCDE, las autoridades suizas se han visto obligadas a modificar su legislación y prácticas administrativas en la materia a efectos de observar los «incumplimientos» detectados y evitar así ser calificada como una jurisdicción no cooperativa en materia fiscal por la OCDE, con todo lo que ello conlleva. En este orden de cosas posee interés reseñar la nota de prensa del Departamento Federal de Finanzas suizo, de 15 de febrero de 2011, en la que expone fundamentalmente la revisión de la política y práctica administrativa de intercambio de información que tiene que acometer Suiza en los próximos tiempos.

evitar tal intercambio automático sobre renta del ahorro privado, en aras de reposicionar su sector financiero y descriminalizar a la banca y sus empleados. Cabe esperar que la posición de la UE sea contundente en este aspecto, toda vez que una vez que los Estados miembros (especialmente los centros financieros europeos) han aceptado un determinado nivel de intercambio automático y rogado, exigirán un *level playing field* a Suiza y a los países terceros que tienen que acordar medidas equivalentes a las establecidas en la Directiva de Fiscalidad del Ahorro.

3.2.6. El intercambio espontáneo de información

La Directiva 2011/16/UE regula la modalidad de intercambio espontáneo de información en términos muy semejantes a lo establecido en el artículo 4 de la Directiva 77/799/CEE. Como novedades cabría apuntar un mayor énfasis en la obligatoriedad de la transmisión de la información en los casos pre-definidos en el artículo 9 de la Directiva, así como la fijación de un plazo máximo de dos meses para la comunicación de la información al Estado miembro interesado.

3.2.7. Otras modalidades de cooperación administrativa y disposiciones prácticas

La nueva Directiva profundiza en la asistencia mutua entre Administraciones tributarias trascendiendo de las tres formas típicas de intercambio de información.

Así, por un lado, el artículo 11 de la referida Directiva europea amplía el ámbito y alcance de las inspecciones transfronterizas previendo el acuerdo de las autoridades competentes de Estados

Como se sabe, Suiza en el año 2009 aceptó los principios internacionales de transparencia e intercambio de información tributaria establecidos por la OCDE, el G-20 y la ONU, y comenzó a concluir convenio de doble imposición y Protocolos ad hoc que establecieran cláusulas de intercambio de información tributaria en tal sentido. Sin embargo, tanto el texto de las cláusulas adoptadas como la interpretación que realizaban las autoridades suizas se ha revelado muy estricta desde el prisma de la OCDE. En la revisión o *peer review* que llevó a cabo el *Global Tax Forum* de la OCDE, de la normativa y práctica sobre transparencia e intercambio de información tributaria de los distintos países que se han posicionado como «cooperativos», se ha confirmado que la normativa y práctica suiza no se ajusta perfectamente a los parámetros internacionales y debe ser modificada en tal sentido, so pena de ser re-calificada como jurisdicción no cooperativa (*tax haven*). Como quiera que Suiza desea seguir siendo un centro financiero cooperativo, por el impacto reputacional y legal que se deriva del mismo, ha decidido modificar su normativa y práctica administrativa en materia de intercambio de información tributaria en el sentido solicitado por la OCDE. En particular, ello afecta al nivel de cooperación exigible en el marco de intercambios rogados. Suiza se obliga a incorporar en sus convenios de doble imposición y en su práctica administrativa la obligación de atender a un requerimiento de información solicitado por otro Estado contratante incluso cuando:

- a) El Estado requirente no identifica a la persona que puede poseer o tener el control de la información requerida,
- b) El Estado requirente no identifica al contribuyente afectado por su nombre y dirección postal, sino de otro modo e incluso en casos excepcionales indicando el número de cuenta bancaria.

Ciertamente, esta modificación afecta de forma sustantiva al tipo de requerimientos que pueden tramitarse de acuerdo con un convenio de doble imposición con Suiza, ampliándolos sustantivamente y con ello la obligación de las autoridades suizas de colaborar y obtener y transmitir la información. No obstante, las autoridades suizas siguen conservando sus «líneas rojas», dentro del marco OCDE, excluyendo la colaboración administrativa en casos:

- a) Expediciones de pesca/*fishing expeditions*: requerimientos genéricos que buscan detectar bolsas de fraude o que no identifican suficientemente un caso y contribuyente investigado.
- b) Intercambios espontáneos de información.
- c) Intercambios automáticos de información.
- d) Intercambios retroactivos (excepto CDI con USA para aplicar acuerdo UBS).

miembros que autorice, a los efectos de intercambiar información, la presencia en las oficinas de la Administración del Estado requerido donde se realicen actuaciones inspectoras y la participación en las investigaciones administrativas de las actuaciones o participación de los inspectores de un Estado miembro en comprobaciones realizadas en otro Estado miembro, pudiendo estar presentes durante las inspecciones realizadas en el otro Estado miembro. Se prevé la posibilidad de que los inspectores del otro Estado miembro puedan entrevistar a obligados tributarios del otro Estado miembro e incluso revisar su documentación fiscal, siempre que tal posibilidad sea establecida por la legislación del Estado miembro requerido. En caso de que la persona bajo investigación se niegue a respetar las medidas de inspección adoptadas por los funcionarios de la autoridad requirente, la autoridad requerida considerará que dicha negativa equivale a una negativa frente a sus propios funcionarios. Asimismo, cuando la información solicitada figure en documentos a los que tengan acceso los funcionarios de la autoridad requerida, deberán facilitarse copias a los funcionarios de la autoridad requirente. La Directiva 77/799/CEE (art. 6) se limitaba a contemplar esta colaboración inspectora transfronteriza, pero sin regular apenas el contenido de esta modalidad de cooperación administrativa. La nueva Directiva regula con más detalle este mecanismo (añadiendo las actuaciones activas y no meramente pasivas del inspector desplazado), pero su efectiva aplicación sigue quedando supe-
ditada a la existencia de un acuerdo entre las autoridades competentes.

Una segunda modalidad de cooperación administrativa que la Directiva 2011/16/UE prevé son los «controles fiscales simultáneos», impulsados por la OCDE, y que también establece la Directiva 77/799/CEE (art. 8 ter) tras la reforma llevada a cabo por la Directiva 2004/56/CE). En esta materia la nueva Directiva no introduce aportaciones reseñables. Durante la última década, la práctica de un buen número de administraciones fiscales europeas y de países miembros de la OCDE ha revelado un aumento significativo de «inspecciones fiscales internacionales» (v.gr., Países Bajos ha llevado a cabo en torno a 80 *international tax audits*, dato que contrasta con las 15 de España), cuyos resultados se vienen valorando muy positivamente a nivel administrativo. Posiblemente hubiera sido adecuado profundizar en estas modalidades de cooperación administrativa dada la creciente necesidad de realizar estas «inspecciones fiscales internacionales» e incluso trascender hacia el nuevo mecanismo de las *Joint Audits* en el sentido propuesto por *Forum on Tax Administration* de la OCDE ¹⁰.

La nueva Directiva prevé un mecanismo de notificación administrativa transfronterizo en términos similares a los recogidos en la Directiva 77/799/CEE. La principal novedad reside en limitar las solicitudes de notificación a los casos donde el Estado requirente no sea capaz de notificar conforme a la normativa que rige en tal Estado o cuando dicha notificación pueda engendrar dificultades desproporcionadas. También se contempla que la autoridad competente de un Estado miembro pueda notificar cualquier documento por correo certificado o por vía electrónica directamente a una persona establecida en el territorio de otro Estado miembro (art. 13).

En la misma línea continuista con lo previsto en la Directiva 77/799/CEE (art. 10), la nueva norma comunitaria prevé el intercambio de buenas prácticas y de experiencias, lo cual otorga cobertura específica a la transmisión de información sobre formas de mejorar la cooperación fiscal así como sobre *tax shelters* o esquemas de planificación fiscal agresiva transnacionales, esto es, una

¹⁰ Cfr. OECD Forum on Tax Administration, *Joint Audit Report*, OECD, September 2010.

fórmula para «compartir la caja negra» (*sharing the black box*) en línea con los acuerdos y reuniones que mantienen regularmente y a estos efectos autoridades fiscales de diferentes países ¹¹.

En este mismo orden de cosas, la nueva Directiva ha introducido una interesante novedad estableciendo la denominada «información de retorno» del Estado requirente en relación con los resultados de uso de los datos transmitidos por el Estado requerido (art. 14). Esta información de retorno debe solicitarla el Estado requerido y se ha establecido un plazo máximo de dos meses para su transmisión. La Comisión determinará las modalidades prácticas del retorno de información de acuerdo con el artículo 26 de la Directiva. Esta misma previsión de información de retorno se contempla en relación con los intercambios automáticos, aunque en este contexto posiblemente se terminen elaborando informes anuales sobre el uso de tal información, al tratarse de información gestionada en masa. El establecimiento de esta modalidad de transmisión de información, si se desarrolla adecuadamente, puede reforzar la eficacia de este mecanismo de cooperación fiscal al poner en manos del Estado requerido datos que pueden permitir detectar supuestos de fraude o esquemas de planificación agresiva poniendo en marcha una suerte de *reverse audit*, como acontece en algunos países en sede de inspecciones de precios de transferencia.

Los artículos 20 y 21 de la nueva Directiva profundizan en el empleo de formularios normalizados y formatos electrónicos en aras de lograr una mayor eficacia de los mecanismos de cooperación fiscal establecidos. A este respecto se establece como regla la comunicación por medios electrónicos (red CCN) así como el empleo de un idioma común para las comunicaciones que será acordada entre las autoridades requirente y requerida, siendo excepcional el sistema de traducción.

En esta misma línea, el artículo 22 de la nueva Directiva establece obligaciones específicas exigibles a los Estados miembros a los efectos de adoptar las medidas necesarias para lograr la organización y coordinación administrativa que establece el artículo 4. En particular, ello requiere: a) designar una autoridad competente nacional así como una oficina de enlace central y eventualmente servicios de enlace; b) elaborar una lista de servicios de enlace y de funcionarios competentes por delegación para la cooperación administrativa. Nótese que el nuevo modelo de cooperación administrativa es descentralizado de suerte que la competencia para poner en marcha los requerimientos de información o la asistencia administrativa o atender tales solicitudes la ostenta tanto la autoridad competente designada por cada Estado miembro, como la oficina central de enlace o un funcionario competente por delegación (art. 3 de la Directiva). Ahora bien, la oficina central de enlace debe estar informada de las actuaciones realizadas por un servicio de enlace o un funcionario competente.

3.2.8. El uso de la información intercambiada y su valor probatorio

En materia de secreto tributario, esto es, en lo que concierne al uso y revelación de la información transmitida en virtud de cualquier fórmula de cooperación fiscal, la nueva Directiva (art. 16) establece

¹¹ Este importante sistema de *sharing of the black box* ha cristalizado a través de varias iniciativas como el *Leeds Castle Group* (integrado por autoridades fiscales de Alemania, Canadá, Francia, Japón, Reino Unido, EE.UU., China, India, Corea del Sur), el programa *Fiscalis* europeo, el propio *Joint International Tax Shelter Information Centre* (Australia, Canadá, Reino Unido, EE.UU. y Japón), y el *Seven Country Working Group on Tax Havens* (Australia, Canadá, Francia, Alemania, Japón, Reino Unido y EE.UU.). *Vid.*: E&Y (2008), *Tax Administration Goes Global. The Trend Toward Global Tax Transparency*, 2008.

una regulación más flexible que la normativa precedente. En primer lugar, la Directiva 2011/16/UE establece la aplicación de la normativa nacional que protege la confidencialidad de la información de la misma naturaleza en el Estado miembro receptor. Tal regla de secreto tributario lógicamente permite el uso para la administración y ejecución de las leyes nacionales de los Estados miembros relativas a los impuestos referidos en el artículo 2. Asimismo, se contempla la posibilidad de usar la información transmitida para otra serie de impuestos y derechos como son los recogidos en el artículo 2 de la Directiva 2010/24/UE de asistencia en la recaudación (todos los impuestos que integran el sistema tributario y otras exacciones) o para evaluar y ejecutar las contribuciones obligatorias en el ámbito de la Seguridad Social.

Se prevé expresamente la utilización de la información en procedimientos judiciales que pueden dar lugar a sanciones, incoados como consecuencia del incumplimiento de la legislación en materia fiscal, sin perjuicio de la normativa general y de las disposiciones que regulen los derechos de los demandados y los testigos de dichos procedimientos. Tal previsión, a nuestro juicio, ampara el uso de la información en procesos penales-tributarios, aunque se advierte de que tal uso debe realizarse observando las garantías procesales de los demandados y testigos en el marco de estos procesos; posiblemente puedan plantearse problemas aquí en torno al uso de información que reveló el propio contribuyente en el marco del procedimiento administrativo (derecho a la no autoinculpación) o en relación con el modo de obtención (garantías, procedimiento, etc.) de las pruebas recabadas en el extranjero. En la mayoría de las ocasiones la validez y aceptación de tales pruebas requerirá que las autoridades fiscales que recabaron tal información testifiquen en el proceso penal incoado en el otro Estado miembro.

Asimismo, la Directiva 2011/16/UE, al igual que la 77/799/CEE, permite el uso de la información intercambiada para otros fines no fiscales, siempre que medie el permiso de la autoridad transmitente y lo permita la propia legislación del Estado receptor y en los términos que establece la normativa del Estado que comunica inicialmente la información. Tal permiso solo puede otorgarlo la autoridad competente del Estado miembro de origen de la información (art. 16.4).

La nueva Directiva regula con más detalle que su antecesora la posibilidad de transmitir información por un Estado miembro a un tercer Estado miembro. En particular, se regula en qué casos puede producirse tal intercambio triangular, a saber: a) la información recibida por un Estado miembro pueda ser útil para otro Estado miembro a los efectos fiscales de la administración y ejecución de los impuestos y derechos referidos en el artículo 16.1 de la Directiva; b) la transmisión se atenga a las normas y procedimientos previstos en esta norma comunitaria; c) se informe a la autoridad de origen de la información sobre la intención de compartir los datos con la autoridad competente de un tercer Estado miembro sin que aquella se oponga en el plazo establecido al respecto.

El artículo 16.5 de la Directiva como novedad establece una regla sobre el uso de la información intercambiada (datos, declaraciones, informes, documentos, copias autenticadas, etc.) como medio de prueba en los procedimientos nacionales en las mismas condiciones que la información, informes, declaraciones y cualquier otro documento equivalente transmitido por una autoridad del mismo Estado miembro (art. 16.5). A nuestro modesto entender, esta cláusula que establece una suerte de principio de validez probatoria general de la información y documentación transmitida por las autoridades competentes de los otros Estados miembros requiere en todo caso acreditar las autoridades, origen/fuente,

procedimientos y garantías con las que fue obtenida la información para que pueda emplearse como prueba en un procedimiento nacional al igual que acontece en un contexto interno ¹².

Así las cosas, a nuestro juicio, el valor jurídico-probatorio de la información intercambiada dependerá en buena medida de una serie de circunstancias entre las que cabría destacar las que indicamos al punto ¹³.

En primer lugar, hay que tener en cuenta la forma y el carácter fidedigno del material intercambiado; ciertamente, no puede otorgarse el mismo valor a una mera comunicación de opiniones de una autoridad tributaria extranjera, o a copias de documentos sin autenticar que a «copias de documentos oficiales o particulares autenticados», o a «reproducciones de testimonios de agentes tributarios o peritos» ¹⁴. Por el contrario, aquellas copias de documentos sin autenticar o declaraciones realizadas sin garantías de su carácter fidedigno deberían ostentar un valor escaso cuando no nulo ¹⁵; de hecho, lo normal es que este tipo de comunicaciones informales o genéricas únicamente sirvan para que las autoridades del Estado que las recibe inicien una investigación fiscal y obtengan, en su caso, sus propias pruebas al efecto de regularizar la situación tributaria del obligado tributario.

En segundo lugar, habrá que tener en cuenta el contenido del material intercambiado. Así, debe distinguirse entre documentos que se refieran a hechos declarados por las autoridades competentes del Estado que intercambia la información de aquellos que contienen apreciaciones jurídicas (calificaciones), por cuanto los primeros deben ostentar un valor superior, si se han obtenido observándose un procedimiento con todas las garantías. La posición de los tribunales españoles coincide a grandes rasgos con lo indicado. Así, nuestros órganos judiciales vienen otorgando valor probatorio a todos aquellos intercambios de información donde las autoridades fiscales extranjeras ponen de manifiesto hechos directamente comprobados por los mismos en el marco de procedimientos tributarios legalmente establecidos ¹⁶, mientras que cuando lo que se intercambia son meras apreciaciones sobre presuntas irregularidades que pudo haber cometido el obligado tributario en España o calificaciones jurídicas sobre su conducta el valor probatorio que se les concede es muy reducido ¹⁷.

¹² La misma observación cabría realizar en relación con el artículo 61.3 del Reglamento de aplicación de los tributos (RD 1065/2007, de 7 de julio).

¹³ Para un estudio más detallado de esta cuestión, *vid.* CALDERÓN 2000, págs. 293 y ss.

¹⁴ Así se ha puesto de relieve en la práctica administrativa norteamericana (IRS, *US IRS International Tax Compliance Information*, vol. IV, Kluwer, Boston, 1994, Lesson 10). La Audiencia Nacional ha declarado que las pruebas documentales que aporte el obligado tributario en tanto sean emitidas por autoridades extranjeras deben ajustarse a los requisitos del artículo 600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que puedan ser consideradas válidas por los tribunales españoles; así, consideró que concurrían las notas exigidas en el citado precepto «al estar legalizados (los documentos) conforme a lo establecido en el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961» (SSAN de 16 de julio de 1998, JT 98, Ar.1132 y 1133).

¹⁵ En este sentido se pronunció el Juzgado de lo Penal de Palma de Mallorca en la Sentencia de 21 de diciembre de 1992 (NFJ002288); este órgano jurisdiccional consideró que no podía otorgarse valor de prueba de cargo en un proceso penal por delito fiscal a una «mera comunicación de las autoridades fiscales alemanas» en la que se da noticia de presuntas irregularidades fiscales de las personas más tarde imputadas. En parecidos términos se posicionó el TEAC en resolución de 9 de julio de 1998 (NFJ007265).

¹⁶ Véase la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Palma de Mallorca de 21 de diciembre de 1992 (NFJ002288). El TEAC otorgó valor probatorio a los hechos incluidos en una respuesta a una solicitud de información cursada por España al Reino Unido, al tratarse de datos declarados por un obligado tributario o directamente comprobados por las autoridades competentes extranjeras [Resolución del TEAC 9 de julio de 1998 (NFJ007265)].

¹⁷ En relación con calificaciones jurídicas piénsese en las calificaciones de residencia fiscal que documentan los certificados de residencia expedidos por autoridades extranjeras, de suerte que las autoridades fiscales españolas, al igual que las de

En tercer lugar, habrá que considerar cómo se ha obtenido la información intercambiada; no puede darse el mismo valor a una información que se ha obtenido de forma legal que a datos recabados ilegalmente; tampoco puede darse el mismo valor a una información obtenida sin garantías que con garantías similares a las que rigen en el Estado que va a usar tales datos. Particular importancia tendrá la circunstancia de si los datos fueron obtenidos por las autoridades fiscales con arreglo a las facultades establecidas en su ordenamiento, o si, por el contrario, se cometieron irregularidades (falta de un requisito menor o subsanable) o ilegalidades a tal efecto.

A este respecto, existen varias posiciones sobre esta cuestión. Por un lado, hay quien mantiene que el hecho de que una información haya sido obtenida ilegalmente por las autoridades del Estado contratante que la suministra no afecta al Estado que la recibe, incluso allí donde el Estado transmitente no pudiera hacer uso de los datos que transmite con arreglo a su normativa interna; así, la Administración fiscal del Estado receptor podría utilizar la información intercambiada, salvo que su Derecho interno prohibiera el uso de una información obtenida de tal modo¹⁸. Por otro lado, se ha defendido que el Estado que recibe una información suministrada por otro Estado únicamente podrá hacer uso de la misma, en la medida en que su legislación interna le permita obtenerla del modo en que fue obtenida en el Estado transmitente¹⁹. Un planteamiento todavía más restrictivo es el adoptado por las autoridades belgas cuando excluyen el uso de la información intercambiada cuando hubiera sido obtenida ilegalmente en el otro Estado (transmitente)²⁰. Es llamativo que la jurisprudencia de dos países con sistemas jurídicos tan próximos como EE.UU. y Canadá mantengan posiciones diametralmente opuestas; así mientras los tribunales americanos vienen requiriendo que los procedimientos de obtención de la información transmitida que se hubieren puesto en marcha por las autoridades del Estado transmitente sean equivalentes en términos de garantías constitucionales a los que se tuvieron que emplear en EE.UU. para realizar una actuación administrativa semejante para que tal información pueda ser válidamente empleada en procesos judiciales²¹, en tanto que los tribunales canadienses mantienen la posición opuesta considerando que las garantías constitucionales establecidas por el Derecho canadiense solo son aplicables frente a actuaciones de autoridades nacionales²².

A nuestro juicio, no se puede excluir que el modo en que fueron obtenidos los datos intercambiados afecte al valor jurídico-probatorio que puedan tener en el marco de procedimientos o procesos judiciales en el Estado receptor de la información. No obstante, encontramos difícil establecer criterios apriorísticos para admitir o excluir el uso de una información obtenida de manera irregular o ilegal en el Estado que la suministra. Además, puede ocurrir que lo que se considera «ilegal o irre-

otros países, consideran que tal calificación no les vincula. Véanse en este sentido la Resolución del TEAC de 9 de abril de 1997 (NFJ005614), Resolución de la DGT de 11 de febrero de 1992 (Circular Informativa MEH, Madrid 1994, págs. 92 y ss.), Resolución del TEAR de Madrid de 27 de julio de 1998.

¹⁸ VOGEL, Artículo 26, para. 106. Los tribunales norteamericanos participan de esta misma concepción al considerar que la competencia para enjuiciar la legalidad o ilegalidad de los procedimientos conforme a los cuales se obtuvo la información intercambiada reside en los órganos jurisdiccionales del Estado que la transmite (*vid.* HYMAN, págs. 169-170).

¹⁹ SACCHETTO, 1998 págs. 5-6.

²⁰ DOCCLO, pág. 28.

²¹ McCRAKEN, 2002, pág. 1.897, citando los casos *US vs Wolf*, y *US. vs. Phillips*.

²² McCRAKEN, 2002, pág. 1.898, citando el caso *Schreiber* del Tribunal Supremo sobre información obtenida por las autoridades suizas a requerimiento de las autoridades canadienses en el marco de un caso penal-tributario.

gular» en el Estado transmitente de los datos resulte perfectamente admisible en el Estado receptor de la información. Probablemente, el posicionamiento más razonable radique en un análisis casuístico que contemple las facultades de obtención de información que posee la Administración tributaria de cada uno de los Estados implicados en el intercambio, considerando especialmente si las garantías básicas incorporadas en la normativa del Estado receptor de la información se respetaron por el Estado transmitente en el caso de que se trate. El propio Tribunal Supremo español ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre una cuestión muy próxima a la que estamos tratando, cuando en el marco de un proceso penal en el que las principales pruebas habían sido obtenidas por autoridades aduaneras extranjeras (apertura de un paquete conteniendo drogas) se declaró que la valoración de las mismas «solo está autorizada cuando en la causa consten elementos que garanticen la seriedad y credibilidad de la diligencia equivalentes a las que rigen en nuestro país (...); bajo estas condiciones es indudable que la prueba obtenida estaba afectada por una prohibición de valoración, toda vez que no consta en la causa ningún elemento que autorice a considerar que llegó a la misma con garantías equivalentes a las exigidas por la ley española». A su vez, entendemos que en el ámbito penal-tributario generalmente se requerirá que las autoridades fiscales extranjeras que obtuvieron la información testifiquen en los tribunales del Estado donde se ha incoado un proceso de estas características (principios de inmediación y contradicción)²³. Consideramos que los principios emanados de esta sentencia podrían flexibilizarse en el marco de procedimientos y procesos distintos de los de naturaleza u orden penal; ahora bien, en todo caso los datos o pruebas intercambiadas deben acompañarse de un informe que acredite la forma en que fueron obtenidos a los efectos de garantizar los más elementales y básicos derechos de defensa y garantías procesales en el Estado que los recibe; de otro modo, la valoración de los mismos sería arbitraria e inconsistente²⁴.

En todo caso, consideramos que el derecho de defensa (y el principio de igualdad de armas) requiere que el obligado tributario afectado por un intercambio de información y que está siendo «regularizado» o sancionado tomando como base los datos intercambiados tenga pleno acceso tanto al requerimiento de información cursado por las autoridades españolas, como a la respuesta emitida por las autoridades extranjeras donde conste cómo se ha obtenido la información, de qué sujeto se ha obtenido y en qué consisten las informaciones recabadas. Entendemos que de no otorgarse tales garantías podría generarse indefensión, lo cual no resulta admisible cuando menos en aquellos Estados de Derecho donde la Constitución protege el derecho a la tutela judicial efectiva. A este respecto, debe señalarse que existe un pronunciamiento de la Audiencia Nacional, de 25 de septiembre de 2003²⁵, donde el referido

²³ Así se establece en el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 20 de abril de 1959, el cual es aplicable en relación con delitos tributarios de acuerdo con el Protocolo de 17 de marzo de 1978. Asimismo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de abril de 1990 (Ar. 3052), ha declarado que funcionarios de policía judicial extranjeros pueden ser oídos en el juicio oral, con arreglo al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal. En el marco del citado convenio también existe la posibilidad de obtener pruebas testimoniales en el extranjero, susceptibles de aportación al juicio oral, a través de comisiones rogatorias contradictorias (véanse las SSTs de 3 de diciembre de 1991 (Ar. 8693), de 13 de marzo de 1992 (Ar. 2442), de 6 de junio de 1994 (Ar. 4528) y de 19 de enero de 1995 (Ar. 155).

²⁴ Téngase en cuenta en este sentido la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional [STC 76/1990 (NFJ000802)] y del Tribunal Supremo [STS de 23 de diciembre de 1991 (NFJ001440)] sobre el valor probatorio de las actas de Inspección.

²⁵ JT 2003, 1569. En particular, la Audiencia Nacional consideró que ni la legislación interna española (LGT 1963 y RGI) ni la Directiva 77/799/CEE contenían preceptos que obligaban a las autoridades fiscales españolas a dar acceso al obligado tributario al requerimiento de información tributario cursado a las autoridades alemanas (y de otros países), ni al contenido del documento de respuesta que incluye la información solicitada, ni tampoco ostenta derecho a conocer los procedimientos de obtención en el extranjero de tales datos. A mi modesto entender, tal posición puede generar indefensión y además

tribunal mantuvo una opinión distinta a la que nosotros defendemos. Existen también recientes pronunciamientos de otros órganos jurisdiccionales de otros Estados europeos (tribunal constitucional alemán y Corte de Apelación de París que sigue la jurisprudencia *Ravons* del TEDH) sobre el uso en procedimientos tributarios nacionales de datos obtenidos en el extranjero en condiciones poco ortodoxas o ilegales que no hacen sino reflejar lo casuístico y controvertido que resulta esta cuestión ²⁶.

cabría identificar preceptos en la LGT y otras disposiciones nacionales que fundamentarían la posición del contribuyente en relación con el acceso a los documentos que forman parte del expediente de intercambio de información cuando tales documentos e información remitida es empleada en el marco de procedimientos de regularización o sancionadores.

²⁶ Ciertamente, un caso especialmente controvertido resulta del inicio de actuaciones inspectoras en un Estado como consecuencia del acceso a datos de un contribuyente que se han obtenido ilegalmente por las autoridades fiscales del Estado transmitente como ha acontecido en los casos de los Bancos LGT y HSBC donde las autoridades alemanas «adquirieron» tales datos de un empleado de la entidad financiera en tanto que en el caso del HSBC los datos fueron sustraídos en un registro de la vivienda de un empleado de tal banco que poseía ilegalmente tal información. El uso de tales datos obtenidos en condiciones de dudosa legalidad para iniciar actuaciones inspectoras o como material probatorio en procedimientos tributarios o procesos judiciales (especialmente de carácter penal) plantea muchas dudas. El Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) de 30 de noviembre de 2010 (2 BvR 2101/09) se pronunció a favor de la constitucionalidad de las inspecciones fiscales (y medidas de registro domiciliarios posteriores) realizadas con origen y base en datos obtenidos ilegalmente por las autoridades fiscales (compra de DVD de LGT-Bank de Liechtenstein). El Tribunal Constitucional limita la denominada «teoría de los frutos del árbol envenenado», insistiendo en el carácter excepcional de las mismas en el sentido de que solo es aplicable cuando la prueba obtenida ilegalmente afecta al corazón del derecho a la intimidad. En el otro extremo se sitúa la Sentencia de 8 de febrero de 2011 de la Corte de Apelación de París que ha anulado una inspección fiscal en Francia de un ciudadano que aparecía en los listados del HSBC, condenando al fisco francés a indemnizarle con 3.000 euros. El tribunal francés basa su fallo en que los datos fueron robados y que el propio ministro de Finanzas francés declaró que la información procedía de un robo, por lo que destaca que el origen de los datos es ilícito. La Corte de Apelación de París fundamentó su posición en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de 21 de febrero de 2008, en el caso francés *Ravons*, donde el TEDH considera que los procedimientos empleados en registros domiciliarios por parte de la Inspección tributaria francesa son contrarios al artículo 6.1 del TEDH (derecho a un juicio justo/*fair trial right*) y por tanto las pruebas obtenidas por las autoridades fiscales no pueden emplearse para fundamentar liquidaciones tributarias, sanciones o como prueba en un proceso penal-tributario. De esta forma, el Tribunal de Apelación de París, siguiendo una jurisprudencia del Tribunal Supremo francés (SSTS de 7 de abril de 2010 y 7 de enero de 2011) que aplica la jurisprudencia del TEDH en el caso *Ravons*, consideró ilegal el registro domiciliario realizado por la Inspección tributaria francesa en la medida en que el tribunal que autorizó tal registro debió verificar que los indicios de fraude presentados por las autoridades fiscales francesas habían sido obtenidos legalmente. La jurisprudencia del TEDH posee por tanto gran relevancia práctica más allá del ordenamiento francés, toda vez que por un lado el Derecho de la UE protege los derechos fundamentales interpretados de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, y por otro, la jurisprudencia del TEDH es aplicable en nuestro ordenamiento de acuerdo con lo establecido en nuestra Constitución (art. 10.2 CE) y la propia jurisprudencia del TC. La jurisprudencia del TEDH en el caso *Ravons* consiste en la exigencia de que los procedimientos a través de los cuales se autorice la entrada y registro domiciliario de personas físicas y entidades por parte de la Inspección tributaria, garanticen el derecho de los contribuyentes afectados a cuestionar judicialmente la legalidad de tal autorización judicial. Ello requiere que la propia legislación que regule tal autorización judicial establezca:

- Una regulación que habilite de forma expresa tal derecho de apelación.
- Que tal derecho pueda ejercerse de forma efectiva sin trabas (aunque sea a posteriori).
- Que se informe al afectado de su derecho de control judicial sobre la legalidad de la autorización judicial, así como de la propia ejecución de tal autorización por parte de las autoridades fiscales.

En relación con el control de la legalidad de la autorización judicial, como ya he indicado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo francés y de la Corte de Apelación de París establece la obligación del juez autorizante de verificar los presupuestos (indicios de fraude: el origen legal de las pruebas que permiten albergar sospechas de fraude fiscal) que permiten el sacrificio del derecho a la inviolabilidad del domicilio, de manera que una incorrecta apreciación de tales presupuestos (prueba de origen ilegal o falta de prueba de fraude) pueden conducir a anular el registro domiciliario y las evidencias obtenidas en el mismo. A mi juicio, esta jurisprudencia es aplicable en nuestro país, pudiendo someterse a este test de legalidad los procedimientos de registro domiciliario realizados por las autoridades fiscales españolas, debiendo verificarse la existencia de indicios de fraude fiscal como presupuesto de una autorización judicial, debiendo controlar el juez competente la legalidad del registro de acuerdo con la propia autorización.

4. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

La aprobación de estas nuevas Directivas europeas en materia de asistencia en la recaudación y cooperación fiscal debe ser valorada muy positivamente por lo que significa en términos de avance y reforzamiento de los mecanismos de lucha contra el fraude y de control fiscal transfronterizo. Sin duda, las Administraciones tributarias tienen que ser tan globales como los contribuyentes como condición para la propia pervivencia de los actuales sistemas tributarios –especialmente sus impuestos sobre la renta– garantizando la supervisión de los aspectos internacionales de los impuestos en términos tales que no se dude de la propia legitimidad (o *fairness*) del sistema como consecuencia de la falta de control efectivo sobre los «hechos transfronterizos con trascendencia tributaria».

Ciertamente, estas nuevas normas europeas sobre asistencia administrativa en materia fiscal en combinación con las que se instrumentan a través de convenios internacionales siguiendo los estándares establecidos por la OCDE (convenios de doble imposición, acuerdos de intercambio de información o tratados multilaterales como el de la OCDE-Consejo de Europa) inauguran una nueva era en la cooperación fiscal internacional. Sin embargo, a mi juicio, estamos lejos de haberse establecido una situación adecuada a las necesidades actuales de asistencia administrativa entre administraciones tributarias de distintos países. Todo parece indicar que los progresos en este contexto seguirán produciéndose gradualmente y posiblemente más bilateral que multilateralmente. La falta de cooperación fiscal efectiva por parte de un país o territorio, negándose a colaborar injustificadamente en inspecciones simultáneas o intercambiar información de forma pro-activa, debería igualmente ser objeto de regulación específica, de manera que las «jurisdicciones» efectivamente cooperativas y las «nominalmente» cooperativas no recibieran el mismo trato, cuando menos, desde la perspectiva española.

En este mismo orden de cosas se echa igualmente en falta un mayor énfasis en la funcionalidad de estos mecanismos de asistencia mutua al servicio de los contribuyentes. Así, por ejemplo, en numerosas ocasiones asistimos a la imposición de pesadas cargas formales a los obligados tributarios –v.gr., la documentación de precios de transferencia con *master file* y *country file*– cuando en realidad tales obligaciones podrían reducirse significativamente considerando las posibilidades de asistencia mutua que articulan la normativa de cooperación fiscal internacional. Un mayor empleo de estos mecanismos pro-contribuyente también sería recomendable (por ejemplo, verificando elementos de prueba carentes de la necesaria precisión o fehaciencia (la prueba de los servicios de apoyo a la gestión/*management fees*) o que no han podido obtenerse (certificados de residencia, tratamiento fiscal de entidades extranjeras, etc.), sin que ello signifique o comporte en modo alguno alteración de las reglas de la carga de la prueba en los procedimientos tributarios.

Otro de los aspectos sobre el que conviene llamar la atención es la falta de una regulación completa y sistemática de la cooperación fiscal transfronteriza. Existe un déficit de regulación y de interconexión entre toda esta normativa y las disposiciones fundamentales de nuestra LGT²⁷, lo cual

²⁷ Entre las cuestiones que merecen atención destacamos, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes: a) las eventuales consecuencias de la notificación por parte de las autoridades del Estado requerido de la solicitud de información por parte de las autoridades españolas tanto en sede de interrupción de la prescripción como en relación con el artículo 27 de la LGT; b) la regulación de la interrupción justificada de las actuaciones inspectoras en el marco de solicitudes de asistencia mutua,

genera inseguridad jurídica y puede privar de eficacia a estos mecanismos. Posiblemente tuviera sentido establecer una regulación específica al margen de la LGT desarrollando al máximo las posibilidades de cooperación fiscal internacional que brindan todos estos instrumentos europeos y los tratados internacionales, como están haciendo algunos países que ya están empezando a articular auténticos procedimientos tributarios internacionales (inspecciones fiscales internacionales: inspecciones fiscales simultáneas y *joint audits*). Tal regulación en todo caso debe tener muy en cuenta los derechos de los contribuyentes, que vienen siendo los grandes olvidados en este contexto regulatorio ²⁸, debiendo resolverse esta clásica y permanente tensión estableciendo una normativa más equilibrada que coherente las garantías básicas de los contribuyentes con el control del deber de contribuir en un contexto transfronterizo.

En línea con todo lo expuesto, cabe reseñar igualmente cómo el nuevo Protocolo (2011) que se acaba de firmar entre España y Suiza inaugura una nueva en las relaciones fiscales internacionales entre ambos países. Además de certificar el fin del secreto bancario suizo, tal y como se configuraba hasta ahora, el referido Protocolo posee implicaciones de gran alcance que afectan a las estructuras patrimoniales y corporativas articuladas en el pasado.

Y lo cierto es que este nuevo Protocolo no hace sino evidenciar un cambio de paradigma en el orden tributario internacional. Nos movemos en el plano financiero, corporativo y fiscal hacia coordenadas de mayor transparencia. Las Administraciones tributarias de los diferentes países están desarrollando mecanismos para ser tan globales como los propios contribuyentes. Y junto al movimiento hacia la transparencia y cooperación fiscal internacional, tendencia que ya ha cristalizado, se están produciendo otros movimientos. En primer lugar, las Administraciones tributarias están desarrollando enfoques más sustancialistas en lo que se refiere a la supervisión de las operaciones de planificación fiscal internacional y concretamente de las estructuras de los grupos multinacionales. En segundo lugar, se está tratando de trasladar al ámbito fiscal los principios propios de la Gobernanza Corporativa. Esto último se está llevando a cabo en conjunción con el intento de articular un nuevo modelo de relaciones entre el Fisco y los contribuyentes (la denominada «relación cooperativa») que, en cierta medida, podría estar siendo instrumentalizada como mecanismo de gestión de riesgos fiscales por parte de las Administraciones y una de sus derivas puede ser limitar en gran medida la planificación fiscal en los términos que actualmente conocemos. Ciertamente, en la hora actual no se puede determinar cuál será el alcance y grado de profundidad de los posibles cambios que se avecinan, pero lo que sí parece meridiano es que el mundo fiscal se encuentra en un momento refundacional y caminamos hacia un nuevo orden tributario internacional (y de práctica fiscal).

considerando los límites establecidos en la STS de 24 de enero de 2011 (NFJ041830); c) los derechos de los obligados tributarios frente a solicitudes de información cursadas por las autoridades españolas o por autoridades extranjeras; d) la aplicación en este contexto de lo previsto en el artículo 108 de la LGT, en particular de la regla de presunción de certeza de las declaraciones tributarias de terceros y de la exigencia de ratificación y prueba de los datos relativos a terceros cuando el afectado alegue su inexactitud; e) la posición de los obligados tributarios en el contexto de inspecciones fiscales simultáneas y *joint-audits* donde se desplazan inspectores extranjeros a territorio español y participen en las actuaciones realizadas por los inspectores españoles.

²⁸ Vid. CALDERÓN, 2000 c).

Bibliografía

- ANAMOURLIS y NETHERCOTT [2009]: «An overview of tax information Exchange Agreements and Bank Secrecy», *BIFD*, n.º 12.
- ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN [1998]: «Cesión, intercambio y protección de la información tributaria y de los datos automatizados: incidencia de la informática en el contribuyente», *Revista de Técnica Tributaria*, n.º 43.
- BAKER [1993]: «The transnational enforcement of tax liability», *British Tax Review*.
- [2002]: «Changing the Norm on Cross-border Enforcement of Tax Debts», *Intertax*, vol. 30, n.º 6-7, págs. 216 y ss.
- BAS SORIA [2005]: «Precisiones sobre las solicitudes de Asistencia Mutua en Materia de Recaudación», *RCyT. CEF*, n.º 271, octubre.
- BECKER [1982]: «Limits on Exchange of Information in connection with tax audit practice», *Intertax*, n.º 2.
- BORJA SANCHIS [2005]: «La asistencia administrativa en materia de liquidación tributaria en la UE», *Diálogo*.
- BUSTAMANTE ESQUIVIAS [2001]: «Fiscalidad internacional e intercambio de información», en *Manual de Fiscalidad Internacional* (coord. T. CORDÓN EZQUERRO), IEF, Madrid.
- CAAMAÑO y CALDERÓN [2002]: «Globalización económica y poder tributario: ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario?», Civitas, *REDF*, n.º 114.
- CALDERÓN [2000a]: *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*, CEF, Madrid.
- [2000b]: «A critical approach to the new rules empowering the Spanish tax Administration to seek information located abroad», *Tax Notes International*, june.
 - [2000c]: «La protección de los obligados tributarios en el procedimiento de intercambio de información», *RCyT. CEF*, n.º 211 (también en *Intertax*, enero 2001).
 - [2002a]: «El intercambio de información entre Administraciones tributarias en un contexto de globalización económica y competencia fiscal», en *Las medidas antiabuso en la normativa interna y en los CDI y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, IEF, Madrid.
 - [2008]: «La Ley de Medidas de Prevención del Fraude Fiscal: ¿Trifurcación del régimen de paraísos fiscales?», en *La lucha contra el fraude fiscal*, Atelier.
 - [2009]: *El derecho de los contribuyentes al secreto tributario*, NetBiblio.
- CASADO OLLERO y DE LA PEÑA [1991]: «El régimen del intercambio de información tributaria», en *Estudios sobre el Convenio entre España y EE.UU. para evitar la doble imposición*, Gaceta Fiscal, Madrid.
- COLE, GORDÓN y VENUTI [1995]: «Exchange of information and assistance in collection (I)», *Tax Management International Journal*, vol. 24.
- DE LA VILLA GIL [1980]: «El intercambio de información: aspectos generales», en *Estudios de Doble Imposición*, IEF, Madrid.
- DOCCLO [1998]: «Exchange of Information: Belgian report», *EEC Tax Project*, Stockholm Seminar, 29 & 30.
- EILERS [1987]: *Das Steuergeheimnis als Grenze des Internationalen Auskunftsverkehrs*, Verlag Dr.Otto Schmidt, Köln.
- GANGEMI [1990]: «General Report», en *International Mutual Assistance through Exchange of Information*, IFA, CDFI, LXXVb, Kluwer, The Netherlands.

- GARCÍA PRATS [2002]: «Dual Assistance in Collection of Tax Debts», *Intertax*, vol. 30, págs. 56 y ss.
- GRAU RUIZ [1997]: «El convenio de asistencia mutua en asuntos fiscales», *RCyT. CEF*, n.º 34.
- [2000]: *La cooperación internacional para la recaudación de tributos: el procedimiento de asistencia mutua*, La Ley, Madrid.
- HYMAN [1981]: «The IRS summons power under the lowest common denominator of United States double taxation treaties», *George Washington Journal of International Law and Economy*, vol. 16, págs. 152-164.
- KRUPSKY [1992]: «IRS access to foreign transfer pricing information», *BIFD*, March.
- MANN [1964]: «The Doctrine of Jurisdiction in International Law», *Hague Recueil*, págs. 145 y ss.
- MARTÍN y CALDERÓN [2008]: «Administrative Cooperation-Exchange of Information in the Context of the CCCTB», en *Common Consolidated Corporate Tax Base*, Linde, Vienna.
- [2009]: *Tributación comunitaria, vol II. Impuestos Indirectos*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- MCCRACKEN [2002]: «Going, Going, Gone... Global: A Canadian Perspective on International Administration Issues in the Exchange-of-Information Age», *Canadian Tax Journal*, vol. 50, n.º 6.
- MONTERO DOMÍNGUEZ [2010]: «La nueva Directiva Comunitaria de asistencia en materia de recaudación: análisis del articulado de la norma positiva», *Carta Tributaria*, n.º 14.
- NOSEDA [2005]: «EU Mutual Assistance in Criminal Matters and the adoption of the Third Money Laundering Directive –traps for the unscrupulous», *British Tax Review*, n.º 5.
- PALAO TABOADA [1990]: «International Mutual Assistance through Exchange of Information», IFA, *Cahiers de Droit Fiscal International*, LXXVb, Kluwer, The Netherlands.
- PÉREZ RODILLA [2004]: «La colaboración de las Administraciones fiscales europeas en su lucha contra el fraude fiscal», en *Manual de Fiscalidad Internacional*, IEF, Madrid.
- RUIZ GARCIA [1988]: *Secreto Bancario y Hacienda Pública*, Civitas, Madrid.
- SACCHETTO [1978]: *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, Cedam, Padova.
- [1998]: «La colaboración internacional en materia tributaria», *Boletín del IFI*, n.º 15.
 - [2001]: «Il Diritto comunitario e l'ordinamento tributario italiano», en *Dalle Costituzioni Nazionali alla Costituzione Europea*, Giuffrè, Milano, págs. 260-261.
- SANTOLAYA BLAY [2010]: «La asistencia mutua en el ámbito de la recaudación: origen y evolución», *Carta Tributaria*, Monografía n.º 13.
- SAPIRIE [2011]: «Reporting on Non-Resident Aliens Redux», *Tax Notes International*, vol. 61, n.º 12.
- SCHAUMBURG y SCHLOSSMACHER [2000]: «Article 26 of the OECD Model in light of the Right to Informational Self-Determination», *BIFD*, october.
- SEER y GABERT [2011]: «European and International Tax Cooperation: Legal Basis, Practice and Burden of Proof, Legal Protection and Requirements», *BIFD*, february.
- SMIT [2011]: «The position of the EU Member State's associated and dependent territories under the freedom of establishment, the free movement of capital and secondary EU Law in the field of company taxation», *Intertax*, n.º 2.
- SOLER ROCH [1997]: «Una reflexión sobre el principio de residencia como criterio de sujeción al poder tributario del Estado», en *Presente y Futuro de la Imposición Directa en España*, Lex Nova, Valladolid.
- TANZI y ZEE [2001]: «Taxation in a Borderless World: the role of information exchange», en *International Studies in Taxation*, Kluwer.

- URTZ [1997]: «Exchange of information according to the EC Mutual Assistance Directive and Tax Treaties in Austria», en *Tax Treaties and EC Law*, Kluwer, London.
- VAN DER HELD y VAN DIK [2009]: *European Cooperation and Legal Guidelines for an Intra-Community Tax Audit*, www.lisettevanderhel.eu.
- VASCEGA y VAN THIEL [2010]: «Council Adoptes New Directive on Mutual Assistance in Recovery of Tax and Similar Claims», *European Taxation*, june.
- VERVAELE y KLIP (eds.) [2002]: *European Cooperation between Tax, Customs and Judicial Authorities*, Kluwer, The Hague.
- VOGEL [1997]: *Double Taxation Conventions*, Kluwer, Deventer.
- ZAGARIS [2001]: «Exchanges of tax information policies at the millenium: balancing enforcement with due process and international human rights», *Tax Management Int'l J.*, october.
- ZEE [2002]: «Taxing Capital Income in a Globalized World», *Tax Notes International*, vol. 27, n.º 10.

REGULARIZACIÓN DEL DELITO FISCAL: ¿ES NECESARIO EL PAGO?

[Análisis tributario a propósito de la Circular 2/2009 de la
Fiscalía General del Estado]

ALEJANDRO BLÁZQUEZ LIDOY

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
URJC*

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

Extracto:

LA Fiscalía General del Estado dictó la Circular 2/2009 «sobre la interpretación del término regularizar en las excusas absolutorias previstas en los apartados 4 del artículo 305 y 3 del artículo 307 del Código Penal». En la misma se exige el pago para la operatividad de la excusa absolutoria, de la misma manera que en recientes sentencias del Tribunal Supremo. El objeto del presente trabajo es analizar desde una perspectiva tributaria si junto a la declaración reparadora del engaño se requiere el pago para que opere la regularización penal. El autor entiende que el actual acervo normativo tributario impide apoyar tal conclusión. A estos efectos, se estudiarán las especialidades del procedimiento de recaudación, la dificultad de iniciar una inspección con el objeto de verificar si existe un delito contra la Hacienda Pública, la imposibilidad de pagar en sede de concurso de acreedores, los efectos del aplazamiento o fraccionamiento, o las especialidades de las retenciones no realizadas que son regularizadas por parte del contribuyente con su declaración.

Palabras clave: excusa absolutoria, delito fiscal, regularización, pago, procedimiento de recaudación, concurso de acreedores, aplazamiento y retenciones.

THE REGULARIZATION OF THE FISCAL OFFENSE: IS THE PAYMENT NEEDED?

[Tax analysis on account of the Circular 2/2009 of the State Attorney General]

ALEJANDRO BLÁZQUEZ LIDOY

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
URJC*

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

Abstract:

THE State Attorney General issued the Circular 2/2009 related with the interpretation of the term regularize in the paragraphs *4th of the article 305, and 3rd of the article 307 of the Criminal Code*". It says that the payment is required for the avoidance of the criminal prosecution, in the same way as it is said in recent judgments of the Supreme Court.

The object of the present paper is to analyze from a tax perspective if, with the a complete statement with all the information previously deceive, payment is required to avoid criminal liabilities. The author understands that the current tax codes prevents support this conclusion. In this context, we will study the specialities of the collection process, the difficulty of starting a tax audit with the aim of verifying if there is a criminal offense, the inability to taxes during the bankruptcy process, the effects of the deferral of payments, or the specialities of the unrealized withholding taxes that are regularized by the taxpayer with its statement.

Keywords: absolving excuse, bankruptcy process, fiscal offense, regularization, payment, recovery procedure, deferred payments and withholding taxes.

Sumario

1. Introducción.
2. Argumentos a favor de exigir la obligatoriedad del pago para que opere la excusa absolutoria. La Circular 2/2009 de la Fiscalía General del Estado.
 - a. Argumentación contenida en la Circular 2/2009 de la FGE.
 - b. Jurisprudencia y doctrina penal.
3. Argumentos en contra de exigir el pago para que opere la excusa absolutoria.
 - a. Argumentos materiales para no exigir el pago.
 - b. Argumentos procedimentales tributarios para no exigir el pago en el caso de regularización.
 - c. Argumentos derivados del proceso concursal.
 - d. La excusa absolutoria y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
4. Procedimiento tributario en el caso de que el pago fuera preceptivo para la operatividad de la excusa absolutoria.
 - a. Naturaleza jurídica de las Circulares de la FGE.
 - b. Remisión del expediente a la Inspección en el caso de impago.
 - c. ¿Se abre el periodo ejecutivo en caso de remisión del expediente a la Inspección?
 - d. ¿Es exigible el recargo del artículo 27 de la LGT por presentación extemporánea?
 - e. ¿Son exigibles los recargos del periodo ejecutivo?
 - f. Cuantía a regularizar antes del inicio de las actuaciones de comprobación.
5. Problemática jurídica en el caso de impago si se abre un procedimiento inspector.
6. ¿Es asimilable al pago el aplazamiento o fraccionamiento?
7. Problemática de la regularización de las retenciones realizadas por el contribuyente y no por el retenedor: no es posible exigir el pago para regularizar.
8. Conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La regularización por delitos contra la Hacienda Pública es una figura que ha originado, y lo sigue haciendo, diversa problemática en el ámbito jurídico, especialmente dentro de la hermenéutica penal. Y una de las cuestiones objeto de debate continuo ha sido la necesidad de la reparación del daño o del pago de las deudas para que opere la exención de la penalidad por «regularización»¹.

Esta discusión, que tiene su base en una falta de previsión legal sobre el alcance del término regularización en el artículo 305.4 del Código Penal (CP), y que el legislador sigue sin afrontar tras la última modificación del CP por la Ley Orgánica 5/2010, toma especial relevancia en estos momentos ante la aparición de varias cuestiones nuevas. Nos referimos, en el ámbito de los hechos, a la consolidación de una crisis económica que impide a los contribuyentes hacer frente a sus pagos en tiempo ante la falta de liquidez. En el ámbito jurídico penal, por la emisión de la Circular de la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) 2/2009 «sobre la interpretación del término regularizar en las excusas absolutorias previstas en los apartados 4 del artículo 305 y 3 del artículo 307 del Código Penal» que exige el pago para la operatividad de la misma [al igual que recientes Sentencias del Tribunal Supremo (TS)] y a la modificación del CP por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que instituye la denominada responsabilidad penal de las personas jurídicas y añade un novedoso apartado 5 al artículo 305 referente a la responsabilidad civil derivada del delito contra la Hacienda. Y en el ámbito tributario, por la doctrina del Tribunal Supremo en lo que afecta a la regularización por parte del contribuyente con su declaración de las retenciones no realizadas por el retenedor.

El objeto de este trabajo no es analizar las diversas cuestiones polémicas que existen alrededor de la excusa absolutoria². El propósito del mismo se reduce a pasar por el tamiz una cuestión que en el actual contexto de crisis se torna crucial, que es si junto a la declaración reparadora del engaño se requiere el pago para que opere la regularización penal. Además de recoger los argumentos materiales que sustentan unas y otras posiciones, en el presente trabajo se quiere aportar como novedad un análisis vinculado al procedimiento tributario, como vía de acceso al proceso penal, concluyendo que el

¹ El artículo 305.4 del Código Penal determina que «Quedará exento de responsabilidad penal el que **regularice** su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquel dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación con la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria».

² A pesar de que la FGE emplea el término de excusa absolutoria, la doctrina penalista entiende que no se corresponde con el concepto tradicional de la misma, en tanto que no sucede en el momento de la ejecución, sino que se viene a enmarcar en lo que se denominan causas personales de anulación o de levantamiento de la pena, que solo operan con posterioridad al hecho delictivo y donde lo que se hace es levantar la punibilidad ya surgida. *Vide*, por todos, DE LA MATA BARRANCO (2005, pág. 305).

actual acervo normativo tributario es de muy difícil conciliación con los presupuestos penales que requieren el pago íntegro ³.

2. ARGUMENTOS A FAVOR DE EXIGIR LA OBLIGATORIEDAD DEL PAGO PARA QUE OPERE LA EXCUSA ABSOLUTORIA. LA CIRCULAR 2/2009 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

a. Argumentación contenida en la Circular 2/2009 de la FGE

En la Circular 2/2009, que exige el ingreso junto con la declaración, se determina lo siguiente:

- (i) Se parte de la base de que las disposiciones sobre la regularización en el ámbito administrativo y las excusas absolutorias en el Derecho penal responden a una distinta naturaleza ⁴. De esta manera, la norma penal no es una norma de remisión a las instituciones tributarias ⁵. Debe hacerse una interpretación a la luz de la teología y la naturaleza jurídico penal de las excusas absolutorias y la exoneración de responsabilidad penal no puede depender de la casuística tributaria, en tanto aquella requiere un comportamiento ajustado a los fines del Derecho penal y exponente de un auténtico retorno a la legalidad. En definitiva, la Circular 2/2009 mantiene la autonomía del Derecho penal frente al tributario.
- (ii) El CP prohíbe la efectiva lesión al bien jurídico patrimonio de la Hacienda, y la mera rectificación de los datos no garantiza que el perjuicio patrimonial vaya a ser efectivamente reparado y no es suficiente para compensar el completo desvalor del hecho antijurídico, ya que el contenido del injusto de estas normas viene constituido tanto por el engaño como por la lesión al patrimonio de la Hacienda, que solo se remedia con el pago de la deuda.

³ Como advierte HINOJOSA TORRALVO (2010, pág. 730), «es posible avanzar mucho todavía en la mejor interpretación y más justa aplicación de esta causa de exención penal del delito de defraudación tributaria. Para alcanzar ese objetivo hay que trabajar tanto desde la óptica penalista como desde la óptica tributarista, con honestidad intelectual y prescindiendo de apriorismos y de filiaciones que ni la realidad ampara ni el Derecho consiente. Posiciones maximalistas como la contenida en la Circular 2/2009, de la Fiscalía General del Estado, no ayudan mucho en ese empeño».

⁴ De hecho, si en el ámbito penal se exige una infracción penal perfeccionada (típica, antijurídica y culpable) para que opere la excusa absolutoria, en el ámbito tributario se ha llegado incluso a cuestionar la existencia de la infracción, en tanto el actual artículo 191 de la LGT, establece que «Constituye infracción tributaria dejar de ingresar dentro del plazo establecido... salvo que se regularice con arreglo al artículo 27...». Repárese que el artículo 191 dispone que si se regulariza no es que no haya sanción, es que no hay infracción, que es justamente lo contrario de lo que se sostiene en el ámbito penal, donde si hay delito pero este se regulariza. Esto ha llevado a algún autor a afirmar que cuando se regulariza fuera de plazo «no hay tipicidad, antijuricidad, y tampoco culpa» (VELARDE ARAMAYO, 2010, págs. 678).

⁵ Expresamente señala la Circular 2/2009 de la FGE que ambas regulaciones «responden a fines no coincidentes, derivados principalmente de la distinta antijuridicidad material o entidad de la lesión al bien jurídico propio de unas y otras infracciones... se concluye, de un lado, que las previsiones de la vigente LGT sobre cumplimiento extemporáneo y voluntario de las deudas tributarias, por su heterogeneidad, particularidades y designio específico dentro de la esfera de la política fiscal, **no son trasladables al ámbito de la excusa absolutoria estudiada en ausencia de una previsión legal expresa en ese sentido**, y de otro, que el uso de las expresiones **regularizar, regularización, regularizado**, a lo largo de todo el texto de dicha ley, apela a su valor semántico en relación con el contexto en el que aparecen y la concreta realidad a que se refieren, **sin que constituyan conceptos legales o se remitan a una única y diferenciada institución jurídico-tributaria**».

En ausencia de ingreso, tan solo la presentación de la declaración en forma tempestiva (dentro de plazo), completa y veraz impide la existencia del delito ⁶.

- (iii) Los principios de igualdad y justicia impiden amparar una interpretación de la norma penal que anude las mismas consecuencias a la conducta del obligado que cumple en plazo con sus deberes contributivos y el sujeto que infringe la norma, como tampoco pueden recibir idéntico trato el deudor que declara la deuda inicialmente ocultada o declarada de forma mendaz y paga lo realmente adeudado, de aquel otro que se limita a rectificar sus datos en una declaración complementaria posterior ⁷.
- (iv) El artículo 305.4 se fundamenta en la reparación, promoviendo la autodenuncia y el pago voluntario. Acude al artículo 16.2 del CP –que exige para que se evite la consumación del delito que se impida la producción del resultado–, integrante de la Parte General y donde se generaría una grave desigualdad si en un caso se exige la producción del resultado y en otro solo la autodenuncia. Es necesario una total reparación donde no es posible otorgar la impunidad por un delito cometido donde se sigue disfrutando de las ventajas económicas de la infracción ⁸.
- (v) La autodenuncia completa y veraz sin pago supondrá una atenuante de confesión del artículo 21.4 del CP cuya finalidad es fomentar la colaboración con la Administración de justicia y facilitar la persecución del delito ⁹. La FGE no ha avanzado, sin embargo, en considerar si esa atenuante podría ser muy cualificada, atendida la entidad de dichas circunstancias atenuantes a los efectos de poder entender que la pena se rebaja en uno o dos grados (art. 66.1.2.º del CP).
- (vi) No se puede hablar de la resurrección de la prisión por deudas. Frente a un posible argumento donde se mantenga que el pago favorece a los defraudadores más solventes frente a los que no lo son, hay que entender que el límite de 120.000 euros del tipo implica la previa existencia de bases imponibles o contributivas de importe muy elevado, realmente alejadas de una auténtica situación siquiera de dificultad económica, cuanto menos de insolvencia ¹⁰.

⁶ Esta conducta de declarar cuantías superiores a 120.000 euros en plazo pero no ingresar no son procesables penalmente, pero en el primer informe del Observatorio de Delito Fiscal (2006, pág. 99) se cuestiona «si estamos ante un auténtico "fraude procedimental" para evitar el proceso penal».

⁷ PÉREZ MARTÍNEZ (2008, pág. 216) entiende que sería paradójico reconocer una atenuante a quien realiza un pago parcial o incluso total y, sin embargo, conceder la plena exoneración a quien se limita a presentar una declaración complementaria sin ingreso.

⁸ IGLESIAS RÍO (2009, pág. 282) sostiene que la no exigencia del pago podría incentivar la comisión de fraudes, dado que bastaría con la presentación de una declaración para evitar la responsabilidad penal.

⁹ Con relación al contenido de la declaración resulta necesario mencionar la STS de 22 de diciembre de 2010 [rec. núm. 35/2007 (NFJ041501)] y la de 27 de septiembre de 2010 [rec. núm. 308/2008 (NFJ040741)], dictadas ambas en recurso para unificación de doctrina, referidas a la regularización en sede tributaria. Esta exige la «Presentación de la declaración-liquidación o autoliquidación omitida o de la liquidación complementaria que rectifique la anterior, formulada en plazo, haciendo constar, en ambos casos, el periodo impositivo a que se refieren las bases y cuotas objeto de regularización... **resulta inconcebible tanto una regularización voluntaria que no sea veraz o cierta** como una regularización que oculte, aunque sea por silencio, la obligación tributaria a que aquella se refiera. Dicho en otros términos, no puede hablarse de "regularización tácita"». En el ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) y retenciones podría ser necesario presentar más de una declaración completa y veraz si los ilícitos se cometieron en distintos periodos dentro de un año.

¹⁰ Esta afirmación de la FGE parece poco afortunada. Una entidad o una persona puede tener cuotas tributarias elevadas y no tener liquidez para hacer frente a la misma. En el ámbito del IVA el obligado tributario está obligado a ingresar el IVA devengado con independencia del cobro de la deuda, lo que ha ocasionado un verdadero colapso financiero para muchas

El sujeto que ha cometido el delito fiscal debe correr con el riesgo de no poder regularizar por su eventual falta de liquidez ¹¹.

- (vii) El pago debe ser íntegro. La satisfacción parcial de lo debido puede dar lugar a la atenuante de disminución del daño del artículo 21.5. En la STS de 1 de febrero de 2006 (NFJ034465) se señala que es ineficaz la regularización con ingreso parcial, sin perjuicio de que pueda producir efectos en la determinación de la pena ¹².

b. Jurisprudencia y doctrina penal

La exigencia del pago como un elemento integrante de la regularización ha sido mantenida también por la jurisprudencia ¹³. Especialmente por el TS, quien si ya en varias sentencias desde 2001 hacía mención expresa a la necesidad del pago para poder regularizar, en la Sentencia de 29 de mayo de 2009 [rec. núm. 1842/2008 (NFJ035023)] da un paso adicional e incorpora las conclusiones de la Circular 2/2009 de la FGE ¹⁴. Y también una parte significativa de la doctrina penal entiende que los

entidades. En el IS, y también para muchos empresarios en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) (art. 7.2 del RIRPF), el criterio para registrar un ingreso es el de su devengo (prestación o puesta a disposición) y no el de su cobro. Según GESTHA el IVA repercutido no cobrado por autónomos y pequeños empresarios era de casi 800 millones (diario *El Economista*, 8 de febrero de 2011, pág. 36). A esto hay que añadir que muchos de los deudores son Administraciones, cuyos créditos en el Impuesto sobre Sociedades (IS) no deteriorables (art. 12 del TRLIS) y en el ámbito del IVA solo desde el Real Decreto-Ley 6/2010 se ha podido corregir la base imponible. Y precisamente la propia Administración es la que ha colaborado en el deterioro financiero de muchas entidades ante la morosidad en sus pagos. Por poner un ejemplo, en el diario económico *Expansión* de 4 de marzo de 2011 consta que las Administraciones pagan a los grandes constructores casi seis veces más tarde de lo permitido. Es decir, en un plazo medio de 170 días, cuando deberían hacerlo en 30, según los datos facilitados por la patronal de grandes empresas constructoras. Los peores pagadores son los ayuntamientos, que se demoran 219 días; seguidos de las autonomías (186) y del Estado (157). El sector público tiene deudas vencidas con una antigüedad de más de 60 días por valor de 15.049 millones de euros (una factura que supone casi un tercio de los 49.250 millones de euros de producción del subsector de la obra civil).

- ¹¹ Frente a esta postura puede verse como otros autores mantienen que cabe incluso aplicar la eximente de estado de necesidad (art. 20.5 del CP) en el caso de entidades que se encuentren en un estado de insolvencia definitiva que hayan agotado sus posibilidades de financiación externa o de negociación con la Hacienda Pública (CHICO DE LA CÁMARA, 2009, págs. 288 y ss.).
- ¹² Se ha cuestionado cuáles son los efectos de una autoliquidación incompleta pero con ingreso que dejase la deuda tributaria por debajo de los 120.000 euros. En la edición de 2004 del *Manual de delitos contra la Hacienda Pública* de la Abogacía General del Estado (pág. 208) se ha afirmado que una declaración que deje la cuota por debajo de los 120.000 euros debe ventilarse en ámbito administrativo. Sin embargo, en la edición de 2008 la postura es la contraria (PÉREZ MARTÍNEZ, 2008, pág. 218). También sostenían que no había penalidad si la cuota se rebajaba APARICIO PÉREZ (1997, págs. 334 y 335) y BOIX REIG y MIRA BENAVENT (2000, pág. 93). En la STS de 2 de junio de 2005 (rec. de casación núm. 347/2003) expresamente se señala que no es válida una regularización que buscara rebajar la cuota tributaria defraudada por debajo del límite del delito fiscal, dejando así la ilicitud en sede administrativa, ya que solo regulariza quien «comunica de forma cabal y exacta a la Administración su situación tributaria». De la misma manera se pronuncian las SSAP de Castellón de 25 de septiembre de 2006, de Burgos de 19 de julio de 2006 y de Madrid de 11 de diciembre de 2006 (todas ellas citadas por IGLESIAS RÍO, 2009, pág. 296). *Vide* también BRANDARIZ GARCÍA (2004, pág. 84).
- ¹³ La propia Circular 2/2009 de la FGE señala que a favor del pago se han mostrado las Sentencias de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial (AP) de Madrid de fecha 30 de noviembre de 1999, de la Sección 23.ª de la AP de Madrid de fecha 27 de enero de 2005, de la Sección 1.ª de 7 de junio de 2005, Auto de la AP de Vizcaya de 14 de febrero de 2006 y STS núm. 192 de 1 de febrero de 2006.
- ¹⁴ Pueden verse las Sentencias de 30 de octubre de 2001 [rec. de casación núm. 1184/2001 (NFJ011115)], de 15 de julio de 2002 [rec. de casación núm. 2313/2000 (NFJ012842)], de 30 de abril de 2003 [rec. de casación núm. 3435/2001 (NFJ013982)],

argumentos que se emplean para no exigir el pago no tienen la suficiente fuerza para desvirtuar la exégesis que se deriva de un análisis profundamente jurídico-penal de la institución y que requieren el requisito del pago como un elemento integrante de la reparación efectiva del daño, con arreglo a la moderna dogmática de la reparación, donde lo fundamental es el *retorno a la legalidad* para compensar el desvalor ¹⁵.

3. ARGUMENTOS EN CONTRA DE EXIGIR EL PAGO PARA QUE OPERE LA EXCUSA ABSOLUTORIA

La posición de exigir el ingreso mantenida por la FGE dista de ser unánime, tanto en sede jurisprudencial ¹⁶ como en la doctrina penalista y, en especial, la de ámbito tributario hay partidarios de requerir solo una declaración completa y veraz para que opere la regularización. De hecho, la totalidad de argumentos empleados en la Circular de la FGE pueden ser enfrentados con otros que sostienen lo contrario ¹⁷.

a. Argumentos materiales para no exigir el pago

Los argumentos que podrían sustentar que solo fuera exigible una declaración veraz y completa son los siguientes:

- (i) El primer argumento que se maneja es que el artículo 305.4 **no exige el pago** de forma expresa. Y no lo reclama a diferencia de lo que sucede en otra normativa de Derecho comparado en la que parece se inspiró nuestra norma —el modelo alemán y austriaco—. Y a diferencia del artículo 308.4 del CP, sobre el fraude de subvenciones, donde se determina que será preceptivo que «**reintegre** las cantidades recibidas». De hecho, en la exposición de motivos de la

de 30 de mayo de 2003 (rec. de casación núm. 3692/2001), de 28 de noviembre de 2003 [rec. de casación núm. 7/2001 (NFJ016400)] y de 1 de febrero de 2006 [rec. de casación núm. 1087/2004 (NFJ034465)].

¹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN (1995, págs. 166-169), BAZA DE LA FUENTE (1997, pág. 406), SERRANO y CORTÉS (2002, pág. 93), IGLESIAS RÍO (2003, págs. 317 y ss.), BRANDÁRIZ GARCÍA (2004, pág. 81), PÉREZ MARTÍNEZ (2008, pág. 216).

¹⁶ IGLESIAS RÍO (2009, págs. 298 y ss.), La propia Circular 2/2009 de la FGE señala que «en un primer momento, el Tribunal Supremo en Auto de la Sala de lo Penal de fecha 19 de julio de 1997 y Sentencia de 28 de octubre de 1997 (Caso Filesa), acogía la tesis de exigir para la apreciación de la excusa absolutoria únicamente la revelación espontánea a la Administración de la auténtica situación tributaria del contribuyente, criterio sostenido a su vez por la Sección 2.ª de la AP de Barcelona en Sentencia de 12 de mayo de 1998, por la Sección 15.ª de la AP de Madrid en Sentencia de 4 de septiembre de 1998 y por la Sección 8.ª de la AP de Barcelona en Sentencia de 30 de junio de 2001». También se puede citar la SAP de Valencia de 1 de febrero de 2000. Más recientemente puede verse la SAP de Barcelona de 23 de julio de 2007 (diligencias previas núm. 277/01).

¹⁷ A favor de no exigir el pago se muestran conformes BACIGALUPO (1997, pág. 3.110), CALDERÓN CEREZO (2000, pág. 61), BAJO y SILVIA BACIGALUPO (2001, págs. 264 y 265), SÁNCHEZ-OSTIZ (2002, págs. 93 y ss.), CHOCLÁN MONTALVO (2004), APARICIO PÉREZ (2006, pág. 340), MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, TEJERIZO LÓPEZ y CASADO OLLERO, (2008, págs. 597 y 598), PÉREZ ROYO (2005, pág. 404), QUERALT JIMÉNEZ (2007, pág. 37), SÁNCHEZ PEDROCHE (2007, pág. 364 y 365), SANZ DÍAZ-PALACIOS (2010, pág. 48), MARTÍN QUERALT (2010, págs. 1.076-1.077), HINOJOSA TORRALVO (2010, pág. 720), DOMÍNGUEZ PUNTAS (2011, pág. 19). Parece pronunciarse positivamente SABADELL CARNICERO (2009, págs. 206 y ss.).

Ley Orgánica 6/1995 expresamente constaba que «resulta absolutamente necesario determinar la relación existente entre la regularización tributaria, autorizada expresamente por el artículo 61.2 de la Ley General Tributaria, y el delito fiscal, lo que conlleva la ausencia de responsabilidad penal para estas conductas siempre que se realicen de manera espontánea»¹⁸. Lo anterior habría que relacionarlo, por un lado, con una interpretación favorable al reo, y, por otro, con los principios de intervención mínima y subsidiariedad que informan nuestro Derecho penal, lo que justificaría que no se hubiera exigido penalmente el ingreso.

- (ii) En el ámbito tributario, donde está regulado con detalle la regularización, basta con la presentación extemporánea para que no dé lugar a las sanciones. Y hay que partir de la igualdad esencial que existe entre derecho sancionador tributario y delito contra la Hacienda Pública¹⁹. Además, si en la autoliquidación presentada de forma veraz en plazo, antes de que se produzca el ilícito, no es necesario el pago, tampoco debería serlo necesario posteriormente. A esto hay que añadir que se atentaría también contra el principio de proporcionalidad.
- (iii) Se mantiene que si el pago es obligatorio desincentivaría a quienes quieren cumplir con ese deber pero carecen de medios para hacerlo, porque en dicho caso estarían autodenunciándose e iniciando una persecución penal. De la misma manera, aquellos que tuvieran problemas de liquidez no podrían efectuar la regularización, instaurándose la prisión por deudas.
- (iv) Uno de los pilares que subyace en la discusión sobre la regularización es la distinta concepción sobre el bien jurídico protegido en los delitos de la Hacienda Pública. Hay quienes sostienen que en un delito de defraudación frente a la Hacienda Pública lo significativo no es el impago o el perjuicio al patrimonio de la Hacienda, sino la maniobra fraudulenta²⁰. La declaración extemporánea abrirá el procedimiento de recaudación con las enormes potestades de autotutela ejecutiva de las que dispone la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT).

Además, se ha entendido que las tesis que exigen el pago se fundamentan en la preexistencia del desvalor del resultado, olvidando que la cláusula no responde a criterios de desvalor, al no ubicarse en sede de antijuricidad, sino que nos encontramos en sede de utilidad polí-

¹⁸ En la SAP de Barcelona de 23 de julio de 2007 (diligencias previas núm. 277/01) se acude a los antecedentes históricos para no exigir el pago puesto que «la Propuesta de Anteproyecto de 1983 contenía en su artículo 298 una causa parcial de exclusión de pena condicionada al "pago con sus recargos" de la deuda tributaria, siendo así que en la tramitación del Código Penal de 1995 fue rechazada la enmienda del grupo IU-IC que pretendía añadir al actual artículo 305 la siguiente mención: "la regularización a que se refiere el párrafo anterior requerirá que el responsable ingrese de modo efectivo las deudas tributarias defraudadas...", no obstante lo cual el legislador optó finalmente por la expresión "regularización"».

¹⁹ Es más, advierte SIMÓN ACOSTA (2010, págs. 3 y 4) que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado en su Sentencia de 16 de junio de 2009 (*Ruotsalainen v. Finland*) que a los efectos del artículo 4 de Protocolo 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, no hay diferencia entre el tipo de dos infracciones, una penal y otra administrativa por el hecho de que la primera exija intencionalidad dolosa y la segunda mera culpa.

²⁰ La exigencia del ingreso está vinculado en muchos de los autores al objeto de protección de los delitos contra la Hacienda Pública, de tal manera que aquellos que ven que no es un delito patrimonial, sino de elusión fraudulenta, no exigen el pago. Así, con relación a la afirmación de la Circular 2/2009 de que el contenido del injusto viene constituido tanto por el engaño como por la lesión al patrimonio, MARTÍN QUERALT (2010, pág. 1.077) entiende que no es así. Deben concurrir los dos conjuntamente. En defecto de tal concurrencia, no hay delito cuando un sujeto rectifica tempestivamente –antes del inicio de actuaciones administrativas o judiciales– ya que desaparece el elemento subjetivo del ilícito. Por ejemplo, QUERALT JIMÉNEZ (2007, págs. 40 y 41) parte de la base de que no es un delito patrimonial, aunque sí sea de contenido patrimonial, donde lo decisivo no es la falta de pago sino el fraude, ya que impide ejercitar la capacidad de ejercer coactivamente la recaudación.

tico-criminal, aunque la misma se vincule a un valor de acción y resultado, como ocurren con las excusas de tipo absolutorio (DE LA MATA BARRANCO, 2005, pág. 315).

- (v) Uno de los argumentos en que fundamenta la FGE su postura es en una interpretación sistemática con la parte general (art. 16.2). Sin embargo, la excusa absolutoria en el delito fiscal es una norma especial y singular, como se demuestra por el hecho de la introducción del nuevo apartado 5 del artículo 305 por la Ley Orgánica 5/2010 ²¹. Además, el artículo 16.2 hace expresa mención a quien evite voluntariamente la consumación del delito y en los delitos contra la Hacienda Pública estos están plenamente consumados antes de que pueda operar la regularización ²².
- (vi) Como veremos con mayor detenimiento, se plantea un problema para los colaboradores en la comisión del delito. En tanto no pueden pagar, para ellos supondría la resurrección de la prisión por deudas si se sigue la tesis de la Consulta 4/1997 de la FGE que exige para la exención de su responsabilidad penal que el obligado principal haya regularizado su situación.
- (vii) También es cuestionable si la presentación de la autoliquidación sin ingreso no debe ser una excusa absolutoria con relación al resto de delitos. El párrafo segundo del artículo 305.4 determina que «La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación con la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria». La tesis de la obligatoriedad del pago llevaría a la conclusión de que delitos no patrimoniales en sí mismos, y que no exigen reparación inmediata del daño, no se vieran regularizados si no existe el pago de la obligación tributaria principal. Sin embargo, la disposición final quinta del CP determina que sino hubiera delito contra la Hacienda por ser la cuantía inferior a los 120.000 euros la exención de responsabilidad penal por irregularidades contables u otras falsedades instrumentales «resultará igualmente aplicable» por las deudas «objeto de **regularización**». La cuestión es determinar qué significa aquí *regularizar*; ya que estamos ubicados ahora en sede tributaria que no exige el pago. No hay que olvidar que si la deuda es inferior a 120.000 no se habría producido un delito fiscal, y por tanto todas las tesis sobre la reparación que alega la FGE no son aplicables, en tanto su argumentación se ubica en una estricta sede penal. Por tanto, entendemos que regularizar solo puede hacerse desde los cánones tributarios, que no exigen el pago. Y si es así, lo cierto es que el término regularización, empleado en la disposición final quinta del propio CP, no exige pago, por lo que una interpretación sistemática del término con relación al artículo 305.4 tampoco lo debería exigir. Y, además, dicha interpretación sería coherente con el hecho de evitar la responsabilidad penal por irregularidades contables y falsedades, cuya regularización no debería depender del pago.
- (viii) La declaración completa y veraz abre el procedimiento de recaudación si no concurre el ingreso. Y la propia AEAT debería verificar si la falta de pago se debe a situaciones de

²¹ De hecho, se han planteado dudas sobre su constitucionalidad al poder vulnerarse los principios de igualdad y justicia material (por todos IGLESIAS RÍO, 2002, págs. 66 y ss. y PÉREZ MARTÍNEZ, 2008, pág. 213).

²² Sobre la naturaleza de la exención de responsabilidad del artículo 305.4 del CP puede verse, por todos, SÁNCHEZ-OSTIZ (2002, págs. 151 y ss.). Así, por ejemplo, se ha afirmado que la regularización del delito fiscal debe suponer la creación de una nueva categoría dentro de la teoría de la punibilidad que consista en la desaparición de la necesidad de pena por la desaparición efectuada voluntariamente por el sujeto pasivo del estado de cosas antijurídico (QUERALT JIMÉNEZ, 2007, pág. 58).

carácter meramente empresarial o personal o lo que hay detrás es una despatrimonialización ilícita para perjudicar al Erario. Si la respuesta es la primera, exigir el pago tendría una cierta similitud con la prisión por deudas, en tanto su crisis patrimonial no permite afrontar las deudas tributarias ahora afloradas. Si la realidad es un ocultamiento ilícito del patrimonio, la falta de pago debería dar lugar a dos delitos distintos sobre la misma deuda: un delito contra la Hacienda Pública y un delito de alzamiento de bienes. En efecto, la falta de pago y los movimientos para su ocultación entran dentro del bien jurídico tutelado por el delito de alzamiento de bienes, que son los derechos de los acreedores de crédito con el patrimonio del deudor [art. 1.911 del Código Civil (CC)]²³. Y precisamente dicha situación se torna extraña en tanto ambas figuras protegerían de forma simultánea el patrimonio de la Hacienda por un supuesto de autodenuncia. A nuestro parecer, el delito de alzamiento de bienes debe ser el cierre del sistema para hacer frente a la lesión del patrimonio de la Hacienda que exige la FGE. Si un obligado tributario declara sin ingreso, habría regularizado su delito contra la Hacienda Pública. Si esa falta de ingreso se debe a una despatrimonialización ilícita, debe ser aplicable el delito por alzamiento de bienes.

b. Argumentos procedimentales tributarios para no exigir el pago en el caso de regularización

Los argumentos a los que hemos hecho mención podríamos incardinarlos dentro de los de carácter material. A los anteriores creemos que se deben añadir los de carácter procedimental, que hasta ahora se han excluido de la argumentación y que son significativos²⁴.

- (i) Se trata, por un lado, de la inexistencia dentro del procedimiento de recaudación de la remisión del expediente al Ministerio Fiscal. El artículo 180.1 de la Ley General Tributaria (LGT) determina que «Si la Administración tributaria estimase que la **infracción** pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, **pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente, o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo**, que quedará suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal». De la misma manera, en el artículo 150, referido en exclusiva al procedimiento inspector, se regulan los efectos en dicho procedimiento cuando se pasa el tanto de culpa al Ministerio Fiscal. Por su parte, en

²³ Con independencia de que se pueda hablar de otros tipos bienes jurídicos protegidos, como es el de las exigencias del sistema de crédito que se basan en la fluidez de las operaciones y en la confianza de los inversores en su funcionamiento (VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC, 1998, pág. 26).

²⁴ Dentro del ámbito penal se ha cuestionado la operatividad procesal de la regularización total (con ingreso) en tanto lo cierto es que la exención no afecta ni al proceso penal ni a la incriminación. Ha concurrido un delito y lo que se levanta es la pena. Eso supone que un sector de la doctrina entiende que todo lo que afecta a la comprobación del delito, así como la concreción de la responsabilidad de los partícipes o la determinación del alcance de la regularización debe producirse en sede procesal penal (*Vide* DE LA MATA BARRANCO, 2005, pág. 306). Es decir, el proceso penal debe iniciarse si ha habido la comisión del delito contra la Hacienda, y debería esperarse a que hubiera sentencia o bien proceder al archivo de las actuaciones o a sobreseimiento libre de la causa (IGLESIAS RÍO, 2009, pág. 282). GIL MARTÍNEZ (2005, pág. 361) entiende que el momento para pronunciarse sobre la concurrencia de esta excusa es en fase de plenario, aunque por razones de economía procesal y favorecimiento del reo sería aconsejable admitir la eficacia de la eximente en la fase inicial.

el artículo 32.2 del Real Decreto 2063/2004 el procedimiento de remisión se vincula al proceso de liquidación o al sancionador ²⁵.

En definitiva, la normativa no hace mención directa o indirecta al procedimiento de recaudación y la paralización del mismo y la remisión del expediente al Ministerio Fiscal. La presentación de una declaración sin ingreso abrirá normalmente el procedimiento recaudador, dejando al margen la comprobación, y determina la inexistencia de sanciones, en tanto la presentación de la autoliquidación actúa como levantamiento de la pena en el ámbito administrativo sancionador. Por tanto, legalmente no existe un mandato a la AEAT a los efectos de remitir el tanto de culpa al Ministerio Fiscal por el hecho de no haber pago si hay autoliquidación. Y esto debería ser un argumento basilar a la hora de interpretar el artículo 305.4 del CP. El legislador, aunque sea tributario, no exige que se pase el tanto de culpa al Ministerio Fiscal en caso de impago, lo que implicaría reconocer que dicho legislador entiende que no existe delito contra la Hacienda Pública cuando se presenta una autoliquidación sin ingreso, incluso en el caso de que esta sea superior a 120.000 euros ²⁶.

- (ii) Otro argumento tiene que ver con el procedimiento a seguir en el caso de que la propia dependencia de recaudación decidiera seguir los predicamentos del TS y de la FGE. Como veremos en el siguiente apartado, la regulación de la LGT está orientada, sin excepción, a la apertura del procedimiento de apremio, exigiendo recargos por presentación extemporánea y los del procedimiento ejecutivo. Y el proceso por delito fiscal se presenta incompatible con dicha dinámica, lo que implica que el legislador fiscal ha determinado un marco regulatorio fundamentado en que la presentación de una declaración extemporánea sin pago se ventila íntegramente en sede administrativa sin que dé lugar a un delito contra la Hacienda.

En definitiva, y como advertía LARENZ (1994, pág. 253), las normas jurídicas singulares no están aisladas unas de otras, sino que muchas veces son normas jurídicas incompletas que solo al unirse producen la norma jurídica completa ²⁷. Podría argüirse en contra la independencia y auto-

²⁵ Más dudas podría plantear el artículo 32.1 del Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general del régimen sancionador tributario, al hacer referencia a que «En el supuesto de que la Administración tributaria considere que la conducta del obligado tributario pudiera ser constitutiva del delito tipificado en el artículo 305 del Código Penal, se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo que quedará suspendido y procederá de conformidad con lo dispuesto en este artículo». Como puede verse, no se incardina de forma expresa la remisión de expediente al Ministerio Fiscal a la existencia de infracciones. Sin embargo, el apartado 2 del artículo 32 parece no dejar lugar a la duda de que la remisión del expediente al Ministerio Fiscal se ubica o bien antes de la propuesta de liquidación, después de la misma o durante el procedimiento sancionador una vez dictado el acto de liquidación.

²⁶ Tampoco parece aplicable el artículo 95.3 de la LGT al presente caso. Dicho precepto determina que «Cuando se aprecie la posible existencia de un delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, la Administración tributaria deducirá el tanto de culpa o remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito. También podrá iniciarse directamente el oportuno procedimiento mediante querrela a través del Servicio Jurídico competente». Si bien técnicamente el delito fiscal está dentro de los delitos no perseguibles de oficio, lo cierto es que se trata de una norma general que debe ceder frente a la norma especial del artículo 180. El delito contra la Hacienda Pública y su remisión al Ministerio está reglada en la LGT de manera específica.

²⁷ Señala también LARENZ (1994, pág. 259) «Que el alcance de las normas jurídicas particulares solo puede ser entendido en su conexión con la regulación total a que pertenecen y, además de ello, frecuentemente también con otras regulaciones y con la relación en que se encuentran estas regulaciones entre sí, se manifiesta especialmente cuando varias normas jurídicas o regulaciones concurren entre sí».

mía de la norma penal, como ley orgánica²⁸. Pero lo cierto es que la coherencia es esencial en Derecho, hasta el punto de que debe constituirse como criterio de identificación e incluso como elemento legitimador (DE ASIS ROIG, 1995, pág. 28)²⁹. Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 150/1990, de 4 de octubre (NFJ004014) «Cada norma singular no constituye un elemento aislado e incommunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten». En definitiva, como se ha aprobado por la Ley 2/2011 de Economía Sostenible «A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, las facultades de iniciativa normativa se ejercerán de manera coherente con el resto del ordenamiento para generar un marco normativo estable y predecible, creando un entorno de certidumbre que facilite la actuación de los ciudadanos y empresas y la adopción de sus decisiones económicas» (art. 4.4).

i. El pago en el caso de deudas tributarias prescritas

Otro problema de carácter procesal es la regularización de deudas prescritas tributariamente pero que al estar dentro del quinto año de prescripción penal sí podrían dar lugar a responsabilidad civil. El actual artículo 305.5, introducido en la reforma del CP de 2010, ha determinado la existencia de responsabilidad civil por el importe de la «deuda tributaria que la Administración tributaria **no haya podido liquidar por prescripción...**». De esta manera se termina legalmente con la problemática de si una deuda extinguida por prescripción podía dar lugar a responsabilidad civil del delito. Como consecuencia, hasta que no prescriba el delito, se debería poder regularizar para evitar tanto las penas como la responsabilidad civil. En el ámbito tributario, el artículo 122.1 de la LGT determina que «Los obligados tributarios podrán presentar autoliquidaciones complementarias... **siempre que no haya prescrito el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria**». La prescripción opera de oficio y, además, es una forma de extinción de la deuda tributaria (art. 59 de la LGT). Por tanto, se cierra la vía procedimental tributaria para poder regularizar por deudas prescritas³⁰. La presentación con ingreso de la misma llevaría a una situación difícilmente justificable en tanto una vez pasados los cinco años se podría proceder a la solicitud de la devolución de ingresos indebidos³¹.

²⁸ Pero como señalaba QUERALT JIMÉNEZ (2007, pág. 36) con relación a la normativa anterior a la introducción en el CP de la regularización tributaria, si una disposición extrapenal o, incluso, infralegal, es admitida para contemplar un tipo penal (las leyes penales en blanco), levantar el castigo criminal acudiendo a una ley no parece que sea quebrantar ninguna garantía ni perjudicar ningún derecho legítimo de tercero.

²⁹ Uno de los argumentos de interpretación es el de coherencia del sistema, en virtud del cual el sistema normativo, se supone que elaborado por un legislador consecuente y racional, no puede regular dos situaciones idénticas de forma contradictoria o incompatible (principio de exclusión de las antinomias). *Vide* SANTAMARÍA PASTOR (1988, pág. 397).

³⁰ De hecho, se defendió que una vez prescrita la obligación tributaria, estaría en peor condición el sujeto que ha visto prescribir su obligación que aquel otro que no hubiera prescrito, pues el primero no podría servirse de la excusa absolutoria prevista en el artículo 305.4 del CP (*vide* la doctrina citada por SANZ DÍAZ-PALACIOS, 2009, pág. 109).

³¹ Lo cierto es que si se presentase una autoliquidación con ingreso por un periodo prescrito, no parece que la AEAT pusiese alguna pega en tanto es posible que entendiera que el plazo prescriptivo estuviera interrumpido por alguna otra actuación realizada en plazo. De esta manera, se regularizaría penalmente la situación, aunque técnicamente no fuera un ingreso de una deuda tributaria. Este sistema llevaría a la incongruencia de que el obligado tributario, una vez pasados los cinco años en los que prescribe el delito fiscal, podría solicitar la devolución de ingresos indebidos por el importe ingresado por una deuda tributaria ya prescrita [el art. 221 c) de la LGT determina que opera la devolución de ingresos indebidos «Cuando

Sin embargo, y si bien es difícilmente perseguible al no poder actuar la AEAT sobre deudas prescritas, el riesgo penal sigue vivo durante un año. Cabe entonces preguntarse cómo habría que regularizar las deudas tributarias prescritas en vía del proceso penal y que solo pueden ser exigidas como responsabilidad civil. Parece que no debe existir impedimento alguno en que la declaración veraz y completa se presente ante los juzgados. El problema estaría en el pago de la responsabilidad civil y si junto con la declaración habría que proceder a consignar judicialmente el monto de la misma (arts. 1.176 y 1.178 del CC)³². Ciertamente, al tener que ser fijada la cuota tributaria y la responsabilidad civil por el propio Juez de lo penal, exigir con carácter simultáneo a la autodenuncia penal la consignación parece, cuanto menos, extraño.

ii. El pago y la excusa absolutoria frente a terceros

Otra de las cuestiones que se han planteado alrededor de la excusa absolutoria es su alcance a terceros implicados en el delito contra la Hacienda Pública³³. Se trataría de un supuesto donde el obligado tributario regulariza totalmente, mediante autoliquidación completa y el pago simultáneo. La FGE señaló en su Consulta 4/1997 que si el partícipe se ha opuesto a la regularización no operarán los efectos beneficiosos de la excusa absolutoria y con relación al partícipe que no ha colaborado pero tampoco se ha opuesto, habrá que estar al caso concreto, no siendo descartable la aplicación de una atenuante analógica con relación al artículo 21.5 del CP. A efectos prácticos, una autoliquidación con ingreso va a suponer que la AEAT normalmente no ponga en conocimiento a la Fiscalía la situación de los partícipes y, por tanto, no pueda haber punibilidad³⁴. Es más, aquellos obligados tributarios que quieran regularizar su situación lo normal es que no cuenten ni involucren a los terceros implicados, en tanto su participación no es necesaria.

El problema real se planteará cuando se presente una autoliquidación extemporánea sin ingreso. En dicho supuesto, si finalmente se abriera el proceso penal, al no haber regularización, cabe plantearse cómo sería posible para los colaboradores evitar su penalidad de forma independiente. Según la Consulta 4/1997 de la FGE, cuando conste la voluntad de colaboración del partícipe y una

se hayan ingresado cantidades correspondientes a deudas o sanciones tributarias después de haber transcurrido los plazos de prescripción». En dicho caso, parece que la solución jurídica sería devolver íntegramente las cantidades ingresadas, más los intereses de demora —obteniendo así el obligado uno de los mejores tipos de interés del mercado— y haber evitado el riesgo del delito fiscal. En definitiva, una situación difícilmente tolerable en términos jurídicos.

³² DOMÍNGUEZ PUNTAS (2011, pág. 25) mantiene como tesis general que el pago no es requisito obligatorio para la regularización penal, pero sostiene que en deudas prescritas tributariamente, al no poder ejercitar la Administración sus potestades de autotutela ejecutiva, si es necesario el pago. Por nuestra parte entendemos que es suficiente con la declaración en tanto esta promoverá el procedimiento penal que será el que determine finalmente una responsabilidad civil.

³³ Por todos, vide SÁNCHEZ PEDROCHE (2007, págs. 355 y ss.).

³⁴ Con independencia de críticas de carácter dogmático que se puedan plantear a la postura de la FGE, el problema fundamental de esta tesis estará en el propio procedimiento tributario. Una autoliquidación completa con ingreso por parte de un obligado tributario tiene como única respuesta por parte de la Administración el coger el pago. No se inicia ningún otro procedimiento ni en la normativa hay ningún deber al respecto. Esto, de facto, implica que procedimentalmente sea de muy difícil cumplimiento la aplicación de la Consulta 4/1997. Incluso en el caso de que se abriera un procedimiento inspector contra el obligado tributario, donde los presuntos partícipes no son parte del mismo, es complejo técnicamente que este pueda acabar en un expediente remitido al Ministerio Fiscal. De hecho, no se debería paralizar el procedimiento inspector, ya que lo que se sustancia es una responsabilidad meramente penal de un tercero ajeno a la relación jurídica tributaria en tanto al haber pago no puede ser sancionado de forma autónoma.

oposición del autor que impida la regularización cabe apreciar la atenuante del artículo 21.6, si bien considerándola muy calificada en los supuestos en que el partícipe denuncie la defraudación y únicamente ordinaria en el caso de que se limite a intentar que el autor regularice la situación³⁵. Lo que no considera en su Consulta la FGE es qué sucede cuando conste la denuncia y el obligado tributario presente una autoliquidación extemporánea sin ingreso. ¿Realmente puede condenarse al colaborador en estos casos? En definitiva, exigir el pago para regularizar en un delito fiscal coloca a los terceros en una situación ciertamente compleja.

c. Argumentos derivados del proceso concursal

Otro argumento que puede llevar a mantener la no obligatoriedad del pago es la regulación concursal. Las regularizaciones tributarias pueden hacerse en fase de concurso. Lo normal es que se trate de deudas tributarias devengadas con fecha anterior a la declaración de concurso. Si ahora se ponen de manifiesto lo preceptivo sería aflorar dichas deudas, con independencia de que nos encontremos ante un sistema de intervención de los administradores concursales, o bien estos desplacen a los antiguos (art. 40 de la Ley Concursal). Si, como será lo común, el devengo es anterior a la declaración del concurso, las deudas tributarias no tendrán la consideración de créditos contra la masa, lo que implicará que no sea aplicable el artículo 154 de la Ley Concursal, que determina que antes de proceder al pago de los créditos concursales se deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para pagar los créditos contra la masa, y donde estos créditos deberán satisfacerse a sus respectivos vencimientos³⁶.

La calificación de la deuda tributaria que ahora se aflora mediante una declaración extemporánea será la de crédito concursal. Esto conlleva, por lo que en este estudio importa, que no sea posible proceder al pago de la deuda junto con la presentación de la autoliquidación, en tanto que su calificación como crédito concursal implicará que entre dentro de la masa pasiva de los créditos y el pago de los mismos deba hacerse con arreglo al orden establecido en la Ley Concursal (arts. 155 y ss.). Además, la presentación extemporánea sin ingreso no daría lugar al inicio del procedimiento de apremio administrativo (art. 55.1 de la Ley Concursal).

³⁵ DE LA MATA BARRANCO (2005, pág. 309) no entiende cuál puede ser el fundamento de hacer depender la regularización de un partícipe de una actuación del obligado tributario que no está en su mano. Sostiene que la aplicación analógica del artículo 16.3 debería permitir la exención cuando el partícipe consiga o intente conseguir de una manera firme y decidida la regularización. BRANDÁRIZ GARCÍA (2004, pág. 115) mantiene que la regularización del partícipe no precisa incluir el pago de la deuda de la que no es responsable, sino que se integrará por la autodenuncia, de tal manera que su comunicación sirva para aflorar el fraude y permitir a la entidad gestora poner en marcha los procedimientos de recaudación.

³⁶ El artículo 84.2.10.º de la Ley Concursal establece que son créditos contra la masa los que resulten de obligaciones nacidas de la ley con posterioridad a la declaración de concurso. En sede tributaria se han producido discusiones tanto en el ámbito del IVA como de las retenciones a los efectos de su calificación como crédito concursal o contra la masa. En relación con el IVA, el TS ha mantenido que «tiene su nacimiento en la operación mercantil a la que se vincula, es decir, con cada una de las entregas de bienes o prestaciones de servicios gravadas con el mencionado impuesto» [Sentencia de 1 de septiembre de 2009, rec. núm. 253/2007 (NCJ050445)]. Y en lo que afecta a las retenciones «concluir que únicamente las retenciones practicadas con posterioridad a la fecha de declaración del concurso pueden ser tenidas como créditos contra la masa en la medida en que traen causa en el ejercicio de la actividad empresarial del concursado desarrollado tras dicho momento y encuentran acomodo en el n.º 5 del artículo 84.2 Lcon» [Sentencia de 20 de septiembre de 2009, recurso núm. 202/2007 (NCJ050906)].

La adopción de los postulados de la Circular 2/2009 para regularizar (declaración completa más pago) supondría que un delito contra la Hacienda Pública no es regularizable en fase de concurso si el devengo se produjo con anterioridad a la declaración de concurso. Y dicha conclusión plantea situaciones difícilmente conciliables con los principios jurídicos. Supondría instaurar, ahora sí, la prisión por deudas, además de impedir el ejercicio de un derecho que cualquier obligado tributario que no esté en concurso sí tendría, lo que podría vulnerar el principio de igualdad ³⁷. Lo anterior nos llevaría a que no sea posible aceptar el pago como un elemento esencial para la regularización cuando una entidad está en concurso. Pero si dicha afirmación es aceptable para quienes están en concurso, debe serlo también para el resto de obligados, pues la existencia de un procedimiento no puede condicionar los requisitos para que exista regularización.

A lo anterior cabría añadir un argumento sintáctico. El artículo 87.2 *in fine* de la Ley Concursal determina que «en el caso de **no existir liquidación administrativa**, se clasificarán como **contingentes** hasta su **reconocimiento** por sentencia judicial las cantidades **defraudadas** a la Hacienda Pública y a la Tesorería General de la Seguridad Social **desde la admisión a trámite de la querrela o denuncia**» ³⁸. Como puede verse la propia Ley Concursal hace mención expresa a la exigencia de una liquidación administrativa para que pueda procederse por delito. Y una autoliquidación no estaría dentro de dicho significante. De nuevo, el legislador de una manera implícita parece reconocer que la única vía para que exista delito fiscal es mediante un procedimiento administrativo iniciado por la Administración. Y eso supone excluir los supuestos de regularización que abren la vía de recaudación.

d. La excusa absolutoria y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

El hecho de exigir el pago para regularizar coloca en una situación compleja a los administradores de derecho o de hecho que ya no estén en la entidad jurídica defraudadora. La regularización tributaria por una cuota defraudada la debería realizar la persona jurídica que se ha beneficiado de la misma, al ser el obligado tributario ³⁹. Sin embargo, y al menos hasta la reforma del CP por la Ley Orgánica 10/2010, una persona jurídica donde las personas físicas responsables del delito no estu-

³⁷ DOMÍNGUEZ PUNTAS (2011, pág. 22) entiende que si son los administradores concursales quienes presentan una autoliquidación extemporánea sin ingreso no se puede regularizar el delito fiscal, en tanto dicha autodenuncia no se produce por quienes eran los administradores en el momento de la comisión del delito. No podemos compartir dicha postura, en tanto la declaración no la hacen en nombre propio los administradores concursales, sino del obligado tributario deudor.

³⁸ En los delitos contra la Hacienda Pública la calificación como contingente supondrá que habrá un crédito de cuantía cero y no atribuirá a su titular derecho de voto y cobro hasta que se dicte sentencia. Una vez que se dicte sentencia, el crédito aparece clasificado como un supuesto de crédito con privilegio especial por responsabilidad civil extracontractual (art. 91.5 de la Ley Concursal), situado detrás de los créditos tributarios. Los intereses y la multa serán calificados como un crédito subordinado (art. 92.3 y 92.4 de la Ley Concursal). En nuestro caso el problema será en la calificación inicial de la autoliquidación. En teoría, la Administración tendría que reconocer el crédito, por lo que debería ser computado desde el inicio como un crédito privilegiado por el importe autodeclarado. Pero una vez iniciado el procedimiento penal, mediante la admisión a trámite, parece que dicho crédito debería ser dado de baja para calificarse como contingente. No obstante, LINARES GIL (2009) entiende que cuando se dicta liquidación antes de remitir el expediente al Ministerio Fiscal debe procederse a su calificación con arreglo a los conceptos liquidados, sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse de la eventual sentencia que ponga fin al proceso concursal.

³⁹ La FGE señala en su Consulta 4/1997 que las regularizaciones deben hacerse en nombre de las personas jurídicas deudoras del tributo de tal manera que el autor del delito, que será quien realice la conducta regularizadora, se verá favorecido cuando actúe *en representación* de la persona jurídica.

vieran en la entidad podría tener escaso interés en regularizar. En dicho caso, hacer obligatorio el pago pondría al antiguo administrador en una situación de difícil solución, pues la denuncia de la situación y su participación no le eximiría de responsabilidad penal. Sin embargo, si se acepta que no es necesario el pago, el antiguo administrador podría regularizar su situación personal mediante cualquier tipo de declaración, denunciando a su vez a la persona jurídica en el ámbito tributario, que en su caso respondería de las sanciones que se le impusiesen si no ha regularizado antes de que se iniciaran los procedimientos de comprobación.

El nuevo sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas supone, por un lado, que en el caso de que las personas físicas hubieran fallecido o bien no hubieran sido individualizadas, la persona jurídica responderá penalmente. Por otro lado, si hay persona física penalmente imputable, la propia persona jurídica será penalmente responsable, debiendo responder de la pena de multa (arts. 33.7 y 310 bis del CP) y la responsabilidad civil (art. 116.3 del CP).

Desde el punto de vista de la excusa absolutoria cabe plantearse qué incidencia tiene esta reforma. Una declaración extemporánea con ingreso solo se debe realizar por el obligado tributario persona jurídica. Y esa regularización debería alcanzar tanto a la persona jurídica como los administradores que en su día cometieron el delito, con independencia de que estos no estén ya en la entidad⁴⁰. El problema se encontrará si no se procede al ingreso. Si la entidad declara y no paga, y siguiendo la tesis de la Circular 2/2009, existiría una atenuante por autodenuncia, que alcanzaría tanto a la persona jurídica como al administrador si este es el mismo que cometió el delito. La cuestión sería determinar si esa atenuante por confesión se limita solo a la entidad [art. 31 bis.4 a)] o alcanza también a los administradores que ya no están en la entidad y que no han presentado dicha autoliquidación. Es más, si los administradores antiguos que ya no están en la entidad denunciaran los hechos, parece que su declaración solo supondría una atenuante para ellos, pero no para la entidad mercantil, ya que se ha realizado al margen de ellos.

A nuestro juicio, la exigencia de la declaración veraz y completa sin pago para regularizar el delito fiscal se integra mejor con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La presentación extemporánea por la entidad regularizaría para la propia entidad y los administradores, incluso cuando ya no estén. A su vez, la declaración por parte de los antiguos administradores debería suponer para ellos la exclusión de responsabilidad penal y para la sociedad la imposibilidad de ser penalmente responsables, sin perjuicio de las consecuencias tributarias que tuviera, incluso un procedimiento sancionador en tanto la entidad no habría procedido a regularizar con arreglo al artículo 27 de la LGT.

4. PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO EN EL CASO DE QUE EL PAGO FUERA PRECEPTIVO PARA LA OPERATIVIDAD DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA

Como hemos visto, la obligatoriedad del pago es una cuestión no cerrada legalmente. No se puede afirmar que nos encontramos ante un delito no regularizado si existen autoliquidaciones sin

⁴⁰ La FGE mantiene en su Consulta 4/1997 que en el caso de que un administrador se hubiera opuesto a la regularización del delito, llegando a votar en contra, no podría tener derecho al levantamiento de la pena.

ingreso por valor superior a 120.000 euros, y no es posible mantener que la AEAT se encuentra legalmente obligada a denunciar ⁴¹. Pero lo cierto es que a día de hoy el TS parece haber consolidado dicha pauta y la Circular 2/2009 de la FGE obliga a sus fiscales a actuar frente a las declaraciones fuera de plazo sin ingreso ⁴². Y no hay que olvidar que según la Constitución Española (CE) el Ministerio Fiscal tiene como misión promover «la acción de la justicia en defensa de la legalidad» (art. 124). Lo que se plantea es cómo debe proceder la AEAT ante autoliquidaciones por importe superior a 120.000 que no lleven aparejado el correspondiente ingreso por la totalidad de la deuda regularizada. Según el primer informe del Observatorio de Delito Fiscal (2006, pág. 40), la Administración gira recargos e intereses «sin plantearse si dicha conducta pudiera haber sido o no constitutiva de delito fiscal». Y lo cierto es que es la vía de acceso normal de los delitos contra la Hacienda sigue siendo la denuncia de la propia AEAT, y esa denuncia exigiría lo que se denomina el cumplimiento de la fase procedimental de los delitos contra la Hacienda. Esa fase procedimental en vía de recaudación no está regulada en la normativa y, en todo caso, apunta en una dirección contraria a la mantenida por el TS y la FGE.

a. Naturaleza jurídica de las Circulares de la FGE

Una cuestión previa que es necesario apuntar radica en la naturaleza jurídica de las circulares emitidas por el Ministerio Fiscal. Jurídicamente, «ha de recordarse que estas circulares, pese al respeto que merecen por su elevada calidad técnica, no tienen la consideración de norma de obligado cumplimiento para los Tribunales» (STS de 17 de octubre de 2001, rec. de casación núm. 768/2000-P). Las circulares, como instrumento de Derecho administrativo, no se encuentran reguladas en la actual Ley 39/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. Se trata de normas de carácter interno, dirigidas a los propios órganos inferiores y no a los administrados, que no pueden ver quebrantados por la misma sus derechos, y que solo pueden actuar contra los actos concretos de aplicación de cualquier circular. Pero, por lo que aquí interesa, vinculará a los órganos sometidos a una relación jerárquica ⁴³. En este sentido, el artículo 25 de la Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal determina que «El Fiscal General del Estado podrá impartir a sus **subordinados** las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos».

La Circular 2/2009 expresamente advierte que debido a los problemas sobre el término de regularización fiscal «Resulta por tanto del mayor interés el establecimiento de **criterios interpretativos que garanticen la unidad de actuación del Ministerio Fiscal** en relación con esta cuestión, a fin de evitar, en la medida de lo posible, **la inseguridad jurídica que genera el tratamiento desigual –en sede administrativa y jurisdiccional– de situaciones que en la práctica pueden ser prácticamente idénticas**».

⁴¹ Por todos, puede verse HERMOSÍN (2008, págs. 321 y 322) quien manifiesta que al ser el delito fiscal un delito público es obligatorio pasar el tanto de culpa al Ministerio Fiscal, sin que puedan valorar discrecionalmente la posibilidad de hacerlo. El artículo 408 del CP determina la responsabilidad penal de aquellos funcionarios que dejaren intencionadamente de promover la persecución de delitos de los que tengan noticia.

⁴² Y también se mantiene esa postura en el *Manual de delitos contra la Hacienda Pública* de la Abogacía General del Estado (PÉREZ MARTÍNEZ, 2008, pág. 217).

⁴³ Con relación a la naturaleza de las circulares, vide VILLAR EZCURRA (1995, págs. 1.038 y ss.).

La Circular 2/2009 es una norma de carácter interno, dirigida a los fiscales sin que tenga consideración de fuente del Derecho más allá de la elevada calidad técnica que según el TS parecen tener. El objeto de la misma es garantizar la unidad de actuación del Ministerio Fiscal y evitar el trato desigual en sede *administrativa* ⁴⁴. Dicho aserto dista de ser claro, pero no parece que pueda entenderse que afecta al ámbito administrativo tributario, sino al ámbito de interno de actuación administrativo de los propios fiscales, en tanto las circulares de la FGE solo vinculan a sus subordinados. Y, por lo que aquí interesa, no vincula jurídicamente a los funcionarios de la AEAT.

A pesar de lo dicho, el hecho de que la FGE interprete el concepto de regularización y ordene a la Fiscalía a no considerar válida la excusa absolutoria sin el pago parece tener indudables efectos sobre la conducta de los obligados tributarios por un efecto *publicidad*. Una actuación prudente de los obligados tributarios, que será la única que les pueda evitar la pena de banquillo, les hará adoptar sus decisiones tomando por adecuada dicha interpretación ⁴⁵. Eso supondrá, por un lado, que aquellos sujetos que no tengan fondos para regularizar no se vean incentivados a presentar una declaración complementaria con solo la contraprestación de la operatividad de una atenuante. Y, a su vez, quienes tengan fondos limitados o escasos y quieran regularizar su situación se verán compelidos a detraer recursos de otros lugares, aun a costa de la viabilidad de su situación, con la sola finalidad de extinguir su responsabilidad.

Las anteriores consecuencias deben hacernos cuestionar la adecuación de ciertos procederes administrativos que parecen arrogarse funciones legislativas en la medida en que condicionan la actuación de los ciudadanos. La CE es clara a la hora de determinar que el Ministerio Fiscal promueve la acción de la justicia en defensa de la legalidad y que actúa con base en principios de legalidad. Pero la legalidad es algo que le viene impuesto a la Fiscalía, y no que ella misma puede confeccionarse con base en sus propias interpretaciones. En el ámbito tributario ha sucedido, y sucede, con algunas interpretaciones de la Dirección General de Tributos que van a más allá de lo que permite la legalidad y que finalmente son puestas en entredicho por los tribunales o por el propio legislador. Pero, mientras tanto, han condicionado la actuación de muchos contribuyentes que no se han atrevido a actuar en contra de dicha doctrina.

b. Remisión del expediente a la Inspección en el caso de impago

La presentación de autoliquidaciones fuera de plazo sin ingreso implica, con arreglo a la LGT, la apertura del periodo ejecutivo. Como señalamos anteriormente, la LGT no contempla la remisión del expediente tributario al Ministerio Fiscal fuera de los procedimientos de comprobación o sancionador. Y no existe dentro del procedimiento de recaudación protocolo alguno con relación a qué hacer en el caso de autoliquidaciones sin ingreso por importe superior a 120.000 euros sin ingresar ⁴⁶. Y, como hemos reiterado, la Circular 2/2009 de la FGE no vincula jerárquicamente a los funcionarios de la AEAT.

⁴⁴ La propia CE determina que «El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica» (art. 124.2).

⁴⁵ IGLESIAS RÍO (2003, pág. 212) hace mención en la doctrina alemana al «argumento del asesor», en tanto que el estímulo a regularizar puede venir de la mano de los asesores fiscales, aunque el defraudador solo se dejará arrastrar cuando tenga plena garantía de que la autodenuncia le reportará la plena impunidad.

⁴⁶ Puede verse la Instrucción 6/2006, de 23 de noviembre, de la Dirección General de la AEAT, sobre gestión de aplazamientos y fraccionamientos de pagos, donde no se hace mención alguna a la remisión al Ministerio Fiscal cuando se solicita aplazamiento o fraccionamiento.

No obstante lo anterior, si la dependencia de recaudación hiciera suya la interpretación de la Circular 2/2009 de la FGE caben dos posibilidades. La primera, que pasara directamente el tanto de culpa al Ministerio Fiscal, sin realizar actuación alguna adicional ⁴⁷. Sin embargo, entendemos que no podría/debería remitirse el expediente directamente al Ministerio Fiscal. Para que la presentación de una autoliquidación fuera de plazo opere como levantamiento de la pena se requiere que, previamente, se consuma un delito contra la Hacienda Pública. Y este exige una deuda tributaria por importe superior a 120.000 euros por ejercicio y año y que exista el elemento subjetivo del dolo. Y la posibilidad de que existan ambos no se verifica con la simple presentación de la autoliquidación ni tampoco pueden ser constatados en sede de recaudación, sino que requieren una comprobación. A nuestro parecer, resulta necesario tomar en consideración las siguientes cuestiones.

- (i) La existencia de una cuota impagada no implica que haya defraudación. Esta requiere el elemento del dolo en cuantías superiores a 120.000 euros ⁴⁸. Es necesario distinguir dentro de una misma autoliquidación por importe superior a 120.000 defraudaciones de otros conceptos que pueden no ser fraudes y tener alguna justificación que evite el dolo o, incluso, la culpa ⁴⁹. La apreciación del delito es algo que debe hacerse en primera instancia por la AEAT (art. 32 del RD 2063/2004). En este sentido, MERINO SÁENZ (2000, pág. 17) señala que la propia FGE emitió un informe (comunicado a la AEAT el 22 de mayo de 1995) donde mantenía que Administración tributaria «puede y debe valorar la concurrencia de todos los elementos del delito de defraudación tributaria antes de remitir un expediente al Fiscal» y «Solo puede abstenerse de tal remisión cuando aparezca con claridad que falta alguno de esos elementos (objetivo o subjetivo). Los supuestos de duda deben ser resueltos a favor de la remisión» ⁵⁰.
- (ii) La segunda de las cuestiones tiene que ver con la naturaleza de las autoliquidaciones. Una autoliquidación no debería ser presupuesto suficiente para iniciar un procedimiento penal ⁵¹.

⁴⁷ HERMOSÍN (2008, págs. 332 y 333) plantea si es obligatorio remitir directamente los expedientes en aquellos supuestos donde la cuota sea superior a 120.000 euros, de tal manera que la tarea de la Administración se limitaría a dicha comprobación, y pasaría al Ministerio Fiscal la valoración de la conducta. La otra opción es exigir que la AEAT valore también la conducta dolosa.

⁴⁸ Como señala la STS de 20 de junio de 2006 [rec. núm. 473/2005 (NFJ022730)], «Para que se produzca la conducta tipificada en el artículo 305 del Código Penal, no basta el mero impago de las cuotas, en cuanto el delito de defraudación tributaria (STS 28/6/1991, 20/11/1991, 31 de mayo de 1993) requiere, además, un elemento de mendacidad, ya que el simple impago no acompañado de una maniobra mendaz podrá constituir una infracción tributaria, pero no un delito. La responsabilidad penal surge no tanto del impago como de la ocultación de bases tributarias o la ficción de beneficios fiscales o gastos deducibles inexistentes».

⁴⁹ Señala ALONSO GONZÁLEZ (2007, pág. 97) que «a la hora de efectuar el cálculo de la cuota tributaria, no precisamente sencillo en muchas ocasiones, se deberán diferenciar aquellas partidas incorrectas pero derivadas de una interpretación equivocada aunque no delictiva de aquellas otras que son fruto del plan criminal».

⁵⁰ RIBES RIBES (2007, págs. 66 y 67) entiende que no se trata de que la AEAT deba realizar una interpretación del precepto penal a fin de concluir qué comportamientos son constitutivos de delito y cuáles no, tarea que corresponde a los órganos jurisdiccionales. Pero si la AEAT entiende sin duda que no existe dolo está legitimada para abstenerse de remitir el expediente al fiscal. Ahora bien, en caso de duda, esta autora señala que la Administración no se halla investida de potestades discrecionales de tal manera que debe remitir el expediente al Ministerio Fiscal. HERMOSÍN (2008, pág. 335) sostiene que remitir los expedientes al Ministerio Fiscal por el hecho de que superen los 120.000 euros sería una incoherencia, en tanto en muchos casos no se produce ese elemento subjetivo.

⁵¹ Seguimos en este apartado la argumentación de BLÁZQUEZ LIDOY (2004, págs. 3 y ss.) con relación a si una deuda autoliquidada y no ingresada puede ser objeto de un proceso por alzamiento de bienes o es un requisito de procedibilidad penal la realización de una inspección y la determinación de la deuda tributaria por la propia Administración.

Las autoliquidaciones son una declaración de conocimiento que contienen indirecta y eventualmente manifestaciones de voluntad, de tal manera que el contribuyente realiza una serie de operaciones lógicas, jurídicas y aritméticas dirigidas a determinar la deuda tributaria⁵². Y desde el punto de vista de la recaudación la existencia de una deuda autoliquidada supone una novedad respecto de los perfiles tradicionales de la autotutela ejecutiva del Derecho administrativo en la medida en que se trata *de ejecutar un acto ajeno* que la Administración no entra a conocer, es decir, se atribuye a un acto de un particular la fuerza y el valor suficiente para acarrear una consecuencia tan relevante como es la posible acción directa sobre su patrimonio cuando dicha consecuencia es propia de los *actos administrativos* (LITAGO LLEDÓ, 2000, pág. 223). De hecho, no hay que olvidar que al no originarse un procedimiento de liquidación (autotutela declarativa) se priva al particular de la garantía constitucional que en sí mismo representa el procedimiento administrativo, lo que plantea las consecuentes dudas desde el derecho de defensa de los administrados, pues no han podido alegar todo aquello que a su derecho con venga y que la Administración está en la obligación de tutelar (LITAGO LLEDÓ, 2000, pág. 252).

En definitiva, en caso de que el departamento de recaudación remitiese directamente al Ministerio Fiscal la existencia de deudas autoliquidadas por valor superior a 120.000 euros se va a intentar procesar por un delito donde se desconoce cuál es la realidad de la deuda, porque la Administración ha dado por válidas unas declaraciones que no ha comprobado si son o no ajustadas a la ley⁵³. Y, además, ni siquiera se tiene, a nuestro juicio, título ejecutivo válido a efectos penales, pues la Administración no ha realizado un previo procedimiento administrativo, que es presupuesto necesario para salvaguardar los derechos constitucionales de los administrados.

Y esto hay que engazarlo además con el propio proceso penal. Hay que partir de la base que la querella debe expresar «La realización circunstanciada del hecho» y «Expresión de las diligencias que se deberán practicar para la comprobación del hecho» [art. 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)]. De esta manera se requiere del querellante una cierta exigencia para que acredite o proporcione los elementos necesarios para la investigación de los hechos que se imputan y que fundamentan la querella (RIFÁ, VALLS y RICHARD, 2003, pág. 104, nota a pie 15). Y si esto así, ¿cómo es posible relacionar un hecho tomando solo la *confesión* del deudor y donde el acreedor no tiene constancia verdadera que se ha producido cuando, además, tenía en su mano poder para hacerlo? De esta manera, exigir una comprobación estaría avalada por el principio de intervención mínima y otra respuesta supondría irrogar al imputado una serie de perjuicios que podría vulnerar la seguridad jurídica⁵⁴. En este sentido, la STS de 10 de octubre de 2001 (rec. de casación núm. 4569/1999) señaló

⁵² Las autoliquidaciones tributarias son, en su contenido mínimo, *declaraciones*, y como tales, la LGT 58/2003 les apareja ciertos efectos. En primer lugar, el artículo 108.4 dispone que los datos y elementos de hecho consignados en las autoliquidaciones se *presumen ciertos para ellos* y solo podrán rectificarse por los mismos mediante prueba en contrario. En segundo, la presentación de una declaración no implica aceptación o reconocimiento por el obligado tributario de la procedencia de la obligación tributaria (art. 119.1 pfo. 2). Y en tercer lugar, el artículo 101.1 pfo. 2 determina que la Administración no estará obligada a ajustar las liquidaciones a los *datos* consignados por los sujetos pasivos en las autoliquidaciones y, como consecuencia, el artículo 120.2 establece que las autoliquidaciones presentadas por los obligados tributarios *podrán* ser objeto de verificación y comprobación por la Administración, que practicará, en su caso, la liquidación procedente.

⁵³ Como advierte ALONSO GONZÁLEZ (2007, págs. 67 y 68), el correcto sistema de autoliquidación requiere una ulterior comprobación administrativa de las autoliquidaciones cumplimentadas.

⁵⁴ Pilar COLLADO YURRITA (1996, pág. 54) glosando el delito contra la Hacienda Pública advierte que el hecho de que la Admi-

que solo desde el momento en que se ha practicado una liquidación, aunque sea provisional, conforme a los métodos regulados en la LGT, se puede decir que existe una determinación del hecho imputable a una persona, pues la liquidación del impuesto presupone la *comprobación* del hecho imponible y su imputación a una persona. Es más, la sentencia sostiene que sin una liquidación sería imposible que el juez pudiera pronunciarse sobre los extremos que establecen los artículos 269 y 313 de la LECr así como informar al imputado en la forma prevista en el artículo 118 de la misma ley⁵⁵. De esta manera el TS concluye que la liquidación provisional *se convierte en requisito de procedibilidad* en el sentido técnico que la doctrina le da: circunstancias de las que depende la admisión del proceso en su totalidad o ciertas partes del mismo⁵⁶.

Por tanto, entendemos que el procedimiento adecuado sería solicitar a la inspección la apertura de un procedimiento de comprobación en todas aquellas autoliquidaciones presentadas por importe superior a 120.000 euros y que no hayan sido pagadas. En este caso, habría que solventar si solo deberían denunciarse las declaraciones donde el impago sea superior a 120.000 euros o, por el contrario, si el impago es parcial y su cuantía es inferior a 120.000 no tendría que ser objeto de remisión a la Inspección⁵⁷. La comunicación a la inspección no sería todavía una cláusula de bloqueo de la exención de responsabilidad penal, pues el artículo 305.4 exige para que opere la comunicación de «la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias». Pero esa iniciación debe ser formalmente comunicada a los obligados tributarios, y no puede entenderse como válida la simple iniciación interna sin notificación al obligado tributario. Por tanto,

nistración tributaria fije la cuota defraudada supone una mayor probabilidad de que la iniciación del procedimiento penal esté justificada, mientras que si no se ha pasado por ese tamiz el administrado se puede ver involucrado en un proceso penal, que finalmente no lleve a buen término, por lo que «la seguridad jurídica del contribuyente parece resultar violentada».

⁵⁵ No se trata de que sea necesaria la existencia de una liquidación como requisito de procedibilidad penal, en tanto es posible perseguir los delitos contra la Hacienda Pública aunque no se hubiese producido comprobación alguna por la Administración [STS de 3 de abril de 2003 (NFJ016242)], sino de que se determine el hecho concreto que se imputa con el máximo rigor. Por su parte, el TC, en su Sentencia 76/1990 (NFJ000802) y con relación al contenido de las actas y diligencias como documento público que hacen prueba sobre los hechos que motiven su formalización, señala que el acta de inspección contiene unos hechos de los cuales se infiere una *notitia criminis* suficiente para la apertura de un proceso penal reconociéndoles el valor de denuncia. Pero adviértase que la *notitia criminis* proviene de una constatación de hechos realizados por la Administración.

⁵⁶ El Auto de la AP de Madrid de 17 de diciembre de 2004 [núm. 610/2004 (NFJ018668)], referido al delito de alzamiento de bienes por deudas tributarias afirma que «En el ámbito penal, por un delito de alzamiento de bienes, no es suficiente con la autoliquidación, que es tan solo un título formalmente ejecutorio en vía recaudatoria, **pues tal tipo penal exige que exista una obligación de pago real, comprobada y cierta y que se haya incumplido**, alzándose con sus bienes el deudor para eludir el pago de tales deudas tributarias. **Sin la existencia, pues, de una "deuda real" no puede hablarse de insolvencia punible**». Y esta afirmación laazona con dos argumentos penales adicionales. En primer lugar, que a pesar de la naturaleza confesoria de las declaraciones en el procedimiento tributario, en un proceso penal no hay que olvidar que el imputado tiene derecho a que su declaración no sea veraz, e incluso aun cuando ratifique en el procedimiento su declaración, no le exime al juez de probar por otros medios la verdad de la confesión y la existencia del delito. En segundo lugar, es la acusación quien debe probar que concurren los elementos constitutivos del tipo penal, de tal manera que debe acreditar que se originó una deuda tributaria cierta y determinada, que no fue satisfecha por el sujeto pasivo del impuesto y que este se alzó con sus bienes para impedir su cobro.

⁵⁷ Para dificultar estos procedimientos, los obligados tributarios podrían presentar varias autoliquidaciones todas ellas inferiores a 120.000 euros o, si alguna fuera superior, que solo esta fuera pagada íntegramente y dejar el resto sin ingresar (especialmente en el ámbito del IVA y las retenciones, al ser tributos de declaración mensual o trimestral donde el umbral económico se toma con base anual). En dicho caso, sería procedimentalmente más complejo iniciar el expediente de regularización ante la inspección. Como señalamos en la nota a pie 12 se ha entendido por la STS de 2 de junio de 2005 [rec. de casación núm. 347/2003 (NFJ022499)] que una regularización con el solo objeto de rebajar la cuota tributaria por debajo del límite del delito fiscal no es válida a los efectos de la excusa absolutoria.

si con anterioridad a la comunicación de inicio de las actuaciones de comprobación se procediera al pago íntegro de la deuda tributaria, se habría regularizado válidamente el delito fiscal. Es decir, si el pago fuera requisito obligatorio, la regularización de un delito contra la Hacienda Pública podría hacerse en dos fases: primero presentado la autoliquidación correctora del fraude; segundo, ingresando con anterioridad a que se inicie formalmente el procedimiento de comprobación.

c. ¿Se abre el periodo ejecutivo en caso de remisión del expediente a la Inspección?

i. Situación antes de la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del CP

Una vez que se haya remitido el expediente a las dependencias de Inspección queda por determinar si el inicio de la vía penal suspende el procedimiento ejecutivo derivado de la propia autoliquidación. El artículo 180 no determina de forma expresa que el procedimiento de liquidación se vea suspendido, aunque sí establece en su apartado 1 *in fine* que «Las actuaciones administrativas realizadas durante el periodo de suspensión se tendrán por inexistentes». El artículo 81.7 de la LGT establece la posibilidad de adoptar medidas cautelares «a personas contra las que se haya presentado denuncia o querrela por delito contra la Hacienda Pública o se dirija un proceso judicial por dicho delito, en la cuantía que se estime necesaria para cubrir la responsabilidad civil que pudiera acordarse», lo que parece implicar que la deuda no se puede ejecutar por parte de la Administración. El artículo 150.4 de la LGT dispone que «Se considerará como un supuesto de interrupción justificada del cómputo del plazo de dichas actuaciones» inspectoras. Por su parte, la disposición adicional décima de la LGT dispone en su apartado 1 que «En los procedimientos por delito contra la Hacienda Pública, **la responsabilidad civil** comprenderá la totalidad de la **deuda tributaria no ingresada**, incluidos sus intereses de demora, y se exigirá por el procedimiento administrativo de apremio». Y ya en vía reglamentaria, el artículo 32.2 del Real Decreto 2063/2004 determina que incluso cuando los actos de liquidación ya hayan sido dictados «se **suspenderá la ejecución** de la liquidación hasta que recaiga la correspondiente resolución judicial».

A la vista de los anteriores preceptos, es lugar común entender que la remisión al Ministerio Fiscal del expediente paralizaba no solo el procedimiento sancionador sino también el procedimiento inspector y, como dispone el artículo 32.2 del Real Decreto 2063/2004, también la recaudación⁵⁸. De hecho, en el primer informe del Observatorio del Delito Fiscal (2006, pág. 40) expresamente se manifiesta que «La denuncia implica la paralización de los procedimientos administrativos de investigación y determinación de la deuda tributaria—debiéndose limitar en lo sucesivo los órganos correspondientes a actuar en funciones periciales o de auxilio judicial—. Tampoco puede procederse a la exacción de las cantidades defraudadas». Y si esto es así en los procedimientos iniciados por la Administración, cabría entender que no es posible iniciar el proceso de recaudación aun en el caso de que haya habido una autoliquidación sin ingreso.

⁵⁸ En el informe de 8 de marzo de 2002 de la Unidad Central de Coordinación en materia de Delitos contra la Hacienda Pública, citado por CASADO OLLERO (2008, pág. 1.603), expresamente se advierte que la Administración debe abstenerse de seguir el procedimiento administrativo. Señala HERRERO DE EGAÑA (2010, págs. 3 y 4) que el fundamento de esta tesis radicaba en el principio de seguridad jurídica y del principio de prevalencia de la jurisdicción penal. Al tener que respetar los hechos que se fijan en vía penal, parece razonable que la Administración paralice el procedimiento administrativo a la espera de que se pronuncie el juez penal y determine los hechos que en su caso han de vincular a la propia Administración. No obstante, también hay parte de la doctrina que se había manifestado en sentido contrario, entendiendo que era posible seguir con el proceso de liquidación hasta su conclusión (CHOCLÁN MONTALVO, 2004).

Lo anterior es especialmente relevante cuando nos encontramos ante deudas tributarias de personas jurídicas, en tanto el TS mantiene que la deuda se transmutaba pasando de ser una deuda *ex lege* a una obligación *ex damno* exigible a los representantes legales ⁵⁹. Esta opción había sido criticada por la doctrina en tanto entiende que es difícilmente justificable por razones de equidad tributaria y practicabilidad administrativa ⁶⁰. Sin embargo, y por lo que aquí afecta, que es la ejecución de la autoliquidación, si se da por válida la tesis del TS de la mutación de la deuda, resultar difícilmente justificable que una deuda autoliquidada por una entidad pudiera ser ejecutada si hay un posible delito fiscal, en tanto el obligado al pago penalmente sería en primera instancia el administrador.

Por tanto, con anterioridad a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del CP, creemos que la normativa no permitía seguir con el procedimiento de recaudación en el caso de deudas por delitos fiscales, con independencia de que la deuda fuera autoliquidada. Sin embargo, en la normativa tributaria en materia de recaudación no se ha establecido en ningún precepto la posibilidad de paralizar el procedimiento de apremio por el hecho de que dicha deuda pueda dar lugar a un delito fiscal. Esto pone de manifiesto el hecho de que el legislador tributario no contemplaba la posibilidad de que una regularización sin ingreso por importe superior a 120.000 euros dé lugar a un delito fiscal. Como señalamos en un apartado anterior, de esta regulación podría deducirse que la falta de procedimiento completa el contenido del artículo 305.4 del CP, de tal manera que la integración de ambas normativas llevan a la conclusión de que no es obligatorio el pago, sino simplemente una declaración completa y veraz.

ii. Situación posterior a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del CP

La Ley Orgánica 5/2010 ha supuesto un cambio. Se ha introducido un apartado 5 en el artículo 305 del CP donde se determina que «En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la **responsabilidad civil**, que comprenderá el **importe de la deuda tributaria que la Administración tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley General Tributaria**, incluidos sus intereses de demora, los jueces y tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración tributaria que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada ley».

Se ha entendido que la referencia a que no se exige la responsabilidad civil si la deuda ha sido liquidada por «otra causa legal» en los términos previstos en la LGT supone abrir la vía hacia un nuevo modelo de delito fiscal en el que la Administración podría liquidar y recaudar la deuda aunque estuviera en marcha un delito fiscal ⁶¹. Sin embargo, también se mantiene que por sí misma la refor-

⁵⁹ Vide, por todos, SILVA SÁNCHEZ (2005, págs. 137 y ss.).

⁶⁰ Por todos, CHICO DE LA CÁMARA (2010, págs. 519 y 520) mantiene que la responsabilidad penal no altera las posiciones jurídico subjetivas derivadas del delito, por lo que se ha de exigir la deuda al sujeto pasivo, que en caso de no pagar tendría un enriquecimiento injusto. Además, es el ente el que se ha beneficiado económicamente de la actuación antijurídica y quien ha realizado el hecho imponible y manifiesta la capacidad económica.

⁶¹ Advierte HERRERO DE EGAÑA (2010, pág. 2) que para encontrar una explicación hay que remontarse al proyecto de la ley de reforma que se presentó en el año 2007. En la exposición de motivos sí se encuentra una explicación: «el objetivo de la reforma es que la denuncia por delito fiscal no paralice el procedimiento de liquidación y recaudación por la Administración tributaria cuando disponga de suficientes elementos para ello, tal y como parece ser la tendencia general en derecho comparado. Tras la reforma del Código Penal deberá llevarse a cabo la necesaria adecuación del artículo 180, disposición adicional 10.^a y demás normas concordantes de la Ley General Tributaria. Asimismo, la Administración tributaria favorecerá la exacción efectiva del importe de la multa que penalmente se haya impuesto en sentencia».

ma Ley Orgánica 5/2010 no es suficiente; se trata de una vía abierta, que no estará disponible hasta que el legislador ordinario así lo establezca mediante la modificación de la LGT y sus reglamentos ⁶². Aunque también es cierto que parte de la doctrina ha entendido que no es necesaria dicha modificación de la LGT, siendo posible ya liquidar y recaudar ⁶³.

Aunque la norma solo haga mención a liquidación, lo cierto es que habría que entender que lleva aparejada también la recaudación, ya que otra solución dejaría sin efecto la pretendida reforma. Y en dicho caso, bien porque el legislador fiscal modifica su regulación o bien porque se entiende que incluso con la actual es posible hacerlo, la problemática de las autoliquidaciones sin pago en vía ejecutiva se verían solventadas en parte ⁶⁴. Pero faltaría regular lo que sucede con los recargos del artículo 27 y los recargos del periodo ejecutivo.

Por otro lado, la liquidación y apertura del procedimiento ejecutivo solventarían también los problemas derivados de los delitos contra la Hacienda Pública de personas jurídicas. Solo operaría la responsabilidad civil por las deudas no liquidadas de tal manera que la controvertida transformación de la deuda tributaria en responsabilidad civil se podría entender superada en parte.

Ahora bien, si la deuda se puede recaudar en vía administrativa, entrando en funcionamiento de manera inmediata los poderes exorbitantes de la autotutela ejecutiva, cabría plantearse si una autoliquidación sin ingreso no da lugar al levantamiento de la pena, sobre todo si al final la deuda tributaria al completo, con los intereses y recargos, es cobrada por el propio acreedor ⁶⁵.

d. ¿Es exigible el recargo del artículo 27 de la LGT por presentación extemporánea?

Si se pudiera seguir con el procedimiento ejecutivo se plantea si es posible exigir la totalidad de obligaciones accesorias que se derivan de la presentación extemporánea sin haber procedido al pago. Es decir, el recargo por presentación extemporánea y, en su caso, intereses, y los recargos derivados de la apertura de la fase ejecutiva.

⁶² En este sentido se pronuncian LINARES GIL (2010, pág. 16) y HERRERO DE EGAÑA (2010, pág. 2). En concreto, LINARES GIL mantiene que «la modificación del Código Penal no altera el statu quo actual del delito fiscal mientras no se modifique la Ley General Tributaria pues tanto de su tenor como de su constante aplicación se desprende la paralización de las actuaciones administrativas de liquidación y cobro siempre que se denuncia la presunta comisión de un delito fiscal».

⁶³ FALCÓN Y TELLA (2011) entiende que no es necesario modificar la LGT en tanto que esta, en su actual redacción, permite liquidar y recaudar, aunque no en todos los casos. Si la valoración de la trascendencia de la decisión penal pendiente sobre la procedencia y cuantía de la liquidación lleva a la conclusión de que no tiene influencia decisiva sobre la misma —como aquellos casos donde solo se discute el dolo— el procedimiento administrativo debe continuar en lo que afecte a las cuotas e intereses.

⁶⁴ HERRERO DE EGAÑA (2010, pág. 2) señala que se pueden «continuar las actuaciones administrativas dotándolas de un carácter provisional de manera que estén sujetas y subordinadas a lo que, en su momento, determine el juez penal de forma tal que —cuando exista resolución judicial los pronunciamientos administrativos se acomoden a lo que resulte del proceso penal si no fueran coincidentes». LINARES GIL (2010, pág. 15) hace mención a las posibilidades procesales existentes en el caso de que los hechos declarados probados en sentencia penal firme sean incompatibles con una liquidación administrativa (revocación, recurso extraordinario, etc.).

⁶⁵ Y si aun así se entiende que no opera la excusa absolutoria, debería analizarse si es posible la aplicación de la atenuante de reparación del daño antes del juicio oral del artículo 21.5 del CP.

En el ámbito tributario, los recargos por declaración extemporánea del artículo 27 de la LGT impiden el nacimiento de sanciones y deben ser incompatibles con un delito fiscal⁶⁶. La LGT no ha solventado esta cuestión y parece deducirse de su redacción que la liquidación del recargo sería obligatoria en todo caso, en tanto no hay ninguna excepción. Sin embargo, la exigencia de los recargos del artículo 27 es jurídicamente incompatible con una posible condena por delito fiscal por los mismos hechos.

La paralización en sede administrativa de los procedimientos sancionadores cuando se remite el tanto de culpa al Ministerio Fiscal (art. 180 de la LGT) se fundamenta en el respeto al principio *ne bis in idem* (principio inherente según el TC a los de tipicidad y legalidad), que implica no solo que no pueden existir dos sanciones por los mismos hechos, sino que es también inviable la existencia de dos procedimientos de carácter sancionador por los mismos hechos y fundamento. Esto hace necesario traer de nuevo un debate no cerrado sobre la naturaleza jurídica de los recargos del artículo 27 de la LGT⁶⁷. Si la naturaleza jurídica de los anteriores recargos es sancionadora la aplicación del principio *ne bis in idem* debería impedir no solo la recaudación del recargo sino incluso su liquidación⁶⁸. Si su naturaleza jurídica no tiene carácter sancionador, desde el punto de vista procedimental parece que sería posible liquidar dichos recargos, e incluso, si fuera posible con arreglo a lo que hemos señalado en el apartado anterior, proceder a su recaudación. Si finalmente hubiera condena por delito fiscal, dichas cantidades deberían ser descontadas de la multa final.

En definitiva, la falta de regulación sobre la operatividad del recargo del artículo 27 de la LGT vuelve a poner de manifiesto cómo el legislador tributario no ha contemplado la posibilidad de que una

⁶⁶ El artículo 27.2 de la LGT determina que la aplicación del recargo «excluirá las sanciones que hubieran podido exigirse». Y el artículo 179.3 establece que «Los obligados tributarios que voluntariamente regularicen su situación tributaria o subsanen las declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes presentadas con anterioridad de forma incorrecta no incurrirán en responsabilidad por las infracciones tributarias cometidas con ocasión de la presentación de aquellas».

⁶⁷ Por todos, puede verse VELARDE ARAMAYO (2010, págs. 667), quien hace una recopilación y analiza las distintas tesis sobre la naturaleza jurídica del recargo por presentación extemporánea del artículo 27 de la LGT. Señala esta autora que «Si acudimos a los numerosos estudios sobre el tema, podremos comprobar que se articulan sobre dos ejes recurrentes; o bien son identificados con una figura indemnizatoria, o bien son considerados como una sanción encubierta, sin olvidar naturalmente los planteamientos híbridos de corte resarcitorio-sancionatorio». Así, por ejemplo, la Circular 2/2009 de la FGE mantiene que los recargos son prestaciones accesorias que tienen un cometido resarcitorio del retraso, sin finalidad represiva y, por tanto, sin naturaleza de sanción. En las SSTs de 22 de diciembre de 2010 [rec. núm. 35/2007 (NFJ041501)] y la 27 de septiembre de 2010 [rec. núm. 308/2008 (NFJ040741)], dictadas ambas en recurso para unificación de doctrina, se afirma que «De la doctrina del Tribunal Constitucional [SSTC 164/1995, de 13 de noviembre (NFJ003741), 276/2000, de 16 de noviembre (NFJ009503), y 93/2001, de 2 de abril (NFJ010538)] solo puede extraerse la conclusión de que no tienen naturaleza sancionadora, salvo que cuantitativamente alcancen el valor de las sanciones. Más bien responden a la idea de facilitar la aplicación de los tributos, sirviendo de estímulo al cumplimiento espontáneo de las obligaciones tributarias».

⁶⁸ Con relación a la naturaleza sancionadora de los recargos, y aunque sea a otros efectos, no puede olvidarse hoy en día la jurisprudencia concursal que en la actualidad se está dictando sobre la consideración como créditos subordinados de las «multas y demás sanciones pecuniarias» (art. 92.4). Los tribunales de lo mercantil están entendiendo que los recargos sí entran dentro de esta categoría de multas y sanciones (vide la jurisprudencia citada por VELARDE ARAMAYO, 2010, págs. 684-685). Y especialmente significativa es la STS de 21 de enero de 2009 [rec. núm. 842/2007 (NFJ047878)] al afirmar que «No parece dudoso que el recargo de apremio ordinario es una sanción por la falta de cumplimiento de la deuda tributaria, sin que tenga por finalidad el resarcimiento de un daño, (decía un conocido civilista que "lo que excede del daño es pena"), a lo que no obsta la alegación de la parte recurrente de que con su importe se atiende a la satisfacción de gastos de índole interno, pues, con independencia de la ambigüedad e indeterminación del destino, no cabe confundirlo con la "ratio" de la figura consistente en sancionar el incumplimiento de la deuda en el plazo previsto —que es realmente cuando actúa el recargo por haberse producido el resultado que el ordenamiento jurídico desaprueba—, aparte de que lógicamente también opere, en momento anterior, en el sentido de estimular el cumplimiento, como por lo demás es connatural a todo sistema sancionador... y su naturaleza de sanción impropia (o en sentido estricto), y que por consiguiente procede calificarlo como sanción pecuniaria a los efectos de la clasificación del crédito correspondiente como subordinado del artículo 91.4.º de la LC».

autoliquidación fuera de plazo sin ingreso pueda ser trasladada al ámbito penal. Y si se entiende que con la nueva reforma del CP por Ley Orgánica 5/2010 va a poder ser ejecutada en vía administrativa una deuda autoliquidada, el legislador deberá afrontar su regulación si se inicia un proceso penal.

e. ¿Son exigibles los recargos del periodo ejecutivo?

La exigencia de la responsabilidad civil del delito a través del procedimiento de apremio (disp. adic. décima de la LGT) ha sido desarrollada por el Reglamento General de Recaudación (RGR), que determina en su artículo 128.1 que «la deuda derivada de la responsabilidad civil se acumulará al procedimiento administrativo de apremio... El importe derivado de la **responsabilidad civil no podrá incrementarse en los recargos del periodo ejecutivo**». La norma es clara a los efectos de establecer que si hay delito fiscal y responsabilidad civil la deuda se hace efectiva a través del periodo ejecutivo, pero no es posible liquidar recargos del periodo ejecutivo. La razón de ser esta limitación radica en que estos casos la AEAT actúa en virtud de una encomienda legal de una responsabilidad de carácter penal —no hay que olvidar que según el art. 117.3 de la CE corresponde a los jueces y magistrados hacer ejecutar lo juzgado—, y no en la ejecución de una deuda tributaria⁶⁹. Pero esta norma implicaba que, al menos con anterioridad a la Ley Orgánica 5/2010, las deudas autoliquidadas sin ingreso por importe superior a 120.000 no pudieran dar lugar a la exigencia del recargo del periodo ejecutivo. De esta manera, la exigencia de este recargo por parte de la AEAT implicaría que no podría haber delito contra la Hacienda Pública. Como en casos anteriores, lo que subyace en esta regulación es que el legislador tributario ha entendido que una autoliquidación supone, al margen de su pago, una regularización con independencia de la cuantía.

Tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, y si finalmente el legislador tributario optara por que se pudieran recaudar las deudas tributarias mientras que se instruye el proceso penal, entendemos que no existiría impedimento legal en exigir los recargos del periodo ejecutivo.

f. Cuantía a regularizar antes del inicio de las actuaciones de comprobación

Anteriormente hacíamos mención a que el pago podía no hacerse en el mismo instante de la presentación de la autoliquidación extemporánea, prologándose el plazo hasta que se comunique formalmente el procedimiento inspector. Por tanto, en el caso de que fuese posible iniciar el procedimiento ejecutivo, a partir de la Ley Orgánica 5/2010 y si finalmente el legislador tributario optara porque se pudieran recaudar las **deudas** tributarias mientras que se instruye el proceso penal, y se hubiera comunicado antes de la apertura del procedimiento inspector la providencia de apremio y la exigencia del resto de elementos de la deuda tributaria (intereses y recargos de los arts. 27 y 28), lo que se plantea en este caso es la necesidad de pagar la totalidad de la deuda derivada del mismo (art. 58 de la LGT) y que ahora se liquida⁷⁰. Lo cierto es que el artículo 305.4 hace mención a la regula-

⁶⁹ LINARES GIL (2010, pág. 8) advierte que «Se trata de una encomienda, *ex lege*, a la Administración tributaria para que lleve a efecto la ejecución material de la responsabilidad civil derivada del delito siempre bajo el control del juzgado o tribunal sentenciador», y cita en este sentido el Auto de la AP de Barcelona de 9 de julio de 2007.

⁷⁰ Entendemos que una de las cuestiones a modificar en el caso de deudas autoliquidadas por importe superior a 120.000 euros es que no se podría girar los recargos del artículo 27 hasta que no se descartara el inicio del proceso penal. Esto plan-

rización de las «**deudas** a que se refiere el apartado primero de este artículo» y en dicho apartado primero se hace mención al pago de *tributos* y de *cuota defraudada* y de cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o de devolución o disfrute de beneficios fiscales. A pesar de la incorrección técnica de mezclar «deuda» con «cuota» y «tributo» en el mismo precepto, creemos que el CP al definir la deuda lo hace mediante el reenvío al concepto de cuota, por lo que parece que legalmente solo es necesario pagar la cuota, aunque podrían plantearse problemas con los intereses de demora, en tanto la responsabilidad civil alcanza la reparación total de la deuda, incluido los intereses de demora⁷¹. Pero lo que creemos que no deberían ser exigibles son los recargos del periodo ejecutivo ni los del artículo 27 de la LGT. Sin embargo, técnicamente la deuda liquidada es única, de tal manera que si solo pagara la cuantía correspondiente a la cuota (o incluso intereses de demora) podría entenderse que ha regularizado penalmente su situación, lo que haría que operase la excusa absolutoria, o al ser la deuda única, se entendiese que dicho pago debe prorratearse entre todos los conceptos, por lo que el pago sería solo parcial en referencia a la cuota y no se habría regularizado penalmente. La LGT determina en su artículo 63.3 que «En los casos de ejecución forzosa en que se hubieran acumulado **varias deudas tributarias** del mismo obligado tributario y no pudieran extinguirse totalmente, la Administración tributaria, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, **aplicará el pago a la deuda más antigua**. Su antigüedad se determinará de acuerdo con la fecha en que cada una fue exigible». El caso que presentamos no está incardinado en este supuesto de hecho, en tanto que no nos encontramos ante varias deudas, sino una sola con distintos conceptos. Sin embargo, creemos que sería aplicable por analogía a nuestro problema; la deuda más antigua es el propio tributo y es el primero que debe considerarse cancelado.

5. PROBLEMÁTICA JURÍDICA EN EL CASO DE IMPAGO SI SE ABRE UN PROCEDIMIENTO INSPECTOR

Hemos mantenido en el apartado anterior que si se entiende obligatorio el pago para regularizar el delito contra la Hacienda Pública el departamento de recaudación no debería remitir el expediente –porque en otras razones no lo hay– al Ministerio Fiscal, sino que tendría que instruirse un procedimiento inspector. Esta afirmación, sin embargo, plantea en sí mismo problemas que no vienen sino a poner de manifiesto, de nuevo, que el Derecho tributario no está diseñado para considerar que el no pago da lugar a un delito fiscal. Si, como acabamos de sostener, fuera preceptivo iniciar un procedimiento inspector a los efectos de determinar tanto el importe como el dolo, la apertura del mismo daría lugar a unas nuevas interrogantes.

tea un problema adicional con los intereses de demora, porque no hay que olvidar que con anterioridad al año el recargo absorbe a los mismos.

⁷¹ Decimos que parece porque el TS ha señalado que también es necesario satisfacer los intereses y los recargos legalmente previstos [Sentencia de 15 de julio de 2002, rec. de casación núm. 2313/2000 (NFJ012842)]. El artículo 308.4 del CP, que a diferencia del artículo 305.4 exige el pago, determina que es necesario reintegrar las cantidades recibidas incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales. IGLESIAS RÍO (2009, pág. 304) interpreta que la deuda incluye intereses, recargos por presentación fuera de plazo y recargos del periodo ejecutivo. BRANDÁRIZ GARCÍA (2004, pág. 85) incluye los intereses y los recargos por presentación extemporánea. Por su parte, CHOCLÁN MONTALVO (2004) advierte de la contradicción que supone entender que el pago es necesario para reparación desde un punto de vista penal y exigir que este incluya elementos ajenos a la norma penal, como son unos recargos extrapenales que ni si quiera la norma tributaria exige.

- (i) La FGE sostiene en su Circular 2/2009 que la autoliquidación sin ingreso da lugar a la atenuante de confesión. Esto implica que habría que acreditar en sede penal que el procedimiento inspector se inició, precisamente, por la propia autoliquidación. En caso contrario, sería difícilmente justificable la aplicación de la atenuante. Sin embargo, en la normativa tributaria no aparece este supuesto como un presupuesto de inicio de las actuaciones inspectoras; el comienzo será, conforme dispone el artículo 147.1 a) de la LGT, *de oficio*.
- (ii) El procedimiento inspector podría finalizar proponiendo una deuda que fuera mayor a la autoliquidada. En dicho caso, se plantearía si la declaración ha sido completa y veraz, tal y como exige la FGE para la regularización. Si la respuesta fuera negativa parece que se podría entender que la confesión ha sido incompleta de tal manera que no operase la citada atenuante ⁷². No obstante, se ha entendido que no es posible mantener que cualquier error en la regularización practicada suponga que sea inveraz e ineficaz, en tanto que pequeños y simples errores aritméticos o desviaciones poco significativas no deberían tener una virtualidad negativa de la regularización practicada ⁷³.
- (iii) El hecho de que se inicie un procedimiento inspector parece incongruente desde el punto de vista del proceso. Se trata de abrir un procedimiento inspector pensado en sí mismo no como una vía para liquidar sino como un paso previo para un posible inicio del proceso penal ⁷⁴. Y van a ser las pruebas obtenidas en dicho procedimiento la base inculpatoria principal. Pero precisamente por eso la situación se presenta como anómala, en tanto se trata de un procedimiento donde el obligado tributario no goza de los derechos que le deberían corresponder en esta fase, como es el derecho a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable, el derecho a ser asistido por un letrado y sí en cambio tiene todos los deberes inherentes a un procedimiento administrativo ⁷⁵.
- (iv) Relacionado con lo anterior está el hecho de que el proceso de inspección es un proceso diseñado de forma inquisitorial, donde a los obligados tributarios se les exige su colaboración. Cabe cuestionarse cómo se va a acomodar el hecho de que nos encontremos ante una confesión que actúe como atenuante con el propio desarrollo del procedimiento inspector. El derecho a no autoinculparse no afecta a las informaciones puestas de forma voluntaria a disposición de la Administración (MORENO FERNÁNDEZ, 2010, pág. 788). Pero es posible que

⁷² Se mantiene que la regularización debe ser de una sola vez, no valiendo la regularización de otra regularización, ya que la solución contraria dejaría la persecución de este tipo de delitos al libre albedrío del obligado tributario (QUERALT JIMÉNEZ, 2007, pág. 38).

⁷³ Vide SÁNCHEZ PEDROCHE (2007, págs. 369) y PÉREZ MARTÍNEZ (2008, pág. 220), citando la SAP de Barcelona de 12 de mayo de 1998. Por su parte QUERALT JIMÉNEZ (2007, pág. 38) advierte que lo esencial es que se afloren la integridad de bases imponibles hasta ahora ocultas, con independencia de que sea inexacta o incompleta. IGLESIAS RÍO (2009, pág. 295) entiende que lo fundamental es que hagan transparentes sus datos económicos, de tal manera que errores, desviaciones insignificantes o una eventual discrepancia interpretativa no impidan la regularización.

⁷⁴ Puede verse el trabajo de CASADO OLLERO (2008, págs. 1.608 y ss.) quien señala que el objeto del procedimiento inspector no es descubrir delitos fiscales sino asegurar la contribución al sostenimiento de los gastos públicos. Afirma este profesor que «la iniciación de un procedimiento inspector para investigar un presunto delito fiscal, sin autorización ni encomienda judicial alguna, no es algo que pertenezca a la naturaleza de las cosas ni, por lo mismo, a la fisiología del sistema, sino una profunda disfunción (además, profundamente inconstitucional) que vicia de nulidad radical la actuación investigadora de la Inspección y el material probatorio derivado de aquella».

⁷⁵ Vide, sobre esta problemática, BILBAO ESTRADA y CHAZARRA QUINTO (2007).

si se inicia el procedimiento inspector, el obligado tributario luego no quiera colaborar, lo que plantearía problemas sobre la propia confesión. En este caso es donde habría que analizar cómo se incardina el derecho a no declarar contra sí mismo ⁷⁶. A nuestro juicio, si el sujeto pasivo se negara a dar información no se le podría coaccionar para hacerlo porque vulneraría el derecho a no autoincriminarse ⁷⁷. La inspección, ahora sí, debería remitir el tanto de culpa al Ministerio Fiscal. La deuda podría no haberse determinado y es posible que no pudiera pronunciarse sobre el dolo, pero habría sido la falta de colaboración del obligado tributario el causante de la misma ⁷⁸. Desde el punto de vista penal entendemos que el hecho de no colaborar con la Administración, pero sí hacerlo en vía del proceso penal, no puede impedir la aplicación de la atenuante por confesión, en tanto esta se habría realizado en el proceso respetando los derechos constitucionales.

Y también habría que plantearse qué acontece si el obligado tributario colabora y confiesa en el procedimiento administrativo y si dicha confesión *extrajudicial* realizada en sede administrativa luego es negada. No hay que olvidar que todos los hechos declarados dentro de procedimiento administrativo deben posteriormente ser ratificados en el proceso penal. La STC 76/1990 (NFJ000802) ha sostenido que la constatación de unos hechos por la Inspección es suficiente *notitia criminis* para la apertura de un proceso penal, pero dentro del juicio penal deberá reproducirse lo manifestado con observación de los requisitos de inmediación y contradicción. Pues bien, sería imaginable que en el proceso el imputado no ratifique su confesión, sino que la niegue, debiendo determinarse en dicho caso si es aplicable la atenuante por confesión ⁷⁹.

De nuevo podemos afirmar que en el ámbito del Derecho tributario las autoliquidaciones sin ingreso no están diseñadas para ser objeto de tratamiento penal. La apertura de un procedimiento inspector previo al penal presenta una serie de problemas que no hacen sino poner de manifiesto que para el procedimiento tributario una autoliquidación solo debe abrir el procedimiento ejecutivo.

⁷⁶ En un procedimiento inspector que no fuera un procedimiento inquisitivo no sancionador el sujeto no tiene derecho a rehusar la información que se le requiere, incluso cuando esta le pueda inculpar (PALAO TABOADA, 2008, págs. 201-201).

⁷⁷ Como señala MORENO FERNÁNDEZ (2010, pág. 775) se vulnera el derecho a no autoinculparse cuando la información pretendida por la Administración no vaya destinada a la regularización tributaria o no vaya destinada en exclusiva a esa regularización tributaria, sino que también se destine a la imputación de la correspondiente conducta infractora (administrativa o penal).

⁷⁸ Señalan AGUALLO y BUENO (2008, pág. 1.389), analizando el principio a no autoincriminarse, que un Tribunal no puede concluir que un acusado es culpable únicamente porque decide guardar silencio. Pero sí puede hacerlo cuando la prueba existente contra el acusado reclama una explicación que este debe estar en disposición de dar y ante la ausencia de la misma puede concluirse que no existe otra explicación posible.

⁷⁹ El artículo 406 de la LECr dispone que «La confesión del procesado no dispensará al juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito». Hay que recordar que se ha señalado que la confesión penal y civil presentan notas que las distancian. En concreto, los elementos que las distinguen son la divisibilidad y la revocabilidad (BONET Y NAVARRO, 1979, pág. 99). Así, la confesión penal es revocable, de tal manera que frente al estrecho camino de la revocabilidad civil que exige probar que se incurrió en error de hecho, el acusado podrá declarar cuantas veces quiera (art. 400 de la LECr). Es más, en el proceso penal no es infrecuente que después de reconocer la participación en un delito posteriormente se retracte en el juicio oral. En dicho caso, se debe valorar la calidad de las declaraciones y optar por la que resulte más creíble (STS de 15 de marzo de 1993, RJ 1993\2387). Y, sobre todo, la confesión es de libre apreciación por el juez penal. O dicho en otros términos, la confesión puede ser un indicio de prueba que debe, en todo caso, ser confirmado por otros medios probatorios, de tal manera que la confesión del inculcado no obsta para que el juez de instrucción practique todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y la existencia del delito (RIFÁ, VALLS y RICHARD, 2003, pág. 532).

6. ¿ES ASIMILABLE AL PAGO EL APLAZAMIENTO O FRACCIONAMIENTO?

Como hemos señalado, en nuestra opinión el pago no es un requisito obligatorio a los efectos de la plena eficacia de la regularización por delito contra la Hacienda Pública. Si se sostiene su obligatoriedad, cabe preguntarse si el ofrecimiento del mismo mediante un aplazamiento o fraccionamiento sería suficiente⁸⁰. La FGE no hace mención a esta circunstancia en su Circular 2/2009, limitándose a exigir el pago⁸¹. Sin embargo, en el *Manual de Delitos contra la Hacienda Pública* de la Abogacía General del Estado sí se señala expresamente que adoptando una posición flexible también deben admitirse los aplazamientos o fraccionamientos de la deuda tributaria, **siempre que hayan sido acordados administrativamente** a través de los procedimientos reglamentarios (PÉREZ MARTÍNEZ, 2008, pág. 216). Esta postura ha sido también admitida jurisprudencialmente y por parte de la doctrina, aceptando que el aplazamiento debe ser suficiente para una completa regularización tributaria⁸².

En el ámbito estrictamente tributario, el TS ha manifestado de forma reiterada que un aplazamiento o fraccionamiento puede asimilarse al pago. Así, en la STS de 10 de mayo de 2007 (rec. de casación para unificación de la doctrina núm. 186/2002) se afirma que el «aplazamiento o fraccionamiento **es una modalidad de pago**, de manera que conforme a las normas que hemos expuesto, el contribuyente que presentara, vigentes estas, una declaración-autoliquidación, sin pagar en ese momento la deuda tributaria, **pero solicitara simultáneamente su aplazamiento o fraccionamien-**

⁸⁰ La importancia de este planteamiento es cuantitativamente muy relevante. En el diario económico *Cinco Días* de 10 de febrero de 2011 (pág. 27) aparece que la deuda aplazada entre impuestos y cotizaciones a la Seguridad Social alcanzó en 2010 los 22.000 millones de euros, y que el número de aplazamientos solicitados por impuestos en 2010 fue de 1.408.509.

⁸¹ Aunque sea a otros efectos, la STS de 30 de abril de 2003 [rec. de casación núm. 3435/2001 (NFJ013982)] advierte en un supuesto donde se solicitaba la aplicación de la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 del CP) que «la presentación de un aval reforzaba la declaración complementaria, **pero tiene razón** el Tribunal de instancia **cuando rechaza que el aval pueda equivaler al pago**. Es más, si la consecución por el acusado de un aval reveló su solvencia, el hecho de que no efectuase ingreso alguno antes del juicio oral confirma que nunca estuvo en su ánimo reparar los efectos del delito pagando a la Hacienda Pública el impuesto eludido. El aval constituye una garantía para el acreedor de que cobrará su crédito, pero cuando la obligación nace de un delito no es una garantía de pago futuro por un tercero, sino el pago efectivo por el propio autor, lo que se convierte en presupuesto de la atenuante cuya razón de menor culpabilidad nunca debe ser olvidada».

⁸² La SAP de Madrid de 7 de junio de 2005 [rollo 14/2005 (NFJ024904)] afirma que «permitida por la misma legislación tributaria el pago aplazado o fraccionado, también debe ser eficaz para la regularización, aunque no se abone la totalidad de la deuda tributaria en el momento de presentar la autoliquidación, máxime cuando la Administración tributaria puede exigir las garantías oportunas». *Vide* también la SAP de 18 de mayo de 2004 (rec. de apelación 99/2004). CALVO ORTEGA (2007, pág. 421) entiende que cabe admitirse el aplazamiento o simplemente su petición, en tanto solicitar un aplazamiento es reconocer una deuda, comunicarla a la Administración, asumir el pago e incluso normalmente garantizarlo. BARRACHINA JUAN (2007, pág. 41) advierte que si en vía tributaria se permite el aplazamiento y fraccionamiento, debería también admitirse si la deuda es superior a 120.000 euros, pues en caso contrario la sola diferencia económica impediría utilizar un derecho que reconoce la ley. A favor de considerar que el aplazamiento es suficiente también se manifiesta DE LA MATA BARRANCO (2005, pág. 316). Pero es que incluso aquella doctrina que exige el ingreso para la regularización aceptan el aplazamiento y fraccionamiento. Así se pronuncia MARTÍNEZ-BUJÁN (1995, pág. 167). SERRANO y CORTÉS (2002, pág. 93) afirman que el ingreso puede realizarse por cualquiera de las modalidades de pago admitidas por la LGT, lo que incluye el aplazamiento y el fraccionamiento. IGLESIAS RÍO (2009, pág. 305) entiende con un carácter más general que el tiempo para proceder al pago debe ser lo suficientemente flexible para permitir al deudor proceder al mismo, siendo trasladables los criterios legales contemplados en el artículo 50 números 5 y 6 del CP respecto de la determinación judicial del importe de la pena. BRANDÁRIZ GARCÍA (2004, págs. 85 y 86) manifiesta que cuando el sujeto comunica la deuda y se esfuerza por reparar el daño causado, debe buscarse el mecanismo para evitar la imposición de la pena porque es compensado el desvalor de la acción y existe un esfuerzo (*vide* también MARTÍNEZ-BUJÁN, 1995, pág. 169). De esta manera, debe ser posible articular el pago mediante los aplazamientos o fraccionamientos.

to, estaría ofreciendo el pago de la misma, pero con condiciones distintas, y si la Administración tributaria le aceptara estos (aplazamiento o fraccionamientos) u otros diferentes, y los cumpliera, habría "pagado" su deuda»⁸³.

No hay que olvidar que el requisito del *pago* no está expresamente recogido en el artículo 305.4, y que su exigencia se deriva de la interpretación que se haga del término *regularizar*. Ahora hay que avanzar un paso adelante y determinar cómo se ha de interpretar un concepto no recogido en el precepto como es el *ingreso* o *pago*. Y parece extraño que la efectiva regularización de un delito pueda venir de la mano de interpretar un término que no se encuentra en la propia norma penal. La Fiscalía entiende que regularizar, como concepto penal, requiere el ingreso en la Hacienda Pública en tanto lo fundamental es que se repare el daño. Pero el ingreso o pago no puede ser un término que se interprete penalmente, sino que debe explicarse con arreglo a lo que exige el propio acreedor en su relación jurídica⁸⁴. Es decir, su hermenéutica corresponde al Derecho tributario. Y la LGT permite que incluso cuando se presenta una declaración tributaria fuera de plazo sea posible su aplazamiento para satisfacer el pago (art. 27.3). A estos efectos, el aplazamiento se ha justificado como un instituto pensado para permitir cumplir con el deber de contribuir de aquellos que, deseando hacerlo, coyunturalmente tengan dificultades transitorias para ello. Pero también supone un beneficio para la Hacienda Pública, en tanto la protección del propio interés público se puede proteger mejor con un aplazamiento que con la vía ejecutiva⁸⁵. Hay que entender, con el TS, que el aplazamiento es una modalidad de cobro cuando se acepta por la Administración y se cumple por el contribuyente. Pero dicha afirmación plantea diversos problemas con relación a la regularización en sede penal⁸⁶.

- (i) Cuando el obligado presenta una declaración extemporánea y solicita de forma conjunta el aplazamiento o fraccionamiento se entiende que la solicitud se ha presentado en periodo voluntario de pago [art. 46.1 a) del RGR]. La consecuencia es que, conforme al artículo 161.2 de la LGT, no se pueda abrir el inicio del periodo ejecutivo durante la tramitación de dichos expedientes. Es decir, el procedimiento ejecutivo permanece cerrado hasta la resolución⁸⁷. Desde el punto de vista de la regularización se produce un vacío temporal donde no se pue-

⁸³ Pueden verse también las SSTs de 25 de octubre de 2006 (NFJ024947), 22 de diciembre de 2005 (NFJ021680) y 2 de marzo de 2005 (NFJ020949) (todas en rec. de casación para la unificación de doctrina núms. 7103/2001, 1955/1999 y 372/2000). Se afirma en la Sentencia de 10 de mayo de 2007 que «la presentación de la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento formulada a la vez que se presentaba la correspondiente declaración-autoliquidación, sin ingreso, fuera del plazo voluntario de ingreso voluntario, y sin requerimiento previo, **implica una voluntad clara de pagar, pero en las condiciones de aplazamiento o fraccionamiento que, de acuerdo con las normas jurídicas aplicables al caso, acuerde la Administración tributaria**».

⁸⁴ En el ámbito penal hay que recordar que es posible autorizar el pago de la multa en un plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, bien de una vez o en los plazos en que se determine (art. 50.6 del CP).

⁸⁵ Señala ROMERO GARCÍA (2009, pág. 168) que el interés público prevalente a la hora de la concesión de un crédito puede tener efectos beneficiosos para la Hacienda, como el cumplimiento voluntario, compensación por el retraso con los intereses de demora y, finalmente, una posible ejecución en el caso del impago, donde el cumplimiento tardío es preferible a un cumplimiento forzoso. SÁNCHEZ HUETE (2010, pág. 72) advierte que se tienen presentes otros fines de política social y económica, netamente extrafiscales, visibles en el tratamiento que efectúa de los medios de producción y empleo.

⁸⁶ En el RGR el artículo 47.1 hace mención a los delitos contra la Hacienda Pública y los supuestos de fraccionamiento, entendiendo que deben ser inadmitidas las solicitudes cuando sobre las deudas se está sustanciando un proceso penal o se ha pasado el tanto de culpa al Ministerio Fiscal.

⁸⁷ Y no solo hasta la resolución, sino que, en su caso, la garantía debe formalizarse en el plazo de dos meses contados a partir del día siguiente al de la notificación del acuerdo de concesión, y «cuya eficacia quedará condicionada a dicha formalización» (art. 48.6 del RGR).

de determinar si el obligado habría o no regularizado al estar pendiente la resolución del aplazamiento. Parece lógico que en tanto el acreedor hace valer su opinión no pudiera ser procesado por delito contra la Hacienda Pública.

- (ii) La situación anterior plantea el problema adicional de qué sucede en el caso de que al obligado no se le notifique la resolución en el plazo de seis meses (art. 52.6 del RGR) o se le deniegue de forma expresa el aplazamiento o fraccionamiento y se recurra ante los tribunales. La AEAT no habría concedido el aplazamiento, pero al ser este un acto reglado estaría sometido a revisión. Jurídicamente, sin embargo, parece que la denegación supondría el deber de poner en conocimiento de la inspección la autoliquidación, paralizar el cobro de la deuda y de la reclamación económico-administrativa, e iniciar en su caso el proceso penal.
- (iii) El aplazamiento o fraccionamiento se puede solicitar también en periodo ejecutivo. En el caso de las deudas autoliquidadas fuera de plazo, este se inicia al día siguiente. En dicho supuesto, y como anteriormente entendimos, no era posible iniciar el procedimiento ejecutivo, sino que habría que paralizarlo y remitirlo a inspección. Durante dicho periodo de tiempo, hasta que se iniciara la inspección, el obligado tributario podría haber satisfecho la deuda. De la misma manera, podría haber solicitado en el mismo periodo el aplazamiento o fraccionamiento. Entendemos que esa solicitud también debería asimilarse al pago si lo acepta la AEAT.
- (iv) Como hemos señalado, el TS condiciona para que el fraccionamiento se asimile al pago que la Administración tributaria lo aceptara. Penalmente podría resultar extraño que la aplicación de una eximente de responsabilidad penal dependiera del comportamiento del acreedor, de tal manera que su concesión o no implicara responsabilidad penal, como si estuviéramos ante una suerte de perdón del ofendido. El aplazamiento o fraccionamiento solo puede concederse «cuando su situación económico-financiera le impida, de forma transitoria, efectuar el pago en los plazos» en los términos que se establezcan reglamentariamente. Se ha indicado que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que no es discrecional, en tanto siempre que quede probado que concurre el motivo al que la ley condiciona su concesión, deberá ser atendida positivamente la petición (ROMERO GARCÍA, 2009, págs. 171 a 173). El problema es que la validación de la prueba de esa dificultad económico-financiera transitoria quedará en manos de la Administración y siempre tendrá un margen de actuación propio para valorar si se cumple con lo establecido por la norma o no. Esto, desde el punto de vista penal, resulta criticable, pues no parece que una eximente de responsabilidad penal pueda quedar en manos de un acreedor que tenga que verificar que existen o no dificultades de carácter transitorias.
- (v) El aplazamiento o fraccionamiento plantea también problemas cuando el obligado tributario incumple su calendario de pagos. El RGR señala que en dicho caso «resultará aplicable lo dispuesto con carácter general para los supuestos de falta de pago» (art. 49.1 *in fine* RGR). Pero en sede penal esta opción supone que durante el tiempo que el obligado cumplió con el calendario de pagos, el delito contra la Hacienda Pública habría estado «regularizado», lo que a efectos prácticos implica que el plazo de perseguibilidad penal se vería reducido en dicho periodo de carencia. Y solo en el caso de incumplimiento se abriría de nuevo la vía penal por falta de regularización, con el problema que si dicho incumplimiento se produce una vez pasados cinco años desde el devengo el delito habría

prescrito. Y hay que tener en consideración que el plazo de concesión para el fraccionamiento puede incluso llegar a los cinco años (apartado Cuarto.3.3.2 de la Instrucción 6/2006 de la Dirección General de la AEAT, sobre gestión de aplazamientos y fraccionamientos de pago)⁸⁸. Esta construcción, sin embargo, lleva a consecuencias absurdas. Parece lógico que durante el periodo que dura la regularización el periodo de prescripción del delito estuviera interrumpido. Sin embargo, esta opción solo sería viable si desde la fecha en que se solicita el fraccionamiento se abriera el proceso penal, lo que a su vez tampoco parece tener acomodo en tanto se iniciara un proceso penal con el único objeto de interrumpir la prescripción por si no se paga la deuda.

- (vi) El aplazamiento o fraccionamiento tiene un régimen distinto para las obligaciones tributarias que deban cumplir el retenedor o el obligado a realizar ingresos a cuenta. En dicho caso, solo son aplazables en los supuestos del artículo 82.2 b) de la LGT (art. 44.3 del RGR). Es decir, «Cuando el obligado al pago carezca de bienes suficientes para garantizar la deuda y la ejecución de su patrimonio pudiera afectar sustancialmente al mantenimiento de la capacidad productiva y del nivel de empleo de la actividad económica respectiva, o pudiera producir graves quebrantos para los intereses de la Hacienda Pública, en la forma prevista reglamentariamente». Es decir, a efectos de la regularización penal habrá dos tipos de obligados. Aquellos que podrán normalmente pagar mediante aplazamiento y los deudores de retenciones que si no disponen de la liquidez inmediata normalmente no habrán podido aplicar la eximente por regularización. Es más, en la Instrucción 1/2009, de 7 de enero, del Departamento de Recaudación sobre la gestión de aplazamientos y fraccionamientos de pagos, se afirma que no se aplazarán ni fraccionarán las retenciones o ingresos a cuenta que tengan origen en rendimientos del capital mobiliario o procedente de arrendamientos de inmuebles. Penalmente, sin embargo, habría que valorar la justificación de que el pago pueda ser distinto a los efectos de la excusa absolutoria en función del tipo de deuda.

Tributariamente debe entenderse que el aplazamiento o fraccionamiento concedido es asimilable al ingreso y, en sede penal, suficiente para que la regularización sea válida, en tanto el acreedor acepta dicha modalidad de pago. Sin embargo, la mecánica de los aplazamientos y fraccionamientos lleva a conclusiones difícilmente aceptables en sede penal. Esto vuelve a llevarnos a la idea de partida de este trabajo; el sistema tributario no está diseñado para exigir el pago como requisito de regularización penal⁸⁹.

⁸⁸ En la Instrucción 1/2009, de 7 de enero, del Departamento de Recaudación sobre la gestión de aplazamientos y fraccionamientos de pagos, se señala que los acuerdos de aplazamiento se ajustarán con carácter general a un plazo de 24 meses en IVA, IS, IRPF y retenciones, con periodicidad mensual.

⁸⁹ En la SAP de Barcelona de 23 de julio de 2007 (diligencias previas núm. 277/01), donde se entiende que la regularización no debe ir acompañada del pago, uno de los argumentos que emplea es que dejaría en manos de la AEAT la exención o no de la responsabilidad criminal del contribuyente cuando la autoliquidación «fuera seguida de una petición de aplazamiento de pago, pues en estos casos el posible acogimiento al beneficio contemplado en el ap. 4 del art. 305 del Código Penal estaría en función de que, antes de producido aquel, la Hacienda Pública decidiera o no la iniciación de actuaciones de comprobación.

Es evidente que la interpretación contraria a la propugnada dejaría en manos de la Administración tributaria el posible acogimiento o no al beneficio legal precitado, por lo que en unos casos un contribuyente podría beneficiarse del mismo –si la Hacienda Pública no inicia actuaciones de comprobación– y en otros casos, aún absolutamente idénticos no, cuando el Fisco decidiera iniciar actuaciones de comprobación».

7. PROBLEMÁTICA DE LA REGULARIZACIÓN DE LAS RETENCIONES REALIZADAS POR EL CONTRIBUYENTE Y NO POR EL RETENEDOR: NO ES POSIBLE EXIGIR EL PAGO PARA REGULARIZAR

La regularización por delito contra la Hacienda Pública ha tenido también otro ámbito de discusión. Era determinar qué sucedía si se producía el pago sin poner en conocimiento de la Hacienda Pública la correcta situación tributaria, de tal manera que si bien se pagaban las cuotas se eludían los recargos e intereses de demora. Se ha entendido mayoritariamente que el pago realizado por el contribuyente no es válido si no se hace coincidiendo con la puesta en conocimiento a la Hacienda de la situación antes ocultada, porque en otro caso el contribuyente, pasado el riesgo de inspección o prescrita la acción tributaria, podría exigir la devolución del pago realizado (BAJO, 2007, pág. 130). Y en el ámbito tributario el TS ha establecido su doctrina al respecto en las SSTs de 22 de diciembre de 2010 [rec. núm. 35/2007 (NFJ041501)] y de 27 de septiembre de 2010 [rec. núm. 308/2008 (NFJ040741)], dictadas ambas en recurso de casación para unificación de doctrina, exigiendo para una válida regularización no solo el pago, sino una declaración complementaria donde se hagan constar periodos, bases y cuotas, ya que **«resulta inconcebible tanto una regularización voluntaria que no sea veraz o cierta como una regularización que oculte, aunque sea por silencio, la obligación tributaria a que aquella se refiera. Dicho en otros términos, no puede hablarse de "regularización tácita"»**.

El artículo 305 recoge como uno de los tipos del injusto el defraudar eludiendo el pago de cantidades *retenidas* o que *se hubieran debido retener* o ingresos a cuenta de retribuciones en especie. Se trata de un tipo distinto al resto, en tanto son diferentes las obligaciones, presupuesto de hecho y sujeto activo (AYALA GÓMEZ, 2009, pág. 160). Es más, en el supuesto de cantidades no retenidas efectivamente no se habría producido ningún beneficio para la empresa, sino para los trabajadores. Y siguiendo dicha vía en estos últimos años se ha producido jurisprudencialmente un cambio en la consideración de la autonomía de las retenciones y pagos fraccionados. La citada autonomía frente a la obligación principal se ha matizado y se entiende que la regularización de la situación tributaria por el sujeto al que se le debería haber retenido implica la imposibilidad de exigir al retenedor la cantidad ya ingresada por el contribuyente⁹⁰. Es decir, el cumplimiento de la obligación principal extingue la posibilidad de exigir la cantidad correspondiente a la retención. Y en el caso de los pagos fraccionados, la solución es la misma cuando con la declaración final se regularizan los pagos anteriores [Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 17 de marzo de 2010, RG 212/2009 (NFJ038916)], aunque a los efectos de este trabajo no interesa en tanto que el tipo del delito fiscal no recoge dentro del tipo dejar de ingresar pagos fraccionados (art. 305.1 del CP).

Con relación a las retenciones, el TS ha mantenido recientemente que es obligatoria una declaración completa y veraz para que opere la regularización por recargo extemporáneo [Sentencia de 11 de

⁹⁰ Entre otras, STS de 27 de febrero de 2007 [rec. núm. 2400/2002 (NFJ025573)], de 16 de julio de 2007 (rec. núm. 398/2004), de 5 de marzo de 2008 [rec. núm. 3499/2002 (NFJ028403)], de 17 de junio de 2010 [rec. de casación para unificación de la doctrina núm. 188/2005 (NFJ039169)], SAN de 4 de junio de 2009 (rec. núm. 339/2005) y la Resolución del TEAC de 3 de abril de 2008 (RG 3654/2006 y 3655/2006) y de 14 de julio de 2010 (RG 661/2008). Recientemente el TEAR de Castilla y León, Sala de Burgos, ha mantenido en Resolución de 1 de diciembre de 2010 (reclamación 09/654/2009) que en el caso de que el retenido fuera residente fiscal en Navarra y allí fuera donde hubiera regularizado, no se habría producido un doble pago en la AEAT (sino en dos Administraciones distintas), y, por tanto, no habría un enriquecimiento injusto por parte de la AEAT, por lo que las citadas retenciones sí podrían ser exigidas al retenedor.

noviembre de 2010, rec. núm. 4663/2007 (NFJ041171)]. Pero en dicho caso lo que se planteaba era un pago de una cuantía efectivamente retenida que se ocultaba en una declaración posterior. Lo que afecta en este estudio es qué sucede penalmente cuando la entidad no ha retenido y cuando ese pago no es ya necesario porque ha sido ingresado por el propio sujeto al que se le debía haber retenido.

Este supuesto abre dos vías distintas. Una primera, si en el caso de que los contribuyentes regularicen su situación se puede hablar de la propia existencia de un delito contra la Hacienda Pública. Así, en el *Manual de delitos contra la Hacienda Pública* elaborado por la Abogacía del Estado en 2004 (pág. 294) se podía ya leer que cuando los trabajadores declaren las cantidades, sin elevar al íntegro, no se produce a primera vista un perjuicio patrimonial a la Hacienda Pública, por lo que sería «francamente difícil que por el simple juego de los intereses de demora por el retraso en la percepción de cantidades por la Hacienda, se pudiera alcanzar la cifra propia del delito contra la Hacienda Pública»⁹¹. Se ha incluso entendido que la conducta del retenedor no puede ser calificada de *antijurídica* por ausencia de lesión material al bien jurídico protegido por la norma, ya que al no haber cantidad dejada de ingresar no hay daño o perjuicio para la Hacienda Pública causado por el retenedor y, por tanto, no hay conducta antijurídica (PRIETO RUIZ, 2011, pág. 56). La otra opción es entender que dicho delito se ha producido y consumado y lo que debe someterse a revisión es el concepto de *regularización*⁹². Y esa, entendemos, es la vía. Penalmente se habría consumado el tipo (defraudar mediante la no práctica de retenciones) y ahora lo que habría que valorar es la operativa de la regularización y cómo engarzan las conclusiones de la Circular de la FGE 2/2009 en este nuevo escenario.

Una interpretación autárquica de la regularización con arreglo a los cánones del Derecho penal supondría que un pago realizado por un tercero (el que debió de soportar la retención) dentro de su propia relación jurídico-tributaria no supone por parte del obligado a retener una actitud espontánea y veraz, declarando sus incumplimientos y poniendo en orden su situación. Es decir, no cumpliría con los cánones de la regularización del delito fiscal y, por tanto, podría estar incurso en responsabilidad penal⁹³. La cuestión sería determinar qué comportamiento se considera necesario para regu-

⁹¹ Sin embargo, en la edición de 2008 del *Manual de delitos contra la Hacienda Pública* elaborado por la Abogacía del Estado la anterior cita se ha suprimido (autora ROLDÁN CENTENO, pág. 306). Por otro lado, en el Observatorio de Derecho Penal y Delitos Económicos 2010 de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense URJC-KPMG (*La Ley*, 7.594, 2011) se recoge la opinión del Sr. GARCÍA MUÑOZ afirmando que si se parte de que el fundamento del delito fiscal tiene su base en un deber de lealtad, se podría actuar penalmente, pero si se considera que lo que se defiende es el interés patrimonial del Estado, entonces no habría espacio para el delito cuando las cantidades dejadas de ingresar hubieran sido deducidas por el contribuyente.

⁹² En el ámbito tributario PRIETO RUIZ (2011, pág. 46) advierte que la Inspección de los tributos está abriendo procedimientos sancionadores por cuotas no ingresadas, pese a que las mismas no son objeto de la correspondiente liquidación administrativa. En este sentido, la Resolución del TEAC de 12 de febrero de 2009 [RG 4144/2006 (NFJ032559)] sostiene que la conducta es sancionable. La SAN de 3 de noviembre de 2010 [rec. núm. 304/2009 (NFJ041166)] recoge la doctrina del TS donde afirma que la no exigencia de las retenciones no «impide que la Administración pueda exigir del retenedor los efectos perjudiciales que para ella se hayan producido por el hecho de no haberse practicado, o haberse practicado mal, la retención (estamos pensando en los intereses y en las sanciones que el retenedor pueda merecer)». Pero entiende que «este supuesto ha de interpretarse restrictivamente» y en el caso de autos concluye «que no puede aplicarse un tipo sancionador con un concreto porcentaje sobre una cuantía que ya no ha de ser regularizada, y que por tanto tiene base 0».

⁹³ MÁRQUEZ RABANAL (2009, pág. 819) sostiene que el pago por el sujeto al que se le debió retener no afecta al delito consumado por el retenedor, ni puede considerarse una excusa absolutoria, en tanto esta es personalísima y el pago por el retenido no exonera al retenedor. En todo caso, deberá tenerse en consideración para minorar la responsabilidad civil del delito. PRIETO RUIZ (2011, pág. 54) entiende, en el ámbito tributario, que el pago ha de tener el mismo efecto absolutorio que si la deuda fuera satisfecha por el retenedor, ya que los efectos exoneradores deben ser extensibles al retenedor. En este sentido justifica que en el ordenamiento tributario el pago por tercero está permitido (art. 33.1 del RGR).

larizar penalmente y, en especial, si es necesario el pago por parte de un retenedor que puede ser que no tenga que ingresar porque los fondos ya constan en la Hacienda Pública. AYALA GÓMEZ (2009, págs. 165 y 166) afirma que en el caso de que el contribuyente al que se debía haber retenido regularice su deuda y lo hizo en tiempo y modo a los que hace mención el artículo 305.4 no puede mantenerse la concurrencia de un delito, aunque sí la existencia de un ilícito tributario ⁹⁴.

A nuestro parecer, la situación de las retenciones no practicadas por una entidad pero sí declaradas por el sujeto al que se le debió retener pone de manifiesto la no necesidad del pago para la regularización ⁹⁵. El supuesto que planteamos parte de la base de que la empresa no ha retenido las cantidades que debería haber debido retener, y, por tanto, que no ha tenido lucro para sí misma. Y en estas circunstancias el pago no debe ser un elemento necesario de la regularización porque no se sabe cuánto se debe al no tener constancia de las posibles regularizaciones realizadas por los terceros. Es incluso posible que no exista deuda. Bajo estas premisas, el pago se configura como una condición de imposible cumplimiento, porque la deuda no está determinada en el momento de la regularización. Lo único que puede regularizar la situación penal de este retenedor es poner de manifiesto las cantidades que se han debido de retener, los periodos, e identificar a los retenedores con sus datos fiscales, de tal manera que fuera la Administración, tal y como exige la jurisprudencia, la que pasara a comprobar el ingreso efectivo por parte de los sujetos a los que se debió retener. Se trataría no de una autoliquidación con declaración de cantidad sino una simple declaración donde se identificaran todos los datos necesarios. Y solo posteriormente, cuando la AEAT hubiera fijado el importe de la deuda real es cuando sería posible exigir el pago para que dicha regularización pudiera ser efectiva ⁹⁶. Pero sería en un momento posterior al de la presentación de la declaración. Entendemos, por tanto, que no sería obligatorio el pago con la presentación de la declaración.

8. CONCLUSIONES

1. El concepto de regularización de la situación tributaria empleado en el artículo 305.4 del CP es insuficiente para determinar el régimen jurídico de esta figura.
2. Uno de los problemas, capital en estas épocas de crisis económica y de falta de liquidez, es si la regularización requiere el ingreso efectivo de la autoliquidación presentada fuera de plazo. Y hay dos posturas irreconciliables. Las que requieren el pago (Circular 2/2009 de

⁹⁴ CAYÓN GALIARDO (2008, pág. 18) sostiene que si no hay obligación de pago se pueden plantear problemas de proporcionalidad y antijuricidad a la hora de sancionar, tanto en el ámbito administrativo como en el penal.

⁹⁵ Pero es que incluso la legislación alemana que es la que exige expresamente el ingreso como elemento de la reparación, y en la que se ha alimentado la doctrina española que exige el pago, señala que el ingreso solo es obligatorio cuando nos encontremos ante impuestos defraudados en «su propio beneficio» (§371-2 AO). Y en el caso de las retenciones no practicadas el defraudador no tiene un beneficio propio.

⁹⁶ La Resolución del TEAC de 1 de junio de 2010 [RG 590/2010, en recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio (NFJ040339)] señala que «debería interpretarse lo señalado por el Tribunal Supremo como la necesidad de que por la Administración se acredite la ausencia de aquel doble pago, lo que ciertamente se adivina incorporando al expediente prueba acerca del importe y concepto de la renta declarada por el perceptor, así como del importe de la retención deducida por aquella percepción cuya retención a cuenta ahora se discute». Y si los obligados no han presentado la declaración-liquidación relativa a su imposición personal por el periodo regularizado, basta con que se haga mención a «no declarantes».

la FGE y últimas sentencias del TS) frente a quienes entienden que lo único necesario es una declaración completa y veraz. Ambas facciones encuentran suficientes argumentos sustantivos para poder apoyar sus tesis, aunque lo cierto es que la Circular 2/2009 de la FGE obliga a los fiscales a iniciar los procedimientos penales en el caso de que se encuentren ante declaraciones extemporáneas sin ingreso, lo que además supone condicionar el comportamiento de los distintos agentes del sistema.

3. A nuestro juicio, los argumentos que deben prevalecer a la hora de interpretar el alcance del concepto *regularizar* son que los relacionan la vía penal con el resto del sistema jurídico y, en especial, con el procedimiento. Así, entendemos que los distintos procedimientos tributarios se han regulado legalmente vinculando la remisión de los expedientes penales por el departamento de inspección dentro de actuaciones de comprobación e investigación. Cuando se presenta una autoliquidación fuera de plazo sin ingreso la normativa no ha dispuesto ninguna cláusula de paralización de la vía ejecutiva, exigiendo la totalidad de recargos e intereses, y la remisión de los expedientes al Ministerio Fiscal. El procedimiento legal está configurado de forma que no deja lugar a dudas sobre proseguir con la vía ejecutiva. Y esto nos debería llevar a una interpretación sistemática donde el legislador parece exigir solo una declaración veraz y completa para eximir de responsabilidad penal. Además, la exigencia del pago plantea problemas adicionales en el caso de las deudas tributarias prescritas administrativamente –pero dentro del periodo de prescripción penal– y con relación a la situación en la que quedan los terceros implicados en el delito.
4. Dentro de un procedimiento concursal no es posible regularizar con ingreso en el caso de deudas tributarias devengadas antes de la declaración de concurso –créditos concursales–. Exigir el pago haría imposible regularizar el delito fiscal a las personas concursadas, poniéndoles en una situación de desigualdad frente al resto de obligados tributarios.
5. Si se acepta como condición para la regularización la efectividad del pago, sería necesario determinar qué actuación debe realizar la AEAT ante las autoliquidaciones extemporáneas sin ingreso. Entendemos que el departamento de recaudación no podría remitir de forma directa el expediente al Ministerio Fiscal, sino que tendría que abrirse una inspección a los efectos de valorar tanto la existencia del dolo como la determinación real de una deuda superior al umbral del delito contra la Hacienda Pública.
6. La remisión del expediente por las dependencias de recaudación a la Inspección supone en sí mismo, una anomalía, en tanto no se trataría de un procedimiento dirigido a la liquidación sino a determinar si se ha producido un delito fiscal, por lo que nos encontramos en una especie de instrucción donde los obligados tributarios no gozan de las garantías que debe llevar aparejadas un procedimiento de este tipo (derecho a no declarar contra sí mismo, asistencia letrada, etc.). Además, debería determinarse el alcance que tendría la atenuante de confesión que según la FGE supone la presentación de la autoliquidación en función del comportamiento que el obligado tributario tuviera en sede de inspección.
7. Hasta la Ley Orgánica 5/2010, de modificación del CP, la remisión del expediente al Ministerio Fiscal obligaba a paralizar el expediente de liquidación y, por tanto, la recaudación. Con la reforma del CP este sistema se ha puesto en entredicho, aunque se entiende que será necesaria la adecuación de la normativa tributaria para poder proceder a la liquidación y recauda-

- ción con independencia de que esté sustanciándose un procedimiento por delito contra la Hacienda. En cualquier caso, si se permitiera continuar con el procedimiento de recaudación debería determinarse si son exigibles los recargos del artículo 27 de la LGT y el efecto que la realización de la deuda como consecuencia del procedimiento ejecutivo tiene sobre el proceso penal al haberse reparado el daño antes del comenzar el juicio de oral (art. 21.5 del CP).
8. En el caso de que se aceptara el pago como un requisito inexcusable de la regularización se ha cuestionado si sería posible hacer frente al mismo mediante un aplazamiento o fraccionamiento aceptado por la Administración. Si bien la FGE no se pronuncia en su Circular, incluso la doctrina penal que apoya las tesis de la completa reparación sí se muestra proclive a aceptar el aplazamiento o fraccionamiento. Sin embargo, entendemos que los inconvenientes que el procedimiento de aplazamiento y fraccionamiento suscita, y que en última instancia dejaría en manos del propio acreedor el hecho de eximir de la pena, nos lleva a seguir manteniendo que el pago no es un condicionante para la exención de la pena.
 9. En el caso de los delitos fiscales que se puedan consumir como consecuencia de retenciones dejadas de practicar se cuestiona qué sucede en el supuesto de que el sujeto al que se le debía haber retenido haya regularizado su situación personal. Con arreglo a la doctrina del TS que proscribire el enriquecimiento injusto no es posible exigir al retenedor las cuantías ya ingresadas por los contribuyentes. A nuestro parecer, eso implica que en el caso de delito fiscal la regularización de aquellos que no retuvieron las cantidades legales solo puede venir de la presentación de una declaración completa y veraz, pero en ningún caso es posible exigirles un ingreso al que no se puede saber si están obligados.
 10. El principio de seguridad jurídica exige una reforma del artículo 305.4 del CP. Y una de las cuestiones que debe solventarse es si el pago es un requisito preceptivo junto con la declaración completa y veraz. Nuestra opinión es que no debe exigirse. Pero si el legislador penal opta por la solución contraria, debería regularse a qué alcanza el pago (cuota o deuda) y el tiempo y la forma de hacerlo, así como adecuar el procedimiento administrativo vinculado a las autoliquidaciones extemporáneas sin ingreso, además de dar una solución a las personas en fase de concurso por los créditos concursales y a los terceros que hayan participado en la comisión del delito.

Bibliografía

- Abogacía General del Estado [2004]: *Manual de delitos contra la Hacienda Pública*, Ministerio de Justicia, Madrid.
- AGUALLO AVILÉS, A. y BUENO GALLARDO, E. [2008]: «El contenido del derecho a no autoincriminarse: en especial, divergencias entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Memoria de don Cesar Albiñana García-Quintana*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- ALONSO GONZÁLEZ, L.M. [2007]: «El delito fiscal en los tributos autoliquidados», *Revista Técnica Tributaria*, num. 77.

- APARICIO PÉREZ, J. [1997]: *El delito fiscal a través de la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona.
- [2006]: «El delito fiscal, jurisprudencia y Ley General Tributaria», en AA.VV., *La justicia en el diseño de los tributos*, L Semana de Estudios de Derecho Financiero, IEF, Madrid.
- AYALA GÓMEZ, I. [2009]: «Los "delitos contra a Hacienda Pública" relativos a los ingresos tributarios: el llamado "delito fiscal" del artículo 305 del Código Penal», AA.VV (coord. DE TOLEDO Y UBIETO), *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*, Tirant lo blanch, Valencia.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. [1997]: «Artículo 305», en AA.VV., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, coord. CONDE-PUMPIDO, Trivium, Madrid.
- BAJO, M. [2007]: «Algunas cuestiones del delito tributario», en AA.VV., *Política fiscal y delitos contra la Hacienda Pública*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.
- BAJO, M. y BACIGALUPO, S. [2001]: *Derecho Penal Económico*, Ramón Areces, Madrid.
- BARRACHINA JUAN, E. [2007]: «Algunos aspectos conflictivos de la regularización tributaria en el delito fiscal», *Consell obert: Recull informatiu del Consell General de Col·legis de Graduats Socials de Catalunya*, núm. 220.
- BAZA DE LA FUENTE, M.L. [1997]: *El delito fiscal: particular referencia al artículo 305 del Código Penal*, Tesis Doctoral, UCM.
- BILBAO ESTRADA, I. y CHAZARRA QUINTO, A. [2007]: «La supresión del trámite de audiencia en los delitos contra la Hacienda Pública. Una reflexión en torno a la deficiente articulación de los procedimientos de aplicación de los tributos y el proceso penal (I)», *La Ley*, núm. 6.752 (ejemplar obtenido en soporte electrónico y sin pagar).
- BLÁZQUEZ LIDOY, A. [2004]: «El delito de alzamiento de bienes por deudas autoliquidadas y no ingresadas. La necesidad de previa comprobación como requisito de procedibilidad penal», *RCyT. CEF*, núm. 256.
- BOIX REIG, J. y MIRA BENAVENT, J. [2000]: *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Tirant lo blanch, Valencia.
- BONET Y NAVARRO, A. [1979]: *La prueba de confesión en un juicio*, Bosch, Barcelona.
- BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A. [2004]: «La regularización postdelictiva en los delitos contra Hacienda Pública y la Seguridad Social», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XXIV.
- CALDERÓN CEREZO, A. [2000]: «Efectos penales de la regularización tributaria», en AA.VV., *El delito fiscal*, Foro de abogados tributaristas-Gaceta Fiscal.
- CALVO ORTEGA, R. [2007]: *Curso de Derecho financiero I. Derecho tributario*, 11ª edición, Thomson-Civitas, Pamplona.
- CASADO OLLERO, G. [2008]: «Administración tributaria, jurisdicción penal y delito fiscal», en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Memoria de don Cesar Albiñana García-Quintana*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- CAYÓN GALIARDO, A. [2008]: «Comprobación a retenedores y posible enriquecimiento injusto de la Administración. La doctrina del Tribunal Supremo y sus efectos», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 82.
- CHICO DE LA CÁMARA, P. [2009]: «La "crisis empresarial" como posible causa de justificación de la comisión del delito fiscal», en AA.VV., *La crisis económica y su incidencia en el sistema tributario*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- [2010]: «Delito fiscal», en AA.VV., *Fiscalidad Práctica. Tomo I (Procedimientos Tributarios)*, Civitas, Pamplona.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A. [2004]: «Incidencia de la nueva Ley General Tributaria en el delito fiscal. Una necesaria revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *La Ley*, núm. 5.928 (ejemplar obtenido en soporte electrónico y sin pagar).
- COLLADO YURRITA, P. [1996]: *La actuación de la Inspección Financiera y Tributaria en la instrucción del proceso por delito fiscal*, Tirant lo blanch, Valencia.
- DE ASIS ROIG, R. [1995]: *Jueces y Normas (La decisión judicial desde el Ordenamiento)*, Marcial Pons, Madrid.

- DE LA MATA BARRANCO, N. [2005]: «La cláusula de regularización tributaria en el delito de defraudación fiscal del artículo 305 del Código Penal», en AA.VV., *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid.
- DOMÍNGUEZ PUNTAS, A. [2011]: «La naturaleza del delito fiscal. El delito fiscal como delito subyacente del delito de blanqueo de capitales. El autoblanqueo (III, IV y V)», *Actum fiscal*, núm. 47
- FALCÓN Y TELLA, R. [2011]: «La reforma del Código Penal: la nueva concepción de la "responsabilidad civil" derivada del delito fiscal y la posible concurrencia de este con el delito de blanqueo», *Quincena Fiscal*, núm. 1 (ejemplar obtenido en soporte electrónico y sin paginar).
- GIL MARTÍNEZ, A. [2005]: «Instrucción de los delitos fiscales y contra la Hacienda Pública», en AA.VV., *La instrucción de los delitos económicos y contra la Hacienda Pública*, Estudios de Derecho Judicial.
- HERMOSÍN, M. [2008]: *Procedimiento sancionador tributario. Cuestiones problemáticas*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M. [2010]: «Prejudicialidad penal y delito fiscal», *XXXIII Jornadas de la Abogacía General del Estado*, en http://www2.mjusticia.es/cs/Satellite/es/1215197982545/Estructura_P/1215198020178/Detalle.html.
- HINOJOSA TORRALVO, J.J. [2010]: «Regularizaciones tributarias y exenciones de responsabilidad penal y sancionadora», en AA.VV., *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, Tomo I, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- IGLESIAS RÍO, M.A. [2003]: *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*, Tirant lo blanch, Valencia.
- [2009]: «Las cláusulas de regularización tributaria y relativas a las subvenciones de los artículos 305.4 y 308.4 del Código Penal», AA.VV. (coord. DE TOLEDO Y UBIETO), *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*, Tirant lo blanch, Valencia.
- LARENZ, K. [1966]: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Traducción de RODRÍGUEZ MOLINERO, 1994, Ariel, Barcelona.
- LINARES GIL, M. [2009]: «Incidencia en los créditos públicos del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11 (ejemplar obtenido en soporte electrónico y sin paginar).
- [2010]: «El nuevo apartado 5 del artículo 305 del Código Penal y su incidencia en la prejudicialidad en el delito», *XXXIII Jornadas de la Abogacía General del Estado*, http://www2.mjusticia.es/cs/Satellite/es/1215197982545/Estructura_P/1215198020178/Detalle.html.
- LITAGO LLEDÓ, R. [2000]: *Las autoliquidaciones tributarias ante la recaudación ejecutiva*, Aranzadi, Pamplona.
- MÁRQUEZ RABANAL, A. [2009]: «Particularidades del delito en retenciones e ingresos a cuenta. Particularidades del delito en otros tributos: Impuestos Especiales, Transmisiones Patrimoniales, Patrimonio, Tasa Láctea», en AA.VV., *Delito fiscal*, Ciss, Madrid.
- MARTÍN QUERALT, J. [2010]: «La aplicación de los principios penales al ordenamiento sancionador tributario... O de la primacía de los matices sobre el fondo», en AA.VV., *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, Tomo II, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, TEJERIZO LÓPEZ y CASADO OLLERO [2008]: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 19.ª edición, Tecnos, Madrid.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, C. [1995]: *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid.
- MERINO SÁENZ, L. [2000]: «La inspección de los tributos ante el delito fiscal», en AA.VV., *El delito fiscal*, Foro de abogados tributaristas-Gaceta Fiscal.

- MORENO FERNÁNDEZ, J.I. [2010]: «Los principios constitucionales del procedimiento sancionador tributario a la luz de la jurisprudencia constitucional», en AA.VV., *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, Tomo II, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- Observatorio del Delito Fiscal [2006]: Primer Informe del Observatorio Administrativo Previsto en el Convenio de 30 de junio de 2005 entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Secretaría de Estado de Justicia en Materia de Prevención y Lucha contra el Fraude Fiscal. En la página web de la AEAT.
- PALAO TABOADA, C. [2008]: *El derecho a no autoinculparse en el ámbito tributario*, Civitas, Pamplona.
- PÉREZ MARTÍNEZ, D. [2008]: «Causas de justificación. La regularización tributaria», en Abogacía General del Estado, *Manual de delitos contra la Hacienda Pública*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- PÉREZ ROYO, F. [2005]: *Derecho financiero y tributario. Parte general*, 15.ª edición, Thomson-Civitas, Pamplona.
- PRIETO RUIZ, J. [2011]: «La imposición de sanciones al retenedor conforme a la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre retenciones», *RCyT. CEF*, núm. 334.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J. [2007]: «La regularización como comportamiento postdelictivo en el delito fiscal», en AA.VV., *Política fiscal y delitos contra la Hacienda Pública*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.
- RIBES RIBES, A. [2007]: *Aspectos procedimentales del delito de defraudación tributaria*, Iustel, Madrid.
- RIFÁ SOLER, J.M.; VALLS GOMBAU, J.F. y RICHARD GONZÁLEZ, M. [2003]: *El proceso penal práctico*, La Ley, Madrid.
- ROMERO GARCÍA, F. [2009]: «El instituto jurídico de los aplazamientos y fraccionamientos de deudas tributarias», *Revista española de Derecho financiero*, núm. 141.
- SABADELL CARCINERO, C. [2009]: «La regularización tributaria como causa de exención de la responsabilidad penal», en AA.VV., *Delito fiscal*, Ciss, Madrid.
- SÁNCHEZ HUETE, M.A. [2010]: «Aplazamiento y fraccionamiento de la deuda tributaria en momentos críticos de la actividad económica», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 91.
- SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A. [2007]: *Responsabilidad penal, civil y administrativa del asesor fiscal*, Centro de Estudios Financieros, Madrid.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. [2002]: *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, Aranzadi, Pamplona.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. [1998]: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ramón Areces, Madrid.
- SANZ DÍAZ PALACIOS, J.A. [2009]: *Deuda tributaria y responsabilidad civil por delito fiscal*, Atelier, Barcelona.
- [2010]: «Responsabilidades civil por delito fiscal y excusa absolutoria penal (reflexiones ante el proyecto de reforma de la Ley de Orgánica 10/1995)», *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, núm. 4.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L. y CORTÉS BECHIARELLI, E. [2002]: *Delitos contra la Hacienda Pública*, Edersa, Madrid.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. [2005]: *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona.
- SIMÓN ACOSTA, E. [2010]: «De nuevo sobre la prescripción de delitos tributarios», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 807.
- VELARDE ARAMAYO, S. [2010]: «Naturaleza jurídica de los recargos por declaración extemporánea», en AA.VV., *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, Tomo I, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- VILLAR EZCURRA, J.L. [1995]: Voz «Circular», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I., Civitas, Madrid.
- VIVES ANTON, T.S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. [1998]: *Los delitos de alzamiento de bienes*, Tirant lo blanch, Valencia.

MOROSIDAD Y FISCALIDAD EN ESPAÑA Y PORTUGAL EN LOS IMPUESTOS SOBRE SOCIEDADES Y SOBRE EL VALOR AÑADIDO

LUIS CORCHERO ROMERO

*Abogado y Asesor Fiscal
Presidente de FUNDETRIB (Fundación para Estudios
Tributarios y Empresariales de Extremadura)*

Extracto:

LA morosidad en el tráfico económico profesional es una de las lacras que más está perjudicando el tejido empresarial. Sin duda implica una minoración de la capacidad económica que ha de tener reflejo en la imposición directa si no se quiere gravar injustamente una capacidad contributiva mayor que la real. Desde la perspectiva de la imposición indirecta, la morosidad supone una desviación de la carga tributaria hacia sujetos distintos de aquellos a los que la ley pretende incidir con el impuesto. Las normas fiscales, sin embargo, confieren un tratamiento a la morosidad ciertamente distorsionador, en cuanto distan de adaptarse a las consecuencias dañosas que el impago de las facturas ocasiona. Esta falta de adaptación, que en una situación normal puede observarse como una previsión curiosamente rigurosa, en el contexto de crisis económica constituye una rabiosa injusticia impropia de normas fiscales modernas de cuyo cumplimiento voluntario por los contribuyentes depende en gran medida el sostenimiento de las cargas públicas.

Palabras clave: IS, IVA, criterio de devengo, criterio de caja, pérdidas por deterioro de créditos, modificación de la base imponible, concurso de acreedores y créditos incobrables.

DEFAULT AND TAXATION IN SPAIN AND PORTUGAL FROM THE PERSPECTIVE OF CORPORATE TAX AND VAT

LUIS CORCHERO ROMERO

*Abogado y Asesor Fiscal
Presidente de FUNDETRIB (Fundación para Estudios
Tributarios y Empresariales de Extremadura)*

Abstract:

DEFAULT in payment in professional economic traffic is one of the most damaging scourges for the business network. It certainly implies a reduction of economic capacity that must be reflected in direct taxation, if an unjust taxation over the actual contributory capacity is to be avoided. From the perspective of indirect taxation default entails a deviation of the tax burden to persons other than those intended by the law. Tax regulation, however, gives default a distorted treatment, since it is far from adapting to the harmful consequences that non-payment of bills causes. This lack of adaptation, which in a normal situation could be seen as a curiously rigorous legal treatment, in the context of economic crisis constitutes a raging injustice improper of modern fiscal regulation, whose wilful compliance by taxpayers is greatly responsible for the sustainment of the public tax burden.

Keywords: Corporate Tax, VAT, accrual basis, cash basis, bad debt allowance, tax base adjustment, bankruptcy and insolvency proceedings.

Sumario

El tratamiento fiscal español y portugués de la morosidad en los Impuestos sobre Sociedades y sobre el Valor Añadido.

- I. Introduccion. El criterio de devengo en el contexto de la morosidad propia de la crisis económica.
 1. La problemática en el IS.
 2. La problemática en el IVA.
- II. El tratamiento fiscal de la morosidad en la península ibérica en el IS y en el IVA.
 1. La morosidad en el IS español y en el Imposto sobre Renta de Pessoas Colectivas (IRC) portugués.
 2. La morosidad en la imposición indirecta: IVA español. Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) portugués.
- III. Expectativas de futuro. El criterio de caja.

EL TRATAMIENTO FISCAL ESPAÑOL Y PORTUGUÉS DE LA MOROSIDAD EN LOS IMPUESTOS SOBRE SOCIEDADES Y SOBRE EL VALOR AÑADIDO

Organizadas por la Fundación para Estudios Tributarios de Extremadura (FUNDETRIB), se han celebrado con fechas 18 y 19 de noviembre de 2010 en Badajoz y en la localidad portuguesa de Elvas respectivamente, las *II Jornadas de Fiscalidad Hispano Portuguesa*. En dichas jornadas se han abordado cuestiones de diversa naturaleza que eran merecedoras del interés profesional que rodea el contexto de las relaciones económicas que tienen lugar en el marco geográfico de la frontera luso española. Entre las conferencias pronunciadas tuvo lugar la dedicada al tratamiento fiscal de la morosidad en ambos países, a lo largo de cuya exposición, tomando como punto de partida el desajuste de la legislación fiscal basada en la aplicación del criterio de devengo con la actual realidad económica, se aborda la regulación de la materia en la normativa española y portuguesa, para, finalmente, extraer unas conclusiones y propuestas de *lege ferenda* que se consideran convenientes a fin de alcanzar una regulación más razonablemente adaptada al actual contexto socio económico.

I. INTRODUCCION. EL CRITERIO DE DEVENGO EN EL CONTEXTO DE LA MOROSIDAD PROPIA DE LA CRISIS ECONÓMICA

Con motivo de la celebración en el mes de marzo de 2009 de unas jornadas técnicas tituladas «Respuestas ante la crisis», un grupo de catedráticos y profesores de Universidad ¹ ponía de relieve las distorsiones que el criterio de devengo venía a producir en el marco de crisis económica en el que estamos inmersos, sugiriendo como una de las reacciones de la regulación fiscal a la crisis económica sustituir el criterio de devengo por el de cobros y pagos o, al menos, permitir su utilización opcional por el sujeto pasivo tanto en el Impuesto sobre Sociedades (IS) como el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

1. La problemática en el IS

En efecto, en el IS rige el criterio de devengo del que se ocupa el artículo 19.1 del TRLIS: «Los ingresos y los gastos se imputarán en el periodo impositivo en que se devenguen, atendiendo a la corriente real de bienes y servicios que los mismos representan, con independencia del momento en que se produzca la corriente monetaria o financiera, respetando la debida correlación entre unos y otros». En el escenario de crisis económica en el que nos hallamos, el criterio de devengo provoca

¹ LASARTE ÁLVAREZ, Javier; FACES GARCÍA, Fernando; DURBÁN OLIVA, Salvador y ADAME MARTÍNEZ, Francisco D.: «Respuestas ante la crisis: posibles medidas fiscales y financieras», *RCyT*. CEF, núms. 317-318 (agosto-septiembre 2009).

indudables distorsiones en la medida en que puede resultar exigible el impuesto correspondiente a una serie de facturas sin que se haya producido el cobro de las mismas. En no pocos casos, sin que dicho cobro vaya a producirse nunca. Parece más razonable en este contexto económico que los ingresos se puedan imputar en el periodo en que se cobran y, correlativamente, los gastos en el ejercicio en que se pagan. Es decir, el criterio de caja, que atiende, no al nacimiento de las obligaciones, sino a su efectivo cumplimiento. Propugnan como solución los autores de la propuesta la instauración del criterio de cobros y pagos como forma de evitar estos efectos indeseados en la aplicación de este impuesto. La regla general, sin embargo, es la del criterio de devengo, permitiéndose, tan solo, optar por la imputación en función de los cobros en el caso de las operaciones a plazo.

La posibilidad de aplicar el criterio de cobros y pagos se recoge, no obstante, aunque de forma excepcional en el apartado 2 del artículo 19, conforme al cual «la eficacia real de los criterios de imputación temporal de ingresos y gastos, distintos de los previstos en el apartado anterior, utilizados excepcionalmente por el sujeto pasivo para conseguir la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados, de acuerdo con lo previsto en los artículos 34.4 y 38 i) del Código de Comercio, estará supeditada a la aprobación por la Administración tributaria en la forma que reglamentariamente se determine».

La regulación a nivel reglamentario es ciertamente desalentadora. Conforme al artículo 31 del Reglamento del Impuesto, la solicitud habrá de presentarse con, al menos, seis meses de antelación a la conclusión del primer periodo impositivo respecto del que se pretende que tenga efectos. El procedimiento para obtener la aprobación administrativa, que deberá finalizar antes de seis meses, se configura con las notas de contradicción propias de otros procedimientos de gestión tributaria: posibilidad de que la Administración requiera datos, antecedentes, informes y justificantes; y de que el sujeto pasivo aporte los documentos y justificantes que estime convenientes; puesta de manifiesto antes de redactar la propuesta de resolución, plazo de alegaciones y, finalmente, resolución que pone fin al procedimiento. La Administración tributaria, por lo demás, suele ser reacia a la aprobación del criterio solicitado por el sujeto pasivo.

No parece muy adaptada esta regulación a la realidad social y económica que nos preside. Una regulación que pretendiera adaptarse a la problemática generada por la crisis económica debería establecer la posibilidad de que los sujetos pasivos se acogieran al criterio de caja mediante la mera indicación de la opción escogida en el propio modelo de declaración del impuesto.

La reacción que la regulación fiscal ofrece frente al problema de la morosidad no es otra que la posibilidad de deducir como gasto la provisión por deterioro de créditos, algo que se reserva para casos restringidos, como luego analizaremos, y que no resulta en modo alguno satisfactorio en los tiempos que corren.

2. La problemática en el IVA

En el IVA las distorsiones producidas por el criterio de devengo adquieren una mayor gravedad y requiere con más urgencia una revisión normativa.

Como es conocido, en el IVA la exigibilidad del impuesto tiene lugar en el periodo en que se produce la entrega de los bienes o la prestación de los servicios. Con mucha más frecuencia que en el IS (puesto que los periodos de liquidación son más cortos), en el actual escenario de crisis financiera, muchos sujetos pasivos se ven obligados a ingresar al Estado cuotas repercutidas que no han sido cobradas.

La distorsión que esta situación produce en la tesorería de las empresas es sumamente dañosa para el tejido económico y, lo que es más significativo, desborda de manera alarmante los criterios más elementales de justicia fiscal. El ejemplo más lacerante tiene lugar cuando los destinatarios de las entregas de bienes o prestaciones de servicios son entes públicos. Resulta absolutamente injustificable que el Estado exija al empresario o profesional el ingreso de cuotas que le han sido repercutidas cuando él mismo se retrasa abultadamente en su pago al sujeto pasivo proveedor de los bienes o prestador de los servicios.

En el momento crítico que atraviesa nuestra economía, la aplicación del criterio de devengo conduce a un sistema injusto en el que se «premia» al que compra y no paga y se «castiga» al que vende y no cobra. A una conclusión parecida se llega si se compara el distinto tratamiento en el IVA de los pagos anticipados (en los que se produce el devengo anticipado del impuesto) y de los pagos atrasados, que no comportan diferimiento alguno en la exigibilidad del impuesto.

Las estremecedoras consecuencias que exponencialmente se desprenden en el actual contexto deberían motivar una profunda reflexión de los poderes públicos acerca de la remoción de esta injusta situación, aborrecida en la práctica de forma unánime. Un sistema fiscal que se considera tan apartado de los más elementales criterios de justicia corre el riesgo de volverse ineficaz para los fines recaudatorios a que está llamado.

El criterio de caja se impone como solución necesaria frente a la situación descrita. Es decir, que el IVA se considere devengado cuando se cobra a la vez que pueda ser deducida una vez sea satisfecha la cuota soportada no solo es el común sentir de los profesionales. Constituye el clamor popular.

II. EL TRATAMIENTO FISCAL DE LA MOROSIDAD EN LA PENÍNSULA IBÉRICA EN EL IS Y EN EL IVA

La reacción de los ordenamientos tributarios español y portugués frente a la morosidad y las consecuencias que produce la aplicación del criterio de devengo se canaliza en el IS a través de la deducción de la provisión por deterioro de créditos (la antigua provisión por insolvencias) y en el IVA mediante la recuperación de las cuotas devengadas.

En las próximas líneas se analizará la normativa de ambos países en la materia, anticipando desde ya lo insuficiente que resulta el remedio legal para corregir las distorsiones que la aplicación del criterio de devengo provoca en el contexto de crisis económica.

1. La morosidad en el IS español y en el Imposto sobre Renta de Pessoas Colectivas (IRC) portugués

Los efectos negativos para un sujeto pasivo de estos impuestos ocasionados por la morosidad de alguno de sus clientes tratan de ser paliados desde el punto de vista fiscal a través de la posibilidad de considerar como gasto deducible la provisión por deterioro de créditos («perdas por imparidade» en el ordenamiento portugués), que viene a corresponderse con la antes llamada provisión para insolvencias. Se prevé así la posibilidad de «neutralizar» fiscalmente un ingreso con la posibilidad de computar como gasto deducible el crédito impagado.

Sin embargo, esta neutralización, que no sería necesaria si el criterio de imputación temporal aplicado fuese el de cobros y pagos en lugar del de devengo, está sometida a unos requisitos tales que, en la práctica, ponen de relieve la distorsión que produce la fiscalidad sobre la actividad económica en esta materia. En efecto, tanto en la normativa española como en la portuguesa la deducibilidad de la provisión por deterioro de créditos está restringida a ciertos supuestos, muy semejantes en la configuración de ambas legislaciones, que, en la práctica, limitan enormemente su aplicación, con el consiguiente daño para las empresas que no logran cobrar sus créditos.

Así, a la vista de lo establecido en los artículos 12.2 del TRLIS (español) y 36 del CIRC (portugués) podemos enunciar que los casos en los que se admite la deducción de la provisión por deterioro de créditos se relegan a las situaciones de crisis económica del deudor, reclamación judicial y retraso en el pago por más de seis meses. La normativa española contempla otro supuesto adicional consistente en que el deudor haya sido procesado por un delito de insolvencia punible. Nos detendremos a examinar los supuestos mencionados.

A) La crisis económica del deudor

En esta materia, para la deducibilidad de la provisión por deterioro de créditos, la ley española exige que el deudor haya sido declarado en situación de concurso. En la misma línea, la norma portuguesa requiere que el deudor tenga pendiente un proceso de insolvencia y de recuperación de empresas, si bien admite además la deducción de la provisión cuando el deudor tenga pendiente un procedimiento de ejecución sobre sus bienes o derechos. El matiz diferencial portugués es digno de ser destacado, puesto que contempla el supuesto no poco frecuente de que el deudor, a pesar de hallarse en una situación de insolvencia, no inste su declaración de concurso. En estos casos, la existencia de un procedimiento de ejecución individual, cualquiera que sea el acreedor que lo promueva, debería tener la misma consecuencia a efectos fiscales que la declaración de concurso. Así lo reconoce la legislación portuguesa. En España, en cambio, se exige que sea el propio sujeto pasivo del IS que pretende deducirse el deterioro del crédito el que inicie una reclamación judicial (lo que nos situaría en el contenido del apartado siguiente), sin que pueda ser tenida en cuenta la situación de crisis económica del deudor evidenciada por la existencia de ejecuciones individuales sobre su patrimonio seguidas a instancia de otros acreedores distintos del sujeto pasivo.

Que la insolvencia pueda ser evidenciada a efectos fiscales por la existencia de procedimientos singulares de ejecución es una pauta que en la legislación portuguesa viene apoyada por la existencia de un sistema de publicidad basado en el registro informático de ejecuciones creado por la reforma del Código Procesal Civil portugués del año 2003 ². Este registro permite conocer los procedimientos de ejecución seguidos contra un deudor y sus vicisitudes, razón por la que, tanto en la materia que nos ocupa, como para la recuperación del IVA (como veremos) la norma portuguesa emplea frecuentemente la referencia de un procedimiento de ejecución para tener por acreditada la situación de insolvencia.

La exigencia española de que el deudor esté declarado en situación de concurso a la fecha de devengo de impuesto (cierre del ejercicio) obliga a tener en cuenta que dicha declaración ha de efectuarse mediante auto dictado por el Juez de lo Mercantil que esté conociendo del concurso. Esta exigencia en la práctica puede producir algunas sorpresas desagradables en aquellos procedimientos concursales que se inician en los últimos meses del ejercicio, ya que, en estos casos, dados los atascos que padecen muchos Juzgados de lo Mercantil, no es improbable que el auto de declaración de concurso sea dictado con posterioridad a la fecha del cierre del ejercicio, lo que impediría la deducción de la provisión por deterioro en el propio ejercicio en el que se inició el procedimiento. A este respecto, no debemos olvidar que, en el caso más general de los concursos voluntarios, la Ley Concursal (arts. 13 y 14) establece que el auto de declaración de concurso, en el supuesto de que el Juez aprecie la insolvencia del deudor, deberá ser dictado en el mismo día del reparto de la solicitud de concurso o, de no ser posible, en el siguiente hábil. A lo sumo, podrá mediar adicionalmente el plazo de subsanación de cinco días para el caso de que la solicitud presentada por el deudor adolezca de algún defecto que requieran de aquella. Es decir, el auto declarativo de la situación de concurso (en el ámbito de los concursos voluntarios, que es el mayoritario) debería ser dictado en un plazo, a lo sumo, no superior a siete días hábiles desde que se presentó la solicitud por el deudor. Como se sabe, en la práctica la Administración de Justicia no puede, en muchas ocasiones, cumplir con los plazos establecidos en la ley. Por ello, en los casos en que el cliente deudor de un sujeto pasivo presente

² Este registro fue creado por el Decreto Lei n.º 38/2003, de 8 de marzo, que reformó el artículo 806 del Código Procesal Civil, modificado después por los Decretos Leis n.ºs 199/2003, de 20 de septiembre, y 53/2004, de 18 de marzo.

1. El registro informático de ejecuciones contiene una relación de los procesos de ejecución pendientes y, respecto de cada uno de ellos, la siguiente información: a) identificación del procedimiento; b) el agente de ejecución (en España esta función es cumplida por el Procurador); c) identificación de las partes; d) solicitud; e) bienes señalados para embargo; f) bienes embargados; g) identificación de los créditos reclamados.
2. En el mismo registro consta igualmente una relación de las ejecuciones finalizadas o suspendidas, con mención, además de los extremos referidos en el apartado anterior, de los siguientes: a) la extinción con pago íntegro; b) la extinción con pago parcial; c) la suspensión de la instancia por no haber sido encontrados bienes embargables en los términos establecidos en los artículos 832.3.º y 833.6.º.
3. Los datos a que se refieren los párrafos anteriores serán introducidos diariamente por la Secretaría de la ejecución.
4. En el curso del procedimiento se procederá, además, a la introducción de los siguientes datos: a) la declaración de insolvencia y el nombramiento de un administrador, bien como terminación de un procedimiento especial de insolvencia, bien como su extinción por falta o insuficiencia de bienes susceptibles de traba; b) el archivo del proceso ejecutivo por no haberse encontrado bienes para embargo.
5. Los datos previstos en el número anterior serán acompañados de las menciones establecidas en los apartados a) y c) del número 1.

El artículo 807 del Código Procesal Civil dispone en su apartado 1.º que el titular podrá en todo momento solicitar la rectificación o actualización de los datos inscritos en el registro, pudiendo ser eliminada a requerimiento del deudor la mención de finalización con pago parcial o de suspensión de la ejecución una vez que este demuestre el cumplimiento de la obligación. El apartado 3 establece quiénes son las personas que pueden acceder al registro y las condiciones para ello.

solicitud declaración de concurso en el último trimestre del ejercicio y no hayan transcurrido seis meses desde el vencimiento de la obligación, este deberá estar muy atento a la fecha de declaración de concurso si quiere poder deducir la provisión por deterioro de créditos procediendo, en su caso, a la reclamación judicial. Y ello a pesar de que dicha reclamación judicial en la mayoría de las ocasiones no vaya a tener una eficacia distinta del desenvolvimiento natural del concurso. Este remedio puede resultar, así, acaso desproporcionado, pero mayor puede resultar la desproporción que se produce para un sujeto pasivo si tiene que declarar como ingresos las facturas impagadas y, pese a la casi total certeza de que no serán cobradas (o lo serán en una parte y tras una espera considerable), no serle admitida como gasto deducible la provisión por deterioro de créditos. Quizás este problema se habría evitado si, en lugar de exigirse la declaración de concurso a la fecha de devengo del impuesto, el requisito legal hubiese sido el de la presentación de solicitud de declaración de concurso antes de la fecha de cierre del ejercicio del sujeto pasivo acreedor, si bien condicionada a que el Juzgado de lo Mercantil correspondiente dicte finalmente el auto declarativo de la situación concursal, cualquiera que sea la fecha de este.

B) La reclamación judicial o sometimiento a procedimiento arbitral

El supuesto de haberse reclamado judicialmente el cobro de los créditos como requisito para la deducibilidad de la provisión por deterioro de los créditos morosos no reviste diferencias en las legislaciones española y portuguesa.

El requisito de la reclamación judicial confiere una nota de evidencia de que el crédito no va a ser pagado voluntariamente por el deudor y que, por tanto, dentro de la base imponible del impuesto debe quedar neutralizado el ingreso correspondiente a las facturas impagadas con el gasto relativo a la provisión por deterioro de créditos. Ahora bien, la reclamación judicial frente a un cliente moroso lleva aparejada en la práctica la rotura definitiva de las relaciones comerciales, lo cual determinará que el acreedor en muchas ocasiones opte por no acudir a esta vía, teniendo que soportar la injusta carga tributaria derivada del ingreso correspondiente a una factura impagada. En la situación de crisis económica el legislador debería suavizar este requisito, como, por ejemplo, ha tenido lugar en relación con el IVA, respecto del cual, como veremos (y sin que la solución nos parezca totalmente satisfactoria), se admite, junto a la reclamación judicial, el requerimiento notarial de pago o, incluso, tratándose de entes públicos, una mera certificación administrativa, lo que, además, permitiría combatir otra de las críticas al requisito de la reclamación judicial, cual es el coste en que ha de incurrir el sujeto pasivo para acometer la misma.

En relación con esta última cuestión, no todas las reclamaciones judiciales tienen que implicar un coste demasiado gravoso para el acreedor. En este sentido, aunque, obviamente, excede del objeto de este artículo, puede resultar interesante recordar la existencia de modalidades de reclamación que no llevan necesariamente aparejados los costes ocasionados por la preceptiva intervención de abogado y procurador. Nos referimos, en primer lugar, dentro del ordenamiento procesal español al procedimiento de acto de conciliación previsto en los artículos 460 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (modificada en lo que se refiere a este procedimiento por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre) en el que, en el caso de alcanzarse un acuerdo entre las partes, debidamente proto-

colizado por el órgano judicial, se convierte en título ejecutivo con igual fuerza que una sentencia de condena. La actual Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 introdujo el procedimiento monitorio para la reclamación de créditos de importe inferior a 250.000 euros (tras la reforma por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre), procedimiento en el que basta una mera solicitud firmada por el acreedor (existen también formularios a su disposición en los Juzgados de Primera Instancia) junto con el justificante de la deuda que consista, bien en documentos firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca, o cualquier otra señal proveniente del mismo; bien, en facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax, o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor. Si el deudor no se opone a la solicitud, se dictará auto despachando ejecución y se podrá proceder contra los bienes de este. Si hay oposición (para la que sí se precisa de abogado y procurador), se concederá al solicitante el plazo para iniciar el procedimiento declarativo que proceda mediante la correspondiente demanda.

El trasunto del procedimiento monitorio en el ordenamiento procesal portugués es el *processo de injunção*, que ya había sido instaurado varios años antes de la aparición de aquel en España, a raíz del Decreto Lei n.º 404/1993, de 10 de diciembre. Se trata igualmente de una providencia cuyo objeto es permitir al acreedor de una prestación pecuniaria de montante no muy elevado obtener un título ejecutivo para su cumplimiento coercitivo, de un modo rápido y simplificado. El esquema de funcionamiento es muy similar al del procedimiento monitorio.

C) *El transcurso de seis meses desde el vencimiento de la obligación*

El retraso en el pago por más de seis meses es considerado por las legislaciones tanto española como portuguesa, como causa de deducibilidad de la provisión por deterioro de créditos. Sin embargo, la legislación portuguesa resulta más restrictiva en esta materia que la española, y ello, tanto por los requisitos adicionales que exige, como por las limitaciones porcentuales de los gastos que se consideran deducibles en la norma lusa.

En efecto, a diferencia del TRLIS español, que solo exige para la deducibilidad de la provisión que el retraso en el cobro sea de más de seis meses desde la fecha de vencimiento de la obligación, la ley portuguesa impone, además, que el sujeto pasivo tenga que probar objetivamente el deterioro del crédito, así como las diligencias extrajudiciales efectuadas para el cobro. El CIRC portugués impone, pues, una actividad al sujeto pasivo tendente al cobro de su crédito, sin que sea suficiente dejar transcurrir el plazo de seis meses.

Pero, además, la norma portuguesa establece una limitación porcentual escalonada por categorías de créditos, atendiendo a la antigüedad de los mismos. Así, los créditos morosos de una antigüedad entre 6 y 12 meses, solo podrán ser deducidos en un 25 por 100, porcentaje que es del 50 por 100 para créditos en los que la mora se sitúa entre los 12 y los 18 meses; y del 75 por 100 cuando la mora es de más de 18 meses y menor de 24. Únicamente los créditos morosos con una antigüedad superior a 24 meses admiten la deducción del 100 por 100 de su importe.

D) El hecho de haber sido procesado el deudor por delitos de insolvencias punibles

Esta causa de deducibilidad de la provisión por deterioro de créditos solo se establece en la ley española y no en la portuguesa. Nos hallamos, pues, ante la admisión por el TRLIS español, como causa de deducción, del resultado de la actividad procesal sobre el deudor en el ámbito penal (su procesamiento por causa de un delito de este tipo). Ahora bien, esta actividad procesal (de acusación) podrá ser promovida por un tercero, no necesariamente el sujeto pasivo.

En realidad, el silencio de la norma portuguesa es lógico ya que, como hemos visto en el capítulo de causas ligadas a la situación de crisis del deudor, preveía como supuesto deducible el que el deudor tuviera pendiente un proceso de ejecución. Este proceso de ejecución constituye, en la práctica, el presupuesto previo para que al deudor pueda serle imputado un delito de insolvencias punibles. Es decir, será necesario en muchas ocasiones que haya sido demostrado en el curso de un procedimiento ejecutivo, que el patrimonio del deudor es insuficiente para hacer frente al pago de sus acreedores a causa de una maniobra fraudulenta del deudor. Por tanto, al admitir como causa de deducción el tener un proceso de ejecución pendiente, huelga en la norma portuguesa una previsión como la que contiene la ley española.

E) Excepciones a la deducibilidad

Tanto la normativa española como la portuguesa exceptúan de la deducibilidad de la provisión por deterioro determinados supuestos, muy similares, aunque con algún matiz diferencial. Por razones sistemáticas agruparemos estos supuestos de la siguiente forma:

- a) Créditos adeudados o afianzados por entes públicos, o que cuenten con garantía real o con otra garantía personal otorgada por entidades bancarias, sociedades de garantía recíproca o, incluso, con un seguro de crédito y caución.

Esta categoría de créditos tiene como característica común el que, por la condición del deudor, o por la existencia de garantías, se tiene la certeza o la presunción razonable de que el cobro del crédito se producirá. De ahí que queden excluidos, por regla general, de la posibilidad de integrar la provisión deducible por deterioro de créditos.

Ahora bien, más allá de la denominación legal, desde la perspectiva del significado de la provisión por deterioro de créditos cabe criticar esta exclusión. En efecto, la deducibilidad de dicha provisión ha de conectarse con la cuestión temporal de la imputación de ingresos y gastos. Por mucha que sea la certeza del cobro del crédito, no resulta justo ni conforme con el principio de correlación de ingresos y gastos que se excluya la deducción de la provisión cuando afecta a esta categoría de créditos. Como se sabe, la provisión por deterioro de créditos es un gasto de naturaleza reversible, de forma que si después de haber sido dotada, se produce el cobro, total o parcial, del crédito, procederá computar un ingreso por la parte correspondiente al cobro obtenido. Por ello, ante este tipo

de créditos, la certeza de cuyo cobro se compagina muchas veces con un enorme retraso en el mismo, no parece justificarse la exclusión de la deducibilidad de la provisión por deterioro de créditos. Si un ente público o una entidad bancaria se retrasa en el pago de un crédito del que es titular el sujeto pasivo, se debería permitir a este dotar con efectos fiscales la provisión por deterioro de créditos a fin de lograr un resultado razonablemente más justo.

La normativa española y la portuguesa coinciden en excluir como gasto deducible la provisión que afecte a estos créditos. No obstante, a diferencia del código portugués, el TRLIS español admite, a modo de excepción a la excepción, la salvedad de que sean objeto de un procedimiento arbitral o judicial que verse sobre su existencia o cuantía.

En relación con los créditos con garantía real, la norma portuguesa emplea la expresión de cualquier especie de garantía real. La ley española parece acusar más recelo y alude expresamente a otros supuestos fronterizos como el pacto de reserva de dominio y el derecho de retención. Por otro lado, la norma española exceptúa de la exclusión los supuestos de pérdida o envilecimiento de la garantía. A pesar del silencio de la norma portuguesa en relación con este punto, no creemos que esta excepción a la exclusión sea contraria al espíritu de la norma lusa y, por ende, rechazable por esta.

Curioso resulta destacar que los créditos avalados por entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca, a diferencia de la ley española, no aparecen formalmente excluidos por el CIRC portugués, que limita expresamente la exclusión a los créditos cubiertos son seguro de caución.

b) Créditos con partes vinculadas

Tanto el TRLIS español como el CIRC portugués excluyen de la provisión fiscalmente deducible por deterioro de créditos, los que ostenta el sujeto pasivo frente a personas que se encuentran con él en situación de vinculación.

La exclusión prevista en la norma portuguesa se limita a los créditos de que el sujeto pasivo sea titular frente a:

- Personas físicas o jurídicas que detentan una participación superior al 10 por 100 en el capital del sujeto pasivo.
- Miembros de sus órganos de administración.
- Empresas en cuyo capital el sujeto pasivo ostente una participación superior al 10 por 100.

La norma española, en cambio, excluye los créditos frente a personas o entidades vinculadas, lo que implica remitirnos al variado elenco de situaciones de vinculación previstas en el artículo 16.3 del TRLIS, debiendo aquí recordar que, cuando se trate de una relación socio-sociedad, el porcentaje de participación tenido en cuenta para entender producida la vinculación es del 5 por 100 cuando se trate de entidades no cotizadas o del 1 por 100 en caso contrario.

Por un claro motivo de recelo por parte de los órganos legisladores, dadas las posibilidades de relaciones de control entre deudores y acreedores vinculados, las legislaciones española o portuguesa excluyen la posibilidad de deducir la provisión por deterioro de créditos cuando el deudor moroso es una persona o empresa vinculada en los términos antes descritos. Sin embargo, ambos cuerpos legales admiten (excepción a la excepción) la posibilidad de que se trate de indubitadas situaciones de dificultad o imposibilidad de cobro, en cuyo caso la solución legal debe ser distinta. En la ley española esta salvedad viene constituida por el hecho de que el deudor esté afectado por una «insolvencia judicialmente declarada». La expresión legal revela que el recelo del legislador persiste, incluso, en el caso de que el sujeto pasivo pudiera haber llegado a formular reclamación judicial frente al deudor vinculado. La fórmula legal, aunque rigurosa, tiene una significación más amplia que la declaración de situación de concurso por auto judicial, dando cabida a un número mayor de situaciones posibles, como, por ejemplo, la constatación judicial de la insolvencia del deudor en un procedimiento de ejecución. Por su parte, el CIRC portugués exceptiona no solo los casos de que el deudor tenga pendiente un proceso de insolvencia o de recuperación de empresas (similar al antiguo de quiebra y de suspensión de pagos) o un procedimiento de ejecución; además exceptúa el caso en que frente al deudor se haya formulado reclamación judicial.

c) Créditos expresamente prorrogados y renovados

Esta causa de exclusión, tan solo formulada expresamente en la ley española, acaso puede resultar innecesaria, ya que la misma se desprende directamente del tenor literal del artículo 12.2 letra a), cuando exige que hayan transcurrido seis meses desde el vencimiento de la obligación. Evidentemente, la concesión de una prórroga o una renovación implica una novación de la obligación en cuanto a su vencimiento que, al quedar fijado en un momento posterior, impedirá la deducibilidad de la provisión en tanto no se produzca el transcurso del plazo de seis meses a contar desde el nuevo vencimiento. No existe problema alguno para entender existente esta misma cautela en la norma portuguesa.

2. La morosidad en la imposición indirecta: IVA español. Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) portugués

En los casos del IVA la problemática de la morosidad, como hemos visto, consiste en que el sujeto pasivo del impuesto, a causa de la aplicación del criterio de devengo, se ve obligado a ingresar las cuotas repercutidas por razón de dicho impuesto sin haber llegado a cobrarlas. La reacción paliativa de la normativa fiscal no es otra que la recuperación de las cuotas repercutidas ingresadas, si bien sometiéndola a requisitos que continúan siendo de enorme rigor a pesar de las modificaciones legales que han pretendido suavizarlos.

En la Ley española del IVA (LIVA), a la recuperación de las cuotas repercutidas se dedican los artículos 80 («modificación de la base imponible») y 89 («rectificación de las cuotas impositivas repercutidas»). El Código do Imposto sobre Valor Acrescentado regula en su artículo 78.7 («regularizaciones») la deducción de las cuotas repercutidas no cobradas por el sujeto pasivo.

Aunque ambas regulaciones responden a la misma filosofía, por razones de conveniencia sistemática, abordaremos el tratamiento de la materia en ambas legislaciones por separado, bien entendido que no es el propósito de este trabajo un examen exhaustivo y detallado de esta problemática, sino una exposición de la reacción del ordenamiento fiscal al problema de la morosidad para, finalmente, comparar el escenario con el que resultaría con la aplicación del criterio de caja que propugnábamos al comienzo del mismo.

2.1. La recuperación del IVA afectado de morosidad en la normativa española

El artículo 80 de la LIVA establece dos causas para que pueda tener lugar la recuperación del IVA por razón de la morosidad. Una, que se haya producido la declaración de concurso sin haberse hecho efectivo el pago de las cuotas repercutidas; y, dos, que se trate de créditos que la ley considere total o parcialmente incobrables, a partir de la concurrencia, fundamentalmente, de su reclamación por el acreedor y del transcurso de un determinado plazo de tiempo (sin perjuicio de otros requisitos adicionales). Por haber sido objeto de reciente reforma por el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, proveniente de los llamados «pactos de Zurbano», no queremos eludir algunos comentarios a la luz de las modificaciones normativas realizadas.

A) Declaración de concurso sin haberse hecho efectivo el pago de las cuotas repercutidas

El sujeto pasivo del impuesto podrá modificar la base imponible del impuesto correspondiente a los créditos morosos cuando, con posterioridad al devengo de la operación, se dicte auto de declaración de concurso del deudor.

De la expresión legal resulta una clara simetría entre los créditos por los que se puede proceder a la modificación de la base imponible y los créditos concursales que han de figurar en la masa pasiva del concurso. Cabe preguntarse por la desventajosa situación en que pueden encontrarse los créditos posconcursoales, es decir, los devengados con posterioridad a la fecha del auto declarativo del concurso. Como se sabe, dichos créditos se corresponden con los créditos contra la masa, a cuyo pago, ordena la Ley Concursal, habrá de procederse a sus respectivos vencimientos (art. 154.2 LC). Sin embargo, esta previsión legal puede resultar insuficiente si no existen suficientes recursos en la masa activa para atender al pago de los créditos contra la masa. Parece desproporcionado en este contexto exigir a los acreedores, a fin de poder recuperar el IVA correspondiente a las cuotas repercutidas y no cobradas, tener que someterse a la espera del transcurso del plazo (de 6 o 12 meses según los casos) a la necesidad de instar judicial o notarialmente su cobro.

El plazo máximo para la modificación de la base imponible por esta causa (un mes a contar desde la publicación en el BOE del auto de declaración del concurso) es el plazo del que disponen los acreedores para comunicar sus créditos a la administración concursal. Ello obliga en la práctica a una ajustada coordinación operativa de trámites tributarios y concursales: conocido el auto de declaración de concurso, el sujeto pasivo deberá proceder en el mes siguiente a la modificación de la base

imponible y a la expedición de una factura rectificativa en la que se eliminen las cuotas repercutidas no cobradas; y, por disposición de la Ley Concursal, a la comunicación a la administración concursal del crédito por el nuevo importe resultante de la eliminación de las cuotas del IVA. Con posterioridad, deberá remitir la correspondiente factura rectificativa al deudor y, finalmente, deberá notificar a la Administración tributaria la modificación de la base imponible en los términos reglamentariamente establecidos, lo que deberá realizarse en el plazo de un mes desde la expedición de la factura rectificativa en la que se documentó la modificación de la base imponible.

Modificada la base imponible no existirá obligación de rectificar nuevamente al alza el IVA a menos que tenga lugar la revocación por auto firme de la Audiencia Provincial del auto de declaración de concurso, el pago o consignación de la totalidad de los créditos o satisfacción de otro modo; o, finalmente, el desistimiento o renuncia de todos los acreedores reconocidos aceptado por resolución judicial firme, circunstancias todas ellas de difícil acaecimiento. Tan solo el supuesto de revocación es pensable en los supuestos de concurso necesario, en los que es previsible la reacción impugnatoria del concursado. Sin embargo, en la práctica, la proporción de concursos necesarios en comparación con los voluntarios es ciertamente pequeña, lo cual convierte en excepcional la obligación de rectificar nuevamente el IVA al alza.

B) Cuando los créditos correspondientes a las cuotas repercutidas sean total o parcialmente incobrables

Resulta ciertamente equívoca la expresión utilizada por la ley, pues, en realidad, al referirse a créditos total o parcialmente incobrables, la ley crea un concepto puramente técnico a efectos del IVA, alejado del significado literal del término. Así, resulte mayor, menor o nula la probabilidad de su cobro, a estos efectos, un crédito se considera incobrable cuando concorra conjuntamente una serie de requisitos, no todos los cuales tienen relación con elementos indicadores de la imposibilidad o dificultad de cobro.

Los requisitos de los que hablamos son:

1. Que haya transcurrido el plazo de un año (o de seis meses cuando se trate de un empresario o profesional cuyo volumen de operaciones no hubiese excedido durante el año natural inmediato anterior de 6.010.121,04 euros) desde el devengo del impuesto repercutido sin que se haya obtenido total o parcialmente el cobro del mismo.

La reducción del plazo de un año a seis meses para sujetos pasivos que cumplan el requisito del volumen de facturación expresado ha sido una de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, citado.

Como es lógico, tratándose de operaciones a plazos o con precio aplazado, el plazo se contará desde el vencimiento del plazo o plazos impagados a fin de proceder a reducir proporcionalmente la base imponible.

2. Que en los libros exigidos por la normativa del impuesto exista reflejo de dicha circunstancia. Ello equivale a que las facturas expedidas en que se repercutieron las cuotas figuren

registradas correctamente en el libro de facturas expedidas. Como puede apreciarse, este requisito nada tiene que ver con un indicador de dificultad de cobro.

3. Que el destinatario de la operación actúe en la condición de empresario o profesional o que, en caso contrario, la base imponible de aquella sea superior a 300 euros, IVA excluido. Tampoco, como vemos, se trata de un requisito conectado a una nota indiciaria de imposibilidad o dificultad de cobro.
4. Que el sujeto pasivo haya instado su cobro mediante reclamación judicial o (tras la reforma operada por el RDL 6/2010 antes referido) por medio de requerimiento notarial.

Avance importante de la reforma es la posibilidad de modificar la base imponible por razón de créditos morosos adeudados por entes públicos, dentro de esta categoría de créditos incobrables. La nueva redacción legal establece que, tratándose de créditos adeudados por entes públicos, la reclamación judicial o el requerimiento notarial se sustituirá por un certificado expedido por el órgano competente del ente público deudor de acuerdo con el informe del interventor o tesorero de aquel en el que conste el reconocimiento de la obligación a cargo del mismo y su cuantía. Se trata, evidentemente, de una clara mejora de la situación del sujeto pasivo titular del crédito moroso, que no solo podrá modificar la base imponible en estos supuestos, sino que, además, no se verá obligado a demandar al ente público (ni siquiera al enojoso trámite de requerirle notarialmente de pago). Sin embargo, los términos empleados por la norma parecen obligar a obtener el certificado que haya de expedir el órgano competente del ente público, y ello aunque se hubiese formulado una reclamación judicial o un requerimiento notarial de pago. Habría sido más afortunado permitir la opción del sujeto pasivo de sustituir dichos trámites por el repetido certificado.

El plazo para efectuar la modificación de la base imponible es de tres meses desde la finalización del plazo de un año (o de seis meses, tras la reforma) desde la fecha de devengo del impuesto. Llamamos la atención acerca de que para los empresarios o profesionales beneficiarios de la reducción del plazo de espera a seis meses, el plazo total del que disponen para formular una reclamación judicial o un requerimiento notarial de pago frente a su cliente es, en total, de nueve meses. Habida cuenta de que instar el cobro de un crédito en cualquiera de las formas legalmente contempladas implica en la mayoría de los casos renunciar a una futura relación comercial, en esta época en que la cadena de impagos puede hacer más comprensible la existencia un retraso en el cobro, es posible que no pocos sujetos pasivos del impuesto hayan de renunciar a recuperar el IVA repercutido, ingresado y no cobrado, si para ello tienen que instar el cobro judicial o notarialmente en menos de nueve meses y dar al traste con una relación comercial futura. Quizás por ello habría sido más deseable que la norma, además de reducir el plazo de espera a seis meses para ciertos sujetos pasivos, hubiese concedido a estos un plazo voluntario mayor de tres meses para la modificación de la base imponible, a fin de que la reforma pudiera ser aprovechada en muchos más supuestos por las empresas que hayan de afrontar el dilema entre recuperar el IVA o romper, en algunas ocasiones antes de tiempo, una relación comercial.

La cuestión del plazo de tres meses para modificar la base imponible despierta alguna incógnita cuando se trata de créditos adeudados por entes públicos ante la necesidad de obtener el certificado a que antes se ha hecho referencia. ¿En qué momento ha de obtenerse el certificado? A diferencia de los casos de reclamación judicial o de requerimiento notarial de pago, que son actividades directamen-

te realizables por el sujeto pasivo, en el caso del certificado expedido por el órgano competente del ente público de acuerdo con el informe del interventor o tesorero de aquel en el que conste el reconocimiento de la obligación a cargo del mismo y su cuantía, el sujeto pasivo depende de la actuación del propio ente administrativo, la cual puede realizarse o no dentro del plazo de tres meses para la modificación. La reforma legal ha resultado ciertamente parca ante la problemática que puede suscitarse en relación con el mencionado certificado. Entendemos que, a diferencia de los otros dos mecanismos para instar el cobro de los créditos morosos, el certificado requerido por la ley ha de expedirse con posterioridad al transcurso del plazo «de espera» de un año o de seis meses. La ley, en efecto, no establece un plazo para ejercitar una acción judicial o para dirigir el requerimiento notarial de pago, pudiendo tener lugar estos antes del transcurso del plazo de seis meses o de un año a que el sujeto pasivo debe esperar, en estos casos, para modificar la base imponible. Sin embargo, la solución no parece ser la misma en relación con el certificado que ha de expedir el ente público, que es definido como de «acreditación documental del impago», conforme al artículo 80.5.1.^a de la LIVA. En nuestro derecho no resulta frecuente la exigencia de la acreditación de un hecho negativo como el impago de un crédito. Es precisamente el pago lo que puede acreditarse, por lo que el impago resulta de la falta de acreditación de aquel. Acreditar documentalmente un impago de un crédito adeudado por un ente público mediante el expresado certificado implica el reconocimiento por el ente público de la morosidad, una vez transcurrido el plazo de espera de seis meses o de un año, por lo que, a diferencia de los otros dos medios, el certificado ha de ser de fecha posterior al transcurso del mencionado plazo de espera. Pues bien, si partimos de la necesidad de solicitar este certificado una vez transcurrido el plazo de espera, puede ocurrir que el ente público no llegue a expedir el certificado dentro del plazo de tres meses previsto en el apartado 4 del artículo 80 de la LIVA. La modificación de la base imponible del IVA debería permitirse con la acreditación de haber solicitado el certificado dentro del plazo de los tres meses siguientes al vencimiento del plazo de espera, siempre que el mismo fuera expedido. La misma solución debería entenderse para el caso de que el certificado no llegara a ser expedido, obligándose al sujeto pasivo a reaccionar contra la inactividad del ente público deudor.

En lo que respecta a la obligación de modificar nuevamente el IVA al alza después de practicada la modificación, existirá dicha obligación siempre que el destinatario no actúe en la condición de empresario o profesional y se obtenga total o parcialmente el cobro. Igualmente procederá en el caso de desistimiento de la reclamación judicial iniciada. No obstante, tras la reforma del Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, ya citado, la modificación al alza procederá, además, cuando, instado el abono del crédito mediante requerimiento notarial, se llegue con posterioridad a un acuerdo de cobro con el deudor. Si el acuerdo se alcanza, en cambio, en el seno de un procedimiento judicial no procederá la rectificación al alza.

C) Reglas comunes a ambos supuestos de modificación de la base imponible

C.1. Exclusiones

La Ley del IVA, en un claro paralelismo con la regulación de la provisión por deterioro de créditos deducible en el IS, excluye de la posibilidad de modificación de la base imponible los siguientes supuestos:

- a) Créditos que disfruten de garantía real, en la parte garantizada.
- b) Créditos afianzados por entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca o cubiertos por un contrato de seguro de crédito o de caución, en la parte afianzada o asegurada.
- c) Créditos entre personas o entidades vinculadas definidas en el artículo 79, apartado cinco de esta ley. Debe recordarse aquí que los supuestos de vinculación establecidos por dicho precepto no coinciden con las categorías del artículo 16.3 del TRLIS.
- d) Créditos adeudados o afianzados por entes públicos. Llama la atención el hecho de que este supuesto de exclusión persista después de la reforma operada por el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril. La nueva redacción exceptúa expresamente de esta exclusión la reducción de la base imponible efectuada, conforme a lo dispuesto en el artículo 80.4, para cuando se trate de créditos total o parcialmente incobrables. La exclusión parece quedar relegada, pues, al hipotético supuesto de que se declare el concurso del ente público deudor, previsión legal que sorprende en extremo y, frente a la cual, cabe plantearse si obedece a un descuido del legislador o a una estremecedora premonición de futuro.
- e) Cuando el destinatario de las operaciones no esté establecido en el territorio de aplicación del impuesto, ni en Canarias, Ceuta o Melilla.

C.2. Pagos parciales anteriores a la modificación

En el caso de que se hayan producido pagos parciales con anterioridad a la modificación de la base imponible, se entenderá que el IVA está incluido en las cantidades percibidas y en la misma proporción que la parte de contraprestación satisfecha.

C.3. Nacimiento del derecho de crédito a favor de la Hacienda Pública

El destinatario de la operación correspondiente al crédito moroso respecto del cual se ha producido la modificación de la base imponible resultará deudor de la Hacienda Pública. Si se trata de un destinatario con derecho a deducción del IVA, deberá rectificar las deducciones practicadas, conforme a lo previsto en el artículo 114 de la LIVA. Si se trata de destinatarios sin derecho a deducción, se convertirán en deudores de la Hacienda Pública por el importe del impuesto no deducible.

2.2. La recuperación del IVA afectado de morosidad en la normativa portuguesa

El artículo 78 del CIVA participa de la misma filosofía que la norma española. El sujeto pasivo podrá deducir las cuotas repercutidas no cobradas cuando el crédito con el que se correspondan sea incobrable o se halle en unas circunstancias que evidencian la dificultad manifiesta de su cobro.

Así, en primer lugar, los créditos morosos que permiten la deducción de las cuotas repercutidas no cobradas son aquellos que hayan sido declarados incobrables:

- En un proceso de ejecución, tras haber tenido acceso al registro informático de ejecuciones suspendidas por no haberse encontrado bienes embargables previsto, 806, n.º 2, letra c) del Código do Processo Civil portugués.
- En un proceso de insolvencia, cuando la misma sea judicialmente decretada.
- En los términos que resulten del acuerdo obtenido en el proceso extrajudicial de conciliación de conformidad con el Decreto-Lei n.º 316/1998, de 20 de octubre ³. La inclusión de este último apartado es obra de la reforma operada por la Lei n.º 3-B/2010, de 28 de abril.

Por otro lado, también pueden ser deducidas las cuotas repercutidas correspondientes a los siguientes créditos cuyas circunstancias evidencian su dificultad de cobro. Los supuestos pueden ser clasificados según que el deudor sea un particular o un sujeto pasivo sin derecho a deducción o, por el contrario un sujeto pasivo con derecho a deducir las cuotas soportadas. En todos estos casos será precisa una acreditación documental especial sobre la base de un certificado expedido por un revisor de cuentas (que en España podría corresponderse, con algunas diferencias, con la figura del auditor de cuentas).

En relación con el primer grupo (destinatarios particulares o sujetos pasivos sin derecho a deducción), pueden ser deducidas las cuotas repercutidas y no cobradas correspondientes a los siguientes créditos:

- a) Créditos de importe inferior a 750 euros, IVA incluido. Basta que exista un retraso en el pago superior a seis meses.
- b) Créditos de importe comprendido entre 750 y 8.000 euros en cualquiera de las situaciones que a continuación se refieren:
 - Cuando el deudor conste en el registro informático de ejecuciones con un procedimiento de ejecución finalizado o suspendido por falta de bienes embargables.
 - Cuando medie una fórmula ejecutoria en un proceso de injunção o reconocimiento en una acción de condenação (proced declarativo). El proceso de injunção viene a ser un procedimiento muy parecido al procedimiento monitorio regulado en los artículos 812 y

³ En materia de recuperación de empresas en dificultades, el Decreto Lei n.º 316/1998, de 20 de octubre (modificado por el Decreto Lei n.º 201/2004, de 18 de agosto), prevé que cualquier empresa en condiciones de solicitar judicialmente su declaración de insolvencia, o cualquier acreedor con legitimación para instar aquella, puede requerir al *Instituto de Apoio às Pequenas y Médias Empresas e ao Investimento (IAPMEI)* un procedimiento de conciliación destinado a obtener la celebración de un acuerdo entre la empresa y todos o algunos de los acreedores que posibilite la recuperación de la empresa en situación de insolvencia, aunque esta no sea actual sino meramente inminente. En este acuerdo pueden intervenir los socios de la empresa y otros interesados distintos. Resulta obligatoria, por lo demás, la participación de los acreedores públicos cuando la regularización de sus deudas contribuya de forma decisiva a la recuperación de la empresa. El escrito de solicitud que inicia el procedimiento de conciliación debe presentarse ante el mencionado organismo debiéndose invocar los fundamentos correspondientes, identificar a las partes que en él deben intervenir e indicar el contenido del acuerdo que se pretende obtener, apoyado por acreedores que representen más del 50 por 100 del pasivo total de la empresa. Además, dentro de los 15 días siguientes a la presentación de la solicitud deberá presentarse un plan de negocios que demuestre la adecuación del acuerdo y la viabilidad de la empresa.

siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. El supuesto contemplado en la norma portuguesa vendría a corresponderse, haciendo un paralelismo con el Derecho español, con el auto por el que se despacha ejecución por falta de oposición en un procedimiento monitorio. El reconocimiento en una acción de condenação viene a corresponderse en Derecho español con el pronunciamiento de la sentencia dictada en un procedimiento declarativo.

Por lo que respecta a créditos ostentados frente a deudores que son sujetos pasivos del impuesto con derecho a deducción, el crédito ha de reunir los siguientes requisitos:

- Haber sido reconocidos en una sentencia declarativa (acção de condenação) o reclamados en un proceso de ejecución.
- Que el deudor haya sido citado de forma edictal.
- Que su importe sea inferior a 6.000 euros, IVA incluido.

Cualquiera que sea la clase de destinatarios, como ya se anticipó, se precisa la intervención de un revisor de cuentas. El certificado expedido por el cual deberá ser el resultado de una comprobación acerca del valor global de los créditos incluidos en este capítulo, del importe global del impuesto a deducir, así como de las diligencias de cobro efectuadas y de su resultado infructuoso.

Como regla general aplicable a la deducción de las cuotas repercutidas no cobradas, y de igual forma que se dispone en la ley española, se establece la obligación de comunicar la anulación del impuesto al adquirente del bien o servicio con derecho a deducción para que rectifique la deducción realizada.

La obligación de rectificar el IVA al alza es general en el caso de que el crédito llegue a ser cobrado, a diferencia de lo restringido de esta obligación en la normativa española. El impuesto habrá de ingresarse en la declaración del mismo periodo impositivo en el que se produzca el cobro, previéndose (igual que la LIVA), en el caso de cobros parciales, que el IVA se hallará comprendido en cada uno de ellos de forma proporcional.

III. EXPECTATIVAS DE FUTURO. EL CRITERIO DE CAJA

La simpleza y facilidad con la que la aplicación del criterio de devengo determina el nacimiento de obligaciones tributarias a cargo de los sujetos pasivos a pesar de no haber cobrado, contrasta con la enorme dificultad que tienen para que les resulten de aplicación las medidas establecidas en orden a resarcirles de aquel esfuerzo fiscal exigido anticipadamente sin haber logrado el cobro de sus facturas.

Este enorme desequilibrio constituye todo un obstáculo para el desarrollo económico y supone un tremendo daño para la tesorería de las empresas. Pero, además, especialmente en el IVA, ero-

siona los cimientos de justicia tributaria en los que debe asentarse nuestro ordenamiento, corriéndose el riesgo de que la normativa fiscal se separe excesivamente de la realidad económica y de que, por ende, pierda grandes cuotas de eficacia. Las normativas fiscales analizadas parecen hundir sus raíces en una filosofía de sospecha y recelo respecto del contribuyente que hoy por hoy no se sostiene.

Un excesivo grado de distorsión con la realidad económica actual puede propiciar una tendencia al incumplimiento, forzada por la imposibilidad, por lo sacrificado para los sujetos pasivos de soportar el rigor que la norma impone o, incluso, por una aberrante sensación de injusticia.

La solución parece venir con apabulladora sencillez de la aplicación del criterio de caja. En el IS debería poder optarse por su aplicación sin más requisito que advertirlo en la propia declaración del impuesto o, a lo sumo, en una declaración censal. En el IVA, lo radicalmente injusto de la situación impone el establecimiento del criterio de caja en los términos más amplios posibles dentro de lo que permita el marco comunitario.

En este sentido, el artículo 66 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, permite a los Estados miembros el establecimiento del criterio de caja para determinadas categorías de operaciones o de sujetos pasivos, de la misma forma que se disponía en la Sexta Directiva del Consejo de 17 de mayo de 1977 (art. 10.2).

De hecho, el legislador portugués sí ha hecho uso de esta posibilidad, estableciendo el criterio de caja para determinadas operaciones, como es el caso de la construcción de obra civil para las Administraciones públicas, o para cierta categoría de sujetos pasivos, como es el caso de los cooperativistas agrícolas y empresarios de transporte.

La reciente Directiva 2010/45/UE, de 13 de julio de 2010, sobre normas de facturación en el IVA (DOUE de 22 de julio de 2010), la transposición de cuyos contenidos a los ordenamientos nacionales deben quedar ultimados antes de 31 de diciembre de 2012, constituye un importante avance en la implantación del ansiado criterio de cobros y pagos. La Directiva permite a los Estados miembros establecer el criterio de caja para empresas cuyo volumen anual de operaciones no exceda de 500.000 euros. Conforme a este régimen las cuotas repercutidas no resultarían exigibles en tanto no sean cobradas. En justa compensación, las cuotas de IVA soportado no serían deducibles sino desde que se hubiese satisfecho su importe por el destinatario de la operación.

El umbral de 500.000 euros puede ser ampliado por los Estados hasta 2.000.000 de euros previa consulta al Comité IVA.

El legislador español no puede permanecer por más tiempo ajeno a esta situación sin incurrir en graves contradicciones que no pueden ser entendidas por la ciudadanía. Los deseos y motivos que dicen inspirar reacciones legislativas, como, por ejemplo, la reforma de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, resultan preocupantemente sonrojantes si no se materializan en una rotunda eliminación de las distorsiones que, hoy por hoy, produce el tratamiento fiscal de la morosidad.

Si se atiende a lo que el legislador declara en la exposición de motivos de la Ley 15/2010, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales ⁴, resulta desconcertante que se persista en mantener el estado actual de las cosas en la vertiente fiscal de la morosidad.

Por otra parte, a la luz de esta reforma legal, resulta, acaso, aún más difícil de explicar que el legislador haya impuesto normativamente una reducción de los plazos en que deben ser cumplidas las obligaciones sin que ello tenga su reflejo en la normativa del IS y, especialmente, del IVA. ¿Cómo puede justificarse que por ley el plazo de pago de las operaciones comerciales sea como máximo de 60 días a contar desde la recepción de las mercancías o de la prestación de los servicios (o de 30, en el marco de la Ley de Contratos del Sector Público) y que, por el contrario, la LIVA imponga (al margen de los restantes requisitos) una espera de seis meses o un año, según los casos, para recuperar el IVA repercutido ingresado y no cobrado? ¿Cómo explicar a un pequeño empresario estas contradicciones normativas sin provocarle irritación?

El propósito de este trabajo ha sido poner de relieve las distorsiones que provoca el criterio de devengo en esta época de profunda crisis económica y lo enrevesado y artificioso de las soluciones que la normativa fiscal contiene actualmente para neutralizar los rigores a que somete el citado criterio. El peligro de alejamiento entre la realidad económica y la normativa fiscal nunca conduce a buenos puertos. Perdónesenos la obviedad si desde aquí llamamos la atención acerca de que la realidad económica no va a adaptarse a la norma fiscal. Si aquella se encuentra agitada, tendrá que ser la norma tributaria la que se pliegue a las vicisitudes por las que atraviesa si no queremos acabar engañándonos a nosotros mismos.

⁴ Se dice en la exposición de motivos de la citada ley: «Los efectos de la crisis económica se han traducido en el aumento de los impagos, retrasos y prórrogas en la liquidación de facturas vencidas, que está afectando a todos los sectores. En especial, está afectando a las pequeñas y medianas empresas, que funcionan con gran dependencia al crédito a corto plazo y con unas limitaciones de tesorería que hacen especialmente complicada su actividad en el contexto actual... La reforma tiene por objeto corregir desequilibrios y aprovechar las condiciones de nuestras empresas con el fin de favorecer la competitividad y lograr un crecimiento equilibrado de la economía española, que nos permita crear empleo de forma estable, en línea con una concepción estratégica de la economía sostenible».

EXPOSICIÓN CAMBIARIA Y PRODUCTOS DERIVADOS: ANÁLISIS DE LAS TEORÍAS DE COBERTURA PARA ESPAÑA (2004-2007)

MILAGROS VIVEL BÚA

LUIS OTERO GONZÁLEZ

SARA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Profesores de la Universidad de Santiago de Compostela

Este trabajo ha obtenido el **2.º Premio Estudios Financieros 2011** en la modalidad de **CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Valentín PICH ROSELL, don Mario ALONSO AYALA, don César CAMISÓN ZORNOZA, don José Luis GALLIZO LARRAZ y don Enrique ORTEGA CARBALLO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.



Extracto:

ESTE trabajo analiza los determinantes del volumen de cobertura del riesgo cambiario con productos derivados por parte de 100 empresas españolas no financieras durante el periodo 2004-2007. El marco teórico se configura a partir de los postulados de las teorías de cobertura, y la metodología aplicada consiste en la estimación de estimaciones con datos de panel de modelos lineales dinámicos. Nuestros resultados muestran que esta decisión se relaciona principalmente con los costes de insolvencia financiera, el nivel de exposición cambiaria y la utilización de otros instrumentos de cobertura, en particular, con el endeudamiento en divisa, apoyando así una relación de complementariedad entre ambos. Finalmente, existe evidencia significativa pero no concluyente respecto a las oportunidades de crecimiento.

Palabras clave: riesgo cambiario, teorías de cobertura, productos derivados y datos de panel.

EXCHANGE EXPOSURE AND DERIVATIVES: ANALYSIS OF THE THEORIES OF COVERAGE FOR SPAIN (2004-2007)

MILAGROS VIVEL BÚA

LUIS OTERO GONZÁLEZ

SARA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Profesores de la Universidad de Santiago de Compostela

Este trabajo ha obtenido el 2.º **Premio Estudios Financieros 2011** en la modalidad de **CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Valentín PICH ROSELL, don Mario ALONSO AYA-LA, don César CAMISÓN ZORNOZA, don José Luis GALLIZO LARRAZ y don Enrique ORTEGA CARBALLO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.



Abstract:

THIS paper analyzes the factors that determine the currency hedging volume with derivatives in the Spanish market during the period 2004-2007 from the postulates of the theories of hedging. We have estimated dynamic linear models with panel data. We have obtained that this decision relates primarily to the costs of financial distress and the level of currency exposure. Moreover, we have confirmed the existence of a relationship of complementarity with the use of foreign currency debt. Finally, there is significant but not conclusive evidence about the growth opportunities.

Keywords: exchange rate risk, hedging theories, derivatives and panel data.

Sumario

1. Introducción.
2. ¿Por qué se cubren las empresas?: las teorías de cobertura.
 - i) Asimetrías informativas y problemas de subinversión.
 - ii) Costes de insolvencia financiera.
 - iii) Fiscalidad.
 - iv) Aversión al riesgo de los directivos.
 - v) Exposición al riesgo y economías de escala.
 - vi) Otros instrumentos de cobertura.
3. Revisión de la literatura.
4. Planteamiento de hipótesis.
5. Análisis empírico.
 - 5.1. Caracterización de la muestra.
 - 5.2. Análisis univariante.
 - 5.3. Análisis del volumen de cobertura cambiaria con productos derivados.
6. Conclusiones.

Bibliografía.

Anexos.

1. INTRODUCCIÓN

Diversos autores han desarrollado las denominadas «teorías de cobertura» a través de las cuales se trata de identificar y explicar los motivos que llevan a las empresas a cubrir sus riesgos (SMITH y STULZ, 1985; BESSEMBINDER, 1991, FROOT *et al.*, 1993; DEMARZO y DUFFIE, 1995; LELAND, 1998; entre otros). Las razones que se han propuesto a nivel teórico como incentivos a la cobertura son: la existencia de asimetrías informativas y problemas de subinversión, los costes de insolvencia financiera, el efecto fiscal, la aversión al riesgo de los directivos, el nivel de exposición al riesgo y las economías de escala. Estos determinantes han constituido el marco teórico fundamental para diversas investigaciones empíricas que han tratado de contrastarlas en el ámbito de la cobertura del riesgo cambiario, fundamentalmente, con productos derivados, sin llegar a un consenso. En definitiva, dado que las estrategias de cobertura involucran un conjunto importante de recursos directivos y financieros, es importante el estudio de esta cuestión. Por este motivo, el objetivo de este trabajo es identificar los determinantes del volumen de cobertura cambiaria con productos derivados para el mercado español en el contexto de las citadas teorías de cobertura y durante el periodo 2004-2007.

Su desarrollo entendemos que contribuye a mejorar la literatura empírica existente en tres aspectos: ámbito geográfico, variables de análisis y metodología. Al referirse al mercado español, esta investigación ha contribuido a aportar evidencia importante sobre las prácticas de cobertura del riesgo cambiario con estos instrumentos, ya que el resto de trabajos previos que las analizaron para España se centraron bien en un tipo de exposición (MARTÍNEZ y BERGES, 2000; AZOFRA y DíEZ, 2001), o bien en un único instrumento de cobertura (MARTÍNEZ y MARTÍNEZ, 2002). Solo OTERO *et al.* (2008) y VIVEL *et al.* (2010) tuvieron un objeto de estudio similar, puesto que analizaron los determinantes de cobertura con derivados y deuda en divisa, respectivamente. Sin embargo, los primeros usaron una muestra limitada a 49 empresas en el año 2003, y los segundos, a 56 empresas en 2004. Asimismo, en un sentido geográfico más amplio, entendemos que este trabajo ha contribuido también a alcanzar un mayor conocimiento de la gestión del riesgo cambiario con productos derivados en los mercados europeos, para los cuales existen todavía pocos estudios en contraposición con el mercado estadounidense.

Con el objeto de configurar un marco teórico más completo, se utilizó un conjunto de variables más amplio que el considerado en trabajos empíricos previos. Por ejemplo, se incorporaron nuevas *proxies* de los costes de insolvencia financiera, como son la *capacidad de devolución de la deuda* y el *ratio de cobertura de intereses*, así como de la utilización de instrumentos de cobertura alternativos, con la inclusión de la *cobertura operativa*.

Respecto a la metodología, esta se basó en la utilización de datos de panel, lo cual permite controlar la heterogeneidad inobservable, frente al conjunto de investigaciones previas que realizan estimaciones en sección cruzada. Las empresas son heterogéneas, esto es, cada una tiene su propio comportamiento individual. Por tanto, siempre existen características que influyen en las decisiones financieras que son difíciles de medir y, consecuentemente, no se introducen en los modelos. Como resultado, si no se controla específicamente esta heterogeneidad, existe el riesgo de obtener resultados sesgados. La aplicación de la metodología de datos de panel elimina estos posibles sesgos debido a la consideración explícita de este efecto individual. Al mismo tiempo, también permite controlar posibles problemas de endogeneidad que, como indican ARETZ y BARTRAM (2009), puede haber sesgado los resultados obtenidos en investigaciones previas que no consideraron adecuadamente su control.

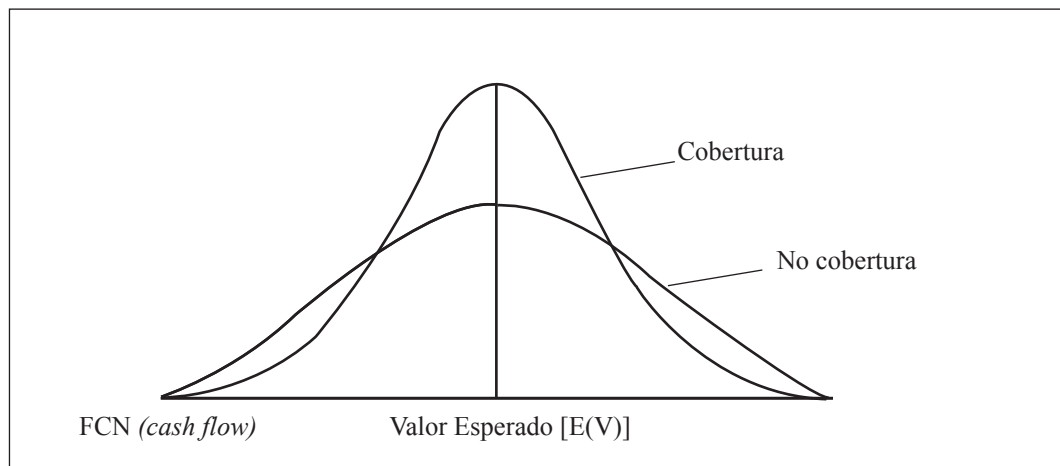
Finalmente, también hay que destacar que esta investigación contribuye a trazar un perfil actual del riesgo cambiario y de las estrategias para su cobertura seguidas por las empresas cotizadas españolas. Esto es especialmente relevante porque, por una parte, existen muy pocas referencias para el mercado español, sobre todo, al compararlo con las disponibles para otros países, y, por otra parte, todas ellas son anteriores a la introducción del euro en la economía española. De hecho, en sentido estricto, el único estudio previo que realizó un análisis detallado enfocado exclusivamente a identificar estos ítems fue la encuesta desarrollada por RAHNEMA y FAUS (1997) entre 113 empresas españolas en 1996.

Este trabajo se ha estructurado del modo siguiente. En primer lugar, se presentan los postulados de estas teorías que constituyen el marco teórico de esta investigación. A continuación, se realiza una recopilación y exposición de los principales trabajos empíricos que las contrastan en relación con la utilización de los productos derivados como instrumentos de cobertura. Posteriormente, se exponen los principales determinantes de la cobertura a través del planteamiento de las hipótesis y variables del trabajo. Asimismo, se presentan los modelos econométricos utilizados para su contraste y se analizan los resultados obtenidos. Para finalizar se exponen las principales conclusiones obtenidas.

2. ¿POR QUÉ SE CUBREN LAS EMPRESAS?: LAS TEORÍAS DE COBERTURA

Si bien MODIGLIANNI y MILLER (1958) mostraron que, en ausencia de imperfecciones de mercado, el valor de la empresa y las decisiones financieras no estaban relacionados, diferentes estudios han demostrado que, cuando dichas circunstancias no se cumplen, cubrirse puede aumentar el valor de la empresa. Por tanto, en un contexto de imperfecciones de mercado, diferentes autores como STULZ (1984), SMITH y STULZ (1985) o BESSEMBINDER (1991), entre otros, desarrollaron teorías sobre la cobertura que tratan de explicar las razones por las que las empresas pueden tener interés en cubrir sus riesgos. La mayoría de estas teorías sostienen que la cobertura puede ser una actividad creadora de valor al reducir las asimetrías informativas y los problemas de subinversión, la probabilidad y costes de insolvencia financiera y el pago esperado de impuestos, esto es, favorecer una reducción en la volatilidad del flujo de caja esperado (véase **gráfico 1**). Asimismo, como señalan MULLER y VERSCHOOR (2006a), también es necesario considerar la existencia de un determinado nivel de exposición al riesgo, la aversión al riesgo de los directivos y los costes asociados con el diseño e implantación de tales estrategias.

GRÁFICO 1. *Reducción de la variabilidad de los flujos de caja futuros con un programa de cobertura.*



A continuación, se sintetizan los principales postulados que sustentan cada una de las teorías de cobertura, los cuales constituyen la base de las hipótesis de trabajo presentadas en el tercer epígrafe y utilizadas en el análisis empírico posterior:

i) Asimetrías informativas y problemas de subinversión

La existencia de asimetrías informativas puede motivar la aplicación de una estrategia de cobertura ya que esta permite su reducción y, de este modo, favorece el acceso a financiación externa en mejores condiciones. En particular, de acuerdo con STULZ (1990), la cobertura puede reducir los costes asociados con una inadecuada estrategia de inversiones empresariales resultado de las asimetrías informativas existentes entre el accionariado y el equipo directivo. Bajo estas circunstancias, una estrategia de cobertura permite, desde la perspectiva del accionista, una actuación menos discrecional y oportunista (y quizás menos arriesgada) del directivo respecto al excedente (escasez) de recursos. En esta línea, destaca el trabajo de DEMARZO y DUFFIE (1991) quienes, a nivel teórico, plantean las asimetrías informativas entre accionistas y directivos como determinantes de la cobertura. En su modelo, la existencia de una política de cobertura permite que la corriente de dividendos se adapte y responda principalmente a los intereses de los accionistas, y no tanto a los intereses particulares de los directivos, aun cuando esta política tenga un importante coste.

Por su parte, también deben considerarse los conflictos de intereses que, ante una posible situación de insolvencia, pueden surgir entre accionistas y acreedores fruto también de las asimetrías informativas. Ante una situación de insolvencia, que es más probable cuanto mayor sea el endeudamiento de la empresa, los acreedores demandarán unas mayores o mejores condiciones (más garantías, mayores tipos de interés...), porque si la compañía quebrase sus derechos serían satisfechos con un valor de la empresa muy mermado por las cargas financieras. Esta situación también provoca una

menor expectativa de ganancias por parte del accionariado, que ve como estas irían a manos de los acreedores en su gran mayoría y de modo preferente. Todo ello puede derivar en comportamientos oportunistas del accionariado, como por ejemplo la subinversión, a través de los cuales logre satisfacer sus intereses particulares a costa de los intereses de los acreedores.

El problema de subinversión puede agravarse cuando el acceso a la financiación externa es difícil y/o costoso y, al mismo tiempo, la empresa tiene proyectos de inversión rentables porque se encuentra en un mercado con importantes oportunidades de crecimiento (BESSEMBINDER, 1991). Los accionistas renuncian a estos proyectos porque sus beneficios potenciales deben repartirse con los acreedores que tienen preferencia sobre el capital. Los prestamistas también renuncian a aportar financiación, por el mayor riesgo de insolvencia derivado de un mayor endeudamiento empresarial y por la incertidumbre respecto a los flujos futuros del proyecto. Dada esta situación, la cobertura cambiaria resulta beneficiosa porque reduce la variabilidad en los flujos de caja futuros permitiendo superar estos problemas de acceso a la financiación y, como resultado, contribuye a paliar el problema de subinversión.

De este modo, FROOT *et al.* (1993) indican que, cuando el coste de la financiación externa supera el de la financiación interna, la cobertura puede mitigar el problema de subinversión porque asegura la disponibilidad de fondos internos susceptibles de ser utilizados para aprovechar oportunidades atractivas de inversión. También MORELLEC y SMITH (2002) y LIN y SMITH (2003) establecieron una relación positiva entre la cobertura y las oportunidades de inversión cuando evaluaron simultáneamente las decisiones de inversión, financiación y gestión del riesgo. Además, BESSEMBINDER (1991) demuestra que una adecuada estrategia de cobertura que es continua en el tiempo permitirá que los acreedores exijan una menor remuneración a la empresa.

No obstante, NANCE *et al.* (1993) señalan que estos conflictos de interés entre acreedores y accionistas también pueden paliarse a través de otros mecanismos al margen de las estrategias de cobertura. En concreto, se refieren a la emisión de capital preferente y deuda convertible, las cuales reducen la probabilidad de insolvencia financiera y, como se explica en el apartado siguiente, la necesidad de cobertura. No obstante, FROOT *et al.* (1993) plantean un argumento contrario, esto es, una relación positiva entre estas fuentes de financiación y la cobertura. Estos autores consideran que las empresas con más restricciones financieras están expuestas a mayores costes de subinversión, y asumen que el capital preferente y la deuda convertible reflejan endeudamiento adicional. Bajo esta premisa, la existencia de estas fuentes de financiación dificulta el acceso a financiación externa, motivando una mayor propensión a la cobertura para aportar certeza a los resultados futuros y minimizar las asimetrías informativas.

ii) Costes de insolvencia financiera

De acuerdo con SHAPIRO y TITMAN (1986), el incumplimiento de las obligaciones financieras debido a problemas de liquidez provoca situaciones de insolvencia con los consiguientes costes de transacción asociados. La cobertura puede reducir tales costes porque minimiza la varianza del valor de la empresa y, como consecuencia, la probabilidad de que esta alcance una situación de insolvencia (SMITH y STULZ, 1985).

Por el contrario, hay que considerar que la necesidad de aplicar una estrategia de cobertura también puede ser reducida debido a la existencia de recursos internos en la empresa (MULLER y VERSCHOOR, 2006a). De este modo, aquellas empresas con un volumen importante de liquidez es habitual que estén inmersas en una política de retención de riqueza, lo cual conduce a que su demanda de instrumentos de cobertura sea reducida. Como indican NANCE *et al.* (1993), esta riqueza interna provoca que este tipo de empresas tengan una menor probabilidad de insolvencia, reduciendo la motivación hacia la cobertura derivada de la reducción de los costes asociados con este problema. Además, bajo este contexto, la empresa dispone de fondos con los cuales enfrentarse o soportar fluctuaciones cambiarias contrarias a sus intereses.

iii) Fiscalidad

La literatura académica ha señalado dos factores de naturaleza fiscal que pueden motivar la aplicación de una estrategia de cobertura: la existencia de un sistema fiscal convexo y el ahorro fiscal provocado por el aumento de la capacidad de endeudamiento generado por la cobertura.

Respecto al primero, como demostraron SHAPIRO y RUTENBERG (1976), DUFEEY y SRINIVASULU (1983) y SMITH y STULZ (1985), la fiscalidad puede constituir un importante incentivo a la cobertura ya que permite reducir el pago esperado de impuestos cuando la empresa está sujeta a un sistema impositivo convexo. Bajo estas circunstancias, la cobertura reduce la volatilidad en los resultados futuros de la empresa con la consecuente reducción del pago asociado en concepto de impuestos.

Asimismo, en lo referente al segundo incentivo fiscal señalado, la cobertura puede incrementar la capacidad de endeudamiento de la empresa al reducir su probabilidad de insolvencia que, al hacerse efectiva (incremento del nivel de deuda), genera un beneficio fiscal relacionado con el pago de intereses (ROSS, 1997; LELAND, 1998). En esta línea, debe destacarse el trabajo de GRAHAM y ROGERS (2002), quienes obtuvieron que el endeudamiento genera una influencia positiva sobre la cobertura, de acuerdo con el planteamiento antes señalado para los costes de insolvencia financiera, al mismo tiempo que también la cobertura conduce a una mayor capacidad de endeudamiento. En particular, la cobertura con productos derivados incrementaba el ratio de deuda en una media del 3 por 100, generando unos beneficios fiscales medios del 1.1 por 100 del valor de la empresa.

iv) Aversión al riesgo de los directivos

El objetivo financiero de la maximización de valor de la empresa implica que la empresa se cubre para reducir los costes derivados de la elevada volatilidad de los flujos de caja, contribuyendo así positivamente a la generación de valor. Sin embargo, entre las motivaciones de los directivos para implantar un programa de cobertura es necesario considerar la maximización de su utilidad personal. Los directivos aversos al riesgo son más propensos a la aplicación de estrategias de cobertura si su riqueza y capital humano están concentrados en las empresas que gestionan, y el coste de la cobertura por su cuenta es mayor que a través de la empresa (STULZ, 1984; SMITH y STULZ, 1985). En la

línea de este argumento, TUFANO (1996) analizó una muestra de empresas dedicadas a la minería del oro y obtuvo que la cobertura del precio de esta materia prima con productos derivados estaba positivamente relacionada con el valor de las acciones poseídas por los gerentes y negativamente con el número de opciones sobre acciones que estos poseían.

Además, como también indicaron DEMARZO y DUFFIE (1991; 1995), la cobertura puede estar motivada porque esta actúa como una señal que ayuda a los inversores externos a observar y evaluar mejor la habilidad directiva en la gestión. Concretamente, estos autores sostienen que la cobertura corporativa incrementa el contenido informativo de los beneficios, lo cuales actúan como una señal de las capacidades de los directivos en su labor gestora y de la calidad de los proyectos asumidos. DEMARZO y DUFFIE (1995) afirman que la calidad de la información difundida por la empresa afecta a la decisión de los accionistas respecto a la continuidad o abandono de su inversión en esta, teniendo un efecto no lineal sobre la reputación y futuros salarios de los directivos actuales.

En esta línea, BREEDEN y VISWANATHAN (1998) destacan la competencia entre los directivos como determinante de la cobertura. Su modelo teórico demuestra que una política de cobertura reduce la asimetría en el proceso de aprendizaje del directivo relativo a sus capacidades profesionales en la gestión. De este modo, una estrategia de cobertura es adoptada principalmente por directivos altamente cualificados para señalar sus mejores y superiores habilidades profesionales frente a otros posibles «candidatos».

v) Exposición al riesgo y economías de escala

Una de las motivaciones inherentes a toda estrategia de cobertura es la minimización de la exposición al riesgo. Aquellas empresas cuyo flujo de caja es más sensible a un riesgo concreto obtendrán mayores beneficios por su cobertura. En el ámbito particular del riesgo cambiario, este sería el caso de las empresas con operaciones comerciales exteriores, filiales en mercados exteriores y/o endeudamiento en moneda extranjera.

Por su parte, en el ámbito académico existe un consenso que apoya la existencia de importantes economías de escala en el diseño e implantación de un programa de cobertura con productos derivados. Estas economías derivan de los altos costes fijos asociados, por ejemplo, con la disponibilidad de trabajadores cualificados y el desarrollo de estrategias de cobertura. En el caso particular de los productos derivados, GECZY *et al.* (1997) identifican dos componentes de costes: costes generados por el diseño e implantación de una política de cobertura en general y costes generados por la selección de una categoría o tipo concreto de producto derivado. Estos últimos se refieren a la liquidez, el coste de transacción y el riesgo de crédito que caracterizan cada producto derivado.

Así, por ejemplo, DOLDE (1993) encontró que más del 45 por 100 de las empresas estadounidenses de su muestra de estudio tenían un profesional a tiempo completo dedicado a la gestión del riesgo, y al menos el 15 por 100 tres o más profesionales. Además, más del 20 por 100 habían implantado centrales de gestión a través de complejos sistemas informáticos. Otro importante resultado

mostraba que el conocimiento y la habilidad para identificar y aplicar diferentes productos y técnicas de cobertura era la principal barrera para la implantación de programas de cobertura.

vi) Otros instrumentos de cobertura

En la evaluación de los determinantes de cobertura debe considerarse un factor adicional representado por la utilización de otros instrumentos de cobertura del riesgo, ya sean de naturaleza financiera u operativa. Como se explicó en el capítulo segundo, existe una amplia gama de productos y técnicas de cobertura, que abarcan desde los productos derivados hasta las estrategias de compensación de flujos de caja más sofisticadas. En la literatura financiera básicamente son dos los medios de cobertura propuestos como alternativos a la utilización de productos derivados: la cobertura operativa y determinadas estrategias de financiación.

En lo referente a la primera, han sido pocos los trabajos que han considerado la cobertura operativa ya que la obtención de la información necesaria y su medición resulta muy compleja (FOK *et al.*, 1997). En la práctica, la cobertura operativa se ha asimilado empíricamente a la diversificación geográfica de la actividad empresarial.

Por su parte, algunas operaciones de financiación también pueden reducir la necesidad de cobertura con productos derivados. En este sentido, NANCE *et al.* (1993) fue pionero en proponer la consideración del capital preferente y la deuda convertible como alternativas de cobertura, como antes se señaló (véanse *asimetrías informativas y problemas de subinversión*). Asimismo, debe indicarse que diversos estudios consideran la utilización de la deuda en divisa como mecanismo de cobertura alternativo a los productos derivados (GECZY *et al.*, 1997). De hecho, esta constituye el eje de estudio de nuestro capítulo cuarto.

3. REVISIÓN DE LA LITERATURA

Como ya se comentó, en la década de los noventa surgieron numerosos estudios empíricos centrados en determinar las variables que explicaban la utilización de productos derivados de acuerdo con los postulados de las teorías de cobertura. Estas investigaciones abarcaban desde las más genéricas, centradas en un sector, a aquellas que limitaban su análisis a riesgos específicos. Dentro del primer grupo de trabajos, o bien se analizan conjuntamente los sectores empresariales no financieros (NANCE *et al.*, 1993; DOLDE, 1993) o bien un sector concreto (SINKEY y CARTER, 1997; GUNTHER y SIEMS, 1995; COLQUITT y HOYT, 1997; CUMMINS *et al.*, 1997; HARDWICK y ADAMS, 1999; DE CEUSTER *et al.*, 2003; OTERO y FERNÁNDEZ, 2005). En el segundo grupo de estudios, se encuentran aquellos que analizan el riesgo de tipo de interés (MIAN, 1996; HOWTON y PERFECT, 1998; GRAHAM y ROGERS, 2000), el riesgo de precio de las materias primas (*commodity price*) (TUFFANO, 1996; HAUSLHALTER, 2000) y, nuestro objeto de estudio, el riesgo cambiario. Sus resultados muestran que los factores que explican la decisión de cobertura con productos derivados son diferentes en función del riesgo y del mercado analizados.

En el **cuadro 1** se recogen algunos de los principales y más destacados trabajos que han analizado los determinantes de cobertura del riesgo cambiario con productos derivados, mayoritariamente referidos al mercado estadounidense. Como se puede comprobar, estas investigaciones se han centrado en el análisis de la decisión de cobertura, siendo una minoría los que analizaron esta en conjunción con el volumen de cobertura. Esto es debido, fundamentalmente, a la dificultad que suponía la obtención del valor nocional de los productos derivados utilizados por las empresas hasta que las nuevas disposiciones normativas en materia contable propiciaron su inclusión en los informes corporativos.

Además, CLARK y JUDGE (2005 y 2008) y JUDGE (2006, 2007) evaluaron los determinantes de la utilización de productos derivados en conjunción con otros instrumentos de cobertura operativos y financieros, fundamentalmente, con la deuda en divisa, con el objetivo de evitar resultados sesgados y aportar una visión integral de los determinantes de cobertura cambiaria¹. Por tanto, estos trabajos se diferencian del resto que considera la utilización de estos instrumentos de cobertura alternativos a los productos derivados únicamente como otro posible determinante (NANCE *et al.*, 1993; FOK *et al.*, 1997; GECZY *et al.*, 1997; FOO y YU, 2005; MULLER y VERSCHOOR, 2006a; CLARK *et al.*, 2006).

En general, los determinantes de cobertura con productos derivados relacionados con la existencia de asimetrías informativas y el problema de subinversión, la existencia de costes de insolvencia financiera, la convexidad impositiva, el nivel de exposición cambiaria y la existencia de economías de escala han sido contrastados en todos los estudios empíricos. Menos frecuente ha sido la consideración de la aversión al riesgo de los directivos y la utilización de otros instrumentos de cobertura.

¹ El análisis de los determinantes de cobertura cambiaria de forma conjunta para los productos derivados y la deuda en divisa se realiza a través de la inclusión de una variable dependiente que incluye en su definición ambos instrumentos. Por ejemplo, en los modelos binarios, la variable dependiente se define con el valor uno si la empresa utiliza productos derivados y/o deuda en divisa, y cero en caso contrario.

CUADRO 1. Evidencia empírica sobre los determinantes de la cobertura cambiaria con productos derivados.

Mercado	Autor/-es	Objeto de análisis y modelos			Hipótesis					Otros instrumentos de cobertura
		Decisión cobertura derivados	Volumen cobertura derivados	Asimetrías informativas y problema subinversión	Costes de insolvencia financiera	Fiscalidad	Aversión al riesgo de los directivos	Exposición cambiaria	Economías escala	
América	NANCE, SMITH y SMITHSON (1993)	Logit binomial	*	+	+	+	*	*	+	NO
	MIAN (1996)	Logit binomial	*	-	*	+	*	*	+	*
	FOK, CARROLL y CHIOU (1997)	Logit binomial	*	+	+	NO	+	NO	+	+
	GEÇY MINTON y SCHRAND (1997)	Logit binomial y multinomial	*	+	NO	NO	NO	+	+	*
	HOWTON y PERFECT (1998)	Tobit		+	+	+	*	NO	NO	*
	GRAHAM y ROGERS (2000)	Probit binomial	Truncada	+	+	NO	NO	*	+	*
	ALLAVANNIS y OFEK (2001)	Probit binomial	Truncada	+	NO	*	*	+	+	*
	FOO y YU (2005)	Logit binomial	Mínimos Cuadros Ordinarios	+	+	-	-	NO	+	+
	ROSSI (2006)	Logit binomial	Truncada	+	+	NO	*	+	+	*
	HAGELIN (2003)	Logit binomial	Truncada	+	+	*	NO	+	+	*
Europa	CLARK y JUDGE (2005)	Logit binomial y multinomial	*	+	+	NO	*	+	+	*
	MULLER y VERSCHOOR (2006a)	Probit binomial	Mínimos Cuadros Ordinarios	NO	+	+	NO	+	+	+
	JUDGE (2006, 2007)	Logit binomial y multinomial	*	NO	+	+	*	+	+	*
	CLARK y JUDGE (2008)	Multinomial	*	*	+	NO	*	*	+	*
	OTERO, VIVEL, FERNÁNDEZ y RODRÍGUEZ (2008)	Probit binomial	Truncada	+	+	NO	+	+	+	*
Asia	CLARK, JUDGE y Wing Sang (2006)	Logit binomial	*	+	+	NO	*	+	+	NO
+ Relación positiva NO No se encuentra relación - Relación negativa * No se contrata										

Nota: el **cuadro 1** recoge los resultados del contraste de hipótesis en la evaluación de los determinantes de cobertura cambiaria. Por tanto, en aquellos trabajos que evalúan tanto la decisión de cobertura como el volumen cubierto, se identifican todas las variables que resultaron significativas en ambas decisiones.

Respecto al mercado estadounidense, el trabajo de NANCE *et al.* (1993) muestra que las empresas con mayores asimetrías informativas y costes de insolvencia financiera, con funciones impositivas convexas, y de mayor tamaño son más propensas a la cobertura del riesgo cambiario con productos derivados. Su trabajo constituye un referente importante porque fueron los primeros que consideraron la emisión de capital preferente y deuda convertible como mecanismos de cobertura alternativos a los productos derivados, aunque no obtuvieron evidencia significativa al respecto. A partir de su investigación, estas fuentes de financiación se convirtieron en variables estándar en la literatura, como demuestra su inclusión en numerosos estudios posteriores (GECZY *et al.*, 1997; FOK *et al.*, 1997; GAY y NAM, 1998; HOWTON y PERFECT, 1998; JALILVAND, 1999).

Los trabajos de MIAN (1996), FOK *et al.* (1997), GECZY *et al.* (1997) y HOWTON y PERFECT (1998) también evalúan exclusivamente la decisión de cobertura cambiaria con productos derivados en el mercado estadounidense, obteniendo resultados similares. En general, todos ellos confirman la relevancia de las economías de escala asociadas a un programa de cobertura. Solo el trabajo de HOWTON y PERFECT (1998) no obtiene evidencia significativa para esta variable. Este resultado quizás esté motivado por el hecho de que evalúan tanto la decisión como el volumen de cobertura de manera integrada a través de la estimación de un modelo *Tobit*.

También debe destacarse que MIAN (1996) obtiene una relación negativa entre las asimetrías informativas y el problema de subinversión, aproximados por el ratio *market to book*, y la decisión de cobertura. De acuerdo con el autor, este resultado, contrario al propuesto por las teorías de cobertura, puede deberse, por una parte, a los costes asociados con los requerimientos contables existentes en el mercado americano para este tipo de productos y, por otra, al sesgo que puede generar la inclusión de empresas que solo cubren el riesgo de tipo de interés en la muestra de estudio.

Adicionalmente, FOK *et al.* (1997) y GECZY *et al.* (1997) evalúan la aversión al riesgo de los directivos, sin alcanzar resultados concluyentes. Mientras FOK *et al.* (1997) obtienen una relación positiva para este factor, representado por el porcentaje de acciones de la empresa en manos de sus directivos, respecto a la decisión de cobertura con productos derivados. GECZY *et al.* (1997) no obtienen evidencia al respecto a pesar de utilizar la misma variable *proxy*. Asimismo, estos dos trabajos destacan porque obtienen una relación significativa y positiva para el factor que representa la utilización de otros instrumentos de cobertura, frente al trabajo de NANCE *et al.* (1993) que no la obtuvo y al trabajo de MIAN (1996) que no la incluyó en su investigación.

También centrados en el mercado estadounidense, se encuentran los trabajos de GRAHAM y ROGERS (2000), ALLAYANNIS y OFEK (2001) y FOO y YU (2005) quienes, a diferencia de los anteriores, evalúan los determinantes de cobertura a través de un modelo en dos etapas que diferencia la decisión de cobertura del volumen cubierto. Esta distinción es muy importante porque los factores que inciden en una u otra decisión pueden diferir sustancialmente, generando una identificación sesgada de los mismos si se evalúan ambas decisiones de modo integrado (CRAGG, 1971).

GRAHAM y ROGERS (2000) obtuvieron que la decisión y el volumen de cobertura se relacionan positivamente con las asimetrías informativas y los problemas de subinversión, los costes de insol-

vencia financiera y el tamaño de la empresa, no encontrando ninguna relación con la convexidad de la función impositiva. De acuerdo con los autores, la ausencia de significatividad puede estar justificada porque el factor fiscal constituye un pequeño incentivo, o bien porque las empresas prefieren utilizar otras estrategias, fundamentalmente de tipo contable, para reducir la volatilidad de sus resultados y así el pago esperado de impuestos.

Por su parte, ALLAYANNIS y OFEK (2001) obtuvieron que las asimetrías informativas, el grado de exposición y el tamaño son determinantes en la decisión de cobertura, pero, una vez que la empresa decide cubrirse, el nivel de exposición es el único factor determinante del volumen de cobertura.

Foo y YU (2005) replicaron estudios previos sobre los determinantes de la decisión de cobertura considerando únicamente las variables que habían resultado significativas en los mismos. Sus resultados muestran que es más probable que se cubran aquellas empresas con mayores oportunidades de crecimiento (asimetrías informativas), menores niveles de créditos impositivos a la inversión, de mayor tamaño y con mayores niveles de capital preferente (medios de cobertura alternativos). Respecto al volumen de cobertura, ninguna de las variables anteriores resulta significativa, contrariamente a estudios previos que evidencian resultados similares en ambas decisiones. De este modo, el nivel de cobertura con productos derivados se relaciona negativamente con el nivel de reservas (costes de insolvencia financiera) y, contrariamente a lo propuesto por los autores, con el número de opciones sobre acciones que poseen los directivos (aversión al riesgo de los directivos) ².

También referido a América, aunque centrado en el mercado brasileño, se encuentra el trabajo desarrollado por ROSSI (2006) que estudió tanto la decisión como el nivel de cobertura. Además de ser uno de los pocos trabajos existentes para mercados emergentes, su importancia deriva de que evalúa un periodo temporal amplio, desde 1996 al 2004, durante el cual la economía brasileña se enfrentó a dos sistemas cambiarios diferentes (cuasi fijo vs. flexible). Sus resultados mostraron que la decisión de cobertura cambiaria con productos derivados se relaciona positivamente con los costes de insolvencia financiera, el nivel de exposición ³ y la existencia de economías de escala. Respecto al volumen, la única variable adicional significativa fueron las asimetrías informativas. Asimismo, todas las variables *dummies* temporales resultaron significativas, lo cual, según ROSSI (2006), denota que la política económica en materia cambiaria tiene una influencia en la gestión empresarial de este riesgo con productos derivados. De hecho, ROSSI (2006) obtiene evidencia de que las empresas se cubren más cuando están sujetas al régimen de tipo de cambio flexible. Esto corrobora el planteamiento tradicional de que regímenes de tipo de cambio fijo conducen a las empresas a minusvalorar su riesgo cambiario y los flexibles a considerarlo seriamente en sus programas de gestión del riesgo.

² El planteamiento tradicional relaciona de forma negativa las opciones sobre acciones en poder de los directivos y la cobertura porque esta evita que los resultados sean muy volátiles y, consecuentemente, resta valor a tales opciones. Sin embargo, Foo y YU (2005) justifican la existencia de una relación positiva basándose en que los directivos generalmente tienen que mantener estas opciones durante un periodo de tiempo. De hecho, pueden ser penalizados con el pago de sanciones monetarias, o incluso la pérdida de su puesto de trabajo, si especulan con los resultados de la empresa con el objetivo de rentabilizar la ejecución de las opciones.

³ ROSSI (2006) obtuvo que las variables porcentaje de ventas exteriores y existencia de filiales en el exterior, *proxies* del nivel de exposición cambiaria, se relacionan negativamente con el nivel de cobertura. Según ROSSI (2006), esto puede deberse a que las empresas brasileñas consideran sus exportaciones y filiales exteriores como mecanismos de cobertura natural, lo cual incidiría en su menor cobertura a través de productos derivados.

Referido al continente europeo se encuentra la investigación realizada por HAGELIN (2003), quien analizó la utilización de productos derivados para cubrir el riesgo cambiario de transacción y traslación entre empresas suecas. Sus resultados muestran que estas cubren el riesgo cambiario de transacción para aumentar el valor de la empresa a través de la reducción de los costes indirectos de insolvencia financiera y la minimización del problema de subinversión, así como por razones de exposición. Estos resultados se mantienen cuando evalúa el volumen de cobertura con la única incorporación de las oportunidades de crecimiento como determinante. No obstante, no encuentra evidencia de que estas variables estén relacionadas con el riesgo de traslación. De acuerdo con HAGELIN (2003), esto puede deberse a las mayores reticencias de los accionistas hacia la cobertura de este tipo de exposición contable si no es justificada por parte de los directivos por la existencia de *covenants* en la deuda o de importantes pérdidas contables, entre otros posibles motivos.

También centrado en el mercado europeo se encuentra el trabajo de MULLER y VERSCHOOR (2006a), cuya importancia radica en que utilizan una amplia muestra de empresas multinacionales de Alemania, Holanda, Bélgica y Reino Unido. Sus resultados muestran, tanto para la decisión como para el volumen, que estas empresas ponen en marcha programas de cobertura de riesgo cambiario en respuesta a potenciales costes de insolvencia, a la convexidad de su función impositiva, al nivel de exposición y a la existencia de economías de escala. Asimismo, encuentran una relación positiva entre la utilización de productos derivados y del endeudamiento en divisa como mecanismos de cobertura.

En un trabajo centrado en EE.UU., GUAY y KOTHARI (2003) obtuvieron que el uso de productos derivados por parte de empresas no financieras era muy reducido en relación con su nivel de exposición. Por este motivo, sugieren que es necesario considerar los productos derivados dentro de un programa de gestión del riesgo que incluye otros mecanismos de cobertura. De este modo, surge un grupo de trabajos que analizan los determinantes de cobertura cambiaria considerando no solo los productos derivados sino también otros instrumentos de cobertura referidos, fundamentalmente, al endeudamiento en divisa.

En esta línea se encuadran los trabajos de JUDGE quien, utilizando una muestra de empresas no financieras incluidas en el FT500 (*Financial Times Top 500*) de Reino Unido, realiza dos contribuciones importantes para el avance de la literatura empírica en este ámbito:

1. La consideración conjunta de productos derivados y endeudamiento en divisa para evitar sesgos en los resultados debido a que se estén clasificando como empresas no cubiertas a aquellas que usan exclusivamente deuda en divisa con esa finalidad. De hecho, en un primer trabajo, CLARK y JUDGE (2005) habían descubierto que en algunas de las empresas que afirmaban cubrirse, no se encontraban indicios de esta actividad en sus cuentas anuales y viceversa (*empresas mezcladas*), obteniendo que tales empresas se cubren, pero a una escala menor o de forma menos frecuente ⁴.
2. El control en la muestra de estudio de empresas que cubren otro tipo de exposiciones aparte de la cambiaria, como la generada por los riesgos de tipo de interés y de precio de las

⁴ Sus resultados también muestran que la decisión de cobertura se relaciona positivamente con los problemas de subinversión, los costes de insolvencia financiera, el nivel de exposición y las economías de escala.

materias primas, para evitar sesgar los resultados. Así, JUDGE (2006, 2007) analiza los determinantes de la cobertura considerando solo aquellas empresas que se enfrentaban a exposición cambiaria y/o de tipo de interés ⁵.

Los resultados de sus trabajos muestran que la decisión de cobertura se relaciona positivamente con la existencia de economías de escala, los costes de insolvencia financiera ⁶, la convexidad fiscal y el nivel de exposición cambiaria. De sus trabajos también se desprende que el riesgo generado por la actividad exportadora es habitual cubrirlo con productos derivados, mientras que la existencia de activos exteriores fomenta el uso de deuda en divisa.

Posteriormente, CLARK y JUDGE (2008) analizaron el uso conjunto de productos derivados y deuda en divisa para profundizar en la hipótesis de que la cobertura trata de evitar costes de insolvencia. Sus resultados muestran que la variable apalancamiento es un determinante significativo solo cuando se consideran como empresas que se cubren a aquellas que utilizan deuda en divisa o ambos instrumentos simultáneamente. Asimismo, cuando se aproximan los costes de insolvencia con otras variables, como son el *rating* crediticio, la capacidad de devolución de la deuda y la existencia de pérdidas fiscalmente compensables, se obtiene evidencia a favor de su hipótesis con independencia de que las empresas se cubran con deuda en divisa y/o productos derivados.

Referido al continente asiático, CLARK *et al.* (2006) identifican los factores que determinan la decisión de cobertura con productos derivados de las mayores empresas no financieras cotizadas en la Bolsa de Hong Kong. Sus resultados muestran que la decisión de cobertura se relaciona positivamente con las asimetrías informativas, la reducción de potenciales costes de insolvencia financiera y dificultades derivadas del alto endeudamiento, el nivel de exposición y las economías de escala. Además, estos autores identifican que la propiedad por parte del Estado de un porcentaje importante del capital de la empresa actúa como sustituto de la cobertura con productos derivados para las empresas chinas, ya que sus costes de insolvencia financiera aproximados por el nivel de endeudamiento tienen una menor significatividad ⁷.

Finalmente, se encuentra el único trabajo que analiza los determinantes de cobertura cambiaria con productos derivados en el mercado español realizado por OTERO *et al.* (2008) para una muestra de 49 empresas no financieras en 2003. Sus resultados muestran que los factores que impulsan a estas a cubrirse son las asimetrías informativas y problemas de subinversión, los costes de insolvencia y las economías de escala. Asimismo, en la determinación de la cuantía de la cobertura influye,

⁵ Las empresas con exposición al tipo de interés son aquellas que tienen un apalancamiento superior al 10 por 100, límite establecido de acuerdo con el trabajo de GRAHAM y ROGERS (2000).

⁶ Los costes de insolvencia financiera son más significativos que en otros estudios previos realizados para el mercado estadounidense. Según JUDGE (2006), esto puede deberse a diferencias en los códigos o protocolos de bancarrota entre ambos mercados. Así, FRANKS y TOROUS (1993) destacan que en Gran Bretaña se enfatizan los derechos de los acreedores hasta el punto de que ello puede derivar en liquidaciones prematuras, en contraste con EE.UU. donde se prioriza el mantenimiento de la actividad de la empresa aun cuando pueda valer más su liquidación.

⁷ En China existe una importante presencia del Estado en el capital de las empresas, lo cual puede condicionar sus decisiones financieras. Un ejemplo sería establecer un nivel de endeudamiento bajo, apoyándose en la disposición de recursos del Estado y la existencia de un mercado de bonos poco desarrollado.

principalmente, el nivel de riesgo asumido seguido de la aversión al riesgo de los directivos y, al igual que en la decisión, los costes de insolvencia financiera.

Tras la revisión de la literatura más relevante se puede concluir que las economías de escala son un factor determinante de la cobertura del riesgo de cambio en la mayor parte de los estudios, así como la búsqueda de creación de valor vinculada a la reducción de los costes de agencia e insolvencia financiera. También es un determinante importante el grado de exposición al riesgo. Otros motivos planteados en el marco teórico pero que resultan menos relevantes en los diferentes trabajos empíricos son la aversión al riesgo de los directivos y la convexidad fiscal, como también señalan AREZT y BARTRAM (2009).

4. PLANTEAMIENTO DE HIPÓTESIS

Una vez presentadas las teorías de cobertura y las principales investigaciones empíricas realizadas en diferentes mercados, en este epígrafe se introducen las hipótesis que se contrastarán en la parte empírica del trabajo:

H1: *Asimetrías informativas y problemas de subinversión*

En la medida en que la cobertura del riesgo supone una mayor garantía para los flujos de caja futuros, puede reducir las asimetrías informativas y, como consecuencia, favorecer la obtención de financiación externa en mejores condiciones y paliar los potenciales problemas de subinversión, contribuyendo a la creación de valor. Por este motivo, las empresas más afectadas por asimetrías informativas tienen más incentivos para cubrirse del riesgo cambiario con productos derivados.

Es más probable que padezcan mayores asimetrías de información las empresas con elevado nivel de endeudamiento y de menor tamaño (NANCE *et al.*, 1993). Por el contrario, una elevada participación institucional en el capital de la empresa reduce las asimetrías de información, como consecuencia del mayor control al cual está sometida la dirección (GECZY *et al.*, 1997; GRAHAM y ROGERS, 2000; HAGELIN, 2003).

Por su parte, cuando el acceso a financiación externa resulta difícil o su coste es importante como consecuencia de las asimetrías informativas, si a la empresa se le presentan oportunidades de inversión rentables porque se encuentra en un mercado con oportunidades de crecimiento elevadas, pueden agravarse los problemas de subinversión. Para contrastar esta hipótesis se plantea que las empresas más afectadas por el problema de subinversión son aquellas que presentan más oportunidades de crecimiento.

En este trabajo se utilizan como *proxies* de las asimetrías informativas el *ratio de deuda entre activo total*, el *tamaño* (logaritmo del activo total), y el *porcentaje de acciones en manos de inversores institucionales*. De acuerdo con los argumentos anteriores, se espera que la cobertura con pro-

ductos derivados tenga una relación positiva con la primera, y negativa con la participación institucional y el tamaño de la empresa.

Respecto a las oportunidades de crecimiento se utilizan el ratio de *activos intangibles respecto a activos totales*, el *valor de mercado en relación con el valor en libros* (ratio *market to book*) y el ratio de *gastos de investigación y desarrollo respecto a las ventas totales*⁸, esperando una relación positiva entre ambos y el uso de productos derivados.

H2: Costes de insolvencia financiera

La cobertura reduce la volatilidad del valor de la empresa y, como consecuencia, la probabilidad de insolvencia financiera y los costes asociados, de ahí que la probabilidad de cobertura aumente si lo hace la probabilidad de insolvencia.

NANCE *et al.* (1993) establecieron la hipótesis de que la probabilidad de insolvencia aumenta con el endeudamiento, no obstante, muchos de los estudios no confirman dicha hipótesis. Este hecho puede deberse a uno o varios de los siguientes motivos:

1. La inclusión de empresas de diferentes sectores en la muestra objeto de análisis, ya que la estructura financiera está condicionada por el sector de actividad. Por ejemplo, la variable endeudamiento resultó significativa en el trabajo realizado por OTERO y FERNÁNDEZ (2005) referido al uso de productos derivados en el sector asegurador español en el ámbito de los seguros de vida.
2. El sesgo introducido al utilizar el ratio de endeudamiento como *proxy* de la probabilidad de insolvencia cuando las empresas utilizan deuda en divisa como instrumento de cobertura. Así, CLARK y JUDGE (2008) señalan que no es tan importante el valor de este ratio como la capacidad para hacer frente a la deuda; un alto endeudamiento puede obedecer más a que las empresas usen la deuda en divisa como instrumento de cobertura que a una potencial situación de insolvencia financiera. Por este motivo, plantean la utilización conjunta de otras variables como el *rating* crediticio, el ratio de cobertura de intereses, la capacidad de devolución de deuda y las pérdidas compensables fiscalmente.
3. La existencia de otras situaciones que conviven con un alto endeudamiento pero disminuyen la probabilidad de insolvencia. Así, una empresa que dispone de activos líquidos o reparte pocos dividendos tiene menos problemas de insolvencia al disponer de un volumen importante de recursos internos (NANCE *et al.*, 1993; HAGELIN, 2003). Al margen de estas variables, ALLAYANNIS y OFEK (2001) también usaron la rentabilidad económica como *proxy* de la probabilidad de insolvencia, indicando que aquellas empresas con mayor rentabilidad tienen menos probabilidad de insolvencia.

⁸ Se han incorporado dos ratios relativos a los gastos de I+D en función de si estos se encuentran en el activo del balance o en la cuenta de resultados de la empresa. En el caso de los gastos de I+D activados, su importe se ha eliminado del valor del activo intangible para la construcción del ratio correspondiente a este, porque, contablemente, forman parte de esta partida.

Finalmente, WARNER (1977) señala que, *ceteris paribus*, las pequeñas empresas deberían cubrirse más porque existe una relación inversa entre el tamaño y los costes de insolvencia financiera.

Por tanto, en línea con las investigaciones previas, se utilizan como *proxies* de la probabilidad y los costes de insolvencia financiera el *ratio de deuda entre activo total*, tanto general como ajustado sectorialmente, la *capacidad de devolución de la deuda*, el *ratio de cobertura de intereses*, el *ratio de liquidez*, el *ratio de liquidez inmediata*, la *rentabilidad económica* y el *tamaño* (logaritmo natural del activo total). De acuerdo con los argumentos expuestos, se espera una relación de signo positivo entre la cobertura con productos derivados y el ratio de endeudamiento, y de signo negativo para el resto de variables.

H3: Fiscalidad

La cobertura puede reducir el pago esperado de impuestos cuando la función impositiva es convexa. Por tanto, una mayor convexidad de la función impositiva debería conducir a una mayor probabilidad de cobertura con productos derivados. La convexidad fiscal se produce cuando la empresa se enfrenta a un sistema impositivo de carácter progresivo o sujeto a la posibilidad de compensar pérdidas en ejercicios posteriores y/o obtener deducciones fiscales, como la deducción por inversiones o la deducción por impuestos pagados en el exterior.

Aunque en España el sistema impositivo no es progresivo para las empresas, la existencia de deducciones fiscales y la posibilidad de compensar pérdidas produce una función impositiva convexa. Por este motivo, se ha incorporado el efecto de los impuestos a través de dos variables dicotómicas que, respectivamente, tienen en consideración el hecho de que las empresas dispongan de *bases imponibles negativas pendientes de compensación* y tengan *deducciones fiscales* en el ejercicio. Para ambas, se espera una relación positiva con respecto a la cobertura con productos derivados.

H4: Aversión al riesgo de los directivos

Cuando un directivo asume un riesgo elevado en el negocio, concentrando todo su capital humano y financiero en la empresa, puede estar interesado en proteger el resultado de la compañía a través de estrategias de cobertura, ya que las posibles pérdidas o variaciones en el valor afectarán directamente a su patrimonio. Como *proxy* de la aversión al riesgo de los directivos se utiliza el *porcentaje de las acciones de la empresa en manos de sus directivos*. De este modo, se espera una relación de signo positivo entre la cobertura con productos derivados y el porcentaje de capital en manos de los directivos.

H5: Exposición cambiaria

El grado de exposición al riesgo cambiario puede afectar a la decisión de cobertura, puesto que las empresas con mayor nivel de exposición se benefician en mayor medida del uso de productos derivados. Además, aquellas que no tienen exposición cambiaria y utilizan estos productos, en lugar

de cubrirse frente al riesgo, están especulando. JORION (1990) encontró que el nivel de cobertura guardaba una relación directa con la proporción de ventas en el extranjero. Por este motivo, al igual que en los trabajos de GEZCY *et al.* (1997) y HAGELIN (2003), entre otros, se incorpora el *porcentaje de ventas exteriores nominadas en divisas diferentes al euro sobre las ventas totales* como *proxy* del nivel de exposición cambiaria, esperando obtener una relación positiva entre esta y la cobertura con productos derivados.

Por otra parte, las filiales exteriores deben considerarse también como una *proxy* del nivel de exposición cambiaria. Sin embargo, frente a las ventas exteriores que representan una exposición más directa y a corto plazo, la existencia de filiales en mercados exteriores se puede considerar como un mayor compromiso y a más largo plazo con la actividad internacional. Dado que los productos derivados habitualmente se utilizan como instrumentos de cobertura a corto plazo, cabe plantear una relación negativa entre estos y la exposición cambiaria generada por la existencia de filiales exteriores. De hecho, AABO (2006) indica que cuanto más directa y a corto plazo es la exposición, lo más probable es que las empresas opten por los productos derivados antes que por otras técnicas de cobertura orientadas a más largo plazo, como puede ser el endeudamiento en moneda extranjera. De acuerdo con este argumento, se ha introducido como *proxy* el *número de países en los que la empresa tiene filiales*, excluidos España y resto de países del área euro, esperando una relación negativa con la cobertura a través de productos derivados.

H6: *Economías de escala*

Los costes desempeñan un papel crucial en la decisión de usar productos derivados y en la elección entre diferentes estrategias de cobertura con estos, ya que si son muy elevados las empresas podrían desestimar su utilización. En esta línea, ha sido muy habitual que el tamaño de la empresa se considere como una buena *proxy* de las economías de escala asociadas a la cobertura. De este modo, la existencia de altos costes fijos vinculados al establecimiento de un programa de cobertura supone plantear una relación positiva entre el tamaño de la empresa y la cobertura (DOLDE, 1993; MIAN, 1996; BERKMAN y BRADBURY, 1996; ROSS, 1997).

Como *proxy* de las economías de escala se utiliza la variable *tamaño* calculada como el logaritmo natural de los activos, cuyo signo esperado será positivo.

H7: *Utilización de otros instrumentos de cobertura*

La utilización de productos derivados no es la única alternativa de cobertura frente al riesgo cambiario. La empresa puede recurrir a otras opciones de naturaleza financiera como el endeudamiento en moneda extranjera, así como a una gran diversidad de estrategias de cobertura operativa. De todas estas alternativas, en la literatura financiera, en general, y en este trabajo, en particular, se ha prestado especial atención a la emisión de *deuda en divisa*, que puede actuar como un instrumento de cobertura natural y disminuir el nivel de exposición al riesgo de cambio. De hecho, el capítulo cuarto se centra en el análisis de los determinantes de cobertura del riesgo cambiario a través del endeudamiento en divisa. No obstante, a efectos del presente análisis, centrado en los productos deri-

vados, simplemente se ha incluido una *proxy* que recoge la existencia de deuda en divisa en la empresa como mecanismo de cobertura cambiaria.

El signo esperado para esta variable puede ser positivo o negativo. En el ámbito académico, no hay unanimidad sobre la relación que existe entre ambos instrumentos de cobertura. Algunos trabajos que obtuvieron una relación de complementariedad ⁹ son los de FOK *et al.* (1997) y BARTRAM *et al.* (2003) para el mercado americano, y HAGELIN y PRAMBORG (2004b) y MULLER y VERSCHOOR (2006a) para el europeo. Por el contrario, los trabajos que obtuvieron una relación de sustitución fueron los de ELLIOT *et al.* (2003) y ALLAYANNIS y OFEK (2001) en el mercado americano, AABO (2006) en el mercado danés, y JUDGE (2006) en el mercado inglés, entre otros. Asimismo, también hay que citar el trabajo de GAY y NAM (1998) que no obtuvieron una relación significativa entre el uso de productos derivados y la deuda en divisa. En definitiva, la relación esperada entre la cobertura con productos derivados y la existencia de deuda en divisa puede ser negativa o positiva.

Respecto a la cobertura operativa, se han introducido tres *proxies* relativas al grado de diversificación geográfica de la actividad de la empresa, en línea con los trabajos de CARTER *et al.* (2001), ALLAYANNIS *et al.* (2001), CARTER *et al.* (2003) y GLEASON *et al.* (2005). Estas variables son: la *diversificación en regiones*, calculada como el logaritmo natural del número de regiones en las que la empresa opera a través del establecimiento de filiales, excluidos España y resto de países del área euro, y la *diversificación en filiales por región*, calculada a través de un índice Hirshman-Herfindahl de concentración de la actividad empresarial en diferentes regiones ¹⁰ a través de la creación de filiales excluyendo las que están ubicadas en España y área euro ¹¹. Asimismo, se ha utilizado la variable *cobertura operativa general* calculada como una variable *dummy* que recoge si la empresa afirma en sus cuentas anuales que cubre su exposición cambiaria con estrategias operativas, ya sean relativas a la diversificación geográfica u otras técnicas.

De acuerdo con investigaciones previas, recopiladas en el segundo capítulo, la relación esperada entre estas *proxies* de la cobertura operativa y la cobertura con productos derivados será positiva ¹², apoyando una complementariedad entre ambos instrumentos en la reducción del riesgo. Esto confirmaría el planteamiento tradicional de que la exposición cambiaria económica o de largo plazo es mejor gestionada a través de ajustes de las políticas operativas, mientras que los productos derivados son más apropiados para la cobertura de la exposición de transacción o de corto plazo.

⁹ Estas investigaciones justifican la relación de complementariedad entre ambos instrumentos de cobertura refiriéndose a su diferente orientación temporal. De este modo, afirman que los productos derivados son más apropiados para la cobertura de la exposición cambiaria a corto plazo (de transacción), mientras que la deuda en divisa se adapta mejor a la cobertura de la exposición cambiaria a largo plazo (económica).

¹⁰ Su valor varía entre cero y uno. Cuanto más próximo a uno, más concentrada está la actividad de la empresa en determinadas regiones y, consecuentemente, está sujeta a un mayor nivel de riesgo cambiario.

¹¹ De acuerdo con la disponibilidad de información y en línea con los trabajos previos referenciados, se han utilizado seis regiones geográficas que son: Europa (excluyendo países del área euro), NAFTA (Canadá, EE.UU. y México), Oriente Medio, América Central y Sur, África y Asia Central y Extremo Oriente.

¹² Dado que existe una relación inversa entre el valor del índice Hirshman-Herfindahl por regiones y la existencia de cobertura operativa a través de la diversificación geográfica, se calcula la variable como la unidad menos el valor del índice para poder plantear directamente una relación positiva entre el valor de la *proxy* y la propensión a la cobertura con productos derivados de acuerdo con la hipótesis de trabajo asumida.

Asimismo, la utilización de productos derivados para la cobertura de otros tipos de riesgos, como el de tipo de interés, puede incentivar a que las empresas también los usen para cubrir el riesgo cambiario, debido a la experiencia y los menores costes de transacción que supondría la gestión. Por este motivo, también se ha incluido como *proxy* una variable dicotómica que recoge la utilización de productos derivados para la cobertura del riesgo de tipo de interés en la empresa, esperando obtener un signo positivo para la misma.

H8: Sector de actividad

El sector de actividad de la empresa también puede influir en la decisión y/o volumen de cobertura del riesgo cambiario con productos derivados (SMITH y STULZ, 1985; DEMARZO y DUFFIE, 1991; FROOT *et al.*, 1993). Este aspecto solo ha sido considerado en los estudios empíricos previos de GECZY *et al.* (1997) y FOO y YU (2005), quienes no encontraron evidencia significativa. Como *proxies* del sector se utilizan cuatro variables dicotómicas que toman el valor uno si la empresa pertenece al sector industrial manufacturero en las áreas de alimentación, textil, madera y papel (*sector01*), al sector industrial manufacturero en las áreas de química, metal y maquinaria (*sector02*), al sector de construcción, comercio (al por mayor y menor), transporte y almacenamiento (*sector04*), y al sector de actividades profesionales, científicas y técnicas, y actividades administrativas y de servicios auxiliares (*sector07*), por ser los únicos para los que se dispone de un tamaño muestral representativo con empresas homogéneas al tomar como referencia la Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2008 (CNAE-2008). El signo esperado para estas variables sectoriales puede ser positivo o negativo, de acuerdo con el planteamiento de los estudios previos referenciados.

En el **cuadro 2** se sintetizan las hipótesis de trabajo planteadas en este epígrafe con sus correspondientes signos esperados. Además, el **cuadro 3** recoge la definición y signo previsto de las variables que se utilizan para su contraste.

CUADRO 2. *Relación de hipótesis planteadas en el análisis empírico de la cobertura cambiaria con productos derivados.*

Determinantes	Teorías de cobertura
H1. Asimetrías informativas y problemas de subinversión	+
H2. Costes de insolvencia financiera	+
H3. Fiscalidad	+
H4. Aversión al riesgo de los directivos	+
H5. Exposición cambiaria	+/-
H6. Economías de escala	+
H7. Utilización de otros instrumentos de cobertura	+/-
H8. Sector de actividad	+/-

CUADRO 3. Variables proxy incluidas en el análisis empírico con productos derivados.

Argumentos teóricos	Variable	Predicción	Definición	Fuente
		Teorías de cobertura		
Asimetrías informativas y problemas subinversión	Endeudamiento	+	Deuda total/total activo	SABI
	Porcentaje de inversores institucionales	-	Porcentaje de acciones en manos de inversores institucionales	SABI
	Porcentaje de activo intangible	+	Activo intangible/activo total	SABI
	<i>Market to book</i>	+	(Valor de mercado de las acciones ordinarias + Valor contable del activo - Valor contable de las acciones ordinarias)/Valor contable del activo	SABI
	Gastos de I+D	+	Gastos de I+D/ventas totales	SABI
	Tamaño	-	Logaritmo natural del activo total	SABI
Costes de insolvencia financiera	Endeudamiento*	+	Deuda total/activo total	SABI
	Endeudamiento ajustado sectorialmente	+	(Endeudamiento de la empresa)/(Endeudamiento medio en el sector en que opera la empresa) donde el endeudamiento = Deuda total/total activo	SABI
	Capacidad de devolución de la deuda	-	(BAIT + Amortizaciones + Provisiones)/Acreedores a largo y corto plazo	SABI
	Ratio de cobertura de intereses	-	Resultado de explotación/gastos financieros y asimilados	SABI
	Liquidez	-	Activo circulante/pasivo circulante	SABI
	Liquidez inmediata	-	(Inversiones financieras temporales + Tesorería)/Pasivo circulante	SABI
	Rentabilidad económica	-	Resultado de explotación/Activo total	SABI
	Tamaño	-	Logaritmo natural del activo total	SABI
Fiscalidad	Pérdidas compensables fiscalmente	+	Variable <i>dummy</i> que toma el valor uno si la empresa tiene bases imponibles negativas pendientes de compensación al final del ejercicio	Cuentas anuales
	Deducciones fiscales	+	Variable <i>dummy</i> que toma el valor uno si la empresa tiene deducciones fiscales en el ejercicio	Cuentas anuales
Aversión al riesgo de los directivos	Porcentaje de acciones en manos de los directivos	+	Porcentaje de acciones en manos de directivos	SABI
Exposición cambiaria	Porcentaje de ventas exteriores	+	Ventas exteriores nominadas en divisas diferentes al euro/ventas totales	Cuentas anuales
	Países con filiales	-	Número de países con filiales (excluidos España y resto de países del área euro)	Cuentas anuales
.../...				

Argumentos teóricos	Variable		Predicción	Definición	Fuente
			Teorías de cobertura		
.../...					
Economías de escala	Tamaño*		+	Logaritmo natural del activo total	SABI
Utilización de otros instrumentos de cobertura	Deuda en divisa		+/-	Variable <i>dummy</i> que toma el valor uno si la empresa tiene deuda en divisa en el ejercicio	Cuentas anuales
	Cobertura operativa	Diversificación en regiones	+	Logaritmo natural del número de regiones en los que la empresa opera a través del establecimiento de filiales (excluidos España y resto de países del área euro)	SABI
		Diversificación en filiales por región	+	(1 - HERF) = (1 - {Σj (NFEj)²/[Σj (NFEj)]²}) donde NFE = el número de filiales exteriores en la región geográfica j	SABI
		Cobertura operativa general	+	Variable <i>dummy</i> que toma el valor uno si la empresa afirma en sus cuentas anuales que cubre su exposición cambiaria con estrategias operativas, ya sean relativas a la diversificación geográfica u otras técnicas	Cuentas anuales
	Derivados tipo de interés		+	Variable <i>dummy</i> que toma el valor uno si la empresa utiliza productos derivados para la cobertura del tipo de interés	Cuentas anuales
Sector de actividad	Sector01		+/-	Sector industrial manufacturero en las áreas de alimentación, textil, madera y papel	SABI
	Sector02		+/-	Sector industrial manufacturero en las áreas de química, metal y maquinaria	SABI
	Sector04		+/-	Sector de construcción, comercio (al por mayor y menor), transporte y almacenamiento	SABI
	Sector07		+/-	Sector de actividades profesionales, científicas y técnicas, y administrativas y de servicios auxiliares	SABI

Nota: * indica la hipótesis seleccionada cuando la variable se vincula a varios argumentos teóricos.

5. ANÁLISIS EMPÍRICO

Tras la presentación de las hipótesis de trabajo y la definición de las variables correspondientes, a lo largo de este epígrafe se recoge el análisis empírico efectuado. En primer lugar, se realiza una descripción de la muestra de estudio así como del proceso desarrollado para su construcción y de las fuentes de información utilizadas. En segundo lugar, se presenta el análisis univariante que se ha estructurado en tres partes que describen, respectivamente, el perfil de riesgo, las estrategias de cobertura y los estadísticos descriptivos que caracterizan a las empresas de la muestra. Finalmente,

se encuentra el análisis multivariante correspondiente a la evaluación de los determinantes del volumen de cobertura del riesgo cambiario con productos derivados.

5.1. Caracterización de la muestra

La muestra de estudio está formada por empresas españolas cotizadas y no financieras con exposición cambiaria en el periodo 2004-2007¹³ (véase anexo I). Así, en primer lugar, se excluyeron entidades de crédito, compañías de seguros, empresas inmobiliarias y sociedades de cartera y *holdings* debido a la naturaleza de su actividad que impide establecer una medida y comparación homogénea con el resto de empresas analizadas. En segundo lugar, se excluyeron aquellas empresas que no estaban expuestas al riesgo cambiario en el periodo de estudio¹⁴. Como indicador de este tipo de exposición se ha considerado la realización de ventas exteriores nominadas en divisas diferentes al euro y/o la existencia de filiales en mercados exteriores excluidos España y el resto de países del área euro. El resultado final es un panel completo¹⁵ constituido por 100 empresas para las cuales toda la información necesaria está disponible en el periodo comprendido entre los años 2004 y 2007, obteniendo un total de 400 observaciones.

Las fuentes de información utilizadas fueron las cuentas anuales de los ejercicios 2004, 2005, 2006 y 2007, para recopilar datos referidos a las prácticas de cobertura cambiaria, y la base de datos SABI (*Sistema de Análisis de Balances Ibéricos*)¹⁶ para recoger otras variables económico-financieras. Adicionalmente, se utilizó un cuestionario enviado mediante correo electrónico, previo contacto telefónico para la identificación de la persona de referencia, con aquellas empresas cuyas cuentas anuales no contenían información referida a la cifra de negocio realizada en mercados exteriores fuera del área euro, y/o a la utilización de deuda en divisa y de productos derivados (véase anexo II). En particular, la realización de la encuesta solo fue requerida a 14 empresas, obteniendo una tasa de respuesta del 100 por 100.

5.2. Análisis univariante

Antes de proceder al análisis de los determinantes de la cobertura del riesgo cambiario con productos derivados, se realiza un estudio preliminar de las características de las empresas que cons-

¹³ Solo 12 empresas no cotizaron durante todo el periodo de estudio, si bien la mitad de estas cotizaron tres años.

¹⁴ Solo existen dos empresas que, teniendo exposición cambiaria en el periodo de estudio, no se incorporaron a la muestra porque no disponían de información económico-financiera completa dentro del horizonte temporal de estudio.

¹⁵ Se opta por un panel completo porque es más apropiado para resolver el problema de censura en el valor cero que presentan la variable dependiente (volumen notional de productos derivados) cuando se evalúa el volumen de cobertura.

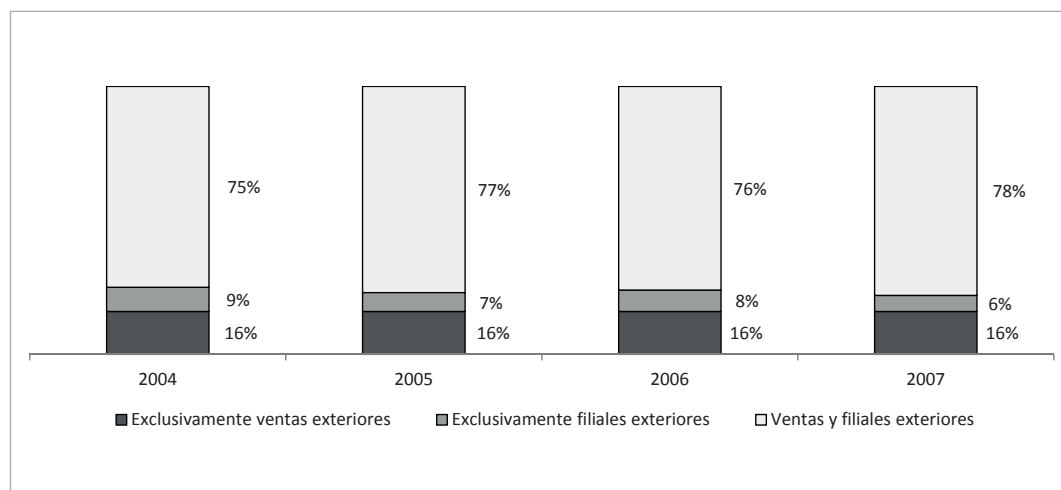
¹⁶ La base de datos *Sistema de Análisis de Balances Ibéricos* (SABI) es el resultado de la colaboración de Informa (empresa española responsable de la Base de Datos para empresas españolas), Coface Mope (empresa portuguesa responsable de la base de datos para empresas portuguesas) y Bureau van Dijk (empresa con sede en Bruselas responsable del *software* de búsqueda, tratamiento y análisis de datos). Ofertada desde el año 1997, se elabora a partir de la combinación de diferentes fuentes de información (informes de empresa, registros mercantiles y sus boletines oficiales, prensa, etc.), actualizándose de forma periódica. Esta base de datos ofrece, entre otra información, datos financieros de empresas de España y Portugal.

tituyen la muestra de estudio. En particular, la atención se centra en determinar la fuente de exposición de riesgo cambiario y la coexistencia con otros tipos de riesgo así como los instrumentos de cobertura utilizados. Finalmente, se realiza un estudio descriptivo de las variables utilizadas, fundamentalmente, a través del análisis de diferencia de medias.

5.2.1. Perfil de riesgo cambiario

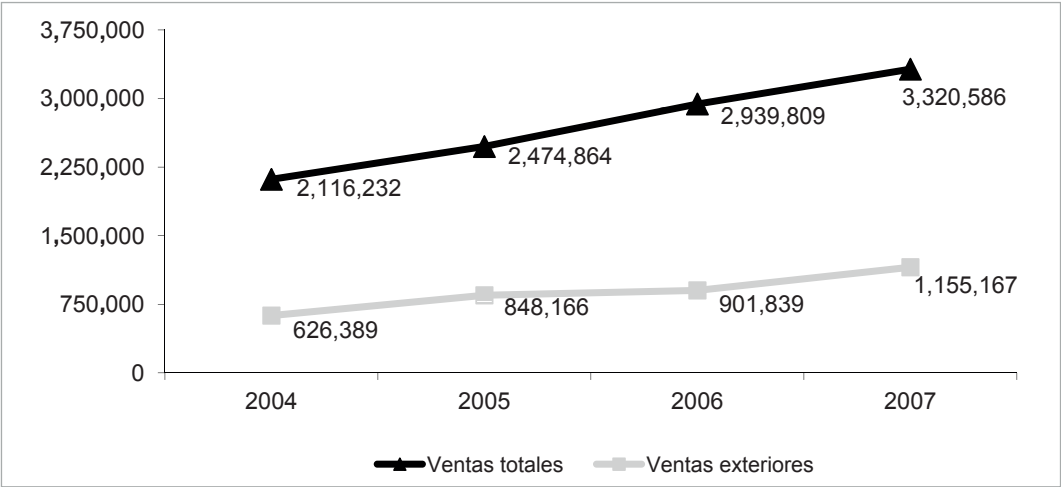
En términos medios, de las 100 empresas que constituyen la muestra final un 16 por 100 tiene riesgo cambiario exclusivamente generado por ventas exteriores y un 7.5 por 100 por filiales constituidas en mercados fuera del área euro (véase **gráfico 2**). Por tanto, más del 75 por 100 tiene riesgo cambiario por la combinación de ambas fuentes de exposición (ventas y filiales en mercados exteriores), subrayando la importancia de este riesgo tanto en el corto como largo plazo.

GRÁFICO 2. Fuente de exposición cambiaria (% empresas).



La evolución del importe medio de las ventas exteriores ha sido creciente dentro del periodo analizado, así como su porcentaje sobre las ventas totales (véase **gráfico 3**). En general, las ventas totales y exteriores han crecido una media anual del 14 y 21 por 100, respectivamente, entre los años 2004 y 2007. Por tanto, las ventas exteriores han actuado como un potente motor del volumen de negocio de las empresas, ya que su ritmo de crecimiento ha sido superior al de las ventas totales.

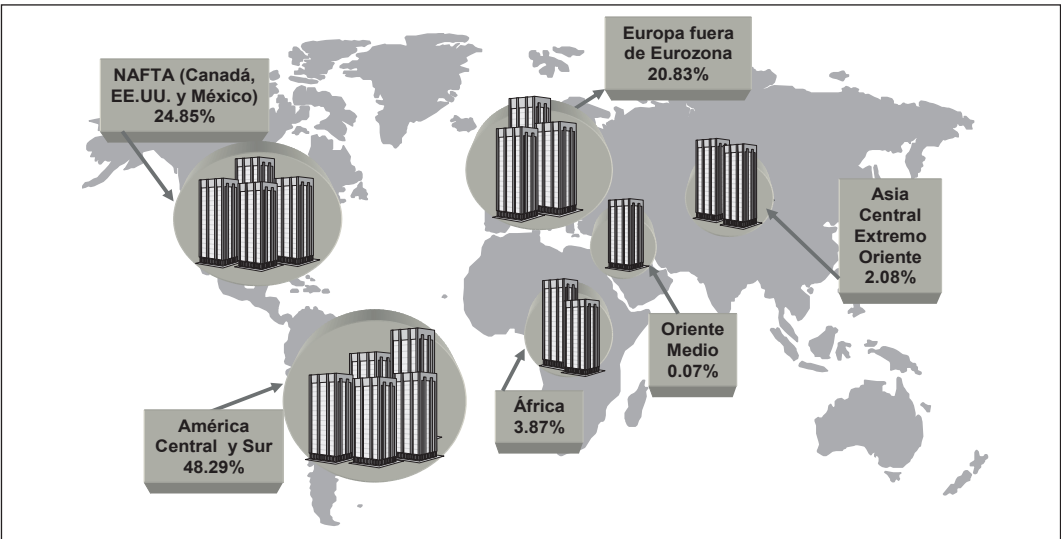
GRÁFICO 3. *Evolución media de las ventas totales y exteriores (miles de euros).*



Por su parte, la presencia en mercados exteriores a través de la creación de filiales se ha mantenido constante en el periodo analizado. Así, la empresa media de la muestra tiene 13 filiales repartidas en 7 países ubicados en una misma región geográfica.

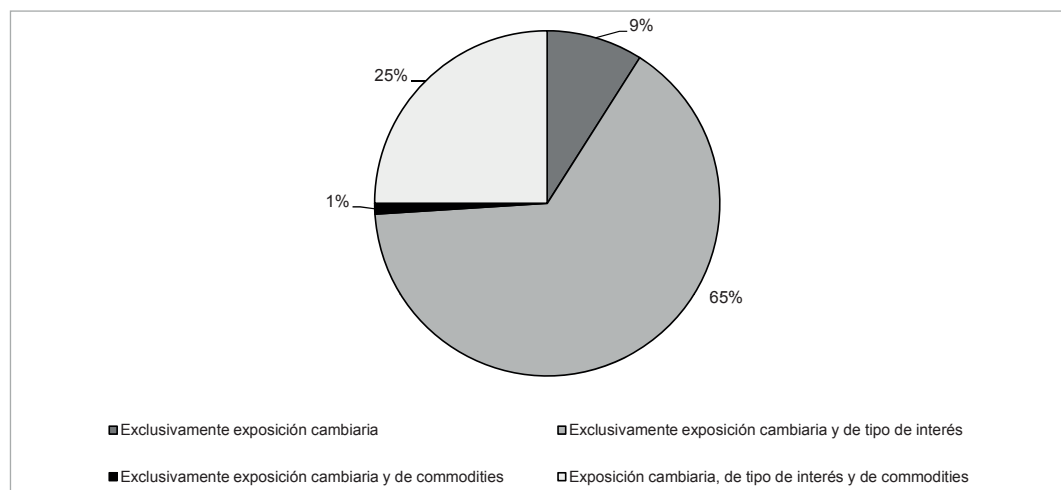
En particular, y profundizando en la distribución regional de las filiales exteriores, una media del 48.29 por 100 se sitúa en América Central y Sur, seguida del área NAFTA (Canadá, EE.UU. y México) con un 24.85 por 100 y el área europea no euro que representa un 20.83 por 100 (véase **gráfico 5**).

GRÁFICO 4. *Distribución regional de las filiales exteriores (% medio de filiales).*



Además, como se recoge en el **gráfico 5**, el riesgo cambiario coexiste con otros riesgos en una media del 91 por 100 de las empresas analizadas durante el periodo de estudio (2004-2007). De este modo, en términos medios, un 65 por 100 se enfrenta al riesgo de tipo de cambio y de tipo de interés, y un 25 por 100 a estos en conjunción con el riesgo de precio de las materias primas (riesgo de *commodities*). Asimismo, solo el 1 por 100 tiene riesgo cambiario y de *commodities*.

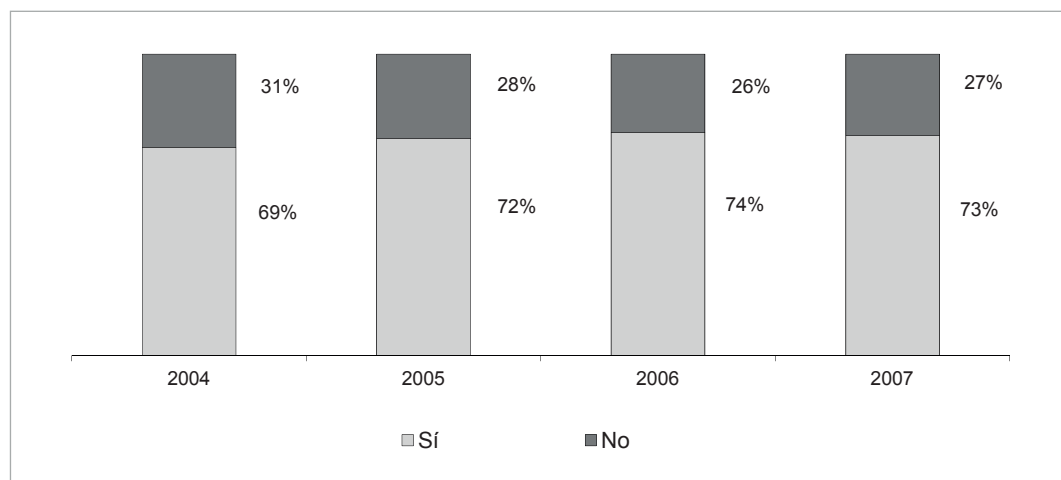
GRÁFICO 5. Fuente de exposición al riesgo (% medio de empresas).



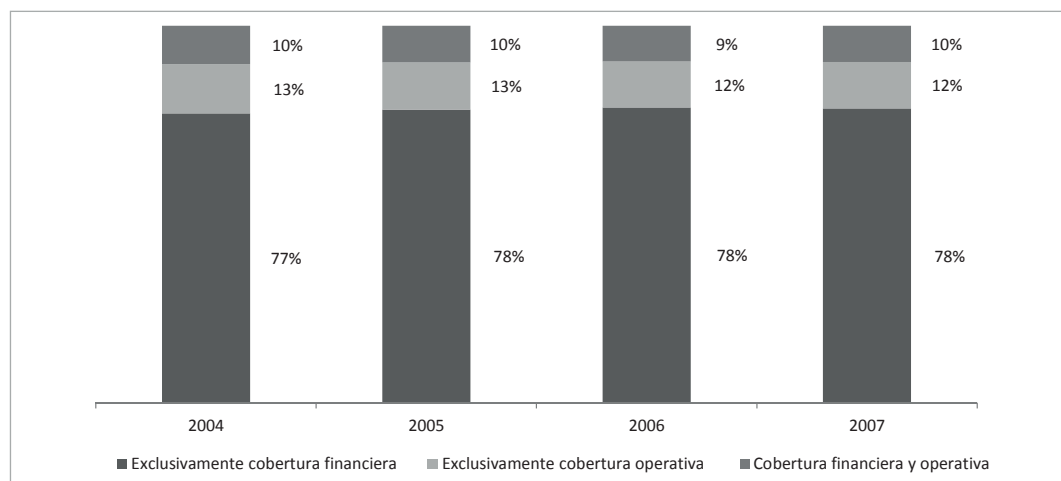
5.2.2. Estrategias de cobertura del riesgo cambiario

Una vez identificada la existencia y fuentes de riesgo cambiario, se realiza una descripción de los instrumentos de cobertura aplicados por las empresas que constituyen la muestra.

En primer lugar, se ha de identificar la existencia de cobertura, esto es, si las empresas han decidido o no aplicar una estrategia de cobertura del riesgo cambiario. De este modo, se ha comprobado que la amplia mayoría opta por su cobertura en todos los periodos analizados, independientemente de los instrumentos utilizados para ello. En media, un 72 por 100 cubre su exposición cambiaria frente a un 28 por 100 que decide dejar sus posiciones en divisas expuestas a las fluctuaciones cambiarias (véase **gráfico 6**). Además, el porcentaje de empresas que deciden cubrirse ha ido creciendo paulatinamente desde el 69 por 100 en 2004 hasta el 73 por 100 en 2007. Esta adopción de una posición activa de cobertura puede venir explicado en parte por el aumento de su nivel de exposición cambiaria durante el periodo considerado, aspecto ya comentado al analizar la evolución de las ventas exteriores.

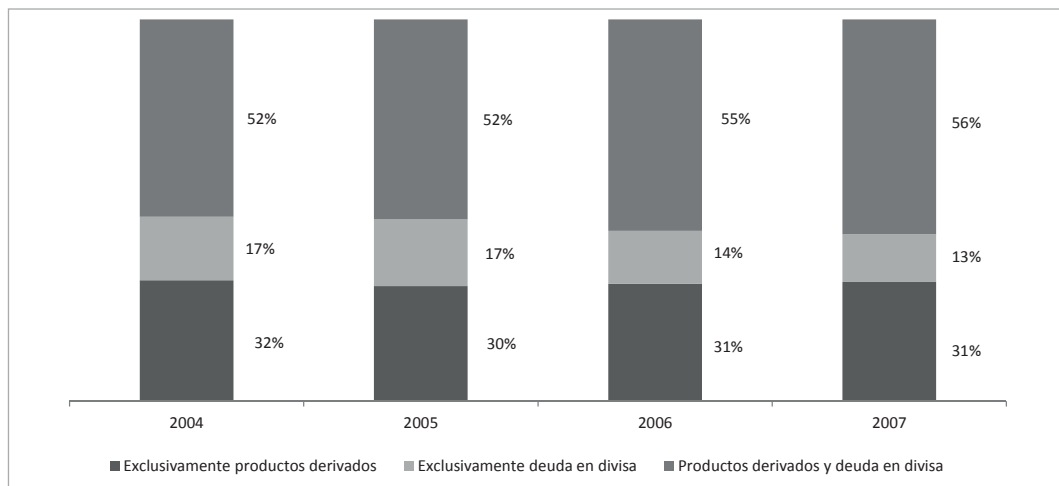
GRÁFICO 6. *Decisión de cobertura de la exposición cambiaria (% empresas).*

Centrándose en las empresas que cubren su riesgo cambiario, la mayoría únicamente utiliza técnicas de cobertura financiera (78%), mientras una minoría utiliza la cobertura operativa en exclusiva (12%) o conjuntamente con aquellas (10%) (véase **gráfico 7**).

GRÁFICO 7. *Tipo de cobertura de la exposición cambiaria (% sobre empresas que cubren el riesgo cambiario).*

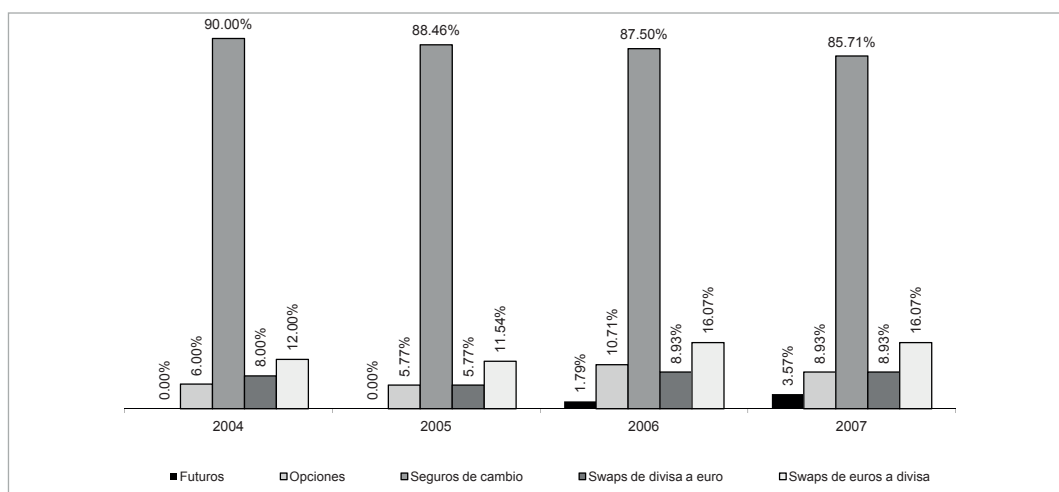
Profundizando en el tipo de instrumento financiero utilizado, el **gráfico 8** muestra que la mayoría de las empresas que utilizan estas técnicas, ya sea exclusivamente o en conjunción con las operativas, opta por el uso combinado de productos derivados y deuda en divisa, con una media del 53.75 por 100. Asimismo, una media del 31 por 100 solo utiliza productos derivados frente a un 15.25 por 100 que utiliza exclusivamente el endeudamiento en divisa.

GRÁFICO 8. *Tipo de cobertura financiera de la exposición cambiaria (% sobre empresas que utilizan técnicas financieras para la cobertura del riesgo cambiario).*



Dentro del grupo de empresas que utilizan productos derivados sobre divisas, más del 80 por 100 usan seguros de cambio y más del 10 por 100 *swaps* para cambiar de euro a divisa (véase **gráfico 9**), en línea con los resultados obtenidos para otros mercados revisados en el capítulo segundo. Los futuros constituyen el producto derivado menos popular, hasta el punto de no ser utilizado por ninguna empresa en los años 2004 y 2005.

GRÁFICO 9. *Tipo de producto derivado utilizado para la cobertura de la exposición cambiaria (% sobre empresas que usan productos derivados).*



A lo largo del periodo de estudio, el importe nocional anual medio del conjunto de productos derivados utilizados para la cobertura del riesgo cambiario ha experimentado globalmente un decrecimiento del 2.36 por 100, produciéndose un gran descenso en el periodo 2005-2006 con un 10.83 por 100. Ello es debido a la influencia de la evolución de los nocionales en un grupo muy reducido de empresas de la muestra analizada.

TABLA 1. *Valor nocional anual medio de productos derivados utilizados (miles de euros).*

	2004	2005		2006		2007	
	Volumen	Volumen	Crec.	Volumen	Crec.	Volumen	Crec.
Futuros	0 (0.00%)	0 (0.00%)	*	186.89 (0.06%)	*	786.43 (0.24%)	320.80%
Opciones	13348.35 (3.99%)	19569.71 (5.59%)	46.61%	15701.65 (5.03%)	-19.77%	11230.94 (3.44%)	-28.47%
Seguros cambio	235417.3 (70.40%)	211734.8 (60.53%)	-10.06%	149964.6 (48.08%)	-29.17%	163095.5 (49.96%)	8.76%
Swaps de euro a divisa	76381.12 (22.84%)	116343.1 (33.26%)	52.32%	130547.9 (41.86%)	12.21%	134425.2 (41.17%)	2.97%
Swaps de divisa a euro	9233.64 (2.76%)	2153.64 (0.62%)	-77.70%	15489.53 (4.97%)	619.23%	16944.96 (5.19%)	9.40%
Nocional derivados	334380.4	349801.3	4.61%	311890.6	-10.83%	326483	4.68%

Nota: entre paréntesis se recoge el porcentaje que representa el valor nocional anual medio de cada tipo de producto derivado sobre el valor nocional anual medio agregado. Crec. representa la tasa de crecimiento anual.

5.2.3. *Análisis estadístico descriptivo*

Tras la descripción de la muestra de estudio a nivel agregado y centrada en la exposición cambiaria y su cobertura, a lo largo de este epígrafe se realiza un análisis estadístico preliminar que incorpora las variables que se señalaron en el planteamiento de hipótesis y se utilizarán en el análisis empírico posterior.

En la **tabla 2**, se recogen los principales estadísticos descriptivos de tales variables, lo que dará una idea de las características económico-financieras de las empresas que constituyen la muestra. Así, el *activo* medio asciende a 5,051 millones de euros por lo que se puede afirmar que la empresa media de la muestra es muy grande, como cabría esperar al tratarse de empresas cotizadas. La mayor parte de las empresas se ubican en el sector industrial manufacturero en las áreas de química, metal y maquinaria (*sector02*, 21%) y el sector de actividades profesionales, científicas y técnicas, y administrativas y de servicios auxiliares (*sector07*, 24%).

Las variables relacionadas con los costes de insolvencia financiera denotan que la empresa media presenta un importante nivel de apalancamiento financiero. Así, el *endeudamiento* representa el 61% de su activo y el valor medio del *ratio de cobertura de intereses* (–3.58) denota ciertos problemas de liquidez. Además, el ratio de capacidad de devolución de la deuda (0.90) indica que menos del 1% de la deuda total de la empresa puede ser devuelta con el flujo de caja operativo del ejercicio. No obstante, tanto la liquidez general (3.17) como inmediata (1.54) se sitúan en niveles aceptables. Además, la capacidad generadora de recursos internos de la empresa es importante ya que ofrece una *rentabilidad económica* media del 5.15 por 100.

En relación con las asimetrías informativas, la empresa media tiene un *ratio market to book* de 5.57, un 13 por 100 de su activo es *intangible*, y un 1 por 100 de su cifra de ventas se destina a *actividades de investigación y desarrollo*. Además, el 13.22 por 100 de su capital social está en manos de *inversores institucionales*. Esto último contrasta con la participación de los directivos en el capital social que solo alcanza una media del 4.98% (aversión al riesgo de los directivos). Respecto al factor fiscal, un 64% de las empresas tiene *pérdidas compensables fiscalmente* y un 75 por 100 tiene deducciones fiscales.

Finalmente, la empresa promedio tiene un *porcentaje de ventas exteriores nominadas en divisas diferentes al euro* del 25.03 por 100 y dispone de *filiales* en una media de 7 países, excluidos España y el resto de países del área euro. Asimismo, el 43 y el 16 por 100 de las empresas de la muestra utilizan, respectivamente, la deuda en divisa y técnicas operativas como mecanismos de cobertura del riesgo cambiario. Por su parte, una media del 59 por 100 utiliza productos derivados para la cobertura del riesgo de tipo de interés.

TABLA 2. Estadísticos descriptivos.

	Variable	Obs.	Media	Mínimo	Máximo	Desviación estándar
Asimetrías informativas y problemas subinversión	%Inversores institucionales	400	13.22	0.00	94.80	16.56
	%Activo intangible	400	13.00	0.00	99.90	14.71
	<i>Market to book</i>	400	5.57	0.12	65.99	8.69
	Gastos I+D (activo)	400	0.01	0.00	2.04	0.11
	Gastos I+D (gasto)	400	0.01	0.00	0.65	0.06
Costes de insolvencia financiera	Endeudamiento	400	0.61	0.01	0.70	0.14
	Endeudamiento ajustado sector	400	0.72	0.01	0.87	0.77
	Capacidad devolución deuda	400	0.90	–2.08	8.33	1.31
	Ratio cobertura intereses	400	–3.58	–8.20	5.33	193.76
	Liquidez	400	3.17	0.01	52.24	25.45
	Liquidez inmediata	400	1.54	0.16	15.68	1.34
	Rentabilidad económica	400	5.15	–1.82	52.67	12.08
.../...						

	Variable	Obs.	Media	Mínimo	Máximo	Desviación estándar
.../...						
Fiscalidad	Pérdidas compensables fiscal	400	0.64	0.00	1.00	0.48
	Deducciones fiscal	400	0.75	0.00	1.00	0.43
Aversión al riesgo de directivos	% Acciones directivos	400	4.98	0.00	90.00	13.37
Exposición cambiaria	%Ventas exteriores	400	25.03	0.00	91.42	22.40
	Países con filiales	400	7.47	0.00	32.00	8.50
Economías de escala	Tamaño*	400	5,051	15	109,000	13,200
Utilización de otros instrumentos de cobertura	Deuda en divisa	400	0.43	0.00	1.00	0.49
	Diversificación regiones*	400	1.89	0.00	6.00	1.62
	Diversificación filiales región	400	0.52	0.00	1.00	0.36
	Cobertura operativa general	400	0.16	0.00	1.00	0.37
	Derivados tipo interés	400	0.59	0.00	1.00	0.49
Sector de actividad	Sector01	400	0.12	0.00	1.00	0.33
	Sector02	400	0.21	0.00	1.00	0.41
	Sector04	400	0.19	0.00	1.00	0.39
	Sector07	400	0.24	0.00	1.00	0.43

Notas: la **tabla 2** presenta los estadísticos descriptivos para las variables independientes incluidas en el análisis empírico. * Recoge los valores directos sin aplicar la transformación logarítmica.

La **tabla 3** muestra la diferencia de medias entre las empresas que se cubren y no se cubren con productos derivados. Se obtuvieron diferencias significativas en un grupo importante de las variables seleccionadas en el marco teórico.

En particular, las empresas que se cubren con productos derivados tienen un mayor tamaño y tienden a ubicarse en el sector de la construcción, comercio, transporte y almacenamiento (*sector04*). Mientras que las compañías que no se cubren con productos derivados están más presentes en el sector industrial manufacturero de alimentación, del textil, de la madera y del papel (*sector01*).

Asimismo, las empresas que recurren a estos instrumentos de cobertura presentan una menor liquidez, los inversores institucionales tienen una mayor representación en su capital social, y tienen más pérdidas fiscalmente compensables y deducciones fiscales. Respecto al nivel exposición cambiaria, estas empresas generan un mayor porcentaje de ventas exteriores nominadas en divisas diferentes al euro y cuentan con filiales exteriores en un mayor número de países fuera del área euro.

En lo referente a la utilización de otros instrumentos de cobertura, las empresas que se cubren con productos derivados tienden a utilizar más el endeudamiento en divisa, están más diversificadas regionalmente aunque tienen sus filiales exteriores más concentradas en determinadas regiones, se cubren menos operativamente, y cubren más su riesgo de tipo interés con productos derivados.

TABLA 3. Comparación de variables entre usuarios y no usuarios de productos derivados.

		Usan derivados	N	Media	T
Asimetrías informativas y problemas subinversión	%Inversores institucionales	No	186	11.21	-2.27***
		Sí	214	14.97	0.00
	%Activo intangible	No	186	13.44	0.56
		Sí	214	12.61	0.57
	<i>Market to book</i>	No	186	5.92	0.77
		Sí	214	5.25	0.44
	Gastos I+D (activo)	No	186	0.02	1.18
		Sí	214	0.00	0.23
	Gastos I+D (gasto)	No	186	0.01	0.48
		Sí	214	0.01	0.62
Costes de insolvencia financiera	Endeudamiento	No	186	0.59	0.27
		Sí	214	0.61	0.18
	Endeudamiento ajustado sector	No	186	0.70	0.31
		Sí	214	0.72	0.27
	Capacidad devolución deuda	No	186	0.98	1.17
		Sí	214	0.83	0.24
	Ratio cobertura intereses	No	186	3.83	0.71
		Sí	214	-10.03	0.47
	Liquidez	No	186	3.05	2.12**
		Sí	214	2.65	0.03
	Liquidez inmediata	No	186	1.79	3.70***
		Sí	214	1.31	0.00
	Rentabilidad económica	No	186	4.19	-1.46
		Sí	214	5.97	0.14
Fiscalidad	Pérdidas compensables fiscal	No	186	0.56	-3.05***
		Sí	214	0.71	0.00
	Deducciones fiscal	No	186	0.7	-2.32**
		Sí	214	0.8	0.02
Aversión al riesgo de directivos	% Acciones directivos	No	186	5.01	0.03
		Sí	214	4.95	0.96
Exposición cambiaria	%Ventas exteriores	No	186	20.58	-3.76***
		Sí	214	28.9	0.00

.../...

		Usan derivados	N	Media	T
.../...	Países con filiales	No	186	5.31	-4.85***
		Sí	214	9.34	0.00
Economías de escala	Tamaño	No	186	1189	-5.66***
		Sí	214	8408	0.00
Utilización de otros instrumentos de cobertura	Deuda divisa	No	186	0.2	-9.60***
		Sí	214	0.63	0.00
	Diversificación regiones	No	186	1.43	-5.48***
		Sí	214	2.28	0.00
	Diversificación filiales región	No	186	0.59	4.04***
		Sí	214	0.45	0.00
	Cobertura operativa general	No	186	0.23	3.95***
		Sí	214	0.09	0.00
	Derivados tipo interés	No	186	0.4	-7.67***
		Sí	214	0.7	0.00
Sector de actividad	Sector01	No	186	0.15	1.75*
		Sí	214	0.09	0.08
	Sector02	No	186	0.18	-0.99
		Sí	214	0.22	0.31
	Sector04	No	186	0.13	-2.39***
		Sí	214	0.23	0.01
	Sector07	No	186	0.25	0.78
		Sí	214	0.22	0.43

Notas: la **tabla 3** presenta la diferencia de medias de las variables independientes utilizadas en el análisis empírico entre empresas que se cubren (1) y no se cubren (0) con productos derivados. 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, 5 por 100 y 10 por 100, respectivamente.

Finalmente, la **tabla 4** recoge la matriz de correlaciones de la variable dependiente, *porcentaje del valor nominal de productos derivados sobre el activo total*, y las variables independientes continuas que se integran dentro del análisis empírico.

El *porcentaje del valor nominal de productos derivados* mantiene una correlación significativa positiva con el *ratio market to book*, el *tamaño*, la *diversificación regional de la actividad a través de filiales* y la *diversificación de las filiales por regiones*, y negativa con las variables *porcentaje de activo intangible*, *ratio de cobertura de intereses*, *rentabilidad económica* y *número de países con filiales exteriores*.

TABLA 4. *Matriz de correlaciones.*

[illegible]

Notas: en la **tabla 4** se recogen los coeficientes de correlación de *Pearson* entre las variables dependientes porcentaje del valor nominal de productos derivados (capítulo actual) y porcentaje del valor nominal de la deuda en divisa (capítulo cuarto), ambas respecto al activo total, y las variables independientes continuas incluidas en el análisis empírico. ***, **, * significativo al 1, 5 y 10 por 100, respectivamente.

5.3. Análisis del volumen de cobertura cambiaria con productos derivados

Para el análisis del volumen de cobertura cambiaria con productos derivados se ha de considerar que la variable dependiente es una variable censurada, pues el valor nocional de los productos derivados no puede ser inferior a cero. En consecuencia, exige la estimación de un modelo de datos de panel con una variable censurada. Si la estimación no tiene en cuenta este aspecto, o selecciona únicamente aquellas empresas que tienen un valor nocional de productos derivados estrictamente positivo, se obtendrían estimaciones sesgadas e inconsistentes. Por ello, se ha optado por la solución propuesta por BOVER y ARELLANO (1997) que consiste en una estimación en dos etapas. En una primera fase, se estima por máxima verosimilitud el volumen de cobertura con productos derivados mediante un modelo *Tobit* para cada periodo temporal. En la segunda fase, con la nueva variable dependiente creada en la fase previa y en la que ya no existe el problema de censura, se aplica el *Método Generalizado de los Momentos* para datos de panel.

1.ª fase) Estimación del modelo *Tobit* en sección cruzada

La **tabla 5** recoge el modelo *Tobit* estimado para cada periodo temporal que forma la muestra de estudio (2004-2007), en el cual se combinan siempre las mismas variables explicativas. Su selección ha respondido a la identificación de un modelo que se comportara de un modo estable en todos los periodos y en el cual se tomara siempre una variable *proxy* de cada posible determinante de cobertura. Asimismo, se ha tenido en cuenta que el modelo finalmente seleccionado no presentara problemas relativos a posibles errores de especificación ni un bajo nivel de ajuste, y se han analizado la normalidad, multicolinealidad y heterocedasticidad.

De acuerdo con el modelo estimado en sección cruzada e interpretando agregadamente los resultados, el volumen de cobertura cambiaria con productos derivados se relaciona, por una parte, positivamente con las asimetrías informativas y los problemas de subinversión, los costes de insolvencia financiera, la exposición cambiaria, la utilización de productos derivados para la cobertura del riesgo de tipo de interés y la ubicación de la empresa en el sector industrial manufacturero en las áreas de química, metal y maquinaria y, por otra, negativamente con la aversión al riesgo de los directivos.

A partir de estos cuatro modelos *Tobit*, se estima el volumen de cobertura o, más concretamente, la variable dependiente representada por el cociente entre el valor nocional de los productos derivados y el activo total, para cada año desde el 2004 hasta el 2007. De este modo, se elimina la censura en 0 que caracterizaba la variable dependiente inicialmente. Sus estadísticos básicos aparecen en la **tabla 6**, donde además se muestra el porcentaje de predicciones correctas resultado de estimar un modelo *Probit* con las variables explicativas consideradas en las estimaciones *Tobit* anteriores, que pone de manifiesto la buena capacidad predictiva del modelo seleccionado.

TABLA 5. Estimaciones en sección cruzada de modelos Tobit para el volumen de cobertura con productos derivados.

		Variable dependiente: notional derivados/activo total							
		Modelo 2004		Modelo 2005		Modelo 2006		Modelo 2007	
		Coef.	Err. Std.	Coef.	Err. Std.	Coef.	Err. Std.	Coef.	Err. Std.
Asimetrías informativas y problemas subinversión	<i>Market to book</i>	0.01	0.01	0.01**	0.01	0.02***	0.01	0.01***	0.01
Costes de insolvencia financiera	Liquidez inmediata	-0.14*	0.08	-0.19*	0.11	-0.01	0.01	-0.02	0.02
Fiscalidad	Pérdidas compensables fiscal.	-0.06	0.12	-0.07	0.14	-0.04	0.08	-0.03	0.07
Aversión al riesgo directivos	% Acciones directivos	-0.01	0.01	-0.01	0.01	-0.01	0.01	-0.01*	0.01
Exposición cambiaria	% Ventas exteriores	0.01*	0.01	0.01*	0.01	0.01**	0.01	0.01	0.01
Economías de escala	Tamaño	0.08**	0.04	0.04	0.05	0.03	0.03	0.02	0.02
Utilización de otros instrumentos de cobertura	Deuda divisa	0.05	0.14	0.08	0.16	0.01	0.09	0.05	0.08
	Derivados tipo interés	0.02	0.13	0.25*	0.15	0.15*	0.09	0.09	0.08
Sector de actividad	Sector01	0.52***	0.18	0.53***	0.21	0.21*	0.12	0.15	0.11
Pseudo R ²		0.35		0.36		0.34		0.36	
LR χ^2		30.80 (9)		32.46 (9)		46.51 (9)		31.23 (9)	
Observaciones		100		100		100		100	

Notas: la **tabla 5** recoge los resultados de las estimaciones *Tobit* en sección cruzada entre la variable dependiente (Valor notional productos derivados/activo total) y las variables independientes indicadas. *Coef.* y *Err. Std.* representan los coeficientes y errores estándar heterocedásticamente robustos, respectivamente. La selección del modelo estimado (combinación de variables explicativas) ha respondido a la identificación de un modelo que se comportara de un modo estable en todos los periodos y en el cual se tomara siempre una variable *proxy* de cada posible determinante de cobertura. Asimismo, se ha tenido en cuenta que el modelo finalmente seleccionado no presentara problemas relativos a posibles errores de especificación ni un bajo nivel de ajuste, y se han analizado la normalidad y la multicolinealidad. ***, **, * significativo al 1, 5 y 10 por 100, respectivamente.

TABLA 6. Estadísticos básicos de la variable (valor notional productos derivados/activo total) estimada.

	Año	Obs.	Media	Mínimo	Máximo	Desviación estándar	% Predicciones correctas
Valores estimados: notional derivados/activo total	2004	100	-0.28	-8.70	0.36	0.91	77%
.../...							

	Año	Obs.	Media	Mínimo	Máximo	Desviación estándar	% Predicciones correctas
.../...	2005	100	-1.16	-88.60	0.75	8.88	73%
	2006	100	-0.07	-0.74	1.20	0.23	77%
	2007	100	-0.10	-4.12	0.51	0.45	75%

Notas: la **tabla 6** recoge los estadísticos básicos de la variable (valor nominal productos derivados/activo total) estimada a partir de los modelos *Tobit* en sección cruzada. %Predicciones correctas indica la capacidad predictiva de cada modelo, que no ha resultado inferior al 70 por 100 en ningún año.

2.ª fase) Estimación por el Método Generalizado de los Momentos

En una segunda fase, se toma la nueva variable creada en la fase previa a partir de modelos *Tobit* como variable dependiente, y se procede a su estimación con datos de panel por el *Método Generalizado de los Momentos*. En concreto, se utilizan modelos lineales dinámicos lo cual permite controlar posibles problemas de endogeneidad que, como indican ARETZ y BARTRAM (2009), pueden haber introducido sesgos en los resultados obtenidos en investigaciones previas que no consideraron adecuadamente su control.

Se han estimado diferentes modelos en función de la combinación de las variables explicativas seleccionadas. En concreto, los modelos finales presentados en la **tabla 7** son el resultado de combinar aquellos factores representados por una única variable con aquellos que tienen varias *proxies* de las que se selecciona una en cada modelo. Asimismo, los cinco modelos presentados son parsimoniosos y no padecen problemas de especificación, heterocedasticidad y multicolinealidad.

De acuerdo con los resultados obtenidos, que aparecen recogidos en la **tabla 7**, el volumen de cobertura cambiaria con productos derivados se relaciona con las asimetrías informativas y problemas de subinversión (en particular, con las oportunidades de crecimiento), los costes de insolvencia financiera, la exposición cambiaria y la utilización de otros instrumentos de cobertura. Concretamente, se relaciona, por una parte, positivamente con las variables *market to book*, *porcentaje de ventas exteriores nominadas en divisas diferentes al euro* y la utilización de *deuda en divisa*, y por otra, negativamente con las variables *gastos de I+D (activo)* y *liquidez inmediata*.

En particular, las variables *market to book* y *gastos de I+D (activo)*, utilizadas como *proxies* de las oportunidades de crecimiento, han resultado significativas, si bien la segunda con un signo contrario al previsto. El signo positivo que presenta la variable *market to book* confirma la hipótesis de que las empresas con mayores oportunidades de crecimiento se cubrirán en mayor medida con productos derivados para paliar problemas de subinversión (H1). Este resultado contrasta con los obtenidos por HOWTON y PERFECT (1998) y GRAHAM y ROGERS (2008) que, habiendo estimado también un modelo *Tobit*, no obtuvieron evidencia significativa para esta variable.

Sin embargo, la variable *gastos de I+D (activo)* tiene un signo negativo, lo cual contradice la hipótesis planteada en el marco teórico y, por tanto, supone que las empresas con un mayor volumen

de gastos en investigación y desarrollo en el activo de su balance se cubrirán menos con productos derivados. Esto puede deberse a que el cumplimiento de los requisitos contables para la activación de estos gastos en el balance ¹⁷ palía per se los problemas de subinversión evitando o haciendo menos necesario el recurso a un gran volumen de cobertura del riesgo cambiario con productos derivados para lograrlo. En definitiva, estos resultados subrayan la importancia de identificar la naturaleza de los gastos en I+D que se utilizan como *proxy* de las oportunidades de crecimiento en el análisis de los determinantes de cobertura cambiaria con productos derivados.

Respecto a los costes de insolvencia financiera, una de sus *proxies* representada por la variable *liquidez inmediata* ha resultado significativa y con el signo negativo previsto, al igual que en los trabajos de HOWTON y PERFECT (1998) y ROSSI (2006), y contrariamente a los trabajos de GRAHAM y ROGERS (2000), ALLAYANNIS y OFEK (2001), HAGELIN (2003) y MULLER y VERSCHOOR (2006a) que no encontraron evidencia significativa. Esto confirma que cuanto mayor sea la liquidez de la empresa, existe una menor probabilidad de insolvencia y, por ello, una menor necesidad de un gran volumen de cobertura con el objetivo de minimizarla a través de la reducción de la volatilidad del valor de la empresa (H2).

En relación con la exposición al riesgo cambiario, el *porcentaje de ventas exteriores nominadas en divisas diferentes al euro* ha sido significativo y con el signo positivo previsto. Por tanto, se confirma la existencia de una relación positiva entre la exposición cambiaria de corto plazo que genera el volumen de ventas exteriores y la cobertura cambiaria a corto plazo proporcionada por los productos derivados (H5). La relevancia de las ventas exteriores está en línea con los resultados de la mayoría de investigaciones previas (véase **cuadro 1**).

Finalmente, la utilización de otros instrumentos de cobertura, en particular, la deuda en divisa, también influye significativamente en el volumen de cobertura con productos derivados. De este modo, la variable *deuda en divisa* está significativa y positivamente relacionada con el volumen de cobertura con productos derivados, lo que confirma una relación de complementariedad. Este resultado coincide con el obtenido en la evaluación de la decisión de cobertura cambiaria con productos derivados a través de modelos *Probit*.

¹⁷ El nuevo Plan General de Contabilidad, cuya aplicación es obligatoria desde el ejercicio 2005 en los estados financieros consolidados de los grupos cotizados de la Unión Europea, establece que los gastos de investigación y desarrollo pueden activarse cuando se cumplen las siguientes condiciones: *i)* estar específicamente individualizados por proyectos y su coste claramente establecido para que pueda ser distribuido en el tiempo; *ii)* tener motivos fundados del éxito técnico y de la rentabilidad económico-comercial del proyecto.

TABLA 7. Estimaciones con datos de panel por el método generalizado de los momentos del volumen de cobertura cambiaria con productos derivados.

		Variable dependiente: notional derivados/activo total											
		Modelo 1		Modelo 2		Modelo 3		Modelo 4		Modelo 5			
		Coef.	Err. Std.	Coef.	Err. Std.	Coef.	Err. Std.	Coef.	Err. Std.	Coef.	Err. Std.		
Asimetrías informativas y problemas subinversión	%Inversores institucionales												
	%Activo intangible												
	Market to book												
	Gastos I+D (activo)	-0.61*	0.33	-0.81*	0.45	-0.42*	0.25	0.06***	0.02	0.05***	0.01		
Costes de insolvencia financiera	Endeudamiento												
	Endeudamiento ajustado sector							-0.79	0.67	-0.34	0.29		
	Capacidad devolución deuda												
	Ratio cobertura intereses												
	Liquidez												
	Liquidez inmediata	-0.17***	0.01	-0.17***	0.01	-0.16***	0.01						
Fiscalidad	Rentabilidad económica												
	Pérdidas compensables fiscal	-0.68	1.05			-0.02	0.01	0.18	0.15			0.47	0.35
Aversión al riesgo de directivos	Deducciones fiscal			-0.47	0.64								
	% Acciones directivos	-0.01	0.01	-0.01	0.01	-0.01	0.01	-0.01	0.01	-0.01	0.01		
Exposición cambiaria	%Ventas exteriores			0.02*	0.01	0.02*	0.01	0.02*	0.02	0.02*	0.01		
	Países con filiales	-0.02	0.13										
Economías de escala	Tamaño	0.05	0.22	0.02	0.2	0.03	0.13	0.28	0.3	0.24	0.33		
													.../...

		Variable dependiente: notional derivados/activo total									
		Modelo 1		Modelo 2		Modelo 3		Modelo 4		Modelo 5	
		Coef.	Err.	Coef.	Err.	Coef.	Err.	Coef.	Err.	Coef.	Err.
		Std.	Std.	Std.	Std.	Std.	Std.	Std.	Std.	Std.	Std.
.../...	Deuda divisa	0.57	0.65	0.36	0.58	0.34*	0.26	0.41*	0.36	0.29*	0.25
	Diversificación regiones	0.43	0.39					0.72	0.91		
	Diversificación filiales región			0.28	0.27					0.66	0.71
	Cobertura operativa general					0.80	0.65				
	Derivados tipo interés	0.94	1.41	0.72	0.92	0.35	0.72	0.43	0.91	0.76	1.48
Sector de actividad	Sector01										
	Sector02	-0.57	1.48							-0.72	2.16
	Sector04										
	Sector07							0.07	0.98		
ml	Hansen	1.03		1.03		1.02		-0.45		-0.42	
	Wald (χ^2)	59.83		54.14		72.37		51.2		45.43	
	Wald (χ^2)	39.26		56.01		42.25		39.52		36.52	
	Tiempo (χ^2)	3.32		4.22		3.22		1.57		1.57	

Notas: la **tabla 7** recoge las estimaciones con datos de panel por el método generalizado de los momentos del volumen de cobertura cambiaria con productos derivados. *Coef.* y *Err. Std.* representan los coeficientes y errores estándar heterocedásticamente robustos, respectivamente. Se han 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. $m1$ es el contraste de correlación serial de primer orden usando los residuos en primeras diferencias, asintóticamente distribuido como una $N(0,1)$ bajo la hipótesis nula de no correlación serial. El error del modelo en niveles no está seriamente correlacionado. No se ha podido utilizar el contraste de correlación serial de segundo orden ($m2$) porque el periodo analizado solo consta de cuatro años, siendo el mínimo necesario para la construcción del estadístico de cinco. *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). *Tiempo* χ^2 es un test de Wald de significación conjunta de las variables *dummies* temporales, asintóticamente distribuido como una χ^2 bajo la hipótesis nula de ausencia de relación, que ha validado la inclusión de tales variables (grados de libertad entre paréntesis). Los modelos presentados son el resultado de combinar aquellos factores representados por una única variable con aquellos que tienen varias *proxies* de las que se selecciona una en cada modelo. Este criterio junto a la necesidad de construir modelos que sean parsimoniosos y que eviten los problemas de multicolinealidad, que resultarían de incorporar simultáneamente todas las variables consideradas, han generado los modelos presentados (combinaciones de variables independientes). ***, **, * significativo al 1, 5 y 10 por 100, respectivamente.

6. CONCLUSIONES

Las continuas fluctuaciones del tipo de cambio conllevan la asunción de un riesgo significativo para cualquier empresa puesto que afecta a los *cash-flows* actuales y futuros y, con ello, al valor de la empresa. De este modo, este trabajo ha analizado las razones por las cuales las empresas españolas no financieras cubren el riesgo de cambio con productos derivados en el marco de las teorías de cobertura.

A partir de una muestra constituida por 100 empresas no financieras y cotizadas españolas con exposición cambiaria durante el periodo 2004-2007, hemos detectado que más del 75 por 100 tiene riesgo cambiario derivado simultáneamente de la realización de ventas y la constitución de filiales en mercados exteriores. Frente a esta cifra, un reducido porcentaje de empresas tenía exposición cambiaria, o bien a partir de la realización de ventas exteriores (16%), o bien a partir de la presencia de filiales en el extranjero (9%). Esto subraya la importancia de haber considerado ambas dimensiones de este tipo de riesgo en la investigación porque, en caso contrario, se podría estar infravalorando el alcance y dimensión de la exposición cambiaria de las empresas españolas analizadas.

En esta línea, encontramos que un promedio del 72 por 100 de las empresas cubría su exposición cambiaria frente a un 28 por 100 que decidió dejar sus posiciones expuestas, lo que atestigua la relevancia de la gestión cambiaria en las empresas españolas. Asimismo, otra prueba de ello se basa en la ingente cantidad de recursos destinados a esta gestión, la cual alcanzó una media anual del 30.87 por 100 de la cifra de negocio entre aquellas empresas que se cubrieron con productos derivados, y del 33.12 por 100 entre las que recurrieron a la deuda en divisa.

Por su parte, en la evaluación del volumen de cobertura cambiaria con productos derivados, identificamos que existe una relación positiva respecto a los costes de insolvencia financiera, medidos a través de la variable *liquidez inmediata*, y el nivel de exposición cambiaria, aproximado a través de la realización de *ventas exteriores fuera del área euro*. Los resultados también confirmaron la existencia de una relación de complementariedad con el uso de deuda en divisa.

Finalmente, encontramos que existe evidencia significativa pero no concluyente respecto a las oportunidades de crecimiento. Por una parte, el signo positivo que tuvo la variable *market to book* confirmó la hipótesis de que las empresas con mayores oportunidades de crecimiento se cubrirán en mayor medida con productos derivados para paliar problemas de subinversión. Por el contrario, la variable *gastos de I+D (activo)* tuvo un signo negativo lo cual contradice la hipótesis anterior ya que indica que las empresas con un mayor volumen de gastos en investigación y desarrollo en el activo de su balance se cubrirán menos con productos derivados. En nuestra opinión, esto puede estar motivado porque el cumplimiento de los fuertes requisitos contables para la activación de estos gastos en el balance permite reducir las asimetrías informativas y paliar en parte potenciales problemas de subinversión, evitando o haciendo menos necesario el recurso a un gran volumen de cobertura del riesgo cambiario con productos derivados para lograrlo. Por tanto, estos resultados subrayan la importancia de definir y cuantificar adecuada y homogéneamente esta variable en su utilización como *proxy* de las oportunidades de crecimiento en el análisis de los determinantes de cobertura.

En conclusión, las prácticas de cobertura cambiaria en España están en consonancia con aquellas aplicadas en otros mercados, basándose en la utilización de medios mayoritariamente financieros, sobre todo derivados. Por tanto, las empresas españolas son conscientes de la importante influencia que las fluctuaciones del tipo de cambio pueden tener sobre sus resultados. Por este motivo, adquieren un compromiso activo en su gestión a través de la utilización de un volumen creciente de recursos en el diseño de planes de cobertura.

En el desarrollo de este estudio se encontraron algunas dificultades. Aunque se realizó un importante esfuerzo para obtener una muestra amplia del mercado español, ello estuvo limitado por la disponibilidad de algunos datos en los informes anuales de las empresas y la base de datos SABI. En particular, esta cuestión fue especialmente crítica en la identificación de las técnicas de cobertura operativas. Por este motivo, dentro de las futuras líneas de investigación, se plantea la mejora de la información disponible sobre este tipo de cobertura, lo cual permitiría aportar evidencia más precisa sobre su grado de utilización y coexistencia con la cobertura financiera en el mercado español.

Bibliografía

- AABO, T. [2006]: «The importance of corporate foreign debt as an alternative to currency derivatives in actual management of exchange rate exposures», *European Financial Management*, 12 (4), págs. 633-649.
- ALKEBÄCK, P. y HAGELIN, N. [1999]: «Derivative Usage by Nonfinancial Firms in Sweden with an International Comparison», *Journal of International Financial Management and Accounting*, 10, págs. 105-20.
- ALKEBÄCK, P.; HAGELIN, N. y PRAMBORG, B. [2004]: «Derivative Usage by Nonfinancial Firms in Sweden 1996 and 2003: What has changed?», *Managerial Finance*, *forthcoming*.
- ALLAYANNIS, G.; BROWN, G. y KLAPER, L. [2001]: *Exchange Rate Risk Management: Evidence From East Asia*, http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=250719 (consultado el 3 de julio de 2005).
- ALLAYANNIS, G. y OFEK, E. [2001]: Exchange Rate Exposure, Hedging, and the Use of Currency Derivatives, *Journal of International Money and Finance*, 20, págs. 273-296.
- ALTMAN, E.I. [1984]: «A Further Empirical Investigation of the Bankruptcy Cost Question», *Journal of Finance*, 39 (4), 1.067-1.089.
- ARELLANO, M. y BOND, S. [1991]: «Some tests of Specification for Panel Data: Monte Carlo Evidence and an Application to Employment Equations», *Review of Economic Studies*, 58, págs. 277-297.
- AZOFRA, V. y DíEZ, J.M. [2001]: *La cobertura corporativa del riesgo de cambio en las empresas no financieras españolas*, 15, Documento de Trabajo, Nuevas Tendencias en Dirección de Empresas.
- BARTRAM, S. M.; BROWN, G.W. y FEHLE, R.F. [2003]: *International Evidence on Financial Derivatives Usage*, Working Paper, Kenan-Flagler Business School, University of North Carolina at Chapel Hill.
- BATTEN, J.; MELLOR, R. y WAN, V. [1993]: «Foreign Exchange Risk Management Practices and Products Used by Australian Firms», *Journal of International Business Studies*, 24(3), págs. 557-573.
- BERKMAN, H.; BRADBURY, M.E. y MAGAN, S. [1997]: «An International Comparison of Derivatives Use», *Financial Management*, 26(4), págs. 69-73.

- BESSEMBINDER, H. [1991]: «Forward Contracts and Firm Value: Investment Incentive and Contracting Effects», *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 26, págs. 519-32.
- BODNAR, G.M.; HAYT, G.S. y MARSTON, R.C. [1996]: «Wharton Survey of Derivatives Usage by US Nonfinancial Firms», *Financial Management*, 25, págs. 113-33.
- BODNAR, G.M. y GEBHARDT, G. [1999]: «Derivatives Usage in Risk Management by US and German Nonfinancial Firms: A Comparative Survey», *Journal of International Financial Management and Accounting*, 10, págs. 153-187.
- BODNAR, G.M.; DE JONG, A. y MARCAE, V. [2003]: «The Impact of Institutional Differences on Derivative Usage: A Comparative Study of US and Dutch Firms», *European Financial Management*, 9, págs. 271-297.
- CLARK, E.A. y JUDGE, A. [2005]: «Motives for Corporate Hedging: Evidence from the UK», *Research in Financial Economics*, Vol. 1 (1), págs. 57-78.
- [2008]: «The Determinants of Foreign Currency Hedging: Does Foreign Currency Debt Induce a Bias?», *European Financial Management Journal*, 14 (3), págs. 445-469.
- CLARK, E., JUDGE, A. y NGAI, W. [2006]: «The Determinants and Value Effects of Corporate Hedging: An Empirical Study of Hong Kong and Chinese Firms», disponible en: <http://ssrn.com/abstract=929317> (consultado el 12 de octubre de 2007).
- COLQUITT, L. y HOYT, R. [1996]: «An Analysis of Futures and Options Use by Life insurers», *Journal of Insurance Issues*, 19, págs. 149-162.
- [1997]: «Determinants of Corporate Hedging Behaviour: Evidence from the Life Insurance Industry», *Journal of Risk and Insurance*, 64 (4), págs. 649-671.
- CUMMINS, J.D.; PHILLIPS, R.D. y SMITH S.D. [1997a]: «Corporate Hedging in the Insurance Industry: The Use of Financial Derivatives by U. S. Insurers», *North American Actuarial Journal*, 1 (1), págs. 13-40.
- [1997b]: *Derivatives and Corporate Risk Management: Participation and Volume Decision in Insurance Industry*, Working Paper Series 97-12, Federal Reserve Bank of Atlanta.
- DE CEUSTER, M.; FLANAGAN, L.; HODGSON, A. y TAHIR, M.I. [2003]: «Determinants of Derivative Usage in the Life and General Insurance Industry: The Australian Evidence», *Review of Pacific Basin Financial Markets and Policies*, 6 (4), págs. 405-431.
- DEMARZO, P. y DUFFIE, D. [1995]: «Corporate Incentives for Hedging and Hedge Accounting», *The Review of Financial Studies*, 9 (8), págs. 743-771.
- DOLDE, W. [1993]: *Use of foreign exchange and interest rate risk management in large firms*, Working Paper, University of Connecticut, Storrs, CT.
- DOLDE, W. [1995]: «Hedging, Leverage, and Primitive Risk», *The Journal of Financial Engineering*, 4(2), págs. 187-216.
- ELLIOT, W.B.; HUFFMAN, S.P. y MAKAR, S.D. [2003]: «Foreign – denominated debt and foreign currency derivatives: Complements or substitutes in hedging foreign currency risk?», *Journal of Multinational Financial Management*, 13, págs. 123-139.
- FOK, R.; CARROLL, C. y CHIOU M. [1997]: «Determinants of corporate hedging and derivatives: A revisit», *Journal of Economics and Business*, 49, págs. 569-585.
- FROOT, K. A.; SCHARFSTEIN, D.S. y STEIN, J.C. [1993]: «Risk Management: Coordinating Corporate Investment and Financing Policies», *Journal of Finance*, 48, págs. 1629-58.
- GAY, G. y NAM, J. [1998]: «The Underinvestment Problem and Corporate Derivatives Use», *Financial Management*, 27 (4), págs. 53-69.

- GECZY, C.; MINTON, B.A. y SCHRAND, C. [1997]: «Why Firms Use Currency Derivatives», *Journal of Finance*, 52, págs. 1.323-54.
- GRAHAM, J.R. y ROGERS, D.A. [2000]: *Is Corporate Hedging Consistent with Value Maximization? An Empirical Analysis*, Working Paper, Northeastern University.
- GREENE, W.J. [2001]: *Econometric Analysis*. 4.^a edición, MacMillan.
- GUNTHER, J.W. y SIEMS, T.F. [1995]: *The Likelihood and Extent of Bank Participation in Derivatives Activities*, Working Paper Series, Financial Industry Studies, Federal Bank of Dallas.
- HAGELIN, N. [2003]: «Why Firms Hedge with Currency Derivatives: An Examination of Transaction and Translation Exposure», *Applied Financial Economics*, 13, págs. 55-69.
- HAGELIN, N. y PRAMBORG, B. [2004]: «Hedging Foreign Exchange Exposure: Risk Reduction from Transaction and Translation Hedging», *Journal of International Financial Management and Accounting*, 15(1), págs. 55-69.
- HARDWICK, P. y ADAMS, M. [1999]: «The Determinants of Financial Derivatives Use in the United Kingdom Life Insurance Industry», *Abacus*, 35 (2), págs. 163-184.
- HAUSHALTER, G.D. [2000]: «Financing Policy, Basis Risk, and Corporate Hedging: Evidence from Oil and Gas Producers», *Journal of Finance*, 55, págs. 107-52.
- HOWTON, S.D. y PERFECT, S.B. [1998]: «Managerial Compensation and Firm Derivative Usage: an Empirical Analysis», *Journal of Derivatives*, págs. 53-64.
- JUDGE, A. [2006]: «Why and How UK Firms Hedge», *European Financial Management Journal*, 12(3), págs. 407-44.
- KEDIA, S. y MOZUMDAR, A. [2003]: «Foreign currency – denominated debt: An empirical examination», *Journal of Business*, 76, págs. 521-546.
- KELOHARJU, M. y NISKANEN, M. [2001]: «Why do firms raise foreign currency denominated debt? Evidence from Finland», *European Financial Management*, 7, págs. 481-496.
- LEL, U. [2003]: *Currency Risk Management, Corporate Governance, and Financial Market Development*, Working Paper, Kelley School of Business, Indiana University.
- LELAND, H.E. [1998]: Agency Costs, Risk Management, and Capital Structure, *Journal of Finance*, 53, págs. 1.213-43.
- LESSARD, D.R. y LIGHSTONE, J.B. [1986]. «Volatile Exchange Rates Can Put Operations at Risk», *Harvard Business Review*, July-August, págs. 107-114.
- MARTÍNEZ, P. [1999]: «Metodología para la medición de la exposición económica al riesgo de cambio: una revisión», *Información Comercial Española. Revista de Economía*, 780, págs. 63-79.
- MARTÍNEZ, P. y MARTÍNEZ, M. [2002]: «Factores determinantes de la cobertura del riesgo de cambio mediante operaciones forward», *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, 11(1), págs. 37-50.
- MIAN, S.L. [1996]: «Evidence on Corporate Hedging Policy», *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 31, págs. 419-39.
- MODIGLIANI, F. y MILLER, M.H. [1958]: «The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment», *American Economic Review*, 48, págs. 261-97.
- MULLER, A. y VERSCHOOR, W. [2005]: «The Impact of Corporate Derivative Usage on Foreign Exchange Risk Exposure», disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=676012> (consultado el 12 de julio de 2006).
- MYERS, S. [1977]: «Determinants of Corporate Borrowing», *Journal of Financial Economics*, 5(2), págs. 147-175.
- MYERS, S.C. y MAJLUF, N.S. [1984]: «Corporate financing and investment decisions when firms have information that investors do not have», *Journal of Financial Economics*, 13, págs. 187-221.

- NANCE, D.R.; SMITH, C.W. y SMITHSON, C.W. [1993]: «On the Determinants of Corporate Hedging», *Journal of Finance*, 48, págs. 267-84.
- OTERO, L.A. y FERNÁNDEZ, S. [2005]: «Factores determinantes de la utilización de productos derivados en el sector asegurador español», *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, 14 (3), págs. 135-148.
- OTERO, L.; VIVEL, M.; FERNÁNDEZ, S. y RODRÍGUEZ, A. [2008]: «Determinantes de la cobertura del riesgo de cambio con productos derivados: evidencia para el mercado español». *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 37(140), págs. 723-763.
- PRAMBOR, G.B. [2004]: «Foreign Exchange Risk Management by Swedish and Korean Non-Financial Firms: A Comparative Survey», *Pacific-Basin finance Journal*, 13, págs. 343-366.
- ROSSI, J.L. [2006]: «The Use of Currency Derivatives by Brazilian Companies: An Empirical Investigation», *6th Global Conference on Business and Economics*, Noviembre, Lacea-Lama.
- SHEEDY, E. [2001]: *Corporate Use of Derivatives in Hong Kong and Singapore: A Survey*, Working Paper, Macquarie University.
- SINKEY, J.F. y CARTER, D. [1994]: «The derivatives activities of U.S. commercial banks, In Federal Reserve Bank of Chicago, The Declining Role of Banking», *Papers and Proceedings of the 30 th Annual Conference on Bank Structure and Regulation*, mayo, págs. 165-185.
- SINKEY, J.F. y CARTER, D. [1997]: «Derivatives in U. S. Banking: Theory, Practice, and Empirical Evidence», en B. SCHACHTER (ed.) *Derivatives, Regulation and Banking*, New York: Elsevier Science B. V.
- SMITH, C.W. y STULZ, R.M. [1985]: «The Determinants of Firms' Hedging Policies», *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 20, págs. 391-405.
- STULZ, R. [1984]: «Optimal Hedging Policies», *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 19 (junio), págs. 127-140.
- [1996]: «Rethinking risk management», *Journal of Applied Corporate Finance*, 9 (3), págs. 8-24.
- TUFANO, P. [1996]: «Who Manages Risk? An Empirical Examination of Risk Management Practices in the Gold Mining Industry», *The Journal of Finance*, 51 (4), págs. 1.097-1.137.
- VIVEL, M.; OTERO, L.; FERNÁNDEZ, S. y DURAN, P. [2010]: «Análisis de la decisión de cobertura cambiaria a través del endeudamiento en divisa en el mercado español». *Revista española de financiación y contabilidad*, 38 (144), págs. 607-645.
- WARNER, J. [1977]: «Bankruptcy Costs: Some Evidence», *Journal of finance*, 32, págs. 337-47.

ANEXO I

Relación de empresas que componen la muestra de estudio

Abengoa, SA	Iberpapel Gestión, SA
Abertis Infraestructuras, SA	Indo Internacional SA
Acciona, SA	Indra Sistemas, SA, Serie A
Iberia, Líneas Aéreas de España, SA	Industrias del Diseño Textil, SA
Acerinox, SA	Inypsa Informes y Proyectos, SA
Acs, Actividades de Const. y Servicios, SA	Itinere Infraestructuras, SA
Adolfo Domínguez, SA	Jazz Telecom SA
Aguas de Valencia, SA	La Seda de Barcelona SA
Amper, SA	Laboratorios Almirall, SA
Antena 3 de Televisión, SA	Liwe Española, SA
Avanzit, SA	Mecalux, SA
Azkoyen, SA	Minerales y productos derivados, SA
Barón de Ley, SA	Miquel y Costas & Miquel, SA
Befesa, Medio Ambiente, SA	Montebalito, SA
Bodegas Riojanas, SA	Natra, SA
Campofrío Alimentación, SA	Natraceutical, SA
Cementos Molins, SA	Nh Hoteles, SA
Cementos Portland Valderrivas, SA	Nicolas Correa, SA
Cía. Española de Petróleos, SA	Obrascon Huarte Lain, SA
Cía. Vinícola del Norte de España	Papeles y Cartones de Europa, SA
Cie Automotive, SA	Pescanova, SA
Cintra Conc. de Inf. de Transporte, SA	Prim, SA
Clínica Baviera, SA	Promotora de Informaciones, SA
Codere, SA	Prosegur SA, Cía. de Seguridad
Companyia d'aigües de Sabadell, SA	Puleva Biotech, SA
Const. y Auxiliar de Ferrocarriles, SA	Red Eléctrica Corporación, SA
Corporación Dermoestética, SA	Repsol Ypf, SA
Dogi International Fabrics, SA	Sacyr Vallehermoso, SA
Duro Felguera, SA	Service Point Solutions, SA
Ebro Puleva, SA	Sniace
Elecnor, SA	Sociedad General Aguas de Barcelona, SA

Endesa, SA	Sol Meliá, SA
Ercros, SA	Sos Cuétara, SA
Española del Zinc, SA	Tavex Algodonera, SA
Exide Technologies, SA	Técnicas Reunidas, SA
Faes Farma, SA	Tecnocom, Telecomunicaciones y Energía, SA
Federico Paternina, SA	Telefónica, SA
Fersa Energías Renovables, SA	Telvent Git, SA
Fluidra, SA	Tubacex, SA
Fomento de Constr. y Contratas, SA	Tubos Reunidos, SA
Funespaña, SA	Unión Fenosa, SA
Gamesa Corporación Tecnológica, SA	Unipapel, SA
Gas Natural Sdg, SA	Uralita, SA
Gestevisión Telecinco, SA	Urbar Ingenieros, SA
Gral. de Alquiler de Maquinaria, SA	Vidrala, SA
Grifols, SA	Viscofan, SA
Grupo Empresarial Ence, SA	Vocento, SA
Grupo Ferrovial, SA	Vueling Airlines, SA
Iberdrola Renovables, SA	Zardoya Otis, SA
Iberdrola, SA	Zeltia, SA

ANEXO II

Cuestionario sobre prácticas de cobertura del riesgo cambiario

Nombre de la empresa:

CIF:

1. ¿Cuál fue el importe de sus ventas denominadas en divisas realizadas en mercados exteriores fuera del área euro durante los ejercicios 2004, 2005, 2006 y 2007? (*exprese el importe en miles de euros*)

2004	2005	2006	2007

2. ¿Utilizó productos derivados de divisas (*forward*, seguros de cambio, futuros, opciones, *swaps*) para la cobertura del riesgo cambiario durante los ejercicios 2004, 2005, 2006 y 2007? (*marque con una X*)

	2004	2005	2006	2007
SÍ				
NO				

3. En caso de haber utilizado productos derivados de divisas como instrumento de cobertura del riesgo cambiario durante los ejercicios 2004, 2005, 2006 y 2007, ¿cuál fue su valor nominal? (*exprese el importe en miles de euros*)

	2004	2005	2006	2007
Seguro de cambio				
Futuro				
Opción				
Swap divisa a euro				
Swap euro a divisa				

4. ¿Utilizó deuda en divisa como instrumento de cobertura del riesgo cambiario durante los ejercicios 2004, 2005, 2006 y 2007? (*marque con una X*)

	2004	2005	2006	2007
SÍ				
NO				

5. En caso de haber utilizado deuda en divisa como instrumento de cobertura del riesgo cambiario durante los ejercicios 2004, 2005, 2006 y 2007, ¿cuál fue su valor nominal en cada ejercicio? (*exprese el importe en miles de euros*)

2004	2005	2006	2007

LAS FINANZAS DEL CARBONO: ACTIVOS, MERCADOS Y OPERACIONES FINANCIERAS

CONSTANCIO ZAMORA RAMÍREZ

*Profesor Titular de Universidad.
Departamento de Contabilidad y Economía Financiera.
Universidad de Sevilla*

JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ GONZÁLEZ

*Profesor Contratado Doctor.
Departamento de Contabilidad y Economía Financiera.
Universidad de Sevilla*

Extracto:

DADO el surgimiento y difusión de los activos del carbono, así como el rápido desarrollo de los mercados y operaciones financieras ligados a estos, este trabajo se propone como objetivo categorizarlos y presentar sus principales características, de modo que pueda servir como referencia para aquellos profesionales y académicos interesados en la lucha contra el cambio climático desde el ámbito de las finanzas.

Palabras clave: activos de carbono, mercados de carbono y finanzas de carbono.

CARBON FINANCE: ASSETS, MARKETS AND FINANCIAL OPERATIONS

CONSTANCIO ZAMORA RAMÍREZ

*Profesor Titular de Universidad.
Departamento de Contabilidad y Economía Financiera.
Universidad de Sevilla*

JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ GONZÁLEZ

*Profesor Contratado Doctor.
Departamento de Contabilidad y Economía Financiera.
Universidad de Sevilla*

Abstract:

DUE to the emergence and spreading of carbon assets as well as the fast development of markets and finance operations related to these assets, this paper aims to classify them and to present their main characteristics. So, this paper may be a reference for those professionals and academics that are interested in the fight against climate change from a financial perspective.

Keywords: carbon assets, carbon markets and carbon finance.

Sumario

1. Introducción.
2. Activos del carbono primarios.
 - 2.1. Mercados regulados.
 - 2.2. Mercados voluntarios.
3. ERPA y la financiación de proyectos que generan activos del carbono.
4. Derivados sobre activos del carbono.
5. Mercados financieros de adaptación.
 - 5.1. Derivados climáticos.
 - 5.2. Bonos desastre.
6. Consideraciones finales.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

A nivel mundial, se están llevando a cabo diversas medidas para reducir los gases de efecto invernadero (GEI), orientadas hacia la transición de nuestro modelo económico actual hacia el conocido como «economía de bajo carbono», desvinculándolo así del consumo de combustibles fósiles (STERN, 2006). Se pretende desarrollar un sistema que sea capaz de incorporar como coste de la actividad el deterioro que en el medio ambiente se produce por la emisión de GEI a lo largo del proceso productivo. Los dos mecanismos disponibles para ello son el establecimiento de impuestos sobre las emisiones y el desarrollo de un mercado de derechos de emisión transferibles, siendo esta segunda alternativa por la que finalmente se ha optado a nivel internacional (BROHÉ *et al.*, 2009).

La reducción de GEI y el establecimiento de mercados de activos del carbono, en general, no se han producido como consecuencia únicamente del desarrollo de un marco regulador. Así, el mercado voluntario de activos del carbono nace de las necesidades concretas que tienen las empresas y otras organizaciones de compensar sus emisiones. Los motivos que llevan a una organización que no opera en un sector regulado a compensar sus emisiones pueden ser diversos, entre ellos (PINKSE y KOLK, 2007): el desarrollo de una política propia de responsabilidad social corporativa y sostenibilidad, la diferenciación competitiva ante sus clientes, la mejora de su acceso a los recursos financieros e, incluso, la influencia sobre un marco regulador que se prevé más oneroso en el futuro.

Asimismo, el uso que pueden dar las empresas a los activos del carbono que se derivan de la compensación de sus emisiones puede ir desde la propia compensación de emisiones internas en el desarrollo de toda o parte de su actividad hasta la compensación de emisiones externas para ofrecer productos neutros en CO₂, que estiman que pueden ser más apreciados y mejor pagados por los clientes.

Los activos del carbono constituyen un mecanismo de mitigación, ya que nacen como consecuencia de un intento por reducir la presencia de GEI en nuestra atmósfera, teniendo el objetivo a largo plazo de retornar a la presencia que estos gases tenían a comienzos del siglo XX. No obstante, cabe destacar que el clima ha sufrido ya una alteración que sin duda afecta a las empresas. En este sentido, el beneficio empresarial puede verse afectado como consecuencia de las variaciones de temperatura que provocan un mayor o menor consumo energético. También puede suceder que la empresa sufra importantes pérdidas patrimoniales por la ocurrencia de catástrofes naturales, de una mayor virulencia en los últimos tiempos. Estas problemáticas también han dado lugar al desarrollo de unos mercados financieros que genéricamente son denominados «de adaptación» (LABATT y WHITE, 2007; TANG, 2009).

Así pues, como se desprende de los párrafos anteriores, conocer los mercados de carbono conlleva una especial dificultad: en primer lugar, por la diversidad en el origen de los activos de carbono que pueden darse; y, en segundo lugar, por las diversas operaciones que pueden realizarse en torno a estos activos, las cuales pueden llegar a ser muy complejas y tener lugar tanto en el entorno de mercados regulados, como *Over-The-Counter* (OTC en adelante). En esta línea, el propósito de este trabajo es proponer una categorización y estructura de los mercados del carbono, así como de las operaciones financieras sobre activos del carbono que en ellos tienen lugar, que pueda servir como marco de referencia tanto para académicos como profesionales en el desarrollo de sus actividades de investigación y profesionales, respectivamente. Para alcanzar este objetivo, hemos desarrollado un análisis de los principales mercados y operaciones financieras ligadas a las emisiones de carbono en la práctica empresarial.

En las siguientes secciones, primeramente analizamos los diferentes activos de carbono denominados «primarios», que surgen directamente de relaciones contractuales entre empresas o, en el caso de determinadas regulaciones, entre empresas y los gobiernos. Posteriormente, estructuramos los distintos mercados en los que pueden negociarse estos activos para, a continuación, categorizar dentro de esta estructura las distintas operaciones que pueden llevarse a cabo. Completamos este análisis ocupándonos de los mercados financieros de adaptación, concluyendo el trabajo con una sección de consideraciones finales en la que sintetizamos los diferentes tipos de mercados y las principales operaciones financieras del carbono.

2. ACTIVOS DEL CARBONO PRIMARIOS

Un activo primario del carbono puede ser definido como el acuerdo (legal o voluntario) entre dos partes en el que una concede a la otra el derecho a compensar, bajo el marco de dicha regulación o contrato, una cantidad de GEI emitida a la atmósfera.

2.1. Mercados regulados

En primer lugar, pueden distinguirse los activos que nacen bajo el amparo de una regulación de obligado cumplimiento para la empresa. Esta regulación puede venir impuesta bien por parte de gobiernos locales, o bien por instituciones supranacionales como Naciones Unidas. En este sentido, el activo del carbono no nace de una relación contractual voluntaria.

Las alternativas de regulación disponibles son el establecimiento de impuestos o el desarrollo de un mercado de derechos de emisión transferibles, habiéndose decantado mayoritariamente las legislaciones por esta última, mediante el establecimiento de un sistema de tipo *cap-and-trade* (MACKENZIE, 2009). El funcionamiento de este sistema consiste en establecer unos objetivos de reducción de emisiones y, por consiguiente, de una cantidad de emisiones absoluta a asignar entre las empresas sujetas a dicha regulación, de manera que, al superar dicho nivel, la organización sería sancionada. No obstante, la organización puede evitar la sanción accediendo a las alternativas de flexibilización

establecidas por los sistemas, en concreto: el propio mercado, donde la empresa podrá acudir a comprar derechos de emisión que otras empresas ofertan, por ejemplo, porque cuentan con un excedente sobre las emisiones que realizan; y la ampliación de las emisiones de una empresa por los créditos obtenidos mediante la reducción de emisiones a través de proyectos desarrollados en otros países.

El mercado que nace bajo una regulación para limitar las emisiones no solo flexibiliza el sistema sino que permite que las empresas con unos costes marginales de reducción de emisiones más elevados puedan acudir al mercado a adquirir derechos de emisión de aquellas otras empresas con unos costes marginales más reducidos. De esta forma, también, las empresas cuentan con una fuente de financiación añadida al cambio tecnológico proporcionada por los recursos obtenidos en la venta de los derechos de emisión excedentes o créditos obtenidos en proyectos en terceros países (BROHÉ *et al.*, 2009).

Estos activos, al nacer de una regulación regional, nacional o supranacional, vienen también denominándose «estatutarios». Este régimen les hace que fácilmente resulten fungibles, o sea, negociables en un mercado organizado.

A nivel internacional, la regulación del Protocolo de Kioto (1997) establece un primer periodo de cumplimiento desde 2008 a 2012, al final del cual los países firmantes deberán haber reducido sus emisiones hasta un nivel comparado con las emisiones realizadas en un año de referencia, que generalmente es 1990. La Unión Europea, en particular, se ha obligado a este cumplimiento bajo lo que se ha denominado «carga compartida», habiendo establecido el objetivo global de alcanzar una reducción del 8 por 100 respecto de las emisiones realizadas en 1996. Dentro de la Unión Europea, a España se le ha fijado el objetivo de limitar sus emisiones a un máximo de un 115 por 100 de media en el periodo 2008-2012 respecto al año 1996.

Una vez fijado el *cap*, cada país tendrá que repartir derechos de emisiones a través de los Planes Nacionales de Asignación entre las compañías con instalaciones afectas. No obstante, existe también la posibilidad de que los países amplíen sus emisiones mediante la adquisición de derechos a terceros países. Las empresas titulares de estos derechos podrán negociarlos bajo el *European Union Emissions Trading Scheme* (EU ETS) (YEOH, 2008). Estos activos, denominados *European Union Allowances* (EUA), otorgan a la empresa el derecho a emitir GEI en términos equivalentes a 1 Tm de CO₂ (CO₂e)¹. Así, una empresa podrá deshacerse de sus excedentes de EUA sobre las emisiones realizadas en un periodo, o adquirir estos derechos para cubrir un déficit generado.

Las transacciones de EUA (al igual que la de otros activos del carbono que vemos a continuación, tales como los CER, ERU y RMU) pueden realizarse entre partes con o sin instalaciones afectas a limitación de emisiones, así como a través de brókeres o plataformas donde se negocian y generan mercado, entre las que cabe destacar:

- European Climate Exchange (ECX).
- European Energy Exchange (EEX).

¹ No todos los GEI tienen el mismo efecto invernadero, así 1 Tm de metano equivale a 25 Tm de CO₂, 1 Tm de N₂O equivale a 298 Tm de CO₂, 1 Tm de HFC-23 equivale a 14.800 Tm de CO₂, 1 Tm de SF₆ equivale a 22.800 Tm de CO₂, etc. En general, los derechos y créditos de emisión se concretan en unidades equivalentes de CO₂ (CO₂e).

- Nordpool Powernext.
- Energy Exchange Austria (EXAA).
- Sendeco2.

Para facilitar el cumplimiento de los compromisos del Protocolo de Kioto, se prevén en el mismo diversos mecanismos de flexibilización, siendo el primero de ellos la posibilidad de negociación de los activos del carbono, en general. Igualmente, una empresa puede ampliar las emisiones permitidas mediante otros mecanismos como los siguientes, permitiendo todos ellos la compensación de 1 Tm de CO₂e emitida a la atmósfera:

- La adquisición de *Certified Emission Reduction Units* (CER), expedidas a favor de proyectos derivados del Mecanismo de Desarrollo Limpio (*Clean Development Mechanism*, CDM), que se caracterizan fundamentalmente por conseguir la reducción de emisiones en un país en desarrollo (denominados Países no-Anexo I, es decir, sin compromisos adquiridos de reducción de emisiones). Los CER se emiten por Naciones Unidas.
- La obtención de *Emissions Reductions Units* (ERU) que son aquellos créditos concedidos para los llamados Proyectos de Aplicación Conjunta (*Joint Implementation*, JI) para la reducción de emisiones en un país incluido en el Anexo B del Protocolo. El país anfitrión del proyecto verá reducido su *cap* de emisiones a favor de la emisión de estos créditos.
- También existe la posibilidad contemplada en el Protocolo y reconocida por la Unión Europea de compensar emisiones a través de *Removal Units* (RMU) obtenidas a través de proyectos de sumideros de CO₂.

De todos ellos, el CDM es el más usual. La lógica que reside detrás de este mecanismo es que los países en desarrollo no asumen compromisos de reducción porque su futuro desarrollo implica un incremento importante de sus emisiones. Pero si una empresa de un país desarrollado decide implementar un proyecto que contribuya a que las emisiones en un país en desarrollo se reduzcan, entonces en ese país desarrollado podrían incrementarse las emisiones permitidas.

Los CER se obtienen tras un riguroso proceso de verificación, donde se comprueba no solo la realidad de la reducción de emisiones; la *adicionalidad* del proyecto también se mide en términos de inversión y tecnología, es decir, se intenta comprobar que la financiación obtenida a través de los CER haga viable el proyecto y que realmente transfiera tecnología al país donde se desarrolla.

2.2. Mercados voluntarios

Los activos analizados hasta ahora nacen en el marco de una regulación de obligado cumplimiento, permitiendo emisiones en base a un acuerdo que las fija y que reparte ese *cap*. Sin embargo, existen activos que nacen dentro de lo que comúnmente se conocen como mercados voluntarios de activos del carbono (BAYON *et al.*, 2009).

El valor de estos activos no viene dado por la posibilidad que otorgan al tenedor de emitir una cantidad de CO₂e a la atmósfera sin ser sancionado, sino por el valor añadido que genera un determinado proyecto por la reducción de emisiones que conlleva. Así, el tenedor de estos activos puede utilizarlos, por ejemplo, para compensar las emisiones realizadas en su actividad y ofrecer a sus clientes un producto neutro en CO₂, aumentando su precio por este «valor añadido».

Los activos del carbono en los mercados voluntarios surgen normalmente en el marco de un proyecto que contribuye a reducir emisiones. Asimismo, al contar con muchas particularidades, la negociación de estos activos es mucho más limitada. La excepción la encontramos en el CCX (*Chicago Climate Exchange*), en el que las empresas se adhieren voluntariamente a un régimen por el que se obligan a respetar unos máximos de emisiones, pudiendo negociar estos activos en el mercado.

En los mercados voluntarios, los activos del carbono suelen recibir la denominación de VER (*Verified Emissions Reductions units*)², puesto que suelen ser sometidos a un proceso de verificación mediante el cual se comprueba si se cumple una determinada norma, tal como el *Voluntary Carbon Standard*, el *Voluntary Gold Standard*, *Gold Standard* o *VER+*. Asimismo, existen registros cuya función es garantizar que una misma reducción genera un único crédito de emisión. Estos registros se están desarrollando normalmente por parte de los propios operadores del estándar correspondiente.

Sin embargo, los mercados voluntarios conllevan riesgos añadidos importantes. En primer lugar, el valor de los activos tiene una mayor dependencia de factores como el tipo de proyecto que lo genera, su estándar de verificación, el país donde se ha desarrollado el proyecto, etc. Esto los hace menos fungibles y, por consiguiente, sus posibilidades de negociación son sustancialmente inferiores. En segundo lugar, conllevan riesgos de incumplimiento, como la venta del mismo crédito en repetidas ocasiones o también su venta en una fase inicial de un proyecto que posteriormente no llegue a generar el activo de carbono.

3. ERPA Y LA FINANCIACIÓN DE PROYECTOS QUE GENERAN ACTIVOS DEL CARBONO

Varios de los activos del carbono comentados surgen de proyectos que generan reducción de emisiones, obteniéndose una financiación añadida mediante la transferencia de estos activos. Esta financiación suele obtenerse a través de acuerdos específicos conocidos como *Emissions Reduction Purchase Agreements* (ERPA). Estos contratos consisten básicamente en el compromiso asumido por un inversor en activos de carbono de adquirir aquellos generados a lo largo de un periodo especificado en el contrato y por un importe determinado.

Los ERPA no tienen una estructura financiera determinada. No obstante, normalmente suponen la adquisición a plazo de los activos de carbono obtenidos por un determinado proyecto, generalmente de desarrollo limpio (CER), estableciéndose el número de activos que se entregarán anualmente y el precio que se pagará por ello.

² De no seguir ningún proceso de verificación, se denominarían ER (*Emissions Reductions units*).

Así pues, los ERPA pueden tomar estructuras financieras muy diferentes, puesto que son las partes (promotor del proyecto y financiador) las que lo definen y, por consiguiente, dependerán de sus necesidades de inversión y financiación, pudiéndose dar el caso, incluso, de que intervengan terceros (TANG, 2009).

En relación con los CER, el precio que se pagará por ellos será un importe fijo, aunque pueden establecerse cláusulas de indexación u opcionales que limiten o activen la variabilidad de su precio. En este sentido, a continuación ofrecemos una relación de las estructuras más empleadas, si bien esta lista no es exhaustiva porque nos podemos encontrar con otras estructuras nuevas o combinaciones de estas, ya que el mercado se encuentra en continuo desarrollo:

- Precio fijado, cuando los CER (o los activos del carbono de que se traten) se adquirirán a un precio por unidad establecido en el ERPA.
- Precio indexado, cuando el precio al que se adquirirán los activos variará en función de la evolución de variables o precios, tales como:
 - El valor de esos activos en mercados secundarios.
 - El precio de una determinada materia prima, como el petróleo, el carbón, el gas natural, etc.
 - Los tipos de interés, los índices de inflación, etc.
- Cláusulas *floor* y/o *cap*. La indexación del precio puede conllevar la introducción de otras cláusulas que controlen la variación:
 - *Floor*: supone un pago mínimo por los activos del carbono, con independencia de que la variable de referencia implique un importe inferior. Sin embargo, el precio a pagar tendría un potencial de recorrido alcista.
 - *Cap*: a diferencia del anterior, la variación del precio tendría un máximo en su recorrido.
 - *Collars*: consiste en la combinación de los dos elementos anteriores, es decir, el precio a pagar tendrá un mínimo, pero no superará nunca un máximo establecido, con la ventaja de que para el comprador de los activos esta estructura es más barata, al no tener que asumir las contraprestaciones de establecerse un mínimo en el contrato.

Por otra parte, la financiación de un proyecto puede estar relacionada con los activos del carbono que genere en el futuro, pudiendo entonces aparecer algunas estructuras como las siguientes:

- *Monetización*: se trata de conseguir de forma anticipada un volumen de fondos antes de que el proyecto genere los CER u otros activos del carbono. Mediante la monetización, la entidad financiera, o el operador del mercado en su caso, paga anticipadamente los activos, en lugar de esperar a su entrega para reembolsarlos, convirtiéndose en el futuro titular de los mismos. No obstante, la cantidad recibida debe estar cubierta, bien de forma corporativa o

por cualquier otro activo. En el caso de que no se generen suficientes CER para cubrir el importe recibido, el promotor se verá obligado a terminar de cubrir dicho importe.

- *Collateralización*: en estos casos, la financiación se obtiene realmente de un tercero ajeno al ERPA, el cual no se convertirá en el futuro titular de los CER (u otro activo del carbono de que se trate). Sin embargo, la financiación recibida se garantizará precisamente por los fondos que se obtengan en el marco del contrato ERPA. En cierto modo, por tanto, podemos decir que se «monetiza» el ERPA. La garantía de devolución de la financiación recibida puede completarse con otras otorgadas por el promotor.
- *Leverage carbon finance* o financiación de proyectos: la financiación recibida se garantiza exclusivamente por los fondos generados por el proyecto, de ahí que también se denomine financiación «sin recurso».

Finalmente, cabe destacar el papel que juegan los *fondos de inversión* en estos tipos de proyectos. La conciencia social sobre el cambio climático ha llegado también a determinar la forma de inversión de determinados fondos. Así, por ejemplo, los fondos de inversión denominados «verdes», excluyen o minimizan las inversiones en proyectos y compañías en sectores especialmente contaminantes, estableciendo *ratings* sobre la sostenibilidad de las empresas en las que invierten. También podemos distinguir los *hedge funds* especializados en la adquisición de créditos de carbono a futuro a un precio muy bajo, mediante su participación en proyectos de reducción de emisiones, que pueden obtener un plus importante en la enajenación de los créditos que se generen.

Sin embargo, aquellos que han adquirido una mayor importancia en el desarrollo de los proyectos CDM son los denominados *fondos de carbono* (DAVIS y DADUSH, 2009). Estos fondos captan recursos tanto provenientes del sector privado, como público, invirtiéndolos en proyectos que generen créditos de carbono de los mecanismos de flexibilización del Protocolo de Kioto, con objeto de que sus participantes los dediquen a compensar sus emisiones y puedan alcanzar sus compromisos. Así pues, sus inversores no obtienen rendimientos en metálico (aunque podría darse esta posibilidad), sino que como retorno a su inversión obtienen, por ejemplo, CER.

4. DERIVADOS SOBRE ACTIVOS DEL CARBONO

Los activos del carbono primarios pueden dar lugar a una multitud de operaciones que, en muchos casos, se constituyen en otros activos en sí mismos. Por este motivo, podemos referirnos también a activos del carbono secundarios, es decir, aquellos que se forman sobre la base de una inversión en otros activos del carbono (LABATT y WHITE, 2007).

El precio de los activos primarios de carbono, en general, es determinado por las cotizaciones en mercados organizados. En el caso de los EUA, por ejemplo, se han alcanzado precios de más de 30 euros, llegando a suelos inferiores a los 0,50 euros. Por consiguiente, los riesgos de mercado para las empresas son importantes y rápidamente se han desarrollado activos con estructuras más o menos complejas de derivados. Los subyacentes de estos derivados han sido los activos primarios del car-

bono, llegando estos a cotizar en plazas de contratación de diversas partes del mundo. No obstante, estas estructuras también pueden contratarse entre particulares (OTC), especialmente por parte de las instituciones bancarias que disponen ya de productos muy sofisticados. Asimismo, la mayoría de los mercados financieros de activos del carbono ofrecen derivados sobre los mismos. Las siguientes estructuras pueden ser consideradas como las más usuales:

- **Futuros:** consiste en fijar un precio al que se intercambiará un determinado activo del carbono (EUA, CER,...) al finalizar un determinado periodo (3, 6, 9, 12... meses). La contratación de los futuros es propia de los mercados organizados, como el ECX, donde se negocian futuros tanto sobre EUA como sobre CER. Estos contratos están referidos a lotes de 1.000 Tm, con entregas en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de cada año. La visión del mercado del comprador y vendedor de un futuro es muy diferente. Mientras que la perspectiva del comprador es alcista, ya que quiere asegurar el precio del activo de carbono que adquirirá en un futuro, el vendedor cuenta con una perspectiva bajista, pretendiendo asegurar mediante el contrato el precio al que venderá el activo. Estos contratos, por ejemplo, permiten asegurar el margen que se obtendrá por la venta de los CER obtenidos de un determinado proyecto. Otro mercado de nuestro entorno que comercializa este producto es el EEX.
- **Opciones:** en este caso, el comprador de la opción adquiere el derecho a comprar (conociéndose a estas opciones como *calls*) o vender (denominadas *puts*) el activo del carbono a un precio fijado en el contrato, a cambio del pago de una prima al vendedor o emisor de la opción. El ECX es una plataforma donde nos podemos encontrar productos con esta estructura, tanto sobre EUA, como CER.

Asimismo, es posible la permuta EUA-CER, como la ofrecida por ejemplo por SENDECO2, donde dos partes se intercambian unos activos por otros. Esta transacción se justifica por la diferencia existente entre ambos activos, ya que los CER cotizan a un precio algo inferior a los EUA, pero su valor a efectos de compensación de emisiones es prácticamente el mismo. Esta estrategia, por ejemplo, conviene a una empresa titular de EUA, pero cuyas emisiones puede compensar de igual manera con CER, recibiendo a través de la permuta una compensación en metálico.

La estructura *repo-swaps*, tanto de EUA como de CER, normalmente obedece a una operación OTC entre un emisor de GEI y una institución financiera. El emisor puede ser titular de una serie de derechos que prevé que no va a utilizar hasta que finalice un determinado periodo de tiempo, por lo que se los cede a un banco. Por su parte, el banco le entregará al emisor de GEI la diferencia entre el precio al contado y el de cotización en ese momento para el vencimiento.

5. MERCADOS FINANCIEROS DE ADAPTACIÓN

Hasta ahora nos hemos referido a los activos primarios, derivados y operaciones de carácter financiero que pueden emplear las empresas para mitigar el cambio climático. Sin embargo, ya se ha alcanzado un nivel de emisiones que no se reducirá en el corto plazo y que se presume que va a tener efectos sobre las temperaturas, precipitaciones, tormentas y demás fenómenos meteorológicos que

pueden afectar tanto de forma adversa, como ventajosa, para las empresas. A este respecto, ya se han desarrollado también mecanismos financieros para poder transmitir o intercambiar esos riesgos. Esta transmisión de riesgos puede extenderse a catástrofes, como un huracán, y también a otros fenómenos, con independencia de que estos tengan o no su origen en el cambio climático o sean o no de carácter meteorológico, como puede ocurrir con un terremoto o la erupción de un volcán.

Así pues, mientras que los mercados anteriormente descritos estaban orientados a reducir los GEI, recibiendo por ello la denominación «de mitigación», los mercados a los que nos referimos en este apartado se denominan «de adaptación», ya que permiten atenuar los efectos adversos que el clima y otros fenómenos naturales tienen sobre las empresas. Básicamente, pueden distinguirse dos tipos de alternativas financieras para gestionar estos riesgos (LABATT y WHITE, 2007; TANG, 2009): los derivados climáticos y los bonos desastre.

5.1. Derivados climáticos

Los derivados climáticos nacen porque un determinado fenómeno meteorológico puede afectar de diferente forma a diversas empresas. Así, por ejemplo, las temperaturas elevadas pueden beneficiar a las empresas energéticas debido al aumento de la demanda que realizarán las empresas y los particulares para encender las máquinas de aire acondicionado. Igualmente, las empresas hoteleras de zonas costeras se beneficiarán. Como contrapartida, las elevadas temperaturas podrán perjudicar, por ejemplo, a empresas con intereses agrícolas, que posean edificios de oficinas, o bien a centros comerciales, ya que dispararán sus costes de suministro eléctrico. Otros sectores sensibles a la climatología son la construcción, el ocio, vestido o bebidas. El sector más sensible, por excelencia, es el energético, por razones obvias. En general, el beneficio de las empresas será sensible a estos fenómenos porque sus ventas o varios de sus componentes de coste variarán en respuesta a estos.

Las empresas han llegado a desarrollar mecanismos para gestionar estos riesgos. Los más usuales y tradicionales son los seguros, pero estos solo cubren riesgos como las heladas, el pedrisco o el viento, de carácter extremo, debiendo ocasionar daños en el patrimonio de la compañía. Difícilmente, la disminución de las ventas en una estación de nieve debido a un año de precipitaciones reducidas, por ejemplo, podrían cubrirse. Los derivados climáticos, sin embargo, sí pueden cubrir estos riesgos. Así, en el caso de que un mismo riesgo climático afecte de forma diferente a dos empresas, estas podrán intercambiarlo a través, por ejemplo, de un futuro ³. Así, si la temperatura se sitúa por encima de un determinado nivel, el comprador del futuro podrá recibir un pago de la contraparte vendedora del futuro.

³ En el caso concreto de la temperatura, la referencia técnica no son los grados centígrados, sino los HDD (*Heating Degree Days*) y los CDD (*Cooling Degree Days*). El HDD, o días-grados de calefacción, es el número de días en los que la temperatura se sitúa por debajo de un nivel establecido. En principio, se construyeron para determinar la eficiencia en el consumo energético de un edificio. Por su parte, el CDD, o días-grados de refrigeración, hace referencia a los días en los que la temperatura se sitúa por encima de un nivel establecido. Estos dos índices pueden tener valores incluso superiores a 1 punto por día, porque por cada grado/día en el que la temperatura se distancie de la referencia, el indicador sube un punto. Así, para el caso del HDD, si el nivel de referencia es de 18 °C y la temperatura media de un día es de 16 °C, ese día subirá el índice 2 puntos (se necesita un uso más intenso de la calefacción). Por su parte, el CDD se utiliza para determinar el consumo energético en caso de excesivo calor, es decir, por la necesidad de utilizar aire acondicionado. La temperatura de referencia normalmente es 18 °C/65 °F, por debajo de la cual un edificio necesita calefacción. En muchos casos, estos índices se calculan de forma acumulada para periodos de tiempo, normalmente por meses o estaciones.

Los subyacentes, además de referencias de temperatura, pueden ser otras variables, como precipitaciones de nieve, huracanes, heladas o viento. En estos contratos, es necesario establecer el periodo durante el que se observará la variable, así como la estación meteorológica de referencia cuyas mediciones determinará los pagos que se deriven del contrato.

Las estructuras más usuales son futuros y opciones. En los futuros, las partes intercambiarán los importes en una u otra dirección en función de si el índice climático se sitúa por encima o por debajo del *strike*. En las opciones, estas suelen ser *call* o *puts*. En el caso de *calls*, el comprador, previo pago de una prima, recibirá una cantidad por cada punto en el que el índice del subyacente climático se sitúe por encima de un nivel de referencia (*strike*). Por el contrario, en las *puts*, el comprador de la opción recibirá una cantidad que estará en función de que el índice del subyacente climático se sitúe por debajo del *strike*.

El inicio del mercado de derivados climáticos fue OTC, aunque su auge ha ido en aumento, desarrollándose mercados organizados, cuyo mayor exponente en la actualidad es el *Chicago Mercantile Exchange* (CME). Para estos mercados se espera aún un mayor crecimiento en el futuro, dada la sensibilidad que la actividad económica en general tiene respecto a la evolución del clima.

5.2. Bonos desastre

La característica fundamental de estos bonos es que determinados pagos del mismo (normalmente el principal) no se producirán en el caso de que ocurra un determinado hecho de carácter catastrófico definido en la emisión. Normalmente, los emisores de estos bonos pertenecen al sector del seguro, con intereses en zonas que, de producirse un huracán, terremoto..., deberían hacer frente a las indemnizaciones por las cuantiosas pérdidas.

El atractivo de estos títulos es que retribuyen al inversor con unos intereses muy superiores a lo que el mercado determina en emisiones de riesgo similar (normalmente el LIBOR a tres meses más un diferencial que oscila entre un 3% y un 20%).

6. CONSIDERACIONES FINALES

Dada la diversidad de activos del carbono que han surgido en la década de 2000, el rápido desarrollo de los mercados de carbono tanto regulados como voluntarios que se ha producido, así como la diversidad de operaciones financieras sobre los activos del carbono que han surgido y se han difundido en estos mercados, este trabajo se propuso como objetivo sintetizarlos y categorizarlos a modo de marco de referencia para los profesionales y académicos interesados en la lucha contra el cambio climático desde el ámbito de las finanzas. A este respecto, la **tabla 1** recoge y sistematiza los diferentes activos del carbono, mercados de carbono y operaciones financieras a las que nos hemos referido a lo largo de este trabajo.

TABLA 1. Mercados de carbono, activos de carbono y operaciones financieras.

Según la actuación sobre el cambio climático	Régimen	Mercado en el que se realiza la transacción	Tipo de operaciones-estructuras	Ejemplos de plazas u operaciones
Mitigación	Regulado (en nuestro ámbito, el Protocolo de Kioto y el EU ETS)	Mercados organizados	Operaciones al contado	ECX, EEX, SENDECO2
			Futuros	ECX, EEX
			Opciones	ECX
		OTC	Operaciones al contado	Compraventa de EUA o CER directamente entre particulares y registro posterior en RENADE Adquisición de una participación en un fondo de carbono
			Forwards a plazo	ERPA
			Opciones	Ciertas cláusulas contenidas en los ERPA Contratos entre particulares (p. ej. un inversor y una institución financiera) de <i>puts</i> (o <i>calls</i>) sobre derechos de emisión
			Otras	Monetización ERPA Collateralización ERPA Leverage Carbon Finance Swaps EUA-CER Operaciones <i>repo-swap</i>
		Mercados organizados	Operaciones al contado	CCX
			Futuros	
			Opciones	
Voluntario	OTC	Las operaciones en los mercados voluntarios normalmente son OTC, estando abiertas a cualquier estructura		
		Contado	ERPA sobre VER	
		Futuros		
Adaptación	Voluntario	Mercados organizados	Opciones	Emisión de bonos desastre
			Futuros	Derivados climáticos contratados en CME
			Opciones	
		OTC	Futuros	Derivados climáticos negociados, por ejemplo, entre una empresa y una aseguradora o banco
			Opciones	

En la última década, los mercados de carbono han experimentado un notable desarrollo (BROHÉ *et al.*, 2009). No obstante, esta expansión ha sido de carácter cualitativo, dado que se ha incrementando fundamentalmente la tipología de activos del carbono y operaciones financieras negociados (LABATT y WHITE, 2007). La dificultad principal es que estos mercados alcancen una profundidad y amplitud de negociación aceptables, lo que sería indicativo de que realmente el coste de la externalidad del cambio climático se está integrando en la economía.

Asimismo, cabe destacar que la expansión de los mercados de carbono se está produciendo no solo a nivel occidental, sino también en países como China o Japón. Un crecimiento significativo de sus volúmenes de negociación a nivel global requiere que los distintos países alcancen un acuerdo estable sobre la continuación del Protocolo de Kioto. En esta línea, será importante analizar con detalle el comportamiento de estos mercados y las variables que lo explican, especialmente las interacciones existentes con otras *commodities* a las que se encuentran vinculados (DASKALAKIS *et al.*, 2009; JOHNSTON *et al.*, 2008).

Otra de las cuestiones de interés en el estudio de los mercados de carbono es la consideración que los activos del carbono y sus transacciones deberán tener a efectos legales, ya que en la actualidad no existe un acuerdo consensuado. A este respecto, se ha abierto un importante campo de investigación sobre los procesos de armonización relativos a este tipo de operaciones.

Por un lado, los aspectos legales se refieren a cómo deben figurar los activos de carbono en los estados financieros. Desde el punto de vista contable, existe un gran debate acerca de la consideración que deben tener estos activos (RATNATUNGA, 2007; MCGREADY, 2008), en concreto, si estos deben ser tratados como activos intangibles, existencias o como instrumentos financieros. En cuanto a su valoración, también existe un debate acerca de si estos elementos deben figurar a su coste o a su valor razonable y, en su caso, cómo deberían tratarse las variaciones de valor. Otra discusión importante es el tratamiento contable de las entregas gratuitas de estos activos de carbono que las compañías pueden recibir (FORNARO *et al.*, 2009).

Por otro lado, los aspectos legales también tendrán un efecto en cuanto a la fiscalidad de las transacciones sobre estos activos (BROHÉ *et al.*, 2009). La inclusión del beneficio de estas operaciones en el resultado contable del ejercicio puede conllevar distintas formas de gravamen. Asimismo, los gravámenes indirectos que repercuten estas transacciones aún no se encuentran armonizados.

Bibliografía

- BAYON, R.; HAWN, A. y HAMILTON, K. [2009]: *Voluntary carbon markets*, Earthscan, 2.^a edición.
- BROHÉ, A.; EYRE, N. y HOWARTH, N. [2009]: *Carbon markets*, Earthscan.
- DASKALAKIS, G.; PSYCHOYIOS, D. y MARKELLOS, R.N. [2009]: «Modeling CO₂ emission allowance prices and derivatives: evidence from the European trading scheme», *Journal of Banking & Finance*, vol. 33, n.º 7, págs. 1.230-1.241.
- DAVIS, K.E. y DADUSH, S. [2009]: «Getting climate-related conditionality right», en: R.B. STEWART, B. KINGSBURY y B. RUDYK (eds.), *Climate finance: regulatory and funding strategies for climate change and global development*, New York University Press, págs. 197-205.
- FORNARO, J.; WINKELMAN, K. y GLODSTEIN, D. [2009]: «Accounting for emissions», *Journal of Accountancy*, vol. 208, n.º 1, pág. 40.
- JOHNSTON, D.M.; SEFCIK, S.E. y SODERSTROM, N.S. [2008]: «The value relevance of greenhouse gas emissions allowances: an exploratory study in the related United States SO₂ Market», *European Accounting Review*, vol. 17, n.º 4, págs. 747-764.
- LABATT, S. y WHITE, R. [2007]: *Carbon finance: the financial implications of climate change*, John Wiley & Sons, Inc.
- MACKENZIE, D. [2009]: «Making things the same: gases, emission rights and the politics of carbon markets», *Accounting, Organizations and Society*, vol. 34, n.º 3/4, págs. 440-455.
- MCGREADY, M. [2008]: «Accounting for carbon», *Accountancy*, vol. 142, n.º 1379, págs. 84-85.
- PINKSE, J. y KOLK, A. [2007]: «Multinational corporations and emissions trading: strategic responses to new institutional constraints», *European Management Journal*, vol. 25, n.º 6, págs. 441-452.
- RATNATUNGA, J. [2007]: «An inconvenient truth about accounting», *Journal of Applied Management Accounting Research*, vol. 5, n.º 1, págs. 1-22.
- STERN, N. [2006]: *The economics of climate change: the stern review*, Cambridge University Press.
- TANG, K. [2009]: *A guide to carbon finance: carbonomics for a credit constrained world*, Risk Books.
- YEOH, P. [2008]: «Is carbon finance the answer to climate control?», *International Journal of Law and Management*, vol. 50, n.º 4, págs. 189-206.

CUENTAS ANUALES CONSOLIDADAS (XV)

ALBERT VALERO TAMAYO

*Auditor en la Sindicatura de Comptes de Catalunya
Profesor del CEF*

Extracto:

EL Real Decreto 1159/2010, que recoge las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas, se completa con un capítulo dedicado al *output* final del proceso de consolidación, las cuentas anuales consolidadas (CAC). Las CAC se componen de los siguientes documentos:

- Balance consolidado.
- Cuenta de pérdidas y ganancias consolidada.
- Estado de cambios en el patrimonio neto consolidado.
- Estado de flujos de efectivo consolidado.
- Memoria consolidada.

La sociedad dominante del grupo es la obligada a formular las CAC, en la misma fecha de cierre y por el mismo periodo que sus cuentas anuales individuales. Al igual que estas, las CAC son formuladas por los administradores de la sociedad dominante en los mismos plazos legales, es decir, en un periodo máximo de tres meses después del cierre del ejercicio.

La elaboración de los documentos que componen las CAC, así como su contenido, sigue las mismas directrices que las cuentas anuales individuales (cuyas normas de elaboración se detallan en el Plan General de Contabilidad 2007), adaptando su aplicación, por una parte, a las características específicas de la entidad que ha de informar (el grupo, entendido como ente único), y, por otra parte, al propio proceso de consolidación.

Palabras clave: cuentas anuales consolidadas, balance consolidado, cuenta de pérdidas y ganancias consolidada, estado de cambios en el patrimonio neto consolidado, estado de ingresos y gastos reconocido consolidado, estado total de cambios en el patrimonio neto consolidado, estado de flujos de efectivo consolidado y memoria consolidada.

CONSOLIDATED ANNUAL ACCOUNTS (XV)

ALBERT VALERO TAMAYO

*Auditor en la Sindicatura de Comptes de Catalunya
Profesor del CEF*

Abstract:

THE new consolidation regulation in Spain (RD 1159/2010) includes a last chapter related to the final output of the consolidation process: the consolidated annual accounts (consolidated financial statements). The consolidated annual accounts are composed of the following documents:

- Consolidated balance sheet.
- Consolidated profit and loss account (consolidated income statement).
- Consolidated statement of cash flows.
- Consolidated statement of changes in equity.
- Consolidated notes to the financial statements.

The parent company is obliged to prepare the consolidated annual accounts, at the same closing date and for the same time period as the company's annual accounts. In the same way the consolidated annual accounts are issued by the parent's company directors, attending to the same legal terms, that means, as a maximum, three months after closing the period.

Basically, the rules contained in the regulation for preparing the company's annual accounts, are the same than those to be applied for preparing the consolidated annual accounts. Only it should be considered that the entity which reports is the group, understood as individual subject, and the special features related to the consolidation process.

Keywords: consolidated annual accounts (consolidated financial statements), consolidated balance sheet, consolidated profit and loss account (consolidated income statement), consolidated statement of changes in equity, consolidated statement of comprehensive income, consolidated global statement of changes in equity, consolidated statement of cash flows and consolidated notes to the financial statements.

Sumario

1. Documentos que integran las cuentas anuales consolidadas.
2. Formulación de las cuentas anuales consolidadas.
 - 2.1. Normas de elaboración.
 - 2.2. Fecha de cierre de las cuentas anuales consolidadas.
 - 2.3. Formulación de las cuentas anuales consolidadas.
 - 2.4. Depósito de las cuentas anuales consolidadas.
 - 2.5. Nombramiento de los auditores.
 - 2.6. Moneda en la que se expresan las cuentas anuales consolidadas.
3. Normas comunes de elaboración de las cuentas anuales consolidadas.
4. Estructura de las cuentas anuales consolidadas.
5. Modelo y contenido del balance consolidado.
6. Contenido de la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada.
7. Estado de cambios en el patrimonio neto consolidado.
8. Normas para la confección del estado de flujos de efectivo consolidado.
9. Otros contenidos de la memoria consolidada.
10. Partes vinculadas.
11. Información segmentada.
12. El informe de gestión consolidado.
13. Indicaciones sobre la elaboración práctica del estado de flujos de efectivo consolidado.
 - 13.1. Antecedentes.
 - 13.2. Procedimientos de elaboración del estado de flujos de efectivo consolidado.
 - 13.3. Esquema PROCEDIMIENTO 1.
 - 13.4. Esquema PROCEDIMIENTO 2.

Bibliografía.

1. DOCUMENTOS QUE INTEGRAN LAS CUENTAS ANUALES CONSOLIDADAS

Las cuentas anuales consolidadas (CAC) están formadas por el balance consolidado, la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada, el estado de cambios en el patrimonio neto (ECPN) consolidado, el estado de flujo de efectivo (EFE) consolidado y la memoria consolidada, conformando todos ellos una sola unidad (art. 44, apartados 1 y 2 del Código de Comercio).

En las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas (NFCAC) no se regula el contenido del Informe de gestión, documento que no conforma las CAC, pero que, por prescripción del artículo 44 del Código de Comercio, ha de ser formulado cuando existe la obligación de consolidar. Es además preceptivo su depósito en el Registro Mercantil, junto con las CAC y el informe de auditoría. Es decir, el Informe de gestión consolidado es un documento que acompaña a las CAC, pero no forma parte de ellas.

2. FORMULACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES CONSOLIDADAS

2.1. Normas de elaboración

Las CAC deben formularse con claridad y con la finalidad de mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados del conjunto constituido por las sociedades incluidas en la consolidación.

El artículo 74.2 de las NFCAC enumera las normas de elaboración de las CAC:

- Código de Comercio.
- Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Plan General de Contabilidad (PGC).

- Cualquier norma de desarrollo de las anteriores, sobre la base del Marco conceptual de la contabilidad (recogido en la primera parte del PGC).

Cuando la aplicación de las disposiciones legales no sea suficiente para mostrar la imagen fiel, se suministrarán las informaciones complementarias precisas para alcanzar ese resultado.

2.2. Fecha de cierre de las cuentas anuales consolidadas

Las CAC se establecerán en la misma fecha de cierre y por el mismo periodo que las cuentas anuales de la sociedad dominante (art. 75 de las NFCAC).

Cuando se producen diferencias entre las fechas de cierre de las sociedades a consolidar y de las CAC, se ha de tener en cuenta lo siguiente:

- Si la sociedad dependiente cierra su ejercicio en fecha anterior o posterior no más allá de tres meses de la fecha de la consolidación:
 - Podrán incluirse en la consolidación esos estados financieros de la sociedad dependiente.
 - Si entre ambas fechas se realizan operaciones o se producen sucesos significativos, deberán ajustarse dichas operaciones o sucesos.
 - Si las transacciones significativas ajustadas según el punto anterior, se han realizado entre la dependiente y otras sociedades del grupo, corresponderá:
 - Incorporar dichas operaciones para poder efectuar las eliminaciones.
 - Realizar las eliminaciones que procedan.
 - Informar de ello en la memoria.
- Si la sociedad dependiente cierra su ejercicio en fecha anterior o posterior superior a tres meses a la de las cuentas consolidadas, se procederá a formular cuentas anuales específicas en la dependiente para el mismo periodo y fecha de cierre que las cuentas consolidadas.

Caso especial es cuando una sociedad entre a formar parte del grupo. En estas circunstancias, la cuenta de pérdidas y ganancias individual a incluir en la consolidación deberá estar referida únicamente a la parte del ejercicio en que dicha sociedad haya formado parte del mismo, es decir, entre la fecha de la toma de control o constitución hasta el cierre del ejercicio.

Idéntica lógica se aplica en el caso de la salida de sociedades fuera del conjunto consolidable: su cuenta de pérdidas y ganancias a incorporar será la que corresponda desde el inicio del ejercicio hasta la pérdida del control.

2.3. Formulación de las cuentas anuales consolidadas

Las CAC y el Informe de gestión consolidado deberán ser formulados por los administradores de la sociedad dominante, en el mismo plazo establecido para la formulación de las cuentas anuales de dicha sociedad dominante, debiéndose hacer mención de la fecha en la que se formularon las cuentas anuales de la sociedad dominante.

A estos efectos, las CAC deberán ser firmadas por todos los administradores de la sociedad dominante, y si faltase la firma de alguno de ellos, se hará expresa indicación de la causa, en cada uno de los documentos que falte.

Las CAC y el Informe de gestión del grupo habrán de someterse a la aprobación de la Junta General Ordinaria de la sociedad dominante, simultáneamente con las cuentas anuales y el Informe de gestión de esta sociedad (art. 42 del Código de Comercio).

2.4. Depósito de las cuentas anuales consolidadas

Las CAC, el Informe de gestión del grupo y el informe de los auditores de cuentas se han de depositar en el Registro Mercantil.

2.5. Nombramiento de los auditores

La Junta General de la sociedad dominante designará a los auditores de cuentas que habrán de controlar las CAC y el Informe de gestión del grupo. Los auditores verificarán la concordancia del Informe de gestión con las CAC.

2.6. Moneda en la que se expresan las cuentas anuales consolidadas

Las CAC se elaborarán expresando sus valores en euros. No obstante lo anterior, podrán expresarse los valores en miles o en millones de euros cuando la magnitud de las cifras así lo aconseje, indicándose esta circunstancia en las CAC.

3. NORMAS COMUNES DE ELABORACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES CONSOLIDADAS

Estas normas se recogen en el artículo 77 de las NFCAC, y pueden resumirse como sigue:

- Cifras comparativas: Dos ejercicios, para cada una de las partidas de los diferentes modelos de estados que componen las cuentas anuales consolidadas.
- Cifras comparativas en el primer ejercicio de formulación de cuentas anuales consolidadas: Un solo ejercicio.
- Partidas sin valor en ambos ejercicios: Eliminación de dichas partidas.
- Partidas adicionales: Podrán añadirse a las previstas en los modelos siempre y cuando su contenido no esté previsto en las existentes.
- Subdivisiones de partidas: Podrán presentarse subdivisiones de partidas de los modelos.
- Agrupación de partidas: Podrá realizarse si solo representan un importe irrelevante para mostrar la imagen fiel o favorecen la claridad. (...)
- Referencia en memoria: Posibilidad de que las partidas contengan referencia cruzada en la memoria, cuando proceda.
- Cambios que afectan a la comparabilidad de las cuentas anuales: Puede producirse, bien por cambios en la estructura de las cuentas, o bien por razón de cambios en criterios contables o subsanación de errores. Deben adaptarse las cifras del ejercicio anterior, informando de dicha circunstancia en la memoria.
- Cambios en la estructura de las cuentas: Solo podrán realizarse por causas excepcionales, con cumplida información en la memoria.
- Variaciones en el perímetro de consolidación: Se debe incluir la información necesaria para favorecer una comparación adecuada de los estados financieros.

Adicionalmente, se presentan en las NFCAC unas normas particulares en los casos en los que las CAC resulten de una combinación de negocios que dé lugar a una adquisición inversa. En este tipo de combinaciones de negocios, reguladas en el artículo 33 de las NFCAC, la sociedad adquirida contable pasa a ser la sociedad dominante legal, y la sociedad adquirente contable se transmuta en sociedad dependiente legal. No obstante, las CAC se consideran una continuación de las preexistentes en la adquirente contable.

4. ESTRUCTURA DE LAS CUENTAS ANUALES CONSOLIDADAS

Las NFCAC vienen acompañadas del correspondiente modelo de CAC que es similar al previsto en el PGC para las sociedades individuales, convenientemente adaptado para recoger los conceptos adicionales resultantes de la consideración del sujeto que informa (el grupo) y del proceso de consolidación. Es un modelo único para todos los grupos de consolidación que aplican las NFCAC. Es decir, no se contemplan modelos abreviados o simplificados.

Los modelos de estados financieros aprobados reglamentariamente han estado publicados en la Orden del Ministerio de Justicia JUS/1698/2011, de 13 de junio, por la que se aprueba el modelo para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales consolidadas.

La presentación del EFE consolidado es obligatoria, en los mismos términos que el resto de documentos que integran las CAC (balance consolidado, cuenta de pérdidas y ganancias consolidada, ECPN consolidado y memoria consolidada).

Seguidamente, se presentan los diferentes modelos, con comentarios acerca de su estructura y contenido.

5. MODELO Y CONTENIDO DEL BALANCE CONSOLIDADO

MODELO DE CUENTAS ANUALES CONSOLIDADAS

BALANCE CONSOLIDADO AL CIERRE DEL EJERCICIO 200X

ACTIVO	Notas de la Memoria	200X	200X-1
A) ACTIVO NO CORRIENTE			
I. Inmovilizado intangible.			
1. Fondo de comercio de consolidación.			
2. Otro inmovilizado intangible.			
II. Inmovilizado material.			
1. Terrenos y construcciones.			
2. Instalaciones técnicas, y otro inmovilizado material.			
3. Inmovilizado en curso y anticipos.			
III. Inversiones inmobiliarias.			
IV. Inversiones en empresas del grupo y asociadas a largo plazo.			
1. Participaciones puestas en equivalencia.			
2. Créditos a sociedades puestas en equivalencia.			
3. Otros activos financieros.			
V. Inversiones financieras a largo plazo.			
VI. Activos por impuesto diferido.			
B) ACTIVO CORRIENTE			
I. Activos no corrientes mantenidos para la venta.			
II. Existencias.			
III. Deudores comerciales y otras cuentas a cobrar.			
1. Clientes por ventas y prestaciones de servicios.			
2. Sociedades puestas en equivalencia.			
3. Activos por impuesto corriente.			
4. Otros deudores.			
IV. Inversiones en empresas del grupo y asociadas a corto plazo.			
1. Créditos a sociedades puestas en equivalencia.			
2. Otros activos financieros.			
V. Inversiones financieras a corto plazo.			
VI. Periodificaciones a corto plazo.			
VII. Efectivo y otros activos líquidos equivalentes.			
TOTAL ACTIVO (A+B)			

PATRIMONIO NETO Y PASIVO	Notas de la Memoria	200X	200X-1
A) PATRIMONIO NETO			
A-1) Fondos propios.			
I. Capital.			
1. Capital escriturado.			
2. (Capital no exigido).			
II. Prima de emisión.			
III. Reservas.			
IV. (Acciones y participaciones de la sociedad dominante).			
V. Otras aportaciones de socios.			
VI. Resultado del ejercicio atribuido a la sociedad dominante.			
VII. (Dividendo a cuenta).			
VIII. Otros instrumentos de patrimonio neto.			
A-2) Ajustes por cambios de valor.			
I. Diferencia de conversión			
II. Otros ajustes por cambios de valor			
A-3) Subvenciones, donaciones y legados recibidos.			
A-4) Socios externos.			
B) PASIVO NO CORRIENTE			
I. Provisiones a largo plazo.			
II Deudas a largo plazo.			
1. Obligaciones y otros valores negociables.			
2. Deudas con entidades de crédito.			
3. Acreedores por arrendamiento financiero.			
4. Otros pasivos financieros.			
III. Deudas con empresas del grupo y asociadas a largo plazo.			
1. Deudas con sociedades puestas en equivalencia.			
2. Otras deudas.			
IV. Pasivos por impuesto diferido.			
V. Periodificaciones a largo plazo.			
C) PASIVO CORRIENTE			
I. Pasivos vinculados con activos no corrientes mantenidos para la venta.			
II. Provisiones a corto plazo.			
III. Deudas a corto plazo.			
1. Obligaciones y otros valores negociables.			
2. Deudas con entidades de crédito.			
3. Acreedores por arrendamiento financiero.			
4. Otros pasivos financieros.			
IV. Deudas con empresas del grupo y asociadas a corto plazo.			
1. Deudas con sociedades puestas en equivalencia.			
2. Otras deudas.			
V. Acreedores comerciales y otras cuentas a pagar.			
1. Proveedores.			
2. Proveedores, sociedades puestas en equivalencia.			
3. Pasivos por impuesto corriente.			
4. Otros acreedores.			
VI. Periodificaciones a corto plazo.			
TOTAL PATRIMONIO NETO Y PASIVO (A+B+C)			

En el artículo 78 de las NFCAC se establece el siguiente contenido del balance consolidado:

1. El balance comprenderá, con la debida separación, los activos y pasivos de la sociedad dominante y de las dependientes a las que se les aplique el método de integración global, sin perjuicio de los ajustes y eliminaciones que procedan, así como el patrimonio neto y, en partida específica separada, la parte que corresponde a los socios externos al grupo.

2. Además, se integrarán en el balance consolidado los activos y pasivos de las sociedades multigrupo a las que se les aplique el método de integración proporcional, en el porcentaje que represente la participación del grupo en su capital social, y sin perjuicio de los ajustes y eliminaciones que procedan.
3. En el balance consolidado también lucirán las partidas específicas derivadas de la aplicación de los distintos métodos de consolidación y del procedimiento de puesta en equivalencia. Se pueden destacar como partidas derivadas de la aplicación de los métodos de consolidación las siguientes:
 - a) Fondo de comercio de consolidación.
 - b) Participaciones puestas en equivalencia.
 - c) Créditos a sociedades puestas en equivalencia (Inversiones en empresas del grupo y asociadas a largo plazo).
 - d) Sociedades puestas en equivalencia (deudores comerciales y otras cuentas por cobrar).
 - e) Créditos a sociedades puestas en equivalencia (inversiones en empresas del grupo y asociadas a corto plazo).
 - f) Socios externos.
 - g) Deudas con sociedades puestas en equivalencia (deudas con empresas del grupo y asociadas a largo plazo).
 - h) Proveedores, sociedades puestas en equivalencia.
4. Los créditos y deudas con empresas incluidas en la consolidación por el procedimiento de puesta en equivalencia, o integración proporcional en la parte no eliminada, lucirán separadamente en las correspondientes rúbricas del activo o pasivo. De acuerdo a los modelos existentes, los créditos y deudas con las sociedades puestas en equivalencia (es decir, los saldos de la sociedad dominante, las sociedades dependientes y las sociedades multigrupo mantenidos con estas sociedades) tienen su partida específica. Los saldos de las sociedades dominante y dependientes mantenidos con las sociedades multigrupo, por la parte no eliminada en la eliminación intragrupo, verán recogidos sus importes en la partida global que recoge la posición deudora o acreedora con terceros.
5. Los créditos y deudas con empresas del grupo, asociadas o multigrupo, definidas en los términos del PGC (norma de elaboración de cuentas anuales 13 Empresas del grupo, multigrupo y asociadas del PGC), no incluidas en el perímetro de la consolidación, lucirán separadamente en las correspondientes rúbricas del activo o pasivo. Estas empresas del grupo serán, por ejemplo, aquellas empresas de las que no se tenga participación directa, pero que comparten como accionista mayoritario la misma persona física. O también, como ejemplo, las cuentas a cobrar y pagar con la sociedad matriz, accionista de la sociedad dominante del grupo, que se encuentre ubicada fuera del territorio español.
6. Respecto a las inversiones en instrumentos de patrimonio de empresas del grupo, asociadas y multigrupo no incluidas en el perímetro de consolidación, se utilizarán las partidas de los epígrafes relativos a empresas del grupo y asociadas que no se refieran a sociedades puestas

en equivalencia. La partida para dichas inversiones aparece denominada en el balance como Otros activos financieros, tanto a corto como a largo plazo

7. El balance consolidado deberá formularse teniendo en cuenta lo establecido en los apartados 1 a 18 de la norma 6.^a para la elaboración de las cuentas anuales contenidas en el PGC.

6. CONTENIDO DE LA CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS CONSOLIDADA

CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS CONSOLIDADA CORRESPONDIENTE AL EJERCICIO TERMINADO EL DE 200X

	Notas	(Debe) Haber	
		200X	200X-1
A) OPERACIONES CONTINUADAS			
1. Importe neto de la cifra de negocios. a) Ventas. b) Prestaciones de servicios. 2. Variación de existencias de productos terminados y en curso de fabricación. 3. Trabajos realizados por el grupo para su activo. 4. Aprovisionamientos. a) Consumo de mercaderías. b) Consumo de materias primas y otras materias consumibles. c) Trabajos realizados por otras empresas. d) Deterioro de mercaderías, materias primas y otros aprovisionamientos. 5. Otros ingresos de explotación. a) Ingresos accesorios y otros de gestión corriente. b) Subvenciones de explotación incorporadas al resultado del ejercicio. 6. Gastos de personal. a) Sueldos, salarios y asimilados. b) Cargas sociales. c) Provisiones. 7. Otros gastos de explotación. a) Pérdidas, deterioro y variación de provisiones por operaciones comerciales. b) Otros gastos de gestión corriente. 8. Amortización del inmovilizado. 9. Imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras. 10. Excesos de provisiones. 11. Deterioro y resultado por enajenaciones del inmovilizado. a) Deterioros y pérdidas. b) Resultados por enajenaciones y otras. 12. Resultado por la pérdida de control de participaciones consolidadas. a) Resultado por la pérdida de control de una dependiente. b) Resultado atribuido a la participación retenida. 13. Diferencia negativa en combinaciones de negocios.			
A.1) RESULTADO DE EXPLOTACIÓN (1+2+3+4+5+6+7+8+9+10+11+12+13)			
14. Ingresos financieros. a) De participaciones en instrumentos de patrimonio. b) De valores negociables y otros instrumentos financieros. 15. Gastos financieros. 16. Variación de valor razonable en instrumentos financieros. a) Cartera de negociación y otros. b) Imputación al resultado del ejercicio por activos financieros disponibles para la venta. 17. Diferencias de cambio. a) Imputación al resultado del ejercicio de la diferencia de conversión. b) Otras diferencias de cambio. 18. Deterioro y resultado por enajenaciones de instrumentos financieros. a) Deterioros y pérdidas. b) Resultados por enajenaciones y otras.			

	Notas	(Debe) Haber	
		200X	200X-1
A.2) RESULTADO FINANCIERO (14+15+16+17+18)			
19. Participación en beneficios (pérdidas) de sociedades puestas en equivalencia.			
20. Deterioro y resultado por pérdida de influencia significativa de participaciones puestas en equivalencia o del control conjunto sobre una sociedad multigrupo.			
21. Diferencia negativa de consolidación de sociedades puestas en equivalencia.			
A.3) RESULTADO ANTES DE IMPUESTOS (A.1+A.2+19+20+21)			
22. Impuestos sobre beneficios.			
A.4) RESULTADO DEL EJERCICIO PROCEDENTE DE OPERACIONES CONTINUADAS (A.3+22)			
B) OPERACIONES INTERRUMPIDAS			
23. Resultado del ejercicio procedente de operaciones interrumpidas neto de impuestos			
A.5) RESULTADO CONSOLIDADO DEL EJERCICIO (A.4+23)			
Resultado atribuido a la sociedad dominante			
Resultado atribuido a socios externos			

El artículo 79 de las NFCAC establece el contenido de esta cuenta consolidada:

1. La cuenta de pérdidas y ganancias consolidada comprenderá, con la debida separación, los ingresos y los gastos de la sociedad dominante y de las sociedades dependientes, y el resultado consolidado con distinción de la parte atribuida a la sociedad dominante y a los socios externos al grupo.
2. Además, se integrarán en la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada los ingresos y gastos de las sociedades multigrupo a las que se aplique el método de integración proporcional, en el porcentaje que represente la participación del grupo en su capital social.
3. Los ingresos y gastos mencionados anteriormente, provenientes de la aplicación de los dos métodos de consolidación (integración global e integración proporcional) serán aquellos ya afectados por los ajustes y eliminaciones realizadas en la consolidación.
4. La cuenta de pérdidas y ganancias consolidada no recogerá, lógicamente, todos aquellos ingresos y gastos que, por aplicación de las normas de registro y valoración del PGC, deban imputarse directamente al patrimonio neto.
5. En la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada también lucirán las partidas específicas derivadas de la aplicación de los distintos métodos de consolidación y del procedimiento de puesta en equivalencia. Identificamos las siguientes partidas como las más significativas a las que hace referencia esta mención de la normativa:
 - a) Resultado por la pérdida de control de sociedades participadas.
 - b) Diferencia negativa en combinaciones de negocios.
 - c) Participación en beneficios (pérdidas) de sociedades puestas en equivalencia.
 - d) Deterioro y resultado por pérdida de influencia significativa de participaciones puestas en equivalencia o del control conjunto sobre una sociedad multigrupo.

- e) Diferencia negativa de consolidación de sociedades puestas en equivalencia.
6. Los ingresos y gastos derivados de transacciones con sociedades incluidas en la consolidación por el procedimiento de puesta en equivalencia, o por el método de integración proporcional en la parte no eliminada, lucirán separadamente en las correspondientes rúbricas de ingresos o gastos. Es decir, estarán considerados de igual manera que si las transacciones se hubieran realizado con terceros del grupo.
7. La cuenta de pérdidas y ganancias deberá formularse teniendo en cuenta lo establecido en los apartados 1 a 12 de la norma de elaboración de las cuentas anuales número 7, del PGC.

Las prevenciones que hemos descrito implican que a la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada le son de aplicación las mismas prescripciones que a las cuentas individuales, y se le añaden aquellas particularidades propias del proceso de consolidación. Es decir, no hay reelaboración de la cuenta de pérdidas y ganancias, sino que se parte de la agregación de las cuentas de pérdidas y ganancias individuales, sin necesidad de reagrupaciones o cambios de criterio, modificadas por los ajustes y eliminaciones que dimanen del proceso de consolidación.

7. ESTADO DE CAMBIOS EN EL PATRIMONIO NETO CONSOLIDADO

ESTADO DE CAMBIOS EN EL PATRIMONIO NETO CONSOLIDADO CORRESPONDIENTE AL EJERCICIO TERMINADO EL ... DE 200X

A) ESTADO DE INGRESOS Y GASTOS RECONOCIDOS CONSOLIDADO CORRESPONDIENTE AL EJERCICIO TERMINADO EL ... DE 200X

	Notas en la Memoria	200X	200X-1
A) Resultado consolidado del ejercicio			
Ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto			
I. Por valoración de instrumentos financieros. 1. Activos financieros disponibles para la venta. 2. Otros ingresos/gastos. II. Por coberturas de flujos de efectivo. III. Subvenciones, donaciones y legados recibidos. IV. Por ganancias y pérdidas actuariales y otros ajustes. V. Diferencia de conversión. VI. Efecto impositivo.			
B) Total ingresos y gastos imputados directamente en el patrimonio neto consolidado (I+II+III+IV+V+VI)			
Transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada			
VII. Por valoración de instrumentos financieros. 1. Activos financieros disponibles para la venta. 2. Otros ingresos/gastos. VIII. Por coberturas de flujos de efectivo. IX. Subvenciones, donaciones y legados recibidos. X. Diferencia de conversión. XI. Efecto impositivo.			
C) Total transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada (VII+VIII+IX+X+XI)			
TOTAL DE INGRESOS Y GASTOS CONSOLIDADOS RECONOCIDOS (A + B + C)			
Total de ingresos y gastos atribuidos a la sociedad dominante ...			
Total de ingresos y gastos atribuidos a socios externos			

B) ESTADO TOTAL DE CAMBIOS EN EL PATRIMONIO NETO CONSOLIDADO CORRESPONDIENTE AL EJERCICIO TERMINADO EL... DE 200x

	Capital	Prima de emisión	Reservas y resultados ejercicios anteriores	(Acciones o participaciones de la sociedad dominante)	Otras aportaciones de socios	Resultado del ejercicio atribuido a la sociedad dominante	(Dividendo a cuenta)	Otros instrumentos de patrimonio neto	Ajustes por cambios de valor	Subvenciones, donaciones y legados recibidos	Socios externos	Total
A. SALDO, FINAL DEL AÑO 200x - 2												
I. Ajustes por cambios de criterio 200X-2 y anteriores.												
II. Ajustes por errores 200X-2 y anteriores.												
B. SALDO AJUSTADO, INICIO AÑO 200X-1												
I. Total ingresos y gastos consolidados reconocidos.												
II. Operaciones con socios o propietarios.												
1. Aumentos (reducciones) de capital.												
2. Conversión pasivos financieros en patrimonio neto												
3. (-) Distribución de dividendos.												
4. Operaciones con acciones o participaciones de la sociedad dominante (netas).												
5. Incremento (reducción) de patrimonio neto resultante de una combinación de negocios.												
6. Adquisiciones (ventas) de participaciones de socios externos.												
7. Otras operaciones con socios o propietarios.												
III. Otras variaciones del patrimonio neto.												
C. SALDO, FINAL AÑO 200x - 1												
I. Ajustes por cambios de criterio 200X-1.												
II. Ajustes por errores 200X-1.												
D. SALDO AJUSTADO, INICIO AÑO 200X												
I. Total ingresos y gastos consolidados reconocidos.												
II. Operaciones con socios o propietarios.												
1. Aumentos (reducciones) de capital.												
2. Conversión pasivos financieros en patrimonio neto												
3. (-) Distribución de dividendos.												
4. Operaciones con acciones o participaciones de la sociedad dominante (netas).												
5. Incremento (reducción) de patrimonio neto resultante de una combinación de negocios.												
6. Adquisiciones (ventas) de participaciones de socios externos.												
7. Otras operaciones con socios o propietarios.												
III. Otras variaciones del patrimonio neto.												
E. SALDO, FINAL AÑO 200X												

El ECPN presenta dos partes:

1. La primera, denominada estado de ingresos y gastos reconocidos (EIGR) consolidado, recoge los cambios en el patrimonio neto derivados de:

- a) El resultado consolidado del ejercicio de la cuenta de pérdidas y ganancias.
- b) Los ingresos y gastos de la sociedad dominante y de las sociedades dependientes a las que se aplica el método de integración global y que, según lo requerido por las normas de registro y valoración del PGC, deban imputarse directamente al patrimonio neto consolidado: dichos ingresos y gastos serán aquellos posteriores a la realización de los ajustes y eliminaciones derivados del proceso de consolidación.
- c) Los ingresos y gastos de las sociedades multigrupo a las que se aplique el método de integración proporcional y que, según lo requerido por las normas de registro y valoración del PGC, deban imputarse directamente al patrimonio neto consolidado: dichos ingresos y gastos serán aquellos posteriores a la realización de los ajustes y eliminaciones derivados del proceso de consolidación.
- c) Las transferencias realizadas a la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada, según lo dispuesto en el PGC y en las NFCAC.

Aun cuando el modelo presentado en las NFCAC no lo especifica de forma explícita, deben incluirse también en cada una de las líneas de este estado, aquellos ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto, atribuibles al grupo, de las sociedades a las que se aplica el procedimiento de puesta en equivalencia. Esta interpretación se desprende del redactado del artículo 55.3, letra c) de las NFCAC, que estipula que «Las variaciones de valor de la participación (en la sociedad asociada sobre la que se aplica el procedimiento de puesta en equivalencia) correspondientes a otras participaciones del patrimonio neto, ya sea por cambios en el patrimonio neto de la sociedad participada que la misma no haya reconocido en el resultado del ejercicio, o reservas generadas procedentes de resultados de ejercicios anteriores, se mostrarán en los correspondientes epígrafes o subagrupaciones del patrimonio neto conforme a su naturaleza».

Así pues, en el caso en que una sociedad asociada, sobre la que poseemos un porcentaje del 20 por 100, haya realizado un ajuste por cambio de valor de un activo financiero disponible para la venta por valor de 100, la participación puesta en equivalencia verá incrementado su valor en 20 u.m., siendo su contrapartida la cuenta de patrimonio neto del balance consolidado, Ajustes por cambio de valor - Otros ajustes por cambio de valor por el mismo importe. Esta imputación tendrá su reflejo en la línea correspondiente en el EIGR consolidado, también por 20 u.m., en la línea de ingresos imputados directamente al patrimonio neto, Por valoración de instrumentos financieros, activos financieros disponibles para la venta.

El estado de cambios en el patrimonio neto se formulará teniendo en cuenta las estipulaciones contenidas en el PGC sobre su elaboración.

2. La segunda parte del ECPN consolidado, denominada estado total de cambios en el patrimonio neto (ETCPN) consolidado, informa de todos los cambios habidos en el patrimonio neto derivados de:

- a) El saldo total de los ingresos y gastos consolidados reconocidos.
- b) Las variaciones originadas en el patrimonio neto por operaciones con los socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales indicando separadamente las adquisiciones o ventas de participaciones de los socios externos en sociedades dependientes, que no supongan pérdida de control.
- c) Las restantes variaciones que se produzcan en el patrimonio neto consolidado.

También se informará de los ajustes al patrimonio neto debidos a cambios en criterios contables y correcciones de errores. Cuando se advierta un error en el ejercicio a que se refieren las cuentas anuales que corresponda a un ejercicio anterior al comparativo, se informará en la memoria, e incluirá el correspondiente ajuste en el epígrafe correspondiente del ETCPN, de forma que el patrimonio inicial de dicho ejercicio comparativo será objeto de modificación en aras de recoger la rectificación del error. En el supuesto de que el error corresponda al ejercicio comparativo dicho ajuste se incluirá en el epígrafe existente a tal efecto del ETCPN.

Se deberá tener en cuenta en la elaboración del ECPN consolidado lo que dispone al respecto la norma de elaboración de las cuentas anuales del PGC.

Finalmente, en el ECPN consolidado también lucirán las partidas específicas derivadas de la aplicación de los distintos métodos de consolidación y del procedimiento de puesta en equivalencia.

A efectos ilustrativos, presentamos una relación de aquellos ajustes y eliminaciones realizados en consolidación, que pueden afectar de forma significativa tanto al EIGR consolidados como al ETCPN consolidados (exceptuamos aquellos ajustes y eliminaciones que afectan a la cuenta de pérdidas y ganancias, que, lógicamente, tienen incidencia directa en estos estados):

- a) Diferencias de conversión, tanto de las sociedades dependientes, como de las multigrupo (ya sea por integración global, ya sea por puesta en equivalencia) y asociadas.
- b) Eliminación de inversión-patrimonio neto.
- c) Ajustes derivados de variaciones en las participaciones de las sociedades que integran el perímetro de consolidación.

8. NORMAS PARA LA CONFECCIÓN DEL ESTADO DE FLUJOS DE EFECTIVO CONSOLIDADO

ESTADO DE FLUJOS DE EFECTIVO CONSOLIDADO CORRESPONDIENTE AL EJERCICIO TERMINADO EL ... DE 200X

	Notas	200X	200X-1
A) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN			
1. Resultado del ejercicio antes de impuestos 2. Ajustes del resultado. a) Amortización del inmovilizado (+). b) Correcciones valorativas por deterioro (+/-). c) Variación de provisiones (+/-). d) Imputación de subvenciones (-) e) Resultados por bajas y enajenaciones del inmovilizado (+/-). f) Resultados por bajas y enajenaciones de instrumentos financieros (+/-). g) Ingresos financieros (-). h) Gastos financieros (+). i) Diferencias de cambio (+/-). j) Variación de valor razonable en instrumentos financieros (+/-). k) Otros ingresos y gastos (-/+). l) Participación en beneficios (pérdidas) de sociedades puestas en equivalencia neto de dividendos (-/+)			
3. Cambios en el capital corriente. a) Existencias (+/-). b) Deudores y otras cuentas a cobrar (+/-). c) Otros activos corrientes (+/-). d) Acreedores y otras cuentas a pagar (+/-). e) Otros pasivos corrientes (+/-). f) Otros activos y pasivos no corrientes (+/-).			
4. Otros flujos de efectivo de las actividades de explotación. a) Pagos de intereses (-). b) Cobros de dividendos (+). c) Cobros de intereses (+). d) Cobros (pagos) por impuesto sobre beneficios (+/-). e) Otros pagos (cobros) (-/+)			
5. Flujos de efectivo de las actividades de explotación (1+2+3+4)			
B) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE INVERSIÓN			
6. Pagos por inversiones (-). a) Sociedades del grupo, neto de efectivo en sociedades consolidadas. b) Sociedades multigrupo, neto de efectivo en sociedades consolidadas. c) Sociedades asociadas. d) Inmovilizado intangible. e) Inmovilizado material. f) Inversiones inmobiliarias. g) Otros activos financieros. h) Activos no corrientes mantenidos para la venta. i) Otros activos.			

	Notas	200X	200X-1
7. Cobros por desinversiones (+).			
a) Sociedades del grupo, neto de efectivo en sociedades consolidadas. b) Sociedades multigrupo, neto de efectivo en sociedades consolidadas. c) Sociedades asociadas. d) Inmovilizado intangible. e) Inmovilizado material. f) Inversiones inmobiliarias. g) Otros activos financieros. h) Activos no corrientes mantenidos para la venta. i) Otros activos.			
8. Flujos de efectivo de las actividades de inversión (6+7)			
C) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE FINANCIACIÓN			
9. Cobros y pagos por instrumentos de patrimonio.			
a) Emisión de instrumentos de patrimonio (+). b) Amortización de instrumentos de patrimonio (-). c) Adquisición de instrumentos de patrimonio de la sociedad dominante (-). d) Enajenación de instrumentos de patrimonio de la sociedad dominante (+). e) Adquisición de participaciones de socios externos (-). f) Venta de participaciones a socios externos (+). g) Subvenciones, donaciones y legados recibidos (+).			
10. Cobros y pagos por instrumentos de pasivo financiero.			
a) Emisión 1. Obligaciones y otros valores negociables (+). 2. Deudas con entidades de crédito (+). 3. Otras deudas (+). b) Devolución y amortización de 1. Obligaciones y otros valores negociables (-). 2. Deudas con entidades de crédito (-). 3. Otras deudas (-).			
11. Pagos por dividendos y remuneraciones de otros instrumentos de patrimonio.			
a) Dividendos (-). b) Remuneración de otros instrumentos de patrimonio (-).			
12. Flujos de efectivo de las actividades de financiación (9+10+11)			
D) EFECTO DE LAS VARIACIONES DE LOS TIPOS DE CAMBIO			
E) AUMENTO/DISMINUCIÓN NETA DEL EFECTIVO O EQUIVALENTES (5+8+12+D)			
Efectivo y equivalentes al comienzo del ejercicio.			
Efectivo y equivalentes al final del ejercicio.			

En el EFE consolidado se informa sobre el origen y utilización de los activos monetarios representativos de efectivo y otros activos líquidos equivalentes, clasificando los movimientos por actividades e indicando la variación neta de dicha magnitud en el ejercicio.

Se entiende por efectivo y otros activos líquidos equivalentes, la tesorería depositada en la caja del grupo, los depósitos bancarios a la vista y los instrumentos financieros que sean convertibles en

efectivo y que en el momento de su adquisición, su vencimiento no fuera superior a tres meses, siempre que no exista riesgo significativo de cambios de valor y formen parte de la política de gestión normal de la tesorería de la empresa. Asimismo, a los efectos del EFE consolidado se podrán incluir como un componente del efectivo, los descubiertos ocasionales cuando formen parte integrante de la gestión del efectivo de la empresa.

El EFE consolidado comprenderá con la debida separación los cobros y pagos de la sociedad dominante y de las sociedades dependientes, una vez realizados los ajustes y eliminaciones que procedan. Además se integrarán en dicho estado los cobros y pagos de las sociedades multigrupo a las que se aplique el método de integración proporcional. Por aplicación de este método, los cobros y pagos imputados lo serán en función del porcentaje que represente la participación del grupo en el capital social, una vez realizados sobre los mismos los ajustes y eliminaciones que pudieran ser pertinentes.

Cabe destacar que las sociedades a las que se aplique el procedimiento de puesta en equivalencia (opción de las sociedades multigrupo y procedimiento a aplicar a las sociedades asociadas) no aportará+n flujos de efectivo al EFE, dadas las características propias del procedimiento. La puesta en equivalencia es un procedimiento de actualización del valor de la participación. Por tanto, por definición no es ningún procedimiento que aporte flujos de efectivo.

Únicamente figuran diferenciadas en el EFE los pagos y cobros por inversiones y desinversiones en sociedades asociadas en los flujos de actividades de inversión.

Este documento se formulará teniendo en cuenta las mismas reglas que el EFE de las cuentas anuales individuales, incluidas en la norma 9.^a de elaboración de cuentas anuales del EFE del PGC.

9. OTROS CONTENIDOS DE LA MEMORIA CONSOLIDADA

Para confeccionar la memoria consolidada se partirá del contenido necesario para elaborar la memoria de las cuentas anuales individuales. Las NFCAC recogen un anexo específico con el modelo de la memoria consolidada y su contenido, con las correspondientes notas que esta ha de incluir, en consonancia con el artículo 48 del Código de Comercio, que recoge las menciones mínimas que ha de incluir la referida memoria consolidada.

En todo caso, la memoria consolidada tiene como fin comentar, ampliar y comentar la información contenida en los otros documentos que integran las cuentas anuales.

En el artículo 82 de las NFCAC se realizan algunas precisiones adicionales sobre su contenido:

- a) El contenido de la memoria recogerá la información mínima a cumplimentar; no obstante, cuando la información que se solicita no sea significativa no se cumplimentarán los apartados correspondientes.

- b) El contenido que se detalla en el modelo de memoria consolidada, no excluye que deba incorporarse los datos pertinentes en el caso de que exista cualquier otra información que sea necesaria para permitir el conocimiento de la situación y actividad del grupo en el ejercicio, facilitando la comprensión de las CAC, objeto de presentación, con el fin de que reflejen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. En particular, se incluirán datos cualitativos correspondientes a la situación del ejercicio anterior cuando ello sea significativo. Adicionalmente, en la memoria consolidada se incorporará cualquier información que otra normativa exija incluir en este documento de las cuentas anuales.
- c) La información cuantitativa requerida en la memoria consolidada deberá referirse al ejercicio al que correspondan las cuentas anuales, así como al ejercicio anterior del que se ofrece información comparativa, salvo que una norma contable indique lo contrario.
- d) Lo establecido en la nota 4 de la memoria (normas de registro y valoración) se deberá adaptar para su presentación, en todo caso, de modo sintético y conforme a la exigencia de claridad.

10. PARTES VINCULADAS

Las disposiciones contenidas en el artículo 83 de las NFCAC sobre partes vinculadas, adicionales a las disposiciones que sobre estas partes se realizan en el PGC, son las siguientes:

- 1. A efectos de la presentación de las CAC, una parte se considera vinculada a otra cuando una de ellas o un conjunto que actúa en concierto, ejerce o tiene la posibilidad de ejercer directa o indirectamente o en virtud de pactos o acuerdos entre accionistas o partícipes, el control sobre otra o una influencia significativa en la toma de decisiones financieras y de explotación de la otra, sin que se trate de sociedades o entidades que formen parte del perímetro de la consolidación.
- 2. En cualquier caso se considerarán partes vinculadas:
 - a) Las empresas del grupo, multigrupo y asociadas definidas en los términos de la norma de elaboración de las cuentas anuales 13.^a Empresas del grupo, multigrupo y asociadas del PGC, no incluidas en el perímetro de la consolidación.
 - b) Las personas físicas que posean directa o indirectamente alguna participación en los derechos de voto de la sociedad dominante de la misma, de manera que les permita ejercer sobre esta una influencia significativa. Quedan también incluidos los familiares próximos de las citadas personas físicas.
 - c) El personal clave de la sociedad dominante o de las sociedades del grupo, entendiendo por tal las personas físicas con autoridad y responsabilidad sobre la planificación, direc-

ción y control de las actividades del grupo, ya sea directa o indirectamente, entre las que se incluyen los administradores y los directivos. Quedan también incluidos los familiares próximos de las citadas personas físicas.

- d) Las empresas sobre las que cualquiera de las personas mencionadas en las letras b) y c) pueda ejercer una influencia significativa y que no se encuentren dentro del perímetro de la consolidación.
 - e) Las empresas que compartan algún consejero o directivo con las empresas incluidas en la consolidación, salvo que este no ejerza una influencia significativa en las políticas financiera y de explotación de ambas.
 - f) Las personas que tengan la consideración de familiares próximos del representante de los administradores de la sociedad dominante, cuando el mismo sea persona jurídica.
 - g) Los planes de pensiones para los empleados de las empresas incluidas en la consolidación o de alguna otra que sea parte vinculada de esta.
3. A los efectos de esta norma, se entenderá por familiares próximos a aquellos que podrían ejercer influencia en, o ser influidos por, esa persona en sus decisiones relacionadas con el grupo. Entre ellos se incluirán:
- a) El cónyuge o persona con análoga relación de afectividad.
 - b) Los ascendientes, descendientes y hermanos y los respectivos cónyuges o personas con análoga relación de afectividad.
 - c) Los ascendientes, descendientes y hermanos del cónyuge o persona con análoga relación de afectividad.
 - d) Las personas a su cargo o a cargo del cónyuge o persona con análoga relación de afectividad.

La información a suministrar sobre estas operaciones con partes vinculadas es extensa, y nos remitimos al punto 28 del contenido de la memoria consolidada, incluida como anexo del Real Decreto 1159/2010.

11. INFORMACIÓN SEGMENTADA

Las disposiciones contenidas en el artículo 84 de las NFCAC, adicionales a las contenidas en el PGC, son las siguientes:

1. En la memoria de las CAC deberá informarse de forma segmentada de las actividades empresariales del grupo.

2. A tal efecto, son segmentos operativos los componentes de la entidad, que desarrollan actividades en las que se obtienen ingresos y se incurre en costes, cuyo resultado sea objeto de revisión, discusión y evaluación de forma regular por la máxima autoridad en el proceso de toma de decisiones de la entidad.
3. En particular, se deberá informar de cualquier componente que acumule el 10 por 100 o más de la suma de las cifras de negocios de todos los segmentos de la entidad, incluyendo tanto las ventas intragrupo como las externas, o que acumule el 10 por 100 o más de la suma de todos los activos de la entidad.
4. Igualmente, se deberá informar por separado de cualquier componente que en términos absolutos presente unos resultados que sean iguales o superiores al 10 por 100 del mayor de los dos importes siguientes: beneficio bruto combinado de todos los segmentos que no hayan presentado pérdidas, y pérdida combinada de todos los segmentos que hayan presentado pérdidas.
5. Si el total de la cifra de negocios de los segmentos sobre los que se informa no sobrepasa el 75 por 100 de la cifra de negocios combinada de todos los segmentos, se identificarán nuevos segmentos operativos a efectos de ofrecer información financiera sobre los mismos.
6. Si el grupo desarrolla actividades reguladas por el Banco de España, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones o la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la información relativa a cada una de las mismas constituirá un segmento separado del resto.
7. En la memoria se detallarán los criterios de asignación e imputación utilizados para ofrecer la información de cada uno de los segmentos, y en caso de que por razones excepcionales o justificadas se llegaran a modificar dichos criterios, deberá informarse de dichas razones, así como de la incidencia cuantitativa de dichos cambios en la valoración, aplicando de forma retroactiva los nuevos criterios desde el ejercicio más antiguo para el que se disponga de información conforme a lo dispuesto en la norma de registro y valoración 22.^a Cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables del PGC.

12. EL INFORME DE GESTIÓN CONSOLIDADO

El Código de Comercio y las normas de consolidación determinan la obligatoriedad de la presentación del Informe de gestión consolidado junto con las CAC. No obstante, el real decreto no regula el contenido del Informe de gestión consolidado.

El Código de Comercio prescribe que el Informe de gestión consolidado ha de ser formulado cuando existe la obligación de consolidar, siendo además preceptivo su depósito en el Registro Mercantil, junto con las cuentas anuales y el informe de auditoría.

A este respecto, el artículo 49 del Código de Comercio indica lo siguiente:

- El Informe de gestión consolidado deberá contener la exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación del conjunto de las sociedades incluidas en la consolidación, junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta.
- La exposición consistirá en un análisis equilibrado y exhaustivo de la evolución y los resultados de los negocios y la situación de las empresas comprendidas en la consolidación considerada en su conjunto, teniendo en cuenta la magnitud y la complejidad de la empresa. En la medida necesaria para la comprensión de la evolución, los resultados o la situación de la empresa, este análisis incluirá tanto indicadores clave financieros como, cuando proceda, de carácter no financiero, que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial concreta, con inclusión de información sobre cuestiones relativas al medio ambiente y al personal.
- Al proporcionar este análisis, el Informe de gestión consolidado proporcionará, si procede, referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en las cuentas consolidadas.
- Además, deberá incluir información sobre:
 - Acontecimientos importantes acaecidos después de la fecha de cierre del ejercicio de las sociedades incluidas en la consolidación.
 - La evolución previsible del conjunto formado por las citadas sociedades.
 - Las actividades de dicho conjunto en materia de investigación y desarrollo.
 - El número y valor nominal o, en su defecto, el valor contable del conjunto de acciones o participaciones de la sociedad dominante poseídas por ellas, por sociedades filiales o por una tercera persona que actúe en nombre propio, pero por cuenta de las mismas.
- Con respecto al uso de instrumentos financieros, y cuando resulte relevante para la valoración de los activos, pasivos, situación financiera y resultados, el Informe de gestión incluirá lo siguiente:
 - Objetivos y políticas de gestión del riesgo financiero de la sociedad, incluida la política aplicada para cubrir cada tipo significativo de transacción prevista para la que se utilice la contabilidad de cobertura.
 - La exposición de la sociedad al riesgo de precio, riesgo de crédito, riesgo de liquidez y riesgo de flujo de efectivo.
- Cuando la sociedad obligada a formular CAC haya emitido valores admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier estado miembro de la Unión Europea, incluirá en el Informe de gestión consolidado, en una sección separada, su informe de gobierno corporativo.
- La información contenida en el Informe de gestión, en ningún caso, justificará su ausencia en las cuentas anuales cuando esta información deba incluirse en estas de conformidad con lo previsto en los artículos anteriores y las disposiciones que los desarrollan.

13. INDICACIONES SOBRE LA ELABORACIÓN PRÁCTICA DEL ESTADO DE FLUJOS DE EFECTIVO CONSOLIDADO

13.1. Antecedentes

Una de las cuestiones que en la práctica ha presentado más dificultad, desde la entrada en vigor del nuevo PGC, ha sido la elaboración del EFE consolidado. Las NFCAC del año 1991 contemplaban la posibilidad de elaborar el cuadro de financiación consolidado, a incluir en la memoria consolidada, pero sin establecer el mismo como estado obligatorio. El cuadro de financiación es una variante de representación de los flujos de una entidad, por lo que la elaboración del cuadro de financiación consolidado y el EFE consolidado presentan idéntica problemática. Dado su carácter potestativo, en la práctica pocos grupos de empresas lo elaboraban, por lo que no existía experiencia en su confección, y, por tanto, en los problemas que puede acarrear la elaboración de un estado de flujos.

Así, los problemas prácticos que surgen en la elaboración del EFE consolidado surgen desde la obligatoriedad de la presentación de este estado, introducido en la reforma del Código de Comercio (art. 44.1), con efecto a todos los ejercicios que se inicien con posterioridad al 1 de enero de 2008.

13.2. Procedimientos de elaboración del estado de flujo de efectivo consolidado

Para la elaboración del EFE consolidado, podemos emplear dos procedimientos:

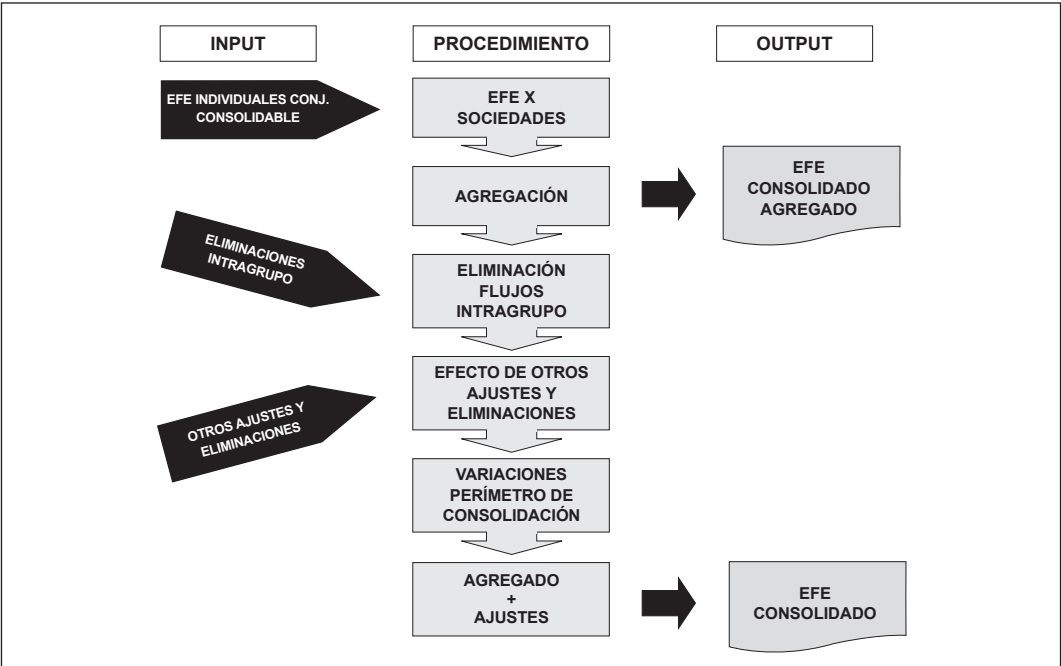
PROCEDIMIENTO 1: Por obtención del EFE agregado del conjunto consolidable, incorporando posteriormente el efecto en el EFE consolidado de los diferentes ajustes y eliminaciones, fruto del proceso de consolidación de los balances y las cuentas de pérdidas y ganancias.

PROCEDIMIENTO 2: Por obtención del EFE consolidado como si de una entidad única e independiente se tratara, siendo la base de partida la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada a fecha de cierre y los balances consolidados a fecha inicial y final. Es decir, cálculo idéntico al de una sociedad individual.

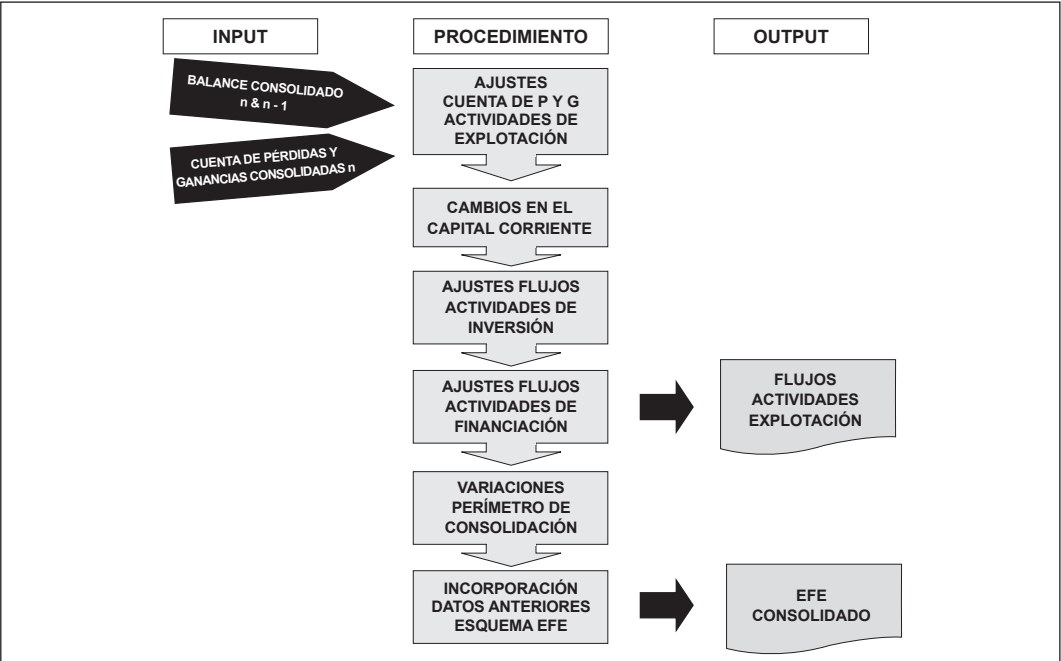
Cabe remarcar que con cualquiera de estos dos procedimientos, la información que ha de suministrar el EFE será la misma, conforme al modelo propuesto por el Real Decreto 1159/2010, que se muestra en el epígrafe 8 anterior.

Cabe apuntar que la filosofía subyacente en ambos métodos sería también aplicable a la elaboración del EIGR consolidado, e, indirectamente, en el ECPN consolidado.

13.3. Esquema PROCEDIMIENTO 1



13.4. Esquema PROCEDIMIENTO 2



Bibliografía

NORMATIVA NACIONAL

Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas.

Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas.

Sección Tercera del Código de Comercio.

Nota del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas relativa a los criterios aplicables en la formulación de cuentas anuales consolidadas según los criterios del Código de Comercio para los ejercicios que comiencen a partir del 1 de enero de 2008.

Plan General de Contabilidad 2007.

NORMATIVA INTERNACIONAL

NIC 7 Estado de flujos de efectivo.

LIBROS

CASANOVAS, Ignacio [1976]: *Representación contable de flujos económicos y financieros*, Editorial Hispano Europea.

DE LAS HERAS MIGUEL, Lorenzo [2009]: *Normas de consolidación. Comentarios y casos prácticos*, CEF.

ARTÍCULOS

RUIZ LAMAS, Fernando: «Cuadro de financiación y estado de flujos de efectivo consolidados: elaboración y presentación», Universidad de A Coruña.

CÓNDOR LÓPEZ, Vicente y BLASCO BURRIEL, María Pilar [1995]: «El estado de flujos de tesorería consolidado», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, n.º 83, abril-junio, Universidad de Zaragoza.

SEGUNDO EJERCICIO DEL PROCESO SELECTIVO PARA EL INGRESO EN EL CUERPO DE TÉCNICOS DE HACIENDA

SECOND EXAM OF THE SELECTIVE EXAMINATION FOR THE ADMISSION TO THE MANAGEMENT BODY OF THE EMPLOYEE OF THE TREASURY

JAVIER GONZÁLEZ SAINZA

JOSÉ TOVAR JIMÉNEZ

Profesores del CEF

[Resolución de 30 de junio de 2010, por la que se convoca el proceso selectivo para el ingreso, por el sistema general de acceso libre, en el Cuerpo Técnico de Hacienda (BOE de 10 de julio)].

Sumario

- Caso 1. Contabilidad de sociedades.** Reparto del beneficio, reducción de capital social por condonación de dividendos y amortización de acciones propias, venta de acciones propias y ampliación de capital social.
- Caso 2. Contabilidad financiera.** Adquisición de inmovilizado, provisión para desmantelamiento, amortizaciones y actualización de la provisión.
- Caso 3. Contabilidad financiera.** Compra de existencias, determinación del valor de las existencias finales y deterioro. *Lease back*.
- Caso 4. Contabilidad financiera.** Liquidación y contabilización del gasto del Impuesto sobre Sociedades.
- Caso 5. Matemática financiera.** Préstamo con anualidades constantes y préstamo simple.

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

REPARTO DEL BENEFICIO, REDUCCIÓN DE CAPITAL SOCIAL POR CONDONACIÓN DE DIVIDENDOS Y AMORTIZACIÓN DE ACCIONES PROPIAS, VENTA DE ACCIONES PROPIAS Y AMPLIACIÓN DE CAPITAL SOCIAL

ENUNCIADO

APARTADO 1

La sociedad anónima «LAPRADERA» presenta el 31 de diciembre de 20X8 el siguiente balance de situación, en euros:

	Activo	Neto y pasivo	
20.000.000	Desarrollo	Capital social	100.000.000
10.000.000	Fondo de comercio	Socios desembolsos no exigidos	(20.000.000)
(4.000.000)	Amortización acumulada inmovilizado intangible	Prima de emisión de acciones	10.000.000
160.000.000	Inmovilizado material	Reserva legal	10.000.000
(30.000.000)	Amortización acumulada inmovilizado material	Reservas voluntarias	4.000.000
4.000.000	Inversiones financieras a corto plazo	Acciones propias	(14.000.000)
30.000.000	Activo corriente	Resultado del ejercicio	30.000.000
		Resultados negativos ejercicios anteriores	(28.500.000)
		Pasivo exigible	98.500.000
190.000.000	Total activo	Total pasivo	190.000.000

Información contable referida al contenido del balance de situación:

- La sociedad se constituyó en el año 20X2 emitiendo acciones de 10 euros de valor nominal. Más adelante amplió capital de una sola vez, con nuevas aportaciones dinerarias, en la proporción de una acción nueva por cada acción antigua, del mismo valor nominal y al 120 por 100; la prima de emisión de acciones corresponde a esta ampliación.
- La sociedad adquirió acciones propias antes de acordarse la ampliación de capital, en un número que representaba el 20 por 100 del capital social.
- Dentro de la partida de inversiones financieras a corto plazo se encuentran 100.000 acciones emitidas por la sociedad «LACERCA» y calificadas como inversión mantenida para negociar. La compra se hizo cuando cotizaban al 140 por 100 con abono por bancos. Los gastos de la compra abonados se elevaron a 20.000 euros. Al cierre del ejercicio 20X8 las acciones cotizaban al 150 por 100; el mercado aplica unos gastos a las operaciones de venta de este tipo de 0,10 euros por acción.
- El 31 de diciembre de 20X8 las acciones de «LAPRADERA» cotizan en el mercado secundario a 15 euros cada una.

Operaciones realizadas en el ejercicio 20X9 por la sociedad «LAPRADERA»:

1. El 5 de marzo de 20X9 se reúne la junta general de accionistas y toma el acuerdo, entre otros, de repartir con cargo al resultado del ejercicio 20X8 el máximo dividendo activo a pagar a los accionistas.
2. El 20 de marzo de 20X9 la sociedad abona por bancos el dividendo acordado por la junta general de accionistas. Los gastos de la operación abonados por bancos se elevan a 400 euros.
3. El 10 de julio de 20X9 la sociedad inscribe en el Registro Mercantil la reducción de capital acordada en la junta general de accionistas, que consiste en la condonación del desembolso pendiente y no exigido. Los gastos de la operación se elevan a 2.000 euros y se abonan por bancos. Existe garantía suficiente de que los acreedores no se opondrán a esta reducción de capital.
4. El 20 de septiembre de 20X9 la sociedad vende la mitad de las acciones propias a 15 euros cada una. Los gastos de la operación se elevan a 400 euros, abonados por bancos.
5. El 20 de noviembre de 20X9 amortiza la totalidad de las acciones propias. A esta reducción de capital no se opone ningún acreedor. Los gastos de la operación se elevan a 200 euros, abonados por bancos.
6. El 5 de diciembre de 20X9 la sociedad vende la totalidad de los derechos de las acciones que posee como inversión financiera a corto plazo, que resultan de la ampliación de capital efectuada por la sociedad «LACERCA», a 0,1 euros cada derecho, a través de bancos. La sociedad abona por gastos de la venta 0,005 euros por derecho.
7. El 31 de diciembre de 20X9 vende la totalidad de las acciones que posee como inversión mantenida para negociar a través de bancos, cuando cotizaban a 15,5 euros cada una. Los gastos abonados por la operación se elevan a 0,3 euros la acción.

APARTADO 2

Información relevante:

La sociedad anónima «LACERCA» adquirió a la constitución de la sociedad «LAPRADERA» 4.000 acciones con desembolso por bancos. Los gastos en los que incurrió por la operación se elevaron a 600 euros. Toda la operación se realiza por bancos. Los activos adquiridos se califican como disponibles para la venta.

Posteriormente acude a la ampliación de capital llevada a cabo por la sociedad «LAPRADERA», y suscribe las acciones que le corresponden, soportando unos gastos de 100 euros, abonando el importe correspondiente a través de bancos.

Al cierre del ejercicio 20X8 las acciones de la sociedad «LAPRADERA» cotizan en el mercado al 150 por 100, siendo los gastos que aplica el mercado por acción de 0,10 euros.

Operaciones realizadas en el ejercicio 20X9 por la sociedad «LACERCA»:

1. El 5 de marzo de 20X9 la sociedad tiene conocimiento de los acuerdos adoptados por la sociedad «LAPRADERA» en la junta general de accionistas.
2. El 20 de marzo de 20X9 cobra por bancos el dividendo abonado por la sociedad «LAPRADERA» a todos los accionistas.
3. El 10 de julio de 20X9 la sociedad tiene conocimiento de la reducción de capital que efectúa la sociedad «LAPRADERA».
4. El 5 de diciembre de 20X9 la sociedad inscribe en el Registro Mercantil una ampliación de capital en la proporción de una acción nueva por cada 10 acciones antiguas. En total emite 1.000.000 de acciones, al 160 por 100, y por el mismo nominal de las antiguas que es de 10 euros cada una, mediante aportaciones dinerarias y con desembolso total. Los gastos de la operación abonados se elevan a 30.000 euros.
5. El 31 de diciembre de 20X9 vende la totalidad de las acciones que posee de la sociedad «LAPRADERA» que cotizan en el mercado al 180 por 100, siendo los gastos de venta por acción de 0,3 euros. Toda la operación se realiza con el concurso de bancos.

TRABAJO A REALIZAR:

Realice las anotaciones contables que considere oportuno, siguiendo el orden establecido en los puntos desarrollados en ambas sociedades, únicamente en el ejercicio 20X9.

(Para la resolución de este supuesto no es necesario que utilice las cuentas de los grupos ocho y nueve del Plan General de Contabilidad. No obstante, si es necesario, deberá utilizar la cuenta de «Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta» ubicada en el patrimonio neto de la sociedad «LACERCA»).

(El opositor debe hacer abstracción de las consideraciones fiscales derivadas de las operaciones).

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1

Desarrollo de la información complementaria

- Capital social

Conceptos	Importe
Capital social (10.000.000 acciones × 10 nominal)	100.000.000
Capital social inicial (5.000.000 × 10) 50.000.000	
	.../...

Conceptos	Importe
.../...	
Ampliación de capital (5.000.000 × 10)	50.000.000

El enunciado señala que la ampliación de capital se realizó con una relación de canje de una acción nueva por una acción antigua. Además para realizar esta ampliación de capital con aportaciones no dinerarias, el capital social anterior debió estar totalmente desembolsado, según exige el artículo 299 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC):

«1. En las sociedades anónimas, para todo aumento del capital cuyo contravalor consista en nuevas aportaciones dinerarias al patrimonio social, será requisito previo, salvo para las entidades aseguradoras, el total desembolso de las acciones anteriormente emitidas.

2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, podrá realizarse el aumento si existe una cantidad pendiente de desembolso que no exceda del 3 por 100 del capital social.»

La ampliación de capital social se realizó al 120 por 100 por lo que el importe de la cuenta «Prima de emisión o asunción» (110) es de $5.000.000 \times 10 \times 20\% = 10.000.000$, importe por el que figura actualmente.

Además, la última ampliación de capital social no está desembolsada en su totalidad según se desprende de la cuenta «Socios por desembolsos no exigidos, capital social» (103) que figura por 20.000.000 de euros, por lo que existen desembolsos pendientes del 40 por 100.

- Acciones o participaciones propias en situaciones especiales

La cuenta «Acciones o participaciones propias en situaciones especiales» (108) figura por 14.000.000. El número de acciones que representa es el 20 por 100 del capital social, esto es, $5.000.000 \times 20\% = 1.000.000$ por lo que el coste unitario es:

$$\frac{14.000.000}{1.000.000} = 14 \text{ euros/acción}$$

El enunciado señala que las acciones propias se adquirieron antes de la ampliación de capital. A este respecto, el artículo 148 del TRLSC sobre el régimen de las acciones propias y de las participaciones o acciones de la sociedad dominante señala:

«Cuando una sociedad hubiere adquirido acciones propias o participaciones o acciones de su sociedad dominante se aplicarán las siguientes normas:

(...)

Los derechos económicos inherentes a las acciones propias, excepción hecha del derecho a la asignación gratuita de nuevas acciones, serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones.

(...))»

Por tanto, si en la fecha de la ampliación había 5.000.000 de acciones de las que 1.000.000 eran acciones propias, y se emitieron 5.000.000, la relación de canje real no es una acción nueva por una antigua, siendo:

$$\frac{5.000.000 \text{ nuevas}}{4.000.000 \text{ en circulación}} = \frac{5 \text{ nuevas}}{4 \text{ antiguas}}$$

- Inversiones financieras «LACERCA»

Se trata de 100.000 acciones de la cerca que están como mantenidas para negociar, por lo que actualmente estarán por $100.000 \times 10 \times 150\% = 1.500.000$.

Operaciones realizadas por «LAPRADERA»

Punto 1. 5 de marzo

El artículo 273.2 del TRLSC señala que para repartir dividendos es preciso que una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, solo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social.

Por otro lado, el artículo 36 del Código de Comercio se refiere al patrimonio neto en el siguiente sentido:

«A los efectos de la distribución de beneficios, de la reducción obligatoria de capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas de acuerdo con lo dispuesto en la regulación legal de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, se considerará *patrimonio neto* el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo. También a los citados efectos, los ajustes por cambios de valor originados en operaciones de cobertura de flujos de efectivo pendientes de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias no se considerarán patrimonio neto».

Por tanto en nuestro caso:

Conceptos	Importe
Capital social	100.000.000
	.../...

Conceptos	Importe
.../...	
Socios por desembolsos no exigidos, capital social	-20.000.000
Prima de emisión o asunción	10.000.000
Reserva legal	10.000.000
Reservas voluntarias	4.000.000
Acciones o participaciones propias en situaciones especiales	-14.000.000
Resultado del ejercicio	30.000.000
Resultados negativos de ejercicios anteriores	-28.500.000
Patrimonio neto según PGC	91.500.000
Socios por desembolsos no exigidos, capital social	20.000.000
Patrimonio neto a efectos de la distribución de dividendos	111.500.000

Luego se podrían repartir salvo que existan otras limitaciones legales 11.500.000 euros:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	30.000.000	
112	Reserva legal		3.000.000
1143	Reserva por fondo de comercio		500.000
113	Reservas voluntarias		12.000.000
526	Dividendo activo a pagar		11.500.000
121	Resultados negativos de ejercicios anteriores		3.000.000
Reserva legal. La dotación a la reserva legal está desarrollada en el artículo 274 del TRLSC. 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. $20\% \text{ capital social} = 20\% 100.000.000 = 20.000.000$ $\text{Reserva legal según balance} = 10.000.000$ $\text{Dotación} = 30.000.000 \times 10\% = 3.000.000$			
Reserva por fondo de comercio. Según el artículo 273.4 del TRLSC. En cualquier caso, deberá dotarse una reserva indisponible equivalente al fondo de comercio que aparezca en el activo del balance, destinándose a tal efecto una cifra del beneficio que represente, al menos, un 5 por 100 del importe del citado fondo de comercio. Si no existiera beneficio, o este fuera insuficiente, se emplearán reservas de libre disposición: $10.000.000 \times 5\% = 500.000$			
Reservas voluntarias. El artículo 273.3 del TRLSC indica que se prohíbe igualmente toda distribución de beneficios a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos de investigación y desarrollo que figuren en el activo del balance: $\text{Desarrollo} = 20.000.000 - 4.000.000 = 16.000.000$ $\text{Reservas disponibles (prima + voluntarias)} = 10.000.000 + 4.000.000 = 14.000.000$ $\text{Déficit} = 16.000.000 - 4.000.000 = 12.000.000, \text{ importe del beneficio que debe destinarse a reservas voluntarias}$			

Punto 2. 20 de marzo

Por el pago del dividendo procedente de la distribución de beneficios:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
526	Dividendo activo a pagar	11.500.000	
57	Tesorería		11.500.000

Por los gastos asociados al pago del dividendo que tienen la consideración de servicios exteriores:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
626	Servicios bancarios y similares	400	
57	Tesorería		400

Punto 3. 10 de julio

Por la reducción de capital social por condonación del dividendo pasivo pendiente (40% de la última ampliación de capital social):

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social	20.000.000	
103	Socios por desembolsos no exigidos, capital social		20.000.000

Los gastos de la reducción al ser gastos relacionados con los instrumentos de patrimonio de la empresa se cargan a «Reservas voluntarias»:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	20.000	
57	Tesorería		20.000

El enunciado del supuesto señala que no se opone ningún acreedor a la reducción de capital social, en el caso contrario se debería haber abonado la cuenta «Reserva por capital amortizado» (1142) en el siguiente asiento:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	20.000.000	
1142	Reserva por capital amortizado		20.000.000

Punto 4. 20 de septiembre

Por la venta de la mitad de las acciones propias (500.000 acciones):

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
57	Tesorería (500.000 × 15)	7.500.000	
108	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales (500.000 × 14)		7.000.000
113	Reservas voluntarias		500.000

Por los gastos de la venta que se cargarán a «Reservas voluntarias», ya que se tratan de operaciones con instrumentos de patrimonio propio:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	400	
57	Tesorería		400

Punto 5. 20 de noviembre

Por la amortización de las 500.000 acciones propias restantes:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social (500.000 × 10)	5.000.000	
113	Reservas voluntarias	2.000.000	
108	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales (500.000 × 14)		7.000.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	200	
57	Tesorería		200

Al igual que en la reducción de capital social del punto 3, al no existir oposición por parte de los acreedores no es necesario generar la cuenta «Reserva por capital amortizado».

Punto 6. 5 de diciembre

La ampliación de capital que realiza la sociedad «LACERCA» es de 1 nueva por 10 antiguas al 160 por 100, siendo el valor nominal de las acciones antiguas de 10 u.m. El valor del derecho se

calcula a partir del último valor razonable conocido (15 euros/acción), ya que el enunciado no indica el valor razonable de las acciones antes de la ampliación que sería más correcto.

10 acciones antiguas $\times$ 10 nominal $\times$ 150%	150
1 acción nueva $\times$ 10 nominal $\times$ 160%	16
11 acciones con un valor de	166
Valor ex ante: 150/10	15
Valor ex post: 166/11	15,09
Valor del derecho de suscripción	0

El valor del derecho de suscripción no puede tener un valor negativo por lo que su valor es cero y no procede desglosar su valoración en un asiento.

Por la venta de los 100.000 derechos de suscripción, teniendo en cuenta que todo el importe de la venta supone beneficio de la cartera de negociación, ya que las acciones de esta inversión estaban incluidas en dicha cartera:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
57	Tesorería	10.000	
7630	Beneficios de cartera de negociación (100.000 $\times$ 0,1)		10.000

Por los gastos de la venta de los derechos:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
669	Otros gastos financieros	50	
57	Tesorería		50

Punto 7. 31 de diciembre

Por la venta de las acciones de la sociedad «LACERCA»:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
57	Tesorería (100.000 $\times$ 15,5)	1.550.000	
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio (100.000 $\times$ 15)		1.500.000
7630	Beneficios de cartera de negociación		50.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
669	Otros gastos financieros ($100.000 \times 0,3$)	30.000	
57	Tesorería		30.000

Operaciones realizadas por «LACERCA»

El coste de las acciones de la sociedad «LAPRADERA» es el siguiente:

Conceptos	Importe
Inversión inicial ($4.000 \times 10 + 600$)	40.600
Ampliación de capital ($5.000 \times 12 + 100$)	60.100
Total	100.700
Desembolsos pendientes ($5.000 \times 10 \times 40\%$)	20.000

Las acciones de esta inversión se han clasificado como disponibles para la venta por lo que el importe por el que estarán registradas al inicio del año 20X9 será de:

$$9.000 \times 10 \times 150\% = 135.000$$

La cuenta «Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta» (133) tendrá un saldo inicial del ejercicio recogiendo las plusvalías no realizadas de:

$$135.000 - 100.700 = 34.300$$

Punto 1. 5 de marzo

Por el reconocimiento del dividendo procedente de las inversiones en la sociedad «LAPRADERA» y teniendo en cuenta que el dividendo real, debido a la existencia de 1.000.000 de acciones propias es de:

$$11.500.000 / (10.000.000 - 1.000.000) = 1,278 \text{ euros/acción}$$

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
545	Dividendo a cobrar	11.502	
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio ($9.000 \times 1,278$)		11.502

Punto 2. 20 de marzo

Por el cobro del dividendo:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
57	Tesorería	11.502	
545	Dividendo a cobrar		11.502

Punto 3. 10 de julio

Por la anulación de los desembolsos pendientes de la participación en la sociedad «LAPRA-DERA», como consecuencia de la reducción de capital social por condonación de dividendos pasivos realizada por la sociedad «LACERCA».

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
259	Desembolsos pendientes sobre participaciones en el patrimonio neto a largo plazo	20.000	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio		20.000

Punto 4. 5 de diciembre

En esta fecha se realiza una ampliación de capital social de 1.000.000 de acciones de 10 euros de valor nominal con un valor de emisión del 160 por 100.

Por la emisión de las acciones:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas	16.000.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción ($1.000.000 \times 10 \times 160\%$)		16.000.000

Por el desembolso de la totalidad de la suscripción:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
57	Tesorería	16.000.000	
190	Acciones o participaciones emitidas		16.000.000

Por la inscripción en el Registro Mercantil:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción ($1.000.000 \times 10 \times 160\%$)	16.000.000	
.../...			

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
100	Capital social (1.000.000 × 10)		10.000.000
110	Prima de emisión o asunción (110) (1.000.000 × 10 × 60%)		6.000.000

Por los gastos de la ampliación:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	30.000	
57	Tesorería		30.000

Punto 5. 31 de diciembre

Para la actualización a valor razonable de la cuenta representativa de la inversión en la sociedad «LAPRADERA» hay que tener en cuenta que existen 4.000 acciones de 10 euros de valor nominal y 5.000 acciones de 6 euros de valor nominal, que proceden de la ampliación de capital a las que posteriormente se les condonó un dividendo del 40 por 100.

Conceptos	Importe
Valor contable (9.000 × 10 × 150% – 20.000)	115.000
Valor razonable (4.000 × 10 × 180% + 5.000 × 6 × 180%)	126.000
Incremento	11.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	11.000	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		11.000

Por el cálculo del resultado de forma extracontable y su traspaso desde patrimonio a la cuenta de resultados:

Conceptos	Importe
Coste de la participación (100.700 – 20.000)	80.700
Precio de venta	126.000
Beneficio	45.300

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
802	Transferencia de beneficios en activos financieros disponibles para la venta	45.300	
7632	Beneficios de disponibles para la venta		45.300

Por la venta de las acciones:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
57	Tesorería ($4.000 \times 10 \times 180\% + 5.000 \times 6 \times 180\%$)	126.000	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio		126.000

Por los gastos de la venta:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
7632	Beneficios de disponibles para la venta ($9.000 \times 0,3$)	2.700	
57	Tesorería		2.700

Por la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9 y cierre de la cuenta «Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta» (133):

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	11.000	
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	34.300	
802	Transferencia de beneficios en activos financieros disponibles para la venta		45.300

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

ADQUISICIÓN DE INMOVILIZADO, PROVISIÓN PARA DESMANTELAMIENTO, AMORTIZACIONES Y ACTUALIZACIÓN DE LA PROVISIÓN

ENUNCIADO

La sociedad anónima «LAEMPREENDEDORA» adquiere una máquina en las siguientes condiciones y teniendo en cuenta los hechos que se detallan a continuación:

- Importe facturado por el proveedor: 200.000 euros.
- Gastos abonados por la sociedad en el transporte de la máquina hasta la nave donde será ubicada de 5.000 euros.
- Gastos de instalación abonados a una empresa: 6.000 euros.
- En el periodo de prueba efectuado por personal de la propia sociedad el coste abonado es de 2.000 euros.

- Los gastos de formación del personal de la sociedad, para aprender el manejo de la máquina, que imparte otra empresa, se elevan a 4.000 euros, abonados por bancos.

El proveedor recibe al contado 20.000 euros, por lo que concede un descuento por pronto pago de 4.000 euros y el resto se abonará de una sola vez dentro de 15 meses, aplicando un tipo de interés anual del 6 por 100.

La vida útil de la máquina se estima en cinco años a partir del inicio de su actividad normal, que es el día 1 de octubre del año 20X3. El procedimiento de amortización seguido por la sociedad es el lineal.

La sociedad estima que al final de su vida útil la máquina deberá ser desmontada y retirada por una empresa especializada, suponiendo unos costes en ese momento de 14.000 euros, cantidad que será rebajada en 2.000 euros por ser el valor residual que se estima de la máquina que será entregada a esa empresa.

TRABAJO A REALIZAR:

1. Efectúe las operaciones contables correspondientes, fijando la fecha del inicio de la actividad de la máquina el día 1 de octubre de 20X3.
2. Contabilice las operaciones que correspondan el día 31 de diciembre de 20X3.
3. Proceda a contabilizar las operaciones que correspondan el día 31 de diciembre de 20X4, fecha en la que se cancela además la deuda con el proveedor de la máquina.
4. Contabilice las operaciones correspondientes al día 1 de octubre de 20X8, fecha en la que se procede al desmontaje y retirada de la máquina y se abona la cantidad prevista a la empresa especializada.

(Si estima que alguna operación necesita cálculo financiero, deberá utilizar el tipo de efectivo del 6% anual).

(El opositor debe hacer abstracción de las consideraciones fiscales derivadas de las operaciones).

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2

1. OPERACIONES CONTABLES CORRESPONDIENTES, FIJANDO LA FECHA DEL INICIO DE LA ACTIVIDAD DE LA MÁQUINA EL DÍA 1 DE OCTUBRE DE 20X3

Por la facturación del proveedor, el pago inicial y el reconocimiento de la deuda de la parte aplazada considerando que la factura incluye un descuento por pronto pago de 4.000 euros que es menor importe del precio de adquisición de la maquinaria:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
213	Maquinaria (200.000 – 4.000)	196.000	
57	Tesorería		20.000
173	Proveedores de inmovilizado a largo plazo		176.000

Por los gastos de transporte:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
213	Maquinaria	5.000	
57	Tesorería		5.000

Por los gastos de instalación:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
213	Maquinaria	6.000	
57	Tesorería		6.000

Por los gastos de prueba efectuados por el personal de la empresa que en principio se contabilizan en sus cuentas por naturaleza y posteriormente se activan:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
64	Gastos de personal	2.000	
57	Tesorería		2.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
213	Maquinaria	2.000	
731	Trabajos realizados para el inmovilizado material		2.000

En cuanto a los gastos de formación del personal para la utilización del inmovilizado material no forman parte del coste inicial, por lo que se contabilizan en respectivas cuentas por naturaleza:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
629	Otros servicios	4.000	
57	Tesorería		4.000

Nota: También sería válido la utilización de la cuenta «Maquinaria en montaje» (233) y una vez que la maquinaria estuviese en condiciones de funcionamiento reclasificar su saldo a la cuenta «Maquinaria» (213).

El valor residual no formará parte del valor actual del coste estimado de desmantelamiento, rehabilitación y retiro; dicho valor actual se incorporará como mayor valor del inmovilizado material. El valor residual estimado del inmovilizado se tendrá en cuenta para la obtención de la base de amortización

A 31 de octubre de 20X3 el valor actual de los costes estimados de desmantelamiento es:

$$14.000 \times 1,06^{-5} = 10.461,64$$

Después de las operaciones anteriores el precio de adquisición de la maquinaria es de 219.461,64.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
213	Maquinaria	10.461,64	
143	Provisión por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado		10.461,64

2. OPERACIONES CONTABLES CORRESPONDIENTES A 31 DE DICIEMBRE DE 20X3

Por la amortización correspondiente a tres meses y teniendo en cuenta que existe un valor residual de 2.000:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	10.873,08	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material $\left(\frac{219.461,64 - 2.000}{5} \times \frac{3}{12} \right)$		10.873,08

Por la actualización de la provisión de desmantelamiento:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
660	Gastos financieros por actualización de provisiones	153,51	
143	Provisión por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado [10.461,64 (1,06 ^{3/12} - 1)]		153,51

Por el devengo de los intereses y la reclasificación de la deuda por inmovilizado:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas [176.000 (1,06 ^{3/12} - 1)]	4.049,98	
173	Proveedores de inmovilizado a largo plazo		4.049,98

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
173	Proveedores de inmovilizado a largo plazo	178.582,60	
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		178.582,60

3. OPERACIONES CONTABLES CORRESPONDIENTES A 31 DE DICIEMBRE DE 20X4

Por la amortización correspondiente al ejercicio 20X4:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	43.492,33	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material $\left(\frac{219.461,64 - 2.000}{5} \right)$		43.492,33

Por la actualización de la provisión para desmantelamiento:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
660	Gastos financieros por actualización de provisiones	636,91	
143	Provisión por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado $[(10.461,64 + 153,51) \times 0,06]$		636,91

4. OPERACIONES CORRESPONDIENTES AL DÍA 1 DE OCTUBRE DE 20X8, FECHA EN LA QUE SE PROCEDE AL DESMONTAJE Y RETIRADA DE LA MÁQUINA Y SE ABONA LA CANTIDAD PREVISTA A LA EMPRESA ESPECIALIZADA

Por la amortización del inmovilizado material:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	32.619,25	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material $\left(\frac{219.461,64 - 2.000}{5} \times \frac{9}{12} \right)$		32.619,25

Por la actualización de la provisión para desmantelamiento:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
660	Gastos financieros por actualización de provisiones	598,65	
5293	Provisión por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado a corto plazo $[13.401,35 (1,06^{9/12} - 1)]$		598,65

Por la baja del inmovilizado, aplicando la provisión de desmantelamiento y descontando el valor residual:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
281	Amortización acumulada del inmovilizado material	217.461,64	
5293	Provisión a corto plazo por desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado	14.000,00	
213	Maquinaria		219.461,64
57	Tesorería		12.000,00

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

COMPRA DE EXISTENCIAS, DETERMINACIÓN DEL VALOR DE LAS EXISTENCIAS FINALES Y DETERIORO.
LEASE BACK.

ENUNCIADO

La sociedad anónima «LA VOLÁTIL» realiza las operaciones que se describen a continuación:

APARTADO 1

El 1 de marzo de 20X8 adquiere mercaderías a un proveedor, con pago aplazado a los 14 meses, siendo el importe a desembolsar al vencimiento de 100.000 euros. El tipo de interés de mercado para este tipo de operaciones es del 6 por 100 anual.

Durante el ejercicio 20X8 vendió al contado mercaderías por 94.000 euros, siendo los gastos abonados de la venta de 8.000 euros.

Al cierre del ejercicio, 31 de diciembre de 20X8, el proveedor comunica que concede un descuento por volumen de pedido de 8.000 euros.

En esta fecha, 31 de diciembre de 20X8, están pendientes de vender mercaderías cuyo precio de adquisición fue de 20.000 euros. El valor de realización de las mismas es de 21.000 euros, siendo los gastos de comercialización de 2.000 euros.

El 1 de marzo de 20X9 la sociedad consigue vender las mercaderías que permanecían en el almacén al cierre del ejercicio anterior en 24.000 euros, con cobro al contado, siendo los gastos de

la venta de 2.100 euros. En vista de ello, la sociedad acuerda con el proveedor cancelar la deuda, concediendo el proveedor un descuento por pronto pago de 1.000 euros.

APARTADO 2

El 1 de enero de 20XI la sociedad vende un edificio de su propiedad a una sociedad de *leasing* en 10.000.000 de euros. El precio de adquisición del edificio fue de 20.000.000 de euros y la amortización anual es de 1.000.000 de euros, siendo la amortización acumulada de 11.000.000 de euros. Está previsto que su vida útil finalice el 31 de diciembre de 20X9. Simultáneamente, se procede a la firma de un contrato de arrendamiento financiero sobre el edificio, por el que se pagarán 8 cuotas de 1.600.000 euros cada una, a la fecha de cierre del ejercicio actual y de los ejercicios siguientes. Además abonará por la opción de compra 102.530 euros, el día 31 de diciembre de 20X8.

TRABAJO A REALIZAR:

Realice las anotaciones contables que considere oportuno para cada apartado, en las siguientes fechas, teniendo en cuenta, además, que el tipo de interés efectivo coincide con el tipo de mercado, 6 por 100 anual.

Apartado 1

Para la realización de este apartado se deberá tener en cuenta que no tenía existencias iniciales y no efectuó más compras en los dos años que recoge este apartado. La solución deberá recoger todos los movimientos contables que efectúe la sociedad, incluidos los movimientos de existencias del cierre del ejercicio y también el 1 de marzo de 20X9.

1. El 1 de marzo de 20X8.
2. 20X8, venta de mercaderías.
3. El 31 de diciembre de 20X8.
4. El 1 de marzo de 20X9.

Apartado 2

1. El 1 de enero de 20X1.
2. El 31 de diciembre de 20X1.
3. El 31 de diciembre de 20X8.

(El opositor debe hacer abstracción de las consideraciones fiscales derivadas de las operaciones).

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 3

APARTADO 1

1 de marzo de 20X8

Por la compra de mercaderías: la norma de registro y valoración (NRV) 9.^a del PGC, en su apartado 9.3.1 («Débitos y partidas a pagar») indica que no se pueden incluir los intereses en el valor inicial del pasivo financiero cuando el vencimiento de la operación es superior a un año, por lo que el saldo inicial de la cuenta debe ser el importe a pagar al vencimiento de la operación actualizado al tipo de interés para este tipo de operaciones, dato que es facilitado por el enunciado del ejercicio.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
600	Compras de mercaderías	93.427,88	
420	Proveedores a largo plazo ($100.000 \times 1,96^{14/12}$)		93.427,88

Con respecto a la cuenta que recoge la deuda a largo plazo, el PGC, en su quinta parte, señala, en la introducción a las cuentas del grupo:

«Instrumentos financieros y cuentas que tengan su origen en el tráfico de la empresa, así como las cuentas con las Administraciones Públicas, incluso las que correspondan a saldos con vencimiento superior a un año. Para estas últimas y a efectos de su clasificación, se podrán utilizar los subgrupos 42 y 45 o proceder a dicha reclasificación en las propias cuentas».

1 de mayo de 20X8

Por el devengo de intereses y reclasificación a corto plazo de la cuenta de proveedores:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	911,74	
420	Proveedores a largo plazo [$93.427,88 (1,06^{2/12} - 1)$]		911,74

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
420	Proveedores a largo plazo	94.339,62	
400	Proveedores		94.339,62

Por las ventas de mercaderías durante el año 20X8 y los gastos derivados de la venta:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
430	Clientes	94.000,00	
700	Ventas de mercaderías		94.000,00

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
62	Servicios exteriores	8.000,00	
57	Tesorería		8.000,00

31 de diciembre de 20X8

Por los intereses devengados por la deuda con los proveedores desde el 1 de mayo:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas $[(93.427,88 + 911,74) (1,06^{8/12} - 1)]$	3.736,82	
400	Proveedores		3.736,82

Por el *rappel* obtenido de los proveedores debidamente actualizado:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
400	Proveedores $(8.000/1,06^{4/12})$	7.846,12	
609	<i>Rappels</i> por compras		7.846,12

En este momento el saldo de proveedores es 90.230,32.

Por la regularización de las existencias finales y la contabilización de su deterioro:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías	20.000	
610	Variación de existencias de mercaderías		20.000

Precio de adquisición..... 20.000

Valor neto de realización $(21.000 - 2.000)$ 19.000

Deterioro 1.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
693	Pérdidas por deterioro de existencias	1.000	
390	Deterioro de valor de las mercaderías		1.000

1 de marzo de 20X9

Por la venta de las existencias adquiridas en el año 20X8:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
57	Tesorería	24.000	
700	Ventas de mercaderías		24.000

Por los gastos de la venta:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
62	Servicios exteriores	2.100	
57	Tesorería		2.100

Por la cancelación de la deuda con los proveedores.

Los intereses devengados hasta el 1 de marzo de 20X9 son:

$$90.230,32 (1,06^{2/12} - 1) = 880,54$$

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	880,54	
400	Proveedores		880,54

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
400	Proveedores (90.230,32 + 880,54)	91.110,86	
572	Bancos c/c (572) (100.000 - 8.000 - 1.000)		91.000,00
760	Otros ingresos financieros		110,86

31 de diciembre de 20X9

Por la regularización de las existencias:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
610	Variación de existencias de mercaderías	20.000	
300	Mercaderías		20.000

Por la eliminación del deterioro:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
390	Deterioro de valor de las mercaderías	1.000	
793	Reversión del deterioro de existencias		1.000

APARTADO 2

Se trata de una operación de venta de un edificio conectada a un contrato posterior de arrendamiento. Del análisis de dicho contrato se deduce que se trata de un arrendamiento financiero, por lo que el tratamiento contable de la operación, atendiendo al sustrato económico de la misma debe ser como una forma de financiación, sin dar de baja al activo no corriente –continuando su amortización tal cual– y reconociendo la deuda por arrendamiento aplicando la NRV 9.^a, apartado 3.1 «Débitos y partidas a pagar» valorándose a coste amortizado.

El cuadro de la operación es el siguiente:

Periodo	Capital vivo inicio periodo	Intereses	Amortización	Pago	Coste amortizado
1	10.000.000	600.000	1.000.000	1.600.000	9.000.000
2	9.000.000	540.000	1.060.000	1.600.000	7.939.999
3	7.939.999	476.400	1.123.600	1.600.000	6.816.399
4	6.816.399	408.984	1.191.016	1.600.000	5.625.383
5	5.625.383	337.523	1.262.477	1.600.000	4.362.906
6	4.362.906	261.774	1.338.226	1.600.000	3.024.680
7	3.024.680	181.481	1.418.519	1.600.000	1.606.160
8	1.606.160	96.370	1.606.160	1.702.530	0

1 de enero de 20X1

Por la venta del edificio:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	10.000.000	
524	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo		1.000.000
.../...			

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
...			
174	Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo		9.000.000

31 de diciembre de 20X1

Por la amortización del edificio:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	1.000.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		1.000.000

Por el pago de la primera cuota del préstamo y la reclasificación a corto plazo de la segunda:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
524	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo	1.000.000	
662	Intereses de deudas	600.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		1.600.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
174	Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo	1.060.000	
524	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo		1.060.000

31 de diciembre de 20X8

Por la amortización del edificio y el pago de la cuota de arrendamiento:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	1.000.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		1.000.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
524	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo	1.606.160	
662	Intereses de deudas	96.370	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		1.702.530

CASO PRÁCTICO NÚM. 4

LIQUIDACIÓN Y CONTABILIZACIÓN DEL GASTO DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

ENUNCIADO

La sociedad anónima «SHUSA» se constituye en el año 20X1. La sociedad presenta la siguiente información relativa a los ejercicios 20X1 y 20X2:

INFORMACIÓN RELATIVA AL EJERCICIO 20X1:

«SHUSA» obtiene un resultado contable antes de impuestos de 40.000 euros. La única diferencia entre el resultado contable antes de impuestos y la base imponible del Impuesto sobre Sociedades es la derivada de un contrato de servicios que presta a otra sociedad.

Según el contrato de prestación de servicios, «SHUSA» prestará un servicio de consultoría en los años 20X1 a 20X3 y como retribución obtendrá 100.000 euros en un único pago al final del contrato (año 20X3). «SHUSA» reconoce ingresos según el método del grado de avance, sin tener en cuenta el efecto financiero. El grado de avance lo determina en función de los costes incurridos sobre los costes totales estimados. En el ejercicio 20X1 la sociedad ha incurrido en gastos por 42.000 euros, estimando que los costes totales del contrato serán de 70.000 euros (es decir, estima que le quedan pendientes gastos por 28.000 euros).

Fiscalmente, el ingreso del contrato de servicios se imputará cuando se cobre.

No existen deducciones ni retenciones y pagos a cuenta.

INFORMACIÓN RELATIVA AL EJERCICIO 20X2:

La sociedad obtiene un resultado de 45.000 euros. Las únicas diferencias entre el resultado contable antes de impuestos y la base imponible son las que se puedan derivar de los siguientes hechos:

- La sociedad ha continuado prestando el servicio del contrato que empezó en el ejercicio 20X1. Los gastos incurridos por el contrato en el ejercicio 20X2 son de 18.000 euros. Estima que el coste total del contrato será de 80.000 euros (es decir, estima que le quedan pendientes gastos por 20.000 euros).
- La sociedad ha dotado una provisión por importe de 100.000 euros, que fiscalmente será deducible cuando se pague.

Deducciones de cuota, 3.000 euros; retenciones y pagos a cuenta, 5.000 euros.

INFORMACIÓN RELATIVA AL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES:

El tipo de gravamen de la sociedad es del 30 por 100. En el caso de que existan bases imponibles negativas, «SHUSA» las aplica en el primer ejercicio que sea posible.

La sociedad solo reconoce activos por impuestos diferidos por el importe acumulado de los pasivos por impuestos diferidos.

TRABAJO A REALIZAR:

1. Indique el importe a reconocer como ingresos por el contrato de servicios en los ejercicios 20X1 y 20X2.
2. Calcule la cuota a pagar o a devolver del ejercicio 20X1 y contabilice el Impuesto sobre Sociedades.
3. Calcule la cuota a pagar o a devolver del ejercicio 20X2 y contabilice el Impuesto sobre Sociedades.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 4

1. IMPORTE A RECONOCER COMO INGRESOS POR EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LOS EJERCICIOS 20X1 Y 20X2

La NRV 19.^a del PGC establece que los ingresos por prestación de servicios se reconocerán cuando el resultado de la transacción pueda ser estimado con fiabilidad, considerando para ello el porcentaje de realización del servicio en la fecha de cierre del ejercicio.

El importe del porcentaje se calcula de la siguiente forma:

$$\text{Costes incurridos} / (\text{costes incurridos} + \text{costes previstos})$$

Los ingresos que se han reconocido en función del grado de avance son respectivamente para los años 20X1 y 20X2:

20X1

$$\text{Grado de avance: } (42.000/70.000) \times 100 = 60\%$$

$$\text{Ingresos} = \text{Importe del contrato} \times \text{grado de avance} = 100.000 \times 60\% = 60.000$$

20X2

Grado de avance: $[(42.000 + 18.000)/80.000]/100 = 75\%$

Ingresos acumulados: $100.000 \times 75\% = 75.000$

Ingresos a contabilizar en el ejercicio: $100.000 \times (75\% - 60\%) = 15.000$

2. CÁLCULO DE LA CUOTA A PAGAR O DEVOLVER DEL EJERCICIO 20X1 Y CONTABILIDAD DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

El enunciado del ejercicio indica que desde el punto de vista fiscal el ingreso del contrato se imputa cuando se producen los cobros por lo que no coinciden los criterios contable y fiscal dando lugar a los siguientes ajustes en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

Años	Ingreso contable	Ingreso fiscal	Ajuste base imponible
20X1	60.000	0	-60.000
20X2	15.000	0	-15.000
20X3	25.000	100.000	+75.000

Estos ajustes en la base imponible del impuesto, a efectos de la contabilización del gasto del Impuesto sobre Sociedades, dan lugar a una diferencia temporaria imponible con origen en el ejercicio 20X1 y 20X2 y reversión en el ejercicio 20X3.

Liquidación del Impuesto sobre Sociedades año 20X1

Beneficio antes de impuestos	40.000
+/- Ajustes	
Ajuste prestación de servicios	-60.000
Base imponible	-20.000
Tipo de gravamen	30%
Cuota íntegra	-
Deducciones y bonificaciones	-
Cuota líquida	0
Retenciones y pagos a cuenta	0
Cuota diferencial	0

Los asientos contables de la liquidación del impuesto deben reflejar los pasivos por diferencias temporarias imponibles, en todo caso, y bajo la hipótesis de que en los ejercicios siguientes se obtendrán beneficios, el crédito fiscal derivado de la base imponible negativa.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	18.000	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles prestación de servicios (60.000 × 30%)		18.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
4745	Crédito por pérdidas a compensar del ejercicio (20.000 × 30%)	6.000	
6301	Impuesto diferido		6.000

Por la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	12.000	
6301	Impuesto diferido		12.000

3. CÁLCULO DE LA CUOTA A PAGAR O DEVOLVER DEL EJERCICIO 20X2 Y CONTABILIDAD DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.

Liquidación del Impuesto sobre Sociedades año 20X2

Beneficio antes de impuestos	45.000
+/- Ajustes	
Ajuste prestación de servicios (1)	-15.000
Provisión no deducible (2)	100.000
Base imponible previa	130.000
Compensación bases imponibles negativas	-20.000
Base imponible	110.000
Tipo de gravamen	30%
Cuota íntegra	33.000
Deducciones y bonificaciones	-3.000
Cuota líquida	30.000
.../...	

...	
Retenciones y pagos a cuenta	-5.000
Cuota diferencial	25.000

- (1) Este ajuste proviene de las consideraciones y cálculos realizados en el año anterior.
- (2) Con respecto a la provisión en el año actual existe un gasto que no es deducible –será deducible cuando se pague– por lo que existe un ajuste positivo en la liquidación del Impuesto sobre Sociedades que en el ámbito contable da lugar a una diferencia temporaria deducible.

Asientos contables por la liquidación del Impuesto sobre Sociedades del año 20X2

Por la cuota líquida:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente	30.000	
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta		5.000
4752	Hacienda Pública, acreedora por Impuesto sobre Sociedades		25.000

Por la diferencia temporaria de la prestación de servicios:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	4.500	
479	Pasivos por diferencias temporarias impositivas prestación de servicios (15.000 × 30%)		4.500

Por la reversión del crédito surgido por la base imponible en el año anterior:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	6.000	
4745	Crédito por pérdidas a compensar del ejercicio		6.000

Dado que el enunciado señala que solo se reconocen activos fiscales por el importe acumulado de pasivos fiscales, el cual asciende a $18.000 + 4.500 = 22.500$, este será el importe límite.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
474	Activos por diferencias temporarias deducibles provisión no deducible	22.500	
6301	Impuesto diferido (75.000 × 30%)		22.500

CASO PRÁCTICO NÚM. 5

PRÉSTAMO CON ANUALIDADES CONSTANTES Y PRÉSTAMO SIMPLE

ENUNCIADO

La sociedad anónima «FORWARD» contrata con una entidad bancaria una operación de préstamo por el sistema francés, en las siguientes condiciones:

- La cuantía del préstamo es de 400.000 euros, amortizable en cuatro años, al 5 por 100 de interés anual.
- La sociedad dedicará el 10 por 100 de los beneficios anuales a la amortización del préstamo.
- En los años que no pueda cubrir la anualidad del préstamo el banco le facilitará por la diferencia un préstamo simple a un año al 8 por 100 de interés.
- Si al vencimiento del préstamo la cantidad disponible para el pago fuese insuficiente, será completado por un quinto pago mediante préstamo del banco que será devuelto a los seis meses.
- La sociedad únicamente cancela las deudas con el banco a través del porcentaje del beneficio, salvo el quinto pago que lo abonará íntegramente.

TRABAJO A REALIZAR:

La fecha de referencia de la concesión del préstamo es el 1 de julio de 20X4. Cada año en la misma fecha se cancela el préstamo con el porcentaje de beneficios asignado y, en su caso, se solicita el préstamo que concede el banco para completar la cuantía necesaria. El quinto pago, siempre que sea necesario, se hará efectivo el 31 de diciembre de 20X8.

Considerando que los beneficios anuales de cada uno de los cuatro años de duración del préstamo han sido 650.000 euros, 550.000 euros, 1.280.000 euros y 1.320.000 euros, determine lo siguiente:

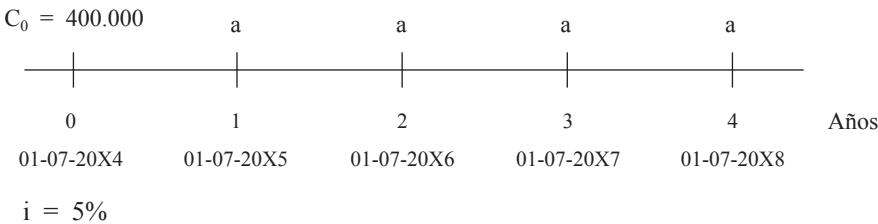
1. Término amortizativo del préstamo francés.
2. Cuantías reales amortizadas y préstamos simples solicitados, en caso de que sea necesario.
3. Momento y cuantía correspondiente a la cancelación del préstamo.

(El opositor debe hacer abstracción de las consideraciones fiscales derivadas de las operaciones).

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 5

1. TÉRMINO AMORTIZATIVO DEL PRÉSTAMO FRANCÉS

La operación de préstamo contratada se representa gráficamente de la siguiente forma:



El cálculo de la anualidad se obtiene de igualar en el origen el importe del préstamo con el valor actual de los pagos futuros:

$$400.000 = a \times a_{\overline{4}|0,05}$$

Resultando:

$$a = 112.804,73 \text{ euros}$$

2. CUANTÍAS AMORTIZADAS Y PRÉSTAMOS SIMPLES SOLICITADOS

De acuerdo con las condiciones en las que la sociedad tiene previsto amortizar la deuda, a partir de los beneficios obtenidos cada año se podrá determinar el importe destinado al pago de intereses y devolución de la deuda. De esta forma se podrá saber si se cubre la anualidad o si, por el contrario, será necesario solicitar un préstamo nuevo por la cantidad no atendida.

El importe de los beneficios y de las cantidades disponibles para atender al servicio de la deuda cada año se muestran en la siguiente tabla:

Fechas	01-07-20X4	01-07-20X5	01-07-20X6	01-07-20X7	01-07-20X8
Beneficios	–	650.000	550.000	1.280.000	1.320.000
Pagos a realizar (10% del beneficio)		65.000	55.000	128.000	132.000

En la siguiente tabla se muestra el desarrollo de la operación, en la que en cada año se indica el pago a realizar por la devolución del préstamo francés (fila B); las cuantías destinadas en cada momento para el pago de las deudas pendientes (fila D); la cantidad pendiente de pagar al final de cada año (fila E), que será el importe del préstamo simple que el banco concede de forma automática por espacio de un año al 8 por 100 de interés anual.

El importe del préstamo simple concedido al final de un año se deberá pagar al año siguiente incrementado en los intereses generados al 8 por 100 sobre el importe concedido (fila A). De esta forma, se podrá conocer la cantidad total adeudada en cada momento (por préstamo francés y el préstamo simple capitalizado), que se muestra en la fila C.

	Fechas	01-07-20X4	01-07-20X5	01-07-20X6	01-07-20X7	01-07-20X8
A	Deuda por préstamo simple (con intereses acumulados)	–	–	51.629,11 (47.804,73 × 1,08)	118.188,55 (109.433,84 × 1,08)	111.232,74 (102.993,28 × 1,08)
B	Anualidad del préstamo		112.804,73	112.804,73	112.804,73	112.804,73
C	Deuda total (A + B)		112.804,73	164.433,84	230.993,28	224.037,47
D	Pagos realizados (10% del beneficio)		65.000	55.000	128.000	132.000
E	PRÉSTAMO SIMPLE (C – D)		47.804,73	109.433,84	102.993,28	92.037,47

Si se quiere hacer el estudio con más detalle será necesario conocer el cuadro de amortización del préstamo francés, donde se indica la composición de cada pago:

Año	Fecha	Cuota	Intereses	Amortización	Capital
0	01-07-20X4				400.000,00
1	01-07-20X5	112.804,73	20.000,00	92.804,73	307.195,27
2	01-07-20X6	112.804,73	15.359,76	97.444,97	209.750,30
3	01-07-20X7	112.804,73	10.487,51	102.317,22	107.433,08
4	01-07-20X8	112.804,73	5.371,65	107.433,08	0,00

Una vez que se conocen los desembolsos que la sociedad va a realizar en cada momento (columna 1), se podrá determinar su destino. Así, lo primero que se atenderá serán los intereses de la deuda (columna 2) y el resto se destinará a amortizar (amortización real, columna 3).

		1	2	3	4	5	6
Año	Fecha	Pagos realizados	Intereses	Amortización real	Amortización no cubierta	Préstamo simple	Préstamo simple capitalizado
0	01-07-20X4						
1	01-07-20X5	65.000,00	20.000,00	45.000,00	47.804,73	47.804,73	51.629,11
2	01-07-20X6	55.000,00	15.359,76	39.640,24	57.804,73	109.433,84	118.188,55
3	01-07-20X7	128.000,00	10.487,51	102.317,22	–15.195,27	102.993,28	111.232,74
4	01-07-20X8	132.000,00	5.371,65	107.433,08	–19.195,27	92.037,47	

Se observa que en los dos primeros años la cantidad realmente amortizada es inferior a la que estaba prevista en el cuadro inicial. Estas cantidades (amortización no cubierta) darán lugar a los préstamos simples (columna 5), que se devolverán al año siguiente junto con el interés acumulado del 8 por 100 anual (préstamo simple capitalizado, columna 6).

En los dos últimos años los pagos realizados son más que suficientes para atender al pago de intereses y devolución del principal de la deuda original (columna 4, con signo negativo), quedando un remanente que se destinará a amortizar la deuda acumulada por los préstamos simples. Esto explica que la cuantía de los préstamos simples en los dos últimos años (columna 5) vaya disminuyendo.

3. MOMENTO Y CUANTÍA POR LA CANCELACIÓN DEL PRÉSTAMO

Como se observa en la tabla anterior, la sociedad no puede atender el pago del préstamo con las cantidades que tiene previsto destinar. Por tanto, se ve en la necesidad de solicitar préstamos simples para cubrir la diferencia. Al concluir el préstamo original, el importe de las deudas pendientes asciende a 92.037,47 euros que, según se establece en el supuesto, deberá ser abonado íntegramente con un pago transcurridos seis meses (31 de diciembre de 20X8).

El importe de este último pago será el resultado de capitalizar la deuda transcurridos cuatro años al 8 por 100 de interés por espacio de seis meses:

$$\text{Pago final en 31 de diciembre de 20X8} = 92.037,47 \times (1 + 0,08 \times 1/2) = 95.718,97 \text{ euros}$$

Recensiones Bibliográficas

Casos prácticos de operaciones vinculadas a la empresa familiar (precios de transferencia)

Teodoro CORDÓN EZQUERRO (Coord.)
CEF, Madrid, 2011, 661 págs.

Aunque no se presente así formalmente, esta nueva obra publicada por el Centro de Estudios Financieros mantiene una clara continuidad y sirve de complemento para la comprensión del complejo entramado de operaciones vinculadas, objeto que ya se consideró en una previa monografía aparecida hace un año y que dirigió también el coordinador de la presente edición.

Entonces, al estudio de la *Fiscalidad de los precios de transferencia* (CEF, Madrid, 2010, recensionada por nosotros en *RCyT*. CEF, núm. 326, 2010, págs. 269-272) le había precedido una importante modificación legislativa (Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal) y el compromiso de la editorial por ofrecer, con el rigor que nos tiene habituados, un análisis profundo de las especialidades que presentan las operaciones intra-grupo donde se dan precios de transferencia. El libro acometió esa tarea con estudios de fiscalidad internacional y comunitaria, dando información de las soluciones comparadas y distinguiendo el tratamiento general de la problemática tratada, tanto desde una perspectiva sustancial como atendiendo a los procedimientos, así como los aspectos singulares de ese régimen tributario.

Ahora, la nueva publicación vuelve a conjugar la participación de la universidad, la Administración y el libre ejercicio profesional, aunque la mayoría de los 30 autores que han colaborado –casi la mitad ya aparecía en la nómina de la monografía anterior– pertenecen a este último grupo, desarrollando sus funciones de asesoramiento como abogados y economistas de importantes firmas (Ashurst, LLP; Auren Asesores Fiscales y Abogados; Cuatrecasas, Gonçalves Pereira; Fair Value Operaciones Vinculadas; Garrigues; Landwell-PwC...) e instituciones (Asociación Española de Asesores Fiscales y Registro de Economistas Asesores Fiscales), lo que denota el sentido práctico fundamental de la obra y su potencial lector mayoritario. Todos ¹, en efecto, han procurado adoptar una perspectiva clarificadora, con la exposición de numerosos ejemplos y casos

¹ Aparte de Teodoro CORDÓN, han participado en el libro: Alberto AMENEIRO ESTÉBANEZ, Luis DEL AMO CARBAJO, Antonio ASENJO FAJARDO, Juan Manuel BERDUD SEOANE, Rafael CABELLO GIL, José Manuel CALDERÓN CARRERO, Emilio CENCERRADO MILLÁN, Luis CORCHERO ROMERO, Rafael COSÍN OCHAITA, Francisco FERNÁNDEZ DE PEDRO, Mercedes GAMBAO GARCÍA, José Luis GARRIDO CÁCERES, Eduardo GRACIA ESPINAR, Joan HORTALÀ I VALLVÈ, Ramón LÓPEZ DE HARO ESTE-SO, Luisa LÓPEZ HERNÁNDEZ, Juan Carlos LÓPEZ-HERMOSO AGIUS, Javier MARTÍN FERNÁNDEZ, Adolfo MARTÍN JIMÉNEZ, Javier MONTES ÚRDIN, María Teresa OCHOA MAZARRO, Mario ORTEGA CALLE, Manuel PAZ FIGUEIRAS, Gerardo PÉREZ-RODILLA, Marcos Borja PÉREZ RODRÍGUEZ, Teresa RUIZ DE AZÚA, Jesús SAN MARTÍN MARÍÑAS, Regina SOLER BABRA y Valeri VILADRIKH SANTALLUSIA.

prácticos, pudiendo distinguir dos amplias partes en este libro, que consta de 19 capítulos: una referida a cuestiones de índole general y otra que descansa sobre el tratamiento de operaciones específicas.

Al primer bloque de materias (capítulos 1.º a 7.º) se refiere así el coordinador del libro en su presentación: «Para llegar a determinar un valor de mercado en el ámbito de las operaciones vinculadas es necesario realizar el análisis de comparabilidad, búsqueda de comparables internos y externos, selección de métodos, los basados en transacciones y en beneficios, según los comparables encontrados, y la utilización de las bases de datos ante la imposibilidad de encontrar otras fuentes de información para calcular un valor de mercado así como su rango. Toda esta materia tan novedosa para muchos obligados tributarios y profesionales es lo que se analiza en esta primera parte. Para facilitar la labor de comprobación de la Administración se establecen unas obligaciones de documentación a elaborar por el obligado tributario y a presentar a petición de la Administración, como medio de prueba de que se ha valorado la operación a valor de mercado. En relación con esta obligación de documentación se ha establecido un régimen sancionador específico cuya aplicación práctica se analiza. En este sentido, conviene recordar que el Tribunal Supremo en Auto de 8 de febrero de 2011 ha acordado elevar al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad de los apartados 2 (obligaciones de documentación) y 10 (régimen sancionador) del artículo 16 del TRLIS. También se hace una breve recopilación de sentencias y resoluciones sobre la práctica habida en estos años sobre la normativa en vigor de precios de transferencia».

Ya en el primer capítulo, dando noticia de la pluralidad de fuentes normativas en materia de operaciones vinculadas/precios de transferencia, se ponen de relieve los déficits que presenta nuestra regulación interna, tanto desde el punto de vista de su constitucionalidad (en relación con los principios de legalidad, seguridad jurídica y proporcionalidad), como de adecuación al Derecho comunitario y con las tendencias internacionales, lo que determinaría la conveniencia de reformar, una vez más, el régimen establecido hace solo cinco años para evitar la litigiosidad y hasta los problemas financieros de las empresas.

De la contabilización de las operaciones vinculadas se ocupa el capítulo segundo, resaltando los criterios de la Ley 36/2006, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y del Plan General de Contabilidad, confrontando los conceptos manejados por la normativa fiscal y contable y exponiendo, después, las posibles situaciones que se darán cuando haya una diferencia de valoración dada por las partes entre el precio convenido y el precio normal de mercado o su valor razonable, a través de ocho casos prácticos.

El siguiente capítulo se centra en delimitar el ámbito subjetivo del perímetro de vinculación, señalando las relaciones entre la sociedad y sus socios partícipes, por un lado, y con los administradores o consejeros, por otro. También las relaciones familiares en grupos, en sociedad-socio y en sociedad-administradores, la vinculación en el «grupo de sociedades» y las relaciones entre la casa central y los establecimientos permanentes, todo ello rematado con la exposición de diferentes ejemplos.

El capítulo cuarto se refiere al análisis de comparabilidad, arrancando de la regla generalmente aceptada que establece que el precio de las transacciones entre partes vinculadas debe ser equiparable al que pactarían, en idénticas o similares circunstancias, partes independientes que efectuasen esas mismas o parecidas operaciones. También se describen los métodos de valoración basados en la transacción y en el beneficio, ilustrando con un caso práctico que refleja la selección del método de valoración y determinación del precio de transferencia con empleo de bases de datos.

Cerrando el tratamiento de las cuestiones generales, el capítulo quinto contiene un par de casos prácticos sobre obligaciones de documentación e información del grupo (*master file*) y del obligado tributario (*country file*), exponiendo en uno de ellos la documentación simplificada a aportar por este. Luego, el capítulo sexto también presenta otros dos casos sobre el régimen sancionador específico que prevé el artículo 16.10 del TRLIS para el incumplimiento de esas obligaciones de documentación en operaciones vinculadas, donde se aboga por su interpretación acorde con las disposiciones generales contenidas en la Ley General Tributaria (LGT) y en el reglamento sobre régimen sancionador tributario, además de tener en cuenta el principio de culpabilidad y la necesaria proporcionalidad de la sanción. Y, por último, el capítulo séptimo refleja extractos de jurisprudencia y doctrina administrativa sobre el ámbito de aplicación de la regla de operaciones vinculadas, análisis de comparabilidad y métodos de valoración, criterios contables, obligaciones de documentación, prestación de servicios, operaciones financieras y perímetro de vinculación.

En la segunda parte del libro (capítulos 8.º a 19.º) se toman en consideración diferentes operaciones específicas, acompañando siempre a las reflexiones de oportunos ejemplos y supuestos prácticos, comenzando por las financieras –que han aumentado significativamente en los grupos de empresas, dada la sofisticación de «productos» y las dificultades de acceso a los mercados de capitales– y siguiendo con las relacionadas con inmuebles (compraventas, arrendamientos y permutas de viviendas, oficinas, locales comerciales o naves industriales); compraventa de valores sin cotización oficial; operaciones con consejeros y administradores; prestaciones de servicios de los socios personas físicas a las sociedades de profesionales; la consideración, desde la posición de la persona física como obligado tributario, de su condición de sujeto del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por rentas personales no empresariales –esto es, del trabajo, capital mobiliario o inmobiliario y ganancias de capital– y que sí revistan dicho carácter (rendimientos de actividades económicas); valoración de las prestaciones de servicios entre entidades vinculadas; acuerdos de reparto de costes de acuerdo con las directrices de la OCDE; valoración de activos intangibles cuando por su uso o transmisión surgen operaciones entre partes vinculadas; y las operaciones con establecimientos permanentes, efectuando una referencia especial a la asignación de «capital libre» de los mismos.

La obra concluye con el tratamiento de la problemática del ajuste secundario, representativo de una concreción o especificación de la regla de calificación prevista en el artículo 13 de la LGT que permite a la Inspección corregir el valor convenido para situarlo en el valor de mercado, exponiendo casos de desplazamiento patrimonial a favor del socio, de la sociedad y entre otras entidades vinculadas.

Al final aparece un supuesto práctico recapitulativo en el que se analizan cuestiones como la existencia misma de la operación vinculada, la obligación de documentación y su alcance, así como los aspectos valorativos y la elaboración de la documentación exigida.

Miguel Ángel Martínez Lago