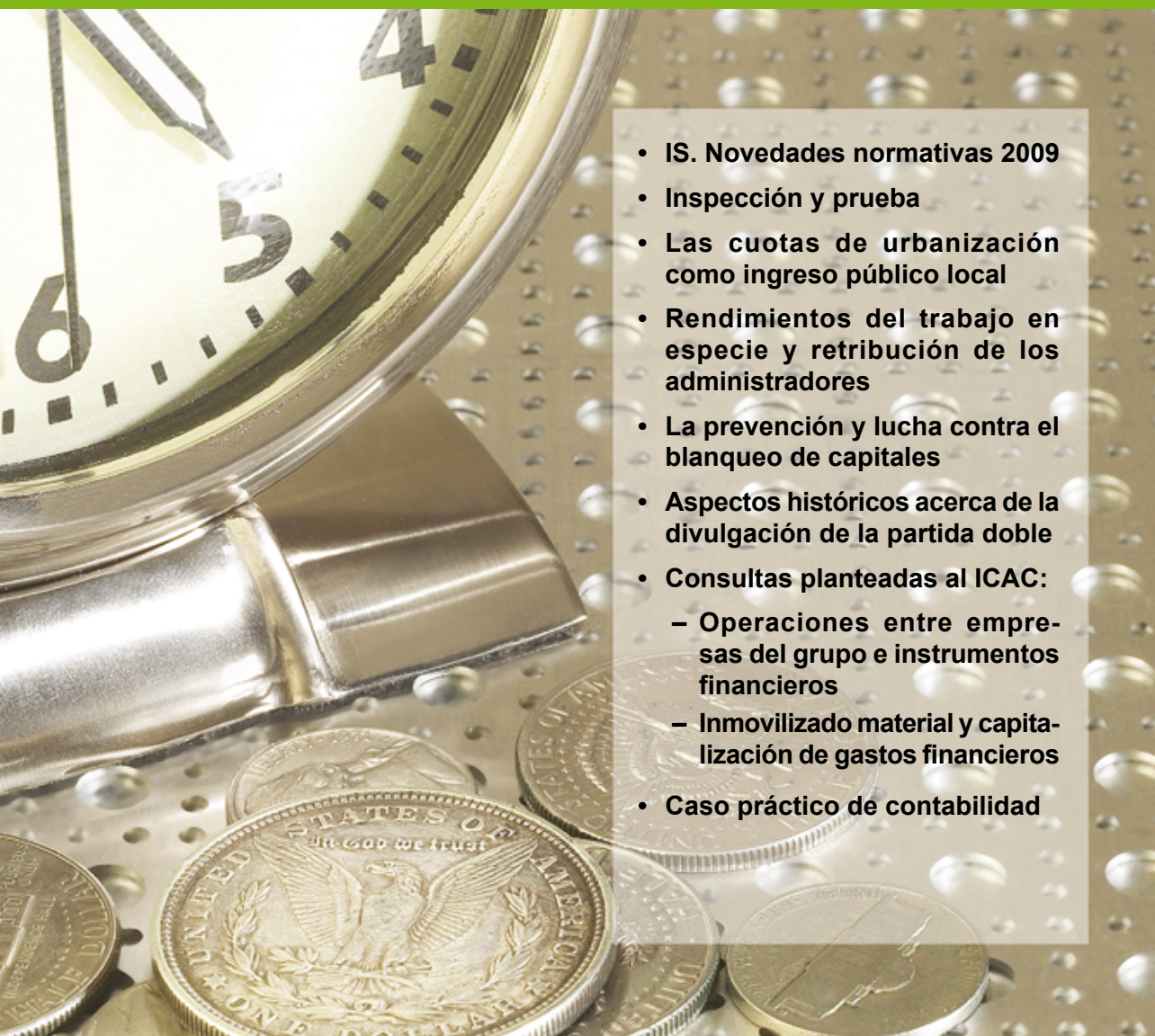




- **IS. Novedades normativas 2009**
- **Inspección y prueba**
- **Las cuotas de urbanización como ingreso público local**
- **Rendimientos del trabajo en especie y retribución de los administradores**
- **La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales**
- **Aspectos históricos acerca de la divulgación de la partida doble**
- **Consultas planteadas al ICAC:**
 - **Operaciones entre empresas del grupo e instrumentos financieros**
 - **Inmovilizado material y capitalización de gastos financieros**
- **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

ABRIL 2010 – NÚMERO 325

DIRECTOR

Roque de las Heras Miguel

COORDINADORES

M.ª José Leza Angulo
Javier Romano Aparicio

CONSEJO ASESOR

Alejandro Blázquez Lidoy

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

Inocencio Carazo González

Socio Director de INSESA & Abogados

José Luis Cea García

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. UAM

Lorenzo de las Heras Miguel

Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España

Maria Teresa del Val Núñez

Catedrática de Dirección de Empresas. Universidad de Alcalá

José Ramón González García

Ex Presidente del ICAC. Inspector de Hacienda del Estado (excedente)

José Antonio Gonzalo Angulo

Presidente del ICAC. Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

Herenia Gutiérrez Ponce

Profesora Titular de Economía Financiera y Contabilidad. UAM

Lorenzo Lara Lara

Presidente del Colegio Central de Titulados Mercantiles y Empresariales

Alejandro Larriba Díaz Zorita

Vicerrector de la UDIMA. Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

Juan Carlos López-Hermoso Agius

Presidente de la Asociación Española de Asesores Fiscales

Luis Alberto Malvárez Pascual

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Huelva

Ana Muñoz Merino

Vocal del Tribunal Económico-Administrativo Municipal de Madrid. Catedrática de Derecho Tributario

Vicente Pérez Sánchez

Inspector de Hacienda del Estado y Profesor del CEF

J. Andrés Sánchez Pedroche

Rector de la UDIMA

Jesús Sanmartín Mariñas

Presidente del REAF

Eduardo Sanz Gadea

Inspector de Hacienda del Estado. Ministerio de Economía y Hacienda

Fernando Serrano Antón

Defensor del Contribuyente del Ayuntamiento de Madrid. Profesor Titular de Derecho Tributario

María Teresa Soler Roch

Presidenta del Consejo para la Defensa del Contribuyente. Catedrática de Derecho Tributario

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 (2010): 135,58 € (IVA no incluido)

Comprende dos volúmenes:

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

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

- SUSCRIPCIÓN ANUAL (2010) 206,74 € (IVA no incluido)

(Comprende los dos volúmenes indicados anteriormente y la recopilación, al final de cada año, en Tomos independientes de los repertorios de Legislación y Jurisprudencia Tributaria).

- NÚMEROS SUELTOS (Completo):

– Suscriptores 15,39 € (IVA no incluido)

– No suscriptores 20,20 € (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

30/2010 Modificaciones normativas 2009. Impuesto sobre Sociedades. <i>(Eduardo Sanz Gadea)</i>	5
31/2010 A vueltas con los problemas de la prueba en Derecho Tributario. <i>(J. Andrés Sánchez Pedroche)</i>	47
32/2010 Aspectos fiscales de la gestión del cobro de las cuotas de urbanización como ingreso público local. En particular, la afección y la figura del tercer adquirente. Especialidad de un ente público como sujeto deudor. <i>(Salvador Martínez Abellán)</i>	73

CUESTIONES A DEBATE... (TRIBUTACIÓN)

33/2010 Rendimientos del trabajo en especie y retribución de los administradores. ... <i>(Gabinete Jurídico del CEF)</i>	107
--	-----

CONTABILIDAD

34/2010 Explorando otras utilidades de la contabilidad: la prevención y lucha contra el blanqueo de capitales. <i>(Miguel Ángel Villacorta Hernández)</i>	123
35/2010 Aspectos históricos acerca de la divulgación de la partida doble. <i>(Miguel Gonçalves)</i>	175
36/2010 Consultas planteadas al ICAC. <i>(Ángel Montes Carrillo y Miguel Ángel Gálvez Linares)</i>	197
37/2010 Ejercicio práctico para el ingreso en el Grupo Directivo Inspectores de Entidades de Crédito (Banco de España). <i>(Javier Dorado Guerrero y Juan del Busto Méndez)</i>	211

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS	247
---	-----

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.

SUMARY

Página

TRIBUTACIÓN

30/2010 Legislative amendments 2009. Corporate Income Tax. (<i>Eduardo Sanz Gadea</i>)	5
31/2010 About evidence in tax law.. (<i>J. Andrés Sánchez Pedroche</i>)	47
32/2010 Tax aspects of collection management of the urbanization costs as a local public revenue. Particularly, the pledging of goods and the third buyer. A public body as a debtor. (<i>Salvador Martínez Abellán</i>)	73

CUESTIONES A DEBATE... (TRIBUTACIÓN)

33/2010 In-kind labor income and remuneration of managers. (<i>Gabinete Jurídico del CEF</i>)	107
--	-----

CONTABILIDAD

34/2010 Exploring other uses of accounting: preventing and combating money laundering. (<i>Miguel Ángel Villacorta Hernández</i>)	123
35/2010 Some historical aspects about the disclosure of the double-entry bookkeeping. (<i>Miguel Gonçalves</i>)	175
36/2010 Questions formulated to ICAC. (<i>Ángel Montes Carrillo y Miguel Ángel Gálvez Linares</i>)	197
37/2010 A practical case study for entering into the Board of Bank Examiners in Financial Institutions (Banco de España). (<i>Javier Dorado Guerrero y Juan del Busto Méndez</i>)	211

BIBLIOGRAPHIC REVIEWS.....	247
-----------------------------------	-----

MODIFICACIONES NORMATIVAS 2009. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

EDUARDO SANZ GADEA

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

Extracto:

LA presente colaboración versa sobre las modificaciones habidas en 2009 en el Impuesto sobre Sociedades, pero también se analizan ciertos aspectos de la tributación de las rentas del capital en el IRPF en la medida en que guardan relación con el Impuesto sobre Sociedades. En este sentido son traídas a colación la Ley 3/2009, la Ley 11/2009 y la Ley de Presupuestos para 2010.

Pero hay otros boletines que también conciernen, aunque sea de manera indirecta, al Impuesto sobre Sociedades. Así, se examina brevemente la Decisión de la Comisión de la Unión Europea de 8 de julio de 2009, relativa a la aprobación del régimen holandés *group interest box*, cuya implementación podría suponer un acicate para las operaciones financieras intra grupo con finalidad fiscal.

Palabras clave: Impuesto sobre Sociedades, novedades normativas y 2009.

LEGISLATIVE AMENDMENTS 2009. CORPORATE INCOME TAX

EDUARDO SANZ GADEA

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

Abstract:

THIS paper focuses on the amendments introduced in 2009 to the Spanish Corporate Income Tax, as well as on certain aspects of the capital income taxation in the Spanish Personal Income Tax insofar as they are related to the Spanish Corporate Income Tax. The Spanish Acts 2009-3 and 2009-11, as well as the Spanish 2009 Budget Act are brought up to this respect.

But there are other Official Journals also related, even though indirectly, to the Spanish Corporate Income Tax. Thus, the paper briefly surveys the European Commission Decision of 8 July 2009 on the Dutch «Group Interest Box», whose implementation could encourage tax-oriented intra-group financial operations.

Keywords: Spanish Corporate Tax, legal innovations and 2009.

Sumario

1. Introducción.
2. Ley 11/2009, de 26 de octubre.
 - 2.1. La nueva redacción del artículo 12.3 del TRIS.
 - 2.2. Las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario.
 - 2.3. Tipo de gravamen de las instituciones de inversión colectiva inmobiliaria.
 - 2.4. Consolidación fiscal.
 - 2.5. Arrendamiento financiero.
 - 2.6. Renta del ahorro.
3. La Ley de Presupuestos para 2010.
 - 3.1. Tipo de gravamen reducido por mantenimiento o creación de empleo.
 - 3.2. Porcentaje de retención o ingreso a cuenta.
 - 3.3. Tipo de gravamen de la SOCIMI.
 - 3.4. Pago fraccionado.
4. La Ley 3/2009.
 - 4.1. Modificaciones estructurales de nuevo cuño.
 - 4.2. Ordenación de las modificaciones estructurales frente al régimen fiscal.
5. Decisión de la Comisión de 8 de julio de 2009.

NOTA: Dolores LINARES SÁEZ ha tenido la amabilidad de leer el texto y formular valiosas observaciones. Los errores, técnicos y de concepto, que el mismo pudiera contener son de la exclusiva responsabilidad del autor.

*...donde todo está ordenado por leyes sencillas, allí la virtud
recibe su paga merecida y reina una igualdad...*

TOMÁS MORO. *Utopía*, pág. 73.

1. INTRODUCCIÓN

Desde 2006 el Impuesto sobre Sociedades está en permanente ebullición normativa.

La Ley 35/2006 introdujo importantes modificaciones al hilo de la reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), en su conjunto expresivas de una filosofía de desconfianza en los incentivos fiscales y de la necesidad de rebajar el tipo de gravamen en sintonía con los países de nuestro entorno.

La Ley 36/2006 dio nueva redacción al artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRIS), concerniente al régimen de las operaciones vinculadas para, de una parte, incorporar los últimos criterios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y de otra ubicar la responsabilidad de la realización de los ajustes en sede de los contribuyentes, incluso respecto de las operaciones puramente internas, tal vez bajo el temor de que la normativa modificada infringiera la normativa comunitaria en la medida en que su efectividad práctica se centraba prioritariamente en las operaciones transfronterizas, temor que, finalmente, se ha demostrado infundado a tenor de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *SGI* (C-311/08) ¹.

La reforma contable ha motivado respuestas de adaptación del TRIS que se han desplegado en la Ley 16/2007 y en la Ley 4/2008, básicamente, pero también en la Ley 11/2009, la cual redondea el régimen fiscal del deterioro de las inversiones financieras significativas.

La Ley 3/2009, relativa a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, aunque desprovista de contenido fiscal, plantea algunas interrogantes en relación con el régimen fiscal de las operaciones de fusión y asimiladas del Capítulo VIII del Título VII del TRIS.

¹ RAVENTÓS CALVO, S. «Los precios de transferencia en el ámbito interno. Un disparate innecesario». *RCyT*. CEF, núm. 320, noviembre de 2009.

La Ley 11/2009, en el contexto de la respuesta fiscal a la crisis económica, incorpora a su nutrido elenco de regímenes fiscales especiales el de las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (SOCIMI).

Finalmente, la Ley 23/2009, de Presupuestos Generales del Estado, además de establecer las normas oportunas en relación con la corrección monetaria y el pago fraccionado, establece un tipo especial reducido para las empresas de reducida dimensión vinculado al mantenimiento o la creación de empleo.

En la presente colaboración se examinarán las normas publicadas en 2009.

2. LEY 11/2009, DE 26 DE OCTUBRE

El objetivo de esta ley es regular el régimen mercantil y fiscal de las SOCIMI, y a ello consagra la totalidad de su articulado. Pero, como ya viene siendo usual, un enjambre de disposiciones finales abordan los más variados temas y, entre ellos, algunos se refieren al Impuesto sobre Sociedades. Son éstos los siguientes:

- Nueva redacción del párrafo cuarto del artículo 12.3 del TRIS (disp. final primera.uno), concerniente al régimen fiscal del deterioro de instrumentos financieros.
- Nueva redacción de los artículos 67.2 b) y 69 del TRIS, concernientes a la determinación del dominio en el régimen de los grupos fiscales (disp. final primera.cuatro y cinco).
- Modificación temporal del régimen fiscal del arrendamiento financiero (disp. final primera.seis).
- Modificaciones de los artículos 27 y 28.5 c) del TRIS, relacionadas con el régimen de las sociedades de inversión inmobiliaria (disp. final primera.dos y tres).
- Nueva redacción del artículo 46 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, relativo a la renta del ahorro en el IRPF (disp. final séptima). Este precepto no regula el Impuesto sobre Sociedades sino el IRPF, pero se trae a colación porque es expresivo de la relación entre ambos tributos.

De acuerdo con lo establecido en la disposición final duodécima lo previsto en la Ley 11/2009 entra en vigor *el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, siendo de aplicación a los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2009*, pero la nueva redacción del artículo 12.3 del TRIS se aplica *a los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2008*, y aquéllas de los artículos 67.2 b) y 69 *serán de aplicación a los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2010*.

En los textos normativos transcritos encontramos un muestrario de los distintos tipos de retroactividad. En relación con el artículo 12.3 la retroactividad es fuerte porque la nueva redacción se

aplicará a los hechos impositivos realizados y a las obligaciones tributarias nacidas y declaradas antes de la entrada en vigor de la Ley 11/2009. Por lo que se refiere a los artículos 67.2 b) y 69 la irretroactividad es plena. Finalmente, respecto de los restantes supuestos, tratándose de hechos impositivos asistidos de un periodo impositivo anual, la retroactividad es débil porque tales hechos impositivos estaban en curso de formación en el momento de la entrada en vigor de la Ley 11/2009.

Desde luego el principio de seguridad jurídica se compadece mal con la retroactividad fuerte, pero de ello no se sigue la inmediata inconstitucionalidad. Sabido es que la Constitución no establece una prohibición expresa respecto de la retroactividad de las normas fiscales, pero también que la sentencia del Tribunal Constitucional 126/1987, de 16 de julio, afirma que *las normas tributarias retroactivas pueden estimarse constitucionalmente ilegítimas cuando atentan a tal principio (seguridad jurídica) y a la confianza legítima de los ciudadanos... En este contexto, el grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las circunstancias que concurran en cada caso, se convierten en elemento clave... En el primer supuesto –retroactividad auténtica–, la prohibición de retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cuantificadas de bien común podrían imponerse excepcionalmente...*

Véase, entonces, que la constitucionalidad de la aplicación retroactiva del nuevo inciso del artículo 12.3 del TRIS pende de su contribución al bien común, cuya apreciación ha efectuado el legislador y ningún sujeto pasivo combatirá pues en la hipotética victoria sacrificaría su interés particular.

2.1. La nueva redacción del artículo 12.3 del TRIS.

En el párrafo cuarto del artículo 12.3 se ha añadido el siguiente inciso: *A efectos de aplicar esta deducción, el importe de los fondos propios de la entidad participada se reducirán o aumentarán, por el importe de las deducciones y los ajustes positivos, respectivamente, que esta última entidad haya practicado por aplicación de lo establecido en este apartado correspondientes a las participaciones tenidas en otras entidades del grupo, multigrupo y asociadas.*

En virtud de este párrafo cuando la entidad participada practique un ajuste amparado en lo previsto en el propio párrafo cuarto del artículo 12.3 dicho ajuste será tomado en consideración por la entidad participante para determinar el importe de la partida fiscalmente deducible.

El párrafo está lleno de buen sentido, ya que permite que la partida fiscalmente deducible refleje la situación patrimonial y fiscal no sólo de la entidad directamente participada sino de las entidades participadas por la misma.

Añádase a esto que también sirve para mantener una posición equilibrada en relación con la regulación precedente a la modificación operada en el artículo 12.3 del TRIS por la Ley 4/2008, mediante la introducción de la denominada partida fiscalmente deducible, puesto que el deterioro contabilizado por la entidad participada respecto de una entidad del grupo, multigrupo o asociada había devenido fiscalmente no deducible toda vez que la doctrina administrativa ha considerado que, en relación con tales participaciones, sólo cabe el régimen de la citada partida sin que el deterioro

contable tenga trascendencia. Así, el cómputo de la partida fiscalmente deducible liquidada por la entidad participada ocupa el lugar que deja el deterioro contable.

Tal vez hubiera podido llegarse a esta conclusión a través de la interpretación de la norma tal y como quedó redactada por la Ley 4/2008, pero el poder ejecutivo, en el ejercicio de la iniciativa legislativa, ha preferido no crear dudas respecto del escrupuloso cumplimiento del principio de reserva de ley en materia tributaria.

Véase, por tanto, que la reforma está llena de buen sentido, de manera tal que las críticas que pudieran derivarse de la pluralidad de redacciones sufridas por el artículo 12.3 (Ley 16/2007, Ley 4/2008, Ley 11/2009) hallan un contrapeso no menguado en la finalidad de la nueva norma y en el respeto al principio de reserva de ley en materia tributaria.

Varias cuestiones se plantean:

- ¿Están comprendidas todas las entidades de la cadena de participación?
- ¿Están comprendidas las entidades participadas no residentes en territorio español?
- ¿Qué incidencia tienen las operaciones internas?
- ¿Qué incidencia tienen las estructuras financieras anómalas?
- ¿Qué incidencia tienen las operaciones realizadas por valores distintos a los de mercado entre entidades del grupo?
- ¿Cómo se inserta la nueva norma en el contexto de la fiscalidad internacional?
- ¿Cabe enfocar la cuestión de la compensación de pérdidas derivadas de una inversión financiera de manera diferente?

2.1.1. Cadena de participación.

La norma nueva establece un mandato que versa sobre la forma en como la entidad participante debe calcular la partida fiscalmente deducible en atención a un hecho habido en la entidad participada: el cálculo que ésta efectúa de la partida fiscalmente deducible. A su vez, la entidad participada está afectada por el mismo mandato en relación con sus participadas, y así sucesivamente. De esta manera, al menos en un plano abstracto, el importe de la partida fiscalmente deducible en sede de la entidad que es cabecera de la cadena de participación puede sufrir el influjo del cálculo de tantas partidas fiscalmente deducibles como entidades existan en la cadena.

Frente a esta interpretación también cabe otra, consistente en limitar la aplicación de la nueva norma al primer eslabón de la cadena. Y una tercera, en cierta medida intermedia, cuyo contenido consiste en llegar hasta el eslabón respecto del que la entidad de cabecera ostenta una posición determinante de la relación de dependencia, multigrupo o asociación.

Con todo, la interpretación más amplia parece tener mayor fundamento puesto que si todas y cada una de las entidades de la cadena cumplen con la nueva norma necesariamente todas y cada una de las partidas fiscalmente deducibles se ven afectadas por la partida fiscalmente deducible del eslabón inmediatamente anterior.

Pero de ahí no se sigue una mayor complejidad para cada entidad de la cadena. En efecto, cada entidad habrá de tomar únicamente en consideración la partida fiscalmente deducible de la entidad inmediatamente anterior. Por tanto, la responsabilidad de cada entidad se limita, en principio, a tomar nota del importe de la partida fiscalmente deducible liquidada por la entidad inmediata anterior. No es responsable, en consecuencia, del cálculo erróneo realizado por la entidad participada, ni mucho menos del cálculo erróneo efectuado por otra u otras entidades de la cadena, por más que estos errores necesariamente perturben el correcto importe de la partida fiscalmente deducible que aplique en su declaración. Véase que estamos ante una suerte de fichas de dominó. Si una de ellas falla todas las demás se claudican, pero la entidad no es responsable del fallo ni conoce la claudicación.

La norma nada establece respecto de la responsabilidad que incumbe a la entidad más allá de tomar en consideración el importe de la partida fiscalmente deducible. Extender su responsabilidad al cálculo correcto de la misma no parece posible. Ciertamente si la entidad cabecera y todas las de la cadena de participación pertenecen al mismo grupo de consolidación en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio aquélla tendría sobrados medios para conocer el fallo y la claudicación, y, por lo tanto, estar afectada por la responsabilidad correspondiente. Ahora bien, la norma no se basa en la metodología de la consolidación, y, consecuentemente, no parece adecuado extraer conclusiones que serían válidas en el contexto de la misma. En esta cuestión se profundizará más adelante.

Distinta es la posición de la inspección de los tributos. Ella sí puede conocer el fallo y la claudicación, y, por lo tanto, deberá proponer la regularización consecuente. En efecto, la inspección de los tributos puede reconstruir todas las partidas fiscalmente deducibles a lo largo de la cadena de participación y proyectar los efectos de la misma sobre cualquier entidad de la cadena, también, obviamente, respecto de la entidad cabecera.

Nótese que, en el contexto de la interpretación más amplia, la cadena de participación no se delimita en función de la existencia de una entidad dominante. La cadena de participación se delimita eslabón a eslabón en razón a la concurrencia en la participación de la cualidad de determinar una relación de dependencia, multigrupo y asociación.

Ciertamente, si todos los eslabones de la cadena configuran relaciones de dependencia existirá una entidad dominante en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, pero no sucederá así cuando concurren configuraciones de multigrupo o asociación. En fin, la cadena de participación puede ofrecer una representación lineal o ramificada, e incluso no pueden descartarse las de carácter circular.

Para dar cumplimiento al nuevo mandato la entidad participada debería poner en conocimiento de la entidad participante el importe de la partida fiscalmente deducible o el importe del ajuste positivo relacionado con una partida fiscalmente deducible de un periodo o periodos impositivos anteriores, y, además, hacerlo en un tiempo hábil, esto es, antes de que venza el plazo de declaración.

La norma no establece previsión alguna en tal sentido, pero si no se hace así será de imposible cumplimiento. Adviértase que, a diferencia de la regulación primitiva del artículo 12.3, a la entidad participante ya no le basta con conocer los balances de la entidad participada sino que debe conocer también el importe de la partida fiscalmente deducible o del ajuste positivo.

Cuando media una cadena de participación tal vez no sea posible que la entidad participante llegue a conocer en tiempo hábil el importe correcto de la partida fiscalmente deducible o del ajuste positivo. En este caso podría explorarse la posibilidad de acudir al remedio extraordinario de la rectificación de la autoliquidación (art. 120.3 LGT) o de la declaración complementaria (art. 122 LGT).

2.1.2. Entidades no residentes en territorio español.

La nueva norma no contempla expresamente el caso en que la entidad participada reside en el extranjero. Y este caso no es infrecuente. Nótese que el régimen de la entidad de tenencia de valores extranjeros precisamente se fundamenta en la participación significativa sobre entidades no residentes en territorio español.

Puesto que la entidad participada no residente en territorio español es ajena al régimen de la partida fiscalmente deducible, esto es, no practica *deducciones* ni *ajustes positivos... correspondientes a las participaciones tenidas en otras entidades del grupo, multigrupo y asociadas*, no parece que la entidad participante pueda tomar en consideración una magnitud que no existe. En consecuencia, en relación con la entidad participada extranjera, aunque cabe la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3, párrafo cuarto, la impresión inmediata es que no podrá tomarse en consideración para su determinación la partida fiscalmente deducible imputable a dicha entidad pues, sencillamente, dicha partida no existe. Más adelante se verá que esta primera impresión es errónea, pero tal vez no sea superfluo en orden a la más exacta comprensión del precepto exponer las vías que llevan a la confusión y aquellas otras que, felizmente, la han superado.

En efecto, la primera impresión, de ser correcta, determinaría un régimen desigual según que la entidad participada resida o no en territorio español, lo que aboca a una reflexión de compatibilidad con el principio de no discriminación en el campo de los convenios bilaterales y en el del ordenamiento comunitario.

La cuestión no es sencilla. A primera vista se atisba la discriminación o la restricción a la libertad de establecimiento, pero la indagación sobre las posibles causas de justificación ya no es tan sencilla. Dejémosla pospuesta al análisis que en un epígrafe posterior se efectúa respecto de las sentencias del Tribunal de Justicia en materia de compensación transfronteriza de pérdidas.

Con independencia del resultado de dicho análisis lo que sí parece claro es que del literal de la nueva norma se desprende que la misma habría podido empeorar la posición de la participación sobre una entidad no residente respecto de la existente antes de la nueva redacción del artículo 12.3 efectuada por la Ley 4/2008. En efecto, antes de su entrada en vigor el deterioro de la participación mantenida por una entidad participada no residente en territorio español podía motivar un descenso

de su valor teórico que habilitaba la deducción del deterioro sufrido por la entidad participante residente en territorio español. Después de su entrada en vigor el deterioro contabilizado por la entidad no residente en territorio español no es un gasto fiscalmente deducible, ya que el gasto fiscalmente deducible se constriñe a la partida fiscalmente deducible, de manera tal que la disminución de fondos propios se verá neutralizada por la no deducción del deterioro.

De ser acertada la interpretación literal de la nueva norma la tenencia de participaciones sobre entidades no residentes a través de entidades *holding* o simplemente intermedias residentes en el extranjero recibiría un tratamiento peor que el existente antes de la reforma del artículo 12.3.

La conclusión precedente contradice la política de neutralidad frente a la reforma contable que, con ciertos altibajos, ha venido sustentando las nutridas reformas introducidas en el TRIS por la Ley 16/2007, la Ley 4/2008, y la Ley 11/2009.

Por ello no era aventurado intuir que el artículo 12.3 del TRIS estaba abocado a una modificación clarificadora o a una interpretación administrativa correctiva que pusiera en pie de igualdad a la participación exterior frente a la interior, y ello no tanto por razones de no discriminación, que más adelante se examinarán, cuanto por la comparación con la situación precedente, en los términos expuestos. La reforma normativa clarificadora o la interpretación administrativa correctiva intuitas estarían orientadas a procurar el cómputo de la partida fiscalmente deducible y de los ajustes positivos inherentes a la misma en el supuesto de participaciones sobre entidades no residentes.

Pues bien, finalmente, se ha impuesto la vía administrativa, ya que la Dirección General de Tributos ha salido al paso de la dificultad apuntada interpretando que la aplicación de la partida fiscalmente deducible de la participada también procede *de ser la entidad interpuesta no residente en territorio español... dado que como se ha comentado anteriormente, el artículo 12.3 del TRIS proyecta a la entidad directamente participada la normativa española a efectos de dicho precepto, tanto contable como fiscal, por lo que aun en el caso de que esa entidad no sea residente en territorio español, al ser aplicable el TRIS lo sería también ese precepto, esto es, habría podido practicar la deducción a que se refiere dicho precepto, con independencia de que esa deducción no tenga ningún efecto fiscal a nivel de esa entidad desde el momento en que está sujeta a la normativa fiscal del Estado de su residencia*². Véase como el buen criterio y la *finezza* de la contestación administrativa han resuelto diligentemente la cuestión.

El esfuerzo por penetrar más allá del literal de la norma que, certeramente, ejecuta la contestación administrativa, halla respaldo en el procedimiento legislativo. En efecto, en el Boletín del Senado de 1 de octubre de 2009 se lee que *en cuanto a la número 40 (enmienda transaccional)... ya me ha aclarado perfectamente la portavoz socialista que este artículo defiende y permite la aplicación de esta ley a este tipo de empresas con actividad en el exterior; pero nos ha dado la impresión de que estas empresas pueden tener dificultades a la hora de ajustarse exactamente, aunque el problema se podría resolver por la vía de consulta a la Agencia Tributaria... aunque repito que se nos ha aclarado que el criterio a aplicar es que tengan el mismo tratamiento que las empresas ubicadas en el país...*

² CV882-09; de 25 de febrero.

Sin embargo, a diferencia de la situación puramente interna en la que la entidad participada liquida la partida fiscalmente deducible en la situación transfronteriza la entidad participada no lo hace. Y ello aboca a que sea la entidad participante residente en territorio español la que deba hacerlo. ¿Podrá hacerlo? ¿Dispondrá de la información suficiente? ¿Le proporcionará la entidad participada esa información? ¿Qué información precisa? ¿Puede la norma española establecer la comunicación de la información en cuestión?

Si se recuerda lo dicho en el apartado anterior en relación con la cadena de participación habrá de concluirse que no puede pedirse a la entidad residente en territorio español que la recorra en su integridad, a menos que todas las entidades pertenecientes a la cadena tengan la consideración de entidades dependientes de un grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio. La entidad participante residente en territorio español puede llegar hasta los confines del grupo mercantil pero no más allá para captar la información precisa. Así una cadena constituida por relaciones de asociación no puede recorrerla. Nótese, además, que no son bastantes los datos puramente contables, pues para determinar la partida fiscalmente deducible es preciso efectuar calificaciones fiscales en relación con los gastos. Y esa determinación no es puramente especulativa sino que está llamada a surtir un efecto fiscal concretado en la deuda tributaria. Y todo ello, naturalmente, sujeto a la comprobación de la inspección tributaria.

Son apreciables las dificultades que encierra la regulación de la determinación de la partida fiscalmente deducible tratándose de entidades residentes en el extranjero. Y todo ello sin contar con los problemas derivados del tipo de cambio y de la traducción a normas contables españolas de los balances de las entidades participadas extranjeras. En fin, fuera del contexto de un grupo mercantil del artículo 42 del Código de Comercio se atisban ciertas dificultades.

Con todo, no debería olvidarse que buena parte de estos problemas ya se planteaban bajo la regulación precedente y que, en rigor, su origen se halla en el objetivo de perfeccionar el régimen de la asunción por parte de las entidades matrices de las pérdidas sufridas por las entidades filiales.

2.1.3. Incidencias en la entidad participada.

De acuerdo con lo expuesto el importe de la partida fiscalmente deducible depende de las magnitudes de los fondos propios reflejadas en las cuentas individuales de las entidades de la cadena de participación, así como de las circunstancias que en todas y cada una de ellas concurran en orden a la determinación de los gastos fiscalmente no deducibles. Éstas son las únicas variables que, en definitiva, determinarán el importe de la partida fiscalmente deducible, ya que las diferentes partidas fiscalmente deducibles dependen, a su vez, de la evolución de los fondos propios.

Ahora bien, sobre los fondos propios y los gastos fiscalmente no deducibles pueden incidir un conjunto de circunstancias que ponen de relieve las dificultades que existen para determinar el importe de la partida fiscalmente deducible, y, lo que es más importante, abren vías de reflexión en relación con un debate abierto en el contexto de la Unión Europea a raíz de algunas sentencias del Tribunal de Justicia.

Seguidamente se exponen algunas de las más importantes.

2.1.3.1. Incidencia de las operaciones internas.

La partida fiscalmente deducible se calcula en relación con los fondos propios derivados de las cuentas individuales. Por tanto, cualquier operación interna, esto es, realizada entre las entidades pertenecientes al mismo grupo mercantil, tiene efectos sobre el importe de aquella partida o el de los ajustes positivos derivados de la misma en otro periodo impositivo posterior con tal que afecte a los resultados.

En suma, las operaciones internas, las estrategias financieras, la ubicación diseñada de actividades o patrimonios, ya sea en el momento inicial de expansión del grupo o en un momento posterior a través de modificaciones estructurales tales como la escisión en sus diversas modalidades, puede provocar importantes efectos respecto del importe de la partida fiscalmente deducible y, en su caso, del ajuste positivo.

Y así puede suceder que exista la partida fiscalmente deducible cuando el grupo mercantil en su conjunto obtenga beneficios, o incluso que exista la partida fiscalmente deducible en relación con una misma línea de actividad desplegada a través de entidades diferentes que, en su conjunto, depare beneficios. Y todo ello puede ser consecuencia de una planificación fiscal o no serlo.

La causa de los efectos descritos reside en que, como se ha indicado, la partida fiscalmente deducible se calcula en relación con las cuentas individuales. Nada de esto ocurriría si la partida fiscalmente deducible se calculase en relación con las cuentas consolidadas.

El nuevo inciso introducido en el artículo 12.3 por la Ley 11/2009 en nada perturba la conclusión precedente, antes bien la pone bien a las claras.

2.1.3.2. Incidencia de las estructuras financieras anómalas.

La entidad participada puede estar afectada por la norma antissubcapitalización. En tal caso los intereses excesivos serán calificados como dividendos, determinándose así un gasto fiscalmente no deducible que será tomado en consideración para calcular el importe de la partida fiscalmente no deducible, con independencia del lugar de la residencia de la entidad participada. Por tanto, también si la entidad participada reside en el extranjero la entidad participante deberá tomar en consideración las previsiones del artículo 20 del TRIS, por más que las dificultades de obtención de los datos y su calificación puedan ser sensibles.

La entidad participada ha podido incurrir en fraude a la Ley Tributaria en el sentido de la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 17 de mayo de 2007, esto es, mediante la adquisición interna de instrumentos de patrimonio intra grupo financiados mediante la emisión de pasivos financieros. Los intereses afectados no serán fiscalmente deducibles, lo cual afecta al importe de la partida fiscalmente deducible. Si el fraude a la ley tributaria estuviere declarado sería exigible a la entidad participante que tome en consideración sus efectos en punto al cálculo de la partida fiscalmente deducible. No así en caso contrario.

Cuando la entidad participada resida en el extranjero no podrá ser, por definición, objeto de un expediente de conflicto en aplicación de la norma tributaria puesto que no es sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, en cuyo caso los efectos de la estructura financiera anómala incidirán plenamente sobre el importe de la partida fiscalmente deducible. Nótese que la incidencia puede darse en cualquier eslabón de la cadena. ¿Podría en alguna forma superarse esta dificultad? ¿Tal vez con una reconstrucción puramente teórica? ¿Tal vez instruyendo el expediente de conflicto en sede de la entidad participante y a los solos efectos del cálculo de la partida fiscalmente deducible? Véase el abanico de interrogantes, que no derivan de la imperfección de la norma sino de las perspectivas que dibuja.

2.1.3.3. Incidencia de las operaciones vinculadas.

Una operación realizada entre partes vinculadas por un precio de transferencia distinto del valor normal de mercado provoca un efecto sobre los fondos propios. El impacto sobre la partida fiscalmente deducible es diferente según la partida afectada. Así, cuando se trata de las aportaciones no habrá repercusión sobre la partida fiscalmente deducible. Pero el efecto sobre dicha partida se desviará hacia otra si la empresa rehúsa cumplir lo previsto en la norma de registro y valoración 21.^a del Plan General de Contabilidad. Podrá, ciertamente, la inspección tributaria en vía de comprobación promover la rectificación de los fondos propios, a efectos del cálculo de la partida fiscalmente deducible, pero enseguida se advierten las dificultades que ha de encontrar tratándose de entidades no residentes en territorio español.

2.1.4. *Inserción de la nueva norma en el contexto de la fiscalidad internacional.*

La partida fiscalmente deducible surte el efecto de la compensación de pérdidas. En efecto, la diferencia de fondos propios, depurada en los movimientos por cuenta de capital, responde, básicamente, a la concurrencia de pérdidas. En realidad antes de la modificación operada por la Ley 4/2008, creadora de la partida fiscalmente deducible que se viene comentando, ya era así a través del juego del deterioro contable complementado con el límite constituido por la diferencia de valores teóricos, inicial y final. La nueva regulación acentúa esta configuración en la medida en que habrá compensación de pérdidas incluso si no hay deterioro contable. La Ley 11/2009 lleva la compensación hasta los confines de la relación de dependencia, multigrupo o asociación.

Por tanto, cuando la entidad participada reside en el extranjero, o cuando reside en territorio español pero participa en otra u otras entidades no residentes en territorio español, tras la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRIS hemos de ver la compensación transfronteriza de pérdidas.

Esta compensación transfronteriza se produce de la manera más amplia posible. En efecto, no se toma en consideración la naturaleza u origen de la pérdida que se compensa ni tampoco la de la renta que soporta la compensación, así como la función de la entidad que practica la compensación en el contexto del grupo mercantil al que pertenece, de manera tal que es indiferente si se trata de la entidad dominante o de una entidad dependiente siendo también irrelevante que la entidad de la que depende sea residente en territorio español o en el extranjero.

El análisis de la legislación de los Estados miembros de la Unión europea pone de relieve que bastantes de ellos contemplan de manera restrictiva la compensación transfronteriza de pérdidas, incluso en el ámbito del mercado interior. Tal vez por ello el Tribunal de Justicia ha emitido un conjunto de sentencias sobre tal objeto cuya evocación permite contextualizar la significación de nuestra legislación. A este respecto son particularmente relevantes *Rewe* y *Marks&Spencer*.

En *Rewe* (C-347/04; 29/03/2007), en síntesis, el Tribunal de Justicia consideró contrario al derecho de establecimiento el tratamiento restrictivo que la legislación alemana vigente en los noventa del pasado siglo establecía respecto del deterioro de las participaciones significativas sobre entidades extranjeras en relación con el previsto para las mantenidas sobre entidades nacionales. En 2000 la Ley de reducción de impuestos igualó el tratamiento fiscal de ambas participaciones frente al deterioro desalojándolo de la base imponible.

En *Marks&Spencer* (C-446/03; 13/12/2005), en síntesis, el Tribunal de Justicia consideró que no era contrario al derecho de establecimiento impedir la compensación de pérdidas de las filiales extranjeras en tanto que sí era posible la compensación de las pérdidas de las filiales nacionales, excepto si las filiales extranjeras ya hubieran agotado en el país de acogida el derecho a la compensación.

En cierto modo ambas sentencias son contradictorias puesto que el deterioro trae habitualmente su causa de la concurrencia de pérdidas, de manera tal que los hechos considerados por dichas sentencias eran, en buena parte, coincidentes.

2.1.5. *Enfoque alternativo de la compensación de pérdidas.*

El tratamiento igual de las pérdidas de las filiales nacionales y extranjeras ha sido una constante de nuestra legislación. Probablemente este tratamiento es, por otra parte, el más idóneo frente al ordenamiento comunitario.

La cuestión no es, por tanto, si las pérdidas de las filiales extranjeras deben o no compensarse. La cuestión es qué entidad debe sufrir la compensación, lo que, a primera vista, pudiera causar sorpresa en la medida en que aparentemente es claro que debe ser la entidad que ostenta la participación. Se diría que la configuración de la estructura mercantil de tenencia de la participación decide, inapelablemente, cuál es la entidad convocada a la compensación. A ello se añadiría la representación contable, que, indubitadamente, reflejaría el deterioro en sede de las cuentas individuales de la entidad tenedora de la participación.

Y, sin embargo, enseguida se advierte que, en el ámbito de los grupos multinacionales, tal configuración no es sino el fruto de la decisión de la entidad dominante, y, más todavía, que la pérdida de la filial es, en definitiva, una pérdida en el valor de la inversión financiera que sobre la misma tiene la matriz del grupo mercantil, de la misma manera que los beneficios de la filial son, finalmente, beneficios de la matriz. Las cuentas consolidadas desvelan esta inapelable realidad, escondida tras la visión estrecha de las cuentas individuales.

En este sentido las pérdidas de las filiales extranjeras debieran imputarse en todo caso a la matriz o entidad dominante del grupo mercantil, cualquiera que fuere el lugar de su residencia y con independencia de la estructura mercantil de tenencia de la participación. Así lo entrevió el legislador de 1995 cuando excluyó a la entidad de tenencia de valores extranjeros del grupo fiscal para que las pérdidas de sus filiales así como los intereses derivados de la financiación de aquellos no incidiera sobre la renta del grupo fiscal.

Ahora bien, el legislador de 1995 aunque entrevió la cuestión no la resolvió en su integridad, pues se limitó a intentar evitar el desbordamiento que se podía producir a causa del régimen de la entidad de tenencia de valores extranjeros pero nada hizo en relación con el régimen general.

En los sucesivos desarrollos legislativos del Impuesto sobre Sociedades se ha podido constatar que la cuestión de la compensación de las pérdidas de las filiales extranjeras estaba por completo fuera de la agenda reformadora. Véase, en sentido activo, el Real Decreto-Ley 3/2000, que realoja a la entidad de tenencia de valores extranjeros en el grupo fiscal, al tiempo que ensancha el campo de las participaciones privilegiadas hasta aquellas que tienen un valor de adquisición de 6 millones de euros, o, en sentido pasivo, la Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

Y, sin embargo, tratándose de grupos multinacionales cuya cabecera no es residente en territorio español, tras la compensación de pérdidas de filiales extranjeras en sede de entidades residentes en territorio español no hay sino una decisión adoptada por dicha cabecera, esto es, una acción propia de las operaciones vinculadas que, en pura teoría, podría resolverse, en ciertos casos pero sólo en ciertos casos, a través de la adecuada valoración a valor de mercado de la participación sobre la filial no residente.

Si a todo ello unimos la debilidad de la norma antisubcapitalización no es descabellado esperar que la nueva redacción del artículo 12.3 del TRIS que, como se ha indicado, en definitiva versa sobre la compensación de pérdidas, suscite un proceso de reflexión respecto de la compensación de pérdidas de filiales extranjeras y de la contextura apropiada de la norma antisubcapitalización. Si así fuere el mérito de la nueva norma no sería menor, pues tal proceso de reflexión recaerá, en definitiva, respecto del principio de territorialidad, que es el pivote sobre el que descansa la distribución de los ingresos entre las distintas jurisdicciones fiscales.

2.2. Las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario.

Los artículos 8 al 13, ambos inclusive, de la Ley 11/2009, están dedicados al régimen fiscal especial de las SOCIMI.

Dice el Preámbulo de la Ley 11/2009, con notorio olvido del aforismo *lex iubeat non laudat*³, que la regulación de tales entidades se enmarca en *la búsqueda de mejoras constantes en el bienestar de los ciudadanos*, a cuyo efecto se regula una entidad cuya vocación es la inversión en inmuebles para

³ *Curso de Técnica Legislativa Gretel*. Centro de Estudios Constitucionales.

el arrendamiento a la que se dota de un régimen fiscal del que se predica tener *efectos económicos similares a los existentes en el tradicional régimen de REITS (Real Estate Investment Trust) en otros países basados en una ausencia de tributación en la sociedad y la tributación efectiva en sede del socio*. Ya veremos que esto no es plenamente así, pues la SOCIMI sí está sujeta a tributación por más que lo haga a un tipo de gravamen reducido, pero no simbólico, disfrute de ciertos incentivos fiscales, y el devengo del Impuesto sobre Sociedades se haya llevado al momento de la distribución del beneficio.

También se olvida la Ley 11/2009 de la técnica legislativa seguida en el Impuesto sobre Sociedades a partir de la Ley 43/1995, consistente en albergar los regímenes fiscales especiales en un Título específico, actualmente el VII del TRIS. Así, el régimen fiscal especial de las SOCIMI se presenta a modo de apéndice de su régimen sustantivo, y, por tanto, extramuros del referido título. Aquella técnica legislativa descansaba en la idea de la más idónea sistematización que podía deparar la integración en un solo texto legislativo de toda la normativa concerniente al Impuesto sobre Sociedades.

Y, finalmente, también ha sido olvidado el mandato del artículo 9 de la LGT concerniente a la mención de la referencia fiscal en el título de la nueva norma.

Tres olvidos que denotan la preferencia de lo particular sobre lo general, con todas las implicaciones de técnica legislativa que de ahí se derivan.

La Ley 11/2009 establece normas respecto de la tributación de la SOCIMI y de sus socios. Se trata de un régimen fiscal especial que pivota sobre la obligación de distribución del beneficio prevista en el artículo 6 de la Ley 11/2009.

Las SOCIMI tienen como fuente de renta principal la derivada de *la adquisición y promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento*, junto a la cual pueden presentarse otras de carácter recurrente como los frutos inherentes a la tenencia de ciertas acciones y participaciones o esporádico como pueden ser las plusvalías derivadas de la transmisión de sus activos, esto es, inmuebles y acciones o participaciones. Pues bien, estas entidades están obligadas a distribuir el 90 por 100 del resultado de la actividad arrendaticia, el 50 por 100 de las plusvalías y el 100 por 100 de los rendimientos de las inversiones financieras. De ahí que la norma contemple la tributación de la SOCIMI y de sus socios. Y lo hace de una manera minuciosa y cargada de detalles que revelan una elevada técnica tributaria.

Tal es el caso del artículo 12 relativo al régimen *de la entrada-salida de este régimen especial*, cuya precisión llega hasta presumir la concurrencia de un motivo económico válido, a los efectos de lo previsto en el artículo 96.2 del TRIS, cuando la finalidad de las operaciones de fusión y asimiladas sea *la creación de una o varias sociedades susceptibles de acogerse al régimen fiscal de las SOCIMI*.

Tal vez el legislador haya temido que el régimen fiscal privilegiado de las SOCIMI pudiera hacer recaer sobre las operaciones concernidas la tacha de ejecutarse por mera finalidad fiscal excluyente de la aplicación del régimen del Capítulo VIII del Título VII y con la norma aludida haya querido salir al paso la misma. Si así fuere tan de alabar es la previsión legislativa como de lamentar que se haya considerado necesaria.

2.2.1. Tributación de la SOCIMI.

La clave del régimen fiscal de la SOCIMI se halla en dos factores: la obligación de distribución y el establecimiento de un tipo especial reducido de gravamen que recaerá sobre la mayor parte de la renta, pero no sobre la totalidad. De ahí nacen las normas específicas en relación con la determinación de la base imponible (art. 9.2 Ley 11/2009), el tipo de gravamen (art. 9.3 Ley 11/2009), y el devengo (disp. final primera.Dos, que da nueva redacción al art. 27 TRIS).

2.2.1.1 Determinación de la base imponible.

El artículo 9.2 de la Ley 11/2009 establece que *la autoliquidación del impuesto se realizará sobre la base imponible del periodo que proporcionalmente se corresponda con el dividendo cuya distribución se haya acordado*. De este precepto, que mezcla la obligación de autoliquidación con la configuración de la base imponible, parece desprenderse que hay dos bases imponibles, a saber, la que se deriva de la realización del hecho imponible y la que efectivamente va a tributar, la cual es la que corresponde al beneficio distribuido de manera tal que el beneficio no distribuido no generaría base imponible sujeta a tributación.

Sin embargo, líneas más abajo se lee que *la autoliquidación será única e incluirá la base imponible que corresponda a los beneficios y reservas distribuidas, a las reservas dispuestas así como las demás rentas a que se refiere este artículo que estén sujetas al tipo general de gravamen*. De este otro precepto, que también mezcla la obligación de autoliquidación con la configuración de la base imponible, se infiere que la base imponible se descompone en tres tramos, a saber, el que corresponde a los beneficios distribuidos, el que corresponde a los beneficios que estén sujetos al tipo general de gravamen, y el que corresponde a los beneficios acumulados que, en caso de distribución, estarían sujetos al tipo especial reducido. Pues bien, sólo los dos primeros tramos tributarán efectivamente.

Así pues la base imponible, en cuanto dimensión cuantitativa del hecho imponible, se divide en tres partes:

- La imputable a beneficios distribuidos que estén sujetos al tipo de gravamen especial reducido previsto en la propia Ley 11/2009.
- La imputable a beneficios, distribuidos o acumulados, que estén sujetos al tipo de gravamen general.
- La imputable a beneficios acumulados que, en caso de distribución, tributarían al tipo de gravamen especial reducido previsto en la propia Ley 11/2009. Esta parte de base imponible no tributará.

El fraccionamiento de la base imponible responde a la aplicación de dos tipos de gravamen, a saber, el especial reducido que se establece en el 18 por 100 y el tipo general del 30 por 100, así como

a la no tributación de las rentas acumuladas sujetas a tipo especial reducido en caso de distribución. En suma, dos tipos de gravamen y un diferimiento en el gravamen de ciertas rentas acumuladas.

La exégesis del artículo 9.2 de la Ley 11/2009 ofrece ciertas dificultades, pero la interpretación que se postula parece hallar respaldo en el párrafo que establece que en la parte de base imponible asociada a los beneficios distribuidos *no se incluirá la procedente de rentas sujetas al tipo general de gravamen*.

La parte de la base imponible que responde a la peculiaridad del régimen fiscal de la SOCIMI es la que *se corresponda con el dividendo cuya distribución se haya acordado*. Como quiera que la distribución del beneficio se aprueba por la junta general de accionistas en relación con las cuentas anuales del ejercicio precedente, esta parte de la base imponible no tiene existencia jurídica hasta el momento de dicha aprobación. Ahora bien, la parte de base imponible en cuestión no es el importe del beneficio distribuido, sino la parte de base imponible que se corresponde proporcionalmente con el dividendo. Por tanto, habrá de prorratearse la base imponible entre el dividendo y el beneficio: $\text{base imponible} \times \text{dividendo} / \text{beneficio contable}$. Además si existieren rentas sujetas al tipo general de gravamen habrá que excluir la parte de base imponible correspondiente a las mismas, lo que en puridad sólo podría realizarse con exactitud a través de una contabilidad analítica. Finalmente podrá existir una fracción de la base imponible que no tributará por corresponderse con beneficios no distribuidos que tributarán al tipo especial reducido cuando se distribuyan.

Cuando se distribuya un beneficio con cargo a reservas procedentes de un ejercicio en el que fue de aplicación el régimen fiscal especial de las SOCIMI *la autoliquidación se realizará sobre la parte de base imponible del periodo impositivo correspondiente a dicho ejercicio en la proporción existente entre el importe del dividendo cuya distribución se acuerde o de las reservas dispuestas y el beneficio obtenido en dicho ejercicio*. Véase que esta norma configura la siguiente fórmula: $\text{base imponible} \times \text{reservas} / \text{beneficio contable}$.

La aplicación de esta fórmula requiere el concurso de la documentación contable del ejercicio o ejercicios en los que se generó el beneficio que se distribuye. A tal fin el artículo 11 de la Ley 11/2009 establece las correspondientes obligaciones de información.

2.2.1.2. Determinación del tipo de gravamen.

El artículo 9.3 establece que *el tipo de gravamen de estas sociedades será del 18 por 100*.

No obstante tributarán al tipo general de gravamen las rentas derivadas de la transmisión de inmuebles que no han cumplido el requisito de permanencia previsto en el artículo 3.3 de la Ley 11/2009, o transmitidos a personas o entidades vinculadas o residentes en países o territorios con los que no exista efectivo intercambio de información, de las operaciones de arrendamiento con personas o entidades vinculadas, y, en fin, de las operaciones que no determinan renta contable.

Se trata, bien se ve, de rentas que en la generalidad de los casos tendrán carácter esporádico o marginal, y como quiera que el 90 por 100 de las rentas ordinarias y el 50 por 100 de las plusvalías

obtenidas en los plazos legalmente previstos deben ser distribuidas por imperativo legal, el tipo especial reducido recaerá, básicamente, respecto de aquella parte de la base imponible correspondiente a beneficios derivados de las actividades ordinarias y las plusvalías que podríamos denominar temporalmente regulares.

2.2.1.3. Deducciones de la cuota íntegra.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 9.4 de la Ley 11/2009, la SOCIMI puede reducir la cuota íntegra *en las deducciones establecidas en los Capítulos II, III y IV del Título VI*, es decir, puede aplicar todas las deducciones y bonificaciones previstas con carácter general en el TRIS.

Esta norma es redundante pues es claro que, salvo que se establezca lo contrario, la SOCIMI, en cuanto sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, tiene acceso a todas las deducciones previstas en el TRIS.

No lo es, por el contrario, aquella que, contenida en el segundo párrafo del artículo 9.4, establece requisitos específicos para disfrutar de la deducción por reinversión, la cual *exclusivamente* puede recaer sobre las plusvalías derivadas de *las transmisiones de inmuebles y de participaciones afectos a su objeto social principal realizadas una vez transcurridos los plazos de mantenimiento a que se refiere el apartado 3 del artículo 3*.

La base de cálculo de la deducción no es la plusvalía derivada de la transmisión sino la fracción de base sujeta a tributación imputable a la misma, esto es, la parte de aquella plusvalía *que se haya integrado en la base imponible de la sociedad como consecuencia de la distribución de dividendos correspondientes a los beneficios derivados de esas operaciones*. Por tanto si la renta imputable a tal plusvalía no se distribuye no habrá lugar a la deducción por reinversión, lo cual es lógico porque tampoco habrá tributación.

El porcentaje de deducción es el 6 por 100, de manera que el tipo efectivo de gravamen será el 12 por 100.

La norma del segundo párrafo del artículo 9.4, al utilizar el término *exclusivamente*, parece limitar la deducción por reinversión a las plusvalías derivadas de la transmisión de los activos que en el mismo se citan, pero el párrafo tercero lo desmiente puesto que establece que las plusvalías sujetas al tipo general de gravamen podrán acogerse a la deducción por reinversión *en los términos y condiciones establecidos en el artículo 42 del TRIS*.

2.2.1.4. Devengo.

El artículo 27 del TRIS ha sido modificado para introducir un nuevo supuesto de devengo respecto de las SOCIMI a cuyo tenor *el impuesto se devengará el día del acuerdo de la junta general*

de accionistas de distribución de los beneficios del ejercicio correspondiente al periodo impositivo y, en su caso, de las reservas de ejercicios anteriores en los que se aplicó el régimen fiscal especial.

No obstante, por lo que se refiere a las rentas sujetas al tipo general de gravamen el impuesto continuará devengándose *el último día del periodo impositivo*.

Tomando en consideración que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 de la LGT, el devengo produce el nacimiento de la obligación tributaria principal, habría de concluirse que se está en presencia de dos obligaciones tributarias: la derivada de la obtención de renta, referida a la que tributa al tipo general, y la derivada de la obtención y distribución de renta, referida a la que tributa al tipo especial reducido.

El hecho imponible, sin embargo, no se ha modificado, de manera tal que continuará siendo la obtención de renta por parte de la SOCIMI. Lo que acontece es que la obligación tributaria no nace cuando concluye el periodo impositivo durante el cual la renta se genera, sino cuando formalmente se distribuye. Se trata de un devengo peculiar que no acarrea un periodo impositivo específico. El periodo impositivo continúa coincidiendo con el ejercicio económico de la entidad, esto es, la SOCIMI. Consecuentemente la declaración deberá presentarse dentro de los 25 días siguientes a los seis meses siguientes a la conclusión del periodo impositivo. Así lo prevé el artículo 9.5 de la Ley 11/2009, sin duda para evitar cualquier controversia. Cuestión distinta es que en esta declaración una parte de la base imponible pueda responder a beneficios obtenidos en ejercicios precedentes.

Finalmente, la dualidad de devengo no motiva la necesidad de presentar dos declaraciones. La autoliquidación, dice el artículo 9.2 de la SOCIMI *será única*.

Lo único que varía es el nacimiento de la obligación tributaria, que se relega al momento de la distribución para el caso de beneficios de rentas sujetas al tipo de gravamen especial reducido.

La nueva norma relativa al devengo podrá tener importancia práctica ante un cambio del tipo especial reducido de gravamen, pues el nuevo tipo surtirá efecto en relación con los devengos posteriores a su entrada en vigor y aplicación.

2.2.2. Tributación de los socios.

La tributación de los socios se proyecta en relación con los dividendos distribuidos por la SOCIMI y las plusvalías derivadas de la transmisión de la participación.

2.2.2.1. Dividendos.

El régimen de los dividendos previsto en el artículo 10.1 de la Ley 11/2009 es diferente según la naturaleza del socio.

A) Sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.

Tratándose de socios que sean sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades se integra en la base imponible *el resultado de multiplicar por 100/82 el ingreso contabilizado correspondiente a los dividendos percibidos*, esto es, el beneficio del que procede el dividendo, pero *de la cuota íntegra podrá deducirse el 18 por 100, o el tipo de gravamen del sujeto pasivo de ser inferior; de la renta integrada en la base imponible* [art. 10.1 a)], de manera tal que, en resumidas cuentas, la tributación efectiva en sede del socio persona jurídica será del 12 por 100, esto es, la diferencia entre el tipo general de gravamen y el tipo de deducción, y la tributación conjunta del 30 por 100.

B) Contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

En sede del socio persona física sujeto pasivo del IRPF la tributación será nula ya que *el dividendo percibido se considera renta exenta en dicho impuesto* [art. 10.1 b)], de manera tal que la única tributación efectiva será, precisamente, la de la SOCIMI.

C) Contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes.

El caso del socio no residente merece alguna matización. El dividendo percibido por este socio *se considera renta exenta*, de manera tal que no tributará por el Impuesto sobre la Renta de los no Residentes (IRNR). Ahora bien, sí podrá hacerlo por la imposición personal del país de su residencia, dependiendo de la forma de tributación de los dividendos de fuente extranjera. Así, excepto si los dividendos están exentos de acuerdo con la legislación del país en el que tenga su residencia, el socio extranjero tributará sobre los mismos y, a partir de ahí, podrá o no recuperar la tributación padecida por la SOCIMI dependiendo del tratamiento que a la misma se le aplique a efectos de su imposición personal. Por tanto, tratándose del socio no residente la tributación efectiva podrá constreñirse a la de la SOCIMI o bien a dicha tributación más la propia de la imposición personal.

La mayor tributación del socio no residente respecto de las personas físicas residentes en territorio español tiene difícil entendimiento desde la perspectiva puramente económica de la atracción de inversiones. Desde esta perspectiva el régimen fiscal adecuado era el de transparencia fiscal. Así, la SOCIMI debería tributar de manera simbólica o no hacerlo en absoluto y los socios hacerlo a tenor de su imposición personal respecto de los dividendos. Por otra parte la obligación de distribución del beneficio hubiera simplificado notablemente la contextura del régimen de transparencia puesto que podría haberse prescindido de los elementos conflictivos del mismo: determinación de la base imponible imputable y del valor de titularidad. Esta forma de tributación sí sería aquella a la que parece referirse el Preámbulo: *ausencia de tributación en la sociedad y la tributación efectiva en sede del socio*.

Si el análisis precedente es correcto resulta que, desde una perspectiva puramente económica, el régimen fiscal idóneo era el que describe el Preámbulo, y el inapropiado el que contiene el articulado.

Sin embargo desde la perspectiva recaudatoria relativa a la inversión extranjera sí parece congruente que la tributación pivote sobre la SOCIMI. Ahora bien, tal recaudación también se hubiera

salvado mediante la tributación por el IRNR, con la ventaja de que dicho tributo al recaer sobre el no residente podría ser recuperado por el mismo contra su imposición personal en concepto de eliminación de la doble imposición jurídica internacional prevista con carácter general en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

2.2.2.2. Plusvalías.

El régimen de las plusvalías derivadas de la transmisión de la participación, previsto en el artículo 10.2 de la Ley 11/2009, es distinto según la naturaleza del transmitente.

A) Transmitente sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades.

Así, cuando el socio que transmite la participación sea sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, a los efectos de aplicar la deducción para evitar la doble imposición de plusvalías del artículo 30.5 del TRIS, la parte de plusvalía que se corresponda con beneficios acumulados que, en caso de distribución, tributarían al tipo de gravamen del 18 por 100, *la renta a integrar en la base imponible será el resultado de multiplicar el importe de esos beneficios por 100/82, pudiéndose deducir de la cuota íntegra el 18 por 100, o el tipo de gravamen del sujeto pasivo de ser inferior, del importe que resulte de dicha integración.*

Para aplicar esta norma la plusvalía debe fraccionarse en tres partes:

- La que corresponde a las rentas acumuladas que en caso de distribución tributarían al 18 por 100.
- La que corresponde a las rentas acumuladas distintas de las anteriores.
- La que no corresponde con rentas acumuladas.

El primer tramo se integra en la base imponible multiplicado por 100/82, lo que implica llevar a la base imponible del socio una magnitud equivalente a la renta obtenida por la SOCIMI cuya distribución tributa al 18 por 100. Como quiera que se practica una deducción del 18 por 100 de tal magnitud la tributación efectiva en sede del socio es nula.

El segundo tramo se integra en la base imponible por el importe de las rentas acumuladas que tributan al tipo general de gravamen, generándose una deducción que resulta de aplicar el tipo de gravamen del socio a dicho importe. En consecuencia también la tributación efectiva es nula.

El tercer tramo tributa plenamente y no genera deducción para evitar la doble imposición interna.

Si la interpretación expuesta es correcta la norma en cuestión no incorpora un resultado práctico distinto del resultante de la aplicación del artículo 30.5 del TRIS, ya que toda la parte de plusvalía que corresponde a rentas acumuladas no tributa efectivamente y sí lo hace aquella parte que no corresponde.

Sí es novedosa, por el contrario, la regla que restringe el cómputo de pérdidas pues las mismas, cuando la participación en la SOCIMI hubiere sido adquirida a una persona o entidad vinculada en los términos del artículo 16 del TRIS, sólo podrán integrarse en la base imponible en el importe del exceso sobre el importe de la renta obtenida por dicha persona o entidad, derivada de la transmisión de la participación, que hubiera estado exenta. Como se verá seguidamente las plusvalías obtenidas en la transmisión de la participación sobre una SOCIMI por parte de personas físicas o no residentes disfrutan de un régimen de exención parcial.

B) Transmitente persona física.

La plusvalía derivada de la transmisión de la participación tributa de acuerdo con las normas previstas en el TRIRPF, de manera tal que se integrará en la *base imponible del ahorro*. Sin embargo no se integra en su totalidad sino en el exceso de la diferencia positiva entre el 10 por 100 del valor de adquisición de la participación sobre la SOCIMI multiplicado por el número de años de su tenencia y los dividendos exentos.

Habida cuenta de la obligación de distribución de beneficios la diferencia mencionada debe tender a cero cuando se alcancen rentabilidades de la inversión iguales o superiores al 10 por 100. En la práctica bajo tales rentabilidades la plusvalía sometida a tributación será imputable al mayor valor razonable de los activos de la SOCIMI respecto de su valor contable.

C) Transmitente no residente.

Esta plusvalía disfruta de exención en los términos previstos para las personas físicas.

2.2.3. Síntesis y valoración del régimen fiscal de la SOCIMI.

La apariencia del régimen fiscal de la SOCIMI y sus socios es compleja, pero su esencia es sencilla. Sobre el trasfondo sustantivo de una actividad económica de arrendamiento cuyos beneficios habrán de ser obligatoriamente distribuidos en su mayor parte, la SOCIMI tributa al tipo especial reducido coincidente con el tipo de gravamen de la base imponible del ahorro en el IRPF en el momento de publicación de la Ley 11/2009, y sus socios, excluidos los que sean sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, no lo hacen. Esto es, la única tributación que habrá será la de la SOCIMI.

2.2.3.1. El régimen de la SOCIMI en cuanto método para eliminar la doble imposición económica de dividendos.

La no tributación del dividendo en sede de los socios, en particular personas físicas, implica, en relación con el régimen general de los dividendos en el IRPF, la eliminación de la doble imposición de dividendos. ¿Ante qué tipo o método de eliminación de la doble imposición, imputación o exención, nos hallamos?

Como quiera que la tributación establecida por la Ley 11/2009 se proyecta, en lo que tiene de singular, sobre el beneficio distribuido, es inevitable parangonar este régimen con la denominada imposición compensatoria que ciertos países de la Unión Europea tuvieron hasta la primera década de los noventa del pasado siglo (*Advance corporation tax*, británico; *Precompte*, francés; *Imposta de conguaglio*, italiana). Sin embargo tal comparación no sería correcta por cuanto los impuestos compensatorios, como su nombre indica, se proyectaban sobre un beneficio distribuido que ya había tributado aunque a un tipo inferior al nominal. La tributación de la SOCIMI no se puede homologar con la imposición compensatoria en cuanto mecanismo del método de imputación para la eliminación de la doble imposición de económica.

La no tributación del dividendo distribuido por la SOCIMI en el IRPF apunta, sin fisuras, al método de exención.

Ciertamente, el régimen de la SOCIMI no está diseñado exclusiva ni principalmente para eliminar la doble imposición, pero conlleva tal efecto.

2.2.3.2. El régimen de la SOCIMI en cuanto instrumento de atracción de capitales.

El legislador nos dice hacia dónde ha dirigido sus miradas al diseñar el régimen de la SOCIMI: *al tradicional régimen de los REITS... basados en una ausencia de tributación en la sociedad y la tributación efectiva en el socio.*

Véase, sin embargo, que la SOCIMI sí tributa por el Impuesto sobre Sociedades, contrariamente a lo que, según el propio Preámbulo de la Ley 11/2009, enseña la legislación comparada respecto de los REITS⁴. Verdad es que lo hace, básicamente, a un tipo de gravamen especial reducido, y que la obligación tributaria nace, básicamente, con la distribución del beneficio, pero esto no puede ser calificado como no tributación, como tampoco puede sostenerse tal calificación por razón de que se hallen *exentas en el 20 por 100 las rentas procedentes del arrendamiento de viviendas siempre que más del 50 por 100 del activo de la sociedad... esté formado por viviendas*. Esta exención disminuirá el tipo efectivo de gravamen pero no determinará la *ausencia de tributación*.

El efecto práctico de esta desviación del proclamado régimen fiscal de los REITS únicamente se proyecta respecto de los socios no residentes en territorio español.

Los socios, personas físicas, residentes en territorio español, soportan, básicamente, una tributación efectiva del 18 por 100, esto es, la tributación que recae sobre la SOCIMI. Los socios no residentes en territorio español soportan esa tributación más la que les corresponda de acuerdo con su imposición personal.

El régimen de la SOCIMI crea una desigualdad material entre los socios españoles y extranjeros.

⁴ NASARRE AZNAR, S. y RIVAS NIETO, E. «La naturaleza jurídico-privada y el tratamiento fiscal de las nuevas sociedades cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario (SOCIMI) en la Ley 11/2009». RCyT. CEF, núm. 321, diciembre 2009.

Fijémonos en las personas físicas ya que, como se indica en el Preámbulo, *esta figura está dirigida al pequeño y mediano accionista*. En el régimen general de la imposición directa sobre la renta las personas físicas residentes sufren efectivamente dos tributos, a saber, el que versa sobre la sociedad (Impuesto sobre Sociedades) y el que versa sobre el dividendo en cuanto renta personal (IRPF). Lo mismo acontece en relación con las personas no residentes en territorio español con la diferencia de que la imposición sobre las mismas se produce de acuerdo con las leyes del país o territorio donde residen. Pues bien, el régimen especial de la SOCIMI elimina la imposición personal de los socios residentes en territorio español pero no hace, ni puede hacer, lo propio respecto de los socios no residentes en dicho territorio.

Lo previsible es que los inversores personas físicas residentes en territorio español soporten una tributación efectiva inferior que los inversores no residentes en territorio español. He aquí la desigualdad.

El régimen de la SOCIMI no es atractivo para las personas físicas y jurídicas no residentes en territorio español, excepto si los dividendos percibidos por las mismas están exentos, lo cual depende de su imposición personal. Por el contrario, sí es atractivo para las personas físicas residentes en territorio español.

¿Por qué el legislador no ha apelado fiscalmente al capital extranjero, máxime cuando las acciones de la SOCIMI deben cotizar en un mercado regulado español o de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo? ¿Por qué la voluntad de amplia expansión en la captación de recursos financieros no se ha visto acompañada de un régimen fiscal de igual espectro?

Véase, para mayor intriga, que el legislador era consciente del régimen que, al parecer, aplican en otros países respecto de este tipo de inversión, fomentaba el cumplimiento de los objetivos perseguidos: *ausencia de tributación en la sociedad y la tributación efectiva en sede del socio*. ¿Por qué se ha preferido lo inverso, esto es, tributación en la sociedad y ausencia de tributación en el socio, cuando respecto del socio no residente tal esquema de tributación era, sencillamente, imposible?

La explicación más plausible es que una tributación basada en los socios hubiera supuesto renunciar, total o parcialmente, a la tributación sobre la renta generada por la SOCIMI en la parte imputable a los socios no residentes en territorio español, en los casos en los que medie un convenio bilateral para evitar la doble imposición que establezca un límite de imposición muy bajo respecto de los dividendos o en aquellos otros en los que medie la aplicación de la exención en el IRNR por causa de la Directiva 90/435.

Hubiera sido posible, sin embargo, sortear la aplicación de la Directiva 90/435 construyendo el régimen fiscal de la SOCIMI sobre la base de su exención por el Impuesto sobre Sociedades y la tributación de los socios sobre el dividendo distribuido ya que, en tal caso, dicha entidad hubiera quedado fuera del ámbito de aplicación de aquélla. Por otra parte una tributación basada en el IRNR propicia la ventaja de crear un crédito fiscal para el no residente con fundamento jurídico en el convenio bilateral correspondiente si bien, en tal caso, el tipo de gravamen hubiera debido descender hasta el límite previsto en el convenio (15 ó 10%, básicamente).

En resumen, a priori el régimen fiscal es atractivo principalmente para los inversores personas físicas residentes en territorio español. También para los inversores extranjeros no sujetos a imposición o que tributen en régimen privilegiado. No así para los restantes inversores.

2.2.3.3. Diferencias de trato generadas por el régimen fiscal de la SOCIMI.

El régimen de la SOCIMI origina dos diferencias de trato: una en relación con los dividendos según que éstos provengan de la SOCIMI o de una entidad de propósito similar residente en el extranjero, y otra respecto de la carga efectiva que soportan los socios, según que éstos sean o no residentes en territorio español.

En el régimen de la SOCIMI los dividendos percibidos por personas físicas están exentos en cuanto repartidos por una entidad acogida a la Ley 11/2009, pero no lo están los dividendos repartidos por una entidad de propósito similar pero no acogida a dicha norma, cual será el caso de las entidades no residentes en territorio español cuyo propósito sea idéntico o análogo al de la SOCIMI. Nótese, en este sentido, que uno de los argumentos para justificar la supresión de la eliminación de la doble imposición interna de dividendos en la reforma del IRPF establecida en la Ley 35/2006 fue la igualdad de trato entre los dividendos de fuente interna e intracomunitaria.

La exención de los dividendos, por otra parte, llevará, como regla general, a una tributación más gravosa de los socios no residentes en relación con la soportada por los socios residentes en territorio español. Ahora bien, esta diferencia de trato deriva de la no armonización de los métodos para eliminar la doble imposición de dividendos.

Se desprende de lo anterior que así como la diferencia de trato entre socios residentes y no residentes en territorio español responde a un déficit de armonización, la diferencia de trato entre los dividendos repartidos por la SOCIMI y por entidades de propósito análogo no residentes en territorio español se deriva de una quiebra en la filosofía que animó la Ley 35/2006. Ciertamente esta filosofía era debatible en la medida en que abocaba a la doble imposición pero no en lo que se refería a la igualdad de trato entre ambas clases de dividendos. Seguramente ambos objetivos hubieran podido alcanzarse extendiendo el método de imputación estimativa a los dividendos de fuente extranjera.

La Ley 35/2006 trajo igualdad de trato y doble imposición, y la Ley 11/2009 ha traído eliminación de la doble imposición y diferencia de trato.

2.2.3.4. Los estímulos fiscales al arrendamiento de inmuebles.

Es una constante de nuestro sistema tributario, con ciertas intermitencias, el régimen fiscal privilegiado del arrendamiento. En la denominada Ley Larraz de 1940 se estableció un régimen de exención para las empresas dedicadas al arrendamiento de inmuebles que estuvo en vigor hasta la Ley 61/1978 y prolongó sus efectos en virtud del régimen transitorio.

El Capítulo III del Título VII del TRIS establece el régimen de las entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas, basado en una bonificación *del 85 por 100 (de) la parte de cuota íntegra que corresponda a las rentas derivadas del arrendamiento de viviendas*.

En el artículo 28 del TRIS se establece el *tipo del 1 por 100* para ciertas instituciones de inversión colectiva dedicadas al arrendamiento de inmuebles.

Ambos regímenes superan en efecto cuantitativo, en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades, al establecido por la Ley 11/2009 para la SOCIMI, puesto que determinan un tipo efectivo de gravamen inferior. Sin embargo de ello no se deriva un solapamiento palmario o redundancia de incentivos fiscales porque los socios personas físicas de las sociedades dedicadas al arrendamiento de viviendas y los partícipes de las instituciones de inversión colectiva están sujetos al régimen de la tributación de la renta del ahorro por los frutos y plusvalías que obtengan de su inversión, y porque el régimen fiscal especial de la SOCIMI está supeditado a un régimen sustantivo basado en la distribución obligatoria de beneficios.

El régimen de la SOCIMI es un traje a la medida de las entidades cotizadas dedicadas al mercado de arrendamiento de inmuebles. Todo tipo de inmuebles, tales como los destinados a vivienda pero también a oficinas e instalaciones fabriles son aptos en el régimen de la SOCIMI.

La injerencia del legislador fiscal en la asignación de recursos reales y financieros es creciente. El dirigismo fiscal ⁵ desaloja la pretendida neutralidad del Impuesto sobre Sociedades.

2.3. Tipo de gravamen de las instituciones de inversión colectiva inmobiliaria.

Las instituciones de inversión colectiva de carácter inmobiliario invierten en bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento. Pueden adquirir estos inmuebles en cualquier fase de su construcción, pero no prevé la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, que puedan realizar actividades de promoción respecto de todo tipo de inmuebles para su arrendamiento, a diferencia de lo que acontece con la SOCIMI.

Estas instituciones de inversión colectiva, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, tributan al 1 por 100, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28.1 c) y d) del TRIS. Uno de esos requisitos consistía en que *las viviendas, las residencias estudiantiles y de la tercera edad, en los términos que reglamentariamente se establezcan, representen conjuntamente, de forma directa o indirecta, al menos, el 50 por 100 del total activo*.

Pues bien, este requisito ha sido suprimido por la disposición final primera. Tres de la Ley 11/2009, la cual ha dado nueva redacción al artículo 28.1 c) del TRIS.

La importancia de la supresión es clara. Hasta ahora el tipo de gravamen especial reducido estaba ligado, en la forma expuesta, al arrendamiento de viviendas, pero con efecto de los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2008 tal ligazón de diluye. Ya no es la política de

⁵ NEUMARK, F. *Principios de la Imposición*, pág. 274 y ss.

vivienda la que impulsa el beneficio fiscal sino la de soporte del mercado de arrendamiento inmobiliario que atraviesa horas bajas.

En suma, al socaire del régimen de la SOCIMI las instituciones de inversión colectiva progresan en la senda del incentivo fiscal.

La limitada operatividad de la institución de inversión colectiva deja, sin embargo, espacio a la SOCIMI, cuya tributación es menos privilegiada.

La revisión del tipo de gravamen de las rentas del ahorro, que ha sido elevado desde el 18 al 19 por 100 para los primeros 6.000 euros y al 21 por 100 para el exceso ha vuelto a poner sobre el tapete la cuestión de la tributación de las instituciones de inversión colectiva y sus partícipes. ¿Deben las rentas acumuladas en la institución de inversión colectiva continuar tributando al 1 por 100 siendo así que las mismas, a diferencia de la SOCIMI, no tienen obligación de distribuir beneficios? Ésta es la cuestión.

Estas rentas tributarán a los tipos de las rentas del ahorro con ocasión de su distribución o del reembolso de la participación, pero no es difícil prever que, para las grandes fortunas, el reembolso no se producirá en términos cuantitativamente significativos. De esta manera el régimen fiscal de la inversión colectiva surte el efecto de la imposición sobre la renta consumida pues, de acuerdo con la misma, las rentas obtenidas no se gravan cuando son disponibles sino cuando son dispuestas. En términos sencillos: la inversión colectiva es una hucha que protege o escamotea, según los intereses en juego, de la tributación las rentas que a la misma afluyen.

La imposición patrimonial venía a paliar el efecto descrito en la medida en que las rentas acumuladas en la institución de inversión colectiva se integraban en la base imponible, pero el artículo tercero de la Ley 4/2008 introdujo *una bonificación del 100 por 100 a los sujetos pasivos por obligación personal o real de contribuir*. El declive de la imposición sucesoria ha procurado un efecto similar.

Los ajustes fiscales puestos en vigor para reducir el déficit presupuestario derivado de la crisis no han abierto aquella hucha, pero el debate suscitado sobre el particular ha desarmado las barreras pretendidamente entroncadas en la técnica tributaria y situado el debate en el campo que le corresponde ⁶.

La contestación pertinente a la pregunta anteriormente formulada no ofrece muchas dudas si ha de responderse en términos de justicia tributaria. La respuesta, entonces, debiera estar enfocada hacia las causas por las que el modelo de tributación de la inversión colectiva, basado en el principio de no tributación de la renta acumulada, se afianza e incluso progresa en medio de las llamadas a la solidaridad propiciadas por la crisis económica.

Pues bien, la respuesta seguramente no pertenece tanto al dominio fiscal cuanto al sociológico de la igualdad y estratificación sociales y, en este contexto, lo previsible es que su contenido sea diferente según cual sea el enfoque, funcional o del conflicto, que se aplique. La posición del legislador desde 1952, año en que por vez primera se regula en nuestro país la inversión colectiva, puede inscribirse en el funcionalismo más recio a cuyo tenor *la estratificación y la desigualdad social (son)*

⁶ «La intrahistoria de una subida interminable de impuestos». ABC (11-10-2009).

positivamente funcionales y, por lo tanto, necesarias en todas las sociedades humanas excepto en las más simples ⁷.

El funcionalismo puede dar respuesta a la pregunta formulada pero, lógicamente, de ahí no se sigue que tal paradigma sea el adecuado. Dejemos, pues, la respuesta en el campo de los sociólogos y politólogos.

2.4. Consolidación fiscal.

El porcentaje de participación determinante de la cualidad de entidad dominante de un grupo fiscal desciende desde el 75 hasta el 70 por 100 cuando las acciones de la entidad participada *estén admitidas a negociación en un mercado regulado*.

La modificación en el sentido expuesto del artículo 67.2 d) del TRIS trae su causa de los requisitos del grado de difusión de la participación impuestos por las normas reguladoras del mercado de valores.

En debida sintonía se incorpora el porcentaje del 70 por 100 al artículo 69 del TRIS, concerniente a la determinación del dominio indirecto.

2.5. Arrendamiento financiero.

La disposición final primera seis de la Ley 11/2009 incorpora una nueva disposición transitoria al TRIS, trigésima, que modifica temporalmente el requisito de no degresividad de las cuotas de arrendamiento financiero.

Sabido es que el arrendamiento financiero amparado por la Ley 26/1988 disfruta de un régimen fiscal privilegiado, pues siendo por fondo y esencia un préstamo las cuotas de devolución del principal, también denominadas recuperación del coste del bien, son fiscalmente deducibles dentro de ciertos límites y bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, aunque el referido bien no es susceptible, a efectos fiscales, de amortización.

Uno de los requisitos citados consiste en que las cuotas de recuperación de coste del bien deben *permanecer igual o tener carácter creciente a lo largo del periodo contractual*. Pues bien, la nueva norma transitoria levanta este requisito respecto de *los contratos de arrendamiento financiero vigentes cuyos periodos anuales de duración se inicien dentro de los años 2009, 2010 y 2011*. El importe anual de estas cuotas *no podrá exceder del 50 por 100 del coste del bien, caso de muebles, o del 10 por 100 de dicho coste, tratándose de bienes inmuebles o establecimientos industriales*.

¿A qué contratos se refiere la norma? La primera impresión es que se refiere a los concertados en 2009, 2010 y 2011. Sin embargo la palabra *vigentes* parece apuntar también a los concluidos antes de dichos años y que se están ejecutando dentro de los mismos.

⁷ KERBO, Harold R. *Estratificación Social y Desigualdad*, pág. 114.

¿Respecto de qué periodos se predica el levantamiento del requisito de no degresividad? La primera impresión es que se trata de los periodos de 2009, 2010 y 2011, pero tampoco puede descartarse una interpretación más permisiva consistente en proyectar tal levantamiento sobre los años de duración del contrato con tal que el mismo se haya celebrado o modificado en aquellos años.

Así pues, los contratos celebrados a partir de la entrada en vigor de la nueva norma podrán tener cuotas de recuperación de coste decrecientes, al menos durante 2009, 2010 y 2011. Estas cuotas, ya lo sabemos, no podrán exceder del 50 por 100 o del 10 por 100 del coste del bien. ¿Significa esto que, al menos durante esos años, la cantidad fiscalmente deducible podrá alcanzar esa cota? La respuesta debe ser negativa por cuanto el apartado 6 del artículo 115 del TRIS precisa que el importe de la cantidad deducible *no podrá ser superior al resultado de aplicar al coste del bien el duplo del coeficiente de amortización lineal según tablas de amortización oficialmente aprobadas*. Así, un contrato sobre un bien mueble podrá contener cuotas de recuperación del coste de hasta el 50 por 100 y ser degresivas, pero la cantidad fiscalmente deducible estará limitada por el doble del coeficiente de amortización.

Los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la nueva norma tendrán previstas unas cuotas de recuperación del coste lineales o crecientes. Pues bien, al menos durante 2009, 2010 y 2011 pueden rectificarse para tornarlas en decrecientes, lo que requerirá la oportuna modificación contractual. Y, en este punto, se abren dos escenarios. El más evidente es el de la prolongación del contrato en cuya virtud el importe de las cuotas desciende y se tornan en decrecientes respecto de las cuotas satisfechas hasta el momento. Pero también puede concebirse otro en el que las nuevas cuotas se configuren con importes decrecientes respecto de un techo constituido por el 50 o el 10 por 100, según se trate de muebles o inmuebles, sobre el coste del bien objeto del contrato. En el primer escenario el importe de la deducción fiscal disminuirá, y en el segundo podrá aumentar, si bien en ambos jugará el límite del doble de la cuota de amortización.

La intuición sugiere que la nueva norma ha de ser vista en el contexto de un escenario en el que, debido a las dificultades financieras, los contratos celebrados en años anteriores serán renegociados para establecer plazos más largos, en cuyo caso el importe de las nuevas cuotas aminora y se produce el fenómeno de la degresividad prohibido por la redacción original del apartado 4 del artículo 115 del TRIS, lo que hubiera determinado la pérdida del régimen fiscal previsto en dicho precepto. La nueva norma evitará tal pérdida.

Véase lo peculiar del caso: la cuota de deducción fiscal disminuye a causa de la renegociación del contrato ampliatoria del plazo, y para que no se pierdan los privilegios fiscales ha de establecerse una norma que exceptúe un requisito para su disfrute. Algo resulta esotérico. Y tal vez lo sea el propio régimen fiscal del arrendamiento financiero, y no la nueva norma que, en definitiva, resulta esclava del mismo.

La nueva norma se presenta bajo la forma de transitoria. No es propiamente tal ya que no tiene por objeto regular los efectos de hechos, actos o negocios celebrados con anterioridad al establecimiento normativo de un nuevo régimen sino exceptuar durante un cierto periodo de tiempo un requisito constitutivo del mismo. Así, el apartado 4 del artículo 115 del TRIS, concerniente a la prohibición de degresividad, no se deroga ni es objeto de nueva redacción. Permanece tal cual, pero no será aplicable en relación con los contratos de arrendamiento financiero vigentes en 2009, 2010 y 2011.

2.6. Renta del ahorro.

La disposición final séptima de la Ley 11/2009 ha dado nueva redacción al artículo 46 de la Ley 35/2006, al objeto de modificar la tributación de los intereses de los préstamos efectuados por personas físicas a las entidades con las que están vinculadas.

En la redacción original de la Ley 35/2006 se excluían de la renta del ahorro los referidos intereses, cuando mediaba una relación de vinculación.

La disposición adicional primera del Real Decreto 1804/2008 exceptuó de dicha exclusión los intereses satisfechos por las entidades de crédito *cuando no difieran de los que hubieran sido ofrecidos a otros colectivos de similares características a las de las personas que se consideran vinculadas con la entidad pagadora*. Causó esta norma un cierto revuelo porque su efecto práctico se centraba principalmente en los consejeros de las entidades de crédito quienes, en lo sucesivo, podrían tributar por tales intereses al tipo de gravamen reducido de las rentas del ahorro ⁸.

La nueva redacción mantiene la tributación de los intereses de carácter vinculado en concepto de renta general pero sólo respecto de los imputables a aquella parte de los préstamos que exceden *el resultado de multiplicar por tres los fondos propios, en la parte que corresponda a la participación del contribuyente*.

En consecuencia, los intereses de los préstamos recibidos por las entidades jurídicas de personas físicas con las que media una relación de vinculación podrán tributar en concepto de renta general o de renta del ahorro, a tenor de la proporción en que se halle el pasivo financiero vinculado con los fondos propios correspondientes a los instrumentos de patrimonio vinculados, considerados unos y otros en relación con cada persona física vinculada. En suma, los intereses de los préstamos concertados con las entidades vinculadas tributarán entre el 19 y el 21 por 100 en cuanto sean imputables a pasivos financieros que no excedan del triple de los instrumentos de patrimonio y entre el 24 y el 43 por 100 en cuanto sean imputables al exceso.

Los fondos propios que deben tomarse en consideración son los *reflejados en el balance correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha de devengo del impuesto*, e igualmente el porcentaje de participación debe tomarse a dicha fecha.

La norma no establece la fecha a la que debe referirse el pasivo financiero vinculado. Varias alternativas se presentan, tales como el mayor saldo, el saldo del balance de la fecha del último ejercicio cerrado antes de la fecha del devengo, o el saldo medio, entre otras. Puesto que los intereses son el fruto del capital cedido y del tiempo de cesión el saldo medio ponderada es la magnitud más apropiada, pero ello casa mal con la explícita apelación a los fondos propios existentes en el balance del último ejercicio. Casa bien, en este sentido, tomar el saldo del pasivo financiero vinculado existente en dicho balance, pero pudiera suceder que el préstamo se hubiere cancelado antes. ¿Cómo

⁸ FALCÓN Y TELLA, R. «La consideración como renta del ahorro de los intereses abonados por entidades de crédito a personas vinculadas: ¿un exceso reglamentario o un supuesto de inconstitucionalidad de la ley?». *Quincena Fiscal*, febrero 2009.

debiera procederse en este caso? Lo más apropiado parece ser, una vez más, tomar el saldo medio ponderado. Pero la norma nada dice sobre el particular.

Como quiera que los intereses se devengan a lo largo del tiempo, la utilización de magnitudes estáticas ofrece una cierta imprecisión. Así puede suceder que los fondos propios disminuyan por causa de una reducción del capital o de una distribución de reservas realizadas días antes del cierre del ejercicio. En todos estos casos bien se comprende que el cálculo arrojará resultados insatisfactorios. Seguramente se ha preferido la sencillez de las magnitudes estáticas sobre la mayor exactitud pero también mayor dificultad de los saldos medios ponderados. Así el contribuyente deberá identificar las partidas contables de fondos propios, se supone que con la colaboración activa de la entidad vinculada aunque nada precise en tal sentido la norma, pero no tendrá necesidad de efectuar engorrosos cálculos.

En el IRPF los rendimientos del capital mobiliario se imputan al periodo impositivo en el que sean exigibles por su receptor. Por tanto los intereses imputables a lo largo del periodo impositivo han podido devengarse durante el mismo o en otro anterior, e inclusive es concebible que se hayan devengado a lo largo de varios años. Todo ello es indiferente, pues lo que determinará el destino de los intereses es la magnitud de los fondos propios existentes en el último balance cerrado antes de la fecha de devengo del impuesto. Nuevamente se dibuja la silueta de la imprecisión.

Nótese que la fórmula que determina el destino de los intereses ha prescindido del factor tiempo siendo así que las relaciones financieras se desarrollan y tienen sentido en el tiempo. Recuérdese la vieja fórmula de los amarillentos manuales de la matemática financiera: todo capital en poder de persona distinta de su dueño reditúa por el tiempo de la cesión. Sin duda el legislador ha preferido la sencillez de las magnitudes estáticas.

Las relaciones de vinculación previstas en el artículo 16 del TRIS no siempre se construyen en función de la tenencia de instrumentos de patrimonio. Es el caso de las relaciones de vinculación construidas sobre lazos de familia o de servicios de administración. Pues bien, cuando *la vinculación no se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, el porcentaje de participación a considerar será el 5 por 100*. En consecuencia, en el caso de un préstamo concedido por un administrador o por un pariente del mismo hasta el tercer grado inclusive se aplicará el porcentaje de participación del 5 por 100 sobre los fondos propios. Por el contrario, si el préstamo hubiere sido concedido por un socio que no alcance el 5 por 100 de porcentaje de participación, todos los intereses tributarían en concepto de renta del ahorro puesto que no existe relación de vinculación. Es dudoso si tal porcentaje debe calcularse tomando en consideración exclusivamente la participación del prestamista o también la de su entorno familiar hasta el tercer grado inclusive.

Obsérvese lo singular del caso: la capacidad económica de la persona física es, en parte, en función de la composición de su relación financiera con la entidad vinculada. No es la cuantía de la renta ni su naturaleza sino la composición mencionada la que decide el importe de la deuda tributaria y, por ende, la capacidad económica. ¿Es la nueva norma razonable y proporcionada en el sentido de la sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987?

Para abordar la respuesta a la pregunta mencionada no debería perderse de vista que la misma aflora en el contexto de un sistema de tributación, instaurado por la Ley 35/2006, que privilegia la

tributación de intereses y plusvalías en detrimento de las restantes rentas. En la justificación de ese privilegio, si existe, probablemente se halle la respuesta apetecida.

En este sentido deben recordarse las dudas que, ya desde el inicio de la Ley 35/2006, se expusieron por buena parte de la doctrina, la cual llegó a aducir que la tributación de la renta del ahorro *rompe la naturaleza y filosofía del IRPF* ⁹, o que suponía una *ruptura del principio de igualdad* ¹⁰, o que implicaba *la tendencia a reconducir a las rentas del ahorro otros tipos de rentas, sobre todo en los contribuyentes con ingresos más elevados, lo que perjudica la progresividad del sistema* ¹¹. Dudas que, lejos de acallarse, han vuelto a surgir en el contexto de la llamada a soportar sacrificios para superar la crisis económica, hasta el punto que se ha llegado a afirmar que *el grave problema que tiene actualmente el sistema fiscal español es que hemos renunciado a tener un impuesto sobre la renta... ahora sería el momento de volver a un buen y viejo impuesto progresivo sobre todas las rentas y tratar las de capital con la misma progresividad con la que se tratan las rentas de trabajo* ¹².

Por tanto, cuando nos preguntamos por la proporcionalidad de la norma que venimos comentando, hemos de ser conscientes que la misma se inserta en un sistema de tributación que ofrece aristas respecto de los principios de igualdad y progresividad. En este contexto la nueva norma ha intentado definir un punto de equilibrio entre la tributación privilegiada de los intereses y la doble imposición sobre los dividendos. Adviértase cuan difícil es situarse entre dos realidades cuyo propio fundamento es débil.

3. LA LEY DE PRESUPUESTOS PARA 2010

Aparte de las materias de obligada regulación como son las concernientes a los coeficientes de corrección monetaria del artículo 15.9 a) del TRIS y el pago fraccionado del artículo 45 del TRIS, la ley de presupuestos contiene una norma de política fiscal coyuntural por la que se establece un tipo de gravamen reducido asociado al mantenimiento o creación de empleo del que podrán beneficiarse determinadas empresas, y sendas normas que sintonizan los nuevos tipos de gravamen de la renta del ahorro respecto del tipo de gravamen de las SOCIMI y respecto del porcentaje de retención.

3.1. Tipo de gravamen reducido por mantenimiento o creación de empleo.

El mantenimiento o la creación de empleo es el objetivo primordial de la política económica. En las etapas de crisis económica la política fiscal ha coadyuvado al mismo mediante medidas fiscales vinculadas, en lo esencial, a las rentas empresariales.

⁹ ZUBIRI, I. *Cinco Días*, 30 de enero de 2006.

¹⁰ RUIZ GARCÍA, J.R. *Quincena Fiscal*, julio 2006.

¹¹ FALCÓN Y TELLA, R. *Quincena Fiscal*, agosto 2007.

¹² BORRELL FONTELLES, J. *ABC*, 20 de diciembre de 2009.

El artículo primero, apartado doce, de la Ley 4/2008 estableció un régimen de libertad de amortización ligado al mantenimiento del empleo, mediante la incorporación de una disposición adicional, undécima, al TRIS. A este incentivo se une el previsto en el artículo 77 de la ley de presupuestos para 2010, relativo al tipo de gravamen reducido por mantenimiento o creación de empleo.

3.1.1. Sujetos pasivos que pueden acogerse al incentivo fiscal.

Pueden acogerse al tipo de gravamen reducido los sujetos pasivos cuya cifra de negocios habida en los años de 2009, 2010 y 2011 sea inferior a 5 millones de euros y la plantilla media sea inferior a 25 empleados.

La cifra de negocios se determinará, en ausencia de normas específicas, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del modelo de cuenta de pérdidas y ganancias del Plan General de Contabilidad. No obstante, cuando la entidad pertenezca a un grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio la cifra de negocios a tomar en consideración será la del propio grupo.

La cifra de negocios es una cantidad que aparecerá en todas y cada una de las cuentas de pérdidas y ganancias de los años citados. Por tanto no será la cifra de negocios del trienio sino la de cada año la que deberá tomarse en consideración. Respecto de la plantilla media no cabe el mismo razonamiento, pero parece que también debe referirse a cada periodo en adecuada sintonía.

Nótese que el incentivo fiscal no se proyecta respecto de todas las empresas de reducida dimensión, ya que en las mismas la cifra de negocios se sitúa en 8 millones de euros y no existe requisito concerniente al número de empleados.

3.1.2. Entidades excluidas por razón de tipo de gravamen especial.

No disfrutarán del incentivo fiscal las entidades que *de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 de esta ley deban tributar al tipo de gravamen especial*. Debe tenerse en cuenta, a estos efectos, que el tipo de gravamen de las empresas de reducida dimensión tiene carácter general de acuerdo con la interpretación que se desprende de lo previsto en el artículo 114 del TRIS.

3.1.3. Mantenimiento de empleo.

El mantenimiento del empleo es requisito para la aplicación del tipo de gravamen reducido. El mantenimiento del empleo se integra por dos condiciones:

- Durante los doce meses siguientes al inicio de cada uno de los periodos impositivos de 2009, 2010 y 2011 la plantilla media de la entidad no ha de ser inferior a la unidad.

- Durante los doce meses siguientes al inicio de cada uno de esos periodos impositivos la plantilla media no ha de ser inferior a *la plantilla media de los doce meses anteriores al inicio del primer periodo impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2009*.

En suma, para entidades cuyo periodo impositivo coincida con el año natural se comparará la plantilla media de cada uno de los referidos periodos impositivos con la plantilla media del periodo impositivo de 2008.

3.1.4. Tipo de gravamen reducido.

La estructura del tipo de gravamen es la prevista en el artículo 114 del TRIS. Así, consta de dos tramos:

- Por la parte de base imponible comprendida entre 0 y 120.202,41 euros, el 20 por 100.
- Por la parte base imponible restante, el 25 por 100.

El tipo de gravamen reducido se aplica cualquiera que sea la naturaleza de la renta integrada en la base imponible, de manera tal que es indiferente la dedicación de la entidad a actividades empresariales o de pura tenencia de activos, en línea con lo previsto para las empresas de reducida dimensión. Una adecuada coordinación con el IRPF probablemente hubiera exigido que el tipo de gravamen no fuera inferior al 21 por 100, esto es, el tipo de gravamen del segundo escalón de la renta del ahorro.

3.1.5. Valoración del incentivo fiscal.

El incentivo fiscal engarza con la situación de crisis. Cuestión distinta es que ofrezca algunos aspectos distorsionantes.

Es fácil advertir que el incentivo puede producir, al menos en teoría, efectos adversos a la creación de empleo. En efecto, si se iguala o rebasa la plantilla media de 25 empleados no habrá lugar al mismo, lo cual podría frenar la contratación de nuevos empleados.

También es fácil advertir que discrimina en contra de las empresas con bajo valor añadido por cuanto este tipo de empresas precisan una mayor cifra de operaciones para procurar el mismo impacto sobre el resultado. Esta discriminación también se produce en el régimen de las empresas de reducida dimensión.

Por el contrario, no discrimina en función del origen de las rentas, como tampoco lo hace el régimen de las empresas de reducida dimensión. Esta característica podría amparar una tributación reducida de rentas derivadas de actividades puramente especulativas. Mas como las referidas rentas

también disfrutan en el IRPF de una tributación más reducida que la aplicable al resto de las rentas el nuevo incentivo fiscal no debería sufrir una crítica negativa por tal motivo.

Finalmente, también es criticable que no aproveche que sufren pérdidas.

Pero esos defectos, si lo son, resultan casi inevitables en este tipo de incentivos fiscales, y, desde luego, su construcción técnica es muy depurada.

3.2. Porcentaje de retención o ingreso a cuenta.

El tipo general de retención pasa del 18 al 19 por 100, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 140.6 a) del TRIS, en sintonía con el tipo de retención sobre los rendimientos del capital mobiliario del IRPF también fijado en dicho porcentaje a tenor de la nueva redacción del artículo 101 de la Ley 35/2006.

Puede apreciarse que ambas modificaciones traen su causa del nuevo tipo de gravamen sobre las rentas del ahorro ya que, en efecto, dicho tipo de gravamen se sitúa en el 19 por 100 hasta los 6.000 euros y en el 21 por 100 para rentas superiores, de acuerdo con la nueva redacción de los artículos 66 y 76 del TRIS.

Nótese que el desdoblamiento del tipo de gravamen sobre la renta del ahorro, además de restaurar una tímida progresividad, desaloja la consideración fáctica de la retención como gravamen liberatorio en relación con las rentas del capital.

El ligero agravamiento de la tributación de las rentas del ahorro aumenta la ventaja relativa de la inversión colectiva.

Los dividendos, intereses y ganancias patrimoniales sujetas al IRNR tributarán al tipo general del 19 por 100, de acuerdo con lo previsto en la nueva redacción del artículo 25.1 f) del TRIRNR establecida por la ley de presupuestos para 2010, también por razón de la modificación del tipo de gravamen que recae sobre la renta del ahorro.

3.3. Tipo de gravamen de la SOCIMI.

También el tipo de gravamen de la SOCIMI se ha visto afectado por la modificación del tipo de gravamen de la renta del ahorro. Así, la disposición adicional decimoquinta de la ley de presupuestos para 2010 modifica el artículo 9.3 de la Ley 11/2009 al objeto de fijar dicho tipo de gravamen en el 19 por 100. En sintonía, el porcentaje previsto en el apartado 7 del referido artículo pasa al 11 por 100, diferencia entre el tipo general de gravamen del Impuesto sobre Sociedades y el tipo de gravamen de las SOCIMI.

3.4. Pago fraccionado.

Los porcentajes del pago fraccionado no varían, de manera tal que quedan en el 18 por 100 para la modalidad de pago fraccionado prevista en el apartado 2 del artículo 45 del TRIS, y para la modalidad del apartado 3 en el resultado de multiplicar por cinco séptimos el tipo de gravamen redondeado por defecto.

La estabilidad del tipo general de gravamen del Impuesto sobre Sociedades determina la del porcentaje del pago fraccionado.

4. LA LEY 3/2009

La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, incorpora un conjunto de directivas comunitarias y unifica y amplía el régimen jurídico de las denominadas modificaciones estructurales, esto es, aquellas que, más allá de la simple modificación estatutaria, implican una variación sustancial de la estructura patrimonial.

4.1. Modificaciones estructurales de nuevo cuño.

Buena parte de las modificaciones estructurales contempladas en la Ley 3/2009 ya estaban reguladas en el TRLSA, pero otras son de nuevo cuño. La característica común de la regulación de las nuevas modificaciones estructurales es que pivota sobre el principio de sucesión universal.

Desde la perspectiva fiscal lo relevante es precisar la tributación de las nuevas modificaciones estructurales, tarea que ha de acometerse mediante la subsunción de los hechos patrimoniales desencadenados en las normas del TRIS que correspondan.

Son modificaciones estructurales novedosas las siguientes:

- Fusión con compensación (art. 49.2) y absorción de sociedad participada al 90 por 100 (art. 50).
- Fusiones transfronterizas intracomunitarias (art. 54).
- Escisión por segregación (art. 71).
- Constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión de patrimonio (art. 72).
- Cesión global de activo y pasivo (arts. 81 y 82).
- Traslado internacional del domicilio (arts. 93 y 94).

4.2. Ordenación de las modificaciones estructurales frente al régimen fiscal.

En función de su relación con el régimen fiscal las modificaciones estructurales pueden ser agrupadas de la siguiente manera:

- Modificaciones estructurales comprendidas en el artículo 83 del TRIS: todas las fusiones, excepto lo concerniente a la compensación; escisiones; segregación o aportación de rama de actividad; traslado europeo del domicilio social de la Sociedad Anónima Europea (SE) y de la Sociedad Comanditaria Europea (SCE); cesión global de activo y pasivo al socio único en el proceso de disolución.
- Modificaciones estructurales no comprendidas en el artículo 83 del TRIS: cesión global de activo y pasivo en todas sus modalidades; traslado no europeo de domicilio social o de formas societarias distintas de la SE o de la SCE.

Son, por tanto, estas últimas las que deben ser examinadas a los efectos de concretar su régimen fiscal.

4.2.1. Cesión global de activo y pasivo.

En la cesión global de activo y pasivo una sociedad transmite *en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. La sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios.*

A esta operación no cabe aplicar el régimen especial del Capítulo VIII del Título VII del TRIS por cuanto no se halla entre las tipificadas en el mismo. Cuestión distinta es que pudiera considerarse merecedora de ello, lo que también resulta problemático habida cuenta de la naturaleza de la contraprestación. Así pues ha de aplicarse el régimen general.

En este sentido, la sociedad cedente obtendrá una renta por diferencia entre el valor de la contraprestación recibida y el valor contable de los activos y pasivos entregados. Cuando los cesionarios sean los socios podrá aplicarse la valoración por el valor normal de mercado al tratarse de una operación vinculada.

En caso de extinción, la sociedad cedente obtiene una renta por diferencia entre el valor de la contraprestación recibida por los socios y el valor contable de los activos y pasivos entregados. Los socios obtienen una renta por diferencia entre el valor de la contraprestación recibida y el valor contable de la participación sobre la entidad que se extingue, pudiendo los mismos disfrutar de la deducción para evitar la doble imposición de dividendos en los términos previstos en el artículo 30.3 del TRIS.

4.2.2. *Traslado de domicilio social.*

El traslado del domicilio social desde España a cualquier Estado miembro de la Unión Europea de una SE o una SCE puede acogerse al régimen del Capítulo VIII del Título VII del TRIS.

Los restantes supuestos de traslado de domicilio social no pueden acogerse a dicho régimen, habiendo de sujetarse a las reglas previstas en el artículo 17.1 del TRIS. En consecuencia la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable de los activos debe integrarse en la base imponible excepto si los mismos quedan afectos a un establecimiento permanente situado en territorio español, concluyendo por causa del traslado un periodo impositivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 del TRIS.

El traslado del domicilio social desde el extranjero a España carece en absoluto de regulación fiscal, cualquiera que sea el país de origen.

La regulación mercantil establece que el traslado *no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad*, cuando la misma hubiere sido *constituida conforme a la ley de otro Estado parte del Espacio Económico Europeo*. En otro caso la continuidad de la personalidad depende de la *ley personal* de la entidad en cuestión.

Si no existe mantenimiento de la personalidad jurídica el sustrato de la operación es el de la constitución de una entidad. Así, nacerá un nuevo sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades. Si hay continuidad en la personalidad jurídica también aparece un nuevo sujeto pasivo de dicho impuesto desde el mismo momento de la fecha de inscripción del cambio de domicilio social. Las rentas obtenidas a partir de tal fecha deberán tributar por el Impuesto sobre Sociedades, siendo opinable si también deben hacerlo las plusvalías generadas antes del traslado pero puestas de manifiesto después, así como los ingresos que deriven de la adaptación de la contabilidad al Plan General de Contabilidad.

4.2.3. *Los efectos contables de la fusión.*

De acuerdo con lo previsto en el artículo 91 del TRIS *las rentas de las actividades realizadas por las entidades extinguidas a causa de las operaciones mencionadas en el artículo 83 de esta ley se imputarán de acuerdo con lo previsto en las normas mercantiles*. Significa esta remisión que la imputación, a efectos fiscales, de rentas entre las entidades intervinientes en la modificación estructural se supedita a los dictados de la norma mercantil respecto de los denominados efectos contables de la fusión. Pues bien, el artículo 31.7.^a del TRIS establece que el proyecto de fusión contendrá *la fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad*.

En este sentido la consulta 75-1 del BOICAC interpreta que la fecha de efectos contables no puede ser anterior a la fecha de adquisición y que ésta se produce a raíz de la adopción del acuerdo de fusión por parte de las juntas generales. Por tanto, las rentas de la entidad adquirida, devengadas antes de la adopción del acuerdo de fusión, tributarán en sede de la misma. Las posteriores podrán hacerlo en sede de la entidad adquirente.

5. DECISIÓN DE LA COMISIÓN DE 8 DE JULIO DE 2009

La decisión aludida ¹³ considera que el régimen fiscal holandés denominado *group interest box* no constituye ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 del tratado. Con ello se abre paso al establecimiento de un régimen fiscal consistente en que los intereses derivados de las operaciones financieras entre entidades pertenecientes al mismo grupo mercantil de empresas tributan, tanto en cuanto ingresos como en cuanto gastos, de manera separada respecto de los restantes ingresos y gastos, al tipo de gravamen del 5 por 100.

Cuando las dos entidades concernidas, prestamista y prestataria, residen en los Países Bajos nada cabe objetar. Se trata de una medida que procura la neutralidad en el contexto del grupo mercantil respecto de las fuentes de financiación, ya que, en efecto, la ventaja de la entidad prestamista se compensa con la desventaja de la entidad prestataria de manera tal que el resultado conjunto se aproxima al que depara una financiación vía fondos propios en la que los dividendos no son fiscalmente deducibles y disfrutan de exención en sede del socio que los percibe. La medida fiscal se fundamenta y legitima en un equilibrio.

Pero cuando la entidad prestataria no reside en los Países Bajos el equilibrio se desploma. En este caso hay una ventaja fiscal para el grupo multinacional que financia vía préstamo a sus filiales no residentes en los Países Bajos desde su matriz o filiales residentes en los Países Bajos cuyo importe es igual a la diferencia entre el tipo nominal de gravamen al que tributa la entidad prestataria y el 5 por 100 multiplicado por el valor de los intereses devengados.

La Comisión ha visto perfectamente este efecto del régimen fiscal aludido pero ha concluido que no es imputable al mismo sino que *resulta de las disparidades fiscales entre las diferentes jurisdicciones* ¹⁴. Esto es cierto, pero también lo es que el régimen fiscal *group interest box* procura una ventaja fiscal a los grupos de empresas multinacionales en relación con las empresas individuales y los grupos puramente internos, no a cargo del presupuesto fiscal holandés sino a cargo del presupuesto de los países en que residan las entidades prestatarias ya que tal régimen fiscal estimulará la financiación intra grupo mediante pasivos financieros antes que mediante fondos propios.

Son varias las implicaciones del régimen fiscal *group interest box* ¹⁵, pero la que aquí se desea destacar es la relativa al efecto que puede tener sobre la articulación de las relaciones fiscales intra-comunitarias.

En un contexto en el que los intereses intra grupo están libres de retención debido a lo establecido en la Directiva 2003/49, la reacción lógica de las restantes jurisdicciones fiscales comunitarias es proteger sus intereses recaudatorios mediante el establecimiento de normas antisubcapitalización o normas restrictivas de la deducción de intereses. Ciertamente, ya en el quinquenio precedente bas-

¹³ C (2009) 4511 final.

¹⁴ Véanse apartados 110 a 117.

¹⁵ «La Decisión de la Comisión sobre el (*Group Interest Box*) neerlandés y sus implicaciones de política fiscal». *Quincena Fiscal*, número 3 de febrero de 2010.

tantes Estados miembros de la Unión Europea han levantado estas barreras protectoras ¹⁶, pero tal vez la iniciativa holandesa, y otra muy similar de Hungría, podrían animar estas tendencias.

Desde luego, no se derivaría de ello un reforzamiento del mercado interior. Por el contrario, una suerte de proteccionismo fiscal de nuevo cuño podría degenerar en supuestos de doble imposición y, en cualquier caso, de trabas, costes administrativos e ineficiencias que, en cierto modo, recuerdan las reacciones arancelarias desatadas con ocasión de la Gran Depresión del 29 ¹⁷.

El reproche, sin embargo, ha de ser situado debidamente.

Los Países Bajos argumentaron que el nuevo régimen fiscal pretendía la neutralidad para las relaciones financieras intra grupo. Este argumento era convincente en relación con los grupos internos, y totalmente carente de fundamento en relación con los grupos internacionales, respecto de los cuales tanto los Países Bajos como la Comisión eran conscientes de que creaba una ventaja fiscal que, además, podría perturbar la recaudación de otros Estados miembros y de países terceros

La iniciativa fiscal adoptada por los Países Bajos es correcta, a juicio de la Comisión, frente al régimen de las ayudas de Estado, y tal vez también lo pueda ser en relación con el Código de Buena Conducta pero, en la medida en que, finalmente, también se proyecte frente a los grupos multinacionales, pone en pie un riesgo fiscal para los restantes Estados miembros y países terceros. Los Países Bajos podrían evitar tal riesgo y lograr la ansiada neutralidad restringiendo el régimen del *group interest box* a los grupos internos, y de ello no se derivaría la oposición de ninguna libertad comunitaria, en particular la de establecimiento, si nos atenemos a la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ya ha entendido justificada la retención sobre intereses transfronterizos a pesar de no existir retención sobre intereses internos por cuanto los mismos tributaban en sede de otra entidad residente ¹⁸.

Una reacción por parte de los Estados miembros o de países terceros a este tipo de medidas no puede generar un reproche, con tal que se respeten los principios básicos de la imposición en materia internacional, en particular los de territorialidad, libre concurrencia y proporcionalidad. Inversamente, la ausencia de reacción por parte de las jurisdicciones fiscales insuficientemente protegidas, máxime en un contexto de dificultades presupuestarias, no sería lo esperado y sí sería objetable.

Extraer las consecuencias que de todo ello se derivan respecto de nuestro sistema tributario no requiere otro esfuerzo que recordar el repliegue de la norma antisubcapitalización del artículo 20 del TRIS ordenada por la Ley 62/2003 ¹⁹.

Por tanto, las voces venidas de los boletines comunitarios, las modificaciones de las normas antisubcapitalización acaecidas en los países de nuestro entorno, y las experiencias relatadas en algu-

¹⁶ «New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations». *Cahiers de droit fiscal international*. 2008.

¹⁷ TORTELLÁ, Gabriel y NUÑEZ, Clara Eugenia. *Para comprender la crisis*, 2009, pág. 51 y ss.

¹⁸ *Truck Center* (282-07).

¹⁹ PALAO TABOADA, C. «La Subcapitalización». Capítulo 21, apartado 8.2 de la obra colectiva *Fiscalidad Internacional*, dirigida por SERRANO ANTÓN, F. CEF.

nas resoluciones del TEAC sobre la materia destilan la necesidad de acometer una acción legislativa que podría aprovechar la experiencia acumulada.

No se trata, se opina, de restaurar el artículo 20 del TRIS en relación con los Estados miembros de la Unión Europea bajo premisas compatibles con la sentencia *Thin Cap Group*, al modo en como se ha producido la Ley 4/2008 en relación con la transparencia fiscal internacional.

Las insuficiencias del referido artículo, sistemáticamente desveladas por la doctrina ²⁰, y el entendimiento más certero de la subcapitalización como estructura financiera anómala impuesta por la entidad matriz, ponen bien a las claras que lo que se necesita no es rehabilitar aquel precepto frente a la Unión Europea, sino un régimen fiscal relativo a la deducción de los intereses, ya se aloje en el propio artículo 20 o preferiblemente en el 16 del TRIS, en el bien entendido que se está ante una cuestión de carácter internacional, no interno.

No se trata, en suma, de retornar a una norma antisubcapitalización en sentido clásico, sino más bien de normar la distribución correcta de la carga financiera en el seno de un grupo multinacional, sea con sede en España o con presencia en ella, esto es, de lo que se trata es de aprobar una normativa que incorpore los postulados y exigencias de la denominada *worldwide allocation of interest* ²¹ la cual afecta a todas las entidades del grupo incluida la entidad matriz pues, nótese bien, el exceso de intereses puede predicarse también de la inversión exterior de las matrices españolas.

En este escenario un régimen fiscal de la deducción de los intereses fundamentado en la correcta distribución de la carga financiera que soporta el grupo multinacional de empresas, sea extranjero o con sede en territorio español, frente a terceros, básicamente diseñada en proporción a los activos netos consolidados de cada entidad en relación con los activos netos consolidados del grupo al que pertenece, ofrece un modelo sólido y en sintonía con los principios de territorialidad, libre concurrencia y proporcionalidad.

²⁰ PALAO TABOADA, C., *op cit.* FALCÓN Y TELLA, R. «La subcapitalización, las ETVE y la planificación fiscal internacional (de riesgo)», *Quincena Fiscal*, diciembre 2009. CORDÓN EZQUERRO, T. y GUTIÉRREZ LOUSA, M. Capítulo 6 de la obra colectiva *La lucha contra el fraude y la evasión fiscal. Estrategias nacionales y comunitarias*, dirigida por COLLADO YURRITA, M.A. y coordinada por MORENO GONZÁLEZ, S. y SANZ DÍAZ-PALACIOS, A.

²¹ GRAETZ, M.J. «A Multilateral Solution for the Income Tax Treatment of Interest Expenses». *Bulletin for International Taxation*, noviembre 2008.

A VUELTAS CON LOS PROBLEMAS DE LA PRUEBA EN DERECHO TRIBUTARIO

J. ANDRÉS SÁNCHEZ PEDROCHE

*Profesor de Derecho Financiero y Tributario
y Rector en la Universidad a Distancia de Madrid*

Extracto:

LA Administración y los contribuyentes deben probar los hechos sobre los que se apoyan sus respectivas pretensiones. La inversión de la carga de la prueba o la pretendida imposibilidad de aportar pruebas en vía de recurso no exhibidas con anterioridad genera una creciente litigiosidad y puede comportar la vulneración de derechos fundamentales protegidos por la Constitución.

Palabras clave: prueba, medios de prueba, inversión de la carga probatoria, prueba no aportada en fase administrativa y derechos constitucionales fundamentales.

ABOUT EVIDENCE IN TAX LAW

J. ANDRÉS SÁNCHEZ PEDROCHE

*Profesor de Derecho Financiero y Tributario
y Rector en la Universidad a Distancia de Madrid*

Abstract:

THE Administration and the taxpayers have to prove the facts on which they support their respective claims. The reversal of the burden of proof or the false impossibility to adduce evidences during the appeal procedure, that were not mentioned anytime before, give place to growing disputes and could involve the breach of the fundamental rights protected by the Constitution.

Keywords: evidence, means of proof, reversal of the burden of proof, evidences not adduced in the administrative procedure and fundamental rights.

Sumario

- I. Consideraciones generales sobre la prueba.
- II. Los distintos medios de prueba.
 - A) La prueba por interrogatorio, testifical y pericial.
 - B) La prueba por presunciones o la inversión de la carga de la prueba para el contribuyente.
- III. Un tema de moda para la inspección: las presuntas facturas falsas.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA

Decía BENTHAM que «el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas». La prueba puede definirse como aquel conjunto de operaciones que tratan de obtener la convicción psicológica del juzgador respecto a un dato procesal determinado. El objeto de la prueba es la demostración de aquellos datos fácticos que han de servir de fundamento a la resolución administrativa o judicial. En el ámbito penal y administrativo, todos los hechos son controvertidos y, por tanto, están necesitados de prueba. De ahí que, como señalara en su día el Tribunal Supremo, la decisión administrativa ha de fundarse en una «situación fáctica probada» (STS 3-5-1991). Además, la actividad probatoria tiene rango de derecho fundamental por el artículo 24.2 de la Constitución Española (CE). De conformidad con lo dispuesto por el artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) el objeto de la prueba son los hechos, y en lo que al procedimiento administrativo tributario se refiere (también en las ulteriores fases económico-administrativa o contenciosa) quien haga valer su derecho (Administración u obligados tributarios) deberá probar los hechos constitutivos del mismo (art. 105.1 LGT). La prueba de los hechos corresponde al que afirma, no al que niega, pues su atribución a éste se convertiría en una auténtica *probatio diabólica* (SSTS de 12-11-1992, 11-5-1998 ó 23-3-2004, entre otras muchas). Por lo tanto, cada una de las partes habrá de probar lo que pueda resultarle favorable. En los procedimientos incoados de oficio, recae sobre la Administración la carga de probar la concurrencia del presupuesto de hecho de las resoluciones a las que aspira, sobre todo si no se pierde de vista el poder-deber que incumbe a aquélla, de conformidad con lo establecido por el artículo 78.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) («los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos»). Porque conviene recordar que la Administración no se sitúa en el procedimiento como un simple particular, sino como el órgano que resuelve y eso exige de ella un celo especial en la demostración de sus afirmaciones, teniendo como tiene el impulso de oficio del procedimiento y amplias potestades de todo tipo (STS 31-3-1978).

La Ley General Tributaria (LGT) remite a la normativa común sobre medios y valoración de la prueba (Código Civil y LEC, fundamentalmente) salvo que la normativa tributaria establezca otra cosa (art. 106.1 LGT). Como ha sido apuntado, el objeto de la prueba son los hechos (art. 281 LEC), y en los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probarlo (art. 105.1 LGT; STS de 22-1-2000). Esta regla resulta también de plena aplicación a la Administración, a pesar de la presunción de legalidad que adorna sus actuaciones. Dicho de otra manera, la presunción de

legalidad inherente a todo acto administrativo obliga al contribuyente a recurrir para desvirtuarla, pero no invierte en modo alguno la carga de la prueba y tendrá que ser la Administración la que corra con la adecuada demostración de sus afirmaciones [en tal sentido, la STC 76/1990, de 26 de abril (NFJ000802), sobre el valor de las actas tributarias]. No obstante ello, existe una abundante doctrina jurisprudencial que viene a matizar, o incluso a alterar, las reglas de la carga probatoria, aplicando los criterios de razonabilidad, normalidad, proporcionalidad o facilidad probatoria (art. 217.6 LEC). El criterio de normalidad supone, como ya ha quedado dicho, que la prueba de los hechos corresponde a quien haga valer su derecho. Esta regla tradicional (*incumbit probatio qui dicit, no qui negat*) se recoge en los artículos 1.214 del Código Civil, 217.2 de la LEC y 105.1 de la LGT. Un principio aludido por una extensa y reiterada jurisprudencia, que viene a señalar que, en caso de reducción de la base o de la cuota declaradas, corresponde al interesado la prueba de los hechos constitutivos de este derecho, ya que es quien lo alega. Por ejemplo, la STS 14-12-1989 (NFJ000695) señala en su FJ 4.º que «... así lo exige el artículo 114 de la LGT que atribuye la prueba de los hechos constitutivos de un derecho a aquel que lo alega, y en el presente caso, quien pretende beneficiarse como gasto deducible por ser necesario para la obtención de los ingresos, es el Banco apelante, que nada ha probado ni intentado probar sobre la realidad de las partidas que pretende deducir». Y la STS 26-7-1994 (NFJ003417) manifiesta en su FJ 2.º que «la declaración de ingresos tiene una trascendencia fiscal positiva, porque el contribuyente no va a declarar ingresos que no percibe. Es por ello aceptable sin reservas cualquiera que sea el vehículo en que se formule, sin perjuicio de su eventual comprobación al alza. Los gastos deducibles, en cambio, de signo contrario al incremento de la deuda tributaria, requieren para su aceptación que se acrediten en forma fehaciente por cuanto comprometen de otro modo un interés público».

Esta necesidad de acreditar las partidas deducibles no se circunscribe únicamente a la tenencia formalmente correcta de la factura en la que aquellas se plasman, sino que en muchas ocasiones exige un plus, invocado profusamente por la Administración, en aquellos casos de utilización de presuntas facturas falsas. Dicho plus se materializa en la exigencia de que sea el contribuyente el que acredite la realidad del servicio o de la obra prestada, sin que pueda limitarse sin más a la referida aportación formal de unas facturas completas para entender acreditado su derecho ¹.

¹ En tal sentido, la STSJ de Madrid de 11-2-2003 (NFJ017130) llegará a señalar en su FJ 5.º que «una vez que la Administración cuestiona de manera razonada y pone en duda la realidad de un gasto con el que se pretende reducir la base imponible, le corresponde al sujeto pasivo la carga de la prueba de conformidad con lo establecido en el artículo 114 de la LGT. De nada o poco sirve, que el recurrente se remita a la formalidad de las facturas cuestionadas, sin aportar otro dato o medio de prueba que justifique la realidad de los servicios que se dicen prestados por una sociedad de la que no se tiene ninguna noticia, es desconocida en su domicilio y no consta que tuviese o tenga personal capacitado o habilitado para dar cursos de informática». Y la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 16-3-2006 (RG 1986/2003, NFJ023415) insistirá en la misma línea afirmando que «en síntesis pueden destacarse de lo anterior las siguientes ideas rectoras: aun cuando las facturas sean formalmente admisibles y el gasto esté contabilizado, ello no es suficiente para admitir la deducibilidad del gasto pues se requiere que resulte acreditada la efectiva prestación de los servicios documentados en las facturas». También en esta línea se encuadra la Resolución TEAC de 19-4-2006 (RG 4566/2004, NFJ023639), en su FJ 4.º, respecto a los requisitos para la deducibilidad de las cuotas del IVA al declarar que «la reclamante cuestiona que la inspección pueda tener dudas del origen de los bienes adquiridos y la realidad de las entregas efectuadas. Al respecto, el órgano administrativo instó a la reclamante durante el procedimiento inspector a presentar algún tipo de prueba por la que se pudiera acreditar la existencia real de las operaciones, si bien, no fue aportada ninguna. En cambio, la reclamante manifiesta ante este Tribunal estar en condiciones de aportar copias de las facturas de adquisición de los materiales suministrados por las sociedades. Este Tribunal considera que dicho elemento de prueba debió ser aportado cuando se le requirió por la Inspección si estuviera en condiciones de hacerlo, por ser ese el momento procesal oportuno. Por otra parte, resulta cuando menos dudosa la veracidad de las operaciones que las mencionadas facturas pudieran contener si tenemos en cuenta que el administrador único de las sociedades no las aportó en el proceso inspector llevado a cabo frente a él y

Tal práctica jurídica supone la introducción de un pequeño pero muy relevante matiz, en cuya virtud se altera la regla general antes citada, en beneficio de lo establecido por el artículo 217.6 de la LEC que manda atribuir a cada parte la carga de la prueba que, según la experiencia, suele estar más próxima y asequible a ella aunque en principio no debiera asumirla². Este principio supone que la exigibilidad de la carga de la prueba debe tener en consideración su practicabilidad o disponibilidad, dependiendo de lo que pueda ser razonablemente exigible a las partes en cada caso concreto. Por fin, el criterio de proporcionalidad, que es un principio básico de la aplicación de los tributos (art. 3.2 LGT), en el ámbito de la carga de la prueba supone que no cabe exigir esfuerzos probatorios desproporcionados o que conduzcan a la imposibilidad práctica de su obtención. Un principio éste también invocado por la Administración para negar, en ocasiones, determinados gastos deducibles³.

que ha manifestado que dichas entidades eran meramente instrumentales, habiendo sido él quien realizaba las operaciones». De gran claridad es a este respecto la Resolución del TEAC de 14-9-2006 (RG 1354/2004, NFJ025135), al afirmar que «siendo la deducción del gasto un derecho de la reclamante, es a ésta y no a la Administración tributaria a quien incumbe probar la realidad del mismo. Una vez fijada la carga de la prueba, se plantea a continuación si es admisible cualquier medio de prueba válido en derecho o si por el contrario rige un principio de prueba tasada. A este respecto, debe señalarse que las Leyes reguladoras de cada tributo pueden imponer requisitos formales especiales de deducibilidad. Es el caso de la normativa del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) que fija como documento justificativo para la deducción la factura completa que reúna todos los requisitos reglamentarios. En el ámbito del Impuesto sobre Sociedades (IS), a falta de regulación específica sobre la cuestión, la jurisprudencia ha ido sentando el principio de que prima la efectiva realidad del gasto sobre los aspectos formales. Y al estar los gastos originados en operaciones realizadas por empresarios y profesionales, el medio de prueba privilegiado es lógicamente la factura. Ello no significa que sea el único medio de prueba admisible, pues el sujeto pasivo puede hacer uso de cualquier otro siempre que con ello demuestre la efectiva adquisición de bienes o servicios. Tampoco significa que la mera factura pruebe la realidad del gasto (véase el caso de las facturas falsas), si no va acompañada de otros justificantes (contratos, medios pago, etc.) que acrediten el mismo. En definitiva, la Administración tributaria deberá ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de decidir, en base a los medios de prueba aportados por el obligado tributario, si los mismos son suficientes o no para justificar la deducción».

² A este criterio de facilidad probatoria (aplicable no sólo al contribuyente, sino también a la Administración) alude la STS de 11-06-1998 (NFJ006776), cuando afirma que: «en casos como el presente (...) la regla general de que los hechos constitutivos del derecho que se pretende obtener corresponde acreditarlos al accionante (el obligado tributario) y los impeditivos y extintivos al demandado (la Administración exaccionante) sufre una obligada alteración o modulación –a pesar de la presunción de legalidad de los actos administrativos de liquidación–, consistente en que la carga de la prueba debe asumirla, entonces, aquel a quien, precisamente, por las circunstancias concurrentes, le sea "más fácil" (principio de la mayor facilidad) demostrar los presupuestos de lo pretendido o de lo que es objeto de controversia, pudiendo perjudicar, incluso, la falta, la oscuridad o la incompletud de la prueba a quien, encontrándose posibilitado de haber desarrollado una determinada actividad probatoria, no ha realizado o la ha llevado a cabo de un modo conveniente a sus intereses».

³ Es el caso, por ejemplo, de la Resolución del TEAC de 16-3-2006 (RG 1986/2003, NFJ023415) al afirmar que «en el presente caso la única prueba que aporta la interesada para justificar la realidad del gasto son las dos facturas por los importes correspondientes. Ahora bien, por más que la interesada alegue que se trata de servicios intangibles, como estudio, asesoramiento, etc., lo cierto es que la contraprestación de los importes satisfechos pueden indudablemente ser probados a través de otros elementos en los que se materialice la realidad de la actividad desarrollada como objeto del servicio; y no sólo a través de un contrato en que se describan las obligaciones que una y otra parte asumen, lo cual tampoco por sí mismo sería evidencia de que se ha prestado el servicio, pero que ni tan siquiera existe en el presente supuesto, sino a través de aquellos rastros y resultados de trabajos, estudios, informes, análisis, intermediación o cualquier otra actividad que acreditase que efectivamente la entidad F... llevó a cabo unos servicios; y, al menos por lo que se refiere al ejercicio 1992, la magnitud del gasto en relación con la dimensión de la empresa reclamante hace inexplicable que nada de lo anterior, ni un mero indicio, ni tan siquiera una explicación concreta de los servicios pagados haya sido aportado por la reclamante. Conviene insistir, ante la alegación de la interesada de que basta con la aportación de las facturas, en que las facturas aportadas cumplen los requisitos formales exigidos; ahora bien, ello no implica en modo alguno que resulte acreditada la efectividad de los servicios y su beneficio para la empresa. Es del análisis del conjunto probatorio sometido al juzgador del que ha de extraerse una u otra conclusión; y en el presente expediente, como se ha indicado, ha de concluirse en la ausencia de trabajos, documentos o cualquier otro soporte en los que se plasmen servicios o contraprestaciones concretas y efectivas que justifiquen el pago por la entidad de las cantidades debatidas».

No es extraño tampoco que puntualmente la Administración, con ocasión de sus actuaciones inquisitivas (comprobaciones limitadas, inspecciones, etc.), se reserve información o material valioso a efectos probatorios, interesándole mostrar únicamente una parte de los hechos. Ello es grave por cuanto que con un pequeño plus de actividad podría arrojar luz sobre la controversia, muchas veces residenciada ante los Tribunales de Justicia (Juzgados de lo Penal y de lo Contencioso). A este respecto, la STC 116/1995, de 17 de julio, recuerda la necesidad de que la Administración colabore con los jueces en el proceso con fidelidad, exactitud y exhaustividad, a fin de que el órgano judicial pueda conocer toda la verdad (no sólo la que interese alumbrar al funcionario), pues en otro caso se vulneraría el principio de igualdad de armas en la ejecución de la prueba.

II. LOS DISTINTOS MEDIOS DE PRUEBA

A) La prueba por interrogatorio, testifical y pericial.

El artículo 80 de la LRJPAC consagra un principio general de libertad en el empleo de medios probatorios en el ámbito administrativo. Ello no es incompatible con el eventual establecimiento de una prelación en el orden de su utilización. Más concretamente, con el otorgamiento a la prueba documental de un valor o carácter preferente en relación con el resto de las pruebas posibles. Por ejemplo, el interrogatorio a la Administración constituye un medio de prueba plenamente admisible (así lo reconoce la LEC, art. 315, y las SSTs de 2-7-1994, 10-1-1996 ó 20-4-1999). Dicho interrogatorio se responderá por escrito. Si la Administración llamada a declarar se negare a hacerlo, se aplicará la regla general consagrada en el artículo 307 de la LEC, en cuya virtud, el Tribunal podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas en todos aquellos extremos que le resultare perjudicial en todo o en parte. También es posible la prueba testifical, aunque a la misma no aluda ninguna norma administrativa (LRJPAC o LGT). Y la pericial, teniendo en cuenta además, la profunda modificación operada en este medio de prueba en la LEC y por la que se consideran tan válidas las pericias aportadas por la Administración como por los particulares. Es cierto que a las pericias realizadas por los funcionarios públicos, el Tribunal Supremo les había venido dando hasta hace muy poco un especial valor, pero tras la reforma de la LEC parece que no deben prevalecer a ultranza y que estará en función estricta de su motivación y fundamentación desde el punto de vista científico y técnico. De esta manera, la prueba pericial aportada por el contribuyente, tras la reforma operada en la LEC (Ley 1/2000, de 7 de enero, art. 335), no es simplemente una documental más en el necesario auxilio judicial, sino una verdadera prueba emitida por el poseedor de los «necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar los hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre hechos», capaz de desvirtuar las afirmaciones vertidas por la Administración Tributaria ⁴.

⁴ Vid. en tal sentido el Libro Blanco de la Justicia, aprobado por el pleno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) el 8 de septiembre de 1997, pág. 202; FONT SERRA, E. *El dictamen de peritos en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, La prueba, ed. CGPJ, Madrid, 2000, pag. 71; GALLARDO CASTILLO, M. J. *Los problemas de la aplicación supletoria de la LEC al proceso contencioso-administrativo*, Iustel, Madrid, 2006, pág. 131 y BARRERO RODRÍGUEZ, C. *La prueba en el procedimiento administrativo*, Thomsom-Aranzadi, 3.ª ed. Navarra, 2006, pág. 285, quien califica la modificación de trascendental.

De esta manera, la nueva orientación legal incide en los principios procesales de igualdad de armas y de contradicción, intermediación y publicidad, enfatizando una idea recogida ya por el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de octubre de 1979 (RJ 1979, 3480), según la cual resulta preciso «eliminar la dogmática un poco gratuita de valorar como más ciertos los pareceres de quienes ostentan la condición de funcionarios para reputarlos como más imparciales que los designados por las partes» (doctrina recogida en otras Sentencias como las de 18 de enero de 1974 –RJ 1974, 422–, 28 de noviembre de 1984 –RJ 1974, 4691– o la más reciente de 20 de julio de 1993 –RJ 1993, 5855–). Además, pueden encontrarse Sentencias del Tribunal Supremo en las que se parangonan las pericias de parte con las oficiales. Tal es el caso de la STS de 14-11-1964, para la que a todos los peritos ha de suponerseles «igualmente imparciales mientras no se demuestre lo contrario». O la STS de 17-10-1979, para la que es preciso «eliminar la dogmática un poco gratuita de valorar como más ciertos los pareceres de quienes ostentan la condición de funcionarios para reputarlos como más imparciales que los designados por las partes». Sea como fuere, y a pesar de esto último, resulta inevitable señalar que la pericia más valorada habitualmente es la solicitada por el juez de una forma imparcial a través de insaculación.

Pero la prueba más característica del procedimiento administrativo es, sin duda, la documental. A estos efectos se distingue entre documento público y privado. Al documento público la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) le otorga una relevancia relativa, toda vez que la fe pública notarial lo único que acredita es el hecho que motiva el otorgamiento de la escritura pública y su fecha, pero no la veracidad de las declaraciones contenidas en él y que podrían ser desvirtuadas por prueba en contrario [SSTS de 23-11-1997, 5-11-2004 ó 27-1-2005 (NFJ020958)]. El Tribunal Supremo afirmará al respecto que «el documento público no tiene prevalencia sobre otras pruebas y por sí solo no basta para enervar una valoración probatoria conjunta» (STS 17-3-1997). El documento privado tiene también mucha relevancia en el ámbito fiscal. Por documental privada se entiende aquella que suscriben las partes por su propia autoridad y derecho, sin necesidad de recabar la intervención de funcionario público alguno, especialmente Notario, que atribuya fuerza probatoria añadida a sus constancias. El Código Civil atribuye al documento privado reconocido legalmente el mismo valor que a la escritura pública, entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes. A tal efecto, el artículo 326 de la LEC se encarga de determinar la fuerza probatoria de los documentos privados. Y el propio Tribunal Supremo, en Sentencia de 29 de mayo de 1997, se ha manifestado a este respecto en los siguientes términos: «El documento privado tiene la virtualidad del público y es equiparado al mismo en cuanto es reconocido (SSTS de 25 de marzo y 8 de julio de 1988 y 17 de febrero de 1992); la equiparación supone que la jurisprudencia sobre la eficacia probatoria del documento público es trasladable al documento privado (SSTS de 8 de julio de 1988 y 6 de julio de 1989) y el valor del documento público es el efecto probatorio determinado por el artículo 1.218 del Código Civil, ello sin perjuicio de que su valor probatorio pueda ser destruido por medio de prueba en contrario (SSTS de 19 de diciembre de 1988, 13 y 27 de marzo de 1989, 20 de febrero y 2 de abril de 1990 y 31 de octubre de 1991)» (en igual sentido, la STS de 30 de julio de 1997).

Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. Ello no acontece en los documentos privados cuya fecha, de conformidad con el artículo 1.227 del Código Civil, no se cuenta sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un Registro Público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio. De esta forma, el Código Civil establece determinadas presunciones conforme a las cuales el perjuicio que representa

la fecha de un documento privado para terceros (entre ellos, desde luego, se hallaría la Hacienda Pública), sólo se puede establecer mediante un cómputo que toma por *dies a quo* (día inicial) cualquiera de los tres supuestos siguientes: a) Día en que hubiera sido incorporado el documento o inscrito en un registro público; b) Día de la muerte de cualquiera de los que lo firmaron; c) Día en que se entrega a un funcionario público por razón de su oficio. Naturalmente, estas fechas, que deben respetarse en todo caso con el efecto que les atribuye la ley, no impiden que las partes puedan, por los demás medios de prueba, establecer legalmente o probar la fecha en que el documento se suscribió, al margen de las que resulten de las constancias preestablecidas, aunque nunca en contra de ellas.

Existe reiterada jurisprudencia que permite la prueba de la fecha del documento aun antes o con independencia de su acceso a cualquier funcionario público. Tal es el caso de la STS de 23-3-1992, al afirmar que «la sanción del artículo que se dice infringido (1.227 del Código Civil) cede cuando por los demás elementos que ha apreciado la Sala sentenciadora, se ha podido alcanzar el dato de la realidad de la fecha a que se refiere el documento privado, con independencia de que su acceso a cualquier funcionario público, lo fuese con fecha posterior y todo ello en mor de una reiterada jurisprudencia recogida entre otras en las Sentencias 9 de julio de 1988, 25 de enero y 30 de mayo de 1989». En tal sentido, la STSJ de Andalucía, de 27-1-1977, se pronuncia sobre la posible prescripción ganada y los medios de prueba a tal efecto oportunos, señalando que la consignación en la declaración en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) de la venta de un inmueble suscrita en documento privado, puede tener valor probatorio a efectos de la prescripción del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD), al tratarse de un documento al que tiene acceso un funcionario por razón de su oficio. Opinión de la que participa el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cuando afirma: «que en la transmisión en documento privado, posteriormente elevada a escritura pública, tiene eficacia el documento privado desde la fecha en que la Administración Municipal gira liquidaciones correspondientes a la CTU a nombre de los adquirentes. La Administración no puede desconocer la fecha de un documento privado que, en una u otra forma, ya había conocido» (Sentencia de 28-4-1999).

Otros pronunciamientos jurisprudenciales se muestran proclives a otorgar relevancia probatoria, en el ámbito de la prescripción, al documento privado que, de forma indubitada, comporte una comunicación del contribuyente sobre la realidad negocial y el consecuente conocimiento documental por parte de la Administración tributaria. A tal efecto, el medio de prueba idóneo y el día desde el que ha de comenzar el cómputo del plazo de dicha prescripción, coincide con el momento en que aparece consignada la titularidad del bien inmueble en los archivos catastrales y se gira el pertinente recibo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles para su cobro, toda vez que ello supone la prueba fehaciente e incontrovertible de la entrega del documento privado a un funcionario por razón de su cargo, además de su acceso a un Registro Público. Y en tal sentido, la Administración tributaria reconoce como prueba idónea en las tercerías de dominio el documento privado de venta acompañado del recibo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, incluso a pesar de la existencia de anotaciones de embargo sobre los mismos.

En otros casos, la prescripción en juego no será la del ITPAJD, sino la del IRPF (ganancia o pérdida patrimonial). En tales supuestos, la fecha de un documento público o privado no determina por sí solo la data de adquisición o enajenación del bien que en las mismas se expresa, sino que habrá que acudir al momento en que se produjo la tradición de la cosa, siguiendo la teoría civil del título y del modo [DGT 29-12-1992 (NFC001211); 29-7-1997; 24-10-2001]. También es de esta opinión el

Tribunal Supremo, pues «como tiene declarado esta Sala, en SSTs de 22 de septiembre de 1946 y 26 de noviembre de 1956, la fuerza probatoria que el artículo 1.218 del Código sustantivo atribuye a las declaraciones que los contratantes hubieren hecho en documento público, no impide combatirla y declarar la falta de correspondencia entre esas declaraciones y la realidad, por convicción adquirida por otros elementos probatorios, pues es claro que de otro modo la escritura pública cubriría y haría inatacable, entre las partes, toda clase de ficciones» (STS de 16 de mayo de 1981). Y del mismo parecer es la Consulta de la Dirección General de Tributos (DGT), de 29 de diciembre de 1992 (NFC001211), al señalar que para el cálculo del incremento o disminución de patrimonio, debe tomarse como fecha de inicio del periodo de permanencia del bien aquella en que se adquirió éste y no la del documento público o privado que recoja la compraventa, y ello porque tanto el Tribunal Supremo como la mayoría de la doctrina, recoge la teoría del título y el modo, de forma que el contrato de compraventa en sí no transfiere por sí solo el dominio si no se produce la verdadera entrega de la cosa vendida. En esta misma línea argumental se expresa la STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de diciembre de 2003 para la que resulta prueba suficiente para acreditar que la fecha de adquisición es la del documento privado y no la de la escritura pública, la aportación de copias del contrato privado y cualquier otra circunstancia que determine su verosimilitud. Con posterioridad, la propia Audiencia Nacional, en Sentencia de 16 de septiembre de 2004, ha abundado sobre esta idea, declarando que para el cálculo de la ganancia patrimonial, la Administración no puede soslayar la fecha consignada en el documento privado de adquisición del inmueble cuando quedara demostrada la titularidad del mismo.

Por lo tanto, hay tres ideas clave a recordar:

- a) La fecha de un documento público o privado no determina ni acredita por sí sola la antigüedad del bien que se transmite, debiendo acudir, por el contrario, al momento en que se produjo la tradición de la cosa, siguiendo la teoría del título y del modo.
- b) Probada la tradición del bien objeto de la posible plusvalía, la jurisprudencia sostiene que la elevación a escritura pública años después de la celebración del contrato privado no determina la antigüedad del bien a partir del cumplimiento de dicha formalidad, sino que, por el contrario, la fecha de adquisición de aquél tuvo lugar en el momento en el que se formalizó el contrato privado de compraventa, por ser éste el momento en el que se perfeccionó el negocio, se determinó el objeto y se pagó parte o todo el precio, siendo el otorgamiento de la escritura pública un mero requisito formal en ningún caso constitutivo de un contrato que ya había generado plenos efectos jurídicos con anterioridad.
- c) En el cálculo de la ganancia patrimonial, la Administración no puede soslayar la fecha consignada en el documento privado de adquisición del inmueble cuando quedara demostrada la titularidad del mismo.

B) La prueba por presunciones o la inversión de la carga de la prueba para el contribuyente.

Por lo que se refiere a la prueba indiciaria, no es ni mucho menos la menos utilizada por la Inspección. Las presunciones o indicios son un medio de prueba más recogido en nuestro Derecho

Civil, Administrativo y Tributario. El artículo 108.2 de la LGT señala que para que las presunciones no establecidas por las normas sean admisibles como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir, haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La jurisprudencia se ha ocupado abundantemente de las pruebas indiciarias y de los requisitos que deben cumplir ante el uso profuso que de ellas realiza la Administración. Así, la STS de 20-7-1998 (NFJ006804) declara que «tres son, pues, los elementos característicos de las presunciones ahora consideradas: la afirmación base, que es el hecho demostrado; la afirmación presumida, que es el hecho que se trata de deducir; y el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. De ellos, para acreditar la afirmación base, pueden utilizarse cualesquiera medios de prueba, aunque deben ser suficientes para que merezca la conceptualización de hecho acreditado. La afirmación presumida, que es la única relevante para el juicio de hecho determinante de la conclusión, normalmente resulta acreditada mediante la propia actividad presuntiva. Es claro que la afirmación presumida ha de ser distinta de la afirmación base y estar situada a un nivel superior, puesto que si se declara presumido un hecho sin más, no se estará ante una verdadera presunción, sino ante meras conjeturas o sospechas. Por último, las reglas del criterio humano no son otras que las de la lógica o recta razón, y, en este sentido, el enlace entre el hecho acreditado y el que se trate de demostrar no ha de consistir en otra cosa que la conexión o congruencia entre ambos, de suerte que el conocimiento de uno lleve al intérprete, como consecuencia obligada de aquella lógica o recta razón, al conocimiento del otro». Y la STS de 13-3-1986 indica que «la jurisprudencia exige que para que pueda acreditarse un hecho por la vía de presunción, el hecho deducido se ha de derivar de modo directo, es decir, no por vía de presunciones intermedias, de modo que el enlace sea de tal conexión y congruencia que la realidad del primer hecho traiga como consecuencia racional e inexcusable la del segundo, por ser la relación de ambos coincidente y sin poder aplicarse a otras circunstancias». Las presunciones han de reunir los siguientes requisitos: a) Seriedad, esto es, que exista un auténtico nexo o relación entre el hecho conocido y la consecuencia extraída que permita considerar éste en un orden lógico, como extremadamente probable; b) Precisión, o lo que es lo mismo, que el hecho o hechos conocidos estén plena y completamente acreditados y sean claramente reveladores del hecho desconocido que pretende demostrarse, y c) Concordancia entre todos los hechos conocidos que deben conducir a la misma conclusión.

Como señala la Resolución del TEAC de 27-7-1990, «en ocasiones puede bastar un indicio único de singular potencia acreditativa, pero lo normal es que se exijan que los indicios sean múltiples. Un único indicio puede resultar equívoco respecto al conocimiento del hecho que "indica" aunque sin probarlo todavía. Una pluralidad de indicios, por el contrario, si apuntan todos ellos en la misma dirección, puede convertirse en una prueba inequívoca, en la medida que su conjunto coherente elimina toda duda razonable sobre el "hecho consecuencia" y genera un estado de certeza objetivamente justificable sobre su realidad. La fuerza probatoria de los indicios procede fundamentalmente de su interrelación y combinación, de forma que se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en la misma dirección. Así, puede decirse que muchos pocos hacen un mucho».

Por todo ello, la jurisprudencia ha destacado que los indicios no pueden valorarse de forma aislada o desagregada, sino de forma conjunta, ya que su fuerza probatoria procede precisamente de su interrelación y combinación. Así, la STS de 11-7-2003 (RJ 6342) afirma en su FJ 16 que «esta Sala ya ha descartado el error de pretender valorar aisladamente los indicios, ya que la fuerza probatoria

de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los mismos, que concurren y se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS de 14 de febrero –RJ 2000, 481– y 1 de marzo de 2000 –RJ 2000, 2271–, entre otras muchas). El análisis desagregado o asilado de cada indicio, como islotes robinsonianos fuera del contexto integrado por la dinámica de los hechos y el resto de los elementos indiciarios interrelacionados, resulta manifiestamente contrario a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos sobre la teoría de las probabilidades, como ha señalado esta Sala, por ejemplo en las Sentencias de 24 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9157) y 21 de enero de 2001».

Entre los indicios que la Administración considera relevantes para poner en duda la realidad del gasto reflejado en la factura, se pueden señalar los siguientes: a) Que la empresa emisora de dicha factura sea desconocida en el domicilio fiscal declarado; b) Que la empresa no presente las declaraciones fiscales a que está obligada en función de las actividades declaradas; c) Que no se atiendan a los requerimientos de información realizados; d) Que no conste que la empresa haya adquirido a terceros los bienes y servicios necesarios para el desarrollo de la actividad; e) Que no conste que tenga personal o, en su caso, que éste fuera claramente insuficiente o carente de capacitación o titulación necesaria y que no subcontrata servicios de terceros; f) Que no conste que disponga de los locales, oficinas, almacenes, instalaciones o demás bienes inmuebles necesarios para la actividad ni en propiedad ni en arriendo; g) Que no conste que disponga, ni en propiedad ni en arriendo, de los bienes muebles necesarios para el desarrollo de sus actividades (vehículos, maquinaria y demás bienes adecuados para la realización de los trabajos que justifican su prestación de los bienes o servicios); h) Que no haya justificación del servicio prestado ni identificación de quienes intervinieron en su prestación; i) Que falten pruebas que acrediten el transporte de los bienes, o su recepción efectiva por la contratante; j) Que la empresa facture por servicios de tipos muy diversos y sin ninguna relación entre ellas; k) Que las formas utilizadas para el pago de dichas facturas se aparten sin ningún tipo de justificación de los usos generales mercantiles y comerciales y de las formas de pago para las restantes facturas; l) Que se aprecien incongruencias o irregularidades en la documentación de las operaciones (facturas con numeración especial o no sucesiva, facturas con una total y absoluta inconcreción sobre la naturaleza, duración, condiciones, objeto y clases de los servicios prestados sin que se conozcan detalles mínimamente concretos sobre la realidad de tales servicios, falta de albaranes, contratos, correspondencia comercial u otros justificantes que sí existen en el caso de las facturaciones normales del adquirente); m) Que la empresa emisora de las facturas pudiera encontrarse sujeta a actuación administrativa o penal como presunta emisora de facturas falsas, circunstancia esta que, aunque no sea determinante, sí sirve para reforzar los demás indicios; n) Que se paguen servicios por emisión de informes que no se aporten, o que no conste quién los ha realizado y que se correspondan con meras recopilaciones o copias de otros informes, etc.

La concurrencia de alguno de los indicios anteriores, en función de las circunstancias concretas del caso, determina generalmente que la Administración aprecie la dudosa efectividad de las empresas emisoras de las facturas, al margen de su mera existencia formal en los Registros Públicos, desechando la deducibilidad de aquéllas.

En esta misma línea, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4-11-2004 afirma en su FJ 5.º que «no basta con que las facturas en forma, contabilizadas por la empresa, reflejen los servicios

prestados con mayor o menor grado de amplitud. En el caso presente, la prueba del gasto viene constituida por tres facturas expedidas por las sociedades mercantiles... y... en relación con determinadas actividades de asesoramiento a estos efectos de deducibilidad, la Sala comparte plenamente las dudas suscitadas al Tribunal Económico-Administrativo sobre la efectiva prestación de los servicios documentados en esas facturas, y sentado lo anterior, en su carácter de necesarios para la obtención de los ingresos pues, de una parte, existe una total y absoluta inconcreción en las facturas sobre la naturaleza, duración, condiciones y objeto de los servicios prestados sin que se conozcan detalles mínimamente concretos sobre la realidad de tales servicios... A los fines de deducibilidad, las facturas son totalmente inconcretas, en cuanto no revelan qué clase de servicios fueron prestados y de qué naturaleza y bajo qué condiciones, datos que serían imprescindibles para verificar que tales actividades de asesoramiento... son necesarias para la obtención de los ingresos propios de la actividad desplegada y que bajo la total inconcreción en que se hallan, mal pueden servir de fundamento a la deducción que se pretende efectuar al sujeto pasivo, pues es esencial al gasto, para que pueda ser oportunamente deducida, además de su contabilización y su documentación en facturas formalmente emitidas, que tales gastos sean necesarios y no puramente convenientes o indiferentes desde la perspectiva de la marcha de la empresa o actividad».

La Resolución del TEAC de 27-5-1999 no admite la deducibilidad de un gasto pese a la aportación de la factura correspondiente al decir que «la descripción en factura de los servicios prestados... así como la aportación a la Inspección... de documentación e informaciones en relación con los servicios prestados cuyo detalle, indebidamente, no figura en la factura, ha de ser minuciosa y exhaustiva, pues se ha de acreditar si se han prestado o no tales servicios, cuya descripción no consta en la factura». En el mismo sentido se pronuncia la Resolución del mismo Tribunal de 15-6-2005 (RG 578/2005, NFJ024052).

III. UN TEMA DE MODA PARA LA INSPECCIÓN: LAS PRESUNTAS FACTURAS FALSAS

La Administración Tributaria suele reputar en muchas ocasiones como facturas falsas todas aquellas en las que las empresas prestatarias de los servicios facturados no tienen trabajadores en plantilla. Esto ha sido muy frecuente en el sector de la construcción, motivado en ocasiones porque dichas prestatarias no declaraban ni ingresaban el IVA consignado en la factura y pagado en su día por el receptor de los servicios. En todos estos casos de impago e inexistencia de trabajadores contratados, la Inspección considera que dichas empresas no pueden haber realizado el servicio, invirtiendo así la carga de la prueba para que sea el contribuyente que pretende deducir el gasto, el que demuestre acabadamente la realidad de la operación que motivó el otorgamiento de dicha factura. De entrada, el hecho base sobre el que se apoya la presunción puede ser absolutamente inconsistente, rompiéndose así el silogismo necesario de todo indicio, es decir, que entre la realidad probada y el hecho presumido haya de existir una relación precisa. Y ello porque la normativa hasta hace muy poco vigente, no exigía trabajador alguno en las empresas de construcción. Lo habitual para estas empresas era recurrir a la subcontratación o a la contratación externa (el servicio se prestaba con mano de obra subcontratada). Efectivamente, la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el sector de la Construcción, que entró en vigor el 19 de abril de 2007, vino a

regular el fenómeno de la subcontratación en cadena. Como primera idea es importante resaltar la naturalidad con que en su Exposición de Motivos se asume dicha realidad: «la contratación y subcontratación de obras o servicios es una expresión de la libertad de empresa que reconoce la Constitución Española en su artículo 38 y que, en el marco de una economía de mercado, cualquier forma de organización empresarial es lícita, siempre que no contrarie el ordenamiento jurídico».

En el articulado de esta ley se atienden los siguientes aspectos: a) Se regula un registro de empresas (contratistas y subcontratistas) preceptivo para poder trabajar en el sector, exigiendo que las empresas tengan estructura, organización y medios para poder estar en el mercado de la construcción; b) Se limita la subcontratación de forma taxativa a aquellas empresas que sólo prestan mano de obra a la actividad constructiva; c) Se posibilita la subcontratación especializada a aquellas empresas que efectivamente lo son, abordando la obligatoriedad de que las subcontratistas tengan un mínimo de trabajadores en sus plantillas de forma progresiva (el 30% en el 2010); d) Se exige la formación en materia de seguridad tanto a las empresas (a través de acreditaciones específicas) como a los trabajadores, remitiendo a la negociación colectiva de carácter estatal para el desarrollo de la contratación singular en el sector, así como para el diseño de una formación sectorial tanto en materia de seguridad y salud como en materia profesional. La Ley 32/2006 consagra de esta forma una libertad de organización en el ámbito de la construcción encauzado a través de un régimen jurídico que alumbraba un férreo y complejo sistema de responsabilidades que se propagan por la cadena de contrataciones que unen al empresario principal y a los auxiliares, mediante la introducción de tres mecanismos de garantía absolutamente novedosos en nuestra legislación: 1) Exigencia de requisitos de calidad o solvencia a las empresas que vayan a actuar en este sector mediante la acreditación de la organización preventiva de la empresa y de la formación en prevención de riesgos laborales de todos sus empleados; 2) Aseguramiento de los adecuados mecanismos de transparencia en las obras; 3) Exigencia del cumplimiento de determinadas condiciones para que las subcontrataciones que se efectúen a partir del tercer nivel de subcontratación respondan a causas objetivas.

Que esa forma de trabajar, es decir, la subcontratación generalizada, favorecía el trabajo sumergido y la contratación irregular de mano de obra inmigrante, es algo asumido por la nueva legislación (Ley 32/2006) y tipificado como infracción muy grave por el artículo 54.1 d) de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros. Ahora bien, conviene advertir que en el régimen jurídico establecido por la referida Ley 32/2006, para la adecuada exigencia de responsabilidades por la comisión de estas infracciones, únicamente está previsto que de las mismas responda exclusivamente el empresario subcontratista que directamente haya incorporado a los trabajadores en situación irregular, pero no contempla siquiera la posibilidad de ampliar solidariamente la responsabilidad al contratista o al promotor que tolere, ignore o se beneficie de la utilización de esos trabajadores en situación irregular en las obras sobre las que tienen el poder de dirección y organización.

Por lo tanto, si en el ámbito del sector económico de la construcción han menudeado los casos en los que los sujetos repercutidos no ingresaban finalmente el IVA, no parece que el camino más adecuado sea –al menos con carácter general– el de articular una batería de presunciones negando la realidad de las facturas aportadas para que sea el contribuyente que pretende su deducibilidad el que demuestre la realidad de los trabajos y servicios prestados (lo que equivale en la práctica a inclinarse por el camino más fácil, que pasa por hacer soportar la presunta irrealidad del gasto al que pagó

por el servicio real prestado por quien luego eludió su obligación de ingreso) sino hacer uso de la reciente Directiva 2006/69/CE del Consejo de 24 de julio de 2006, por la que se modifica la Directiva 77/388/CEE en lo relativo a determinadas medidas de simplificación del procedimiento de aplicación del IVA y de contribución a la lucha contra la evasión o el fraude fiscal y por la que se derogan determinadas Decisiones destinadas a la concesión de excepciones (DO L 221, 12 de agosto de 2006, pág. 9 y ss.). Esta Directiva autoriza a los Estados miembros a establecer la llamada «inversión del sujeto pasivo» en determinados sectores que se mencionan en su artículo 1.7 y en el anexo M: a) Servicios de construcción, b) Cesiones de personal, c) Entregas de inmuebles no exentas, d) Entregas de material usado, e) Entregas de residuos, f) Entregas de productos férricos y no férricos semitransformados, etc. Esta inversión del sujeto pasivo evita los fraudes, ya que en lugar de ingresar el IVA quien realiza la entrega o presta el servicio, el pago lo realiza el destinatario de la operación, para quien tal ingreso tiene la consideración de IVA soportado. Es decir, al igual que ocurre ahora en el ámbito de las operaciones entre Estados miembros (entrega intracomunitaria exenta y adquisición gravada), el receptor del servicio o de la obra no entregaría el IVA a su proveedor, para que fuese éste quien lo ingresase, sino que dicho destinatario lo incluiría como IVA devengado en su propia autoliquidación, lo que obviamente conjuraría el riesgo de que el proveedor se quedase con el IVA repercutido con el fin de no ingresarlo luego ⁵. Esa inversión del sujeto pasivo es lo que en realidad persigue y consigue la AEAT a través de la técnica presuntiva, aludiendo a las facturas falsas o a una pretendida irrealidad de la prestación del servicio. Sin embargo, lo cierto es que la inversión del sujeto pasivo únicamente es posible cuando así lo establece la ley. Lo que hace en ocasiones la Inspección reputando la factura falsa, recurriendo al empleo de presunciones e invirtiendo la carga de la prueba, no es, ni más menos, por la vía de hecho, lo que no se atreve a hacer por el momento la propia Comisión Europea. Pero tal actuación administrativa resulta a todas luces improcedente porque, a día de la fecha, es ilegal exigir el impuesto a las empresas adquirentes de bienes o servicios, como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones por parte de los proveedores.

Este «interés» de la AEAT en la falsedad de la factura, puede ser un fiel testigo de la incorrecta interpretación del Derecho. Porque la prueba en el Derecho Tributario no es parangonable a la prueba en el ámbito civil. En este último, cada parte tiene que administrar sus medios probatorios con la estrategia propia del «combate procesal», del que va a depender en gran medida el éxito o fracaso del pleito. Pero en la vía administrativa, la AEAT no defiende un interés propio, sino el interés general —que es esencialmente vicarial— a través del adecuado cumplimiento del principio de legalidad. Por lo tanto, la aportación de pruebas no debe entenderse como la expresión de un forcejeo entre partes, sino simplemente como un proceso de reconstrucción puramente objetiva de los hechos

⁵ Tal medida evita los fraudes y no supone un mayor coste ni inseguridad alguna para las empresas, ya que, simplemente, en lugar de pagar a sus proveedores el IVA, a través de la repercusión, lo que deben hacer estas es declararlo como IVA devengado en su autoliquidación, practicando la deducción en la misma declaración, pues el IVA devengado en cabeza del destinatario (por inversión del sujeto pasivo) es un IVA deducible, al igual que lo es el soportado por repercusión. Precisamente esa técnica de la inversión del sujeto pasivo es la que parece estar manejando la Comisión y otros Estados miembros para luchar contra la defraudación en el IVA. Alemania y Austria ya han solicitado una autorización para aplicar en sus respectivos territorios, con carácter general, la inversión del sujeto pasivo en todas las operaciones realizadas entre empresarios o profesionales, de manera que el sistema que ahora se aplica de repercusión del impuesto quedaría reservado a las ventas al consumidor final o a consumidores instrumentales. Sin embargo, la Comisión ha rechazado estas solicitudes, argumentado que se trata de un cambio sustancial en la mecánica del tributo, pues supone eliminar una de las características esenciales del sistema común, que es el ingreso «fraccionado» en cada eslabón de la cadena productiva, en función del valor añadido en cada una de sus fases.

a la que la Administración no debería escapar, so pena de traicionar ese mandato vicarial. La AEAT carece de un derecho de disposición sobre el material del procedimiento, es decir, no debe operar estratégicamente con la prueba, como ocurre en el proceso civil. Tal idea la refleja muy acertadamente, a mi juicio, la STSJ de Extremadura de 28 de septiembre de 2007 (NFJ030980) cuando afirma lo que sigue: «El Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de octubre de 2004 reseña la evolución, indicando que en relación con la carga de la prueba en el Derecho Tributario se han sostenido dos criterios teóricos. Uno de ellos es el que propugna el principio inquisitivo, de manera que pesa sobre la Administración la función de acreditar toda la verdad material, incluso aquello que resulte favorable para el obligado tributario. Esta concepción parte de que la Administración, en su labor de aplicar el sistema tributario, no actúa en defensa de un interés propio, sino del general. Y éste no es otro que el conseguir la efectiva realización del deber de contribuir establecido en el artículo 31 de la Constitución. No puede afirmarse con propiedad que existan hechos que favorezcan a la Administración, sino que ésta debe conseguir la efectividad de los principios constitucionales acreditando tanto la realización del hecho imponible como los presupuestos de hecho de eventuales beneficios fiscales». En definitiva, la prueba de los hechos ha de ponerse al servicio del procedimiento, tanto si perjudica al administrado como si le beneficia. Y así lo señala abiertamente el artículo 78.1 de la LRJPAC.

El TEAC, desde una ya lejana Resolución de 30 de septiembre de 2005 (NFJ022253), viene negando la posible aportación en vía económico-administrativa de aquellas pruebas o documentos no adversados previamente en fase de inspección, por el posible desorden que ello pudiese generar en el propio desarrollo del procedimiento administrativo y la dificultad que entrañaría luego la aparición de un material no valorado en el propio contexto en el que las actuaciones inquisitivas se desenvuelven. Esta tesis (que puede resultar en algunos casos adecuada e incluso conveniente, atendido el perfil del contribuyente) ha sido reiterada y ampliada posteriormente en otros pronunciamientos del Central (Resoluciones de 19 de abril de 2007 –NFJ026636– o 26 de junio de 2008 –NFJ029746–) ⁶.

⁶ «El recurrente solicitaba en primera instancia el recibimiento a prueba de la reclamación, sobre diversos puntos de hecho referentes a los rendimientos obtenidos de la actividad económica. Como señala certeramente la resolución impugnada del Tribunal Regional, las pruebas solicitadas debieron haberse aportado en el marco del procedimiento de inspección; incluso, en el recurso de reposición interpuesto ante la Inspección el reclamante se ofreció a aportar pruebas documentales que acreditasen la imposibilidad de la existencia del beneficio determinado por la Inspección, y ésta, mediante requerimiento de 15 de enero de 1999, le concedió un plazo de diez días para que aportase la documentación que considerase conveniente, sin que el interesado diese cumplimiento al mismo. A este respecto, este Tribunal Central ha sentado la doctrina de que, salvo circunstancias excepcionales, que no concurren en el presente caso, las pruebas relevantes para la adecuada regularización de la situación tributaria han de aportarse ante el órgano de gestión competente, manteniendo el criterio de que el procedimiento de las reclamaciones económico-administrativas no es el momento procesal oportuno para aportar las pruebas que debieron serlo en el procedimiento de inspección y comprobación, ya que con ello se pretende sustraer de este procedimiento la función básica que lo justifica, que es contrastar, analizar e integrar con el resto la información y justificación aportada por el contribuyente permitiendo con ello llegar a las consiguientes conclusiones. En este sentido este Tribunal Central concretamente, en Acuerdos de 14 de septiembre de 2001 y 21 de abril de 2005 (RG 777-1997 y 2493-2002), establecía este Tribunal Central que el obligado tributario no puede pretender que en vía económico-administrativa se tengan en cuenta hechos que no manifestó ante la Inspección. En efecto, las relaciones jurídicas entre los obligados y la Administración tributaria se encauzan en procedimientos legalmente regulados, de manera que ni el de inspección puede confundirse con el de revisión, ni cabe mezclar las finalidades o la actividad administrativa propia de uno u otro: a la Inspección le corresponde la investigación y comprobación de los hechos determinantes de las liquidaciones tributarias (art. 140 LGT, de 28 de diciembre de 1963), mientras que la revisión económico-administrativa ha de referirse a la valoración que de tales hechos haya determinado el acto que se impugne. Por tanto, no puede quedar al arbitrio de los obligados tributarios el procedimiento en que han de examinarse los hechos que puedan convenir a sus intereses. Asimismo, en Acuerdo de 11 de octubre de 2001, al abordar esta misma cuestión, decía que: "Ésta es

Sin embargo, conviene advertir que una generalización acrítica o inflexible de dicha doctrina, puede generar muchos más problemas que los que con ella se pretenden resolver o, lo que es mucho más grave, el menoscabo de derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, pues no es infrecuente que por la formación del representante del contribuyente, por la premura y las especiales circunstancias que rodean el momento en el que las actuaciones administrativas se desenvuelven o por cualquier otro motivo que quepa imaginar, surja luego la necesidad de aportar pruebas desconocidas, ignoradas o no suficientemente valoradas en el propio momento en que el procedimiento inquisitivo se ejecuta.

Para empezar, cualquier limitación a la aportación de documentos o proposición de pruebas desconocidas en fase inspectora, únicamente debiera afectar a los recursos y reclamaciones de carácter puramente administrativo (en nuestro caso recurso de reposición y reclamación económico-administrativa), careciendo de virtualidad alguna frente a los órganos judiciales que, no obstante, deben decidir si el carácter revisor de la jurisdicción impide también la aportación de tales documentos o

cuestión que debió plantearse en el ámbito de las comprobaciones inspectoras o, incluso, en las alegaciones al acta, no en vía de revisión. Es entonces cuando el contribuyente tiene la oportunidad de aportar los elementos de juicio que considere convenientes a su derecho o de manifestar ante la Inspección la necesidad u oportunidad de que los examine. Si la deja pasar, cabe preguntarse si tiene sentido o, más específicamente, si es conforme a Derecho admitir tales pruebas en instancias posteriores por parte de órganos de revisión a los que no compete la práctica de comprobaciones inspectoras. Admitir su realización una vez cerrado el periodo de actuaciones inspectoras implicaría alterar el orden del procedimiento tributario legalmente establecido, al atribuir a tales órganos revisores la práctica de actuaciones que son propias de la Inspección, y ello en el marco de una relación muy distinta a la que se establece con el obligado tributario en el procedimiento inspector. En él dicha relación presenta un acentuado carácter dialéctico, en que la presencia del obligado o su representante a lo largo de las actuaciones está ordenada precisamente a la finalidad, no sólo de lograr una mayor eficacia en la actividad administrativa, sino también de una mejor defensa de los derechos e intereses del propio administrado, que puede alegar y aportar continuamente todo aquello que a su derecho convenga, con posibilidad de ser verificado y comprobado, si se considera necesario, por la Inspección. Pero, una vez concluidas las actuaciones inspectoras, la naturaleza de la relación entre el obligado y la Administración pasa a ser diferente, como consecuencia de no ser continua la presencia del contribuyente, sino limitada a los momentos procedimentales en que así queda establecido. Se infiere de lo dicho que la capacidad de la Administración para valorar afirmaciones y pruebas aportadas por el sujeto pasivo, que durante las actuaciones inspectoras es máxima, queda limitada en otras instancias y esta limitación, como no podía dejar de suceder, encuentra adecuado reflejo en la legislación: así, el artículo 46 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, relativo a las Diligencias, prevé la posibilidad de que el compareciente formule las manifestaciones (y, por tanto, aporte documentos y otras pruebas), que entienda convenientes; por su parte, la Inspección podrá llevar a cabo, a la vista de tales aportaciones, las actuaciones de comprobación o investigación que sean necesarias (art. 36), en cambio, en la reclamación económico-administrativa, puede el interesado acompañar a su escrito de alegaciones las pruebas que puedan convenir a su derecho (cuya fuerza de convicción será apreciada por el Tribunal al dictar resolución) o las que desee proponer (que podrán evacuarse o denegarse por el Vocal o el Secretario, según proceda) que se regulan en el artículo 94 del Reglamento de Procedimiento, sin que el órgano económico-administrativo pueda, evidentemente, practicar actuaciones de comprobación a la vista de las aportadas, sino simplemente apreciar su fuerza de convicción. Por otra parte, el derecho a formular alegaciones y aportar documentos, establecido en el artículo 3 k) de la Ley 1/1998 no puede llegar, a juicio de este Tribunal, a extenderse hasta el punto de permitir que el interesado manipule a su arbitrio las competencias de los diversos órganos de la Administración tributaria, sin más que aportar ante unos lo previamente sustraído a la consideración de otros. Se deduce de este análisis que el tiempo adecuado para presentar pruebas o sugerir exámenes de documentos, contabilidades o registros, es el procedimiento inspector, porque más tarde no ha lugar a la dialéctica necesaria que permita su exacta valoración. Admitir este tipo de pruebas permitiría al obligado tributario disponer a su arbitrio sobre el contenido de cada procedimiento, sustrayendo al de inspección ciertas comprobaciones para atribuir las al órgano revisor. O, análogamente, pondría en manos de dicho sujeto pasivo la duración de los procedimientos, porque cabría la posibilidad de aportar por primera vez pruebas que hubieran sido decisivas en el procedimiento inspector, una vez concluido éste e iniciado el económico-administrativo, obligando de hecho al órgano revisor a reponer las actuaciones de gestión para que pudiera valorarse la prueba adecuadamente. En consecuencia, ha de entenderse que, salvo circunstancias excepcionales, que no concurren en este caso, las pruebas relevantes, a juicio del reclamante, para la adecuada regularización de su situación tributaria, han de aportarse ante el competente órgano de gestión».

si el derecho a la tutela judicial efectiva exige atender esa posibilidad. Dicho de otra manera, son los jueces los que deben decidir sobre el viejo dilema del Fausto de Goethe (prefiero la injusticia al desorden), es decir, si debe prevalecer el orden inflexible de la generalidad de las situaciones, sobre la comisión de una posible injusticia en el caso concreto.

Efectivamente, de ser cierto el planteamiento del TEAC anteriormente expuesto, quizás fuese prematuro hablar todavía en esas fases administrativas de una vulneración flagrante de ciertos derechos constitucionales, pues reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, SSTs 2-4-1993, 2-7-1994, 27-6-1995, 19-1-1998) viene declarando que los derechos de naturaleza procesal no son de aplicación a los expedientes administrativos, y su infracción sólo puede tener lugar en puridad en el propio curso del proceso jurisdiccional. La jurisprudencia limita a los procedimientos administrativos sancionadores la plenitud de las garantías establecidas en el artículo 24.2 de la CE para los procesos penales, remitiendo los no sancionadores al derecho constitucional al acceso a la revisión jurisdiccional, en cuanto realización del principio de tutela judicial efectiva, de modo que la eventual indefensión ha de acreditarse en la pertinente y subsiguiente fase procesal. De esta opinión es, por ejemplo, la STSJ de Cantabria de 10-3-2006 (NFJ023139) al señalar que «cierto es que el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cantabria no recibió el procedimiento económico-administrativo a prueba. El artículo 94.2 del Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, regulador del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas y de la prueba en este procedimiento, no obliga a la admisión de toda la propuesta. La doctrina del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cantabria es constante en esta materia al negar la posibilidad de practicar por el mismo actuaciones de comprobación dado su carácter revisor de la actuación administrativa. De ahí que considere que la prueba debe proponerse ante la Administración tributaria a fin de no sustraerle la función a cuyo cumplimiento está llamada: la de inspección, fase en la que desplegaría toda su fuerza el derecho a la presentación de pruebas que recoge el artículo 3 k) de la entonces vigente Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, hoy derogada por la Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria. De hecho, el artículo 96 del citado Real Decreto no prevé recurso alguno frente a la decisión de inadmisión de prueba. Y dado que al contribuyente se le permitió la aportación de ésta ante la inspección tributaria y se le ha permitido con posterioridad su presentación ante los Tribunales, no puede hablarse de vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de utilización de medios probatorios pertinentes, ni de indefensión».

Pero no vemos por qué en fase administrativa haya de limitarse o restringirse el derecho a la prueba. El artículo 236.4 de la LGT establece el régimen específico de la prueba en la vía económico-administrativa señalando expresamente que «no cabrá denegar la práctica de pruebas relativas a hechos relevantes», añadiendo que será la resolución de la propia reclamación la que entrará a examinar sobre las que no sean pertinentes para el conocimiento de las cuestiones debatidas, limitándose a enumerar las pruebas y decidir sobre las no practicadas. Con ello, la vigente normativa simplifica significativamente la cuestión probatoria no sólo respecto de lo previsto en los derogados artículos 94 a 96 del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo del 1996, sino también incluso respecto de los artículos 80 y 81 de la Ley 30/1992, respetando de paso la doctrina jurisprudencial según la cual (vgr. STS de 21 de noviembre de 1998 –RJ 1998, 9906–) la denegación de una prueba aportada o propuesta por los interesados ha de motivarse de forma conveniente y suficiente, ya que el derecho de defensa comprende, como una de sus facetas más relevantes, precisa-

mente la de interesar y practicar la prueba que el interesado estime oportuna y adecuada a sus intereses, por lo que la potestad del Tribunal en orden a la denegación de las que sean innecesarias, superfluas o impertinentes debe resultar de las propias actuaciones o explicarse convincentemente por el órgano enjuiciador. Constituye un elemental derecho recogido en el procedimiento económico-administrativo, la posibilidad de aportar la documentación que a juicio del reclamante pueda arrojar luz al Tribunal para la adecuada resolución de la controversia suscitada con la Administración. Lo que se compadece bien con la posibilidad incluso de que el propio TEAR practique prueba de oficio cuando sea necesaria para esclarecer los hechos o interpretar adecuadamente las normas jurídicas aplicables al caso objeto de resolución. En tal sentido, la STSJ de Baleares, de 11 de febrero de 2000 (JT 2000, 205) afirmará que «ciertamente, con el escrito de alegaciones pueden acompañarse los documentos que el reclamante juzgue convenientes, pero, aun no aportado documento alguno, si no se tenía por cierto (por parte del Tribunal Económico-Administrativo) que la superficie de la parcela fuese inferior a la asignada, que era lo que aducía la señora C., y si tampoco se aceptaba que la inedificabilidad comportase aplicación del coeficiente corrector, el órgano competente estaba obligado a la apertura de un periodo de prueba para que la señora C. tuviese la oportunidad real de acreditar ambos extremos puesto que de ellos derivaría su derecho y no resultaban del expediente».

La propia LRJPAC, en su artículo 79, contiene la expresión máxima del principio de información del procedimiento administrativo, que supone la plasmación expresa del derecho de los interesados a desplegar una actividad probatoria que no se ciñe al concreto espacio temporal del trámite de prueba y que cuenta con el expreso reconocimiento jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo (SSTS de 18 de junio de 1973 –RJ 1973, 3147– y 3 de abril de 2000 –RJ 2000, 1851–). Además, la propia LGT únicamente alude a esta posible restricción de la prueba en su artículo 158.3 atinente a la estimación indirecta de la base imponible, desde un planteamiento esta vez lógico –que no se oculte información que luego pueda ponerse de manifiesto para cuestionar la propia metodología de determinación de la base imponible– y que debe quedar circunscrito a ese excepcional procedimiento de fijación de la magnitud del elemento cuantitativo del tributo.

Parece prudente sostener que la doctrina administrativa emanada por el TEAC no pueda ni deba prevalecer frente al derecho de defensa y tutela judicial efectiva, pues, como afirmara la STC 85/2006 (NFJ022191), de 27 de marzo, «el hecho de que los recurrentes no hubieran efectuado alegaciones en vía administrativa acerca del contenido de las liquidaciones tributarias litigiosas no impide que puedan posteriormente formularlas durante el proceso contencioso-administrativo. En efecto, hemos señalado con carácter general que el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24.1 de la CE tiene como uno de sus contenidos esenciales el acceso a la jurisdicción "sin limitación de garantías ni impedimentos para alegar y demostrar en el proceso lo que se estime oportuno" (por todas, STC 30/2004, de 4 de marzo, FJ 2.º) y así lo hemos reiterado al pronunciarnos en relación con la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 –hoy art. 56 LJCA 1998– que establece que en los escritos de demanda se consignarán "las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, aunque no se hubieran expuesto en el previo recurso de reposición o con anterioridad".

Pero es que, además, la imposibilidad de aportar pruebas supuestamente no entregadas con anterioridad en fase inspectora, constituye la resurrección de un rancio problema completamente

superado, cuya respuesta puede encontrarse en la propia Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) (Ley 29/1998) al recuperar para la jurisdicción la totalidad de la función jurisdiccional conforme a los propios términos y principios que la informan, en el sentido de la plena defensa del derecho de las partes a aportar y practicar cuantas pruebas estimen conducentes a la defensa de sus pretensiones. Eso mismo resultaba ya de la aplicación de los artículos 74 y 75 de la LJCA de 1956, en los que el desarrollo de la fase de prueba quedaba supeditada al cumplimiento de dos únicos requisitos: la «disconformidad en los hechos» y su «indudable trascendencia, a juicio del Tribunal, para la resolución del pleito»; requisitos enteramente al margen, pues, de lo que previamente hubiera acontecido en la vía administrativa, es decir, de lo que se hubiese aportado o dejado de aportar por parte del ciudadano. Solución que era además la que se imponía desde la propia concepción del proceso contencioso-administrativo que, en términos de la Exposición de Motivos de la Ley, «no es una casación, sino, propiamente, una primera instancia jurisdiccional» ante la que «se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo».

Una solución, por otra parte, que se refuerza con la entrada en vigor del artículo 24 de la CE, pues, como ha afirmado el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, la «idea de un proceso al acto ha concluido en España. El contencioso no es, en modo alguno, un proceso al acto, o de protección de la sola legalidad objetiva; es un proceso de efectiva tutela de derechos, los del recurrente y los de la Administración entre sí confrontados»⁷. Idea en la que han insistido otros cualificados miembros de la doctrina administrativa⁸. El profesor BORRAJO INIESTA, insiste en que el planteamiento que niega la prueba en vía procesal por no haberse previamente intentado en la vía administrativa, es hoy absolutamente contrario a los términos del artículo 24 de la Carta Magna, concretamente al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa⁹. Es cierto que en un primer momento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo todavía se resistía a plasmar el cambio descrito. Tal es el caso de la STS de 5 de octubre de 1960 (RJ 1960, 3109), defendiendo la «improcedencia de sustituir mediante los elementos de prueba aportados al proceso las deficiencias de justificación que existen en las actuaciones administrativas», solución en la que abundan, entre otras, las posteriores Sentencias de 10 de junio de 1963 (RJ 1963, 2729), 23 de mayo de 1972 (RJ 1972, 3035) o 20 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 6669). La referida STS de 10 de junio de 1963 llegará a decir a este respecto que «es evidente que, en principio y respetando el carácter eminentemente revisor de esta jurisdicción, deben atenderse sus Tribunales, al ponderar las cuestiones sometidas a su conocimiento, al análisis de los antecedentes de hecho que aparezcan probados en el expediente gubernativo en su caso a instancia del administrado y que hubieran sido tenidos en cuenta por el órgano económico-administrativo para disponer, contemplando los mismos hechos, su resolución impugnada en vía jurisdiccional y, como consecuencia, pronunciarse sobre la legalidad de lo decretado. Pero es lo cierto que el expresado carácter de la jurisdicción no conserva el rigorismo que la presidía con anterioridad a la promulgación de su Ley Reguladora de 27 de diciembre de 1956, toda vez que ésta

⁷ *Hacia una nueva justicia Administrativa*, Madrid, Civitas, 1989, pág. 52.

⁸ PAREJO ALFONSO, L. *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983, págs. 286 a 290, o FERNÁNDEZ TORRES, J. R. *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Madrid, Civitas, 1998, págs. 302 a 325.

⁹ «Prueba y jurisdicción revisora, Gravamen de la consolidación del dominio, STS de 17 de septiembre de 1988», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 61, 1989, págs. 141 a 143.

admite la posibilidad de la prueba en el proceso, si bien modulada y acomodada su admisión en consonancia con su artículo 74, párrafo 2) y, también, en los casos en que como tiene declarado con reiteración esta Sala en autos resolutorios sobre la pertinencia del trámite probatorio cuando propuesta por los interesados dentro de las actuaciones del expediente administrativo, no haya tenido efectos por causas ajenas a la voluntad del proponente».

Pero tal doctrina cambia radicalmente a partir de la STS de 17 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 6056), al afirmarse correctamente, por el contrario, que «aunque la función de la jurisdicción contencioso-administrativa es eminentemente revisora, ello no empece para que por aplicación subsidiaria de la LEC, y por el propio procedimiento que establece la Ley de la Jurisdicción, se puedan completar en el correspondiente periodo probatorio los elementos de juicio que se llevaron a la vía administrativa al objeto de que la información de que disponga la Sala en el momento de resolver el asunto ante ella planteado sea más completa, e incluso exhaustiva posible». La más reciente Sentencia de 24 de marzo de 2001 (RJ 2001, 4146) afirma que no «es ineludible acreditar cumplidamente en la vía previa los hechos en que se apoya el ejercicio de una acción o la reclamación de un derecho». Lo que no cabe, sigue diciendo esta Sentencia, «es alterar los hechos aducidos en la vía administrativa previa como base de la pretensión en virtud del principio de la vinculación con los actos propios, pero la falta de aportación de pruebas en el procedimiento administrativo no impide solicitar en sede jurisdiccional todas las que sean conducentes para acreditar los hechos en que se funda la acción que se ejercita».

Por lo tanto, cualquier restricción en el proceso de las pruebas aportadas o propuestas por las partes se opone al tenor de la ley y se basa en un entendimiento del dogma revisor de la jurisdicción ya superado ¹⁰. Es más, de ocurrir algo al respecto, sería justamente lo opuesto a lo que señala el TEAC. Es la Administración la que no podría suplir en el proceso contencioso-administrativo la actividad probatoria que debiera haber desplegado con carácter previo a su resolución. En tal sentido se expresa también la mejor doctrina al señalar que «la Administración ha tenido todas las facultades y posibilidades de comprobar (es decir, probar ante sí) los hechos en los que basar su resolución. No siendo el recurso jurisdiccional una segunda instancia de la vía administrativa, la Administración no puede pedir el recibimiento a prueba (*rectius*, el Tribunal debe denegárselo) para probar lo que no comprobó en su momento. Urge la matización de que, por el contrario, será del todo legítimo que lo pida para desvirtuar hechos introducidos por el administrado en vía administrativa y/o jurisdiccional (...) Digamos a modo de conclusión de esta breve reflexión, que si se admite la actividad probatoria a instancia de la Administración para suplir su propia obligación de instrucción previa a resolver, estamos admitiendo una suerte de *reformatio in peius* en el recurso contencioso-administrativo. En efecto, si el actor con su demanda provoca que un defecto que le beneficia (y que será fundamento básico de sus alegaciones) resulta subsanado por virtud de ese mismo proceso que pretende anular el acto, estará peor tras el proceso que antes de él. El artículo 24.1 de la Constitución habrá sido frontalmente vulnerado» ¹¹.

¹⁰ En este sentido VILLABA PÉREZ, F. «La prueba», *Estudios sobre la Jurisdicción contencioso-administrativa* (Dir. JIMÉNEZ BLANCO, A.) Granada, CEMCI, 1999, págs. 414 y 415.

¹¹ BAYO DELGADO, J. «Proceso contencioso-administrativo: carga de la prueba, recibimiento a prueba e instrucción previa en vía administrativa». *Jurisdicción contencioso-administrativa. Aspectos procesales*. Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, 1992, XV, págs. 506 y 507.

Resulta evidente, por lo tanto, que si de los términos claros de la derogada LJCA de 1956, y de su propia Exposición de Motivos, se colegía una solución permisiva a la introducción en el proceso de cuantas pruebas se consideraran necesarias para fundamentar la posición respectiva, supuesta, claro está, la propia pertinencia del medio pretendido, más aun después de la promulgación de la CE, que consagra, como uno de los aspectos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la posibilidad de utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa y que no es desmentida en modo alguno por la vigente LJCA.

Es más, el Tribunal Supremo defiende para sí mismo, y en aplicación de la LEC, de vigencia supletoria en los procesos contencioso-administrativos, un principio de apreciación conjunta de la prueba, tanto de la desarrollada en el curso del procedimiento administrativo como de la practicada en el propio proceso judicial, pues de otra forma los Tribunales estarían atados inexorablemente, ora a la apreciación de los hechos que hubiera podido efectuar la Administración, ora a la mayor o menor pericia del representante del contribuyente en la demostración de los hechos afirmados ante la Inspección, ora al propio expediente administrativo ¹². Por cierto que, respecto de este último, es decir, del expediente administrativo, la mejor doctrina se ha cuidado de advertir los serios peligros jurídicos que se derivarían de la imposibilidad de aportar pruebas una vez completado aquél: «el expediente administrativo, al estar integrado por documentos, goza de todo el valor de la prueba documental. Pero esta circunstancia por sí sola no puede llevar al Tribunal a estimar como probado cualquier hecho en ellos descrito, porque, en primer lugar, tales hechos han de ser expresamente afirmados por las partes en sus escritos de alegaciones y en segundo y sobre todo, porque, tal como dispone el artículo del 1.218 del Código Civil los documentos públicos tan sólo hacen fe de su causa (y no de la verdadera o material, sino tan sólo de la reflejada en el documento) y de la fecha de su expedición (...) se hace obligado discriminar los documentos que pueden hacer fe de su contenido de los que carecen de esa fuerza probatoria o, lo que es lo mismo, hay que determinar qué documentos pueden alcanzar el valor privilegiado de la prueba preconstituida» ¹³.

El derecho a la prueba es «soporte esencial» del derecho de defensa (STC 195/1995, de 19 de diciembre, FJ 7.º). Y dicho derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la propia defensa, ha sido constitucionalizado por el artículo 24.2 de la CE como derecho fundamental ejercitable en cualquier tipo de proceso en el que el ciudadano se vea involucrado, puesto que ese derecho, inseparable del derecho mismo de defensa, consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal, sin desconocerlo u obstaculizarlo (STC 357/1993, de 29 de noviembre, FJ 2.º). Como advirtiera en su día la STC 73/2001, de 26 de marzo, en su FJ 2.º, «conforme a reiterada doctrina constitucional, el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes que, como elemento inseparable del derecho mismo a la defensa, opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas

¹² SSTs de 11 de abril de 1986 –RJ 1986, 2631–, 27 de noviembre de 1990 –RJ 1992, 2136–, 12 de marzo de 1992 –RJ 1992, 2979–, 25 de marzo de 1992 –RJ 1992, 3393–, 1 de julio de 1992 –RJ 1992, 6101–, 16 de octubre de 1992 –RJ 1992, 7832–, 19 de febrero de 1993 –RJ 1993, 1080–, 3 de marzo de 1994 –RJ 1994, 2416–, 13 de julio de 1995 –RJ 1995, 5652–, 20 de noviembre de 1996 –RJ 1996, 8083–, 27 de febrero de 1997 –RJ 1997, 1529–, 2 de junio de 1998 –RJ 1998, 5045–, 23 de noviembre de 1999 –RJ 1999, 8961–, 26 de febrero de 2001 –RJ 2001, 1087–, 10 de junio de 2003 –RJ 2003, 6631–, 19 de mayo de 2004 –RJ 2004, 4727–, entre otras muchas.

¹³ GIMENO SENDRA, V. «El derecho a un proceso administrativo con todas las garantías», *Revista de derecho procesal*, Justicia, núm. 1, 1991, pág. 26.

por el Juez o Tribunal que no podría desconocer ni obstaculizar su efectivo ejercicio, sin que les es propio para apreciar su pertinencia, ni liberar a las partes de la carga de argumentar la trascendencia de las que propongan. Pero basta con que la inejecución sea imputable al órgano judicial y que la prueba impracticada sea decisiva en términos de defensa para que, en principio, el supuesto quede cubierto por la garantía constitucional. Y si bien es en el artículo 24.2 de la CE donde se reconoce el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, de ello no se deriva necesariamente que la problemática probatoria no pueda estar afectada ni protegida, dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, por el párrafo 1.º del artículo 24 del CE». Asimismo, y como afirmara la STC 205/1991, de 30 de octubre, en sus FFJJ 3.º y 4.º, «según reiterada doctrina de este Tribunal, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la propia defensa, constitucionalizado por el artículo 24.2 del CE, ejercitable en cualquier tipo de proceso e inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal, sin desconocerlo u obstaculizarlo, e incluso prefiriéndose el exceso en la admisión a la postura restrictiva. Ello no supone desapoderar a los órganos jurisdiccionales de su competencia para apreciar la pertinencia, por relación al *thema decidendi*, de las pruebas propuestas, ni liberar a las partes de la carga de argumentar la trascendencia de las que propongan, para evitar con la denegación dilaciones innecesarias. Pero basta con que la denegación o inejecución sea imputable al órgano judicial y la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa, para que, en principio, el supuesto quede cubierto por la garantía constitucional (STC 80/1986, 147/1987 y 50/1988)».

Según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional el derecho a la prueba es una de las garantías que a todos reconoce el artículo 24.2 del CE, de suerte que la denegación de pruebas pertinentes podrá justificar el recurso de amparo si de ello se deriva indefensión o alteración del resultado del proceso (STC 116/1983, de 7 de diciembre). Tan es así, que el Alto Tribunal, en su Sentencia 30/1986, de 20 de febrero, reconoce el derecho de los actores, cargos electos del País Vasco, condenados por injurias al Rey, a que se admitan las pruebas documentales inadmitidas o rechazadas previamente, nada menos que por el Tribunal Supremo. En su Sentencia 14/1997, de 28 de enero (FFJJ 5.º a 10.º), el Tribunal Constitucional, llegará a decir a este respecto que «la Jurisdicción contencioso-administrativa no es una segunda instancia, sino que ante ella por el contrario se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes (Exposición de Motivos de la LJCA), por lo que las pruebas a practicar en el proceso son independientes de los actos de instrucción que hayan podido llevarse a cabo en el previo procedimiento administrativo. Por eso, aunque los actos de infracción donde los funcionarios competentes consignan los hechos que observan en el curso de sus comprobaciones e investigaciones sean consideradas como medios de prueba capaces de destruir la presunción de inocencia [STC 76/1990 (NFJ000802)], sería incompatible con la Constitución una presunción *iuris et de iure* de veracidad o certeza de los documentos de la Inspección o que se dispensara a la Administración, en contra del derecho fundamental a la presunción de inocencia de toda prueba respecto de los hechos sancionados. Las exigencias constitucionales son crecientes en los distintos procedimientos en vía administrativa, en sede contencioso-administrativa y en el proceso penal, en los términos de la STC 76/1990 (...) La intervención de funcionario público no significa que las actas gocen en cuanto a los hechos imputados de una absoluta preferencia probatoria que haga innecesaria la formación de la convicción judicial acerca de la verdad de los hechos empleando las reglas de la lógica y de la experiencia (...) El derecho fundamental a la prueba debe ser restablecido mediante la apertura del periodo probatorio sin limitar la potestad judicial para apreciar la pertinencia de la que se proponga ni, mucho menos, la final valoración de los hechos».

De esta forma, el rechazo a la prueba propuesta por el contribuyente determinaría en vía contencioso-administrativa la nulidad de las actuaciones, de conformidad con lo afirmado por la STC 19/2001, (NFJ010572) de 29 de enero, en sus FFJJ 1.º a 6.º, donde llega a señalarse que «el contenido esencial del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, íntimamente relacionado con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso (STC 37/2000). En el caso de autos, la entidad actora debía acreditar que el destino exclusivo del vehículo era la actividad empresarial, para que las cuotas del arrendamiento financiero fueran deducidas en la liquidación por el impuesto de sociedades, fundándose la desestimación de la pretensión deducida en el proceso contencioso-administrativo en la falta de acreditación de esa afectación exclusiva. Pero el artículo 24 de la CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta (como lo fue en el caso de autos, por estimar que se refería a hechos sin trascendencia para la resolución del pleito) y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar, causando a la entidad demandante de amparo una indefensión material contraria al artículo 24.1 de la CE y vulnerando su derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE)».

Con base en la amplitud con que se encuentra redactado el artículo 24 de la CE, el Tribunal Constitucional ha declarado (STC 151/1990, de 4 de octubre, FJ 3.º) que el derecho a la prueba es un derecho fundamental que emana del derecho a la tutela judicial efectiva, pero también que, como derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa, debe entenderse incluido en el derecho a la presunción de inocencia (STC 212/1990, de 20 de diciembre, FJ 3.º), que por supuesto no puede entenderse limitado al estricto campo del Derecho Penal, pues, «una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del Derecho que ha de informar la actividad judicial (*in dubio pro reo*) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata, tal y como ha precisado este Tribunal en reiteradas sentencias (...) el derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos» (STC 13/1982, de 1 de abril, FJ 2.º).

En la línea apuntada anteriormente respecto de la jurisdicción contencioso-administrativa, que lo que prohibía era únicamente la introducción de planteamientos novedosos, pero no de cualquier prueba que pueda afirmar o refutar los hechos objeto de controversia, la jurisprudencia constitucional abunda a este respecto en su Sentencia 137/1992, de 13 de octubre (FFJJ 6.º y 7.º), cuando afirma que «la introducción sorpresiva e intempestiva de un hecho nuevo que deviene en factor decisivo del fallo, suscitado por primera vez concluso el juicio y en escrito de solicitud de práctica de «diligencias para mejor proveer» vulnera la tutela judicial efectiva. Las diligencias para mejor proveer no constituyen un instrumento hábil para que las partes puedan introducir nuevas alegaciones al proceso, sino un recurso excepcional de que dispone el juzgador para, una vez concluido el juicio y antes de dictar sentencia, completar el material probatorio aportado, siempre y cuando la prueba practicada de oficio

recaiga sobre el *thema probandi* delimitado por las partes en su demanda y contestación. La introducción extemporánea de una nueva *causa petendi* altera sustancialmente el objeto procesal al traer al proceso hechos nuevos no planteados en el juicio, infringiendo el principio de congruencia y causando indefensión en la medida que la resolución judicial se desvía de los términos en que fue planteada la controversia procesal. Ha de estimarse pues contrario al derecho a la tutela y a un proceso con todas las garantías la posibilidad de introducir alegaciones o hechos nuevos distintos al tema de la prueba al amparo de la facultad inquisitiva contenida en las diligencias para mejor proveer, pues ello desvirtúa su naturaleza convirtiéndolas en una suerte de segunda fase de alegaciones y de ejecución de prueba». Es más, «la denegación no fundada de la práctica de las pruebas solicitadas puede provocar indefensión y vulnerar el derecho de defensa, y el Tribunal Constitucional puede revisar la declaración de innecesaria de la prueba por parte de los órganos judiciales cuando se apoye en una motivación que no pueda considerarse razonable» (STC 351/1993, de 29 de noviembre, FFJJ 1.º y 6.º).

En definitiva, que resulta difícilmente comprensible que unas pruebas que van a poder ser presentadas en vía judicial –so pena de vulnerar los principios constitucionales más fundamentales– no puedan adverbarse en vía económico-administrativa. Sin embargo, lo cierto es que hasta tanto no se pronuncien al respecto el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, la Audiencia Nacional parece seguir los planteamientos del TEAC en alguna de sus Sentencias, donde se adopta como criterio interpretativo la restricción contenida en el artículo 158 de la LGT (una cortapisa únicamente prevista, insistimos, para la estimación indirecta de la base imponible). Tal es el caso de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25-1-2007 (NFJ025955), donde llega a decirse lo siguiente: «aunque esta Sala viene admitiendo la posibilidad de acreditar los gastos por cualquier medio admisible en derecho, conforme a los artículos 114 y 115 de la LGT y 217 de la Ley 1/2000, lo cierto es que dicha acreditación no ha tenido lugar en el presente recurso incluso aunque se hubiera admitido la prueba testifical propuesta por la parte actora, pues nada impide que las facturas presentadas por el recurrente hubieran sido ya computadas en la cifra declarada por el sujeto pasivo y admitida por la Inspección. 4. La admisión de la prueba documental por la Sala, no conlleva que se entienda producida la infracción de los artículos 114.1 y 115 de la LGT y 96 del Reglamento de Procedimiento de las Reclamaciones Económico-Administrativas, aprobado por Real Decreto 391/1996, por parte de los Tribunales Económico-Administrativos, ni del derecho a utilizar los medios de prueba presentados para su defensa (art. 24.2 CE), reservado al ámbito de los Juzgados y Tribunales. En efecto, ante ambas instancias el recurrente solicitó simplemente que se completara el expediente, al referirse a las citadas facturas, pero no consta expresamente una solicitud de prueba, que conllevara su denegación conforme al artículo 96 del RPREA. Por otra parte, los actos que denieguen las pruebas en vía económico-administrativa no son susceptibles de recurso alguno, tal como recoge expresamente el citado artículo, sin perjuicio de reiterar la proposición de prueba en segunda instancia, por lo que en ningún caso se le habría ocasionado indefensión a la actora. Además, los Tribunales Económico-Administrativos entraron a examinar la posible admisibilidad de la referida prueba, entendiendo que dichas facturas deben aportarse en fase de comprobación, al carecer los órganos administrativos de elementos de juicio suficientes para pronunciarse sobre facturas aisladas, no insertas en un proceso global y complejo de verificación de la contabilidad y de la actividad empresarial. Pues bien, dicho criterio debe ser aceptado siendo un elemento interpretativo de primer orden la redacción del artículo 158 de la LGT, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, que aunque referido a la aplicación del método de estimación indirecta –petición subsidiaria que articula el recurrente en su demanda– establece en su apartado tercero, párrafo b, una norma

relativa a la admisión de datos, documentos o pruebas relacionadas con las circunstancias que motivaron la aplicación del referido método de estimación. Según el referido precepto, la admisión de los documentos, datos o pruebas presentadas con posterioridad a la propuesta de regularización, sólo será pertinente cuando el sujeto pasivo demuestre que su aportación al referido procedimiento fue imposible, extremo este que, en el caso de autos, tal como se ha señalado, no se ha acreditado, sino todo lo contrario, si partimos de unas facturas expedidas en el año 1993 y que se aportan por primera vez ante los Tribunales Económico-Administrativos el 27 de marzo de 1998. En caso contrario y sin concurrir justificación alguna que exceptuase esa regla, se podría dejar en manos de un obligado tributario un medio para prolongar la duración de los procedimientos, sin más que aportar unos documentos en el momento procedimental que más le conviniera. Añadir a lo expuesto, que el artículo 171 de la LGT resulta únicamente aplicable a las liquidaciones firmes, supuesto que no es el de autos». En la misma línea, aunque algo más matizada, se mueve la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19-12-2008 (NFJ032038), cuando declara básicamente correcta la prohibición de aportar material no revelado en la fase de gestión en la posterior económico-administrativa, pero reprocha a la Inspección que debió otorgar más tiempo a la reclamante para la entrega de las facturas que luego se aportaron en vía revisora.

ASPECTOS FISCALES DE LA GESTIÓN DEL COBRO DE LAS CUOTAS DE URBANIZACIÓN COMO INGRESO PÚBLICO LOCAL. EN PARTICULAR, LA AFECCIÓN Y LA FIGURA DEL TERCER ADQUIRENTE. ESPECIALIDAD DE UN ENTE PÚBLICO COMO SUJETO DEUDOR

SALVADOR MARTÍNEZ ABELLÁN

Abogado y Técnico de Administración local.

Jefe de Sección de Recaudación del Ayuntamiento de Sagunto

Profesor del CEF

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña María Teresa SOLER ROCH, don Juan Carlos LÓPEZ-HERMOSO AGIUS, doña Ana MUÑOZ MERINO, don Vicente PÉREZ SÁNCHEZ, don Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE, don Jesús SANMARTÍN MARIÑAS y don Fernando SERRANO ANTÓN.

Extracto:

LAS empresas de construcción y promoción inmobiliaria están de moda hoy en día, desgraciadamente por algo negativo: la crisis económica. A ellas, como a las haciendas municipales, les afectan los costes y los impagos. Las cantidades adeudadas se llegan a gestionar en común por ambos sujetos, y en la legislación no se clarifican muchos apartados e incidencias prácticas que se dan en la gestión del cobro de las llamadas cuotas de urbanización, como ingreso público típicamente local, ni han sido, salvo en algunos casos doctrinalmente, muy tratadas o tenidas en cuenta, cuando sustentan tanto la financiación de las administraciones, en su labor y responsabilidad urbanizadora, como la de los propios agentes o terceros urbanizadores, que constituyen una parte muy importante de la actividad económica y del tejido empresarial del país.

Aprovechando su estudio en la gestión del cobro, se tratan cuestiones como el régimen tributario aplicable a los ingresos no tributarios, tampoco muy clarificador en la ley, como especialidades en el cobro de un sujeto cuando existe un tercer titular, o cuando se trata de una Administración pública; régimen que hoy en día ha cambiado, a tenor de la nueva normativa fiscal.

Palabras clave: costes de urbanización e ingreso público local.

TAX ASPECTS OF COLLECTION MANAGEMENT OF THE URBANIZATION COSTS AS A LOCAL PUBLIC REVENUE. PARTICULARLY, THE PLEDGING OF GOODS AND THE THIRD BUYER. A PUBLIC BODY AS A DEBTOR

SALVADOR MARTÍNEZ ABELLÁN

*Abogado y Técnico de Administración local.
Jefe de Sección de Recaudación del Ayuntamiento de Sagunto
Profesor del CEF*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña María Teresa SOLER ROCH, don Juan Carlos LÓPEZ-HERMOSO AGIUS, doña Ana MUÑOZ MERINO, don Vicente PÉREZ SÁNCHEZ, don Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE, don Jesús SANMARTÍN MARIÑAS y don Fernando SERRANO ANTÓN.

Abstract:

BUILDING construction companies and property developers nowadays are affected by economic crisis, specifically, by non-payments, costs and prices. So, in the same way, Local Public Finance is affected too.

Urbanization costs are competence of both of them. These are local public revenues and represent the topic of this paper, in which we pretend to study some unknown aspects about the mentioned local public revenues, since these are very important for local economy.

Keywords: urbanization costs and local public revenue.

Sumario

- I. Naturaleza: ¿ingreso privado o público?
 - 1. Situación actual.
 - 2. ¿Qué aspectos tributarios o del régimen tributario tienen o se aplican a las cuotas de urbanización como ingresos de derecho público? Esto puede valer para cualquier ingreso de derecho público, ¿qué se les aplica actualmente del régimen tributario?
 - 3. Cuotas de urbanización y contribuciones especiales.
- II. Aspectos de la gestión del cobro.
- III. Procedimiento de cobro.
 - 1. La recaudación en periodo voluntario.
 - 2. La recaudación en periodo ejecutivo.
 - 3. La afección.
 - 4. El tercer adquirente.

I. NATURALEZA: ¿INGRESO PRIVADO O PÚBLICO?

Los planes de urbanismo se tienen que ejecutar, y esta ejecución comporta unos gastos a los cuales hay que buscar cobertura. Las prestaciones económicas que cubren esos gastos son las cuotas de urbanización. En el sistema de cooperación estatal, los propietarios reciben solares urbanizados y pagan los costes de urbanización que se repercuten en todos ellos.

Las cuotas como cargas de urbanización son más consideradas desde el punto de vista de la doctrina administrativa en general, sobre todo urbanística, que de la perspectiva de la doctrina financiera, como es lógico. Su principal definición se basa en la consideración de su finalidad específica, su carácter finalista, ya que son cantidades afectas a un destino concreto, la obra urbanizadora, y por ser una obra pública constituyen una obligación para el propietario; el coste de la obra debe ser soportado y sufragado por quien va a recibir las plusvalías generadas por la acción urbanística, y por ello debe compensarse. Es, en principio, un coste para quien urbaniza, y finalmente para quien va a soportar ese coste; normalmente hablamos de una Administración titular de la función pública, y de los propietarios que reciben un valor que deben sufragar, derivado de esa obra pública. LLISET BORRELL así las define, y niega su carácter de tributo o exacción distinguiéndolas claramente de las contribuciones especiales. Este punto de vista o acepción está admitido por la jurisprudencia (SSTS 30-9-1981, 22-10-1982, 10-6-1985, 8-10-1991, etc.).

En las comunidades autónomas, la concepción de la posibilidad de la existencia de un agente urbanizador que sea un empresario privado en busca del interés en un ámbito empresarial negociable hace que haya una clara diferencia entre quien soporte el coste de la obra urbanizadora y quien tiene la responsabilidad pública de que ésta se lleve a cabo (agente y Administración) y, aparte, quien debe soportarla finalmente en lo que se refiere al coste de la misma. Esto es admitido en la normativa autonómica, verdadero ente regulador de dicha competencia.

Ya ha sido reconocida su naturaleza de ingreso público, pese a las numerosas y variadas posturas en que se señala que esa naturaleza es distinta. Pero no tiene por qué tener unas características excluyentes; puede tener o gozar de varias características y significados. Así, ya no es dudosa la afirmación de que se trata de ingresos de derecho público, porque estamos ante una función y responsabilidad públicas, independientemente de quién realice materialmente la misma. Esto se ha llegado a discutir, señalándose que, por el hecho de que su destino no son las arcas municipales, sino retribuir una labor urbanizadora que realiza un ente privado en «su negocio jurídico» con la Administración, estaríamos ante una tarifa que se cobra al usuario, de naturaleza privada. Sin embargo, esto no es así, pues esta función, atribuida por ley a la Administración, tiene como consecuencia una prestación patrimonial establecida por ley, que es de carácter público. Esto, ni más ni menos, nos lo señala la Constitución en su artículo 31. Está claro que dicho ingreso corresponde a lo que supone el coste o cargas de urbanización, pero no son cargas simplemente, sino contraprestaciones que, en el justo reparto de

las mismas, se cargan a los propietarios, que responden de los costes que generan una plusvalía para sus terrenos. Responden como cargas de urbanización, y los urbanistas y la legislación urbanística se quedan ahí; pero no hay que quedarse ahí. La regla general aplicada a varias legislaciones autonómicas es que éstas se constituyan en especie, pero cuando son en metálico, cual es el caso que tratamos aquí, esas cuotas son cantidades que derivan de una actuación pública, de una obligación pública así establecida por ley, y son ingresos de derecho público, independientemente de que la labor urbanizadora la realicen agentes privados y —en principio— deban soportar estos los costes de urbanización.

Así pues, como ingresos de derecho público, se les aplica la legislación que corresponde a los ingresos de derecho público, es decir, por ejemplo el Reglamento General de Recaudación (RGR) (RD 939/2005, 29 de julio); pero también, y aunque no goce de la naturaleza jurídica tributaria, la Ley General Tributaria (LGT) (Ley 58/2003, de 17 de diciembre), directamente, o indirectamente por remisión de la normativa local, y también, entonces, por ser un ingreso local, se le aplica el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (TRLHL) (RDLeg. 2/2004, de 5 de marzo), sin olvidar la normativa de legislación de procedimiento común, o la propia normativa urbanística, tanto estatal como autonómica (recordemos que la competencia urbanística es, principalmente, autonómica), lo cual es obvio.

Así, no siendo un tributo, pero teniendo características de éste, se ha considerado como una exacción parafiscal.

Vista su concepción urbanística, otros autores destacan que sean algo más que cargas, ya que suponen una entrada de ingresos que financia la Hacienda Pública, aunque con una finalidad específica o concreta, que es la de sufragar esas cargas o costes.

Esta cuestión del ingreso público o privado tiene sentido si pensamos en la existencia de un tercero, ajeno a la Administración, que lleva a cabo la obra urbanizadora y que va a soportar el coste de la obra; ello supone la existencia de unas relaciones con los propietarios de los terrenos y con la propia Administración que deben acordarse porque van a configurar el marco jurídico de sus relaciones (derechos y obligaciones), sin olvidarnos de que estamos, en último caso, ante una función pública, y debe respetarse lo dispuesto en las leyes.

Esto es importante definirlo en un principio porque, dependiendo de su naturaleza, tendrá un régimen aplicable u otro, y las consecuencias son muy distintas ¿La naturaleza de un ingreso (público o privado) viene determinada por la naturaleza del sujeto perceptor? Si fuera así, todos los ingresos que percibe la propia Administración serían públicos, y sabemos que no es así: hay existencia de ingresos patrimoniales que pertenecen a la propia Administración. Parece más lógico considerar que la naturaleza del ingreso deriva del fin al que está afectado, de la finalidad pública o privada a la que atiende, del objeto o actuación que financia, si atiende a ese interés general o no. Es importante esta consideración, porque en el caso de los ingresos que forman parte de las Haciendas Públicas, los ingresos públicos son inembargables, mientras que, como se mantiene en una doctrina muy reciente, los bienes patrimoniales pueden responder de deudas frente a terceros, aunque sean de titularidad pública, y aunque es muy difícil establecer esta frontera, y mostrar que unos ingresos son patrimoniales o no, siendo titularidad de un ente público, en todo caso, al final, ¿no se atiende también con los ingresos o bienes patrimoniales, en última instancia a actuaciones y finalidades públicas, porque ése es su fin siempre, y no puede evadirse

de ello por estar así fijado por el Ordenamiento, con carácter constitucional? (art. 103 CE: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales...»).

Si no habláramos de un ingreso de derecho público, estaríamos ante una especie de tarifa establecida por convenio, de carácter extrapresupuestario. ¿No se aplicaría el RGR, al no ser un ingreso de derecho público, o se aplicaría parcialmente si es ello posible? ¿Habría que exigirlo entonces judicialmente? De momento, ¿podemos considerar que se está ante un ingreso de derecho privado con potestad de apremio sobre la finca, es decir, un ingreso privado con protección pública? Parece contrario e incongruente con la ley hablar de potestad o vía de apremio por parte de la Administración, y de ingreso privado. Otra cuestión es hablar, en el caso de ser un ingreso de derecho público, cuál sería el procedimiento a seguir, pero eso no tiene por qué desnaturalizar su idiosincrasia. Como hemos visto, estamos ante una concepción demasiado nueva, bastante forzada, que rompe con la consideración establecida en la norma en cuanto a la naturaleza hasta ahora del ingreso como cuota de urbanización, aunque también es verdad que ello deriva de una concepción novedosa sobre las mismas en todos sus ámbitos, necesitados de una aclaración e interpretación en muchos de sus puntos, por las consecuencias que conlleva.

Así, aspectos como la exigencia del interés legal, el pago a un tercero en periodo voluntario, el hecho de que la Administración se convierta también en deudora y quede obligada al pago de sus cuotas correspondientes, de la posibilidad de suscribir convenios dentro de la gestión y recaudación, o la exigencia del IVA (a pesar de las indicaciones de la Unión Europea en que los ingresos públicos no deben llevar IVA) parecen querer apoyar la teoría de la concepción tarifaria de la exacción, pero en un examen más detenido vemos que tampoco tiene por qué.

A nivel estatal, se discute el carácter público o privado de las Juntas de Compensación; por un lado, el artículo 127.3 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (RD 1346/1976) les atribuía naturaleza administrativa; por otro, existe un origen contractual y unos intereses privados. Para MARTÍN BLANCO, lo «urbanístico» no es ni público ni privado, aunque se inclina más por la teoría privatista; pero estos entes privados realizan un ejercicio de funciones públicas, y por tanto, con presencia y control de la Administración. Definir su naturaleza pública o privada es muy importante, porque de estas dos alternativas se derivan consecuencias de distinto signo. Pero la ley y el reglamento atribuyen carácter administrativo a estas corporaciones, a pesar de que se basen en un acuerdo de voluntades, por la obligación legal de urbanizar, porque la gestión es pública, porque se asumen funciones y potestades públicas, por el control de la Administración, por los trámites administrativos y por el control de la jurisdicción contenciosa en lo que se refiere a sus acuerdos.

En las normativas autonómicas tampoco está claro, hasta el punto de apreciarse su concepción así definida en el ámbito estatal desde otro punto de vista distinto, y con una diferente óptica que desvirtúa más el concepto y el planteamiento del hasta ahora considerado. Esto es consecuencia de las lagunas y dudas interpretativas que trae como consecuencia la redacción de las leyes en el tratamiento en este punto. De principio, el problema surge con la naturaleza del agente urbanizador, que puede ser privada, vinculada a la Administración por un convenio para la realización de unas obras de urbanización. Este agente, como sujeto persona física o jurídica de carácter privado, es quien va a soportar el coste de las obras. Él es quien debe recibir la compensación, bien sea en terrenos, bien sea en metá-

lico. Por tanto, atendiendo al sujeto que es el destinatario final del importe de las cuotas, no parecería que estamos, en principio, ante un ingreso público, aunque este enfoque necesita matización.

A pesar de que en algunas de estas normativas no están claras las relaciones urbanizador-Administración, sobre todo en el régimen jurídico aplicable, aparece el primero como un ejecutor de una obra; como una opción legal posible a la labor de urbanización material de un proyecto o unidad, que puede ser un agente privado, pero también puede no serlo, cuya figura se asemejaría más a un contratista que a un gestor de servicios o concesionario; y un contrato de obras no es lo mismo que un contrato de gestión de servicios, sino en su régimen contractual común, y a veces ni tan siquiera está clara esta sujeción a este régimen contractual legal, salvo supuestos expresamente mencionados por la normativa autonómica.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29-1-1998 (RJ 1998/1094), o la de 20-11-1991, diferencia entre potestad tributaria y potestad tarifaria, y señala que una sociedad anónima privada municipal, con personalidad jurídica propia, y de capital íntegro de la corporación, que gestiona directamente un servicio municipal esencial, no puede exigir una tasa ni un precio público, sino un precio privado o tarifa, que se establece en un contrato de gestión de servicios, y no puede exigirse por vía de apremio; un tributo se regula por la legislación tributaria, es un ingreso o prestación de derecho público, y puede exigirse por vía de apremio. Además, se señala que la potestad tarifaria puede venir condicionada por la potestad de ordenación de precios que influye en aquélla y que es distinta, ya que la primera se concede al titular del servicio, y la segunda condiciona y modula el ejercicio de aquélla, limitando los incrementos de tarifas y precios en función del interés público de detener la inflación y evitar discriminaciones territoriales o sectoriales, con respeto al principio de autonomía municipal; así, la tarifa se vincula al objeto del contrato y puede verse afectada por la alteración del equilibrio financiero, al ser un precio privado, que está sujeto a la política de intervención de precios, que es distinta a la de establecimiento de tarifas (SSTC 97/1983 y 53/1984). La doctrina no es pacífica, y se da un confucionismo que se refleja en la STS 21-1-1993, donde a la tarifa se la considera ingreso de derecho público y exaccionable por vía de apremio, aunque también sometida a la normativa y competencias establecidas por las normas que regulan la ordenación económica y la política de precios. Así, se les asigna una doble naturaleza: tasa y precio-tarifa.

Algún juzgado de lo contencioso-administrativo rechaza por incompetencia entender de asuntos litigiosos relacionados con las cuotas, por no estar comprendidos en los supuestos del artículo 8.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, al no considerarlas como tributos ni ingresos de derecho público. Puede afirmarse lo primero, aunque es muy discutible lo segundo. No es lo mismo un ingreso público que un tributo. Afortunadamente, parece que esto empieza a corregirse.

Pero, a pesar de las indicaciones anteriores, que podrían considerar que no se trata de un ingreso de derecho público que conforma la Hacienda Pública, por las características mencionadas que así las alejan de considerarse como tal, se podría señalar que sí lo son porque, por un lado, el sujeto urbanizador no actúa por su cuenta y riesgo como empresa privada concesionaria de la gestión de ningún servicio; además, no están las cuotas sometidas a esa política general de precios como tales, o como lo están las referidas tarifas de cobro de prestación de servicios a las que se referían como ejemplo las anteriores sentencias; y, por último, la potestad de la vía de apremio para su cobro sólo puede ejercerla

la Administración, como señala la propia normativa urbanística, con lo que estamos resaltando el carácter público de la misma, sin contar con la finalidad última, que siempre es pública. Por eso no parece que estemos ante una potestad tarifaria. De otro modo, se encontraría más bien un acople forzado en un marco jurídico no muy bien definido y cuya concepción quedaría falta de desarrollo y de fundamento o soporte, incluso.

En cuanto a la normativa vigente, en el Reglamento de Servicios (Decreto de 17 de junio de 1955) sí aparecen diferenciadas estas figuras, donde aparece la tarifa como remuneración del concesionario; en el Real Decreto Legislativo 781/1986 parece que se sigue con esta idea, en el artículo 107, aunque no lo define tan claramente, y en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, no habla de las tarifas, habla de las tasas y precios públicos, sin hacer mención al régimen de derecho público o privado en que se presta el servicio. Así, la tarifa es el producto del ejercicio de la potestad tarifaria de la Administración (y no de la potestad tributaria) y es el precio fijado por la Administración para remunerar a quien, en régimen de derecho privado, presta el servicio, y se adopta de forma contractual, mientras que la tasa y el precio público son contraprestaciones que constituyen ingresos de derecho público que conforman la Hacienda Pública.

1. Situación actual.

Dicho todo esto, y en relación al tema que tratamos, en época de crisis, el número de impagados aumenta. Esto también se deja ver en las Administraciones Públicas, y, en concreto, en los Ayuntamientos. Concretando aún más, en el trabajo de la construcción, la principal actividad económica del país, cuando hablamos de gastos relacionados con dicha actividad que generan cuotas de urbanización, cuya competencia de gestión le corresponde a los Ayuntamientos, o, a final de cuentas, responsabilizarse de la urbanización, y del coste de la labor urbanizadora, este tema se acentúa. Existe un hecho obvio que diferencia el tratamiento de las cuotas de urbanización de los restantes ingresos, no sólo tributarios, sino también de derecho público. Y el hecho es que aunque tenga el tratamiento de ingreso presupuestario, en la realidad no lo es. Las contribuciones especiales son ingresos afectos también, pero su destino son las arcas municipales, la financiación de una obra pública ordinaria municipal, cuyo gasto soporta directamente el Ayuntamiento a través de una liquidación directa financiada por los vecinos afectados especialmente. Pero en las cuotas, ese dinero recaudado cuando interviene el Ayuntamiento va a parar en muchos casos a manos del tercer sujeto urbanizador, que hace de intermediario en la labor urbanizadora, pero que soporta su gasto, y lleva adelante la urbanización. Quizá lo que lo diferencia de las contribuciones especiales es la naturaleza no tan clara de la figura contractual de ese tercero, que en el ámbito de la figura del ente urbanizador, en su selección y régimen jurídico, ha sido objeto de polémica con la Unión Europea y, aún sigue siéndolo. En las contribuciones especiales, tratándose de obras ordinarias, puede hacerse hasta con el personal de la propia corporación, de manera directa. Pero en una obra urbanizadora, de mayor complejidad y volumen, existe la necesidad de contratar con un tercero. Piénsese que cuando hablamos de una labor urbanizadora sufragada por cuotas de urbanización nos estamos refiriendo a una obra mucho más compleja y completa que una obra ordinaria, obra que muchas veces podrá asumir incluso directamente la propia Administración, sin necesidad de acudir a un tercero. Hablamos del supuesto en que las cuotas son sobre todo en metálico, ya que también puede ser en terrenos; este último tendría otro tratamiento, patrimonial y contable.

Pero si se opta por la opción de metálico, ese dinero puede ir destinado al agente urbanizador, un tercero, empresa o entidad que lleve a cabo la labor urbanizadora, siempre que no sea ésta pública. Algunas legislaciones urbanísticas prevén la figura del agente urbanizador, un empresario privado, en la práctica, en la mayoría de las veces. Y la legislación dice que al mes de notificada la liquidación, se puede ir en apremio sobre la finca, y que esta opción, si se elige (ya que hay otras, p.ej., la vía civil) se realiza por el Ayuntamiento, al cual se le pueden pedir responsabilidades por el incumplimiento, o daños y perjuicios por el paso del tiempo en la dilación de la tramitación. Lo cual supone que, a pesar del volumen de tramitación y de expedientes que ya de por sí tiene cualquier recaudación media municipal, con los medios tan limitados con que se cuenta en la casi totalidad de los casos (yo diría que en todos; salvo alguna excepción, son muy limitados, tanto materiales y humanos como de disponibilidad de infraestructura), no queda más remedio que ortorgarle un mínimo de preferencia o de atención especial. Y ahora, en estos tiempos, dichas cuotas pendientes aumentan. Como también aumenta la presión, por parte de los agentes, y las reclamaciones por parte de los propietarios, que a veces son empresas que, dada la situación económica, no buscan más que ganar tiempo y dilatar los trámites para entrar en concurso, para que los bienes lo intervenga un juez y no poder embargar el bien o cobrar la deuda.

2. ¿Qué aspectos tributarios o del régimen tributario tienen o se aplican a las cuotas de urbanización como ingresos de derecho público? Esto puede valer para cualquier ingreso de derecho público, ¿qué se les aplica actualmente del régimen tributario?

Empezamos por lo dispuesto en la disposición adicional primera de la LGT, cuando señala que «Las exacciones parafiscales participan de la naturaleza de los tributos rigiéndose por esta ley en defecto de normativa específica». O sea, que tienen a la LGT de aplicación supletoria, que se transforma en directa si no existe normativa específica.

También hay una necesidad de garantías de derechos que se establece por ley; ya que recordemos que no sólo los tributos tienen respaldo constitucional, sino también los ingresos o prestaciones públicas, como hemos dicho (art. 31 CE). Los sujetos obligados al pago de las cuotas son los titulares de los terrenos afectados (arts. 58 y 178 RGU). Es una obligación impuesta por ley por su condición de propietarios de esos terrenos. Es una obligación de derecho público que no puede ser alterada por pactos de derecho privado (STS 10-6-1985); en esto recuerda también el régimen tributario (art. 35 LGT).

No cabe duda de que la finalidad o función pública de ambas figuras las define igualmente, por eso se consideran ingresos públicos. Ambas son obligaciones *ex lege*.

Al ser una competencia municipal la ejecución de los planes, también lo es la gestión económica de los mismos. Y al ser ingresos públicos locales, se les aplica el TRLHL, con lo que el régimen de recargos e intereses es el mismo que se exige en los **tributos** del Estado. No sólo eso, sino que el régimen recaudatorio regulado en el vigente RGR (RD 939/2005, de 29 de julio) se aplica a todos los ingresos de derecho público, y los preceptos de la LGT que recoge del antiguo reglamento y que ahora han sido elevados a rango de ley, y que antes se aplicaban igualmente a todos los ingresos públicos. La razón de esta nueva ubicación no es defenestrar al resto de ingresos de derecho público

de esta regulación, sino precisamente darles mayor respaldo legal. Por lo tanto, la regulación referente a los diversos aspectos de la recaudación de deudas públicas les es aplicable (modos de extinción de deuda, etc.).

El régimen de recursos también es el mismo: el recurso de reposición obligatorio o preceptivo (art. 14 TRLHL).

Otros aspectos más concretos, como los plazos de extinción de la deuda, al igual que en el sistema de recursos, se han ido igualando: con la nueva Ley General Presupuestaria (LGP), el régimen de prescripción de las deudas públicas no tributarias se ha igualado a aquéllas, y es también de cuatro años.

Sin embargo, aún sigue habiendo diferencias, ya que son figuras distintas: las cuotas no son tributos (obedecen a una función específica y tienen una financiación afectada), su concepto y su finalidad son muy específicas, distintas a otras figuras, y el procedimiento de aprobación y exigencia es también distinto en sus trámites.

Como especie de exacciones parafiscales, se rompe el principio de unidad de caja; hay autores que destacan que existen ingresos que son especies de tributos, pero que tienen notas que los distinguen de éstos, como la afectación a fines específicos (ruptura de ese principio de unidad de caja por tanto), gestión extraña a los órganos de la Administración financiera, carácter extrapresupuestario y creación por norma de rango inferior a la ley, y algunas de estas notas las cumplen las cuotas urbanísticas. Algunos autores las llaman contribuciones especiales parafiscales.

La figura, pues, con la que más se asemeja son las contribuciones especiales, que son, precisamente, un tributo. Aplicamos en relación a éstas las diferencias entre ambas figuras según lo expuesto.

3. Cuotas de urbanización y contribuciones especiales.

Vamos a relacionar las cuotas de urbanización con la figura de las contribuciones especiales, figura tributaria con la que más se asemejan aquéllas, para configurar así su concepción no tributaria, aun cuando existan semejanzas y aspectos iguales entre ambas figuras. Así, aun teniendo muchas notas en común, como por ejemplo, el hecho imponible o presupuesto de hecho, o la constitución de asociaciones administrativas de ciudadanos para colaborar en las obras, hay que diferenciar entre ambas figuras y resaltar sus diferencias para evitar la confusión.

Diferencias entre cuotas de urbanización y contribuciones especiales como formas de financiación de obras y establecimiento de servicios públicos:

- Conceptual: unas se refieren a las obras **ordinarias** de interés local, y otras a obras de **urbanización**. Ambas en principio poseen un mismo hecho imponible o mismo presupuesto de hecho. Las cuotas surgen en la 2.^a mitad del siglo XX para corregir las limitaciones de las contribuciones especiales como recursos para financiar las obras. Realmente pueden ser diferentes las obras, pero pueden no estar tan claras las diferencias conceptuales. Pién-

sese en actuaciones urbanas en suelos consolidados. Así, se podría decir que son complementarios ambos tipos de obras y procedimientos de financiación, hasta el punto de que algunos municipios no distinguen legalmente entre ambos a expensas del resultado y combinan ambas fórmulas, pero las contribuciones especiales son un tributo, retornan a la colectividad las plusvalías generadas por la actividad constructiva de la Administración; las cuotas participan de un sistema que, junto a otros instrumentos, tiene como finalidad la ejecución del planeamiento; aquí las plusvalías generadas por el plan se afectan a las cargas, pero no se generan por la Administración, sino que esas cargas se redistribuyen por los propietarios y las cuotas rescatan medios económicos para satisfacer los costes de urbanizaciones, cuya finalidad es garantizar los principios de ejecución del planeamiento.

- El Tribunal Supremo, en Sentencia de 9-2-1993, prohíbe la aplicación de la normativa tributaria a las cuotas de urbanización, aunque hoy ese tema se ha flexibilizado, y habría que matizar de qué aspectos hablamos.
- Las contribuciones especiales son tributos, y las cuotas no; son cargas urbanísticas, por lo tanto el régimen aplicable a unas y otras será distinto.
- El procedimiento de imposición y ordenación es distinto en unas y otras. Hay necesidad de ordenanza fiscal en las contribuciones especiales, al tratarse de un tributo, y las cuotas no la necesitan porque no lo son (necesidad de reparcelación o acuerdo de innecesariedad con los requisitos exigidos).
- Formas de pago y plazos de ingreso: los supuestos de pago son tasados en las cuotas, y abiertos en contribuciones especiales; los plazos son de un mes en cuotas y plazos según el artículo 62 de la LGT para las contribuciones; hay admisión de pago en especie en las cuotas, es decir, pago en terrenos o parcelas siempre que haya acuerdo y libre de cargas facultativas para la Administración (STS 5-10-1993). No está previsto el pago en especie en las contribuciones.
- Los supuestos de aplicación son distintos: actuaciones de ejecución de planeamiento en unas, y obras ordinarias en zonas consolidadas en otras.

Según alguna normativa autonómica, la aplicación de cuotas se puede realizar en toda actuación urbanística, tanto en las ejecuciones integradas como en las aisladas, con lo que en determinados ámbitos autonómicos no hay ningún supuesto que no pueda ser financiado por cuotas de urbanización y tenga que serlo a través de contribuciones especiales.

- Las obras o servicios que pueden ser financiados son más amplios en las contribuciones, al no existir una delimitación cerrada en la ley, y sí que es concreta en las cuotas (sufraga los gastos de los costes de urbanización).
- Los sujetos obligados al pago vienen determinados en las cuotas (propietarios de los terrenos), y pueden ser más variados en las contribuciones.
- Las contribuciones especiales no pueden rebasar el 90% del coste total de las obras, mientras que las cuotas de urbanización alcanzan el 100%.

- El módulo de reparto es distinto; en las cuotas, por la superficie o valor del suelo o las fincas o aprovechamiento de éstos si es innecesaria la reparcelación, y en las contribuciones especiales es más variado, aunque delimitado: superficie, metros lineales, valor catastral y volumen edificable.
- Innecesariedad de ponderación del beneficio especial en las cuotas.
- Afección como carga real en las cuotas, no en las contribuciones.
- Las asociaciones administrativas que se crean de cooperación, o de interés urbanístico, y de contribuyentes son distintas, con fines distintos.
- El sistema de recursos o régimen de impugnación que, sin embargo, eran distintos, ahora se han unificado con el nuevo régimen establecido en la LHL (Ley 39/1988, de 28 de diciembre) artículo 14, cuando señala que «Contra los actos de aplicación y efectividad de los tributos y **restantes ingresos de derecho público de las entidades locales**, sólo podrá interponerse el recurso de reposición que a continuación se regula».

Así las cosas, este tipo de ingreso (las cuotas de urbanización) plantea cuestiones incidentales prácticas que vale la pena tratar, y que se plantean en medio de todo esto.

II. ASPECTOS DE LA GESTIÓN DEL COBRO

Una vez transcurrido el plazo para el pago en periodo voluntario (normalmente, un mes), si las cuotas en metálico han sido impagadas es cuando entra en juego la Administración pública, en cuanto al cobro, porque anteriormente ya existió una cuenta detallada y justificada que se aprobó por la propia Administración y donde se establecían las liquidaciones correspondientes a los titulares correspondientes. Entonces, el agente, para el cobro de la deuda, gastos de urbanización que éste ha financiado, y para recuperar su dinero, pasa una relación de impagados al Ayuntamiento para que ejerza su potestad en vía de apremio para el cobro de la deuda. Aquí es interesante señalar que se debe exigir al agente o tercer sujeto urbanizador copia de las liquidaciones realizadas y sus notificaciones, ya que éstas legitiman todo el proceso anterior y pueden alegarse posteriormente en la tramitación del expediente en vía de apremio. También los datos registrales de las fincas afectas, aunque su identificación registral debe hacerse constar en la misma notificación de la liquidación, para cuando se tenga que proceder al embargo de la misma, según señala la normativa vigente, poder identificarla en el registro, ya que pueden existir muchas más (y así ocurre, suele ser lo normal); y los poderes de representación y datos de contacto de las personas que representan a las entidades jurídicas (es normal que sean personas jurídicas, no físicas), si no existen ya en poder de la Administración [art. 35 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o los arts. 45 y 46 LGT).

Lo que sí se requiere también es la firmeza del acto en vía administrativa (reparcelatorio o la declaración de su innecesariedad).

a) Una cuestión interesante es: ¿caben pactos entre el agente urbanizador y los propietarios cuando ya se han pasado las cuotas impagadas al Ayuntamiento y es éste el que lleva la gestión?, ¿qué pasa si luego esas cuotas se anulan, están mal liquidadas, se pagan al agente, y a lo mejor sólo por el principal? Recordemos que, como ingreso público se le aplica el régimen establecido en el RGR, y los recargos e intereses de la LGT, artículos 1.1 y 2.1 del Reglamento, que señalan que «este reglamento regula la gestión recaudatoria de los recursos de naturaleza pública...», en desarrollo de las leyes, y «la gestión recaudatoria de la Hacienda Pública consiste en el ejercicio de la función administrativa conducente al cobro de las deudas y sanciones tributarias y demás recursos de naturaleza pública que deban satisfacer los obligados al pago», y el artículo 10.1 del TRLHL, que dice que «En la exacción de los tributos locales y de los restantes ingresos de derecho público de las entidades locales, los recargos e intereses de demora se exigirán y determinarán en los mismos casos, forma y cuantía que en la exacción de los tributos del Estado».

Así las cosas, la propia normativa urbanística señala que el impago de las cuotas dará lugar a la ejecución forzosa de su liquidación, a través de la Administración actuante y en beneficio del urbanizador, mediante apremio sobre la finca afectada. La demora en el pago devengará, en favor del urbanizador, el interés legal del dinero. Incurrirá en mora la cuota impagada al mes de la notificación de la resolución que autorice su cobro inmediato.

El RGR, como ya hemos visto, se aplica a las entidades locales directamente y a cualquier concepto que suponga un ingreso de derecho público, como lo son las cuotas de urbanización. En el artículo 167.3 de la LGT se recogen los motivos de oposición a la vía de apremio. Dichos motivos están tasados, y aun con la flexibilidad con que pudieran entenderse en determinados supuestos, como así lo ha manifestado la jurisprudencia en determinadas ocasiones, no se encuentra, desde luego, el pacto entre particulares de una manera explícita.

El artículo 36 de la antigua ley y el artículo 17.4 de la nueva LGT señalan que no es posible el pacto entre particulares cuando quiere surtir efecto ante la Administración y afecta a algún elemento de la obligación tributaria; que dichos elementos no pueden ser alterados por actos o convenios de particulares; que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas, y la deuda, con todos sus conceptos, es un elemento de la obligación tributaria (art. 58 LGT). Y aunque el agente urbanizador como parte puede aparecer jurídicamente con un carácter mixto por sus relaciones con Administración y propietarios, y por su naturaleza, puede ser una persona privada en este caso, pero también un agente público, es por esta misma cualidad última por la que debe respetar la normativa vigente y los procedimientos establecidos, no pudiendo realizar pactos aleatoriamente, en cualquier momento, que puedan afectar al transcurso de un procedimiento establecido por la aplicación de la norma vigente, cual es el procedimiento en vía de apremio, que debe impulsarse de oficio, que ha sido solicitado por la parte interesada y que está legitimado por unos presupuestos normativos y fácticos que han llevado a su incoación. Aunque también es verdad que, aunque la norma diga que al mes de impagada una cuota debe procederse al apremio sobre la finca, los terceros urbanizadores en ocasiones tardan más en la práctica en realizar ese plazo para posibilitar un posible acuerdo que lleva al pago de las mismas sin necesidad de llevarlo por la vía de

oficio, que supone unas potestades y unas cantidades añadidas (recargo e intereses o costas incluso) que pueden dificultar o no convenir en algunos casos a la hora de realizar el pago al sujeto deudor.

La normativa urbanística hace mención a que es posible una relación libremente convenida entre urbanizador y propietarios afectados, pero siempre dentro del respeto a la ordenación urbanística y programación aprobada. La ley concreta el ámbito normativo a respetar, pero está claro que es una concreción por la materia que trata, específica, la urbanística; pero ese respeto normativo debe de hacerse, no sólo a la de carácter urbanístico, sino al resto de normativa constitucional, al resto de leyes y normas que puedan incidir en dicha materia, como a la misma ley reguladora en que viene contenido. La propia Constitución proclama el principio de legalidad en sus artículos 1, 9, 103 ó 106.

La responsabilidad urbanizadora es pública; la actividad urbanística es una función pública; aunque se opte por la ejecución pública de una actuación urbanística en cuestión, a través de la forma de gestión indirecta, de un tercero agente urbanizador, que es un agente público, y seleccionado en pública competencia; los terrenos se afectan por ello al pago de las cuotas, y por ello en general, la sujeción a las normas se realiza en el ámbito público, y no privado, para salvaguardar los intereses de dicha índole. Por todo ello, como en último caso la responsabilidad es de la Administración, ésta debe ser la que decida y la que deba tener conocimiento y consulta respecto a las modificaciones pactadas, sean con el agente o entre el agente y los propietarios. Por eso tampoco cabe pactar una finalización de un procedimiento de manera convencional, como señala en su caso el artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al margen de la Administración, contrario al ordenamiento jurídico, o que no satisfaga el interés público; o en representación de ésta frente a los propietarios, porque se habla de un procedimiento que es aplicable por la Administración de oficio y regulado por el derecho público, cual es la vía de apremio, que no puede realizar ni disponer el agente por su condición de particular, ya que supone el ejercicio de potestades públicas. Y sin embargo, si el contenido del pacto alcanzado por el agente con los propietarios afecta a este procedimiento, que es fruto de la aplicación de una norma legal, y que es innegociable entre las partes, porque la norma no se puede modificar por convenios particulares, cuando es al contrario, éstos deben estar sujetos a aquélla, y ese acuerdo será nulo.

Aunque estuviéramos hablando de un derecho opcional (STS 24-6-1996) o renunciable por parte del agente urbanizador del ejercicio de la vía de apremio por la Administración para el cobro de las cuotas pendientes, ésta se deba hacer cuando ello no esté prohibido por el ordenamiento jurídico (art. 90 Ley 30/1992, de 26 de noviembre); en el caso de que no haya habido renuncia, porque se ha solicitado la iniciación de dicho procedimiento y se ha puesto legítimamente en marcha el mismo, con los costes de tramitación que supone y que la normativa recaudatoria, y la propia Ley urbanística tienen en cuenta, se debe de cumplir el procedimiento establecido.

Además de la situación de desigualdad que puede crearse respecto a aquellos que hubieran satisfecho la deuda en plazo, y que queda protegida también por la ley, y por ello, debe también salvaguardar la Administración.

En definitiva, la posibilidad de acuerdo entre partes que la legislación urbanística puede establecer no se refiere a la disponibilidad del crédito tributario, o de derecho público, que la ley tiene prohibida para las partes, tanto para la Administración como para el sujeto deudor o, en este caso, un tercero en la relación jurídico-fiscal o parafiscal.

La ley sí que impone un plazo para que se inicie la vía ejecutiva, aunque de una manera especial sobre el bien (apremio sobre la finca). Y este plazo es de un mes desde la notificación de la liquidación. Pero son muchas veces las que el propio agente urbanizador no cumple esos plazos. Además, la opción de la vía de apremio sobre las cuotas no es la única que existe; como hemos visto, se puede ir por la vía ordinaria o civil. Pero cuando se ejerce, obliga al Ayuntamiento a responder de manera especial, ya que esos ingresos pueden no ser para el Ayuntamiento, y como dice la norma, puede pedirse indemnización por daños y perjuicios por el tercero si no se realiza la gestión como corresponde.

b) ¿Se puede cobrar algún concepto por la gestión municipal del cobro, cuando hay agente urbanizador? La ley señala que el importe consistirá en el principal más los intereses legales, pero no dice nada respecto a otros conceptos, por ejemplo, el recargo de apremio. Quizá se pueda entender que el apremio sobre la finca no conlleva la exigencia de un recargo de apremio, sino sólo el cobro del principal más los intereses. Pero el único procedimiento establecido por ley para proceder en vía de apremio es el establecido en la LGT y en el RGR. Y ahí sí existe la exigencia de un recargo por fuera de plazo. Ese dinero público, al final tiene un destino extrapresupuestario, pues el Ayuntamiento ha hecho de ente cobrador para el tercer agente urbanizador. Pero claro, si no sólo aplicamos la legislación urbanística, que se queda en los términos expuestos, sino, al ser un ingreso de derecho público, la normativa recaudatoria, tributaria y de Hacienda local, ya hemos visto que el procedimiento va a exigir un recargo (el que sea) en periodo ejecutivo o en vía de apremio. ¿Para quién es ese recargo? ¿Se lo queda el Ayuntamiento, o el agente urbanizador? En principio, dentro del importe de la deuda cobrada, correspondería todo el importe al agente urbanizador. Es verdad que se conocen muchos casos; que incluso entre administraciones se ha llevado a cabo un cobro por la gestión (véase el caso de las diputaciones respecto a los cobros de tributos municipales); cuanto más estaría justificado si estamos gestionando recursos de un ente privado. Pero en este caso, debería recogerse en una ordenanza, bien la fiscal general o bien, casi mejor, en una específica, en que se regulara la figura de una tasa por dicha gestión. Algunos municipios ya lo han hecho. Es mejor solución que pactar un convenio o acuerdo entre las partes, aunque también podría ser incluso jurídicamente posible, pero habría que hacer tantos como agentes participaran en el presente y futuro de la gestión urbanística municipal. Se puede cobrar establecido en una tasa el equivalente al importe del recargo de apremio, las costas devengadas, un porcentaje sobre las bajas por ingreso, anulación, insolvencia u otras causas, nunca será superior el coste al líquido recaudado... No se debe cobrar por el agente ningún valor una vez ya ha sido cedida la gestión al Ayuntamiento, como hemos visto, ya que corresponde a éste recaudar las cantidades correspondientes según el momento de cobro de la deuda, con todos los conceptos de ésta, pero además, ha de contabilizar esas entradas y salidas de derechos reconocidos, como ingresos o bajas, y por tanto, aunque esa indisponibilidad del crédito existe, si se produjera algún ingreso desconocido para el ayuntamiento debe comunicarse a éste, para proceder a la baja o anulación por el motivo correspondiente.

c) ¿Se pueden cobrar por autoliquidación? No. Como en las contribuciones especiales, son recursos afectados, en los que hay que realizar una comprobación, y existen liquidaciones provisionales y definitivas, que no se presentan por el deudor propietario, sino por el agente interesado, cuya cuenta de liquidación se aprueba en el expediente reparcelatorio ante la Administración

actuante. Por lo tanto, como tal liquidación, llevará los elementos de la misma obligatorios que establece la normativa vigente; esto es, y si tomamos como referencia el contenido del artículo 102.2 de la LGT, los elementos esenciales de la liquidación, que más adelante señalamos, donde debería indicarse los datos del sujeto pasivo deudor, el número de parcela de la que es propietario, con la referencia catastral y la superficie, y en cuanto a los elementos de cuantificación de la deuda, el importe total a repartir, la fecha de aprobación del proyecto de reparcelación, el coeficiente de participación con el IVA y si la cuota es provisional o definitiva, y a qué urbanización corresponde. Por supuesto, debe contener esos requisitos generales de toda liquidación y/o notificación administrativa, cuales son los plazos de ingreso, los medios de pago, los recursos (ante quién, en qué plazo, y qué clase), la posibilidad de aplazamiento y fraccionamiento, no sólo recogida en la normativa recaudatoria, sino también urbanística, los efectos del impago y la posibilidad de suspensión, salvo en los casos establecidos en las leyes, al pedir aplazamientos o presentar recurso, con la debida garantía.

Las autoliquidaciones, pues, se pueden aplicar en principio a tributos como a ingresos de derecho público. Ya hemos visto que a las cuotas (ingreso público no tributario) como a las contribuciones especiales (tributo) no le son aplicables, pero sí a otros tributos o ingresos públicos locales. Luego no tiene que ver el tipo de ingreso, según su naturaleza. Pero sí es importante determinar, una vez el ingreso se gestiona por este sistema, si estamos ante una tasa o un impuesto, y si se trata de un servicio que exige contraprestación en su pago u ocupación de dominio público, pues en determinados casos, no corresponde su cobro en vía ejecutiva.

Como ingreso público, en materia de recursos está claro que corresponde el recurso de reposición, pero no el potestativo, sino el preceptivo, del artículo 14 del TRLHL. En el caso de las autoliquidaciones mencionadas, tienen ahora su propio procedimiento específico de rectificación regulado en el Reglamento de Gestión (recuérdese que no es un acto administrativo).

III. PROCEDIMIENTO DE COBRO

¿Cómo debe proceder la Administración para el cobro de la deuda en estos casos? ¿Qué recurso cabe y con base en qué?

1. La recaudación en periodo voluntario.

Las liquidaciones deben haberse realizado cuando las obras estén ejecutadas al menos parcialmente. Aquéllas se entienden con carácter provisional, a reserva de una definitiva que se practicará posteriormente, con audiencia de los interesados otra vez.

Como efectos de la aprobación de cuotas, hay dos efectos importantes: el primero la obligatoriedad por ley de pago de los sujetos afectados; el segundo, la afección de la finca al aseguramiento del pago de la cuota que cubra o financie el coste de su urbanización.

Dentro de las garantías para el cobro de las cuotas, se encuentra la afección real como carga inscribible en el Registro de la Propiedad por el importe provisional fijado en la liquidación. Las parcelas quedan sujetas al pago de las cuotas. Este punto se analiza más adelante, siguiendo el *iter* procedimental.

Estas liquidaciones, una vez aprobadas, se tienen que **notificar** a los respectivos propietarios. Lo puede hacer la Administración, o el tercero que lleve a cabo la gestión o labor urbanizadora. Para salvaguardar los derechos de los interesados, y en cumplimiento del régimen general de notificaciones administrativas de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, las notificaciones deben de guardar unos requisitos determinados:

- El texto íntegro de la resolución.
- Indicación de si es o no definitivo en vía administrativa.
- Los recursos que proceden.
- Órgano ante el que hubiera de presentarse.
- Plazo para interponerlos.

Junto con la liquidación, es importante también que esté integrada la resolución o acuerdo que lo autoriza, una copia del acuerdo literal.

Así, la notificación contendrá, también:

- Los datos del Ayuntamiento como Administración actuante.
- La fecha.
- Los datos de las cuotas y de la urbanización, con el importe total a repartir, la fecha de aprobación del proyecto de reparcelación, el coeficiente de participación, el IVA y la cuota final a pagar, aunque en este caso sea provisional.
- Extracto literal del acuerdo de aprobación e imposición.
- Los datos del obligado al pago, es decir, nombre, NIF, domicilio, parcela de la que es propietario, con la superficie y la referencia catastral.

También constarán en la notificación los plazos de ingreso, los medios de pago, los recursos, la posibilidad de aplazamientos y fraccionamientos, los efectos del impago y a la posibilidad de suspensión.

Recordemos que podemos estar ante un documento que va a servir al propietario para hacer efectivo **el pago** de la cuota (al agente, ante **Ayuntamiento, un banco...**), que es también una notificación administrativa, y que estamos hablando de un ingreso de derecho público, al que le son de aplicación

los requisitos para el pago, de conformidad con el RGR y la LHL. Así, respecto a los requisitos que hemos señalado, el plazo de ingreso será de un mes; esto lo señala el RGU (arts. 181 y 189 para ambos sistemas), y, dicho plazo se cuenta a partir del día siguiente (48.2 Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

Dentro de la recaudación de las cuotas, existe también la posibilidad de exigir el **pago anticipado** para los seis meses siguientes (189.1 RGU) para el sistema de cooperación y, según lo previsto en las bases de actuación para el sistema de compensación, siempre con carácter provisional.

Respecto a los **aplazamientos de pago**, la normativa urbanística es específica en este sentido, ya que aunque el RGR establece un régimen, se puede establecer una regulación por las entidades locales a través de sus ordenanzas fiscales; y en la normativa urbanística, el RGU (art. 190) establece que se podrá solicitar el aplazamiento o fraccionamiento del pago de los costes de urbanización en el sistema de cooperación por cinco años, con presentación de garantía suficiente, y devengando intereses, no siendo posible si se solicita licencia de edificación antes de finalizar la urbanización; y en el sistema de compensación, según lo establecido en las bases de actuación.

Debe ser siempre antes de iniciado el periodo ejecutivo, porque entonces las intenciones del agente y del Ayuntamiento ya son las de cobro forzoso, y tendríamos que aplicar el régimen establecido en el RGR (puede haber incumplimiento de pago, etc.).

A este respecto, es interesante resaltar la modificación del artículo 10 de la LHL, vigente desde 1-1-2003, que señala que no se exigirán intereses de demora en los acuerdos de aplazamiento y fraccionamiento de pago, que se exigen en periodo voluntario, de deudas de vencimiento periódico y notificación colectiva, si el pago se produce en el mismo ejercicio que el de su devengo. Las cuotas de urbanización no son este tipo de ingresos, pero se les podría aplicar también, ya que las peticiones de pago más frecuentes suelen ser en liquidaciones diferentes a las de los impuestos periódicos, como plusvalías, contribuciones especiales, o cuotas de urbanización, por su imprevisibilidad, y por su elevado importe. Ello dado el ámbito de discrecionalidad que tienen las corporaciones para fijar las condiciones en materia de aplazamientos en sus propias ordenanzas fiscales.

Respecto a los **recursos**, el plazo para interponerlos es de un mes también, tanto si se trata del recurso de alzada como el de reposición; ante la alcaldía del Ayuntamiento, parece más claro que sea el de reposición, una por el órgano que ha aprobado la liquidación de cuotas (puede ser alcaldía o comisión de gobierno), y otra porque según la LHL es el que corresponde, (art. 14 LHL), al tratarse de un ingreso de derecho público. Agotada la vía administrativa se puede recurrir, en su caso, en vía contenciosa, en el plazo de dos o seis meses según haya resolución expresa o presunta. Se puede recurrir también la liquidación por cuestiones de titularidad, o por no estar correctamente notificada. En el primer caso puede dar lugar a una causa de nulidad, por lo que habría que admitirlo, incluso en vía de apremio, aun cuando no sea uno de los motivos tasados de oposición a la providencia de apremio.

Y en cuanto a la **suspensión**, hay que señalar que la interposición de recursos no suspende por sí sola la acción administrativa para el cobro de la deuda, aunque se puede aportar garantía suficiente para cubrir el importe de la cantidad debida, más los intereses que se puedan ocasionar (art. 14.2 LHL y, por remisión a la garantía el RD 391/1996, de 1 de marzo, de reclamaciones económico-administrativas) como ingreso público que es; hay que resaltar aquí que se podrá suspender en estos

casos, y la suspensión se mantendrá hasta que el tribunal se pronuncie sobre la misma (art. 14.2.I LHL) y a este respecto los Tribunales de Justicia han venido manteniendo la no suspensión de la ejecución de los actos, ya que prevalece el interés público sobre el interés particular, en sentido contrario a la ejecución de actos para el cobro de conceptos tributarios, en los que sí se suele acordar la suspensión. Ésta sería otra diferencia con los tributos locales. Piénsese que hay un sujeto que está soportando un gasto que no le corresponde, y que entre liquidaciones, notificaciones, trámites, recursos administrativos, contenciosos, etc., puede verse privado de esa financiación de su obra y ocasionar perjuicios económicos; otra cosa es, como hemos visto, que haya llegado a un acuerdo para el cobro de la deuda con los propietarios, a través de un aplazamiento, pero con los elementos que tenga la deuda en ese momento: si es en voluntaria, en voluntaria, si es en ejecutiva, en ejecutiva.

Resaltamos, por otro lado, la importancia que tienen dichas liquidaciones en cuanto a su exigibilidad: la provisionalidad no obsta para que sean inmediatamente exigibles y ejecutivas, con todo lo que ello conlleva.

Finalmente, destacar que hemos señalado el proceso en el caso de que las cuotas sean en metálico, pero también se contemplan en la norma los pagos en terrenos (art. 62 RGU), siempre que haya acuerdo entre Administración y propietarios, de forma gratuita y libre de cargas, y que sea facultativo para la Administración (STS 5-10-1993).

2. La recaudación en periodo ejecutivo.

Como efectos del impago, hay que señalar que transcurrido el periodo voluntario señalado se procederá a la exacción de las cuotas por vía de apremio. El artículo 65 del RGU señala que «El incumplimiento por los propietarios del suelo de las obligaciones y cargas que se fijan en este reglamento dará lugar: a) A la exacción de las cuotas de urbanización por la vía de apremio, o b) A la expropiación por la Administración de los terrenos afectados al cumplimiento de las cargas, siendo beneficiarios de la expropiación la propia Administración o la junta de compensación, según los casos».

El artículo 181 de la misma norma señala también que «Cuando el incumplimiento consista en la negativa o retraso en el pago de las cantidades adeudadas a la Junta, ésta podrá optar entre solicitar de la Administración actuante la aplicación de la expropiación al miembro moroso o interesar de la misma el cobro de la deuda por la vía de apremio. Las cantidades percibidas aplicando este procedimiento se entregarán por la Administración actuante a la Junta de Compensación».

El impago de las cuotas dará lugar a la ejecución forzosa de su liquidación, a través de la Administración actuante y en beneficio del urbanizador, mediante apremio sobre la finca afectada. La demora en el pago devengará, en favor del urbanizador, el interés legal del dinero. Incurrirá en mora la cuota impagada al mes de la notificación de la resolución que autorice su cobro inmediato.

La vía de apremio: las cuotas de urbanización, aun en su carácter de provisionales, son ejecutivas porque cubren un gasto generado para hacer una obra pública que sin ellas quedaría falta de

financiación; en estos casos el interés público prevalece sobre el privado, y así lo señala la jurisprudencia; una vez transcurrido el periodo de cobro sin que se hayan satisfecho, la Administración dictará providencia de apremio sobre las mismas; en el caso del sistema de compensación, se hará previa solicitud para el cobro por esta vía (181.3 RGU). Será el sujeto urbanizador (cuando no sea el propio Ayuntamiento) el que presentará una relación de impagados al Ayuntamiento, para que éste ejercite la vía de apremio para el cobro de las cuotas. Esta decisión se adoptará por la corporación, a partir de la cual se providenciarán de apremio las deudas y se abrirá expediente en vía de apremio. La decisión de optar por esta vía es voluntaria, pues la junta de compensación tiene otras posibilidades como la civil (STS 24-6-1996) o la expropiación (optativa en ambos sistemas, recogida y regulada en los artículos 195 y ss. del RGU y 206, 207 de la Ley del Suelo (TR 1992) o venta forzosa, siempre con carácter excepcional, y previa declaración e incumplimiento del deber de urbanizar.

Entendemos que una vez ejercida esta opción (la vía de apremio) ya no es renunciable porque se ha hecho uso de esa opción, y hay que respetar un procedimiento de oficio establecido por ley, y se originan unos gastos y trámites de los que hay que responder. Las funciones de autoridad tales como resolver el apremio para el cobro de las deudas corresponden al Ayuntamiento.

En cuanto a los **plazos de prescripción para el cobro, sí que los tenemos que tener en cuenta**, aunque no figuren en el registro. No podemos dejar de mencionar en este punto la especialidad de las sanciones, esta vez de tipo urbanístico. Sin entrar a considerar el contenido de la potestad sancionadora en materia urbanística, hay que recordar dos aspectos de contenido económico que son especiales y los diferencian de otros conceptos y, en este caso, de las cuotas.

- Por un lado, que las sanciones no podrán ser ejecutivas hasta que sean firmes en vía administrativa (138 Ley 30/1992, 26 de noviembre), lo que supone que, una vez resuelto el expediente sancionador y notificada la resolución y la liquidación para pago de la sanción, no **podrán pasar a la vía ejecutiva** si ha existido por ejemplo un recurso pendiente de resolver, ya que aún no pondrá fin a la vía administrativa. Por la misma razón, no será necesaria la presentación de **garantía** para la suspensión de la ejecución del acto al interponer recurso, rompiendo el principio general, ya que ésta queda suspendida por ley, siendo innecesaria la misma.
- Otro aspecto es el que se refiere a los **plazos para exigir el cobro de las mismas**: no hablamos de plazos de la infracción, sino de plazos para la sanción. Así, salvo que la legislación específica de carácter urbanístico señale para el procedimiento algunos plazos específicos, se aplicará el régimen común establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que será de tres años, dos años y un año, para las sanciones muy graves, graves y leves respectivamente. En estas sanciones, a diferencia de las tributarias, se exceptúa el plazo general establecido para un ingreso de derecho público que es de cuatro años (LGT y LGP), siendo más corto el mismo.

Este régimen no se aplicaría a las multas coercitivas, pues no obedecen a un ejercicio de potestad sancionadora, sino de coacción para el cumplimiento de una obligación principal a la que van ligadas.

Pero para las cuotas de urbanización, que no responden ni mucho menos al concepto de sanción, el artículo 15 de la LGP señala que **prescribirán** en cuatro años los ingresos no tributarios, para el ejercicio de su cobro, unificando así el régimen establecido en la LGT con las figuras tributarias.

Por otro lado, las cargas urbanísticas son preferentes en el cobro, y cuando se hace un embargo de una finca afecta, y a efectos de celebrar una posible enajenación del bien, **¿subsisten las cargas, aunque tengan preferencia? ¿Se descuentan las cargas al fijar el tipo en el caso de una posible subasta?** Sí que subsisten, ya que sólo se cancelan las posteriores (arts. 110 y 111 RGR). La preferencia es a efectos de cobro y resolución de la carga, pero las anteriores se mantienen aunque se la quede un tercero en un procedimiento de enajenación. Por eso, se descuentan en el tipo; no así la propia carga, inscrita, ya que aunque se valoren por los propios servicios técnicos a efectos reales, con un valor urbanístico, es con este valor con el que al final va a constar la finca, aunque en este momento no la tenga, y aunque la nueva Ley del Suelo atienda también al valor real del momento del terreno, y no el de la clasificación del suelo, para evitar especulaciones. Por ello, no deben descontarse del valor del tipo. Esto supondrá además rebajar el tipo, con lo que se estaría perjudicando el posible cobro de la deuda por el importe, aparte de que hoy en día las enajenaciones de fincas no pagadas por los propietarios en proceso de urbanización serán difíciles de enajenar sobre todo si tienen unas cargas elevadas, y el importe por el que salen también es elevado. Esto puede dar lugar a que acabe llegando a manos del propio Ayuntamiento, o lo que es peor, del propio agente urbanizador, que recibe una finca urbanizada por el mismo, aunque perteneciente a un tercero, pero con una serie de cargas bancarias (hipotecas) elevadas, que permanecen vigentes y a las que debe hacer frente.

En cuanto a **los conceptos de la deuda** exigibles en vía de apremio, vamos a resaltar lo siguiente:

a) El recargo de apremio.

Primera cuestión: ¿es exigible? Por un lado, si consideramos que es un ingreso de derecho público, y le es aplicable la normativa recaudatoria, está claro que, finalizado el periodo voluntario de pago, se exigirá el recargo de apremio y comenzará el devengo de los intereses de demora. Si consideramos lo dispuesto en la legislación urbanística, no parece que se diga nada sobre el mismo, y si nos remitimos al régimen jurídico de procedimiento común, se establece en el artículo 97 que la cantidad debe ser líquida y que la obligación pecuniaria ha de estar establecida en una norma de rango legal; ni la normativa urbanística ni la autonómica dicen nada al respecto, y el RGR es un reglamento; aunque el artículo 10 de la LHL es, tras la reforma de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, muy clara al respecto: «En la exacción de los tributos locales **y de los restantes ingresos de derecho público de las Entidades Locales, los recargos e intereses de demora se exigirán y determinarán en los mismos casos, forma y cuantía que en la exacción de los tributos del Estado.**».

Segunda cuestión: si se exige, ¿corresponde el cobro del mismo al agente externo o a la Administración? No nos referimos a quién lo cobra, sino a quién se lo queda, cuando interviene un tercero en la labor urbanizadora y en la gestión el cobro de las cuotas. Lo hemos visto antes al hablar de una posible remuneración. Esta pregunta tiene sentido a tenor del carácter privado del agente, ya que está claro, a tenor de la norma, que el importe y los intereses deben ser un ingreso para el agente, que

es el que soporta el coste de la obra y ha sufrido la demora en el pago, pero el recargo, al no decir nada la norma, ¿a quién correspondería si se cobra? En principio, y precisamente porque la norma no dice nada más, se podría convenir entre las partes (agente y Ayuntamiento) para que se lo quedara el Ayuntamiento, y no por la gestión, que es un deber por ley, sino porque forma parte de la deuda y nada dice sobre él la norma, por lo que, una vez cobrado, se podría entender que al agente se le pasara la cantidad que corresponde a intereses y principal, que es lo que dice la ley, y no el recargo. Eso sí, y como antes hemos señalado, se debe recoger por escrito a través de un convenio o norma que vincule al agente, para legitimar ese cobro y, si no, se le pasará el total del importe ingresado con todos sus conceptos en vía de apremio, al ser ingresos extrapresupuestarios.

En el periodo entre que finaliza el periodo voluntario y se presenta al Ayuntamiento la relación de impagados, o dispone de los mismos, lo normal es que se cobren por el principal, aunque, según la ley, correspondería ya al menos el 5% del recargo. Una vez pasados al Ayuntamiento, y presentados éstos, se deben cobrar con el 10% cuando se notifica la providencia de apremio, y transcurridos los plazos establecidos (art. 62 LGT), se cobrará con el 20% más los intereses devengados. Estamos aplicando un precepto que no se recoge en el RGR, cuando ya hemos dicho que no es un tributo, y esto es por lo mismo que hemos mencionado anteriormente; la remisión de la LHL en lo que se refiere a ingresos de derecho público a lo dispuesto para los tributos, en materia de recargos e intereses (art. 10 ya mencionado) unificando la aplicación de un mismo régimen en materia de de ingresos locales. En este sentido se pronuncia también el Tribunal Supremo en Sentencia 31-12-2001.

b) Los intereses de demora.

En cuanto a los intereses, para las deudas tributarias es el interés legal del dinero, incrementado en un 25%. Actualmente, para determinados casos de aplazamientos, el interés es el legal (art. 26.6 LGT). Para las deudas no tributarias, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la LGT, el interés de demora resultará de la aplicación para cada año o periodo de los que integran el periodo de cálculo, del interés legal fijado en la Ley de Presupuestos para dichos ejercicios. Pero a nivel local, y para cualquier ingreso de derecho público, el artículo 10 señala que será el interés de demora, aunque varios autores sigan defendiendo que el interés es el legal, como literalmente señala la ley.

Al tratarse de un derecho público no tributario, el interés aplicable en principio sería el interés legal del dinero, previsto en la LGP, porque la Ley del Suelo y el RGU nada dicen al respecto (sí, sin embargo, cuando habla de los aplazamientos, cuando dice que «Los aplazamientos en el pago de las cuotas devengarán en favor de la Administración anualmente el tipo de interés básico del Banco de España»).

La expresión interés legal que puede señalar la ley puede entenderse de dos maneras: el interés legal frente al de demora, que es el que fija la LGT en su artículo 58, normalmente incrementado en aproximadamente dos puntos sobre el legal; o el que corresponde por ley; y entonces, buscando la normativa concreta aplicable, se aplicará el de legal, demora, o el que le corresponda. Si atendemos a la ley, se fija la exigencia de intereses por parte del ciudadano a la Administración de intereses de demora, al igual que hacía hasta ahora la Administración; en principio no es aplicable, porque se refiere a tributos, pero si lo deducimos del artículo 10 anteriormente mencionado y reformado de la LHL,

ya sería algo muy distinto. A este respecto es interesante la Sentencia de 31-12-2001 del Tribunal Supremo, que remite para el caso de los ingresos de derecho público, tras la reforma de la Ley 50/1998, 28 diciembre, al artículo 2.2 y 10 de la LHL y, por ende, al 127 de la LGT (recargos 10%, 20% intereses). Por lo que, con esta conclusión, la exigencia de intereses sería de demora (piénsese que, aunque las leyes urbanísticas son una norma específica, pueden ser anteriores a la reforma de la Ley de Haciendas Locales, o considerarse generales en este punto, frente a la norma específica local).

Recuérdese también, por otro lado, la diferencia entre el devengo y la exigencia de los mismos.

c) Costas.

Los gastos que se originen por la recaudación ejecutiva son a cargo del deudor. El régimen general las señala como un coste a soportar por el deudor y parte de la deuda, también. Se cobran junto con el principal, el recargo de apremio y los intereses.

3. La afección.

a) Concepto.

La afección de un bien al cobro de una deuda es un supuesto permitido y recogido en nuestra normativa vigente. Podríamos definirla como un privilegio legal otorgado a determinados créditos, en virtud del cual determinada finca o derecho, propiedad del deudor, al tiempo de contraerse determinada obligación puede ser embargada para satisfacer el importe de la deuda, aunque dicha finca o derecho hubiera pasado a propiedad de un tercero no deudor.

Los efectos de esta afección suponen que el tercero tiene que soportar la ejecución sobre su finca, hasta donde alcance su valor en subasta, pero no responde personalmente de la deuda con el resto de su patrimonio. Si soporta tal ejecución, y paga la deuda o pierde su finca o derecho por subasta en procedimiento ejecutivo, como estaría respondiendo por deuda ajena, tendría acción de reembolso o de enriquecimiento injusto para resarcirse contra el verdadero deudor.

b) Contenido.

Al tratar el tema de la afección, no vamos a entrar a dilucidar sobre cuestiones que ya han sido muy bien tratadas por autores muy relevantes, como CHOLBI CACHA, Enrique DE MIGUEL CANUTO, Judit BAGES GIRONÉS (Letrada Hacienda Municipal), Revista n.º 31 de *Tributos Locales* o ese magnífico artículo de Amanda MARTÍN RODRÍGUEZ que apareció en referencia al Impuesto de Bienes Inmuebles en la RCyT. CEF, junio de 2004, por pronunciar algunos autores. Tales cuestiones serían el caso del importe a exigir en la afección y qué conceptos (principal y recargos, no los de ejecutiva ni apremio, ni intereses, que se refiere a las liquidaciones provisionales y definitivas en el caso de las cuotas, que se produce como consecuencia de la reparcelación o de la declaración de innecesariedad de la misma,

produciéndose los mismos efectos jurídicos), la naturaleza (responsabilidad objetiva real administrativa, no subjetiva patrimonial), procedimiento [derivación de responsabilidad subsidiaria, arts. 43.1 d), 174 y 176 LGT], el plazo (periodo voluntario), la prescripción (art. 68.7 LGT), la no exigencia a poseedores intermedios (respaldado por STS 21-1-2004 y STS 9-4-2003) u otros aspectos que ya se han tratado en varios trabajos, estudios, artículos o publicaciones; sino que vamos a intentar ver otras cuestiones, también incidentales, y que no han sido tan tratadas en otras exposiciones, pero que tienen un interés práctico. En todo caso, este tema se ha tratado más en el Impuesto de Bienes Inmuebles, no tanto en el caso de las cuotas de urbanización.

c) Ámbito de aplicación.

Se encuentra en la normativa estatal tributaria, en la normativa estatal de régimen local e incluso en la normativa urbanística, estatal y autonómica. Su finalidad es garantizar el cobro de la deuda con el propio bien que se grava, con lo cual parece asegurado aquél. Sin embargo, su aplicación no es pacífica, y no está exenta de problemas.

A nivel normativo estatal, la LGT (Ley 58/2003, de 17 de diciembre), señala en su artículo 79 que «1. Los adquirentes de bienes afectos por ley al pago de la deuda tributaria responderán subsidiariamente con ellos, por derivación de la acción tributaria, si la deuda no se paga.

2. Los bienes y derechos transmitidos quedarán afectos a la responsabilidad del pago de las cantidades, liquidadas o no, correspondientes a los tributos que graven tales transmisiones, adquisiciones o importaciones, cualquiera que sea su poseedor, salvo que éste resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral o se justifique la adquisición de los bienes con buena fe y justo título, en establecimiento mercantil o industrial, en el caso de bienes muebles no inscribibles».

La primera pregunta es, ¿qué tributos se encuentran incluidos, impuestos como el de transmisiones patrimoniales o el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana? Parece, como señala la doctrina, que el artículo 79 sólo está pensado en tributos a nivel estatal; luego no entrarían bajo este concepto los tributos locales, aunque cumplan con los requisitos que dicho artículo menciona. Es la ley la que debe regular los bienes que están afectos, y en la Ley de Transmisiones Patrimoniales o de Sucesiones y Donaciones, Impuestos Aduaneros o el IVA, se recoge, así como en el TRLHL se recoge para el Impuesto de Bienes Inmuebles a nivel local, pero no para el Impuesto de Incremento de Valor de los Terrenos Urbanos. Esto último parece que supondría hacer una interpretación extensiva del artículo, lo que vulneraría el principio de legalidad.

El artículo 64 del TRLHL (RDLeg. 2/2004, de 5 de marzo), si nos vamos a la legislación local, regula un supuesto específico a nivel local de afección, en el caso del Impuesto de Bienes Inmuebles de Naturaleza Urbana, cuando dice que «En los supuestos de cambio, por cualquier causa, en la titularidad de los derechos que constituyen el hecho imponible de este impuesto, los bienes inmuebles objeto de dichos derechos quedarán afectos al pago de la totalidad de la cuota tributaria, en régimen de responsabilidad subsidiaria, en los términos previstos en la LGT». A continuación, el artículo hace hincapié en la obligación de los notarios de informarse y advertir a los comparecientes sobre las deudas que existen

pendientes sobre ese inmueble objeto de la transmisión. Esto lo ha recogido la ley porque cuando se realizaba este tipo de operaciones se hacía constar que el inmueble en cuestión «estaba libre de cargas». Y aunque los recibos pendientes del Impuesto de Bienes Inmuebles no constasen como cargas registrales, sí que son cargas económicas, que afectan por ley a un tercer adquirente, ya que la finca responde de dichas deudas, por dicho concepto, sea urbana o rústica. Y esto, también hay que decirlo, aunque sí se hiciera constar en el registro que el estar «libre de cargas» era a salvo de posibles afecciones fiscales (cual es el caso) o servidumbres, ya que esto sí se expresa en la nota registral. Como vemos, en este supuesto, no es necesario que conste en el registro dicha afección por el concepto de Impuesto de Bienes Inmuebles, lo cual no quiere decir que no se pueda anotar; lo que no existe es esa obligación de hacerlo.

A nivel local, en la afección del Impuesto de Bienes Inmuebles quedan resueltos jurisprudencialmente los problemas de los adquirentes intermedios; también están resueltos los problemas del periodo y la cantidad del pago.

La segunda pregunta sería, ¿qué pasa con otros conceptos que también tienen que ver con la titularidad del inmueble, como la tasa de agua o basura?; ¿se aplica también la afección? No es una carga real, sino que es una tasa que se establece por la prestación de un servicio. Por lo tanto, no se puede exigir en ningún caso al adquirente que pague por las deudas del transmitente en este concepto. Esto es un problema, porque la titularidad del agua va ligada con la del inmueble, y más ahora que el TRLHL señala que la liquidación de una tasa como la del agua vendrá liquidada a la figura del sustituto, que es el propietario del inmueble. Pero la Administración no puede hacerle pagar a un nuevo propietario de un inmueble los débitos anteriores pendientes, cuando él nunca ha sido sujeto pasivo del tributo, aunque se pida como requisito en las ordenanzas municipales que se presente el último recibo como señal de que se está al corriente de los pagos para el cambio de titularidad.

Todo esto lo señalamos porque, recordemos, el nuevo sistema señala la equiparación y mismo trato en muchos aspectos de los tributos a los ingresos de derecho público; así, ya hemos visto que la disposición adicional primera de la LGT señala que «Las exacciones parafiscales participan de la naturaleza de los tributos rigiéndose por esta ley en defecto de normativa específica», siendo coherente con el sistema de unificación de régimen que persigue también el TRLHL (arts. 2, 10, 12, 14...). Y las cuotas de urbanización son ingresos de derecho público. Por tanto, **¿qué régimen jurídico tiene la afección en las cuotas de urbanización?**

Así, la legislación urbanística también nos habla del supuesto de la afección real de las fincas al pago de las cuotas de urbanización como carga urbanística, y como ingreso público e instrumento de financiación de la obra urbanizadora. En concreto, el artículo 16.2 de la actual Ley del Suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo), que señala que «Los terrenos incluidos en el ámbito de las actuaciones y los adscritos a ella están afectados, con carácter de garantía real, al cumplimiento de los deberes del apartado anterior», apartado que señala los deberes legales que suponen las actuaciones de transformación urbanística. Ya venía regulada esta figura en la normativa anterior [art. 126 del RGU y art. 100.1 c) del Texto Refundido de 1976], en que se señalaba el mismo carácter que hemos señalado, y la misma naturaleza, añadiendo la imposibilidad de sustitución de esta garantía real y legal, y el carácter preferente de la misma sobre cargas e hipotecas anteriores, salvo créditos del Estado de la última anualidad vencida y no pagada y de créditos tributarios vencidos y no satisfechos, siempre que se hayan hecho constar en el registro antes de practicarse la afección.

También se recoge, como es lógico, en las leyes autonómicas, como la Ley Urbanística valenciana, que señala en su artículo 181: «Una vez aprobado el proyecto de reparcelación, las fincas resultantes sujetas al pago de cuotas de urbanización se afectarán a éste, como carga real a hacer constar en el Registro de la Propiedad, por el importe cautelar estipulado en la cuenta de la liquidación provisional. El urbanizador podrá solicitar, en cualquier momento posterior, que se practique una nueva afección, en la cuantía que apruebe la Administración actuante, hasta cubrir el importe total debido por cuenta de cada finca resultante. Se exceptúa la aplicación de la regla anterior respecto a los débitos que el adjudicatario de la finca de resultado tenga garantizados». También Cataluña, Castilla-La Mancha, Extremadura, Canarias, Galicia, La Rioja, Murcia, Madrid, Asturias... haciendo depender algunas del proyecto de reparcelación y otras independientemente de que exista o no esa reparcelación.

d) Requisitos.

1. Hay que **diferenciar afección de liquidación**: sólo se puede dar afección cuando existe una correcta liquidación, porque si no lo que procede es esta última.
2. **¿Cabe la sustitución por otra garantía?** No, salvo los supuestos expresamente permitidos por la ley, como ocurre con la ley asturiana, por ejemplo; o **incluso podría sustituirse por aval, con la dificultad de su cuantificación**.
3. **¿Es necesario que haya una transmisión? ¿Ha de darse transmisión para que se dé afección?** No cabe duda de que la afección cobra todo su sentido cuando se da la transmisión, pero no es necesaria; la afección es operativa por ley en todo momento.
4. **¿Es necesario que exista carga real inscrita? Si no consta la afección en el registro, ¿se puede cobrar la cuota por afección, suponiendo que haya un tercer adquirente de buena fe, y aquella no esté prescrita? ¿Necesitan estar inscritas en el registro para su constitución y eficacia?**

En principio, así parece por legislación. Al menos en las cuotas de urbanización, por su carácter obligatorio, cuando se inscribe en el registro el proyecto de reparcelación. No ocurre así con el Impuesto de Bienes Inmuebles, aunque no estaría de más, incluso estaría mejor, que constase la misma. Pero esa afección viene por ley en ambos casos. En el caso de las cuotas, esta obligación no es óbice para que, si no están inscritas, sigan siendo exigibles. Puede darse el caso de que la anotación caduque —son siete años según la legislación hipotecaria y el RD 1093/1997, de 4 de julio, que aprueba el Reglamento sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística...— y si no se llegara a prorrogar, esta anotación caducaría y desaparecería. Algo que no debería ser la regla normal, aunque todos sabemos el volumen de gestión de los Ayuntamientos y los medios de que disponen, y se dan estos supuestos para los que la ley no está muchas veces preparada, o no los contempla por presuponer situaciones normales, cuando en la práctica real no lo son (ocurre en todos los ámbitos en la práctica). Por tanto, puede adquirir un tercero de buena fe sin saber que dicha finca tenía o tiene una carga real pendiente de cobro. Ahora bien, la cuota como ingreso puede no estar prescrita; por tanto, su cobro es procedente, y así, si no se cobra al titular sujeto pasivo obligado al pago, debe procederse a la derivación por afección, previa declaración de insolvencia del anterior

titular y la notificación al nuevo adquirente por afección, dándole un plazo de trámite de audiencia. No cabe proceder directamente al nuevo titular, como también podría desprenderse del texto literal de la ley, no sigue la obligación al titular o al terreno, está garantizado con éste, que no es lo mismo, y en su momento, y previos los trámites del procedimiento legal, se procederá en su caso, haciendo valer esa subrogación o esa afección.

Pero todas hacen mención a la obligatoriedad de que dicha afección real conste en el Registro de la Propiedad. Una transmisión de propiedad no debe constar necesariamente en el Registro de la Propiedad –aunque sea conveniente– para su constitución; no es así, en cambio, en la hipoteca, que hasta que no está inscrita en el registro, no se constituye realmente.

Hay diversas clases de afecciones legales por razón del crédito que garantizan: pueden ser fiscales, urbanísticas, de reintegro de subvenciones o de créditos de privilegio especial (aseguradores, créditos refraccionarios, salariales...), pero también las podemos clasificar en afecciones que son oponibles a cualquier tercero, aunque no consten en el Registro de la Propiedad, o las que no son oponibles a terceros protegidos por la fe pública registral, por lo que, para evitar tal protección, se exige la constancia registral de la afección. Éste sería el ejemplo de determinadas afecciones fiscales, y reintegro de subvenciones. En el primer caso estarían la hipoteca legal tácita, la del Impuesto de Bienes Inmuebles, las primas de seguro, los créditos salariales, los gastos de comunidad... y los gastos de urbanización, que son objeto de constancia registral, como medio de refuerzo de su publicidad, pero que no la necesitan para afectar a terceros, pues la normativa vigente no exceptúa de tal afección al tercero protegido por la fe pública registral. A este respecto, el artículo 19 del Real Decreto 1093/1997, sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística, señala: «De la afección de las fincas de resultado al cumplimiento de la obligación de urbanizar. Quedarán afectos al cumplimiento de la obligación de urbanizar, y de los demás deberes dimanantes del proyecto y de la legislación urbanística, todos los titulares del dominio u otros derechos reales sobre las fincas de resultado del expediente de equidistribución, incluso aquellos cuyos derechos constasen inscritos en el Registro con anterioridad a la aprobación del Proyecto, con excepción del Estado en cuanto a los créditos a que se refiere el artículo 73 de la LGT y a los demás de este carácter, vencidos y no satisfechos, que constasen anotados en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la práctica de la afección».

Éstos son los efectos de la afección, y la misma como tal aparece regulada en los artículos 188.3, 178.1 y 126.1 del RGU, para cada uno de los tres sistemas que utiliza el Estado.

Los efectos que produce la nota registral son los de dar a conocer a terceros la existencia de una actuación urbanística sobre la finca, con el fin de que terceros adquirentes puedan conocer el régimen jurídico inmobiliario a que está sometida. Pero ello no significa, en modo alguno, que la ausencia de la nota impida la continuación de la gestión urbanística, puesto que no es imprescindible para la ejecución del sistema. Tampoco puede el tercer adquirente alegar buena fe en la situación urbanística de la finca, puesto que no es necesaria dicha nota para que se produzca la subrogación de terceros adquirentes.

Efectos: la afección real de las cuotas al pago de las mismas viene como consecuencia del principio de afectación de las plusvalías a los costes de la urbanización. Dicha afección resulta del acuerdo definitivo del proyecto de equidistribución al pago de las cuotas de urbanización, que se da en el

momento de la inscripción del proyecto, y no constituye una nota marginal, sino que forma parte del mismo. Por eso es importante que aun en los casos en que es innecesaria la reparcelación, se elabore o redacte un proyecto de equidistribución aunque sea breve, pero bien redactado (conforme RD 1093/1997) para inscribirlo en el registro y que tenga amparo público, y conste la afección. Ya en el inicio del sistema de actuación se produce una afección de las fincas a las cargas a través de la inscripción de nota marginal del inicio del procedimiento, que dura tres años, prorrogable por tres años más, en que se solicita expedición de certificado de dominio y cargas. Se producirán unos efectos registrales derivados de esta nota marginal cuando se vaya a inscribir el proyecto, aparte de dar a conocer a terceros una actuación urbanística: se cancelarán las inscripciones de dominio con fecha posterior al último compareciente en el expediente de reparcelación, ante la Administración, por casos de transmisión de la finca, de modo que se tendrá como titulares en la inscripción del proyecto a aquellos que hubieran comunicado la transmisión a la Administración y consten como últimos titulares. Se cancelarán, asimismo, todos los derechos y cargas inscritos con posterioridad a la nota que no se mencionen en el proyecto. El alcance de la afección es de preferencia a cualquier otra y a todas las hipotecas y cargas anteriores, con la excepción de los créditos tributarios del Estado y CCAA [73 LGT, 2 LOFCA, y los créditos superprivilegiados (32.1 ET)]. Según el artículo 19 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, deben cancelarse los créditos hipotecarios anteriores, pero esto choca con el 175.2 del Reglamento Hipotecario (prioridad registral); por ello, no deben cancelarse las anotaciones de embargo basadas en los créditos inscritos mencionados anteriormente, ni las derivadas de las afecciones. La inscripción de la afección caduca a los siete años desde la inscripción del proyecto, o a los dos años de la constancia en el registro del saldo de liquidación definitiva, sin que en ningún caso pueda exceder de siete años, y se cancela con la presentación por el titular del certificado de pago y de la recepción de la obra por parte del Ayuntamiento.

Entonces, el procedimiento sería el siguiente:

a) **Si no hay transmisión de la finca:** El alcance de la responsabilidad para el titular sujeto obligado al pago es de la totalidad del patrimonio, se dicta providencia de apremio, se le notifica requiriéndole para el pago en los plazos del artículo 108 del RGR, y se procede al embargo de bienes en su caso, por el orden establecido en el artículo 112 del RGR: primero, cuentas, créditos a corto plazo, salarios, y cuando se llega a inmuebles, se dirigen las actuaciones contra el bien afecto. Se notifica al titular del dominio y a los demás titulares de los derechos reales inscritos, donde se advertirá de la posibilidad de pago, de la subrogación y de la acción de retorno, con nota marginal. Se procederá a la anotación preventiva de embargo del bien afecto.

b) **Si hay transmisión de la finca:** hay que comunicarlo a la Administración, y con ello proceder a la correcta liquidación de las cuotas, bien sea en la provisional como en la definitiva. Una vez fijadas éstas, determinados los titulares y liquidadas las cuotas, si han sido impagadas no se pueden alegar cuestiones de titularidad y exigir que el cobro se realice frente al nuevo propietario, tanto si no ha habido cambio, como si ha habido y no se ha comunicado, como si ha habido y ha sido posterior a la liquidación de cuotas, es decir, que hayan resultado impagadas y estén en periodo ejecutivo (STSJ Navarra 9-11-2001, art. 21 Ley 6/1998, de 13 abril, y preceptos del RGR). Así se debería proceder en el expediente de apremio para el cobro sobre el titular obligado al pago, y sólo cuando sea declarado insolvente éste, proceder al acuerdo de afección, previa concesión de un plazo de audiencia al nuevo titular, y luego un acuerdo

expreso de declaración de la afección, notificándolo y requiriéndole de pago en periodo voluntario y por el principal. En el caso de que no pagara o hiciera efectiva la deuda, dictar providencia de apremio sobre la finca, y directamente proceder al embargo del inmueble afecto, porque no estamos ante una obligación personal, sino *ob rem*, y la responsabilidad no es subjetiva, sino de la cosa, objetiva.

Es decir, en los casos de transmisión de la finca, el alcance de la responsabilidad del adquirente sólo lo es (en su caso), respecto de o con el bien afecto, previa derivación por afección. Esta postura se encuentra interpretada por la jurisprudencia (STSJ Cataluña 3-4-1995, TSJV 27-2-2001, TS 25-1-1996), que intenta proteger los casos de transmisión de la finca y para que un tercero, aun adquiriendo la finca con conocimiento de la carga afecta, no tenga que responder de un carga de urbanización pendiente desde hace años antes de su adjudicación, que figuraba a nombre del antiguo propietario deudor, sino con el bien (no con su patrimonio), y cuando ya no haya posibilidad de cobro de la deuda (insolvencia del titular anterior, que es el obligado al pago). Si ya se puede obtener un beneficio por la venta de un terreno o finca urbanizada, aún lo será más si no se ha sufragado el gasto que supone esa plusvalía, y encima lo queremos repercutir a un tercero. Quedaría ese primer sujeto sin haber respondido de nada, con un benéfico injusto (gana con la revalorización y no paga la carga). Aunque también hay quien defiende la postura de que debe actuarse cuando resulta impagada la deuda contra la finca, y directamente, sea quien sea el titular, en el caso de transmisión por subrogación del nuevo adquirente, ya que así se establece en el artículo 19.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, de normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, que señala que la vía de apremio puede dirigirse, cualquiera que sea el titular de la finca, según el registro donde consta la afección de la finca. Cualquier titular de la finca, puede ser sujeto pasivo u obligado al pago en el procedimiento de apremio, derivado esto de lo dispuesto actualmente en los artículos 178.1 y 126.1 del RGU, 21 de la antigua Ley 6/1998, de 13 de abril, del Suelo y Valoraciones, y el artículo 19.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo (RDLeg. 2/2008, de 20 de junio) que señala que «La transmisión de las fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta ley y a los establecidos por la legislación en la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigible por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por éste asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico real». Aunque estos preceptos no hacen sino manifestar lo que es la afección de la finca, que no se discute en ningún momento, esto queda claro; otra cosa es el procedimiento de cobro. El procedimiento de cobro a seguir manifestado no excluye el sentido de lo dispuesto en estas normas.

Así, tanto en el caso de que la afección esté inscrita (que es lo que debería suceder, según el RD 1093/1997, de 4 de julio, excepto casos del art. 4, cuando la obra ha sido realizada y pagada o se ha asegurado a través de otro tipo de garantías) como si no está inscrita, el tercer adquirente responderá del pago de la cuota al tratarse de una obligación *ob rem* (STS 10-6-1985) que resulta de la aprobación del proyecto de equidistribución y del principio de subrogación del artículo 21 de la Ley 6/1998 y 88, de la Ley del Suelo de 1976. No es, pues, una responsabilidad tributaria, donde se respondería con todos los bienes presentes y futuros (1.911 Código Civil), característicos de la obligación tributaria; se responde por y con la cosa. No hay relación jurídica obligacional entre tercer adquirente y Hacienda Pública, sino una situación jurídico-real: el deber *erga omnes* de los derechos reales cuya

carga ha de soportar. Es una garantía real que sigue al bien, con independencia del poseedor, y por ello, también puede liberarse de la carga transmitiendo o liberándose del bien.

Eso también lo recogen las normativas autonómicas. Se establece como una garantía real para asegurar el cobro de las cuotas.

Cuando es la Administración la deudora y debe afrontar los pagos de cuotas, hay una confusión entre la Administración actuante y el deudor, un acreedor-deudor, y, como es lógico, no va a dictar ejecución contra sus propios bienes.

Ya hemos señalado que la liquidación primera, aunque sea provisional y la haga el tercero urbanizador, debe reunir los requisitos de la LGT. Se deben realizar dos intentos en la notificación, a distinta fecha y hora, y, en caso de ausentes o desconocidos, en cuyo caso sólo bastaría con un intento, proceder a la publicación edictal como último recursos si se desconoce el paradero o no se ha podido notificar.

El apartado 2 del artículo 19 del Real Decreto 1093/1997 establece que «En caso de incumplimiento de la obligación de pago resultante de la liquidación de la cuenta, si la Administración optase por su cobro por la vía de apremio, el procedimiento correspondiente se dirigirá contra el titular o titulares del dominio y se notificará a los demás que lo sean de otros derechos reales inscritos o anotados sujetos a la afección. Todo ello sin perjuicio de que en caso de pago por cualesquiera de estos últimos de la obligación urbanística, el que la satisfaga se subrogue en el crédito con facultades para repetir contra el propietario que incumpla, como resulta de la legislación civil, lo cual se hará constar por nota marginal».

Queda claro, pues, que la acción de cobro habrá de dirigirla contra quien sea el titular del dominio. Lo que habría que distinguir es si ha habido transmisión o no de la finca.

A nivel autonómico, se señala el apremio sobre la finca, pero habrá que dictar la providencia de apremio, más concretamente, habrá que aplicar la legislación recaudatoria. La legislación urbanística llega hasta donde debe llegar y lo sabe, pero hay que seguir las reglas del procedimiento recaudatorio de los ingresos públicos, porque lo son. Entonces, si tanto en la recaudación de cuotas de urbanización en metálico como en la de recibos del Impuesto de Bienes Inmuebles pendientes se siguen las reglas del procedimiento recaudatorio administrativo, ¿no será lógico aplicar las reglas de la eficacia administrativa, y proceder cuando se pueda, por ejemplo, al embargo de cuentas y no al del bien inmueble para cobrarse la deuda, aunque tengamos garantizada la deuda por la afección? Imaginemos el supuesto de que la finca esté inscrita a nombre de dos personas: no cabe duda de que sería más eficaz ir al embargo de cuenta. La finalidad última es, tras embargar el bien, proceder a los trámites de la subasta, para, si antes no se ha anulado o pagado la deuda, proceder a su enajenación y con el producto obtenido liquidar la deuda y cancelar el expediente, tras una numerosa sucesión de trámites que alargan el proceso y lo hacen complejo. Es decir, obtener un producto líquido para cobrar la deuda, que de forma directa podemos obtener tras el embargo de una cuenta. Se trata del valor monetario, de obtenerlo de la manera más directa y rápida; ¿no es el dinero y el bien titularidad de la misma persona? Ciertamente es que en la afección responde el bien, no es una responsabilidad patrimonial universal, sino real, pero el propietario es el mismo, da igual ir por el camino del bien para llegar al dinero, que obtener el dinero directamente, sólo que en este caso es más rápido y eficaz para todos. Ya los Tribunales se pronuncian a

favor de una actuación recaudatoria de la Administración. Cuando se ha producido un embargo de cuenta de dinero que figura a nombre del actual propietario se le cobra el importe de la deuda, actuando primero sobre este tipo de embargo, y no contra el bien afecto ¿por qué? Porque aquí entran en juego otros dos principios que la propia ley remarca y realza: los de eficacia y proporcionalidad.

En lo que se refiere al cobro de la deuda, y para la Administración, la vía ejecutiva del cobro de las cuotas supone ir contra el patrimonio del deudor, que puede ser muy amplio y no sólo consistente en la finca afecta al bien. Es lógico que cuando se llega al Impuesto de Bienes Inmuebles en el orden de bienes a embargar se proceda contra la finca afecta si existen más. Pero en todo caso, se seguiría respetando el orden establecido en la LGT para el embargo de bienes (art. 169.2), aplicable en el procedimiento de recaudación de las mismas, al tratarse de un ingreso de derecho público. **Otra cosa es que hubiera habido transmisión.** En este caso, como la responsabilidad es objetiva, no subjetiva, sólo podríamos ir contra la finca afecta, que es la que responde de la deuda, y no contra otro bien del deudor u otra finca que figurara a su nombre. Pero sí podría actuar la Administración contra otros bienes del deudor principal, si la cuota ha sido correctamente liquidada.

En este caso de transmisión, el requerimiento de bienes para alterar el orden de embargo no tiene sentido, ya que no existe deudor; esto, que lo notifica la Administración para otro cualquier tipo de deuda, no sería aplicable en el caso de las cuotas, porque la ley ahí sí es explícita y señala el tipo de bien que, por ley, responde de esa deuda, a no ser que se dé en la práctica una resolución de esa deuda, de forma más eficaz, como hemos visto, conservando la posición jurídica de cada sujeto interviniente en la relación.

Así pues, hay algunos autores que señalan que los propietarios responden de las cuotas única y exclusivamente con las fincas afectas, de tal forma que se produce una limitación de la responsabilidad, excluyéndose la aplicación del artículo 1.911 del Código Civil, que establece el principio de responsabilidad universal del deudor con todos sus bienes. Pero al filo de los pronunciamientos jurisprudenciales que exigen la declaración de insolvencia del titular anterior para poder derivar la acción de cobro contra el nuevo titular, en el caso de transmisión de la finca no parece sostenible esa interpretación. Por ello, hay que entender que, en el caso de que no haya habido transmisión, el propietario responde de la deuda con la totalidad de los bienes. Se seguiría el procedimiento recaudatorio normal, pudiéndose proceder por el orden de bienes de embargo que señala la LGT por razones de economía, eficacia, y proporcionalidad, y, cuando se llega al embargo del bien inmueble, proceder primero contra la finca afecta. Si ésta ya no fuera propiedad del deudor, y la cuota está correctamente liquidada (esto es, la transmisión ocurre después de la primera liquidación de la cuota, porque si no podría estar incorrectamente liquidada), entonces se podría proceder contra otro inmueble a nombre del deudor, u otro bien.

Y si ha habido transmisión de la finca, como se ha señalado ya, el nuevo titular de la finca responderá del deber de pago de la cuota si ésta estuviera impagada. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 10-6-1985 u 11-7-1987 así lo reflejan: «El deber de sufragar los costes de urbanización constituye una obligación *ob rem* que se impone a los titulares dominicales de los terrenos afectados, quienesquiera que sean –arts. 83 y ss., Texto Refundido de la Ley del Suelo– y que por tratarse de una obligación de derecho público, no puede ser modificado por pactos de derecho privado, que si bien pueden surtir efectos entra las partes interesadas, no pueden vincular a la Administración, ni desplazar la titularidad del deber contributivo, sin perjuicio, naturalmente, de las acciones de regreso que sean proce-

dentes en la esfera de las relaciones civiles», pero siguiendo un procedimiento, que no señala la ley. Pero sí la jurisprudencia, que equipara el procedimiento al que se sigue para la exigencia de la responsabilidad subsidiaria (véase STS 25-1-1996). Por lo tanto, el procedimiento en este caso, como ya se ha dicho, sería: declarar insolvente al titular anterior, audiencia al nuevo titular, declaración de afección, requerimiento de pago en periodo voluntario, y, caso de impago, dictar providencia de apremio sobre el bien afecto, y, en su caso, embargo del bien afecto (STSJ Cataluña 2-1-2004).

4. El tercer adquirente.

Es importante entonces, como hemos visto, la determinación del titular, porque así se determina el obligado al pago. Por eso es importante también hacer constar correctamente en el expediente reparcelatorio quién es el titular, que procederá de los registros de la propiedad o fiscales debidamente actualizados. Cualquier cambio en la titularidad a partir de ese momento supone la obligación de comparecer en el expediente reparcelatorio para comunicarlo a la Administración o, si no, atenerse a las consecuencias del procedimiento de cobro que proceden legalmente, donde puede entrar en juego la institución de la afección, como hemos comentado. Cuántas veces la Administración se encuentra con que ninguno de los sujetos implicados quiere pagar, y es, precisamente la subrogación y la afección la que les sirve de excusa para librarse del pago de la deuda, tanto al transmitente como al adquirente, más que vincular a ambos.

1. Protección del tercer adquirente: Otra matización que debemos hacer es en referencia a la protección de este tercer adquirente. Se ha tratado este tema, sobre todo en el caso del Impuesto de Bienes Inmuebles donde, por ejemplo, Miguel CANUTO o Amanda MARTÍN señalaban que el artículo 37 antiguo del RGR, o 74 de la LGT, referido a la afección, no eran aplicables al Impuesto de Bienes Inmuebles, y señalaban que el haber adquirido amparado por la fe pública registral o en establecimiento mercantil con buena fe y justo título no libera al adquirente del pago del Impuesto de Bienes Inmuebles pendiente de ingreso por el anterior titular, aunque el procedimiento sí es el mismo (arts. 74 y 76 LHL). Y, como señala Joaquín DELGADO RAMOS, Registrador de la Propiedad y Notario excedente, y como ya hemos señalado, hay afecciones legales que no son oponibles a terceros protegidos por la fe pública registral, por lo que, para evitar tal protección, se exige la constancia registral de la afección. Tales serían los casos del Impuesto de Transmisiones Onerosas (RDLeg. 1/1993, de 24 de septiembre, y RD 828/1995, de 29 de mayo), de Sucesiones y de la Renta de no Residentes, pero habría otras afecciones legales que son oponibles a cualquier tercero, aunque no consten en el Registro de la Propiedad; como hemos señalado, el impuesto que grava la finca en los dos últimos años, primas de seguro, créditos salariales, gastos de comunidad... y un caso dentro de este último, también la afección de la finca al pago de gastos de urbanización, la cual, aunque no necesita constancia registral para afectar a terceros, pues la normativa vigente no exceptúa de tal afección al tercero protegido por la fe pública, pero sí es objeto de tal constancia, como medio de refuerzo de su publicidad (la llamada publicidad noticia); así lo señala como hemos visto el artículo 19 del Real Decreto 1093/1997, sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística.

2. Pero, por ejemplo, ¿se podría aplicar si el nuevo adquirente fuera una Administración pública?: Si lo pensáramos en el Impuesto de Bienes Inmuebles, se vería más claro. La respuesta de la afección es real, no personal, por lo tanto, no estaríamos dirigiéndonos contra una Administración

pública, cuyo problema se plantea en el hecho de que es inembargable su patrimonio de dominio público por la naturaleza del sujeto; en una afección responde el bien, luego aunque el propietario sea un ente público, se puede afectar (en caso de transmisión). ¿Y si no ha habido transmisión? Entonces sería simplemente un embargo, pero, ¿se podría hacer? Un embargo de un bien de dominio público no se puede realizar, sí uno patrimonial, pero ¿y si ese bien está afecto al pago de una deuda?, ¿por afección sí? pues sí, tanto si lo transmite como si no. A la Administración, hoy en día, sí se le puede apremiar. El artículo 106 del antiguo RGR señalaba que «En los títulos acreditativos de deudas a favor del Estado, de Comunidades Autónomas, Organismos autónomos, Corporaciones locales y otras entidades públicas **que por ley no puedan ser objeto de apremio, no se consignará el importe del recargo, ni la providencia de apremio, y se tramitará conforme al artículo 65 de este Reglamento**».

Entramos en el difícil campo de la gestión de cobro a un ente público. El modo actual más común según la normativa vigente es la compensación. Pero ésta debe realizarse entre créditos y débitos a nombre de un mismo sujeto pasivo, con una identificación fiscal. Esto hace que las posibilidades de personificación de la Administración pública o la inexistencia de créditos a compensar haga frustrar esta posibilidad de cobro. Piénsese que en muchos municipios estas entidades (p.ej., la comunidad autónoma) son titulares de deudas, bien sean recibos o liquidaciones de numerosa e importante cuantía (piénsese, sobre todo, en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles o el recibo de la tasa del agua de viviendas de protección oficial, o terrenos o fincas propiedad de estas entidades públicas). Pero también pueden ser titulares de terrenos objeto de un proceso de urbanización al que se le giran cuotas urbanísticas que pueden devenir impagadas, o ser un tercero adquirente de una finca afecta a una cuota impagada, en la que ha resultado insolvente el deudor principal, y ha existido una transmisión. Si no podemos acudir a esta vía de cobro, la nueva normativa nos señala también la retención por transferencias o el embargo de bienes patrimoniales no afectos a un uso o servicio público. La primera de ellas, pensada, como todo, más para el Estado, también puede ser utilizada por los entes locales, de manera que una transferencia ordinaria del Estado a la comunidad autónoma se podría retener por mandamiento para su ingreso por deudas municipales. Recordemos que ingresos afectados no pueden ser objeto de retención o compensación. La segunda, nos lleva a una cuestión interesante, y parece que no muy aclarada en la práctica, y es la siguiente: si se puede embargar a una Administración Pública, aunque sea sólo sobre unos determinados tipos de bienes, es porque se puede utilizar la vía de apremio, y por lo tanto, también cobrar el recargo de apremio y los intereses de demora. Este artículo que hemos mencionado del antiguo RGR ya no aparece en la nueva LGT ni en el nuevo RGR. Por lo tanto, esta característica que hasta hace bien poco tenían las administraciones de entes inapremiables ha dejado de existir. Digamos que ahora serían entes inembargables, eso sí, porque además lo dice nuestra Constitución (art. 132.1: «La Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación...») por ser titulares de determinados bienes que gozan de esa característica especial. Pero hablamos de una cualidad específica de un sujeto. Pero, en caso de estos bienes de dominio público, que no lo son por su naturaleza, sino por su afectación, su inembargabilidad queda en entredicho, precisamente al estar afectos al pago de una deuda. También, lo normal es que determinados tipos de bienes adquiridos de un particular se tengan que afectar para calificarlos de dominio público, pero también es verdad que esta afectación puede venir determinada tácitamente en una aprobación de un plan o en una expropiación. En el título ejecutivo, la providencia de apremio puede ser específica y señalar que si no se producen los pagos en los periodos previstos, se podrá proceder contra los bienes patrimoniales no afectos a usos o servicios públicos.

Siempre queda la vía contenciosa para demandar a una Administración por inactividad al no realizar un pago de una deuda pública. Pero, digamos que, aparte de todo esto, lo que se aconseja en un primer término es encauzar el expediente administrativo de cobro a través de los principios de lealtad institucional, en cuanto administraciones que son, y la ley obliga a una buena relación entre ellas, que marque el procedimiento especial de cobro en este caso también. Y así, fruto de un procedimiento especial porque también lo marca la ley, se proceda a una notificación como oficio una vez transcurrido el plazo voluntario, se advierta de la posibilidad de cobro en vía de apremio con las singularidades que hemos visto, y que, incluso, en un principio, se solicite certificado acreditativo de reconocimiento de la obligación y de existencia de crédito presupuestario, para pagar al ente local, y luego, si no hubiera o no fuera suficiente, suspender el procedimiento tres meses para que se pueda tramitar la modificación presupuestaria correspondiente, en caso de necesidad. Una vez la deuda sea firme, se reconozca la obligación y exista crédito presupuestario, instar a cumplir la obligación en el plazo de un mes. Todo esto independientemente de que se puedan llevar a cabo las actuaciones nombradas anteriormente, sobre todo la compensación, que puede ser realizada de oficio una vez la deuda está en periodo ejecutivo y si hubiera crédito para su compensación, y a través de un procedimiento o expediente específico, y, en último término, se puede instar un requerimiento de bienes patrimoniales.

3. ¿Qué pasa con ese tercer adquirente, que como efecto de la afección, en caso de transmisión, tiene que soportar la ejecución de su finca, hasta donde alcance el valor en subasta, pero no responde personalmente de la deuda con el resto del patrimonio?

Como hemos dicho al principio, si soporta tal ejecución, y le toca pagar la deuda o perder su finca o derecho por subasta en el procedimiento ejecutivo, como estaría respondiendo por deuda ajena, tendría acción de reembolso o de enriquecimiento injusto para resarcirse contra el verdadero deudor.

4. ¿Qué ocurre cuando la finca está ya construida?, ¿cómo se afecta? Al igual que ocurre cuando el Catastro y posteriormente el Ayuntamiento liquida a nombre de una comunidad de propietarios, en que se reparte por cuotas de participación entre los mismos, en el caso del Impuesto de Bienes Inmuebles también se puede aplicar el mismo criterio para el cobro de una cuota a nombre de una comunidad o que corresponde a la misma por afección, en caso de que legalmente corresponda, repartiéndola entre los vecinos que la forman; con lo que, seguramente, habría que notificar a la presidencia o administración de la misma para que se proceda al reparto por cuotas en una de las reuniones de vecinos, y establecer una derrama en proporción. No sería una aplicación analógica, pero sí algo parecido a lo que ocurre con lo dispuesto en el artículo 9 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, o el artículo 35 de la LGT, que señalan la regla general de la mancomunidad cuando son conocidos los diversos sujetos que concurren en la obligación tributaria, dándose la solidaridad en caso contrario, pero que, en este caso, lo normal es que estén perfectamente identificados los propietarios de cada finca ya construida, para su reparto pro indiviso, aunque este caso no debería darse por el transcurso de los plazos, las imperfecciones de la gestión conjunta y la limitación de medios, producen este tipo de cuestiones incidentales, que afectan a los plazos, tan importantes siempre en la gestión del cobro de los ingresos públicos.

CUESTIONES A DEBATE...

(Ponencia del Curso de Perfeccionamiento y Actualización Tributaria)

RENDIMIENTOS DEL TRABAJO EN ESPECIE Y RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

GABINETE JURÍDICO DEL CEF

Extracto:

EN este artículo se tratan dos temas que presentan importantes novedades en el ámbito fiscal:

- Rendimientos del trabajo en especie. Las retribuciones en especie presentan ventajas fiscales comparadas con las retribuciones dinerarias. Por ello, la DGT intenta reconducir las rentas calificadas como retribuciones en especie a retribuciones dinerarias.
- Retribución de los administradores. Es difícil determinar la remuneración de los mismos.

El **Curso de Perfeccionamiento y Actualización Tributaria** que se imparte en el CEF ha dedicado una de sus ponencias al estudio de los dos temas planteados.

El presente artículo es un resumen de la conferencia que tuvo lugar el día 18 de febrero de 2010.

Palabras clave: rendimientos del trabajo, rendimientos en especie y retribución de los administradores.

CUESTIONES A DEBATE...

(Ponencia del Curso de Perfeccionamiento y Actualización Tributaria)

IN-KIND LABOR INCOME AND REMUNERATION OF MANAGERS

GABINETE JURÍDICO DEL CEF

Abstract:

THIS article addresses two topics that present significant developments in the tax area:

- In-kind payments from work. In-kind payments are advantageous compared with payments in cash. Therefore, the Spanish General Directorate on Taxes attempts to redirect incomes classified as in-kind incomes to payments in cash.
- Retribution of managers. It is difficult to determine their remuneration.

The CEF **Course on Tax Update and Improvement** has devoted one of its lectures to study the two issues raised.

This article is a summary of the conference held on 18 February 2010.

Keywords: earned income, in-kind income and remuneration of managers.

Sumario

1. Rendimientos del trabajo: retribución de los administradores.
 - 1.1. Consideraciones generales.
 - 1.2. Servicios profesionales, ¿RT o RAE?, y en concreto, ¿cómo deben calificarse los rendimientos obtenidos por los socios profesionales que prestan con carácter exclusivo sus servicios a una única sociedad?
 - 1.3. Administradores y dietas (Consulta N.º V0015/2000).
2. Retribuciones en especie.
 - 2.1. Consideraciones generales.
 - 2.2. ¿RT en especie o simple mediación de pago?
 - 2.3. ¿Cuál es el objetivo perseguido por la Administración tributaria?
 - 2.4. ¿Retribución dineraria en especie? Aspectos a tener en cuenta.
 - 2.5. Estatuto de los Trabajadores y salario en especie.
 - 2.6. Caso conflictivo. Delimitación como rendimiento en especie de un vehículo de empresa. ¿Utilización o facultad de disposición?
 - 2.7. Valoración de los RT en especie.
 - 2.8. ¿Existe obligación de efectuar ingreso a cuenta sobre las retribuciones en especie del trabajo?

1. RENDIMIENTOS DEL TRABAJO: RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

1.1. Consideraciones generales.

Se consideran rendimientos íntegros del trabajo:

- Todas las contraprestaciones o utilidades (concepto fiscal abierto).
- Cualquiera que sea su denominación o naturaleza.
- Dinerarias o en especie [art. 42.1 Ley 35/2006 (Ley del IRPF)].
- Que deriven directa o indirectamente:
 - Del trabajo personal o
 - de la relación laboral o estatutaria.
- Y que no tengan el carácter de rendimiento de actividades económicas.

Con base en la definición anterior, contenida en el artículo 17.1 de la Ley 35/2006 (Ley del IRPF), la ley continúa enumerando una serie de conceptos concretos, que en particular se incluirán en el citado precepto.

Asimismo, la Ley del IRPF regula expresamente una serie de supuestos (enumeración cerrada, regulada en el art. 17.2) que en todo caso tendrán la consideración de rendimientos del trabajo. Se trata de rendimientos, prestaciones o retribuciones que, careciendo muchos de ellos de los elementos definitorios de la definición fiscal de rendimientos del trabajo del artículo 17.1, primer párrafo de la

ley, se consideran igualmente como rendimientos del trabajo. Pueden ser considerados, por ello, como auténticas ficciones legales en algunos casos.

A los efectos del tema tratado en el presente artículo, conviene destacar la letra e) del artículo 17.2, donde se califican como rendimientos del trabajo las retribuciones de los administradores y miembros de los consejos de administración, de las juntas que hagan sus veces, y demás miembros de otros órganos representativos.

Importancia de la correcta calificación de las rentas. Efectos sobre la imposición indirecta.

Como bien es sabido, las rentas en el IRPF se calificarán y cuantificarán con arreglo a su origen. Ello determina que una incorrecta calificación de la renta lleve aparejada una incorrecta tributación en el IRPF. Incorrección que en muchos casos deviene de las dificultades de calificación fiscal de la actividad desarrollada por una persona física, la cual tiene aspectos que permitirían calificarla como trabajo personal y otros que la acercan más al ejercicio de una profesión liberal y, por tanto, de una actividad económica.

Han de tenerse en cuenta, asimismo, las consecuencias que de una incorrecta calificación en el IRPF pudieran surgir sobre la imposición indirecta.

Dentro de los supuestos de no sujeción en el IVA se incluyen los servicios prestados por personas físicas en régimen de dependencia derivados de relaciones administrativas o laborales, incluidas en estas últimas las de carácter especial. Por el contrario, los rendimientos calificados como RAE, entre los que cabe destacar las prestaciones de servicios derivadas de un contrato de arrendamiento de servicios, sí están sujetos al citado impuesto.

Es decir, una incorrecta calificación a efectos del IRPF deriva en muchos casos en una incorrecta tributación en IVA.

1.2. Servicios profesionales, ¿RT o RAE?, y, en concreto, ¿cómo deben calificarse los rendimientos obtenidos por los socios profesionales que prestan con carácter exclusivo sus servicios a una única sociedad?

Han sido varios los pronunciamientos que en los últimos años se han emitido al respecto. Algunos de ellos toman como base para calificar las rentas obtenidas el grado de participación que el socio mantiene en la entidad. Para ello, toman como punto de partida que en la relación existente entre la entidad y los socios-profesionales resulta relevante la condición de socio de los profesionales por cuanto a través de ella participan en las decisiones sobre la organización de la actividad desarrollada por la entidad y asumen riesgos, diluyendo de esta forma las notas de dependencia y ajenidad que pudieran existir, elementos determinantes de la relación laboral dependiente considerados en el Estatuto de los Trabajadores. Este indicio, afirman, no sería relevante en el caso de que el grado de participación en la entidad fuera puramente testimonial, o de «mera apariencia formal».

Merece especial atención destacar los siguientes pronunciamientos:

- *Consulta DGT N.º V1492/2008, 18-07-2008 (NFC030726)*. La DGT aprecia que no concurren las notas de dependencia y ajenidad propias de la obtención de rendimientos del trabajo, y por tanto procede calificar las retribuciones percibidas por los socios-profesionales de la entidad como rendimientos de actividades económicas, dado que cada socio-profesional es titular aproximadamente de un 4 por 100 del capital de la entidad.
- *STSJ de Cataluña de 27 de febrero de 2004, rec. n.º 342/2003 (NSJ032897)*. Este tribunal considera la condición de socio como un indicio significativo de la inexistencia de las notas de dependencia y ajenidad. Así, reconoce que una participación del 2,1723 por 100 del capital social no es una mera apariencia formal.
- *Resolución del TEAC de 26 de febrero de 2009, R.G. 278/2007 (NFJ032550)*. En el presente caso, no se ha justificado que la relación entre los socios *partners* o socios consultores que prestan servicios a una entidad, bien directamente o a través de sus sociedades participadas, pueda recibir la calificación de actividad laboral, al no existir una relación laboral de dependencia de los primeros respecto de la segunda, no habiéndose acreditado por la Inspección la programación de las prestaciones controvertidas, la sujeción a horario determinado, la existencia de mecanismos de control y supervisión, la impartición de órdenes de trabajo de carácter operativo u organizativo, en definitiva, el sometimiento a la disciplina jerárquica que implica la existencia de una relación laboral. Además, la percepción de honorarios anuales en función de la consecución de unos objetivos predeterminados de generación de negocio y de cobro para la reclamante, y no de la tarea realizada, con ajustes anuales al alza o a la baja, y la especialización de cada consultor en una serie de sectores y clientes que tenía antes de su asociación con la reclamante suponen una actuación por cuenta propia contraria a la ajenidad que se predica de las relaciones laborales.
- *STS de 7 de noviembre de 2007, rec. n.º 2224/2006 (NSJ031829)*. Recuerda que la calificación de los contratos no depende de la denominación que las partes les asignen, sino de la configuración efectiva de los derechos y obligaciones que se derivan de los mismos, y efectúa una enumeración exhaustiva de los indicios comunes de dependencia y ajenidad más comunes propias de las relaciones laborales, a través de una recopilación de sus propias sentencias.

Llama la atención observar cómo la DGT y el TEAC se olvidan de la expresión «trabajo personal», existente en la definición de rendimientos del trabajo que regula la normativa fiscal, a los efectos de la calificación de las retribuciones percibidas.

Posteriormente, la DGT, en *Consulta N.º V2447/2008, 19-12-2008 (NFC031643)*, vuelve a introducir el concepto de trabajo personal en la definición de rendimientos del trabajo, al considerar que la realización por el socio de una entidad mercantil de las **funciones de gerencia** comporta que los rendimientos que puedan obtenerse por tal motivo procede calificarlos como derivados del trabajo, ya sea por tratarse de labores de administrador de la sociedad o por llevar su gestión administrativa bajo las directrices de los órganos de administración de la entidad, todo ello conforme con la configuración que de estos rendimientos realiza el artículo 17 de la Ley del IRPF.

Ahora bien, ¿qué criterios deberían utilizarse a la hora de efectuar una distinción entre las funciones de gerencia y el resto de funciones que pueda desarrollar en la sociedad?

Con base en la citada consulta podría defenderse que los rendimientos obtenidos por un socio-profesional son RT en el IRPF, evitando de esta forma la tributación por IVA.

No existe una regulación legal expresa ni una jurisprudencia clara que nos permita determinar cuál es el tratamiento correcto de estas rentas. Por ello, se nos presenta una alternativa, **¿y si le pagamos como administrador?**

Ante este supuesto, la renta tendría la calificación de rendimiento del trabajo [art. 17.2 e) Ley del IRPF]. Pero, **¿cuál sería el importe?** La respuesta se complica al encontrarnos ante dos normativas aplicables según la entidad afectada sea una sociedad de responsabilidad limitada o una sociedad anónima.

- El artículo 66 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de **Sociedades de Responsabilidad Limitada**, mantiene el *carácter gratuito del cargo* de administrador, a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución. De esta forma:
 - Cuando la retribución tenga como base una participación en los beneficios, los estatutos determinarán concretamente la participación, que en ningún caso podrá ser superior al 10 por 100 de los beneficios repartibles entre los socios.
 - Cuando la retribución no tenga como base una participación en los beneficios, la remuneración de los administradores será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la junta general.
- El artículo 130 del Texto Refundido de la Ley de **Sociedades Anónimas**, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, parte del carácter general de *retribución a los administradores*, la cual deberá ser fijada en los estatutos. Cuando consista en una participación en las ganancias, sólo podrá ser detraída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y la estatutaria, y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4 por 100, o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido. La retribución consistente en la entrega de acciones o de derechos de opción sobre las mismas o que esté referenciada al valor de las acciones deberá preverse expresamente en los estatutos, y su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general de accionistas. Dicho acuerdo expresará, en su caso, el número de acciones a entregar, el precio de ejercicio de los derechos de opción, el valor de las acciones que se tome como referencia y el plazo de duración de este sistema de retribución.

Por lo tanto, habría que acudir a los estatutos sociales de la entidad, si bien, la validez que pueda o no tener va a depender de su inscripción en un registro público, circunstancia que en muchos casos va a someterse a la voluntad del registrador, ya que la misma únicamente es inscribible cuando resulta conforme a ley.

Bajo la hipótesis de situarnos en una sociedad con estatutos inscritos, nos encontramos ante una nueva dificultad, en este caso de cuantificación. Dificultad que en este momento se complica, dada la regulación existente en torno a las **operaciones vinculadas**.

Al tratarse de rendimientos del trabajo, dinerarios o en especie, percibidos por socios o partícipes [incluidos en el perímetro de vinculación del art. 16.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo (en adelante, TRLIS), consejeros o administradores y familiares de unos y otros (cónyuge o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea recta o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado), la valoración se realizará por su valor normal de mercado en los términos del artículo 16 del TRLIS. Además, se verán obligados a cumplir con los requisitos existentes respecto a la documentación de la operación vinculada (art. 16.2 TRLIS) y a la realización del análisis de comparabilidad en estos casos (arts. 16 y 20 Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por RD 1777/2004, de 30 de julio). Todo ello conlleva la dificultad técnica de identificar el método de valoración en caso de consejeros o administradores, ya que siempre hay vinculación.

La norma mercantil, como ya se ha mencionado anteriormente, permite que la retribución al administrador sea gratuita o retribuida. Por tanto, **¿deberá aplicarse la regla de valor de mercado cuando el cargo es gratuito?** La respuesta ha de ser negativa, dado que la norma mercantil así lo permite.

Una vez aclarada esta primera cuestión, se puede afirmar que para establecer la cuantificación de la retribución deberíamos acudir nuevamente a la norma mercantil.

Cuando nos encontramos con una sociedad limitada, salvando el problema de la imputación temporal cuando la retribución se fije en función de los beneficios (en IRPF, rendimientos del trabajo, exigibilidad; en IS, devengo) se podría considerar como importe máximo de la retribución de los administradores el 10 por 100 de los beneficios repartibles (se repartan o no) entre los socios, cuando la retribución tenga como base una participación en los beneficios. Este importe estaría amparado, por tanto, en una norma legal, si bien es cierto que no determina que se trate del valor de mercado.

Cuando se trate de retribuciones fijas o satisfechas por una sociedad anónima, deberíamos aplicar un método de valoración, según lo dispuesto en la normativa del IS, lo cual resulta excesivamente complejo, dada la existencia de vinculación en todas las sociedades, entre la sociedad y su administrador.

1.3. Administradores y dietas (Consulta N.º V0015/2000).

La DGT emitió una consulta, en relación con los administradores, que, a pesar de ser del año 2000, no debemos perder de vista, pues el criterio establecido en la misma no se ha visto modificado con el paso de los años.

De esta forma, la DGT, en Consulta N.º V0015/2000, 22-02-2000 (NFC010588) mantiene que:

1. Si la sociedad **pone a disposición** de los miembros del consejo de administración los medios para que éstos acudan al lugar en el que deben realizar sus funciones, es decir, proporciona el medio de transporte y, en su caso, el alojamiento, **no existirá renta para los mismos**, pues no existe ningún beneficio particular para estos miembros.
2. Si la sociedad **reembolsa** a los miembros del consejo de administración los gastos en los que han incurrido para desplazarse hasta el lugar donde van a prestar sus servicios y éstos **no acreditan** que estrictamente vienen a compensar dichos gastos, o les abona una cantidad para que éstos decidan libremente cómo acudir, estamos en presencia de una **renta dineraria sujeta a retención**, siendo el tipo aplicable, como al resto de sus retribuciones, el 35 por 100.

2. RETRIBUCIONES EN ESPECIE

2.1. Consideraciones generales.

Se consideran retribuciones en especie la utilización, consumo u obtención, **para fines particulares**, de bienes, derechos o servicios **de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado**, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda (arts. 17.1 y 42.1 Ley del IRPF).

Con base en ello, se puede confirmar que:

- La utilización, consumo u obtención por el trabajador de bienes, derechos o servicios ofrecidos por el empresario para que el trabajador desarrolle o realice mejor sus funciones no constituyen rentas del trabajo.
- Por el contrario, la utilización, consumo u obtención por el trabajador de bienes, derechos o servicios ofrecidos por el empresario, no relacionados con la actividad laboral y que constituyen un beneficio particular para el empleado, tienen la consideración de rendimientos del trabajo en especie.

2.2. ¿RT en especie o simple mediación de pago?

El texto legal permitiría afirmar, con base en el artículo 42.1, 2.º párrafo, de la Ley del IRPF, que el dinero que recibe directamente el trabajador, y que puede destinar a fines privados, ha de ser considerado como retribución dineraria. Por el contrario, el pago por parte de la empresa de algunos gastos a favor del empleado debería ser calificado como rentas en especie.

Ahora bien, no debemos obviar la referencia al concepto «simple mediación de pago», que la DGT ha introducido en contestación a varias de las consultas que le han sido formuladas.

Se reproduce a continuación parte de la *Consulta DGT N.º VI409/2008, 07-07-2008, (NFC031005)* puesto que en la misma se describe la diferencia entre RT en especie y simple mediación de pago.

«Los RT en especie deben distinguirse de aquellos otros supuestos en los que se produce una **simple mediación de pago** por parte de la empresa respecto de gastos efectuados por el empleado; es decir, supuestos en que la empresa se limita a abonar una cantidad por cuenta y orden del empleado. En estos casos, la contraprestación exigible por el trabajador a la empresa no consiste en la utilización, consumo u obtención de bienes, derechos o servicios, sino que se trata de una contraprestación que la empresa tiene la obligación de satisfacer de forma dineraria, si bien en virtud del mandato realizado por el empleado, el pago se realiza a un tercero señalado por éste. Es decir, que el trabajador destina parte de sus retribuciones dinerarias a la adquisición de determinados bienes, derechos o servicios, pero el pago de los mismos se realiza directamente por el empleador. En consecuencia, **tratándose de simples mediaciones de pago realizadas en los términos descritos, no cabe entender que las cantidades abonadas por la empresa a un tercero se califiquen como RT en especie para el trabajador, sino que se tratará de una aplicación de los RT dinerarios.** No obstante, debe señalarse que no siempre que el empleador satisfaga o abone cantidades a terceros para que éstos proporcionen a su trabajador el bien, derecho o servicio de que se trate, estemos en presencia de retribuciones dinerarias, por considerar que existe mediación de pago, ya que en ocasiones la retribución en especie se instrumenta mediante un pago directo del empleador al tercero en cumplimiento de los compromisos asumidos con sus trabajadores, es decir, para hacer efectiva la retribución en especie acordada. Para que opere tal supuesto resulta necesario que la retribución en especie esté así pactada con los trabajadores en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo, es decir, que la empresa venga obligada (en función del convenio o contrato) a suministrarles una vivienda en alquiler».

En tal supuesto, las cantidades pagadas por la empresa a los arrendadores no se considerarían como un supuesto de mediación de pago, en los términos anteriormente señalados, sino como retribuciones en especie acordadas en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo, por lo que resultarían de aplicación las previsiones de los artículos 42 y 43 de la Ley del IRPF, lo que comportaría valorar esta retribución en especie conforme al artículo 43.1.1.º a) de la Ley del IRPF.

Con base en la consulta mencionada, **¿sería suficiente la incorporación de la modificación del sistema retributivo en la nómina?**

No, y es más, con base en otras dos consultas emitidas por la *DGT, N.º VII171/2008, de 06-06-2008 (NFC030310)*, y *N.º V0917/2007, de 04-05-2007 (NFC025775)*, se podría afirmar que únicamente sería válida la modificación o novación del contrato de trabajo.

La DGT afirma que, en el supuesto de que una empresa se esté planteando satisfacer los costes de arrendamiento de viviendas directamente al arrendador, de no existir modificación ni novación del contrato de trabajo firmado con este último, nos encontraríamos ante un supuesto de simple mediación de pago en el que las cantidades abonadas por la empresa al arrendador deberán califi-

carse como RT dinerarios y no en especie. Ahora bien, si la empresa y el trabajador acuerdan, modificando o novando el contrato de trabajo, un cambio en la composición del sistema retributivo, de tal forma que se sustituyen retribuciones dinerarias por retribuciones en especie, esto es, sustituyen la percepción de una cuantía para compensar los costes de alquiler por la obligación de la empresa de suministrarle una vivienda en alquiler (siendo a estos efectos indiferente quién figure como arrendatario en el citado contrato de arrendamiento), las cantidades pagadas por la empresa a los arrendadores no se considerarían como un supuesto de mediación de pago, sino como retribuciones en especie acordadas en el contrato de trabajo, por lo que resultarán de aplicación las previsiones de los artículos 42 y 43 de la Ley del IRPF.

2.3. ¿Cuál es el objetivo perseguido por la Administración tributaria?

Reconducir las rentas en especie a dinerarias por dos motivos:

- 1.º Hay rendimientos del trabajo en especie exentos, que de ser cuantificados como dinerarios se someterían a tributación.
- 2.º Hay rendimientos del trabajo en especie en los que, aunque estén sujetos y no exentos, y por tanto tributen, la cuantificación resulta inferior frente a la opción del percibir los rendimientos del trabajo dinerarios y posteriormente efectuar el trabajador la compra del bien ofrecido a nivel particular. Todo ello deriva de las reglas de valoración establecidas para los RT en especie en la Ley del IRPF.

2.4. ¿Retribución dineraria en especie? Aspectos a tener en cuenta.

Son tres los aspectos a considerar:

1. Se incluyen para la determinación de la base para calcular el tipo de retención ambos tipos de retribuciones (art. 83.2.1.ª Rgto. IRPF).
2. No forman parte de la base de retención las contribuciones empresariales a los planes de pensiones, a los planes de previsión social empresarial y a las mutualidades de previsión social que reduzcan la base imponible del contribuyente (art. 83.2.1.ª Rgto. IRPF).
3. La Ley del IRPF recoge expresamente una serie de **supuestos que no tienen la consideración de RT en especie**. Estas rentas aparecen enumeradas en el apartado 2 del artículo 42 de la Ley del IRPF. Por ello, es conveniente la retribución en especie si se trata de uno de los casos del artículo 42.2 de la Ley del IRPF, pues los mismos, al no tener la consideración de RT, no tributan en el IRPF. El control de las mismas, aunque se trate de rentas del trabajo en especie exentas, se efectúa a través del modelo 190, clave L.

2.5. Estatuto de los Trabajadores y salario en especie.

No debe perderse de vista la normativa laboral cuando lo que estamos tratando sean salarios en especie. Y ello, principalmente, porque de la regulación que de los mismos se efectúa en los artículos 26 y 29 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, se obtiene una limitación. El primero de los artículos mencionados regula que, en ningún caso, **el salario en especie podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador**. Por su parte, el artículo 29 reconoce el derecho a percibir por parte del trabajador y, con su autorización, sus representantes legales, anticipos a cuenta del trabajo ya realizado, previa la llegada del día señalado para el pago.

2.6. Caso conflictivo. Delimitación como rendimiento en especie de un vehículo de empresa. ¿Utilización o facultad de disposición?

La cuestión controvertida se centra en determinar la forma de calcular la retribución en especie, a efectos del IRPF, que supone la entrega de vehículos automóviles por parte de una empresa a sus empleados para destinarlos a un uso mixto, laboral y particular.

Han sido muchos los tribunales que en este último año han emitido jurisprudencia al respecto.

La calificación de la utilización de un vehículo como renta en especie ha venido definida por los distintos tribunales, no por el uso efectivo del mismo por parte del trabajador, sino por la **disponibilidad** del mismo o susceptibilidad de uso particular con independencia de que existiera o no utilización efectiva para dicho fin.

Destacamos a continuación dos de las sentencias que corroboran la afirmación anteriormente expuesta:

Lo que se tendrá en consideración para el cálculo de la renta en especie consistente en la utilización de vehículos propiedad de una empresa por parte de los directivos de la misma es la **facultad de disposición** que el directivo tenga sobre el vehículo fuera del tiempo que constituye su jornada laboral, aplicando un porcentaje en función del tiempo que el vehículo esté a su disposición, teniendo en cuenta la duración de la jornada laboral. Por lo que se refiere a la utilización del vehículo por parte de los empleados (comerciales), lo que hay que tener en cuenta para realizar dicha calificación como retribución en especie será la disponibilidad del vehículo para fines laborales fuera de la jornada laboral, con independencia de que exista un manual entregado a los trabajadores donde se disponga que el uso del vehículo deba realizarse exclusivamente para desplazamientos profesionales relacionados con la actividad de la empresa, ya que lo cierto es que no se adopta ninguna medida concreta tendente al cumplimiento de la misma, toda vez que los trabajadores no vienen obligados, por ejemplo, a depositar los vehículos en locales de la empresa al finalizar su jornada laboral, quedando el vehículo a su disposición con posibilidad de usarlo para fines privados en cualquier momento [*SAN de 12 de diciembre de 2007, rec. n.º 48/2005 (NFJ027413)*].

El TEAC, en Resolución de 30 de abril de 2009, R.G. 242/2008 (NFJ033632), mantiene el criterio señalado en un supuesto en que una empresa tiene un contrato con una entidad de *renting*. Entre ambas fijan el objeto del contrato, que no es otro que la cesión de uso de vehículos por un tiempo y precio determinados. El total del precio lo paga la empresa, que es quien a su discreción fija qué parte se va a imputar, que no pagar, por el empleado. Pues bien, siendo la empresa quien dispone del vehículo y lo cede al empleado, también para su uso particular, se debe calificar este uso como retribución en especie. Para la valoración se tendrá en cuenta la **facultad de disposición** que el trabajador tiene sobre el vehículo fuera del horario que constituye su jornada laboral, ya que la empresa no ha demostrado que los vehículos se hayan utilizado en un periodo superior al de dicha jornada laboral.

Pero una sentencia de la Audiencia Nacional ha dado un vuelco al criterio mantenido por ésta al modificar el criterio de disponibilidad, pasando de la mera facultad de disposición a un **criterio de disponibilidad modulado por las características del puesto de trabajo desempeñado por el trabajador y atendiendo, en consecuencia, a la efectiva utilización del vehículo**. Se trata de la SAN de 13 de abril de 2009, rec. n.º 439/2006 (NFJ033180).

La Ley 37/1992, del IVA, a diferencia de la Ley del IRPF, establece la presunción de que, para el caso de vehículos que no se afecten directa y exclusivamente a la actividad empresarial y profesional, será deducible el 50 por 100 de la cuota de IVA soportado como consecuencia de dicho arrendamiento por la empresa.

Sobre este extremo, la Audiencia mantiene, aun reconociendo el **principio de estanqueidad** al tratarse de dos impuestos diferentes, que nada impide a la Sala considerar **conforme a Derecho acudir al porcentaje fijado en el IVA** para la misma sociedad, ya que pese a que en el ámbito del IRPF las normas que regulan la delimitación y valoración de las rentas en especie consistentes en la entrega de vehículos –arts. 43 y 44 de la Ley del IRPF– no contemplan presunción legal alguna para hallar el grado de utilización de los vehículos, no es menos cierto que pese a ello las pruebas aportadas son las mismas en ambos procedimientos, por lo que, siendo idéntico el material probatorio resulta, conforme al **principio de seguridad jurídica**, que las conclusiones que se alcancen respecto de ambos procedimientos no sean diferentes.

2.7. Valoración de los RT en especie.

Respecto a la valoración de las rentas en especie, el artículo 43.1 de la Ley del IRPF establece como **regla general** de valoración el valor normal en el mercado, si bien, se podría asegurar que esta regla se convierte en una regla residual al establecer la ley a continuación ciertas especialidades para algunos rendimientos del trabajo en especie.

Reglas especiales:

Regla especial. Artículo 43.1.1.º a) Utilización de vivienda.

10% VC	Con carácter general	No podrá exceder la valoración resultante del 10% de las restantes contraprestaciones del trabajo
5% VC	Caso de revisión catastral con posterioridad al 01.01.1994	
5% ($\times$ 50% del que deba computarse a efectos del IP)	Caso de carencia de VC o no notificado el VC al titular, a la fecha devengo IRPF	

Regla especial. Artículo 43.1.1.º b) Vehículos automóviles.

Uso del vehículo propiedad del pagador	20% anual del coste de adquisición para el pagador, incluidos tributos
Uso del vehículo no propiedad del pagador	20% anual del VM que correspondería al vehículo si fuese nuevo
Entrega del vehículo propiedad del pagador	Coste de adquisición para el pagador, incluidos tributos
Uso y posterior entrega del vehículo propiedad del pagador	La valoración de la entrega tendrá en cuenta la valoración del uso anterior a la entrega

Reglas especiales. Artículos 43.1.1.º c) a e).

	Retribución en especie	Valoración
Artículo 43.1.1.º c)	Préstamos	Diferencia entre interés pagado y el legal del dinero
Artículo 43.1.1.º d)	Manutención, hospedaje, viajes y similares	Por el coste para el pagador También las cantidades destinadas a satisfacer gastos de estudios y manutención contribuyente o de otras personas ligadas al mismo por parentesco, incluidos afines, hasta el 4.º grado inclusive, sin perjuicio del artículo 42.2 de la Ley sobre no retribuciones en especie
Artículo 43.1.1.º d)	Primas de contratos de seguros	
Artículo 43.1.1.º e)	Contribuciones a PP y otros compromisos por pensiones	Por su importe

Regla especial. Artículo 43.1.1.º f) Empresas que tengan como actividad habitual la realización de actividades que dan lugar al RT en especie.

No podrá ser inferior al precio ofertado al público del bien, derecho o servicio de que se trate.	
El precio ofertado al público es el previsto en artículo 60 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, esto es, descuentos ordinarios o comunes	
Descuentos ordinarios o comunes	1. Los <i>descuentos</i> que sean <i>ofertados</i> a otros colectivos de similares características a los trabajadores de la empresa
	2. Los <i>descuentos promocionales</i> que tengan carácter general y se encuentren en vigor en el momento de satisfacer la retribución en especie
	3. <i>Cualquier otro descuento</i> distinto de los anteriores que no exceda del 15% ni de 1.000 € anuales

Referente a esta última regla especial, destacamos dos de las consultas de la DGT, emitidas al respecto.

La primera es la *Consulta DGT N.º V1386/2008, de 04-07-2008 (NFC030704)*. Una entidad dedicada al comercio al por menor de ropa beneficia a sus empleados con un **descuento del 55 por 100** sobre el precio de venta al público de la ropa que adquieran, y la ropa que los trabajadores utilizan para su trabajo de cara al público les es **cedida gratuitamente** después de un cierto tiempo de uso laboral. El descuento del 55 por 100 constituye para éstos un RT en especie, pues comporta la obtención de bienes (la ropa) por precio inferior al normal de mercado. Tres son las categorías de descuentos ordinarios o comunes que contempla la normativa, y no existirá retribución en especie por el descuento obtenido en la adquisición de ropa si éste se correspondiese con alguno de los descuentos ordinarios o comunes señalados, constituyendo retribución en especie *los excesos* sobre los mismos. Por otro lado, la ropa de trabajo que después de cierto uso es regalada a los trabajadores constituye igualmente una renta en especie, operando igualmente la regla anterior, pero tomando como punto de partida el valor venal que pudiera tener en el mercado esa ropa de segunda mano.

La segunda consulta a la que hacemos referencia es la *Consulta DGT N.º V0710/2009, de 03-04-2009 (NFC032700)*. En la misma se trata el siguiente supuesto:

Una sociedad limitada con más de 100 tiendas y dedicada al comercio de ropa en España concede a sus empleados un descuento del 20 por 100 en el importe de sus compras en cualquiera de las tiendas de la compañía. Se considerarán ordinarios o comunes: los descuentos que sean ofertados a otros colectivos de similares características a los trabajadores de la empresa; los descuentos promocionales que tengan carácter general y se encuentren en vigor en el momento de satisfacer la retribución en especie, y cualquier otro distinto a los anteriores siempre que no exceda del 15 por 100 ni de 1.000 euros anuales. No existirá retribución en especie para los trabajadores de la empresa por el descuento obtenido en la adquisición de ropa si éste se correspondiese con alguno de los descuentos ordinarios o comunes señalados, *constituyendo retribución en especie los excesos sobre los mismos*.

2.8. ¿Existe obligación de efectuar ingreso a cuenta sobre las retribuciones en especie del trabajo?

Con carácter general, las retribuciones en especie son objeto de ingreso a cuenta. Por ello, existe la obligación de información de las mismas en el modelo 190.

Cabe recordar que por aplicación de la disposición adicional segunda del Reglamento del IRPF, aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, denominado «Acuerdos previos de valoración...», las personas o entidades obligadas a efectuar ingresos a cuenta como consecuencia de los RT en especie que satisfagan podrán solicitar a la Administración tributaria la valoración de dichas rentas, conforme a las reglas del IRPF, a los efectos exclusivos de determinar el ingreso a cuenta correspondiente.

No obstante, no existe obligación de efectuar ingresos a cuenta respecto a las contribuciones satisfechas por los promotores de planes de pensiones, de planes de previsión social empresarial y de mutualidades de previsión social que reduzcan la base imponible (art. 102.2 Rgto. IRPF).

En este caso, la obligación de información de dichas contribuciones se efectúa en el modelo 345.

Una última cuestión a tener en cuenta: el empresario ante dicho ingreso a cuenta posee una doble posibilidad:

- Repercutir al trabajador/perceptor de la renta el ingreso a cuenta, a cargo de sus retribuciones dinerarias, o bien,
- incrementar el valor de los bienes, derechos o servicios recibidos por el trabajador/perceptor de la renta, con el ingreso a cuenta no repercutido que abona el empresario. Debe recordarse en este caso que el importe del ingreso a cuenta no formará parte de la base para calcular el tipo de retención (art. 83.2.1.ª Rgto. IRPF).

Esta doble vía la reconoce la Ley del IRPF, en su artículo 43.2, si bien un ingreso a cuenta parcialmente repercutido también constituye una opción viable.

EXPLORANDO OTRAS UTILIDADES DE LA CONTABILIDAD: LA PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALES

MIGUEL ÁNGEL VILLACORTA HERNÁNDEZ

Universidad Complutense de Madrid

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Ramón GONZÁLEZ GARCÍA, doña María Teresa DEL VAL NÚÑEZ, don José Antonio GONZALO ANGULO, doña Herenia GUTIÉRREZ PONCE, don Lorenzo LARA LARA y don Alejandro LARRIBA DÍAZ ZORITA.

Extracto:

EL fenómeno de la globalización ofrece extraordinarias posibilidades de desarrollo para las redes de criminalidad organizada dedicadas a actividades ilegales, como el tráfico ilícito de drogas, la prostitución, el comercio ilegal de armas, la inmigración clandestina, el contrabando, los delitos contra el patrimonio, el soborno, los fraudes financieros y el tráfico humano, ya sea de mujeres, esclavos o niños.

Para que estas redes puedan utilizar libremente los fondos generados por las actividades delictivas, tienen que distanciar el dinero de su origen mediante el oportuno proceso de blanqueo.

El interés social por controlar, prevenir y reprimir la actividad de tales grupos exige el conocimiento de los cauces a través de los cuales se legitiman tales fondos.

Esta investigación intenta realizar una aproximación al conocimiento de las fases y medios utilizados para realizar el blanqueo, por medio del estudio de los registros contables de los grupos de actividades delictivas requisadas por la policía y las sentencias de la Audiencia Nacional relacionadas.

Con todo ello se analizará la importancia de la contabilidad en el proceso de detección del blanqueo, en el procedimiento de la instrucción y su valor como prueba en el proceso judicial.

Palabras clave: contabilidad, blanqueo de capitales, lavado de activos y lavado de dinero.

EXPLORING OTHER USES OF ACCOUNTING: PREVENTING AND COMBATING MONEY LAUNDERING

MIGUEL ÁNGEL VILLACORTA HERNÁNDEZ

Universidad Complutense de Madrid

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Ramón GONZÁLEZ GARCÍA, doña María Teresa DEL VAL NÚÑEZ, don José Antonio GONZALO ANGULO, doña Herenia GUTIÉRREZ PONCE, don Lorenzo LARA LARA y don Alejandro LARRIBA DÍAZ ZORITA.

Abstract:

THE phenomenon of globalization offers enormous potential for the development of organized crime networks involved in illegal activities like drug trafficking, prostitution, illegal arms trade, illegal immigration, smuggling, crimes against property, bribery, financial fraud and human trafficking, whether of women, slaves or children.

For these networks to make free use of funds generated by criminal activities, they have to separate the money from its origin by means appropriate money laundering process.

The social interest in controlling, preventing and suppressing the activity of such groups requires the knowledge of the channels through which such funds are legitimate.

This study attempts to make an approach to the understanding of the phases and means for making money laundering, through the study of the accounting records of criminal activity groups seized by police and the related judgments of the «Audiencia Nacional».

This leads us to analyze the importance of accounting within the process of detection of money laundering in pre-trial proceedings and its value as evidence in judicial proceedings.

Keywords: accounting, capital laundering, assets laundering and money laundering.

Sumario

1. Desarrollo del trabajo.
2. Definición del proceso de blanqueo.
3. Consecuencias del lavado de activos.
4. Delito de blanqueo.
5. Origen de los procesos antiblanqueo.
6. Apoyos para realizar el blanqueo.
7. Fases del proceso de blanqueo.
 - 7.1. Fase de colocación.
 - 7.2. Fase de conversión.
 - 7.3. Fase de integración.
8. Propuestas para prevenir los procesos de blanqueo.
9. Importancia de la contabilidad en el proceso de blanqueo.
 - 9.1. Utilidad de los registros contables.
 - 9.2. Fuentes de los registros contables.
10. Conclusiones finales.

Bibliografía.

1. DESARROLLO DEL TRABAJO

La contabilidad es la disciplina que sirve para proporcionar información útil en la toma de decisiones económicas. Además, también sirve como apoyo a otras materias como la prevención del blanqueo de capitales, ya que puede ayudar al conocimiento de los medios utilizados para realizar el blanqueo.

Este trabajo ha sido realizado analizando dos tipos de recursos o fuentes: las sentencias de la Audiencia Nacional desde el año 1991 y la documentación contable incautada por la policía a las personas físicas o jurídicas condenadas en las sentencias anteriores. Las sentencias de la Audiencia Nacional han sido revisadas desde el año 1991 porque es la fecha de la primera normativa europea para la prevención del blanqueo de capitales: la Directiva del Consejo de 10 de junio de 1991 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (91/308/CEE). El análisis de las sentencias se realizará independientemente del sujeto juzgado, ya sea el comisio-nista, el testaferro o el blanqueador. La documentación contable analizada tiene dos orígenes: la derivada de operaciones lícitas y, por tanto, aplicando la legislación contable oficial vigente, y los registros ocultos sobre operaciones ilícitas y, por tanto, realizados de forma no académica.

En primer lugar, se analiza una visión de qué es el blanqueo de capitales, sus distintas denominaciones, las características que presenta actualmente y las consecuencias económicas, políticas y sociales que tiene este fenómeno. Para alcanzarla, entre otros aspectos, se estudiará la importancia del blanqueo en los centros financieros extraterritoriales (*offshore*), el concepto de un paraíso fiscal y cuáles son sus rasgos definitorios. Por último, se describirán las etapas de blanqueo y las técnicas e instrumentos de blanqueo clásicas y las más emergentes utilizadas para llevarlas a cabo. Con todo ello se analizará la importancia de la contabilidad en el proceso de detección del blanqueo, en el procedimiento de la instrucción y su valor como prueba en el proceso judicial.

2. DEFINICIÓN DEL PROCESO DE BLANQUEO

No existe una definición unitaria y precisa de este delito puesto que tanto los diferentes gobiernos, con sus propias leyes, como los medios de comunicación, han influido sobre el término y «(...) muchas veces no se le da el exacto contenido que es mucho más complejo y sofisticado» (LAMAS: 2000, 38).

El lavado de dinero es un proceso por el cual «(...) se transforma el "dinero sucio" que son las ganancias, bienes y activos en general de procedencia, vinculados o derivados del tráfico ilícito (...) en "dinero limpio", que aparenta ser de origen legal» (RIVERA: 2000, 19).

La utilización del término «lavado» requiere la existencia de fondos de procedencia oscura, detrás de los cuales están los autores de un delito. Esos fondos tienen que ser convertidos a la legalidad a través de una serie de transformaciones que les confieran apariencia de origen lícito, para poder introducirse en el sistema financiero o en el mercado de bienes.

Este trabajo diferencia entre lavado de activos y de dinero. El lavado de dinero es el movimiento de dinero proveniente de los orígenes ilícitos, y su introducción al sistema financiero formal del país, ocultando su origen ilícito. El lavado de activos (también denominado legitimación de capitales, reciclaje de dinero o blanqueo de capitales) es el proceso consistente en ocultar o dar apariencia de legalidad a bienes cuyo origen son las actividades delictivas, con el fin de ocultar sus orígenes ilegales; esto implica que las ganancias no sólo pueden ser dinero, sino también otro tipo de bienes y recursos, tales como propiedades, acciones, vehículos y demás bienes en especie susceptibles de valoración económica. Por tanto, el término moderno lavado de activos (general) contiene el término lavado de dinero (específico).

Las sentencias establecen los rasgos del delito de blanqueo: «operación conjunta y coordinada» (Sentencia 5/2002, pág. 16) para desarrollar «actos jurídicos y disposiciones patrimoniales, a fin de ocultar, no sólo el origen, sino la verdadera titularidad de los beneficios ilícitamente obtenidos» (Sentencia 5/2002, pág. 11) con la finalidad última de «dar apariencia de licitud» (Sentencia 5/2002, pág. 18) a los fondos procedentes de actividades ilícitas.

El blanqueo supone dos procesos: a) ocultar el origen de una importante cantidad de activos, y b) insertarla en el mercado de circulación legal.

Las sentencias definen la actividad delictiva de blanqueo de capitales como «(...) sucesión de actos jurídicos y disposiciones patrimoniales (...) a fin de ocultar la real titularidad del patrimonio (...) adquirido a nombre de las sociedades pertenecientes a la red constituida para el blanqueo, y en la que interviene de modo activo y con total conocimiento del origen ilícito de los fondos empleados en su creación» (Sentencia 5/2002, pág. 21). La sentencia es incompleta porque no recoge la segunda parte del blanqueo (dar apariencia de licitud); se limita a definir exclusivamente la ocultación.

El delito de blanqueo está relacionado con la pertenencia a una organización. Las sentencias definen la pertenencia a la red de blanqueo de esta forma: «(...) quienes, con total conocimiento del origen ilícito del ingente volumen de dinero procedente del tráfico ilegal, intervienen de manera activa en la constitución de un entramado de sociedades pantalla puramente instrumentales dedicadas a inyectar en el circuito legal fondos procedentes del tráfico ilegal, realizando para ello una sucesión de actos jurídicos y disposiciones patrimoniales» (Sentencia 5/2002, pág. 23).

La Sentencia 4/2003 establece el procedimiento general del lavado: «Para ocultar el origen ilícito de los flujos monetarios que manejaban, que eran muy superiores al generado por su actividad empresarial lícita, usaban diversos procedimientos en los que el dinero empleado, que procedía de los

beneficios derivados del tráfico ilegal, tras un primer enmascaramiento u ocultación de su origen se mezclaba con otro de origen lícito y se invertía sucesivamente en diversos tramos de actividad (...). Según las indagaciones policiales, estas inversiones últimas son la compra de propiedades, activos financieros, boletos premiados, constitución o adquisición de empresas, mejora de los inmovilizados de su propiedad o la compra de bienes de consumo. Todo este proceso «(...) tiene por objeto únicamente impedir o dificultar su seguimiento por las autoridades monetarias» (Sentencia 54/2006, pág. 3).

El proceso de lavado intenta limpiar activos obtenidos de todo tipo de actividades delictivas; sin embargo, la Audiencia Nacional solamente ha juzgado y tiene procesos abiertos sobre delitos de blanqueo de drogas, no encontrando ningún proceso sobre el tráfico de personas, delitos contra la propiedad ni cualquier otro delito. Aunque en España todas las sentencias están referidas a empresas dedicadas a blanquear activos con origen en las drogas, el lavado no sólo está relacionado con el narcotráfico, está relacionado con cualquier otra fuente ilícita.

3. CONSECUENCIAS DEL LAVADO DE ACTIVOS

El lavado de activos es esencial para el funcionamiento efectivo de toda forma de delincuencia organizada. Los esfuerzos para combatirlo, que tienen por objeto impedir o limitar el desarrollo de la capacidad de los delincuentes de utilizar ganancias mal obtenidas, son un componente básico y eficaz de la lucha contra el delito.

El lavado tiene un efecto corrosivo en la economía, el gobierno y el bienestar social de un país. Esta práctica distorsiona las decisiones comerciales, aumenta el riesgo de la quiebra bancaria (aspecto tan importante en estos momentos), retira a los gobiernos el control de la política económica, daña la reputación del país y expone a la ciudadanía al tráfico de drogas, el contrabando y otras actividades delictivas.

A continuación se detallan los efectos económicos negativos que produce el lavado de activos.

a) Distorsión del Mercado. Uno de los efectos microeconómicos más graves del lavado afecta al sector empresarial privado. A menudo, quienes lo practican emplean compañías «fachada» que mezclan las ganancias de actividades ilícitas con fondos legítimos, para ocultar ingresos derivados de actividades delictivas. Estas compañías «fachada» tienen acceso a fondos ilícitos considerables, lo que les permite subvencionar sus artículos y servicios por debajo de los precios del mercado. Como las compañías «fachada» pueden ofrecer productos a precios por debajo del coste de fabricación, tienen una ventaja competitiva sobre las empresas que obtienen sus fondos en los mercados de bienes y servicios de forma legítima. En esta situación, los negocios legítimos tienen dificultades para competir con las compañías «fachada», situación que puede tener como resultado que organizaciones delictivas expulsen del mercado a negocios dentro del sector empresarial privado. Los principios de administración de estas empresas ilícitas no son consecuentes con los principios de libre mercado de los negocios legítimos, lo que tiene efectos macroeconómicos negativos.

- b) Debilitamiento de los mercados financieros.** El lavado puede erosionar la integridad de las instituciones financieras de un país. Las entidades financieras que cuentan entre sus clientes con sujetos que obtienen una importante cantidad de recursos obtenidos de forma ilícita, tienen difícil la administración acertada de sus bienes y obligaciones. Por ejemplo, grandes sumas de dinero lavado pueden llegar a una institución financiera y luego desaparecer repentinamente. Ello puede provocar problemas de liquidez en el sector bancario, que tienen efectos nocivos para toda la economía y la sociedad, como se puede observar en la actualidad.
- c) Efectos negativos sobre la moneda.** El lavado puede afectar adversamente las monedas y las tasas de interés cuando sus practicantes invierten los fondos en los lugares donde sus planes tienen menos posibilidad de ser detectados, en vez de hacerlo donde la tasa de rendimiento es más elevada. El lavado puede acrecentar la amenaza de la inestabilidad monetaria debido a la distribución inadecuada de recursos ocasionada por la distorsión artificial de los precios de bienes y productos. En suma, el lavado de dinero y el delito financiero pueden provocar cambios inexplicables en la demanda monetaria y mayor inestabilidad de los flujos de capital internacional, las tasas de interés y los tipos de cambio.
- d) Distorsión económica.** El proceso de blanqueo proporciona un incremento de las ganancias y la riqueza de sus titulares, sin que haya existido un trabajo positivo para la sociedad.
- e) Inestabilidad económica.** Los blanqueadores no están interesados en generar el mayor rendimiento de sus inversiones, sino en limpiar sus capitales. Por tanto, destinan sus fondos a actividades que no necesariamente rinden beneficios económicos al país donde se encuentran los fondos. El crecimiento económico quedará afectado en función del grado en que el lavado y el delito financiero desvían los fondos, de inversiones sólidas hacia inversiones de baja calidad que ocultan las ganancias. En algunos países, es hipotéticamente posible que se haya financiado gran parte de un sector, por ejemplo, el hotelero o la construcción, no en base a una demanda real, sino al interés a corto plazo de los dueños del dinero lavado; cuando estas industrias ya no les interesan, las abandonan, causando el desplome de estos sectores y un grave daño a las economías.
- f) Pérdida de rentas públicas.** El lavado de dinero disminuye los ingresos tributarios gubernamentales y, por tanto, perjudica indirectamente a los contribuyentes al dificultar la recaudación de impuestos. Estas pérdidas de rentas públicas suponen tasas de impuestos más elevadas en comparación a la situación en que las ganancias del delito, que no pagan impuestos, los pagan.

Conscientes de tales amenazas, las sentencias describen las medidas tomadas a nivel internacional para protegernos del blanqueo: «Esta clase de criminalidad, sobre todo cuando es organizada, constituye una amenaza para la soberanía de los Estados y la estabilidad de los sistemas financieros nacionales y supranacionales, razón por la que existe una estrecha conexión entre los servicios policiales y financieros de los distintos países encargados de la prevención y persecución de los citados delitos para intercambiar información entre ellos para la lucha contra esta delincuencia organizada (...)». «Por ello para luchar contra ese tipo de delincuencia se ha formado un cuerpo legislativo supranacional integrado fundamentalmente por la Recomendación del Consejo de Europa de 27 de junio de

1980, y del Parlamento Europeo de 9 de Octubre de 1996; la Declaración de Principios del Comité de Reglas y Prácticas de Control de las Operaciones Bancarias de diciembre de 1998 conocida como Declaración de Basilea; la Convención de Viena de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988; el Convenio del Consejo de Europa de Estrasburgo de 8 de noviembre de 1990 referente al blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito; las Cuarenta Recomendaciones redactadas en 1990 por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que han sido revisadas en 1996; la Directiva 91/308/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas; y la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de diciembre de 2001» (Sentencia 32/2006, pág. 15).

4. DELITO DE BLANQUEO

El lavado es un delito que consiste en el proceso por el cual se transforman los «activos sucios» procedentes de actividades ilícitas en «activos limpios».

El delito de blanqueo de capitales está tipificado en los artículos 301.1, párrafo 2.º, y 302, párrafo 1.º, inciso 1.º y 2.º, en relación con los artículos 368 y 369, todos ellos del Código Penal.

El artículo 301 señala que: «1. El que adquiriera, convirtiera o transmita bienes sabiendo que éstos tienen su origen en un delito o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes».

En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 del Código Penal. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 del Código Penal.

Por su parte, el artículo 302.1 del Código Penal, para vincular el delito con las organizaciones, dispone que «En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos (inciso 1.º), y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones (inciso 2.º)».

La Sentencia 32/2006 (pág. 15) establece que: «El delito de blanqueo de capitales es una forma de tipicidad moderna mediante la cual el legislador pretende reprimir las acciones de transformación del dinero o bienes obtenidos ilegalmente a través de actos delictivos en dinero de apariencia legal».

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal, al referirse en el artículo 301 a los bienes procedentes de un delito, ha extendido claramente el blanqueo a los bienes procedentes de cualquier delito, sea o no grave. La obligación de denunciar los hechos supuestamente delictivos que contempla la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicable a los delitos de blanqueo en general (art. 301 del Código Penal) ha venido a completarse con la Ley de Blanqueo 19/1993, de 28 de diciembre, y la Ley 19/2003, de 4 de julio, que establecen obligaciones administrativas y correlativas sanciones con el fin de prevenir e impedir el blanqueo o el lavado del dinero procedente del tráfico de drogas o de la delincuencia organizada, para mejorar el control sobre el efectivo y otros medios de pago.

El delito de blanqueo tiene sustantividad propia, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2001, y es consecuencia del carácter clandestino de las actividades de la delincuencia organizada. Este delito no exige, aunque lo admite, el ánimo de lucro. El tipo básico del blanqueo sólo exige el conocimiento de la procedencia ilícita del dinero, y el tipo agravado supone el conocimiento de que el dinero procede del tráfico de drogas (art. 301.1, párrafo 2.º). No se exige un dolo directo, bastando el dolo eventual o incluso, es suficiente, situarse en la posición de ignorancia deliberada, la de quien pudiendo y debiendo conocer la naturaleza del acto de colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración y debe responder de las consecuencias penales que se deriven de su actuación. Al principio de «ignorancia deliberada» se ha referido reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 10 de enero de 2000, 22 de mayo de 2002, 17 de febrero de 2003 y 29 de mayo de 2003, entre otras).

Según doctrina jurisprudencial consolidada del Tribunal Supremo (STS de 23 de mayo de 1997, 15 de mayo de 1998, 28 de diciembre de 1999, 10 de enero de 2000, 31 de marzo de 2000, 9 de mayo de 2001, 26 de junio de 2001, 28 de julio de 2001, 18 de septiembre de 2001, 10 de octubre de 2001, 19 de noviembre de 2001, 29 de noviembre de 2001, 18 de diciembre de 2001, 10 de febrero de 2003 y 14 de marzo de 2004), este delito requiere la concurrencia de tres elementos:

1. Incrementos patrimoniales injustificados y operaciones financieras anómalas.
2. Inexistencia de actividades económicas o comerciales legales.
3. Vinculación o conexión con actividades de tráfico ilícito de actividades delictivas graves.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2000, no se requiere la identificación de un acto delictivo concreto como antecedente, en cuanto que no es necesaria la existencia de un procedimiento judicial previo por el delito antecedente y, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2001, no se exige la previa condena por el delito del que proceden los bienes. En análogo sentido se puede observar la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2003, ya que el hecho de que se haya incautado sustancia estupefaciente no es relevante para que exista el delito, no tiene que provenir de dicha incautación, sino que lo que se tiene que acreditar es que las inversiones realizadas, aunque sean anteriores, provienen del tráfico ilícito. Con más precisión las Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2003 y 25 de febrero de 2005 señalan que «(...) para acreditar el blanqueo se exige probar: a) El incremento inusual del patri-

monio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales. b) Inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias y c) La constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas; pudiendo tenerse en cuenta también otros indicios como la apertura frecuente de cuentas corrientes, el fraccionamiento de los ingresos en cantidades pequeñas y en efectivo, etc.».

Normalmente el delito de blanqueo está relacionado con otros delitos; de esta premisa parte al menos el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLANC).

De los datos obtenidos de las sentencias de la Audiencia Nacional se pueden obtener los siguientes porcentajes de recurrencia. El delito contra la salud pública se encuentra en el 80% de los procesos, aspecto fundamental porque el 100% de los procesos blanquean activos originados por el tráfico de drogas. Dentro de estos delitos por tráfico de sustancias estupefacientes, en el 60% del total de los procesos se trafica con cocaína, el 20% con hachís y el 10% con heroína. Es posible afirmar que las organizaciones de blanqueo están relacionadas con el tráfico de drogas, pero no se puede afirmar que los sujetos condenados de blanqueo por tráfico estén relacionados con el tráfico. Es más, las personas que ejecutan las operaciones de blanqueo generalmente no están vinculadas directamente con la ejecución del delito de tráfico ilícito de drogas que generó los beneficios ilegales.

Siguiendo con los datos, el 40% de los procesos están relacionados con delitos de utilización de documentación falsa, lo cual sirve, por un lado, para hacerse pasar por otras personas al realizar las transferencias y demás operaciones de blanqueo y, por el otro, para poder realizar viajes y transportes de activos sin dificultad.

Alrededor del 20% de los procesos están relacionados con delitos de tenencia de armas sin licencia. Similar porcentaje presentan los procesos relacionados con el contrabando.

Cerca del 10% de los procesos están relacionados con cada uno de los siguientes delitos: venta simulada de acciones, alzamiento de bienes, violencia familiar y de género, elusión de tributos, violación al honor y malversaciones de caudales públicos.

5. ORIGEN DE LOS PROCESOS ANTIBLANQUEO

La investigación se fija en la institución por la que se originan los procesos de investigación policial-judicial para terminar condenando a los componentes de una red de blanqueo. El origen puede partir del propio SEPBLANC (es decir, de la policía española), de otro organismo [como por ejemplo la Drug Enforcement Administration estadounidense (DEA)] o, por último, de la sospecha de un intermediario financiero que da cuenta al SEPBLANC.

El origen de la operación parte normalmente de sospechas de un intermediario financiero (por ejemplo, la Sentencia 14/2004), aunque también es frecuente que el proceso se inicie en las autoridades españolas de prevención de blanqueos. Pero además, en algún caso, como la Sentencia 32/2006, el proceso es iniciado por alguna policía u organismo de otro país. «Aparecen probados y así expresamente se declaran que por parte de la Policía Española, concretamente la Unidad de Prevención de Blanqueos en España (SEPBLANC) se recibió información facilitada por la DEA americana sobre determinados hechos que evidenciaban la existencia de un supuesto blanqueo de dinero realizado por personas de nacionalidad española y colombiana que, utilizando el sistema bancario europeo, depositan, aseguran e introducen en la corriente monetaria legal lo que, según dicha agencia informante, pudiera ser el beneficio de una actividad delictiva organizada relacionada con el tráfico de sustancias estupefacientes, concretamente cocaína» (Sentencia 32/2006, pág. 5).

Prado SALDARRIAGA (2000, 94) escribe «(...) según estudios empíricos realizados por diferentes organizaciones extranjeras, más de un 90% de las operaciones de lavado que han sido descubiertas, ha sido posible gracias a los informes de los bancos por las autoridades de control». En nuestro estudio hemos corroborado estos datos, con una recurrencia similar, pero aportamos un dato más; es posible observar que tiene tanta importancia la acción policial de España como las comunicaciones realizadas por la DEA.

6. APOYOS PARA REALIZAR EL BLANQUEO

Las operaciones de blanqueo se realizan con las formalidades y trámites que regularmente se exigen para cualquier acto jurídico, comercial o financiero. En ellas participan personas ajenas al resto de actos delictivos, lo cual permite obtener una sólida apariencia de legitimidad.

La investigación indaga sobre la utilización, en las operaciones de blanqueo, de tres figuras distintas: comisionistas, testaferros y, por último, abogados o asesores financieros encubridores.

Un comisionista es una persona que realiza un negocio a cambio de una comisión o porcentaje sobre el beneficio obtenido. El 40% de los procesos analizados utilizan comisionistas, siendo descrito con claridad en las Sentencias 5/2002 (pág. 25), 12/2002 (pág. 8) y 54/2006 (pág. 15).

Un testaferro (fiduciario u «hombre de paja») es una persona que aparece como titular en un negocio o contrato, cuando en realidad sólo presta su nombre a otro que es el verdadero contratante. El DRAE define «testaferro» como una «(...) persona que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona». La Sentencia 5/2002, en su página 15, describe la función «antijurídica» de testaferro de la siguiente forma: «(...) de forma consciente, a fin de disimular las inversiones realizadas con dinero procedente del tráfico de drogas, con la única finalidad de encubrir a los verdaderos titulares de las propiedades de estas sociedades». En el fundamento de derecho 69 del sumario 13/90 de la Sentencia 5/2002 se establece como prueba, para que una persona sea considerada sospechosa de ser testaferro, que una persona no detente la titularidad de ninguna de las participaciones de la empresa (suponiendo que tampoco es trabajador) y, sin

embargo, ejerza relevantes papeles en la misma. El 45% de los procesos analizados emplea testaferreros; los procesos descritos en las Sentencias 5/2002 (pág. 18), 4/2003 (pág. 21) y 2/2005 (pág. 6) lo describen con detalle.

La Sentencia 5/2002, en su página 23, establece que un abogado se convierte en encubridor cuando su trabajo de encubrimiento «(...) excede la labor propia y específica del correcto ejercicio de la abogacía». La Sentencia 4/2003, en su página 19, establece la actuación del abogado encubridor en el caso: «(...) el abogado no se limitaba al asesoramiento legal y redacción de cuantos documentos fueron precisos para la perfección del negocio jurídico sino que, conocedor de la implicación de varios miembros de la organización en procedimientos penales, se presta a diseñar la operación de compra por precio declarado muy inferior al real, se encarga personalmente de la colocación de los fondos precisos en cuentas *off shore*». Todo lo afirmado para la figura del abogado es igualmente válido, y aplicable, si el sujeto no es abogado sino que actúa como asesor financiero.

Un asesor financiero puede ser condenado por blanqueo si se prueba que asesoraba financieramente para conseguir introducir en la economía legítima los beneficios que obtenía con sus negocios. El asesor de la Sentencia 70/2007 (pág. 11) tiene probada la siguiente actuación: «(...) asesorándole acerca de cómo deberían figurar las facturas, y si el flujo de ingresos mensual de dicho local debía ser regular o irregular para no levantar sospechas».

El 50% de los procesos analizados emplea abogado o asesor financiero encubridor; las Sentencias 5/2002 (pág. 9), 4/2003 (pág. 19), 2/2005 (pág. 3) y 32/2006 (pág. 3) lo describen con detalle.

7. FASES DEL PROCESO DE BLANQUEO

El proceso de blanqueo es muy diverso y heterogéneo. Un ejemplo sería el siguiente: se obtiene dinero por algún delito y se mueve por el mundo con las facilidades que ofrece la globalización con soporte telemático; a continuación, se deposita en algún banco con secreto bancario o se invierte en algún paraíso fiscal, opciones que generan renta y privacidad; en un momento posterior, se canaliza como inversión en títulos de deuda pública; por último, se pueden comprar empresas (inversiones en hoteles, negocios inmobiliarios, centros comerciales, etc.). La diversidad de alternativas de blanqueo dificulta la posibilidad de realizar una distinción de las fases que lo componen para poder estudiarlo con detalle.

El GAFI (GAFI: 2003) (GAFI: 2006) (GAFI: 2007) ha acometido el estudio de la cuestión en base a la existencia de tres etapas sucesivas claramente diferenciadas. Según las estimaciones del citado organismo internacional, la primera de ellas (fase de colocación) estaría destinada a hacer desaparecer la enorme cantidad de dinero en metálico, derivada de actividades ilegales, mediante el depósito del mismo en manos de intermediarios financieros, la adquisición de títulos al portador, etc. El patrimonio resultante quedaría sometido en segunda instancia a un buen número de complejas operaciones financieras con el fin de ocultar su origen ilícito (fase de conversión) dirigidas a asegu-

rar, en lo posible, el distanciamiento de esos bienes respecto de su origen ilícito para ocultar ese origen. El blanqueo concluiría con la última etapa (fase de integración), en la que la riqueza obtendría la definitiva máscara de licitud mediante la oportuna introducción en los cauces económicos regulares, lo que permitiría utilizarla para cualquier propósito.

La mayoría de los expertos en este tema están de acuerdo con la diferenciación en estas tres etapas; quizá puedan variar los nombres o los límites de una u otra etapa, pero los autores analizados identifican las tres etapas del lavado de dinero (ACKERMANN: 1992, 353; AMICK: 1976; ANDREATTA: 1991, 308; ARLACCHI: 1988; BALLARD: 1990, 12-13; BALDWIN y MUNRO: 1993; BERNASCONI: 1988, 231; BERTOSSA, DENIS y RUYMBEKE: 1996, 347; BIRKS: 1995, 353; BOYCE: 1990, 8-9; CHAPARRÓS: 1998; CHARLES: 1991, 55-59; CID: 2007; CUCUZZA: 1995, 617; DUPUIS: 1998, 230; ESPÍN: 1991; FARLEY: 1990, 110; FERRAJOLI: 1994, 365; GILMORE: 1995, 24; GILMORE: 1992, 335; GOLD y LEVI: 1994, 126; HERAIL y RAMAEL: 1996, 196; HISHLER: 1992, 239-254; INTRIAGO: 1991, 145; KOPP: 1995, 259; LEE: 1990, 14-15; MADINGER y ZOLANPAY: 1999, 445; MORGAN: 1996, 51; NILSSON: 1994; PARLOUR: 1995, 344; PIETH: 1998, 37; PIETH: 1998, 159; RICHARDS: 1999, 318; ROBINSON: 1996, 358; WALTER: 1989, y WOODS: 1998, 199).

Nuestra investigación analiza las fases del blanqueo (en sentido amplio, en comparación con la segunda fase del proceso, también denominada blanqueo en sentido estricto) según lo establecido en las recomendaciones del GAFI. El ejercicio de compartimentación en fases (colocación, conversión e integración de capitales), si bien puede ser aceptado desde el punto de vista conceptual como una fórmula idónea para facilitar la investigación de una realidad compleja, revela ciertas deficiencias a la hora de ponerlo a prueba en el campo de la práctica. Además, las tres fases citadas se solapan con bastante frecuencia, llegando incluso a coincidir en no pocas ocasiones.

7.1. Fase de colocación.

La fase de colocación (*placement*) es también denominada de introducción, de ocultación o de manipulación del dinero al contado.

Es la etapa inicial del proceso de lavado, en la cual el «capital sucio», ya sea en efectivo o cualquier tipo de ganancia en bienes de capital de procedencia ilícita, cambia de ubicación, colocándose fuera del alcance de las autoridades.

Uno de los medios más empleados por los blanqueadores, antes de comenzar el proceso de blanqueo, consiste en consignar todo ese dinero en una o varias cajas de seguridad de un banco. El contrato no obliga al intermediario financiero a custodiar el contenido de la caja (que en la mayoría de los casos desconoce) sino la caja misma, por lo que ha de permanecer cerrada e intacta hasta el momento en que el propietario de los objetos en ella colocados decida retirarlos. Este procedimiento no soluciona el problema que implica la tenencia de una cantidad excesiva de recursos obtenidos de forma ilegal. No obstante, los recicladores pueden valerse de este servicio para mantener a buen recaudo una cantidad importante de activos en tanto encuentren la mejor forma de poderlos reintegrar

a los cauces regulares de la economía. La tenencia en cajas de seguridad permite a los criminales realizar consumos de bienes y pequeñas compras, pero no es un medio de blanqueo sino que es una colocación intermedia de los activos hasta su blanqueo definitivo.

Los principales procedimientos para realizar la fase de colocación son los siguientes:

- Llevar a cabo contrabando de envío de grandes cantidades de dinero en efectivo, sacándolo fuera del país o trasladándolo a zonas altamente comerciales donde pasen desapercibidos entre los continuos movimientos financieros.
- Realizar, de en forma sistemática, depósitos de dinero en efectivo con algún medio de ocultación, como por ejemplo realizarlo por debajo de los límites que obliguen a informar a las instituciones financieras.
- Transformar el dinero en efectivo en instrumentos negociables a través de bancos e instituciones del sistema financiero.
- Utilizar títulos-valores.
- Depositar dinero en efectivo en diversas cuentas bancarias: en cuentas sencillas o mancomunadas, en una o en varias instituciones financieras.
- Llevar a cabo operaciones de ingeniería financiera.
- Convertir el dinero en mercancías fácilmente negociables, tales como metales o piedras preciosas.
- Empezar entidades empresariales, que, debido a su naturaleza, sean receptoras de grandes cantidades de efectivo, como es el caso de centros nocturnos, restaurantes, casas de cambio y casinos.
- Invertir en apuestas y juego.
- Utilizar establecimientos de cara al público para realizar actividades empresariales legales, y mezclar ganancias legales con actividades ilegales.
- Realizar actividades empresariales vinculadas con el deporte profesional.
- Contratar operaciones de préstamo al contado.

A continuación se enumeran los medios alternativos o acumulativos para desarrollar esta fase.

1. Transporte directo del dinero líquido.

El dinero en circulación, o efectivo, es la materia prima que el lavador procesa. La mayoría de las transacciones ilícitas genera billetes de baja denominación que es el origen de la transacción criminal inicial.

El procedimiento más sencillo para realizar la primera fase es el envío de dinero a otras cuentas corrientes por medio del transporte directo del dinero líquido.

Esta operativa consiste en enviar el dinero de las zonas donde se cometen los delitos a otras en las que pasarían desapercibidos y en las que no hay tanto control. También se buscan áreas donde existe gran actividad financiera que les permita realizar diversas transacciones económicas sin levantar sospechas, para luego repatriar ese capital con apariencia de legalidad.

Las organizaciones desarrollan distintos procedimientos para realizar el contrabando de dinero líquido, incluso un mismo colectivo delictivo puede utilizar diversos medios para llevarlo a cabo.

La organización juzgada en la Sentencia 32/2006 tenía reuniones en centros comerciales para entregar el dinero de blanqueo: «(...) concertaban una primera entrevista personal en la que convenían una nueva cita para la entrega del dinero en efectivo, que solían realizar en aparcamientos de vehículos de centros comerciales de Madrid» (Sentencia 32/2006, pág. 5).

Otro de los cauces utilizados «(...) fue depositar las cantidades en pesetas en cuentas corrientes de no residentes en España, personas que eran captadas a través de locutorios regentados por ciudadanos colombianos (...), utilizados por ciudadanos de la misma nacionalidad para depositar su dinero obtenido en España a cambio de pesos colombianos que se ingresaban en su país de origen; y en ocasiones dichos acusados o personas por su encargo realizaron el transporte físico de efectivo, como viajes a Zurich para ingresar dinero en efectivo en cuentas abiertas a su nombre en bancos suizos, ordenando desde allí las transferencias a cuentas de Bogotá y Miami» (Sentencia 32/2006, pág. 6).

Las organizaciones realizan este procedimiento acomodándose a la situación económica de cada momento. Por ejemplo, «(...) hasta el 1 de enero de 2002, en que entró en circulación el euro, los acusados (...) recibían el dinero principalmente en pesetas y para su integración en el circuito bancario realizaban una pluralidad de ingresos en efectivo en sus cuentas abiertas en varias entidades bancadas, pero realizados a través de otras diferentes y numerosas sucursales bancarias, para evitar dar explicaciones y enmascarar la actividad. Posteriormente ordenaban su inmediata conversión en dólares USA y la transferencia a cuentas a su nombre en el mismo banco en Nueva York, y de allí era transferida a depósitos bancarios de terceros que habían adquirido los dólares a cambio de los pesos colombianos. En otras ocasiones las transferencias se realizaban a entidades que figuraban como acreedoras de personas que igualmente habían entregado en contraprestación pesos colombianos» (Sentencia 32/2006, págs. 5-6). Por su parte, «Desde la entrada en circulación de la moneda única europea, el euro, el 1 de enero de 2002, los acusados variaron su forma de actuar mediante el cambio de billetes de diferente valor de euros en billetes de 500 euros, realizando el ingreso de billetes pequeños de valor euro en cuentas a su nombre a través de diversas oficinas bancarias, solicitando posteriormente el reintegro en billetes de 500 euros que dichos acusados entregaban a distintas personas "correos" o "mulas" para su eventual transporte físico a Colombia. Para evitar el riesgo de que fueran detectados y detenidos los «correos» y abaratar así los costes adquirieron el avión (...) con el fin de hacer posible el transporte físico del dinero a bordo de dichas aeronaves, aumentar el volumen de efectivo y obtener mayores beneficios, disminuyendo el riesgo al prescindir de los citados "correos o mulas", sin que tales vuelos llegaran a realizarse (...)» (Sentencia 32/2006, pág. 9).

El flujo de monedas no se realiza exclusivamente en la moneda vigente en nuestro país, sino que frecuentemente se utilizan divisas, bien para facilitar su consumo, transporte o enmascaramiento. Por ejemplo, en el proceso descrito en la Sentencia 5/2002 existe un continuado cambio de divisas ocultando su identidad. La determinación del mecanismo o método de blanqueo de capitales empleado viene determinado claramente por las posibilidades de la organización en el uso de dinero efectivo y su transporte físico; «(...) la organización estaba perfectamente preparada por las aludidas casas de cambio en Colombia para eludir el control cambiario; el uso de locutorios y transferencia de moneda» (Sentencia 32/2006, pág. 10). De las monedas utilizadas en los procesos de lavado analizados (excepto la moneda vigente en España) destacan los dólares estadounidenses que son utilizados en el 50% de las operaciones de blanqueo que usan divisas. Los pesos colombianos son utilizados en el 10% de las transacciones que se sirven de divisas, al igual que los escudos portugueses, que también aparecen en el 10% de las operaciones. El 30% del resto de divisas utilizadas se reparten, casi a partes iguales, entre liras turcas, florines holandeses, liras italianas, marcos alemanes, francos suizos y libras esterlinas.

2. Depósitos bancarios.

Los procedimientos de blanqueo utilizan de forma continuada el sistema financiero para alcanzar sus fines.

Los modernos sistemas financieros, además de facilitar el comercio legítimo, permiten también a los delincuentes ordenar el traslado de grandes cantidades de dinero instantáneamente por medio de portátiles y antenas que reciben señales de satélites.

El paso del dinero de unas cuentas a otras y de unos bancos a otros bancos (u otras instituciones financieras), dentro de un país y entre varios países, se ha visto favorecido por los adelantos tecnológicos, de procesamiento de información y de telecomunicaciones, al multiplicarse la posibilidad de hacer circular el dinero de un lado hacia otro.

El avance tecnológico ha beneficiado a los delincuentes, principalmente porque las transferencias permiten mover rápidamente diversos volúmenes de dinero, lo que hace muy difícil detectar la actividad de blanqueo.

El destino de las transferencias de todos los procesos analizados por la Audiencia Nacional son los siguientes: el 20,8% de las transferencias tiene como destino Suiza; el 16,6% de las transferencias tiene como destino Estados Unidos, y dentro de ellas destaca que la mitad tiene como destino Miami y una cuarta parte Florida. Dentro de los países europeos destaca que el 8,3% de las transferencias tiene como destino España, y el mismo porcentaje Portugal; y el 4,1% a Francia y Holanda respectivamente. Dentro de los países iberoamericanos, el 12,5% de las transferencias es destinado a Colombia y el 4,1% a Ecuador. El 20,8% de las transferencias tiene como destino los territorios de baja tributación entre los que destaca el 8,3% de Andorra y alrededor del 4% de tres territorios: la Isla de Madeira, Gibraltar y la Zona Libre de Colón en Panamá.

Los organismos de protección del blanqueo son conscientes de las dificultades de seguir el flujo de riqueza cuando el dinero ya está en el sistema financiero, razón por la que inciden en incrementar los controles para identificar operaciones sospechosas de blanqueo en el momento en que se introducen en el sistema financiero. El proceso de introducción del dinero en el sistema bancario y de cajas de ahorros, salvando los controles establecidos para prevenir el blanqueo, puede realizarse por tres medios: la connivencia con empleados de los intermediarios financieros, el fraccionamiento de las cuantías y el aprovechamiento de las facilidades ofrecidas por los cajeros automáticos.

El procedimiento más extendido para deshacerse del dinero al contado consiste en dejarlo en manos del sistema financiero mediante su ingreso en una o varias cuentas bancarias abiertas al efecto. No obstante, este método se encuentra sometido a un inconveniente considerable: resulta muy difícil encontrar a un empleado de caja que no sospeche de un cliente que, sin razones que lo justifiquen, se presente ante él con una suma extraordinaria de billetes.

La protección financiera es fundamental para evitar los procesos de lavado; esta protección falla cuando un ente financiero deja de cumplir con las obligaciones de declarar las transacciones sospechosas. En estos casos, el delincuente deposita grandes sumas porque cuenta con un cómplice dentro de la entidad financiera.

El entramado descrito en la Sentencia 54/2006 está basado en la confabulación de empleados del banco que recibe el importe de las transferencias. El proceso descrito en esa sentencia es el siguiente. El dinero procedente del tráfico por cocaína se acumula en España y Reino Unido, y se entrega en centros comerciales a las personas que lo trasladarán. Este dinero líquido se transporta, en coches alquilados en aeropuertos, a cuentas corrientes de tres países: Andorra, Francia y Portugal. La incorporación del dinero a estas cuentas corrientes, a nombre de cuatro empresas (tres sociedades limitadas y una sociedad anónima), se realiza con la connivencia de empleados del banco. Una vez en las cuentas corrientes, la cuantía se convierte en dólares estadounidenses y se lleva a cuentas bancarias de Miami, Nueva York, Filadelfia, Maryland, San Francisco, Tampa, Panamá, Bahamas, Suiza, Isla de Man. Todo este proceso se realiza para «(...) dar al origen del dinero apariencia de legalidad» (Sentencia 54/2006, pág. 3). Este procedimiento descrito solamente se puede realizar si existen empleados del banco dispuestos a hacer la vista gorda, porque, en caso contrario, el procedimiento de lavado no podría haber continuado.

En el proceso de lavado se realizan una sucesión de actos y disposiciones patrimoniales con el objetivo de asegurar la confidencialidad y el anonimato de las transacciones realizadas, ocultando también el origen ilícito. Entre las medidas de ocultación nos encontramos las cuentas «innominadas e internas». El proceso descrito en la Sentencia 5/2002, en sus páginas 15 y 22, define la utilidad de las cuentas «innominadas e internas» en los procesos de blanqueo, al establecer que «(...) en estas cuentas numeradas (con número de cuenta), su existencia, saldo, titularidad y movimientos solamente eran conocidos por la entidad bancaria y el cliente. Estas cuentas opacas e irregulares se crean con la colaboración, connivencia de algún empleado del banco, por lo que es posible identificar siempre una "especial relación" entre algún trabajador del intermediario financiero y algún miembro de la organización delictiva, ya sea familiar, emocional o profesional. Dentro de la contabilidad de las entidades bancarias, las cuentas "innominadas e internas" se registran en las cuentas denominadas "deudores dudosos", "acreedores diversos", "cuentas bancarias especiales", "clientes especiales" o "cuentas

de acreedores dudosos" según los diferentes bancos». El empleo de cuentas internas e innominadas de la entidad bancaria permite mantener opacamente el dinero obtenido de origen ilícito.

Para las organizaciones que no posean un empleado que participe de manera consciente en la operación de blanqueo, una manera habitual de amortiguar los recelos del personal bancario es fraccionar artificiosamente el ingreso por ventanilla de la totalidad del dinero en una pluralidad de imposiciones de menor cuantía a lo largo de un periodo de tiempo determinado. La utilización de pagos fraccionados, de forma frecuente, permite obstaculizar el control por parte de las autoridades monetarias. El proceso descrito en la Sentencia 5/2002 utiliza asiduamente pagos fraccionados para amortizar anticipadamente un préstamo hipotecario.

Por otro lado, la popularización de los cajeros automáticos ha incrementado las posibilidades de eludir el control sobre la circulación masiva de dinero al contado. Aprovechando su funcionamiento permanente a lo largo de las veinticuatro horas del día, ciertos recicladores utilizan estas máquinas para efectuar ingresos fuera del horario de apertura al público, impidiendo con ello que los empleados de la oficina puedan supervisar personalmente la entrada de efectivo y vinculen a un cliente determinado con la manipulación masiva de dinero. De este modo, cuando los responsables de la sucursal bancaria recogen lo acumulado durante la noche o el fin de semana, poco más pueden hacer que verificar la realización del depósito y confirmar el asiento contable que ya se encargó de realizar el equipo informático de manera provisional.

3. Empleo de instrumentos comerciales.

Los blanqueadores aprovechan muchos instrumentos comerciales normalmente usados por las empresas comerciales legítimas. Los instrumentos preferidos por los lavadores, porque facilitan el ocultamiento de la procedencia original de los fondos que ellos representan, son: los cheques personales, los cheques de gerencia, los giros, los giros bancarios y, en general, los instrumentos comerciales al portador.

El cheque se define como un mandato de pago a favor de una persona concreta (cheque nominativo) o del simple tenedor (cheque al portador), emitido por el librador, que será atendido con cargo a los fondos que tiene depositados en poder del librado, que necesariamente ha de ser una caja o un banco. Los cheques, tal como se utilizan en el comercio internacional, pueden ser de dos clases: cheques personales y cheques bancarios.

Los cheques personales son cheques librados contra una cuenta individual o una entidad de comercio. Estos instrumentos son fáciles de obtener y baratos. La organización del lavado controla las chequeras y envía cheques endosados como medio de transferir dinero. A menudo los cheques muestran sólo un nombre y ninguna otra identificación personal.

Un cheque bancario, cheque de gerencia o cheque de caja es un cheque emitido por las instituciones financieras contra sí mismas a cambio de una determinada cantidad de metálico. Es relativamente fácil de conseguir, poco costoso y es considerado tan bueno como dinero en efectivo. Muchos lavadores adquieren cheques de gerencia con productos ilegales en efectivo como uno de los primeros pasos de un esquema de lavado. Los recicladores frecuentemente utilizan los cheques de caja

emitidos porque es una manera ventajosa de deshacerse del dinero al contado, sobre todo en aquellos países, como ha sido España, en los que la legislación permite el libramiento de tales títulos a favor de un portador anónimo. A semejanza de lo ocurrido con otras operaciones en efectivo, ni la adquisición ni el posterior pago de los cheques bancarios suele reflejarse en la contabilidad de la entidad (todo lo más, se hace a través de «cuentas puente»), facilitándose con ello la tarea de los blanqueadores en pos del encubrimiento definitivo de los capitales ilícitos.

Un giro es otro instrumento de cambio emitido (previo pago de una determinada suma) por el servicio postal, bancos u operadores de compañías que emiten giros. Generalmente son utilizados por individuos que no tienen una cuenta corriente, para pagar cuentas o enviar dinero a otra localidad. Como generalmente no se pide a los compradores que se identifiquen (a través de números de cuentas o documentos oficiales de identificación), los lavadores compran giros con productos criminales, como paso en los esquemas del lavado. La gran ventaja de este producto es que el remitente no necesita poner su nombre verdadero ni su documento de identidad. La desventaja es que sólo es válido para lavar cantidades pequeñas, pues sólo se pueden enviar giros en metálico de menos de 300 euros (para los que no son en metálico no existen límites). Los blanqueadores han utilizado esta herramienta con fraccionamiento de metálico, pues envían una gran cantidad de giros por importe de 300 euros. También se han realizado envíos con cheques, pero solamente en los casos que les interese que no se desvele el sujeto que lo envía, aunque se sepa el sujeto que lo reciba.

Un giro bancario es un cheque librado por un banco contra sus propios fondos, los cuales están depositados en otro banco con el cual mantiene relación de corresponsalía. Los giros bancarios más utilizados en el lavado son los giros bancarios del extranjero. Los giros bancarios permiten mover fondos de un país a otro tan rápidamente como se mueve el dinero en efectivo (aunque más lentamente que a través de transferencias electrónicas).

Sin perjuicio del posible uso de documentos nominativos y a la orden (el más notorio de éstos sería la letra de cambio), los más utilizados en las operaciones de lavado son los títulos librados al portador. Para su transmisión, basta la simple entrega, siendo suficiente para el tenedor la mera posesión, ya fuere justa o injusta, para poder exigir la satisfacción del crédito que les es inherente. Por consiguiente, los títulos al portador pueden circular de mano en mano de forma ininterrumpida sin que consten en ellos más datos personales que los del obligado a pagar, convirtiéndose en titular de pleno derecho (y con ello acreedor de la cantidad reflejada en el documento) quien cuente en cada instante con su dominio material.

La presente investigación ha observado que la mayor frecuencia de utilización de cheques bancarios al portador en los procesos de lavado para evitar todo rastro documental de la titularidad de los fondos aparece en actividades de cambios de divisas. Por ejemplo, el proceso descrito en la Sentencia 5/2002 utiliza cheques bancarios al portador en actividades de cambios de divisas.

4. Instrumentalización de títulos valores.

La configuración jurídica de los títulos-valores justifica el hecho de que su adquisición haya sido utilizada con frecuencia por los blanqueadores. La seguridad con la que pueden hacerse efectivos

los derechos de créditos incorporados a este género de instrumentos comerciales, unida a su fácil transmisibilidad, los convierte en un medio idóneo para facilitar la ulterior circulación de capitales ilícitos de cara a su final reinversión.

Los activos más utilizados para acumular dinero, al margen del control de las Haciendas Públicas, son los pagarés anónimos.

En países con problemas de economía sumergida, crecimiento del déficit público y elevada tasa de fraude fiscal, las autoridades económicas ofrecen títulos de deuda pública, que son utilizados como instrumentos de blanqueo. Mediante la adquisición de estos activos, los compradores disponen de la potestad de legalizar rendimientos ocultos sin más inconveniente que el sometimiento a un reducido tipo de interés. Por su parte, el Estado, ignorante de la procedencia de los fondos, consigue de sus ciudadanos el crédito necesario para salvar durante un tiempo la diferencia entre ingresos y gastos públicos a un precio realmente bajo, a la vez que logra el sometimiento al control fiscal de capitales que estaban ocultos hasta entonces.

Si se invierten fondos dinerarios ilícitos en cualquier producto financiero fiscalmente opaco, a su vencimiento se borra en parte el rastro de su procedencia inicial.

Esta operativa podría tener una importancia superlativa futura, si se aprueba el proyecto de Real Decreto que está preparando el Gobierno para eliminar las trabas impuestas a los inversores en deuda pública del Estado que residan en paraísos fiscales para que inviertan en deuda pública española (modificación de la Ley del impuesto sobre no residentes en vigor desde el 5/3/2004). Concretamente, pretenden suprimir la obligación de declarar la identidad de los titulares no residentes, y eximir de impuestos (18%) a los que compren bonos del Estado u otros títulos de deuda pública y privada española desde los paraísos fiscales (SEGOVIA: 2009) (*Libertad Digital*: 2009). Si estas modificaciones llegaran a ver la luz supondría que una importante cuantía de efectivo tendría como destino esta vía de blanqueo.

5. Operaciones de «ingeniería financiera».

La innovación financiera es un proceso integrado por dos subprocesos: la ingeniería financiera y el *marketing* financiero. El proceso de ingeniería financiera consiste en la construcción y elaboración de productos financieros en los que se materializan esas innovaciones, desarrollando una gran variedad de nuevas fórmulas de financiación, inversión y de cobertura de riesgos. Por su parte, el *marketing* financiero es el proceso de ofrecer a los clientes el conjunto de innovaciones financieras.

Los esfuerzos de las Administraciones Públicas en la intervención fiscal han provocado la aparición de nuevos productos financieros que, amparados bajo la cobertura legal ofrecida por instituciones jurídicas para otro género de situaciones, brindan al contribuyente la oportunidad de que su patrimonio (lícito o ilícito) se mantenga libre de vigilancia por parte del Estado. Los principales instrumentos de la innovación financiera utilizados para el blanqueo son las pólizas de prima única, la cesión de créditos y las cesiones temporales de créditos.

En España, la instrumentalización del mercado de seguros puede realizarse mediante la suscripción de pólizas de prima única. En ellas, el tomador abona de una sola vez el importe, comprometiéndose la compañía a devolverlo junto con los intereses en el plazo de tiempo acordado. Este instrumento, además del rendimiento financiero, proporciona un seguro en caso de fallecimiento. Las compañías de seguros no están obligadas a practicar retenciones de intereses ni a entregar al Ministerio de Hacienda la relación nominal de los clientes, con lo que se garantiza la total opacidad fiscal del dinero negro aportado.

Existe una fórmula próxima a la cesión de créditos provista de un grado de opacidad fiscal lo suficientemente elevado como para constituir un medio óptimo de captación de recursos a favor de las instituciones financieras. Su mecánica se basa en el traspaso temporal de la titularidad de activos financieros de alta rentabilidad (en la mayoría de las ocasiones pagarés del Tesoro) adquiridos previamente por una entidad bancaria en beneficio de un cliente de la misma. Con esa finalidad, el sujeto interesado en deshacerse de dinero en metálico verifica el ingreso por ventanilla de una cantidad del mismo, suma que la propia entidad se ocupa de transferir a favor de una cuenta interna de la que ella misma es titular. A cambio de ese dinero, el banco entrega al cliente un simple recibo de caja como garantía de su depósito y cede un determinado número de los citados activos durante el periodo acordado, nunca superior al plazo de su vencimiento. Cada cierto tiempo, los intereses devengados se remiten hacia otra cuenta innominada, a partir de la cual se abonan a su propietario en efectivo a través de ventanilla.

Las técnicas de ingeniería financiera lanzaron al mercado otro mecanismo de evasión fiscal: las cesiones temporales de créditos. La operación giraba en torno a un traspaso con pacto de retorno de una participación en un crédito concedido a un tercero por una entidad financiera. De esta forma, los bancos y cajas de ahorro que hubieran otorgado un préstamo a un cliente cedían una parte o incluso la totalidad de dicho crédito a un depositante deseoso de eludir a la Hacienda Pública. El interés a percibir por el cesionario era menor que el acordado entre el beneficiario del préstamo y la propia entidad, siendo la diferencia entre ambos tipos el margen de beneficio a percibir por la intermediación. Amparándose en la carencia de una normativa específica que regulara este género de supuestos, las instituciones financieras se comprometen expresamente a abstenerse de practicar retención alguna de intereses, así como a no facilitar ningún dato de tales operaciones a la Administración Tributaria.

6. Aproximación al ámbito del juego y las apuestas.

El blanqueo también puede realizarse a través de la adquisición de boletos premiados, el cambio de efectivo en apuestas o la inversión planificada en juego.

La adquisición clandestina de boletos premiados constituye una de las formas más eficaces de justificar la tenencia de una cantidad excesiva de dinero en metálico. Cuando se adquieren billetes premiados de la Lotería Nacional, Quinielas, QH, Lotería Primitiva o de la ONCE, se cobran como si hubieran sido producto del azar; éste es el método más rentable ya que los premios aparecen como dinero legal, y a la vez están parcialmente exentos de tributación. Normalmente, quien obtiene un premio de cierta cuantía no suele arriesgarse a retenerlo en su domicilio hasta el momento en que pueda hacerlo efectivo, sino que lo normal es depositarlo en un intermediario financiero

para que lo custodie y, llegado el momento oportuno, se encargue de gestionar su liquidación. Los billetes de lotería o quiniela son títulos absolutamente anónimos que pueden ser negociados a semejanza de los cheques al portador, ya que benefician a quien los presente al cobro, con independencia de cuál fuere su identidad. Es posible que alguien (quizás alguno de los responsables de la oficina) ofrezca al ganador la opción de vender un billete de lotería o quiniela premiado a otro de sus clientes que posea demasiado dinero oculto a la Hacienda Pública (quizás oculto en una caja de seguridad de la propia entidad). Concluida la transacción, el sujeto que poseyera excesiva liquidez inconfesada podría manifestarla como el producto de un cuantioso premio libre de tributación sobre la renta.

Una forma aún más simple de reducir dinero efectivo consiste en participar en el mundo del juego, no ya como sucesor del auténtico beneficiario de un boleto ya premiado, sino como legítimo acreedor de una suma obtenida de primera mano tras apostar (real o aparentemente) una determinada cantidad de dinero en metálico. Este es el caso de un sujeto que entra en un casino con una masa importante de efectivo con objeto de comprar fichas y, tras jugar parte de ellas, o no jugar ninguna, las restituye a la caja como si fueran ganancias. Con esta forma de proceder, el supuesto apostante consigue deshacerse de mucho dinero sin justificar y obtiene a cambio un justificado cheque librado por el local. Esta práctica es muy difícil de detectar «(...) porque los casinos son vulnerables ya que entran muchos dólares y no hay manera de saber si el dinero que el casino deposita en el banco proviene de ganancias o ha sido mezclado por algún lavador de dinero» (BLUM: 1999, 34).

Otra forma, difícilmente detectable, de blanquear enormes cantidades de efectivo a través del juego, consiste en adquirir el mayor número posible de boletos (de lotería, quinielas, etc.) para un mismo sorteo o jornada deportiva. La captación en masa suprime en la práctica la posibilidad de perder demasiado dinero, dado que, al aumentar el número de sucesos, el cálculo matemático de probabilidades relega a un segundo plano la aleatoriedad que caracteriza al juego. De este modo, a medida que crece la cuantía invertida en la operación, mayores son las probabilidades de obtener una cantidad de dinero próxima al porcentaje del total apostado que la entidad organizadora pagará mediante un justificado cheque o transferencia bancaria. Asimismo, el montante aplicado también favorece la posibilidad de que la red de blanqueo consiga algún premio de importancia.

7. Establecimientos permanentes abiertos cara al público.

El reciclaje de capitales es un proceso orientado, en última instancia, hacia la colocación de capitales ilegales en algún género de actividades productivas lícitas. Todo ello con independencia de que con ellas se trate o no de obtener un beneficio dinerario, toda vez que el fin fundamental que se intenta lograr está representado por la ocultación del carácter ilícito de los bienes.

Los sectores de actividad económica en los que se manifiesta con mayor intensidad la presencia de dinero al contado suelen ser aquellos sobre los que converge una masa anónima e indeterminada de consumidores que demandan bienes o servicios de primera necesidad. Por ello, una de las técnicas utilizadas por los blanqueadores, para conceder legalidad a sus ganancias, es la de aproximarlas al enorme flujo de efectivo recaudado diariamente.

La hostelería y el comercio minorista de alimentación son dos de los sectores que presentan mayores ventajas a aquellos que tratan de reintegrar liquidez a los cauces económicos oficiales. Por lo general, en los bares, cafeterías, restaurantes, grandes almacenes, superficies comerciales, hipermercados o autoservicios, los clientes pagan en metálico sin que a cambio se les entregue ningún documento dotado de relevancia fiscal.

En la práctica resulta imposible establecer un control pormenorizado de todas y cada una de las transacciones puntuales con la clientela, razón por la cual no parece excesivamente difícil aumentar artificiosamente la cifra real de ingresos de caja mediante la incorporación a la misma de caudales procedentes de fuentes ilegales.

8. Actividades deportivas.

En los últimos años, se han introducido en el deporte de alta competición algunas de las organizaciones dedicadas al blanqueo de capitales (DEL CID: 2007, 121-220). El enorme movimiento, más o menos encubierto, de dinero que suele producirse en el ámbito del deporte de alta competición (contratación de jugadores, organización de campeonatos, pago de primas, acuerdos millonarios de publicidad, etc.) favorece considerablemente las posibilidades de justificar la tenencia de dinero en efectivo procedente de actividades ilegales. Una de las principales fuentes de financiación de las que gozan las entidades deportivas está constituida por los ingresos de caja realizados en metálico por los aficionados que adquieren su entrada; este efectivo puede mezclarse con flujos ilegales para enmascararse.

9. Operaciones de préstamo de dinero al contado.

El préstamo de cantidades en metálico es otra de las alternativas que puede ser utilizada para desdibujar la procedencia ilícita de dinero. Los blanqueadores pueden establecer una campaña de préstamo de cantidades moderadas de dinero sucio con objeto de recuperarlo posteriormente, ya blanqueado, al vencimiento de cada una de las operaciones de crédito. El canal de distribución de este producto financiero suele ser alternativo al tradicional, utilizando medios telefónicos o de internet. El dinero sucio habrá de ofrecerse en condiciones lo suficientemente ventajosas (cuotas de interés muy inferiores a las vigentes en el mercado, no exigencia de garantías para su devolución y facilidades de amortización) como para atraer la atención de los potenciales deudores.

7.2. Fase de conversión.

La fase de conversión (*estratification*) también es denominada de control, de ocultamiento, de estratificación, de intercalación, blanqueo en sentido estricto, división de los fondos, camuflaje o diversificación.

La segunda etapa del proceso de lavado de dinero implica la movilización de fondos en el sistema financiero, a menudo en una compleja serie de transacciones, para crear confusión, ocultamiento y complicaciones en el rastreo documental.

RIVERA ALÍ menciona ejemplos de esta etapa:

«Disfrazar el dinero de procedencia ilegal, de tal modo que se confunde con dinero obtenido de fuentes lícitas o vender, descontar o intercambiar diversos tipos de instrumentos financieros, tales como los cheques de cajero, giros o cheques personales (utilizándolos como si fueran efectivo).

Crear fuentes ficticias en el extranjero para recibir y distribuir fondos para la inversión de bienes inmuebles a través de contrabando de dinero en efectivo.

Abrir cuentas en el extranjero.

Transferir dinero vía electrónica desde una cuenta bancaria en el extranjero, luego a otra, para perder el lugar de origen de ese dinero, generalmente hecho en los países que constituyen paraísos fiscales. Usualmente se transporta dinero a través de corporaciones» (RIVERA: 2000, 21).

Otros ejemplos de ocultamiento son el cambio de instrumentos monetarios por sumas más pequeñas, o la transferencia de fondos a través de varias cuentas en una o más instituciones financieras. Igualmente, también es posible convertir el dinero en efectivo en otros instrumentos de pago, como los cheques de viajero. Otro medio es adquirir acciones de sociedades. Por último, es posible adquirir bienes en efectivo para ser destinados a la venta nacional o a la exportación.

En esta etapa la contabilidad es fundamental porque se crea un sistema de acumulación a través de operaciones complejas destinadas a maquillar los rastros contables de las ganancias ilícitas.

1. Utilización del sistema financiero español.

Dentro de este apartado se diferencia la utilización para el blanqueo del sistema financiero en España del sistema financiero mundial, y dentro de este último apartado es necesario destacar el empleo de los territorios de baja tributación.

Una forma muy utilizada de blanqueo consiste en intercalar recursos en varios negocios e instituciones financieras, ya sea en forma física, por medio del depósito o por transferencia electrónica. El transporte de dinero a otros lugares tiene como objetivo disfrazar su origen ilícito. Lo importante en este proceso es adquirir bienes para transferirlos o permutarlos con otros de procedencia lícita.

Los bancos y el resto de instituciones financieras son los principales transmisores de dinero; por esta razón, una de las operaciones que se efectúan con más frecuencia en el marco de los procesos de blanqueo consiste en promover la circulación de esos capitales sucios a través del número que sea preciso de cuentas corrientes, entidades o jurisdicciones.

Las transferencias electrónicas de fondos son probablemente el método más importante de diversificación. El anonimato, la rapidez y la gran utilización que hoy en día se da de estos medios, no sólo por las entidades financieras, sino por cualquier particular, hacen que su utilización para fines de lavado sea de difícil detección.

Una de las formas de distraer el origen de las corrientes monetarias es la realización de sucesivas transferencias entre intermediarios financieros. A medida que aumente el número de transferencias realizadas, menor será la posibilidad de reconstruir documentalmente el recorrido del dinero y mayores las probabilidades de distanciar definitivamente los capitales respecto de su origen ilícito. El entramado descrito en la Sentencia 54/2006 estaba compuesto por 234 cuentas corrientes, si incluimos los dos niveles de blanqueo: las cuentas corrientes de países cercanos a España y los destinos finales en otros países, incluidos los paraísos fiscales.

2. Utilización del sistema financiero global.

Al éxito de las operaciones de blanqueo ha colaborado la creciente globalización del mercado de capitales y la existencia de una tupida red que permite interconectar jurídica y tecnológicamente la mayoría de las entidades financieras de todo el mundo. En la actualidad, una enorme masa de dinero puede circular electrónicamente en cuestión de instantes de un punto a otro del globo con un coste bajo. Seguir las huellas de ese dinero a través de tales transacciones es una tarea casi imposible en la práctica.

Una de las formas más discretas de canalizar dinero de un punto geográfico a otro consiste en valerse de mecanismos de compensación entre dos oficinas de una misma institución financiera, estén o no ubicadas bajo una misma jurisdicción. En estos casos, los dispositivos oficiales de detección de operaciones sospechosas suelen revelarse ineficaces, toda vez que estos movimientos se verifican puertas adentro de una misma entidad, generalmente ajenos a los controles que pudieran proceder del exterior de la misma.

Además, hay que destacar la importancia del empleo de Internet como instrumento de blanqueo. Su combinación de velocidad y anonimato permite mover el dinero en segundos; por lo que existen dificultades para el seguimiento de las transacciones.

3. Utilización del sistema financiero global en territorios de baja tributación.

Si bien es cierto que las operaciones de blanqueo se pueden efectuar en el interior del mismo país donde se ha generado el dinero a blanquear, lo normal es que trasciendan más allá de sus fronteras y se apoyen en las facilidades ofrecidas por los refugios financieros (*Cinco Días*: 2001; TANZI: 2001; *The Economist*: 2002; MARTÍN: 2003; FATF: 2008. Esto se puede observar en el proceso descrito en la Sentencia 12/2002, donde se muestra la apertura de diversas cuentas corrientes en paraísos fiscales.

Existen organizaciones dedicadas al reciclaje de fondos que instalan su centro de operaciones en estas plazas financieras internacionales, abriendo en ellas cuentas corrientes a las cuales destinan las sumas venidas desde cualquier punto del globo, ya sea a través de las complejas transferencias electrónicas o por medio de contrabandistas provistos de maletines. Posteriormente, esas cantidades son distribuidas entre las cuentas abiertas en el país de acogida a nombre de aquellas personas que hayan encargado a la red de blanqueo la salida de sus capitales o a favor de sus fiduciarios.

La denominación de estos territorios varía según el organismo que lo regula. El Fondo Monetario Internacional (FMI) los denomina «centro financiero extraterritorial» (*offshore*), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) «paraíso fiscal» (*tax haven*), mientras que nuestra investigación propone utilizar «territorios de baja tributación». El FMI define estos territorios como «(...) centros donde el grueso de las transacciones del sector financiero en ambos lados del balance de cuentas se efectúa con individuos o compañías que no son residentes de los centros, donde las transacciones se inician en otro lugar y donde la mayoría de las instituciones implicadas están controladas por no residentes» (trad.) (FMI: 2002, 23). El Real Decreto 1080/91, de 5 de julio, entiende por paraíso fiscal «(...) al territorio o estado que se caracteriza por la escasa o nula tributación a que someten a determinada clase de transacciones, ventas o a determinadas personas o entidades que allí encuentran su cobertura y amparo»; es decir, carecen de impuestos sobre la renta o el patrimonio o son puramente simbólicos. A efectos de esta investigación, el concepto de «territorios de baja tributación» tiene otra dimensión: jurisdicciones que prestan servicios financieros a clientes cuya actividad principal se desarrolla en otra jurisdicción, acogiéndose a la menor o nula tributación y, sobre todo, no cooperadoras con la comunidad internacional.

El FMI realizó un estudio de evaluación de 42 centros financieros extraterritoriales cuyas actividades irregulares representaban serios riesgos para el sistema financiero global (FMI: 2002, 23). Entre los 35 paraísos fiscales identificados por la OCDE encontramos, además de los del área caribeña de influencia estadounidense (especialmente Delaware), otros muchos en el área europea, tales como Gibraltar, las Islas Caimán, las Islas de Man, Jersey o Guernesey, dependencias todas de la Corona Británica; Andorra, Mónaco (estrechamente vinculado con Francia) y Liechtenstein. En el ordenamiento español, el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, fijó 48 países o territorios como paraísos fiscales. Por su parte, la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, «en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses» (Directiva del ahorro) estableció 15 territorios sobre los que debía protegerse la Unión Europea ante la fuga de capitales: Suiza, Liechtenstein, Mónaco, Andorra, San Marino y diez territorios dependientes o asociados (Islas Caimán, Jersey, las Antillas holandesas, Montserrat, Aruba, Anguilla, Islas Vírgenes, Guernesey, Isla de Man, las Islas Turcas y Caicos). Teniendo en cuenta cualquiera de los listados de regiones, existe una geografía de minúsculos puntos que representan cifras astronómicas en las finanzas internacionales. La mayor parte de la inversión española en paraísos fiscales tiene como destino las Islas Caimán (42%) y las Islas Vírgenes (40,6%), lo que supone que entre las dos se alcanza el 82,6% de toda la inversión española declarada en paraísos fiscales (*Expansión*: 2005, 28).

Una vez analizada la actividad en los paraísos fiscales, es necesario destacar la importancia de los intermediarios financieros en las actividades desarrolladas en ellos. El FMI incide en que la banca es la actividad principal en los paraísos fiscales, al afirmar que las filiales bancarias y las sociedades propiedad de bancos son las más importantes filiales de grandes empresas, que se crean en estos centros *offshore* para evadir impuestos (FMI: 2002, 23). Además, el FMI sostiene que la mayor parte de la actividad financiera de los paraísos fiscales es actividad intrabancaria, préstamos y operaciones entre los propios bancos, de dentro y de fuera del paraíso fiscal (FMI: 2002, 23). La Memoria de la Fiscalía Especial Anticorrupción española de 1998 muestra la intensa relación financiera de la banca con los centros *offshore*: «(...) En la Memoria de las entidades bancarias más relevantes de este país se indica que entre las sociedades que forman parte de cada uno de esos grupos bancarios

se encuentran filiales de las entidades cabecera domiciliadas en paraísos fiscales. El hecho de que las filiales se constituyan con el objeto de atender necesidades concretas del Grupo, lógicamente de clientes que no residen en el territorio donde se han situado tales filiales, y con capital 100% del Grupo, permite afirmar que la dirección efectiva de tales filiales se encuentra donde se halla domiciliada la entidad de cabecera». El problema de los paraísos fiscales ya fue expuesto ante la Comisión de Hacienda del Senado español, el 31 de octubre de 2000: «(...) El mayor problema que plantean los paraísos fiscales es la presencia en ellos de entidades de crédito para propiciar la opacidad fiscal cuando no el blanqueo de capitales (...) las entidades bancarias españolas, además de disponer de una red de sucursales, constituyen sociedades filiales en paraísos fiscales que actúan como auténticas sucursales del banco nacional. Sin embargo, la personalidad jurídica propia que se atribuye al establecimiento es esgrimida como argumento para no facilitar información relativa a las cuentas bancarias que se sitúan bajo su cobertura, argumento irrelevante cuando realmente los administradores de la filial actúan de acuerdo con las instrucciones de la matriz. Cabe considerar que los clientes de la entidad domiciliada en el paraíso fiscal son clientes del banco nacional, con un perfil patrimonial relevante, necesitados de conseguir la opacidad de una parte de su patrimonio». Por ejemplo, el informe anual del BBVA incluía 36 filiales de este banco en paraísos fiscales, las cuales llegaron a obtener el 22% del beneficio neto del banco (BBVA: 2008). Los beneficios de los paraísos fiscales son puramente financieros, puesto que no proceden de inversiones productivas en esos territorios. Las filiales en paraísos fiscales desarrollan principalmente actividades financieras y de tenencia de inmuebles situados en otros lugares. Así ocurre por ejemplo en Gibraltar, enclave utilizado para comprar inmuebles en nuestro país mediante sociedades registradas en el Peñón, para evadir impuestos. Desde 1998, la banca española ha aprovechado las ventajas fiscales y facilidades legislativas que ofrecen los paraísos fiscales para no residentes (EZAIZER: 2003). Según el Banco de España, en el periodo 1997-2003, más de 15.000 millones de euros fueron invertidos en sociedades extraterritoriales constituidas por 19 bancos y cajas de ahorro españolas en paraísos fiscales. Entre otros, Caja Sur, El Monte, San Fernando, La Caixa, Caja Madrid, Caja de Ahorros de Murcia, SCH, BBVA, Sabadell, Popular y Bankinter, han acudido a la creación de sociedades extraterritoriales con el fin de aumentar sus recursos, retribuyendo generosamente a sus clientes y evadiendo impuestos (Banco de España: 2008).

En aquellos países en los que las entidades financieras están sometidas a la obligación de conocer la entidad de sus clientes y a facilitarla a las autoridades, ciertas instituciones han constituido sociedades fiduciarias *offshore* a cuyo nombre abren cuentas en el seno de la casa matriz. En estas condiciones, los haberes de determinados clientes se transfieren desde las cuentas de la entidad principal hasta las de las «entidades-satélite» radicadas en el exterior, siendo el nombre de estas últimas el único que figura en los archivos de aquélla. Por consiguiente, en el caso de que las autoridades soliciten cualquier información relativa a alguno de los verdaderos clientes de la financiera local, ésta puede responder que esa persona les es totalmente desconocida, dado que las relaciones que sostiene con ella se encuentran amparadas por la mediación de tales sociedades interpuestas.

4. Utilización del sistema financiero clandestino.

Los sistemas financieros clandestinos, basados en compensaciones contables entre negociantes o personas de la misma etnia, comunidad u organización criminal, permiten la transferencia de fondos de un país a otro, sin movimiento físico y casi inmediato. La expansión de estos sistemas fue detectada

por los expertos del GAFI como consecuencia de un análisis de las economías subterráneas de los países en donde detectaron un sistema que tenía como común denominador la conexión étnica. Para ciertas comunidades de inmigrantes, este sistema constituye el principal servicio financiero, siendo más seguro y más barato que el sistema financiero tradicional. Cómo permite al usuario guardar un cierto anonimato, ha sido utilizado por las organizaciones criminales que evitan utilizar los cauces legales.

Diversas organizaciones han utilizado las *networks* ilícitas en los procesos de lavado. Las *networks*, o redes clandestinas de dinero sucio, son herramientas informáticas de transferencia de valores que facilitan la tarea del lavador. Estas herramientas son denominadas de forma distinta según la región: «Hawalla» en los países árabes; «Chop Shop», «FeiCh'ien» «Chiti» o «Hundi» en China y en otros países asiáticos, «Stash House» en Estados Unidos e Iberoamérica, «Bancos brujos» en Panamá y «Prestasoldi» en Italia.

El sistema Hawalla/Hundi es definido como una «(...) Banca clandestina ligada con un grupo étnico del sur de Asia (...) que se extiende en Europa, Medio Oriente, África austral y oriental, América del Norte y sur y otras regiones de Asia. Utiliza un sistema paralelo de compensación de pagos que permite las transferencias de fondos sin desplazamientos físicos. Permite las transferencias de efectivo entre los diferentes países en donde funcionan estos bancos, en particular ligadas con el narcotráfico, el contrabando de oro, el tráfico de personas, terrorismo, corrupción e infracciones aduaneras» (CUISET: 1998, 15).

«Las personas que quieren transferir fondos de un país a otro remiten el dinero en efectivo a un *hawaladar* de su país, éste entra en contacto con otro *hawaladar* por teléfono o fax del lugar de destinación del dinero a transferir y le pide que remita una cantidad equivalente en moneda local a la persona designada por el cliente inicial. El proceso se desarrolla de la misma manera en sentido inverso. Si al final de un cierto tiempo las cuentas no son equilibradas entre los dos *hawaladares*, el saldo se paga por una remesa de fondos recíproca, manipulación de facturas comerciales, contrabando de oro y piedras preciosas, por el sistema bancario tradicional o un movimiento físico de efectivo» (ONU: 2008, 12).

«(...) La evolución que ha experimentado el crimen organizado en los últimos años ha favorecido la aparición de redes financieras clandestinas dirigidas única y exclusivamente a facilitar la circulación internacional de dinero sucio. Valiéndose en la mayoría de los casos de la compensación internacional entre sucursales situadas en dos puntos separados por miles de kilómetros, este género de *networks* ilícitas (...) fundadas en ocasiones sobre vínculos familiares, consiguen transferir dinero en efectivo, títulos-valores o metales preciosos sin ninguna constancia documental oficial ni control por parte de las autoridades de ninguno de los dos países» (CAPARRÓS: 1998, 95). Sin embargo, en los procesos analizados en esta investigación, no se ha recogido instrumentalización alguna del proceso del lavado por medio de ellos.

5. Adquisición efectiva de bienes.

Los recicladores ocultan con bastante frecuencia las ganancias ilícitamente obtenidas transformándolas en otros bienes patrimoniales, ya sean muebles (metales y piedras preciosas, joyas, botellas

de vino seriadas, colecciones de sellos, obras de arte y antigüedades) o inmuebles (fincas rústicas, terrenos o inmuebles) dotados de significación económica. Los bienes deben ser «de fácil disponibilidad para la compra como la venta» (RIVERA, 2000, 22), pues estos bienes adquiridos pueden ser vendidos o permutados por otros, incurriendo con ello en un ciclo ilimitado de transacciones dirigido a alejar progresivamente esa riqueza de su origen. En muchas ocasiones, tales maniobras dejan de ser una forma de facilitar la circulación de esas ganancias para constituir en sí mismas auténticos actos de inversión final de las ganancias.

Las posibilidades que ofrece esta técnica de reciclaje se potencian en los supuestos en los que el precio declarado en la transacción sea inferior al valor real del objeto adquirido. Así, mientras la cuantía manifestada frente a terceros suele satisfacerse con dinero obtenido lícitamente, o tras haber sido sometido a un proceso de blanqueo, la diferencia existente hasta alcanzar el importe efectivo del negocio se completa con la entrega de una cantidad aún pendiente de ser regularizada. De este modo, una vez realizada la operación, el comprador logra deshacerse de una masa patrimonial no confesada, obteniendo a cambio un bien cuyo auténtico valor podrá defender en negociaciones posteriores.

Ésta ha sido una práctica habitual en la adquisición de viviendas y locales comerciales en España, donde en la compra «sobre plano» o de «segunda mano», ha existido una parte del precio del inmueble abonado «en negro». Cuando se compran al contado inmovilizados (principalmente propiedades inmobiliarias), se hace constar en las escrituras públicas un precio inferior al real, abonando la totalidad del precio oculto en metálico.

Las mejoras en los activos no corrientes de su propiedad (especialmente inmuebles), o la adquisición continuada de diversos bienes de consumo, tienen otra vertiente diferente, aunque unida al proceso de blanqueo, pues conllevan que con los ingresos conseguidos ilícitamente se mantenga un nivel de vida superior al que correspondería.

La transformación de las ganancias obtenidas por actividades ilegales en bienes no monetarios, como el oro o los diamantes, constituye una de las maneras más simples de alejar esos beneficios de su origen. En especial, el oro en todas sus formas (lingotes, monedas, joyas...) cuenta con la ventaja de ser aceptado en todo el mundo como un valor estable y de gran liquidez. Las transacciones de oro son fácilmente ocultables a través de procedimientos de elaboración y conversión de lingotes en joyas, y su conversión de nuevo en lingotes, para simular transacciones legítimas.

6. Instrumentalización de transacciones ficticias.

En ciertas partes del proceso, el interés de los recicladores no se centra tanto en la transformación de un capital sucio en otros bienes, como en traspasar su titularidad en favor de otro sujeto. Este traspaso puede realizarse de forma voluntaria o sin que el beneficiario tenga conocimiento. En algunos casos, el destinatario de esas ventajas económicas es utilizado para tal fin sin que para ello se cuente en ningún momento con su colaboración; así ha ocurrido en diferentes procesos de blanqueo: con menores, ancianos, disminuidos psíquicos e incluso personas ya fallecidas. Por ejemplo,

el proceso descrito en la Sentencia 70/2007 se basa en que el acusado impuso como administradora de las empresas pantalla a su madre involuntariamente.

Sin embargo, lo más corriente es que dos o más individuos, unidos bajo una comunidad de intereses económicos, convengan en aparentar la celebración de una supuesta transacción económica que sirva para justificar la transferencia de un patrimonio de unas manos a otras. De este modo, se consiguiera que el capital ilícito se blanquee sin que ello suponga su salida del círculo de poder en el que se generó.

La falsedad de la transacción es más evidente en aquellos supuestos en los que no existe más que un título puramente ficticio capaz de justificar, frente a las instancias oficiales, el traspaso de una masa patrimonial de una persona a otra, pero que en realidad no se corresponde con ninguna prestación de bienes o de servicios.

Este procedimiento puede realizarse en el ámbito de las operaciones de intercambio de bienes, aunque es evidente que la técnica de la facturación falsa cuenta con más posibilidades de prosperar en los pagos y cobros de servicios. A medida que crece el porcentaje de la Renta Nacional generado por el sector terciario de una economía, mayores son las facilidades para blanquear riqueza en ella, toda vez que la intangibilidad de la prestación declarada reduce considerablemente las posibilidades reales de controlar su efectivo cumplimiento. En España el sector productivo que tiene una mayor importancia es el terciario, por lo que somos un país sensible a que en él ocurran estas prácticas delictivas.

Dentro de las transacciones ficticias destacan cuatro procesos observados en las sentencias analizadas: los préstamos ficticios, el simulado aumento de capital social, la realización de operaciones empresariales fingidas y la venta simulada de acciones.

Entre las estrategias llevadas a cabo por los delincuentes, se han encontrado en algunos procesos judiciales, por ejemplo en la Sentencia 5/2002, la utilización de préstamos dinerarios simulados entre diferentes personas jurídicas integrantes del entramado delictivo.

Una práctica para inyectar en el tráfico lícito una cantidad de dinero procedente del tráfico ilícito, y además disimular el origen del dinero empleado, es realizar una ampliación simulada del capital social de una empresa. Esta medida va acompañada de una venta de derechos preferentes de suscripción también simulada. Ambas medidas pueden, en algunos casos, no tener una autorización formal del consejo de administración de la empresa que aumenta el capital, lo cual es mercantilmente necesario. El proceso delictivo descrito en la Sentencia 5/2002 utiliza ampliaciones de capital simuladas.

La simulación de operaciones empresariales o comerciales puede observarse en el proceso descrito en la Sentencia 54/2006 (pág. 14): «Para evitar que las transferencias bancarias desde dichas cuentas pudieran suscitar sospechas sobre el origen ilícito del dinero a las autoridades monetarias el sujeto simulaba el pago de ficticios suministros o servicios realizados por proveedores o empresas radicadas en los puntos de destino de las transferencias a supuestos clientes españoles, mediante la

remisión de facturas confeccionadas por el acusado, en las que figuraban como ordenantes de las transferencia las sociedades instrumentales (...) así como diferentes personas físicas (...) y representantes de personas jurídicas (...)).

Por último, el proceso descrito en la Sentencia 5/2002 ofrece una venta simulada de acciones.

7. Préstamos dinerarios.

También han sido utilizados, como forma de blanqueo, los contratos de préstamo de dinero. Al respecto, ESCOBAR (1992, 396) describe que es frecuente la situación en que «(...) se compran o se crean empresas en una sociedad en el país (...) con recursos procedentes de un préstamo en dólares de otro país».

Las posibilidades de culminar con éxito este tipo de operaciones aumentan a medida que se incrementa el grado de implicación del intermediario financiero con los poseedores del dinero a reciclar, llegando incluso a que tales sujetos (por lo general, escondidos tras un testaferro radicado en algún paraíso fiscal) sean los propietarios de la entidad financiera. Sin embargo, la mayoría de las veces, el banco es un simple instrumento en manos de aquellos recicladores que acuden a él fingiendo ser clientes necesitados de financiación.

En muchas ocasiones, los préstamos son utilizados como medio de retornar la riqueza procedente de actividades ilícitas al lugar del que partió en su día para su blanqueo en el exterior. Así, ciertas organizaciones criminales han solicitado a bancos situados en el mismo refugio financiero en el que se reciclaron los fondos ilícitos la concesión de cuantiosos créditos a fin de contar con una masa limpia de dinero con la que introducirse en el mercado inmobiliario o en cualquier otro sector de inversión ubicado en el territorio nacional. Naturalmente, la devolución del dinero prestado se efectúa con cargo a las cantidades depositadas en los territorios de baja tributación, bien sea de manos del propio prestatario, bien a través de cualquier otro sujeto que se presente como aparente avalista.

Otro mecanismo es que el beneficiario del préstamo se dote a sí mismo de un disfraz de precariedad económica, permitiendo la ejecución de las garantías patrimoniales que ofreció en su momento para el reembolso del crédito (activos financieros, depósitos en moneda extranjera, avales bancarios de entidades extranjeras, etc.). De acuerdo a esta forma de proceder, el blanqueador consigue deshacerse de una riqueza que pudiera estar demasiado próxima a la comisión de las actividades ilícitas que la generaron. A cambio recibió el montante del préstamo, que está plenamente justificado.

Con objeto de contar con una causa aparente que justifique la concesión del crédito y atenúe al máximo las posibilidades de que los responsables de la entidad financiera recelen de la finalidad real de la operación, los recicladores pueden valerse de la organización de espectáculos de masas (artísticos, culturales o deportivos) como excusa para solicitar la concesión de préstamos millonarios. Tras obtener esa financiación libre de toda sospecha, su reintegro se efectúa con dinero sucio, si bien declaran hacerlo con las ganancias en metálico logradas a partir de la celebración de tales acontecimientos, aunque, estos acontecimientos han podido obtener escasos beneficios, o simplemente pérdidas.

8. Instrumentalización de personas jurídicas. Las «sociedades interpuestas».

La complejidad de los procesos de blanqueo crece a medida que aumenta la cuantía de la masa patrimonial a reciclar. En ese contexto, la circulación de capitales sucios necesita contar con un número cada vez mayor de puntos de apoyo y, en especial, con sujetos ajenos a toda sospecha que puedan figurar como titulares de las múltiples transacciones económicas (reales o ficticias) que componen un ciclo completo de lavado. Así, los recicladores han constituido entidades dotadas de capacidad jurídica para poder disfrazar la auténtica naturaleza de sus actividades. Estas sociedades intermedias son denominadas sociedades «pantalla», «fachada», «de fachada» o «estantería» por la Sentencia 5/2002 (pág. 11). Por su parte, las investigaciones policiales denominan a estas sociedades como «ficticias», incidiendo en que no poseen actividad real, y en mucha menor medida «fachada», para mostrar que intentan ocultar un procedimiento.

La creación de un entramado de sociedades pantalla, a fin de receptar capitales procedentes de operaciones ilícitas se materializa en «(...) una forma jurídico-mercantil, aparentemente legal, para ocultar la realidad» «(...) a fin de encubrir a los verdaderos titulares de las propiedades que figuraban a nombre de estas sociedades» (Sentencia 5/2002, pág. 20), cuyos propietarios reales eran los delincuentes procesados.

La ocultación por este medio está definida de la siguiente forma: «(...) entramado de sociedades pantalla (...) sin actividad mercantil justificativa del volumen de dinero que dispuso (...) constituidos para dar apariencia de licitud a las ganancias obtenidas (...) ocultando la real titularidad del patrimonio que adquieren y de las que en todo momento mantuvieron su control por su condición de gerentes, apoderados o miembros del Consejo de Administración» (Sentencia 5/2002, pág. 22).

Los delincuentes, frecuentemente, cuentan con una estructura empresarial para poder incorporar al sistema financiero o al mercado de bienes y capitales los beneficios obtenidos, con la finalidad de proporcionarles una apariencia de licitud, evitando así las posibilidades de ofrecer indicios o sospechas sobre el origen de sus bienes.

Un ejemplo de la creación de una sociedad pantalla la tenemos en la Sentencia 32/2006 (pág. 5). «A fin de dar una apariencia legal a la actividad que realizaban los hermanos (...) se constituyó la Sociedad (...) S.L. siendo dichos hermanos gemelos los administradores de la misma y sus padres (...) accionistas, (...) dedicada a la actividad de joyería, que es el lugar donde se depositaron dinero y se adquirieron bienes, joyas e instrumentos procedentes de la actividad ilícita y a fin de encubrir la misma».

La utilización de empresas pantalla es muy frecuente, tanto que han sido observadas en el 90% de las sentencias analizadas. El entramado con empresas pantalla está descrito detalladamente en las siguientes Sentencias: 25/2000, 5/2002, 12/2002, 32/2002, 14/2004, 2/2005, 32/2006, 54/2006 y 70/2007.

No todos los países aceptan la constitución, en su territorio, de este género de entidades, por lo que la creación de estas sociedades es más frecuente en unos países que en otros. Respecto al

domicilio de las empresas pantalla, el 25% están domiciliadas en España. Del 75% domiciliado en el extranjero, destaca el 30% de sociedades domiciliadas en Estados Unidos, el 4,1% de empresas irlandesas, y un similar porcentaje de empresas portuguesas, suizas y uruguayas.

Los fundadores y promotores de las sociedades pantalla se esfuerzan por dotarlas de un tinte de legalidad, con objeto de aparentar que su fundación y funcionamiento tiene lugar en el marco del tráfico jurídico honesto. Esta necesidad de someterse a Derecho, unida a la conveniencia de dificultar la posible acción de la justicia, ha hecho que la radicación de sociedades interpuestas se realice con mucha frecuencia más allá de las fronteras nacionales en un intento por buscar en otros ordenamientos más permisivos el amparo que no pudo encontrarse en el propio. En este sentido, las jurisdicciones más ventajosas para esta clase de operaciones son los territorios de baja tributación. El proceso descrito en la Sentencia 12/2002 describe la constitución de sociedades en paraísos fiscales.

Del total de sociedades pantalla, el 29,1% están domiciliadas en territorios de baja tributación. Del total de empresas pantalla domiciliadas en territorios de baja tributación, el 8,3% están domiciliadas en Gibraltar, y el mismo porcentaje en Panamá; por su parte, el 4,1% tienen domicilio fiscal en Andorra, e igual porcentaje en Bahamas y la Isla de Man. Todos estos territorios son considerados paraísos fiscales, excepto Panamá, pero es incluida aquí porque gran parte de su actividad está relacionada con las zonas de importación y exportación de la Zona Libre de Colón. La Zona Libre de Colón se encuentra localizada en la costa atlántica de Panamá en la provincia de Colón, dentro de las calles de la ciudad de Colón, capital de la provincia del mismo nombre; en ella se venden artículos de todas las clases, al por mayor y libres de impuestos de importación y exportación.

Al igual que en el traspaso de bienes, la constitución de las sociedades pantalla puede realizarse sin el conocimiento del beneficiario. El proceso descrito en la Sentencia 70/2007 se basa en que el acusado impuso a su madre como administradora de las empresas pantalla sin su consentimiento.

Las sociedades pantalla implicadas en los procesos de blanqueo suelen distinguirse por el mantenimiento aparente de una actividad que no se da en la realidad. La doctrina ha observado que lo que buscan las organizaciones de lavado es establecer en la constitución de estas sociedades el más amplio objeto social posible. La doctrina afirma que existen ejemplos de empresas con objetivos amplísimos, simulando que se dedican a todo tipo de negocios, para justificar dinero proveniente de distintos orígenes: «(...) se compran o se crean empresas en una sociedad en el país con la mayor amplitud de objetivos posible (financiera, comercial, industrial, inmobiliaria, agropecuaria, importadora, exportadora, naviera, marítima, transporte aéreo y terrestre, mandataria hipotecaria)» (ESCOBAR: 1992, 396).

Estos datos aportados por la doctrina han sido corroborados en nuestra investigación. Hemos observado que en algunos casos se fundan con el aparente propósito de secundar toda clase de finalidades cívicas, benéficas o altruistas, aunque lo normal es que las sociedades instrumentales declaren oficialmente su adscripción al sector terciario de la economía (asesoría de empresas, elaboración de informes, etc.), ámbito en el que es prácticamente imposible fiscalizar el efectivo desarrollo de sus actividades.

La organización juzgada en la Sentencia 32/2006 (pág. 15) establece el tratamiento de la utilización de sociedades interpuestas: «(...) la entidad carece de contabilidad real, en la que sólo justifican ingresos y éstos son escasos, no tiene movimiento suficiente a justificar los incrementos patrimoniales que aparecen en la misma y que según información testifical se utilizó para ocultar el dinero y envasarlo al vacío para facilitar el envío o traslado del mismo fuera de España; la intervención de los padres para tratar de justificar el montante del grupo familiar participando en las sociedades y como titulares de las cuentas; inexistencia de relaciones comerciales que justifiquen los movimientos de dinero; no hay posibilidad de justificar el metálico ocupado en las distintas intervenciones realizadas por la policía y la comisión judicial y el dinero intervenido o bloqueado en las cuentas».

El procedimiento más frecuente es constituir sociedades pantalla por medio de abogados en el extranjero y según el procedimiento de aportaciones dinerarias por el sistema de «acciones al portador». Si el proceso lo requiere, la compañía puede quedarse sin realizar actividades empresariales, lo que es denominado «carentes de actividad». Las pruebas utilizadas para determinar que no tiene actividad es la comprobación de que el libro de balance y el libro de registro de acciones no presentan anotación alguna diferente de la de su legalización. Esta comprobación fue realizada por el cuerpo policial, entre otras situaciones, en la investigación que concluyó en la Sentencia 5/2002, y así aparece reflejada en los «Hechos probados» de la citada Sentencia.

La sociedad pantalla no desarrolla la actividad que declara. El engaño se extrapola, a veces, a la figura del administrador, que puede ser una persona poco preparada y que nunca desarrolló el citado cargo. En el proceso descrito en la Sentencia 70/2007 (pág. 11) se establece un «hombre de paja» que «(...) no ha realizado jamás a lo largo de su vida actividad económica retribuida alguna, ni por cuenta propia, ni por cuenta ajena». Y sin embargo, los acusados le dan de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE), a fin de que pudiera figurar como administrador de la sociedad pantalla, aunque «(...) jamás ejerció de administrador».

En resumen, para sospechar sobre si una sociedad es ficticia identificamos varios hechos. La primera es que no cuente con ninguna clase de medios de gestión ni de actividades económicas, limitándose tan sólo a tener un simple casillero con su nombre en el que recibir la correspondencia, situado en un banco, en el despacho de un abogado o de un contable. La segunda es que la empresa no presente apuntes contables salvo los de la legalización. La tercera es que el administrador no actúe como tal y, si no es posible comprobarlo, indagar sobre si es una persona con preparación para ejercerlo.

También es frecuente la constitución de una nueva sociedad o la adquisición de empresas ya existentes por un precio declarado inferior al realmente pagado, procediendo a realizar ampliaciones de capital con dinero que en su mayor parte procedía, directa o indirectamente, de las actividades ilícitas. De este modo se confunden fondos de origen conocido y desconocido, lícito e ilícito.

La acumulación del capital de las sociedades pantalla es muy diversa. En el proceso descrito en la Sentencia 70/2007 se constituye una sociedad pantalla por medio de una aportación no dineraria, con origen en que el administrador interpuesto aporta su propio domicilio adquirido con el dinero proveniente del tráfico de cocaína.

9. Utilización de bancos corresponsales.

Otro método de lavado es la utilización de los intermediarios corresponsales que tienen los bancos españoles en el exterior. Se trata de cuentas en otras instituciones financieras que los bancos utilizan cuando no tienen sucursales en determinados países. El GAFI obliga a que se tenga información no sólo de los movimientos de estas cuentas, sino de qué personas o empresas están detrás de ellos, cuál es el origen de los fondos que manejan y qué actividad tienen sus titulares. Los bancos deberían aplicar a esas cuentas los mismos criterios que a un cliente en España, aspecto que actualmente no se cumple.

10. Aumento de capital por aportación no dineraria con leasing.

La adquisición de activos o empresas es el principal medio de blanqueo, pero no el único porque el procedimiento de blanqueo es muy innovador. Una de los medios más imaginativos es el descrito en la Sentencia 4/2003 (pág. 20): realizar una ampliación de capital mediante una aportación no dineraria, pero haciéndolo constar en un documento privado como arrendamiento financiero con opción de compra, permaneciendo el vendedor oficialmente como propietario.

11. Centralización, diversificación y mezcla de los procedimientos de blanqueo.

En una organización de blanqueo, normalmente, las órdenes del proceso de blanqueo se dan desde un punto del globo de forma centralizada. La comunicación suele realizarse a través de móviles o de locutorios (de todas las actividades no delictivas relacionadas con las operaciones de blanqueo, el 7,5% se dedica a locutorios). Esto explica las grandes cantidades de móviles (sobre todo en la modalidad prepago, que aparecen en el 20% de los procesos judiciales estudiados) encontrados en los registros llevados a cabo en las investigaciones policiales analizadas. Respecto a los locutorios, por ejemplo, «(...) personas no suficientemente identificadas que hablaban en lenguaje críptico desde locutorios sitios en Bogotá (Colombia) además de dar instrucciones sobre diversos aspectos de las operaciones financieras que realizaban, indicaban (...) la identidad de las personas que le entregarían el dinero recaudado, con el objeto de que contactara con las mismas» (Sentencia 32/2006, pág. 5).

Además de la centralización, las organizaciones, cada vez más, realizan una diversificación (combinación de medidas) de sus actividades de blanqueo para llevar a cabo el proceso de forma más rápida y segura. La organización juzgada en la Sentencia 32/2006 (pág. 5) realiza una diversificación de sus procesos de blanqueo.

Por un lado, los acusados tenían cuentas en divisas y en moneda nacional en bancos españoles, y desde sólo ellas realizaban transferencias a Colombia y a Miami; por el otro, efectúan numerosos ingresos en efectivo, solicitando, posteriormente, cheques en divisas y realizando pagos al exterior (Colombia y Estados Unidos) a diferentes personas y sociedades. La organización juzgada en la Sentencia 32/2006 (pág. 17) desarrollaba las siguientes operaciones de blanqueo: «(...) frac-

cionamiento de ingresos en los depósitos bancarios en distintas sucursales para no despertar sospechas; observaciones físicas realizadas por la policía sobre los acusados; movimiento de cuentas bancarias, algunas de las cuales son vaciadas en fechas próximas a la intervención judicial; operaciones o negocios simulados, intentando justificar los mismos mediante supuestas operaciones de préstamo internacional o a tres bandas o triangular España-EE.UU-Colombia, lo que son realmente entregas de efectivo a los jefes de la organización criminal que quieren recuperar el dinero de la venta de drogas en España; transportes clandestinos a través de "correos" o "mulas" y con la adquisición de los dos aviones para economizar gastos y evitar riesgos de ser detectados los "correos" con planes de vuelos al extranjero; cambios sistemáticos y continuos de dinero; estar en posesión de máquinas de detección de billetes falsos, máquinas de contar billetes y máquinas y bolsas de envasar al vacío, con intervención incluso en la caja fuerte de la joyería de dinero empaquetado al vacío que fue intervenido para facilitar su transporte».

Además de una combinación de medidas, las organizaciones intentan mezclar, entre sus procedimientos, capitales legales con otros de procedencia ilícita, ya que así el lavado es más difícil de detectar.

Según las conversaciones y reuniones tenidas con las altas autoridades de lucha contra el blanqueo para realizar esta investigación, los blanqueadores utilizan distintos procedimientos en función de la utilidad para alcanzar sus fines y de la presión policial. En el periodo previo a marzo de 2009, la policía ha perseguido con mucho acierto y éxito las complejas estructuras empresariales apoyadas en expertos profesionales de la abogacía, por lo que las organizaciones realizan sus actividades de blanqueo con procedimientos más rudimentarios, como la vuelta al acarreo directo de efectivo.

7.3. Fase de integración.

La fase de «integración» en la economía oficial (*integration*) también es denominada «reinversión» «reinversión de los capitales ilícitos», «integración», «reintegración», «inversión» o «reintroducción».

La finalidad de esta etapa es hacer perder el rastro del dinero obtenido de forma ilícita y dificultar su verificación contable, efectuando distintas operaciones complejas, tanto en el ámbito nacional como internacional, eliminando evidencias ante posibles investigaciones sobre el origen del dinero.

El objetivo final del proceso de lavado de dinero es la integración. Una vez que los fondos están en el sistema financiero y aislados a través de la etapa de ocultamiento, la integración consiste en crear la apariencia de legalidad a través de varias transacciones. Estas transacciones protegen aún más al delincuente de la conexión entre los fondos y su origen, brindando una explicación plausible acerca de la fuente del dinero.

En la última etapa del proceso de lavado, los activos que proceden de actividades delictivas se utilizan en operaciones financieras, dando la apariencia de ser operaciones legítimas.

RIVERA menciona las estrategias más comunes utilizadas en la etapa de integración:

- «Formación de una corporación internacional y la consecuente apertura de una cuenta bancaria a nombre de ésta en el extranjero, para luego transferir el dinero de la cuenta en forma de préstamos, salarios, pagos de cartas de crédito, pagos ficticios de arrendamiento, servicios falsos, comisiones a personas naturales o jurídicas.
- Depositar dinero en efectivo o cheques a la cuenta bancaria de algún negocio, dándole al mismo la apariencia de ser utilidades de transacciones comerciales legítimas.
- Recibir el dinero de un casino, de la lotería o cualquier otro juego de azar, lo que permite dar apariencia de ganancias legítimas como consecuencia del juego» (RIVERA, 2000, 21).

Otros ejemplos de estas transacciones son la compra y venta de inmuebles, la inversión en títulos-valores, fideicomisos extranjeros u otros activos, la realización de inversiones de negocios y el otorgamiento de préstamos a individuos. Con todas estas operaciones, se consigue que los registros contables justifiquen el capital de forma legal.

A menos que el capital sucio sea despilarrado por quienes lo produjeron o se reintroduzca en el circuito ilegal para financiar la realización de nuevas actividades clandestinas, la última fase del proceso dirigido al aprovechamiento de los beneficios ilícitamente obtenidos se encuentra constituida por la integración final de esa riqueza en los cauces económicos oficiales. No todo retorno de riqueza sucia a los cauces económicos oficiales representa la última fase de un auténtico proceso de reciclaje. Así pues, quien adquiere, con dinero procedente de actividades delictivas, un determinado bien o servicio para su disfrute en el mercado regular (un chalé, un vehículo, un collar de perlas, una grifería de oro, el carnet de socio de un club social, un abono para los toros, un palco VIP en un campo de fútbol de primera división, etc.) no está lavando rendimientos ilegales, sino, pura y simplemente, consumiéndolos. Sólo es integración si el sujeto destina la riqueza ilícita (después de haber agotado su capacidad de consumo personal y de reinversión en la empresa delictiva) a la adquisición de bienes o servicios con el fin de negociarlos de algún modo en el mercado lícito.

Hay un factor que determina el atractivo de un sector económico específico con vistas a la reintroducción en el mismo de la riqueza sucia. A medida que un único sujeto logra acaparar una mayor proporción de la oferta de bienes o servicios en el mercado de que se trate, más fácil le resulta evitar los controles espontáneos que se derivan del sistema de libre competencia (adecuación del precio a la demanda, baremos de calidad de los productos, etc.) y, por consiguiente, cuenta con mayores posibilidades de planificar sin sobresaltos la progresiva ampliación de las actividades de un modo independiente. La perspectiva de poder erigirse en empresas líderes del sector (y si se pudiera en monopolio) sería el primero de los citados factores dado que la estabilidad que caracteriza a un mercado semejante facilitaría la inyección de capitales sucios en la actividad legal.

El objetivo más codiciado por quienes gestionan los procesos de normalización de rendimientos sucios consiste en lograr el control de empresas cuya actividad les permita lavar cuanta riqueza

sucia pase a través de ellas. De esta manera, los recicladores no sólo procuran el blanqueo de un patrimonio determinado, sino que multiplican su capacidad de maniobra al dotarse a sí mismos de los medios necesarios para mantener permanentemente abiertos los cauces a través de los cuales canalizar esas rentas hacia el ámbito de la legalidad. Por lo que es mejor tener empresas propias de blanqueo que utilizar las de otros.

Del conjunto de actividades no delictivas relacionadas con los procesos juzgados en la Audiencia Nacional, el 25% de las actividades son de compraventa de terrenos, promociones inmobiliarias e intermediación inmobiliaria. El 12,5% se dedica a la importación y exportación, en la que destaca la importación y exportación de licores, la importación de coches y la comercialización de vinos; este tipo de actividades es muy importante, pues la sobrevaloración de importaciones o exportaciones justifican grandes sumas de dinero provenientes del exterior. De todas las actividades no delictivas, el 10% se dedica a la hostelería (bares de copas, cafeterías y restaurantes), mientras que el 5% se dedica a hoteles y *camping*. Del conjunto de actividades no delictivas relacionadas con los procesos juzgados en la Audiencia Nacional, el 5% se dedica a suministros industriales. El mismo porcentaje concurre en gasolineras y joyerías. Por último, es necesario destacar como, de todas las actividades no delictivas, el 7,5% se dedica a la actividad en locutorios. También se han descrito otras actividades no delictivas con menor recurrencia: asesoría jurídico-fiscal, actividad industrial marisquera, pastelería, tienda de ropa, compraventa, pescados, explotación de viveros, materiales funerarios, explotación agraria y artesanos.

Dentro de los activos adquiridos para blanquear, nos encontramos con que el 75,75% de los elementos son activos no corrientes materiales, considerados contablemente como terrenos y construcciones, incluyendo dentro de ellos las más variopintas situaciones: inmuebles, fincas rústicas, pisos, garajes, terrenos urbanos, solares urbanos, fincas urbanas, terrenos rústicos, parcelas rústicas, viviendas, casas-viviendas, chalés, cuadras, granjas, embalses, prados y bodegas. A continuación destaca el 16,6% de vehículos, incluyendo los terrestres, los aviones y los barcos. El resto de activos tiene una menor recurrencia, incluyendo, en el 7,5% restante, la titularidad de cuentas corrientes, la adquisición de derechos de explotación de inmovilizados, la recompra de boletos premiados, la constitución de sociedades y la ampliación de capital, que son los procedimientos adquiridos para blanquear encontrados en los procesos estudiados.

8. PROPUESTAS PARA PREVENIR LOS PROCESOS DE BLANQUEO

El lavado derivado del tráfico de droga ilícito y de otros crímenes se ha expandido a través del mundo afectando a todos los países. Los fondos provenientes de actividades ilícitas, lavados por medio de bancos y otras instituciones financieras, amenazan la integridad y la estabilidad de los sistemas financieros. Es, por tanto, responsabilidad de la comunidad internacional combatir el lavado por medio del establecimiento de medidas que impidan refugio a los criminales y de la persecución de los responsables y colaboradores. Entre las propuestas concretas destacamos incidir sobre dos aspectos: la supervisión sobre las actividades profesionales y el reconocimiento de la contabilidad como instrumento de prevención y persecución del lavado.

1. Mejora de aspectos legislativos. Proponemos el establecimiento de un régimen regulatorio efectivo para detectar las actividades de los criminales y sus fondos ilícitos en los sistemas financieros nacionales e internacionales por medio de:
 - a) Establecer procedimientos para la detección de las operaciones realizadas a través del sistema de intermediación financiera, que resultan susceptibles de materializar actos de lavado de dinero;
 - b) Identificar el cliente y la verificación de sus requisitos, para que así las autoridades puedan tener a su alcance la información necesaria sobre la identidad de los clientes y de los tipos de movimientos financieros que realizan;
 - c) Ofrecer a las autoridades correspondientes toda actividad sospechosa;
 - d) Eliminar el secreto bancario; y
 - e) Prohibir a las entidades que sus cuentas en el extranjero sean usadas por bancos correspondientes que no ofrezcan la información necesaria.
2. Implementación de medidas de aplicación de la ley para minimizar la existencia de actividades de blanqueo, por medio de:
 - a) Promocionar un espacio internacional de represión de lavado, a través de medidas de cooperación judicial o asistencia mutua en materia penal;
 - b) Establecer mecanismos de intercambio de información;
 - c) Detectar, investigar y enjuiciar a los criminales involucrados en la actividad de lavado; y
 - d) Mejorar los procedimientos de extradición.
3. Inclusión de los datos de la economía ilegal (prostitución, tráfico de drogas y contrabando) en la contabilidad nacional, de forma que estas actividades queden reflejadas en la evolución del Producto Interior Bruto (PIB). Esto puede llegar a alcanzarse en los próximos años (2011 ó 2012), si se aprueba el cambio de base de la contabilidad nacional que el Instituto Nacional de Estadística (INE) está preparando, para acomodarse a lo establecido en el Tribunal de Cuentas de la Unión Europea. En la actualidad, la contabilidad nacional se calcula con la base 2000; la siguiente será la base 2008, que deberá incluir, además de la economía ilegal, los precios de importación y exportación. La inclusión de estos datos en el PIB ofrecería más datos para ser cruzados en el proceso de prevención y judicialización del blanqueo.
4. Aumento de la información y mejora de la capacidad de supervisión de las actividades de despachos de abogados, asesores, notarios, registradores, auditores, expertos fiscales, joyeros, inmobiliarias y casinos, que son sujetos obligados a informar de operaciones sospechosas en el marco de la lucha contra el blanqueo de capitales.

De la importancia de alguno de estos sectores dan cuenta los escándalos de corrupción desatados por la policía (operación Ballena Blanca y Malaya, entre otros) que han puesto en evidencia, precisamente, el papel protagonista que han desarrollado en actividades de lavado de dinero algunos despachos de abogados en colaboración con notarios, siendo el hilo conductor del movimiento de dinero el negocio inmobiliario.

Debido a que estos grupos profesionales tienen un papel importante en actividades relacionadas con el blanqueo de dinero, es necesario ser riguroso en la obligación que tienen estos colectivos de informar sobre las actividades sospechosas de blanqueo, independientemente de la cantidad de dinero de la operación.

Esta medida es concordante con las Recomendaciones del GAFI. El GAFI (2006) recomienda a España que «(...) mejore su legislación en este terreno, que profundice sus canales de supervisión y que colabore activamente con las asociaciones profesionales de dichos colectivos».

5. La investigación financiera y contable es clave para lograr los objetivos de la prevención y persecución del delito de blanqueo, especialmente en la adquisición de bienes muebles e inmuebles con dinero proveniente de delitos. La importancia de la contabilidad en el proceso de prevención y persecución del blanqueo es analizado, como conclusión, en el apartado siguiente.

9. IMPORTANCIA DE LA CONTABILIDAD EN EL PROCESO DE BLANQUEO

Los hechos económicos pueden ser divididos, desde el punto de vista contable, en tres agrupaciones: que puedan ser considerados indicios, que puedan ser objeto del procedimiento de instrucción en la lucha contra el blanqueo y, para finalizar, que puedan servir como prueba en un tribunal. El objetivo de este apartado es identificar la utilidad de los registros contables para los tres fines anteriormente establecidos. Para ello se valora la información obtenida de la contabilidad de los terceros y de los registros contables de la organización sospechosa de blanqueo; dentro de las anotaciones contables de la organización, diferenciamos los registros contables de actividades ilícitas de los registros contables de actividades lícitas. Esto supone realizar una distinción entre utilidad y fuentes de los registros contables.

La contabilidad es la disciplina que sirve para proporcionar información útil en la toma de decisiones económicas. Además, también sirve como apoyo a otras materias como la prevención del blanqueo de capitales, ya que puede ayudar al conocimiento de los medios utilizados para realizar el blanqueo. Para observar su importancia analizamos tanto su utilidad (indicios, investigación y prueba) como sus fuentes (registros contables de terceros y de la propia organización).

La contabilidad es útil en tres escenarios: a) como elemento de búsqueda de indicios para profundizar en la investigación de organizaciones sospechosas de estar realizando blanqueo, b) como integrante del procedimiento de instrucción (investigación judicial y policial) y c) como prueba en el proceso judicial.

Para observar si una organización sospechosa de blanqueo está realizando verdaderamente operaciones delictivas por blanqueo, es necesario analizar los registros contables de terceros y de la propia organización sospechosa. Dentro de los registros incautados en las organizaciones identificamos los registros contables de las actividades lícitas e ilícitas.

9.1. Utilidad de los registros contables.

9.1.1. *Búsqueda de indicios.*

Uno de los objetivos del trabajo es ofrecer un catálogo de circunstancias demostrativas del origen criminal y de diversos indicios de que existe blanqueo en las empresas. A continuación desarrollamos los indicios de la existencia de blanqueo.

Las condenas de la Audiencia Nacional se llevan a cabo mediante pruebas indiciarias admitidas por el artículo 3.3 de la Convención de Viena, artículo 6.2 f) de la Convención de Nueva York de 2000 y artículo 6.2 c) del Convenio de Estrasburgo, ratificados por España y que, por tanto, forman parte del ordenamiento jurídico interno. La prueba indiciaria para la determinación del origen criminal requiere los siguientes requisitos: pluralidad de indicios, acreditados por prueba directa, interrelacionados con univocidad incriminatoria, y enlace preciso y directo con el hecho consecuencia. Son indicios del origen ilícito: la vinculación con investigaciones criminales, aprehensiones de droga u otros efectos delictivos, la sujeción a procedimientos judiciales por actividades delictivas, el contenido de conversaciones telefónicas y la documentación sobre contabilidades de operaciones clandestinas.

La contabilidad puede ayudar a encontrar indicios en las siguientes situaciones:

- Escasa actividad empresarial. Algunas organizaciones sirven de pantalla en el proceso de blanqueo, y normalmente estas empresas no realizan actividad empresarial o comercial alguna. En los procesos descritos en las Sentencias 5/2002 y 4/2003 se ofrecen empresas con escasa actividad. Por su parte, en los procesos descritos en las Sentencias 5/2002 y 12/2002 existen empresas con escasa actividad mercantil que no justifica las grandes inversiones efectuadas.
- Inexistencia de contabilidad. Un indicio de que es posible que haya existido blanqueo es que los libros de contabilidad no presenten anotación alguna diferente de su legalización. La organización juzgada en la Sentencia 5/2002 no presenta registros contables diferentes a la legislación.
- Ampliaciones o reducciones de capital social sin celebrar juntas generales. El proceso descrito en la Sentencia 5/2002 realiza sucesivas ampliaciones y reducciones de capital social sin celebrar juntas generales ni cumplir el resto de requisitos establecidos en los artículos 151 a 162 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA).

- Ampliaciones de capital social en sociedades sin actividad empresarial relevante. El proceso descrito en la Sentencia 5/2002 realiza ampliaciones de capital social en una sociedad sin actividad empresarial relevante.
- Ampliaciones de capital social en sociedades sin beneficios en los ejercicios contables anteriores. El proceso descrito en la Sentencia 5/2002 realiza ampliaciones de capital social en sociedades sin resultados contables positivos en los ejercicios contables anteriores.
- Importe del patrimonio neto alto sin existencia de deudas de importancia con terceros. En el proceso descrito en la Sentencia 5/2002 existen grupos con una alta cifra de patrimonio neto sin deudas de importancia con terceros ajenos al grupo de sociedades.
- Inexistencia de registros contables de albaranes de deudores. La organización juzgada en la Sentencia 5/2002 no presenta registros contables de albaranes de deudores.
- Existencia de cuentas de tesorería en sus registros contables y, sin embargo, no declara el impuesto de sociedades ni el IVA. En el proceso descrito en la Sentencia 5/2002 existen empresas en las que existen constantes movimientos de cuentas de tesorería anotados en sus registros contables y, sin embargo, no declara el impuesto de sociedades ni de IVA.
- Todas las acciones de una empresa son extendidas al portador. En la mayoría de los procesos, por ejemplo los descritos en la Sentencia 5/2002, todas las acciones de una empresa son extendidas al portador.
- Utilización de pagos fraccionados de forma frecuente.
- Alto nivel de activos no corrientes. El análisis de los registros contables permite conocer cuando una empresa es sospechosa de blanqueo, al observar que, sin ser una sociedad inmobiliaria o concesionaria, tiene un alto nivel de inmovilizados y elementos de transporte.

Evidentemente, que concurren estos hechos no supone que nos encontremos ante un proceso de lavado; simplemente es un listado de operaciones que son utilizadas, de forma habitual, por estas organizaciones.

9.1.2. Material del procedimiento de instrucción.

La contabilidad puede ayudar en el procedimiento de instrucción en las siguientes situaciones:

- Constitución de sociedades que adquieren inmuebles, en un breve espacio de tiempo o sin capital relevante. En el proceso descrito en la Sentencia 5/2002 existe una constitución de sociedades que, en breve espacio de tiempo y sin capital relevante, adquiere inmuebles.
- Discrepancias entre los registros contables y el patrimonio neto existente. Las empresas que sí llevaban la contabilidad son revisadas para observar discrepancias entre los registros

contables y el volumen de dinero disponible. Así al menos ha ocurrido en la Sentencia 5/2002 (pág. 22), donde «(...) pese a no haber acreditado la defensa desarrollo alguno de actividad empresarial justificativa de dinero empleado en su incremento patrimonial e inmobiliario, y en cambio ha quedado probado el desastroso estado económico y contable que presentaba la mercantil (...), figuran a su favor los siguientes activos (...)».

- Ventas sucesivas de un activo en poco tiempo. En el caso Saqueo II, el Tribunal de Cuentas detectó que se había maquillado la contabilidad de las sociedades municipales para que presentaran una cuenta de resultados saneada, al tiempo que se realizaron operaciones ficticias para justificar la salida de fondos. Por ejemplo, se reconocieron y pagaron deudas que no existían y se vendió patrimonio en actuaciones perjudiciales para el Ayuntamiento de Marbella. Una de las operaciones más llamativas se realizó en febrero de 1998 cuando el entonces alcalde autorizó la transmisión de dos fincas a Daya Sant por 2,3 millones de euros, como pago por una «supuesta deuda». Aquellas dos fincas fueron vendidas cuatro días después a la sociedad Mar and Gregory por 2,6 millones y 15 días después volvieron a venderse por 6 millones de euros.
- Apertura de cuentas corrientes o constitución de sociedades en paraísos fiscales.
- Realizar transferencias de dinero a sociedades con las que no se tiene relaciones empresariales, comerciales ni de servicio. En el proceso descrito en la Sentencia 12/2002 ha servido como prueba realizar transferencias de dinero a sociedades con las que no se tiene relaciones empresariales.

9.1.3. Prueba en un juicio.

La contabilidad puede ayudar a encontrar elementos que sirvan como prueba en las siguientes situaciones:

- Existencia de grandes entradas de tesorería sin justificar. En el proceso descrito en la Sentencia 5/2002 aparecen empresas que reciben grandes entradas de tesorería sin que esté acreditada una actividad empresarial que justifique ese volumen de dinero.
- Existencia de gran cantidad de activos sin justificación. Esto se materializa en que, si es por medio de personas jurídicas, se observe escasa actividad mercantil con grandes inversiones, y, si es por medio de personas físicas existan muchos vehículos, terrenos, inmuebles y cuentas corrientes sin ingresos justificados. Este aspecto solamente puede ser obtenido del análisis de los registros contables de las organizaciones de blanqueo. Este indicio ha sido considerado como prueba en las Sentencias 25/2000 y 5/2002 para personas físicas y en las Sentencias 5/2002, 12/2002 y 4/2003 para personas jurídicas.
- Existencia de préstamos ficticios.
- Ampliaciones de capital simuladas.

- Ventas de derechos preferentes de suscripción simuladas. En el proceso descrito en la Sentencia 5/2002 se ofrece ventas de derechos preferentes de suscripción simuladas; en esta organización de blanqueo, la venta de los derechos preferentes de suscripción, efectuada por parte de los condenados, se realiza a una empresa pantalla.
- Empleo de cuentas innominadas bancarias. Esta situación se encuentra en las Sentencias 25/2000, 5/2002, 32/2006, 54/2006 y 70/2007.

9.2. Fuentes de los registros contables.

9.2.1. Registros contables de terceros.

El estudio de las organizaciones sospechosas no sólo requiere analizar directamente los libros contables de las organizaciones; también hay que revisar los registros contables de terceros, principalmente los de los intermediarios financieros.

Aunque difícil, la contabilidad sirve para encontrar las cuentas innominadas. En el proceso de lavado se realiza una sucesión de actos y disposiciones patrimoniales con el objetivo de asegurar la confidencialidad y el anonimato de las transacciones realizadas, ocultando también el origen ilícito. Entre las medidas de ocultación nos encontramos las cuentas «innominadas», «numeradas» o «internas». El empleo de cuentas innominadas de la entidad bancaria permite mantener opacamente el dinero obtenido de origen ilícito. Dentro de la contabilidad de las entidades bancarias, las cuentas «internas» se registran en las cuentas denominadas «deudores dudosos», «acreedores diversos», «cuentas bancarias especiales», «clientes especiales» o «cuentas de acreedores dudosos», según los diferentes bancos. La revisión de las cuentas donde las entidades de crédito registran sus saldos con las organizaciones sospechosas puede indicarnos la existencia de estas cuentas. Respecto a la constatación de si una cuenta es «innominada», se puede observar que las cuentas son designadas con un número (nominadas) en vez de con un nombre.

También es necesario analizar el momento en el que el intermediario financiero realiza el apunte sobre los ingresos de las organizaciones sospechosas. Si la organización realiza frecuentes ingresos fuera del horario de apertura al público está impidiendo que los empleados de la oficina puedan supervisar personalmente la entrada de efectivo y que sea posible la vinculación del cliente con la manipulación masiva de dinero. En estos casos, los responsables de la sucursal bancaria, tras la verificación de la realización del depósito, normalmente confirman el asiento contable que se encargó de realizar el equipo informático de manera provisional sin realizar comprobación alguna.

Ni la adquisición ni el posterior pago de los cheques bancarios, cheques de gerencia o cheques de caja suelen reflejarse en la contabilidad de la entidad financiera, facilitándose con ello la tarea de los blanqueadores para encubrir definitivamente los capitales ilícitos. Sin embargo, algunas entidades de crédito contabilizan unos asientos puente para reflejar la entrada de esos cheques bancarios. Encontrar estos asientos puente puede ayudarnos a identificar la existencia de estos instrumentos; su utilización masiva genera indicios sobre la existencia de un proceso de blanqueo.

Por todo ello se recomienda que los organismos encargados de prevenir el blanqueo revisen, con una mayor profundidad, los registros contables de terceros relacionados con las organizaciones sospechosas de blanqueo.

9.2.2. Registros contables de las actividades lícitas (RCAL).

Parece necesario observar los registros contables de operaciones legales, porque de ellos se pueden desprender indicios de si a las operaciones lícitas le acompañan operaciones ilícitas. Dentro de los registros contables de la contabilidad oficial (según denominación policial) englobamos la información depositada en el Registro Mercantil, como información pública, y el libro de registro de acciones y el libro mayor, para inspecciones más detalladas y personalizadas cuando se han encontrado indicios sobre su posible actividad delictiva.

En este trabajo se ha estudiado la documentación contable incautada por la policía a las personas físicas o jurídicas condenadas. La documentación contable analizada tiene dos orígenes: la derivada de operaciones lícitas y, por tanto, aplicando la legislación contable oficial vigente, y los registros ocultos sobre operaciones ilícitas y, por tanto, realizados de forma no académica. En este primer apartado analizaremos los RCAL.

La finalidad del blanqueo es hacer perder el rastro del dinero obtenido de forma ilícita y dificultar su verificación contable, efectuando distintas operaciones complejas, tanto en el ámbito nacional como internacional, quitando evidencias ante posibles investigaciones sobre el origen del dinero.

Durante el blanqueo se realizan inversiones de negocios, se otorgan préstamos a individuos, se compran bienes y se llevan a cabo todo tipo de transacciones, de forma que los registros contables justifican el capital dificultando el control contable o financiero. Sin embargo, la revisión de los asientos contables puede ofrecer indicios sobre la existencia de blanqueo.

Dentro de los indicios y pruebas obtenidas por los registros contables de las organizaciones destacamos dos: uno sobre la inexistencia de anotaciones y otro por las discrepancias allí contenidas. Un indicio de que es posible que haya existido blanqueo es que los libros de contabilidad no presenten anotación alguna diferente de su legalización. Relacionado con el anterior, es fácil sospechar sobre empresas que no presenten información obligatoria en el Registro Mercantil, porque es posible que esta compañía sea una sociedad «pantalla». Las empresas que sí llevaban la contabilidad deben ser revisadas para observar discrepancias entre los registros contables y el volumen de dinero disponible. En la investigación de los procesos judiciales encontramos indicios que pueden llevarnos a sospechar que existe una práctica delictiva derivada del delito de blanqueo. La principal es la existencia de gran cantidad de activos sin justificación. Si es por medio de personas jurídicas existe escasa actividad mercantil con grandes inversiones; si es por medio de personas físicas se encuentran muchos vehículos, terrenos inmuebles y cuentas corrientes sin ingresos justificados. Este aspecto es obtenido de los registros contables de actividades lícitas de las organizaciones de blanqueo. Para castigar el lavado de dinero primero tenemos que descubrirlo y desde

luego existe un indicio muy simple: el incremento significativo no explicado del patrimonio personal; es decir, nadie puede aparecer de la noche a la mañana con cantidades de millones de dólares en sus cuentas y pasar inadvertido. El análisis de los registros contables es el indicio y, posteriormente, la prueba de los incrementos injustificados de riqueza. Además, los registros contables permiten mostrar si la constitución o el incremento de capital social se han realizado por aportaciones dinerarias o no dinerarias.

Las empresas sin contabilidad legal son sospechosas; también son sospechosas las empresas cuyos registros contables muestren pocos movimientos, con bajos ingresos u operaciones comerciales escasas, unidos a abundantes incrementos patrimoniales.

Dentro de los activos adquiridos para blanquear, nos encontramos con que el 75,75% de los elementos son activos no corrientes materiales, considerados contablemente como terrenos y construcciones, y el 16,6% de elementos de transporte. El análisis de los RCAL debe incidir sobre estas partidas.

El análisis de los RCAL permite conocer cuando una empresa es sospechosa de blanqueo, al observar que, sin ser una sociedad inmobiliaria o concesionaria, tiene un alto nivel de inmovilizados y elementos de transporte.

Los RCAL también sirven para identificar si la actividad empresarial desarrollada es consecuente y concordante con los recursos generados y mantenidos dentro de la organización, o si los incrementos patrimoniales no tienen actividad justificada.

La lucha contra el blanqueo requiere analizar los RCAL e identificar la existencia de sociedades interpuestas. Las sociedades interpuestas carecen de contabilidad legal y, si existe, en ella sólo existen ingresos y éstos son escasos; y por supuesto no tiene movimientos suficientes para justificar los incrementos patrimoniales que aparecen en la misma y no existen relaciones comerciales que justifiquen los movimientos de dinero. Uno de los procedimientos más frecuentes para blanquear es constituir sociedades pantalla por medio de abogados en el extranjero, según el procedimiento de aportaciones dinerarias por el sistema de «acciones al portador». En algunas ocasiones, el proceso requiere que la compañía se quede sin realizar actividades empresariales, convirtiéndose en una sociedad carente de actividad. Las pruebas utilizadas para determinar que no tiene actividad es la comprobación de que el libro diario y el libro de registro de acciones no presentan anotación alguna diferente de la de su legalización.

En la etapa de conversión se crea un sistema de acumulación a través de operaciones complejas destinadas a maquillar los rastros contables de ganancias ilícitas. De esta manera, la contabilidad es fundamental para interpretar este entramado.

Los delincuentes se encuentran con gran cantidad de moneda circulante (mucho de ella de baja denominación) que genera problemas de orden contable y tributario al blanqueador, fundamentalmente cómo registrarla en la contabilidad lícita. El análisis de las cuentas de caja, cuentas corrientes, cuentas de ahorro y otros activos líquidos equivalentes permite obtener conclusiones sobre los movimientos excesivos de tesorería. Toda esta información debe ser conciliada (cruza-

da) con la Hacienda Pública, la gestión bancaria (extractos ofrecidos por los intermediarios financieros) y la balanza de pagos (en el caso de operaciones con el exterior, relación de importación y exportación).

Dentro de la investigación hemos encontrado otros indicios de que existe blanqueo en las empresas que cumplan alguna de estas situaciones. El primero de ellos es la inexistencia de registros contables de albaranes de deudores. El segundo es la observación de cuentas de tesorería en sus registros contables y, sin embargo no declara el impuesto de sociedades ni el IVA. Por último, los RCAL permiten identificar si han existido ventas sucesivas de un activo en poco tiempo entre empresas de una misma organización. Todos estos indicios sólo pueden ser deducidos de la confrontación de datos contables con otros datos externos (de otras empresas y de la Hacienda Pública).

9.2.3. Registros contables de las actividades ilícitas (RCAI).

La prueba indiciaria para la determinación del origen criminal requiere los siguientes requisitos: pluralidad de indicios, acreditados por prueba directa, interrelacionados con univocidad incriminatoria, y enlace preciso y directo con el hecho consecuencia. Uno de los indicios del origen ilícito de los activos es la documentación sobre contabilidades de operaciones clandestinas.

La documentación sobre los registros de operaciones clandestinas puede generar indicios del origen ilícito. Recibe diferentes denominaciones por parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que luchan contra el blanqueo: «contabilidad B», «contabilidad de agendas» y «libros de contabilidad paralelos».

Las organizaciones delictivas llevan siempre un registro de sus operaciones ilícitas y es sobre esos registros sobre los que las autoridades deben tener la habilidad y el conocimiento para descifrar, entender y proporcionar evidencia sobre los delitos financieros cometidos.

Los RCAI ofrecen las magnitudes contables, como el activo, pasivo, patrimonio neto, resultado y tesorería, al igual que en los registros de actividades lícitas. La única diferencia es que muchos de los terceros y comisionistas con los que se relaciona, están registrados por acrónimos, iniciales, «motes» o denominaciones alternativas.

La importancia de los registros contables en las organizaciones de blanqueo puede observarse en la cantidad de libros contables existentes. Dentro de los artículos encontrados en los registros policiales destacan los diferentes libros contables de operaciones ilícitas. Entre todas las organizaciones analizadas hemos observado catorce diferentes libros contables:

- Operaciones de recogida de efectivo en España.
- Operaciones de entrega de efectivo en España.
- Operaciones de recogida de efectivo fuera de España.

- Operaciones de entrega de efectivo fuera de España.
- Ingresos en efectivo realizados en cuentas corrientes.
- Ingresos de efectivo en cuentas de beneficiarios.
- Transferencias al exterior en moneda distinta del euro.
- Transferencias desde el exterior en moneda distinta del euro.
- Transferencias con destino a las cuentas corrientes innominadas.
- Transferencias desde las cuentas corrientes innominadas.
- Aportaciones a sociedades pantalla.
- Recepciones desde sociedades pantalla.
- Operaciones con fideicomisarios.
- Operaciones con comisionistas.

Lo anterior es simplemente un listado de todos los libros encontrados en el conjunto de detenciones realizadas por la policía. Lo normal es que una organización simplemente tenga dos o tres libros apuntados en una agenda.

Mientras que los RCAL son, por imposición legal, contabilizados por medio de la partida doble, los RCAI son registrados en función de la partida simple. Es decir, los RCAI son anotaciones independientes, sin relacionar unos conceptos con otros y sin anotar simultáneamente el origen y el destino de cada hecho económico.

10. CONCLUSIONES FINALES

La globalización y las nuevas tecnologías facilitan el blanqueo de dinero.

Hay grandes avances en prevención, pero mientras existan paraísos fiscales, el dinero continuará moviéndose sin control.

El delito económico necesita buscar formas para ocultar el origen ilegal del dinero y tiene que realizar inversiones para que ese dinero pueda retornar bajo una apariencia legal.

España, con el histórico alto peso del subsector de la construcción y del sector servicios, es uno de los países con más posibilidades para que sobre él se asienten las actividades de blanqueo de activos. A medida que crece el porcentaje de la Renta Nacional generado por el sector terciario de una economía, mayores son las facilidades para blanquear riqueza en ella, toda vez que la intangibilidad

de la prestación declarada reduce considerablemente las posibilidades reales de controlar su efectivo cumplimiento.

La investigación policial debe adecuarse al desarrollo y alto grado de sofisticación que ha logrado la criminalidad en el mundo, fundamentalmente porque la perpetración de delitos amenaza el Estado de Derecho y desestabiliza la seguridad ciudadana. Las fuerzas policiales se esfuerzan para evitar el blanqueo, pero las organizaciones ofrecen respuestas ágiles a estas actuaciones; si la represión policial es más aguda en unos aspectos, los criminales profundizan en otros. La situación a comienzos de 2009 es que la policía ha perseguido con mucho acierto y éxito las complejas estructuras empresariales apoyadas en expertos profesionales de la abogacía, por lo que las organizaciones realizan sus actividades de blanqueo con procedimientos más rudimentarios, como la vuelta al acarreo directo y al envío con «mulas».

La policía debe estar preparada para hacer frente a este tipo de delitos. La investigación criminal debe aplicar los procedimientos operativos policiales más adecuados de acuerdo al tipo de delito, en este caso el lavado de activos. La investigación financiera y contable es clave para la lucha contra el blanqueo, especialmente la reconstrucción de las operaciones contables. Las investigaciones contra el blanqueo deben incluirla entre sus procedimientos fundamentales, tanto en la búsqueda de indicios como la investigación en el procedimiento de instrucción y prueba en un juicio. Igual que los cuerpos policiales son asesorados por abogados y economistas, deberían apoyarse en los mejores contables del país para progresar en la prevención y persecución del blanqueo.

Bibliografía

- ACKERMANN, J. [1992]: *Jürg-Beat, Geldwäscherei: eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz* (Money laundering: A Comparative Presentation of Law and Manifestation in the United States and Switzerland), Schulthess, Zürich.
- AMICK, G. [1976]: *The American Way of Graft*, Princeton, Center for Analysis of Public Issues, New Jersey.
- ANDREATTA, N. [1991]: *Criminalità e finanza* (Crime and Finance), Bologna, Il Mulino.
- ARLACCHI, P. [1988]: *Mafia Business: The Mafia Ethic And the Spirit of Capitalism*, Oxford University Press, Oxford.
- BALDWIN, Fletcher N. y MUNRO, Robert J. [1993]: *Money Laundering, Asset Forfeiture, and International Financial Crimes*, Oceana Publications, New York.
- BALLARD, Michael E.P. [1990]: *The Canadian banks' approach to fighting money laundering, The World of Banking*, F.I.A. Financial Publishing Company, Washington, Vol. 9, N.º 6, november-december.
- BANCO DE ESPAÑA [2005]: *Informe Anual 2004*, Banco de España, Madrid, <http://www.bde.es/informes/be/infanu/infanu.htm>.

- BBVA: *Informe Anual del BBVA*, [2003]: <http://www.bbva.es/TLBS/tlbs/jsp/esp/relainve/index.jsp>, 2004.
- [2004]: <http://www.bbva.es/TLBS/tlbs/jsp/esp/relainve/index.jsp>, 2005.
- BERNASCONI, P. [1988]: *Finanzunterwelt: gegen Wirtschaftskriminalität und organisiertes Verbrechen* (Underground Finances: Against Economic and Organized Crime), Zürich, Orell Füssli.
- [1994]: *Blanchiment d'argent et secret bancaire: rapport général*: XIVe Congrès international de droit comparé, Athènes.
 - [1996]: *Money Laundering and Banking Secrecy: General Report*, Kluwer Law International, The Hague-Boston.
- BERTOSSA, B.; DENIS, R. y RUYMBEKE, R. [1996]: *La justice ou le chaos*, Stock, Paris.
- BIRKS, P. [1995]: *Laundering and Tracing*, Oxford University Press, Oxford.
- BLUM, Jack, A. [1999]: *Refugios Financieros, Secreto Bancario y Blanqueo de Dinero*, Número doble 34 y 35 del Boletín de Prevención del Delito y Justicia Penal, Número 8 de la Serie Técnica del PNUFID, Oficina de las Naciones Unidas de Fiscalización de Drogas y Prevención del delito, Nueva York.
- BOYCE, B. [1990]: «The brink's bullion robbery: a study on money laundering operations», *The World of Banking*, F.I.A. Financial Publishers Co. Vol. 9, N.º 5, Washington, september-october.
- CHAPARRÓS, E.F., *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998.
- CHARLES, A. [1991]: «Bankers Challenge Proposed Wire Transfer Rules», *The Bankers Magazine*, july-august.
- DEL CID GÓMEZ, J. M. [2007]: *Blanqueo internacional de capitales. Cómo detectarlo y prevenirlo*, Deusto, Barcelona.
- CINCO DÍAS [2001]: *Paraísos fiscales*, <http://www.cincodias.com/archivo/buscador.html>, 4 de julio.
- CUCUZZA, O. [1993]: *Il segreto bancario tra lotta al riciclaggio e repressione dell'evasione fiscale*, EPC, Roma.
- [1995]: *Segreto bancario, criminalità organizzata, riciclaggio, evasione fiscale in Italia*, CEDAM, Padova.
- CUISSET, A. [1998]: *La experiencia francesa y la movilización internacional en la lucha contra el lavado de dinero*, Procuraduría General de la República y Servicio de Cooperación Técnica Internacional de la Policía Francesa, 2.ª ed., México.
- DUPUIS, M.C. [1998]: *Finance criminelle: comment le crime organisé blanchit l'argent sale*, Presses universitaires de France, Paris.
- ESCOBAR, R. [1992]: *El Crimen y la Droga*, Buenos Aires, Editorial Universidad.
- EXPANSIÓN [2005]: «Solbes bloquea la fuga de capitales hacia los grandes paraísos fiscales», *Diario Expansión*, 31 de mayo.
- EZAIZER, E. [2003]: «Anticorrupción archiva el caso de las emisiones en paraísos fiscales aunque las cree irregulares», *Diario El País*, <http://www.elpais.es/>, 1 de febrero.
- FARLEY, Hugh T. [1990]: *Financial Institutions and the Problem of Money Laundering: A Guide to State and Federal Action: A Report*, New York State Senate Committee on Banks, Albany, N.Y.
- FERRAJOLI, L. [1994]: *La normativa antiriciclaggio: repressione penale, adempimenti amministrativi degli intermediari finanziari, strumenti e tecniche di investigazione, profili internazionali*, Pirola, Milano.
- FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF) [2008]: http://www.fatf-gafi.org/pages/0,2966,en_32250379_32235720_1_1_1_1_1,00.html, 25 de mayo.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (FMI) [2002]: *Offshore Financial Centers. The Role of the IMF*, 23 june.

- GAFI [2004]: *Recomendación GAFI: Las Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera sobre Blanqueo de Capitales (GAFI), incluyendo, las modificaciones introducidas en 2003*, GAFI, Berlín.
- [2006]: *Informe de evaluación del GAFI sobre España*, 23 de junio.
 - [2008]: *Recomendación GAFI: Las Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera sobre Blanqueo de Capitales (GAFI), incluyendo, las modificaciones introducidas en 2007*, GAFI, Berlín.
- GILMORE, W. C. [1995]: «International initiatives», *International Guide to Money Laundering. Law and Practice*, London.
- [1992]: *International Efforts to Combat Money Laundering*, Cambridge: Grotius Publications.
- GOLD, Michael y LEVI, Michael [1994]: *Money-Laundering in the UK: An Appraisal of Suspicion-Based Reporting*, The Police Foundation, London.
- HERAIL, Jean-Louis y RAMAEL, Patrick [1996]: *Blanchiment d'argent et crime organisé: la dimension juridique*, Presses universitaires de France, Paris.
- HISHLER, Gerald L. [1992]: «Banking secrecy: coping with money laundering in the international area», *Current legal issues affecting central banks*, International Monetary Fund, Washington.
- INTRIAGO, Charles A. [1991]: *International Money Laundering*, Eurostudy Pub. Co., London.
- KOPP, P. [1995]: *L'économie du blanchiment: détection, prévention, et répression du blanchiment de l'argent issu du trafic de drogues illicites*, AEF, Paris.
- LAMAS PUCCIO, L. [2000]: *Transacciones Financieras Sospechosas*, Banco Continental, Lima.
- LEE, John E. [1990]: «Money laundering and payment systems», *The World of Banking*, F.I.A. Financial Publishing Co, Vol. 9, n.º 5, September-October, Washington.
- LIBERTAD DIGITAL [2009]: Zapatero da alas a los paraísos fiscales para colocar la deuda pública, <http://www.libertaddigital.com/economia/zapatero-da-alas-a-los-paraisos-fiscales-para-colocar-la-deuda-publica-1276353783/>, 17 de marzo.
- MADINGER, J. y ZOLANPAY, S. A. [1999]: *Money Laundering: A Guide for Criminal Investigators*, FL: CRC Press, Boca Raton.
- MARTÍN, C. [2003]: «El Congreso amnistía las emisiones de bancos y cajas en paraísos fiscales», *Diario El País*, <http://www.elpais.es/>, 26 de marzo.
- MORGAN, Matthew S. [1996]: *Money Laundering: The United States Law and Its Global Influence*, International Financial & Tax Law Unit, Center for Commercial Law Studies, Queen Mary & Westfield College, University of London in cooperation with the London Center for International Banking Studies and the London Institute of International Banking, Finance & Development Law, London.
- NILSSON, H. G. [1994]: «Substantive Criminal Law, Corruption, and Money Laundering», *Conference on Political Processes, Institutions, and Corruption in States in Transition in East-Central Europe*, Hungary, 28-29 January, Budapest.
- ONU [2008]: *Falcone Check List*, UNO, Washington.
- PARLOUR, R. [1995]: *Butterworths International Guide to Money Laundering: Law and Practice*, Butterworths, London; Boston.
- PIETH, M. [1992]: *Bekämpfung der Geldwäscherei: Modellfall Schweiz?*, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG; Stuttgart, Schäffer-Poeschel Verlag.
- [1998]: «International Standards Against Money Laundering», *The Journal of Police Science*, Tokyo, February.
 - [1998]: «The Prevention of Money Laundering: A Comparative Analysis», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 6, N.º 2.

- PRADO SALDARRIAGA, V. [1994]: *La Criminalidad Internacional de lavado de dinero: sus alcances regionales y nacionales*, Lima.
- RICHARDS, James R. [1999]: *Transnational Criminal Organizations, Cybercrime, and Money Laundering: A Handbook for Law Enforcement Officers, Auditors, and Financial Investigators*, FL: CRC Press, Boca Raton.
- RIVERA ALÍ, G. [2000]: *Lavado de dinero de investigación financiera en el 1999. Delito de tráfico ilícito de drogas*, Opción, Lima.
- ROBINSON, J. [1996]: *The Laundrymen: Inside Money Laundering, the World's Third-largest Business*, Arcade Pub., New York.
- SEGOVIA, C. [2009]: «El gobierno exime de tributar al que invierta en Deuda Pública», *Diario El Mundo*, 28 de abril de 2008.
- TANZI, V. [1996]: *Money Laundering and the International Financial System*, IMF Working Paper 96/55, The International Monetary Fund, Washington, D.C.
- [2001]: «Globalization and the Work of Fiscal Termites», *Finance and Development*, march, Volume 38, Number 1.
- THE ECONOMIST: <http://www.economist.com/index.html>, 1 de abril de 2002.
- WALTER, I. [1989]: *The economics of international money laundering*, University of Miami International Business & Banking Institute, Miami.
- WOODS, B. F. [1998]: *The Art & Science of Money Laundering*, Boulder Paladin Press, Colorado.

ASPECTOS HISTÓRICOS ACERCA DE LA DIVULGACIÓN DE LA PARTIDA DOBLE

MIGUEL GONÇALVES

*Profesor de Contabilidad en el Instituto Superior de Contabilidade
y Administração de Coimbra –ISCAC– Portugal.
Doctorando en Contabilidad. Univ. Minho/Univ. Aveiro*

Extracto:

EL artículo asume como principal finalidad la de analizar, en términos sintéticos, cómo se procesó la divulgación del método de la partida doble, con especial relevo para la literatura contabilística que en mucho ayudó a su diseminación.

De entre los diversos autores que contribuyeron para la generalización y difusión del método digráfico, se destaca Luca di Bartholomeu dei Pacioli.

Por consiguiente, el artículo también tiene como objetivo la presentación de una reseña de los principales aspectos de la vida y de la obra de este tratadista de la Contabilidad, considerado por muchos el precursor de nuestra disciplina, por haber publicado la *Summa de Arithmetica, Geometria, Proportioni et Proportionalita*, obra primordial en el dominio de nuestra especialidad, más concretamente una sección suya –el *Tractatus Particularis de Computis et Scripturis*.

Palabras clave: partida doble, surgimiento de la partida doble, registros contabilísticos, Luca Pacioli, *de Computis et Scripturis* y contabilidad en la Edad Media.

SOME HISTORICAL ASPECTS ABOUT THE DISCLOSURE OF THE DOUBLE-ENTRY BOOKKEEPING

MIGUEL GONÇALVES

*Profesor de Contabilidad en el Instituto Superior de Contabilidade
y Administración de Coimbra –ISCAC– Portugal.
Doctorando en Contabilidad. Univ. Minho/Univ. Aveiro*

Abstract:

THIS article aims primarily to analyse, in a concise manner, how the disclosure of the double-entry bookkeeping method took place, paying special attention to the accounting literature, which greatly helped spreading this method.

Amongst the various authors whom have contributed to the spreading and generalization of this system, one stands out: Luca di Bartholomeu dei Pacioli.

Consequently, this article also aims to present a review about the main aspects of the life and work of this accounting author, by many considered to be the precursor of our discipline, as he is the author of *Summa de Arithmetica, Geometria, Proportioni et Proportionalita*, an essential work in the mastery of our sphere of study, more specifically its section entitled *Tractatus Particularis de Computis y Scripturis*.

Keywords: double-entry Bookkeeping, emergence of the double-entry bookkeeping, accounting records, Luca Pacioli, *de Computis et Scripturis* and accounting in the middle ages.

Sumario

1. La Contabilidad en la Edad Media y el surgimiento de las partidas dobles.
 - 1.1. La Contabilidad en la Alta Edad Media: retroceso y estancación.
 - 1.2. La Contabilidad en la Baja Edad Media: la relevancia de las repúblicas del norte de Italia.
 - 1.3. El surgimiento de la partida doble.
 - 1.4. El contexto del surgimiento del sistema de la partida doble.
2. El inicio de la Contabilidad moderna.
3. Luca Bartholomeo Pacioli. Contribuciones para la divulgación del método digráfico.
 - 3.1. Vida.
 - 3.2. La obra *Summa de Arithmetica, Geometria, Proportioni et Proportionalita*.
 - 3.3. El *Tractatus de Computis et Scripturis*.
 - 3.4. Repercusión de la obra de Paciolo y de las partidas dobles en Europa occidental.
4. Conclusión.

Bibliografía.

1. LA CONTABILIDAD EN LA EDAD MEDIA Y EL SURGIMIENTO DE LAS PARTIDAS DOBLES

El periodo histórico conocido como Edad Media abarcó, aproximadamente, mil años, desde el final del Imperio Romano de Occidente, en 476 d.C., hasta la caída de Constantinopla, capital del Imperio Romano de Oriente, en 1453. Los historiadores modernos subdividieron este largo espacio temporal en dos etapas:

- Alta Edad Media (siglos V a X).
- Baja Edad Media (siglos XI a XV).

1.1. La Contabilidad en la Alta Edad Media: retroceso y estancación.

Después de las invasiones bárbaras que desembocaron en el fin del Imperio Romano de Occidente, muchos de los progresos realizados por la antigua Roma se perdieron, al mismo tiempo que se dio una considerable reducción de la actividad económica, sobre todo del tráfico comercial. Y esto sucedió porque después del desaparecimiento del Imperio lo que siguió fue el caos político, económico y social, y que resultó en la total destrucción de todo aquello que los romanos, paciente y metódicamente, habían concebido y realizado a lo largo de muchos siglos.

Brevemente, se podrán enumerar unas cuantas circunstancias asociadas a esta época sombría: el casi total desaparecimiento de la administración pública, muy desarrollada entre los romanos; el debilitamiento de las instituciones comerciales; la reducción de las fuentes de actividad económica; la reducción del tráfico comercial; el menor uso del crédito; la falta de vías de comunicación; la regresión de la actividad económica; la reducción de la producción agrícola; la disminución de la

población; el incremento del latifundio; el corte de las comunicaciones con la economía oriental; la ruptura de la unidad política y la segmentación de la población en clases sociales distintas: la nobleza, el clero y el pueblo.

Pero otros factores estuvieron en la base de un decrecimiento de intensidad de las prácticas contabilísticas. Apuntamos aquí el menor uso de la moneda, una menor disponibilidad de excedentes y una menor producción y circulación de bienes, haciendo que naturalmente disminuyese la necesidad de registro de operaciones comerciales y patrimoniales.

Debe destacarse que la segmentación de la población en clases sociales estancadas y distintas llevó a que la sociedad medieval se basase en una obediencia indiscutible a alguien jerárquicamente superior, hasta alcanzar la autoridad suprema del Rey.

La economía internacional de la cuenca del Mediterráneo —característica de la civilización romana— retrocedió hacia una economía regional, dividida en compartimentos cerrados en sí mismos o, por lo menos, con escasa comunicación entre ellas.

De esta forma, y teniendo en consideración este ambiente económicamente hostil, no es de admirar que no sean conocidos registros contabilísticos innovadores fechados en este periodo.

Dentro de esta perspectiva, y de acuerdo con MELIS (1950: 9), citado por COSENZA (1999: 90), «la Contabilidad adquirió, al inicio de la Edad Media, formas tan rudimentarias que le llegaban a recordar los milenios anteriores».

VLAEMMINCK (1956) juzga que no es posible relacionar la Contabilidad de la Edad Media con sus predecesoras de la Antigüedad Clásica. En las antípodas, MONTEIRO (1979) no está de acuerdo, porque considera poco verosímil que todo pasase a ser inventado de nuevo. Con los progresos de la técnica contabilística en Oriente, el autor piensa que no es creíble la idea de que se haya perdido totalmente, con la caída del Imperio Romano en Occidente, toda la tradición contabilística de ese tiempo.

A pesar de eso, esta sombra que cayó sobre el mundo occidental no alcanzó a Grecia y Egipto, porque este último territorio, en particular, quedó bajo dominio árabe en el año 650 d.C. A partir de esta época, los registros egipcios, de los cuales existen ejemplares de inventarios, cuentas-corrientes y cuentas domésticas, por ejemplo, pasan naturalmente a mostrar su influencia árabe.

1.2. La Contabilidad en la Baja Edad Media: la relevancia de las repúblicas del norte de Italia.

A partir del siglo XI se observa en Europa un movimiento de renacimiento económico que, con el ascenso de la burguesía, da inicio a la alteración del orden vigente en el mundo medieval. Estas alteraciones desencadenarán, por ejemplo, a que la Iglesia tenga cada vez menos poder sobre los individuos y los Estados.

Los dos principales polos de este resurgimiento económico y social fueron las repúblicas italianas del norte y Flandes. En estas dos regiones, además de un intenso comercio con otros pueblos, se desarrolla la pequeña industria, principalmente la de los tejidos.

La economía monetaria vuelve a sustituir el casi total regreso a la economía natural ocurrida en el periodo anterior.

El crédito se propaga y con él surgen las letras de cambio y otros títulos, originados por el surgimiento, en esta época, de banqueros, cuya actividad florecía con los préstamos con garantía, al mismo tiempo que promovían transacciones comerciales mediante el seguro de los navíos.

MARQUES (2000) es de la opinión de que este desarrollo de la actividad comercial forzó un perfeccionamiento, gradual pero rápido, de la técnica contabilística y que, en consecuencia, en un periodo relativamente corto, se evoluciona del registro por partida simple para el método de registro por partidas dobles.

Sin embargo, es en el siglo XII, como bien lo hace notar MONTEIRO (1979), cuando la Contabilidad despierta del adormecimiento a que estaba abocada desde finales del Imperio Romano del Occidente, contribuyendo al efecto diversos factores como, por ejemplo, la acción de las «cruzadas». Esta expresión fue dada a las expediciones de los cruzados a Palestina, entre 1096 y 1270, en las cuales los nobles católicos de más categoría combatían para expandir la fe cristiana.

Las cruzadas constituyeron un acontecimiento histórico destacado, pues resultaron en un aumento de la intensidad del tráfico comercial en Europa, y entre ésta y Oriente, fundamentalmente por dos razones: (1) por un lado, los cruzados necesitaban barcos y mantenimientos y, (2) por otro, al regresar de la Guerra Santa, contribuían al aumento de la demanda de los productos orientales, como por ejemplo, las especias, el marfil y las perlas, productos que habían conocido en sus incursiones a Oriente.

Como consecuencia, el movimiento de las cruzadas sirvió para, en una primera fase, estimular el comercio y, en una segunda etapa, desarrollar la industria, pues era indispensable para Occidente crear productos que sirviesen de objeto de trueque, como sal, cueros curtidos y trabajados, maderas y armas.

Entre los dos extremos geográficos se situaba el mar Mediterráneo. AMORIM (1968: 70) nos sintetiza magistralmente la enorme importancia de este eslabón de conexión:

«Fue este mar que sirvió de vínculo (los trueques comerciales), cuyo establecimiento y mantenimiento exigían la utilización de una enorme flota mercante que, con sus reglamentos, sus leyes, sus instituciones de seguros y el apoyo de una eficiente diplomacia comercial, constituyeron la más extraordinaria y la más perfecta organización económica de la Edad Media».

El ímpetu del comercio mediterráneo hizo resurgir y progresar la Contabilidad practicada en la última fase del Imperio Romano, destacándose el desarrollo registrado en las repúblicas italianas de Venecia, Génova y Florencia.

En este mismo sentido, la idea anterior viene reforzada por SÁ (1998), cuando explicita que la Contabilidad ganó proyección en el siglo XIV en las ciudades-Estado de Florencia, Génova y Venecia, como resultado del crecimiento del comercio marítimo y de las instituciones bancarias.

Sucede así que, con base en un tan activo desarrollo del comercio internacional marítimo, se crearon condiciones para la reanudación de la Contabilidad mercantil, que se había estancado después del declive del Imperio Romano. Nuevos procesos contabilísticos se volvieron apremiantes, como forma de dar respuesta a las corrientes comerciales de ámbito internacional. La preocupación de los comerciantes (empresarios) era ahora otra, en la medida en que sus productos –otroa a la vista– deambulaban ahora por largos viajes, dejando de estar bajo los ojos vigilantes de sus propietarios.

Se crearon así condiciones para el regreso a las transacciones comerciales efectuadas a crédito y, principalmente, para el regreso de la necesidad del control del patrimonio a través de registros adecuados y fiables. En estos términos, asistimos al «renacimiento de la Contabilidad» (AMORIM, 1968: 72).

1.3. El surgimiento de la partida doble.

Se remonta al siglo XIII, más específicamente al año 1211, el aparecimiento del primer registro de la partida doble (OLDROYD y DOBIE, 2009).

Se admite que el método analizado haya surgido de forma natural, como evolución lógica de la partida simple, consistiendo esta última en el registro de cualquier hecho únicamente en el debe o en el haber de una cuenta sin el correspondiente registro del mismo hecho (simultáneamente) en otra o en otras cuentas.

Antes de que prosigamos con el desarrollo del argumento supra, convendrá definir lo que es el método digráfico.

Una definición acertada es la que nos es dada por MONTEIRO (1973: 47-48):

«La partida doble (o digrafía) constituye un método de escriturar las cuentas, el cual consiste, esencialmente, en registrar el mismo hecho doblemente, a débito de una cuenta o cuentas y a crédito de otra o de otras, de modo que forme una igualdad de valores que ofrece un control ejemplar».

Por «partida doble» se entiende el registro doble de un mismo hecho en dos o más cuentas, no pudiéndose confundir con la cuenta doble, que es también característica de la unigrafía y hasta de métodos más primitivos, esto es, cuando la cuenta contiene inscripciones de dos sentidos.

Si recurrimos al diccionario de Contabilidad de SÁ y SÁ (1995: 345-346) la definición para partida doble es similar:

«Partida en donde un débito es siempre correspondido por un crédito; partida digráfica. Método de escrituración que se basa en el principio de la contraposición de valores [...]. Si consideramos la cuestión por su rigor técnico y científico, la partida doble aparecerá como el único método verdadero y útil, puesto que evidencia las causas y los efectos de los fenómenos patrimoniales».

GOMES (2000) defiende que este sistema alcanzó la perfección con el desarrollo de las cuentas de Resultados y de Capital, en la medida en que éstas vinieron a permitir que una operación cualquiera pueda siempre ser registrada bajo dos puntos de vista –causa y efecto– existiendo en cualquier situación una igualdad entre el monto de los débitos y el de los créditos. Cuando se pretendió analizar y descomponer las mutaciones ocurridas en el capital, a través de las cuentas de resultados, apareció la cuenta de Pérdidas y Ganancias, en que las pérdidas se registraban en el Debe, pues disminuían el capital, y las ganancias en el Haber, pues aumentaban la deuda para con los socios.

En lo que respecta a la determinación del nacimiento de la partida doble, es de referir que la literatura contabilística es consensual al indicar que el mismo reside en el campo de la incertidumbre. Sin embargo, nos es posible configurar las siguientes hipótesis sobre gestación:

1. El método de las partidas dobles nació en Oriente, habiendo llegado a las repúblicas italianas del norte de Italia, como resultado del intenso comercio de las mismas con Oriente.
2. Las primeras cuentas por partidas dobles fueron usadas por los templarios franceses. Esta tesis fue defendida por MEUNIER (1975), citado por COSENZA (1999). Según el autor, los métodos y prácticas contabilísticas de los templarios habrían sido absorbidos, más tarde, por los venecianos.
3. El método de las partidas dobles era practicado en Sicilia en el año de 1133. Esta hipótesis, poco consistente, fue defendida por Ángel SINESIO, monje benedictino (CAÑIZARES ZURDO, 1933).

Con respecto de la hipótesis de que el origen de las partidas dobles fuera localizado en Europa, cabe subrayar que la gran mayoría de los historiadores de la Contabilidad que han examinado este tema (casos de LITTLETON, CHATFIELD, DE ROOVER) realizaron sus investigaciones con base en evidencias documentales occidentales, o sea, buscaron únicamente factores atribuidos o relacionados con el capitalismo renacentista. Tal vez por eso hayan acabado por ignorar el hecho de que los aspectos económicos, sociales y políticos de Oriente podrían, también, haber sido objeto de manuscritos que fuesen conocidos en Occidente o pudiesen traer contribuciones interesantes, en términos teóricos, para la historia contabilística.

1.4. El contexto del surgimiento del sistema de la partida doble.

Sintetizando algunos de los aspectos ya referenciados a lo largo de la exposición, y acrecentando otros, se vuelve posible enumerar unos cuantos factores que, cohabitando entre ellos, contribuyeron al aparecimiento del método de las partidas dobles:

- Advenimiento del capitalismo: aumento del tráfico comercial; práctica de cobranza de intereses; concepto de precio incluyendo lucro; aumento de la realización de operaciones de crédito y respectivo desarrollo del sector bancario;
- Mayor necesidad de dar relevo a las cuentas de lucro. Este factor se interconecta, como es fácil constatar, con el que le antecede. Es de referir que este deseo por el lucro fue fuertemente suprimido en la Alta Edad Media, ya que su realización era considerada inmoral (influencia de la Iglesia Católica);
- Mentalidad lógica más aguda, a través de la influencia de la Matemática, más concretamente de la Aritmética. No sorprende, pues, que las primeras obras impresas sobre Contabilidad contengan, en sus títulos, casi siempre la expresión Aritmética ¹;
- El hábito proporcionado por las ecuaciones, lo que puede haber contribuido a generar, o por lo menos, haber estado en la génesis de la igualdad entre el débito y el crédito;
- Aumento de la población urbana europea proporcionado por la desintegración del sistema señorial y que resultó en un ciclo de crecimiento económico urbano;
- Surgimiento en el siglo XIII, en Italia, de las Escuelas de Aritmética (*Scuole d'Ábaco*). Se trataba de escuelas de cálculo en las cuales los maestros enseñaban aplicando las operaciones comerciales y bancarias y también las reglas elementales de Contabilidad;
- Aplicación de la numeración árabe (o hindú-arábica) a la escrituración, lo que se tradujo en un gran desarrollo para la Contabilidad, en la medida en que la escrituración contabilística en números romanos dificultaba, y mucho, el proceso de mensuración de los hechos administrativos ²;
- Otros desarrollos científicos y tecnológicos. Como ejemplos, listamos la invención de la imprenta y la introducción en Europa del papel.

Inclinándose también sobre esta problemática, LITTLETON (1933) ³ concluyó la existencia de determinados prerequisites (fuerzas sociales) como elementos que, ocurriendo en simultáneamente, potenciaron el apareamiento de la partida doble. Para ser precisos, no se alejan mucho de los factores presentados anteriormente, siendo a pesar de eso interesante mencionar que las condiciones que LITTLETON expone estaban fuertemente presentes en la Italia del siglo XIII (Baja Edad Media).

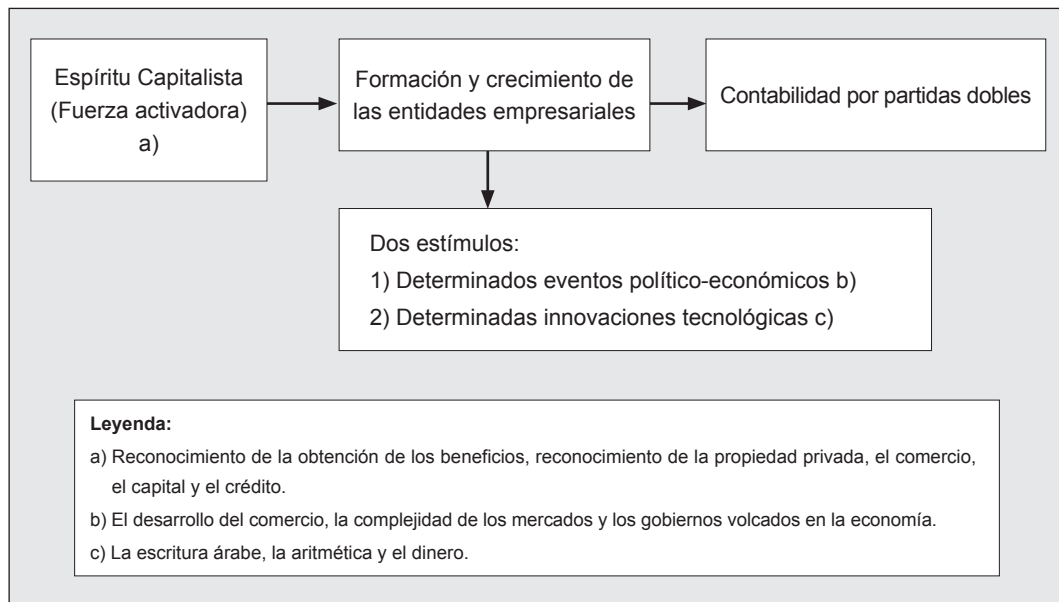
En estos términos, el autor resumió las fuerzas sociales como sigue: a) **espíritu capitalista**; b) **factores político-económicos** y c) **innovaciones tecnológicas**.

¹ Invocamos aquí el *Luminario di Arithmetica, libro doppio* de Giovanni Antonio TAGLIENTE (1525). Eran también matemáticos los primeros tratadistas de la Contabilidad como Domenico MANZONI.

² Fue Leonardo FIBONNACI (1170-1250) el que introdujo en Europa, por primera vez, la numeración árabe a través de su libro manuscrito de 1202, o *Liber Abaci* (Libro del Ábaco).

³ Extraído de KAM, VERNON (1989) *Accounting Theory*.

Esquemáticamente:



FUENTE: *Adaptado de KAM (1989).*

2. EL INICIO DE LA CONTABILIDAD MODERNA

En este ámbito, se señala la contundencia de CRAVO (2000: 33): «el método de la partida doble constituye, a nuestro parecer, el marco de referencia de la Contabilidad moderna».

GARCÍA GARCÍA (1996: 40), enfatizando también el papel de las partidas dobles en la ciencia contabilística, escribe admirablemente:

«En mi opinión, la partida doble es, en efecto, una fantástica obra de constructivismo sistemático precientífico en que materiales heteróclitos se combinan en una extraordinaria coherencia interna articulados por una especie de interacción fuerte (al modo de como protones y neutrones se combinan dentro del núcleo atómico) que le da ese sello característico de obra acabada compacta e indestructible. La partida doble resistió casi intacta desde su invención que hizo afirmar a un talento matemático de la talla de Arthur CAYLEY que la partida doble era una ciencia perfecta e incluso creo que arrancó frases de admiración al genio de GOETHE ⁴».

⁴ En efecto, es casi de dominio público contabilístico la afirmación de GOETHE (1749-1832), escritor y filósofo alemán, de que el método de las partidas dobles ha protagonizado una de las más bellas invenciones de la Humanidad.

Adicionalmente, puede aún levantarse un tema de discusión relacionado con la paternidad de la invención del método de las partidas dobles.

En este sentido, muchos son aquellos que, no sabiendo bien lo que es la Contabilidad, habrán oído decir, o por lo menos, juzgado entender, que inventada por un hombre de nombre Luca Bartholomeo PACIOLI ⁵, porque en 1494 publicó, por «compasión hacia los ignorantes», como él mismo refiere, una enciclopedia matemática, con 616 páginas, reuniendo las principales enseñanzas de la disciplina hasta entonces titulada *Summa de arithmetica, geometria, proportioni et proportionalita* ⁶.

La importancia contabilística de este manual reside en los treinta y seis capítulos del Tratado XI de la Distinción IX, denominado *De computis et scripturis*, o sea, Tratado de Cuentas y de Escrituración, pues éste presenta, en veintiséis páginas, el método de escrituración comercial utilizado en Venecia doscientos años antes –las partidas dobles.

Sin embargo, esta conclusión puede descartarse por falta de rigor. SÁ (1998) y MARQUES (2000) nos recuerdan que, en Italia, antes de PACIOLO, una obra que exponía la contabilidad por partidas dobles estaba ya manuscrita, perteneciendo su autoría a Benedetto COTRUGLI ⁷, fechada en 1458, pero impresa en 1573, y publicada por Francisco Patrício DÁLMATA. Se vuelve unánime, por lo tanto, que PACIOLI no fue el inventor del método de Contabilidad por partidas dobles. Tuvo, sin embargo, el ingenio de sistematizarlo por primera vez en una obra impresa en 1494 en Venecia, aprovechando los beneficios del perfeccionamiento de la impresión por Gutenberg.

SÁ (1998) escribe que seis obras de Contabilidad circularon en Oriente antes que la de PACIOLO fuese editada, el 10 de noviembre de 1494 ⁸, citando muy particularmente un trabajo manuscrito de Abdullah Ibn Mohammed AL-MAZANDARANI, de 1330, copiado en Teherán. LOPES DE SÁ hace referencia a un autor relevante, Ismail OTAR, por sustentar, en 1984, que la obra de MAZANDARANI presenta ya el proceso de las partidas dobles, en cuanto a la igualdad entre el débito y el crédito (SÁ, 1998).

De que antes de PACIOLO hubo literatura contabilística, no subsisten dudas, pero que su obra es la más famosa, tampoco se discute.

Dada la importancia de la *Summa* para la Contabilidad, y en especial para la divulgación del método digráfico, analizaremos, en la sección siguiente, con la profundidad y la atención merecidas, tan relevante obra para los dominios del debe y haber, no sin antes dedicar unas cuantas líneas al primer tratadista del área de conocimiento que aquí nos ocupa.

⁵ O PACIOLO, según la tradición en la Baja Edad Media italiana o PACIOLO se dice cuando se cita sólo el apellido. Cuando se menciona el nombre completo se dice Luca PACIOLI (la «o» es sustituida por la «i» y acrece el primer nombre).

⁶ Cuyo título iremos a condensar simplemente en *Summa*. La obra de Luca PACIOLI es escrita en italiano pero está, en realidad, repleta de latinismos, especialmente en los principales títulos. La *Summa* se divide en distinciones (o títulos), las distinciones en tratados y los tratados en capítulos. Para una traducción castellana comentada y anotada de la 1.ª obra impresa de Contabilidad, que contiene también una reproducción fotográfica del trabajo de Luca PACIOLI, véase HERNÁNDEZ ESTEVE (1994).

⁷ Obra titulada *Della Mercatura e del Mercante Perfetto*, manuscrita en 1458.

⁸ Edición a cargo de PAGANINO DE PAGANINI. La 2.ª edición, en 1523 (caso raro, lo que comprueba el suceso de la obra) también tuvo como responsable el mismo editor.

3. LUCA BARTHOLOMEO PACIOLI. CONTRIBUCIONES PARA LA DIVULGACIÓN DEL MÉTODO DIGRÁFICO

3.1. Vida.

PACIOLO es una figura del Renacimiento, porque se esforzó por encerrar la oscuridad y decadencia de los siglos anteriores. SILVA (1948: 16) lo consideraba una verdadera «cátedra ambulante» y en realidad su formación polivalente y multidisciplinar es la de un intelectual renacentista y la de un docente respetado y disputado por las cortes y universidades más famosas que buscaban sus lecciones y conferencias.

Luca PACIOLI nació en 1445⁹ en la pequeña ciudad de Borgo San Sepolcro, próxima a las ciudades de Florencia, Perugia, Urbino y Assis.

Inició sus estudios muy joven, habiendo sido alumno de Piero DELLA FRANCESCA, su conterráneo, treinta años mayor, con el cual aprende los primeros elementos de la matemática, los secretos de la perspectiva y las reglas de la pintura.

Antes de ingresar en el Orden de San Francisco, se benefició de contactos con la realidad mercantil al servicio del próspero comerciante judío Antonio ROMPIASI. Para este último, además de los viajes de negocios al servicio del cual emprendía, fue preceptor de tres hijos del dueño de la casa, a los cuales enseñó fundamentalmente la ciencia Aritmética.

Perteneciendo ya a la Orden Franciscana, comienza a enseñar Matemática y Teología en diversas escuelas y universidades¹⁰, pasando en su actividad por ciudades como Florencia, Zara, Roma, Nápoles, Pádua, Milán, Assis y Urbino.

Estos traslados frecuentes le permiten experiencias diversificadas y profícuos contactos. SOUSA (1994) refiere que los poderosos le abren las puertas: son los MONTEFELTRE, DE URBINO, o los SFORZA, de Milán. Aquí conoce a Leonardo DA VINCI y se hacen amigos, compartiendo un periodo de algunos años, hasta llegando a vivir juntos algunos meses en Florencia, cuando Milán es invadida por los Franceses. Luca PACIOLI enseña la perspectiva y la proporcionalidad a Leonardo, enseñanzas que permiten a DA VINCI crear la «Última Cena».

También la Curia romana le acoge con afecto. Los Papas Sixto IV y Julio II, dos Della Rovere, y León X, un Médicis, famoso protector de las Artes y de las Letras, le conceden su amistad y admiración.

⁹ Las fechas de nacimiento y muerte de PACIOLO eran imprecisas y sólo fue posible determinarlas después de los estudios de Akira NAKANISHI e Ivano RICCI (SÁ, 1998).

¹⁰ Según SOUSA (1994), la carrera universitaria de Luca PACIOLI fue coronada con éxito en Florencia (1481-1486), universidad en la cual alcanzó el más alto grado para la época, el de Maestro en Teología Sagrada y Filosofía.

Además de estas figuras, otros grandes semblantes del Renacimiento se cruzaron en la vida de este autor, dejando marcas en su personalidad, en especial Leonardo DA VINCI.

De 1491 a 1493, permaneció de forma más o menos frecuente en su tierra natal, en donde se presume que preparó el original para la publicación de la *Summa de arithmetica, geometria proportioni et proportionalita*.

Como científico, escribió aún, además de esta, otras obras de Matemática, siempre conjugadas con su actividad pedagógica, como la *De divina proportione*, editada en Venecia, en el año de 1509 ¹¹.

No obstante este conjunto de obras, dicen los especialistas que, como matemático, nada hizo, nada descubrió genuinamente original ¹². Sin embargo, como compilador y vulgarizador, fue genial. «Todos lo señalan como uno de los mayores artífices de los progresos que en la historia de la matemática entonces se registraron, debido a la recuperación, sistematización y difusión del viejo saber de los griegos y de los árabes» (SILVA, 1948: 17).

Después de una rápida pasada por Roma, se retira, en 1515, a su tierra natal, donde moriría el 19 de junio de 1517.

3.2. La obra *Summa de Arithmetica, Geometria, Proportioni et Proportionalita*.

Para ser precisos, y como es sobradamente conocido, la obra de PACIOLO no versaba exclusivamente sobre materias de Contabilidad, sino también sobre Aritmética, Álgebra y Geometría, disciplinas claves de su formación, además, claro está, de la Teología, visto que se trataba de un fraile perteneciente a la Orden de los Frailes Menores.

Podemos considerar que la *Summa* estaba repartida en dos partes principales: la primera, en donde se sitúa el *Tractatus de Computis et Scripturis*, sobre Aritmética, Aritmética Comercial y Álgebra; y la segunda, con 142 páginas, sobre Geometría.

En lo que concierne a la autoría de la obra en cuestión, autores diversos, como por ejemplo Fábio BESTA, citado por AMORIM (1968), afirman que la *Summa* de PACIOLO fue un plagio en todo o en parte. Este autor refiere que la parte de la obra dedicada a la Contabilidad —el Tratado XI de la Distinción IX; *De Computis et Scripturis*— es copia de un manuscrito que se habría perdido, de la autoría de TROILO DE CANCELLARIS, un maestro del ábaco (hoy diríamos maestro de cálculo), que a mediados del siglo XV vivía en Venecia. El manuscrito presentaba el título de *Brieve Instructioni*.

Ya el historiógrafo Federigo MELIS, citado por AMORIM (1968), discrepa de BESTA, refiriendo que es arriesgado insinuar plagio en esta materia.

¹¹ Se trata de la segunda obra más conocida del Fraile Luca PACIOLI. Las ilustraciones geométricas de esta obra son de la autoría de la mano izquierda de Leonardo DA VINCI.

¹² No obstante, GONÇALVES (2007) avanza que el manual contenía algunas originalidades relativas a cálculo de probabilidades, ecuaciones exponenciales y logaritmos neperianos.

A decir verdad, PACIOLO nunca se atribuyó ser el inventor del principio de las partidas dobles, asumiendo desde el inicio que describía el método de Venecia, *il Modo di Vinegia*.

Independientemente de esta controversia, juzgamos que, en sustancia, lo esencial de la cuestión se desprende de lo inédito de la obra de PACIOLO. Como observa AMORIM (1968: 98), Luca PACIOLI, «bien vistas las cosas, no deja de ser digno de toda alabanza por haber sido el iniciador de una actividad publicitaria que contribuyó de una manera decisiva a la divulgación y perfeccionamiento de la técnica contabilística».

Con la misma visión parece estar de acuerdo MARQUES (2000: 72) cuando escribe:

«Hubiese habido o no por parte de Luca PACIOLI la intención de pasar por dueño de lo que no le pertenecía, nadie le podrá retirar el mérito de, antes de cualquier otro, haber hecho imprimir y publicar un libro de Contabilidad».

En la misma línea, vale la pena presentar la conclusión de Montesinos JULVE (2003: 4):

«La obra de PACIOLI no debe su importancia a la originalidad o a la novedad, visto que el método ya era utilizado, nada más habiendo él hecho sino recoger en volumen la práctica de su tiempo, tal como entonces se desarrollaba, exponiendo los principios y la estructura matemática de lo que ampliamente se vendría a conocer como el modo de «Venecia». Su importancia deriva, sí, del hecho de ser el primer tratado sistemático impreso acerca de Contabilidad y de constituir un vehículo eficaz para la expansión y difusión además de los principios del método».

Durante el siglo XVI se publicaron varios libros asociados a este tema, no sólo por autores italianos, sino también de otras nacionalidades, esencialmente alemanes, holandeses e ingleses. Todas estas obras, a entendimiento de HENDRIKSEN (1970) presentaban una descripción de la escrituración comercial por partidas dobles semejante a la presentada por el fraile, y que durante los siglos XVI y XVII llevaron a la diseminación del método italiano por toda Europa.

Como concluye SÁ (1998: 53), «la época era de euforia, de ediciones de todos los géneros y centenas de ciudades de Europa poseían prensas y las ediciones ya se contaban a miles en el siglo XVI».

3.3. El *Tractatus de Computis et Scripturis*.

El *Tractatus* está compuesto por treinta y seis capítulos, a lo largo de los cuales son presentadas las principales reglas del método de la partida doble y los libros contabilísticos fundamentales. Podemos referir, por ejemplo, que la primacía de los libros era atribuida al libro *Razón*, el libro principal, siendo el *Memorial* y el *Diario* considerados, en la ortodoxia paciolina, libros auxiliares. Este último tenía como objetivo el de permitir la transición entre el *Memorial* y la *Razón*, como si de una fase intermedia se tratase, entre la del hecho relatado en el *Memorial* y su expresión contabilística en la *Razón*.

Sin embargo, algunos autores, seguidores de Luca PACIOLI, comenzaron a dedicar una mayor importancia al *Diario*.

A continuación presentamos algunos de los treinta y seis capítulos que componen el *De Computis et Scripturis*. En estos términos ¹³:

- Capítulo 1. El autor enumera las tres cosas necesarias del verdadero comerciante: 1) dinero; 2) ser un buen contable y saber hacer las cuentas con rapidez y 3) registrar y anotar todos los negocios de forma ordenada. Éste era el requisito, para Luca PACIOLI, más útil, sin el cual la mente de los comerciantes no tenía reposo.
- Capítulo 2. Trata del inventario. PACIOLO refiere que se debe comenzar por las cosas de mayor valor.
- Capítulo 3. PACIOLO ejemplifica la construcción de un inventario.
- Capítulo 5. Escribe lo que entiende por administración y cuáles son los tres principales libros de los comerciantes: el *Memorial*, el *Diario* y el *Razón*.
- Capítulo 6. Trata del 1.º libro, el *Memorial*. Cómo se debe escriturar y por quién. Todos los negocios que el comerciante realice, grandes o pequeños, deben minuciosa y detalladamente ser anotados con todos sus pormenores: quién, cómo, qué, cuándo, dónde, por cuánto...
- Capítulo 7. Sobre la manera en que se autentican los libros comerciales en las diferentes ciudades. Por qué y por quién.
- Capítulo 8. Cómo las contabilizaciones deben ser hechos en el *Memorial*, con ejemplos.
- Capítulo 9. Describe nueve maneras habituales en que un comerciante efectúa sus compras.
- Capítulo 10. Se ocupa del segundo libro principal: el *Diario*. Este libro recoge cronológicamente las anotaciones del *Memorial*, siendo el contable el que de un modo más filtrado y sin grandes adornos, pero también sin excesivas simplificaciones de contenido, transcribe las operaciones en doble entrada.
- Capítulo 11. Se ocupa de dos términos usados en el *Diario* y usados por los comerciantes en Venecia: «Por» y «A».
- Capítulo 12. Se ocupa de la manera en que se debe escribir en el *Diario* y disponer las contabilizaciones por Débito (que significa «debido a mí», el propietario) y por Crédito (que significa «confianza», o «creer en el propietario»). PACIOLO ejemplifica en este capítulo. Por ejemplo, la manera de pasar del inventario (más concretamente el dinero inicial) al libro del Diario: **POR Caja // A Capital**.

¹³ Confróntese AMORIM (1968: 73-76), para una sistematización de los treinta y seis capítulos sobre los cuales se ocupa el *Tractatus*.

- Capítulo 13. Se ocupa del tercer libro; el libro principal, la *Razón*. Versa también sobre la manera en la que las contabilizaciones son transportadas del *Diario* a la *Razón*. Ejemplifica recurriendo a contabilizaciones simples. La *Summa* no tiene contabilizaciones complejas o compuestas (las mismas sólo aparecerían más tarde, en una obra de 1550, en los Países Bajos, de la autoría de MENNHER).
- Capítulo 26. De otra cuenta bien conocida, llamada «Lucros y Pérdidas» o «Ventajas y Desventajas». Cómo ésta se debe escriturar en la *Razón* y por qué motivo no figura en el *Diario* como las otras.
- Capítulo 30. Trata de la manera de difundir una contabilización.
- Capítulo 36 ¹⁴. Resumen de las reglas y de las maneras de escriturar los libros y sobre las cosas (como dinero, edificios, tiendas, compras de mercancías, etc.) que conviene escriturar en los libros de los comerciantes ¹⁵.

3.4. Repercusión de la obra de Paciolo y de las partidas dobles en Europa occidental.

Ya aquí mencionamos que fueron numerosos los tratadistas que sucedieron a PACIOLO, los cuales, en gran parte, se basaron en su obra y también en manuscritos italianos idénticos al que ciertamente le sirvió de inspiración. A tal efecto se señalan los siguientes:

1. Inglaterra.

- Hugh OLDCASTLE (1543).
- James PEELE (1553).
- John WEDDINGTON (1567). Propuso la introducción de varios libros auxiliares, por tipo de operación, innovación embrionario de un sistema centralizador. Este sistema consiste en la existencia de varios diarios independientes para familias de operaciones –de caja, de compras, de ventas...– y después centralizarlos en un diario central, lo que permite que cada libro pueda ser rellenado por un técnico diferente, sin que el registro de una operación tenga que esperar al registro de otra.
- John MELLIS (1588).

¹⁴ En una especie de apéndice de este capítulo, se incluye un caso adicional relativo a las situaciones que conviene anotar en el libro *Memorandum* de un comerciante, o sea, en su agenda. En este capítulo existe aún una referencia al «*Bilancio*», pero no con el significado de Balance, sino de Balancete de Verificación, pues se destinaba a averiguar, o a comprobar, los saldos de la *Razón* y no a representar la situación patrimonial de la firma del comerciante.

¹⁵ Un resumen de algunas: 1) todos los créditos deben inscribirse en la razón en el lado derecho y todos los débitos en el lado izquierdo de la razón; 2) todas las contabilizaciones en la razón deben ser dobles, esto es, si se hiciere una contabilización en el crédito de la razón, debe hacerse una contabilización en el débito; 3) cada contabilización a débito o a crédito en la razón, debe comprender el día de la operación, el monto y la causa; 4) la cuenta «caja» debe ser deudora o estar saldada.

2. Países Bajos.

- Jan YMPYN (1543). Primer autor que publicó una obra en flamenco. MONTEIRO (1979: 71) asume que se trata de una obra de «gran claridad didáctica, con conceptos originales, que contiene una verdadera monografía contabilística». Refiere incluso que se trata de una de las obras más conocidas de la literatura contabilística del siglo XVI, hasta porque fue traducida al francés, siendo además la primera obra contabilística escrita en ese idioma.
- Valentín MENNHER (1550). Primer autor que escribió sobre contabilizaciones complejas y compuestas. Recordemos que el *De Computis et Scripturis* de PACIOLO sólo hacía referencia a contabilizaciones simples. Obra publicada en Antuérpia.
- Martin VAN DEN DYKE (1598). En una obra publicada en Antuérpia presenta por primera vez la cuenta colectiva de «Mercancías Generales», *i.e.*, trata por primera vez el concepto de la cuenta sintética de mercancías.
- Simon STEVIN (1608). Matemático. Primer autor en estudiar la Contabilidad pública, bajo el nombre de «Contabilidad del Príncipe», que sostiene le debe ser aplicada a la partida doble.

3. Alemania.

- Wolfgang SCHWEICKER (1549). Su principal contribución fue la cuenta colectiva de Deudores y Acreedores.
- Sebastian GAMERSFELDER (1570). Es el primer tratadista que presentó reglas para el movimiento de las cuentas a deber y a abonar, siendo, por lo tanto, el precursor, de forma muy empírica y errónea –regístrese–, de las leyes del débito y del crédito.

4. Francia.

- Pierre de SAVONNE (1567).
- Jacques SAVARY (1675). Autor que colaboró en la redacción de la *Ordenanza de Colbert* de 1673. Su obra fue patrocinada por este ministro de Luis XIV.
- Claude IRSON (1678). En su tratado, por primera vez, la determinación de los lucros y pérdidas origina contabilizaciones en el diario al final de ejercicio. El autor es también conocido por efectuar una primera tentativa de establecer la Historia de la Contabilidad, de acuerdo con CRAVO (2000).
- Matthieu DE LA PORTE (1673). El más importante autor francés de esta época. Es considerado como el precursor del sistema centralizador, con los diversos libros auxiliares.

5. España.

- Antich ROCHA (1565). Profesor en la Universidad de Barcelona.
- Bartolomé SALVADOR DE SOLÓRZANMO (1590). Comerciante de profesión, publicó, en Madrid, la primera obra genuinamente española con aplicación de la partida doble, ya que el tratado de Antich ROCHA no pasó de ser una traducción al castellano del manual de MENNHER ¹⁶.

6. Portugal.

- João Baptista BONAVIE (1758). La obra presentaba el pomposo título: «Mercader exacto en sus libros de cuentas, el método fácil para que cualquier mercader y otros arreglen sus cuentas con la claridad necesaria, en su Diario, con los principios de las partidas dobles, según la determinación de Su Majestad».
- Anónimo (1764). Título: «Tratado sobre las partidas dobles». Primera edición en Dublín y segunda en Lisboa, en 1792. VLAEMMINCK (1961) se dice que era un religioso con el apellido CARVALHO.
- João Henrique DE SOUSA (1765): Lente (Profesor) en la Clase de Comercio que impartió parte del primer curso trienal de la existencia de esta Escuela, de 1759 al 1762.

A pesar de eméritos profesores y operosos publicistas de la historia de la Contabilidad, como MARTINS (1944), SILVA (1948, 1970 y 1984), AMORIM (1968), CAIADO (2000) y CARQUEJA (2002b), calificaron la obra de BONAVIE como pionera en lengua portuguesa, VLAEMMINCK (1961), MONTEIRO (1979) y RODRIGUES (2000) refieren la existencia de un libro publicado en Ámsterdam de autoría de Gabriel de Souza BRITO, posiblemente un judío portugués de ascendencia española, titulado «Norte mercantil y crisol de cuentas dividido en tres libros, en los cuales se tratan por modos muy fáciles... y la declaración del libro de caja y su manual de cuentas de mercaderes». Indicaban que era éste, por lo tanto, el primer libro portugués de Contabilidad. Aún muy recientemente, GUIMARÃES (2005) colocaba la hipótesis de que había una edición portuguesa, pero hoy la duda está resuelta, porque el tratado está escrito en castellano y se denomina:

«Norte mercantil y crisol de cuentas dividido en tres livros, en los cuales se tratan por modos muy faciles, y breves de la arithmética y especulativa com todas las reglas, y secretos de essa arte, y de os giros de cambios de una plaça a outra, y las monedas corrientes, que ay en Europa, y fuera della, y la declaracion del livro de caixa y su manual de cuentas de mercaderes».

Vale la pena decir, para concluir, que se trata de un plagio de obras españolas anteriores, como afirma HERNÁNDEZ ESTEVE (1985).

¹⁶ Sobre este asunto, cf. SILVA (1948) y HERNÁNDEZ ESTEVE (1981).

7. Italia

- Giovanni Antonio TAGLIENTE (1525). Matemático. Según CRAVO (2000), se limita a acrecentar unos cuantos ejemplos a la obra de PACIOLO.
- Domenico MANZONI (1534). Su manual acrecienta cerca de trescientos ejemplos de registros en el diario y su correspondiente pasaje en la razón, aún en la estela de CRAVO (2000).
- Girolamo CARDANO (1539). Matemático y Doctor en medicina, escribe sus libros en latín –lengua científica de la época.
- Alvise CASANOVA (1558).
- Benedetto COTRUGLI (1573).
- Angelo PIETRA (1586). Monje benedictino, adoptó la Contabilidad comercial a la de los monasterios y en general a la de todos los organismos no lucrativos. Fue el primer autor en ocuparse de las cuentas de previsión, *i.e.*, del presupuesto. Por la lucidez de su obra, es considerado por muchos como uno de los primeros grandes autores de obras de Contabilidad.
- Giovanni Antonio MOSCHETTI (1601). Autor de obras más especializadas, debe destacarse la primera sobre Contabilidad industrial, en opinión de SÁ (1998).
- Simoni GRISOGONO (1609). Abandonando la partícula «por» de Luca PACIOLI, establece el formato actual de redacción de las contabilizaciones en el Diario: Caja a Capital, por ejemplo.
- Ludovico FLORI (1636). Clérigo. Introdujo en Italia las contabilizaciones complejas y compuestas. SÁ (1998) opina que FLORI es el precursor de las bases del principio contabilístico de la prudencia. En 1677 FLORI es el primero en introducir la noción de Balance de ejercicio, con averiguaciones de resultado anual, y en el mero cotejo de saldos. El Balance deja de ser un apartado de saldos de las cuentas, para pasar a ser un espejo del patrimonio.

4. CONCLUSIÓN

La evolución de la partida simple a la partida doble se tradujo en un desarrollo gradual, sin ser el corolario de los esfuerzos de un solo autor o persona a quien puedan imputarse los elogios del descubrimiento.

La vulgarización de este método en el continente europeo ocurrió en periodos de tiempo diferentes, sucediendo a las pioneras repúblicas italianas, los Países Bajos, el Reino Unido, Alemania, Francia, España y Portugal.

De entre los autores que se inclinaron por el método de las partidas dobles existe uno que, obviamente, destaca: Luca PACIOLI. Mucha de su importancia en la Contabilidad proviene de la publicación, en 1494, de la *Summa de Arithmetica, Geometria Proportioni et Proportionalita*, que contenía el altamente célebre *De Computis et Scripturis*. En este último, el autor escribe sobre cómo se debe escriturar, qué cuidados son necesarios, cuáles son los principales registros, cómo saldar cuentas, cuáles son los principales libros que deberían ser usados, entre otros temas.

A pesar de eso, tras la publicación impulsora de PACIOLO, el método unigráfico continuó teniendo adeptos, aún tres o cuatro siglos después. Como ejemplos, podemos presentar a JONES (siglo XVIII), tratadista inglés, y BARRÉ, autor francés, también del mismo periodo. En Gran Bretaña, el método era hasta bastante popular, ya que era el utilizado por el Banco de Inglaterra.

Vale la pena también concluir que el aparecimiento del método digráfico en la Baja Edad Media resultó de un conjunto de vectores, los cuales, conforme el abordaje vertiente, se tradujeron en factores de los cuales se destacan el advenimiento del capitalismo, el aumento del número de operaciones a crédito, el resurgimiento de la actividad comercial y bancaria, la aplicación de la numeración árabe a la escrituración y, por último, la invención de la imprenta.

Bibliografía

- AMORIM, Jaime Lopes [1968]: *Digressão Através do Vetusto Mundo da Contabilidade*. Porto: Livraria Avis.
- CAIADO, António Pires [2000]: «The Teaching of Accounting in Aula do Comércio (1759-1844)». Comunicação no 8.º Congresso Mundial de Historiadores de Contabilidade, *Academy of Accounting Historians*, págs. 1-9.
- CAÑIZARES ZURDO, José María [1933]: *Ensayo Histórico sobre Contabilidad*. Madrid: Ed. Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA).
- CARQUEJA, HERNÂNI O. [2002]: «Do Saber da Profissão às Doutrinas da Academia». Separata anexa à *Revista de Contabilidade e Comércio*, n.º 234/235, vol. LIX.
- COSENZA, José Paulo [1999]: *A Evolução da Escrituração Contábil Através dos Tempos: uma Revisão Histórica da Contabilidade Contemporânea com base na Literatura Contábil*. Dissertação de Doutorado. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
- CRAVO, Domingos José da SILVA [2000]: *Da Teoria da Contabilidade às Estruturas Conceptuais*. Aveiro: Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Aveiro.
- GARCIA GARCIA, Moisés [1996]: «La teoría de la Contabilidad a debate (Crítica de la Partida Doble)». *Partida Doble*, n.º 64. Fevereiro, págs. 36-42.
- GOMES, Delfina Rocha [2000]: *A Evolução dos Registos Contabilísticos e a Aplicação da Partida Dobrada em Portugal*. Braga: Dissertação de Mestrado em Contabilidade e Auditoria. Braga: Universidade do Minho.

- GONÇALVES, Miguel [2007]: *História do Pensamento Contabilístico: Preleccções feitas ao Curso de Contabilidade e Auditoria - Lições da Parte Descritiva da Disciplina*. 58 p. Monografia efectuada no âmbito da disciplina de História do Pensamento Contabilístico, ano lectivo 2006/2007, 2.º semestre. Acessível no Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra - ISCAC. Coimbra. Portugal.
- GUIMARÃES, Joaquim Cunha [2005]: *História da Contabilidade em Portugal: Reflexões e Homenagens*. Lisboa: Áreas Editora.
- HENDRIKSEN, Eldon [1970]: *Teoría de la Contabilidad*. Barcelona: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana.
- HERNÁNDEZ ESTEVE, Esteban [1981]: «Contribución al estudio de la historiografía contable en España». *Revista Espanola de Financiación y Contabilidad*, vol. X, n.º 34, Enero-Abril, págs. 11-30.
- [1985]: «A Spanish Treatise of 1706 on Double-Entry Bookkeeping: "Norte Mercantil y Crisol de Cuentas", by Gabriel de Souza Brito». *Accounting & Business Research*, vol. 15, issue 60, Autumn, págs. 291-296.
 - [1994]: Luca PACIOLI: *de las Cuentas y las Escrituras*. Madrid: Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA). ISBN 84-86414-54-7. Depósito Legal n.º: M. 6587-1994.
- KAM, Vernon [1989]: *Accounting Theory*. ISBN: 0-471-50704-0.
- MARQUES, Maria da Conceição DA COSTA [2000]: «A Evolução do Pensamento Contabilístico nos Séculos XV a XIX». *Jornal do Técnico de Contas e da Empresa*, n.º 414, Março e n.º 415, Abril, págs. 69- 72; págs. 107-111.
- MARTINS, Everard [1944]: «Ensaio de Bibliografia Portuguesa de Contabilidade». *Revista de Contabilidade e Comércio*, n.ºs 47 e 48, págs. 260-278.
- MELIS, Federigo [1950]: *Storia de la Ragioneria: contributo alla conoscenza e interpretazione delle fonti più significativa della storia economica*. Boloña: Cesare Zuffi Editore.
- MEUNIER, Achille Dauphin [1975]: *Histoire de la Banque*. 5.ª ed. París: Press Universitaires de France.
- MONTEIRO, Martim Noel [1973]: *Contabilidade & Gestão: Ideias, Técnicas, Doutrinas, Comentários*, Vol. I. [s.l.]: Atlântida Editora.
- [1979]: *Pequena História da Contabilidade*. 2.ª edição. Lisboa: Europress.
- MONTESINOS JULVE, Vicente [2003]: «Formação Histórica, Correntes Doutrinárias e Planos de Investigação da Contabilidade». *Boletim do Centro de Estudos de História da Contabilidade* n.º 20, Abril.
- OLDROYD, D. y DOBIE, A. J. [2009]: «Bookkeeping». In EDWARDS, J.R. y WALKER, S. (2009) (eds.). *Routledge Companion to Accounting History*, págs. 95-119.
- RODRIGUES, Manuel Benavente [2000]: «Carta de Lei de 22 de Dezembro de 1761 sobre a Extinção dos Contos e a Criação do Real Erário». *Revista de Contabilidade e Comércio*, n.º 226, vol. LVII, Janeiro-Março, págs. 361-414.
- SÁ, António LOPES DE; SÁ, Ana Maria LOPES DE [1995]: *Dicionário de Contabilidade*. 9.ª ed. São Paulo: Editora Atlas.
- [1998]: *História Geral e das Doutrinas da Contabilidade*. 2.ª ed. Lisboa: Vislis Editores.
- SILVA, Fernando V. GONÇALVES DA [1948]: «Luca PACIOLI: o Homem e a Obra». *Revista de Contabilidade e Comércio*, n.º 61/62, ano XVI, págs. 5-27.
- [1970]: *Curiosidades, Velharias e Miudezas Contabilísticas*. Lisboa: [s.n.].

- [1984]: «Bosquejo duma Sucinta História da Contabilidade em Portugal». *Revista de Contabilidade e Comércio*, n.º 187/192, vol. XLVII/XLVIII, 1983-84, págs. 503-514.

SOUSA, José FERNANDES DE [1994]: «Luca PACIOLI (1447-1517): «Alguns Aspectos da Vida e da Obra no Quinto Centenário da Publicação do 1.º Tratado Impresso de Contabilidade». *Comunicação às V Jornadas de Contabilidade*. Porto: Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto (ISCAP).

VLAEMMINCK, Joseph-H. [1956]: *Histoire et Doctrines de la Comptabilité*. Bruxelles: Éditions du Treurenberg.

NOTA: Este artículo también ha sido publicado en la *Revista Cefgestión*. CEF. Núm. 139, marzo 2010.

CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC

QUESTIONS FORMULATED TO ICAC

ÁNGEL MONTES CARRILLO

Profesor del CEF

BOICAC núm. 77, marzo 2009. Consulta 1. Operaciones entre empresas del grupo. NRV 21.^a. Instrumentos financieros NRV 9.^a.

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable, por parte de la sociedad aportante, de una aportación no dineraria consistente en una cartera de valores entregada al suscribir íntegramente la ampliación de capital efectuada por una filial, cuando los valores aportados estaban clasificados en la cartera de activos financieros disponibles para la venta.

Respuesta:

Según parece desprenderse de la consulta, una sociedad dedicada a la compraventa de instrumentos financieros con forma de sociedad limitada y participada al 100% por la dominante de un grupo, va a realizar una ampliación de capital que será suscrita en su totalidad por la empresa matriz mediante la aportación no dineraria de una cartera de instrumentos financieros clasificados en la categoría de activos financieros disponibles para la venta. En el momento de realizarse la aportación, estos activos se encuentran valorados por su valor razonable.

La consultante plantea dos cuestiones: el registro en las cuentas anuales de la matriz de las participaciones correspondientes a la ampliación de su filial, y una segunda cuestión sobre en qué momento debe imputarse a la cuenta de pérdidas y ganancias los cambios positivos y negativos en el valor razonable de los instrumentos aportados que figuran en el patrimonio neto de la matriz formando parte de la subagrupación A-2) «Ajustes por cambios de valor» del patrimonio neto.

El Plan General de Contabilidad (PGC) aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, regula en la norma de registro y valoración 21.^a las operaciones entre empresas del grupo.

Dicha norma recoge una regla general y unas normas específicas para las operaciones de fusión, escisión y aportación no dineraria de un negocio. El caso planteado por el consultante no se corresponde con ninguno de los supuestos contemplados en las reglas especiales del apartado 2, por tanto, deberá aplicarse la regla general.

A su vez, la regla general del apartado 1 dispone que las operaciones entre empresas del grupo se contabilizarán de acuerdo con las normas generales. Y conforme a los criterios que con carácter general se aplican a una adquisición de participaciones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas, definidos en la Norma de Registro y Valoración (NRV) 9.^a Instrumentos financieros, apartado 2.5, éstas se valoran al coste, que equivaldrá al valor razonable de la contraprestación entregada más los costes de la transacción.

En el presente caso, considerando que los activos aportados se encuentran valorados a valor razonable, con carácter general, debe concluirse que el coste de las participaciones recibidas será el valor en libros de los instrumentos aportados. En caso contrario, esto es, en el supuesto de que de conformidad con el PGC estuvieran valorados al coste, debería traerse a colación la doctrina de este Instituto incluida en la consulta número 6 del BOICAC n.º 74.

Respecto a la segunda pregunta, cabe indicar que la NRV 9.^a 2.6.2 dispone que los cambios en el valor razonable registrados directamente en el patrimonio neto se imputarán a la cuenta de pérdidas y ganancias cuando el activo financiero disponible para la venta cause baja en el balance o se deteriore. Por tanto, en principio, la empresa matriz debería contabilizar en la cuenta de pérdidas y ganancias los cambios en el valor razonable reconocidos en el patrimonio neto en el momento de dar de baja los instrumentos financieros aportados a la filial.

No obstante, dado que las participaciones en el patrimonio se adquieren a cambio de la entrega de activos no monetarios, aplicando por analogía el criterio recogido en la citada consulta del BOICAC 74 a la transferencia del resultado acumulado en el patrimonio neto, debe concluirse que si la operación tiene el carácter de permuta no comercial no procedería la imputación a la cuenta de pérdidas y ganancias de los citados ajustes y deberán seguir luciendo en la subagrupación A-2) del patrimonio neto. El tratamiento contable posterior de esta partida será el previsto en la NRV 9.^a 2.5.1 para las inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, cuando previamente a esta calificación existiese una inversión anterior incluida en la cartera de activos financieros disponibles para la venta.

EJEMPLO:

En el patrimonio de la entidad «AMC» figuran:

- a) 10.000 acciones de la entidad «ALBALAT, SA» de un valor nominal de 10 euros/acción que fueron adquiridas el 01-04-20X7 al 150% y que fueron clasificadas en la categoría de disponibles para la venta. El 31-12-20X8 las acciones de la entidad «ALBALAT, SA» cotizaban al 170%.
- b) 60.000 acciones de la entidad «IMB, SA» de un valor nominal de 10 euros/acción. La citada participación, que representa un 100% del capital de «IMB, SA», fue adquirida en el momento de la constitución de la sociedad participada a su valor nominal. El 31-12-20X8 el valor teórico de las acciones de «IMB» era del 200% de su valor nominal.

.../...

.../...

El 01-07-20X9 la entidad «IMB, SA» acuerda ampliar capital, emitiéndose 1 acción nueva del mismo valor nominal emitida al 120% por cada 6 acciones antiguas. La sociedad «AMC» acude a la ampliación de capital suscribiendo la totalidad de las acciones que le corresponden entregando a cambio la totalidad de su participación en «ALBALAT, SA». En dicha fecha las acciones de la entidad «ALBALAT» cotizan al 120%.

A 31-12-20X9 el valor teórico de las acciones de «IMB» sigue siendo del 200% de su valor nominal, considerándose dicho valor teórico como el más representativo de su importe recuperable.

Se pide:

- a) Contabilizar lo que proceda en el año 20X9.
- b) Contabilizar lo que procedería si:
 - La ampliación se realiza en la proporción de 1 acción nueva por cada 3 antiguas, cotizando en dicho momento las acciones de «ALBALAT» al 240%.
 - El valor teórico de las acciones de «IMB» es del 100%.
 - A 31-12-20X9 el valor teórico de las acciones de «IMB» continúa siendo del 100% considerándose dicho valor teórico como el más representativo de su importe recuperable.

Solución:

Opción a)

En el patrimonio de la entidad «AMC» figuran las siguientes cuentas en relación con las anteriores inversiones en el balance de situación de 01-01-20X9:

Acciones de «ALBALAT» (250).....	170.000
Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta (133)....	14.000
[saldo acreedor: $(170.000 - 150.000) \times 70\%$]	
Pasivos por diferencias temporarias imponibles (479).....	6.000
[saldo acreedor: $(170.000 - 150.000) \times 30\%$]	
Acciones «IMB» (240).....	600.000

Por la ampliación de capital de «IMB», la sociedad aporta en contraprestación de las acciones que le corresponden su participación en la entidad «ALBALAT».

De acuerdo con lo dispuesto en la consulta 1 del BOICAC 77 realizaremos lo siguiente:

1.º Ajustar a su valor razonable las participaciones aportadas que se clasifican en la cartera de disponibles para la venta, a este respecto hay que tener en cuenta que la NRV 9.^a

.../...

.../...

del PGC dispone que los activos financieros clasificados en la cartera de disponibles para la venta se valorarán a valor razonable:

Valor razonable a 01-07-20X9.....	120.000
Valor contable	170.000
Ajuste	-50.000

Por el ajuste a valor razonable:

Código	Cuenta	Debe	Haber
800	Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta	50.000	
250	Acciones «ALBALAT»		50.000

Por la regularización de la cuenta del grupo 8:

Código	Cuenta	Debe	Haber
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	50.000	
800	Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta		50.000

Por el efecto impositivo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles	6.000	
4740	Activos por diferencias temporarias deducibles	9.000	
8301	Impuesto diferido (50.000 × 30%)		15.000

Por la regularización de la cuenta del grupo 8:

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	15.000	
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		15.000

Después de estas anotaciones, los saldos que figuran en contabilidad en relación con las acciones de «ALBALAT» son los siguientes:

Acciones de «ALBALAT» (250)	120.000
Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta (133)....	21.000
[saldo deudor: (120.000 – 150.000) × 70%]	
Activos por diferencias temporarias deducibles (4740)	9.000
[saldo deudor: (120.000 – 150.000) × 30%]	

.../...

.../...

2.º Registrar la aportación no dineraria a la entidad del grupo. En este punto, hay que considerar que en este caso se está produciendo una permuta de bienes y considerando que los activos aportados se encuentran valorados a valor razonable, con carácter general, debe concluirse que el coste de las participaciones recibidas será el valor en libros de los instrumentos aportados.

Es decir, por la permuta se realizará la siguiente anotación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
240	Acciones «IMB»	120.000	
250	Acciones «ALBALAT»		120.000

El otro problema que se plantea es la imputación a resultados de los ingresos y gastos imputados a patrimonio neto, es decir, la imputación a resultados de la cuenta 133 y la desaparición del efecto impositivo. A este respecto, la consulta plantea dos opciones en función de la calificación de la permuta:

- a) Si la permuta se califica como comercial, procedería imputar a resultados en ese momento los ingresos y gastos imputados a patrimonio neto.
- b) Si la permuta se califica como no comercial, no procedería imputar a resultado en ese momento los ingresos y gastos imputados a patrimonio neto, aplicándose a este respecto lo dispuesto en la NRV 9.ª 2.5.1 para las inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, cuando previo a esta calificación existiese una inversión anterior incluida en la cartera de activos financieros disponibles para la venta.

En este punto, la consulta del ICAC parece decantarse por el hecho de calificar la citada permuta como no comercial, cuando la aportación supone obtener la práctica totalidad del capital de la sociedad, dado que la entidad aportante sigue teniendo el control de las acciones aportadas, con lo cual entendemos que en el caso propuesto aplicaremos lo dispuesto en el anterior apartado b).

Por último a 31-12-20X9 se indica que el valor teórico de las participaciones es del 200%. Con este dato nos encontramos con lo siguiente:

Valor teórico de la participación.....	1.400.000
(70.000 acciones × 10 € × 200%)	
Valor contable	720.000
Pérdida imputada a patrimonio neto	30.000
(21.000 en la 133, 9.000 en la 4740).	

Por aplicación de lo dispuesto en la NRV 9.ª 2.5.3 b) se realizarán las siguientes anotaciones:

.../...

.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
240	Acciones «IMB»	30.000	
991	Recuperación de ajustes valorativos negativos previos, empresas del grupo		30.000

Por la eliminación del efecto impositivo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	9.000	
4740	Activos por diferencias temporarias deducibles		9.000

Por la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9:

Código	Cuenta	Debe	Haber
991	Recuperación de ajustes valorativos negativos previos, empresas del grupo	30.000	
8301	Impuesto diferido		9.000
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		21.000

Opción b)

En el patrimonio de la entidad «AMC» figuran en el balance de situación de 1 de enero de 20X9 las mismas cuentas y por los mismos importes que se han indicado anteriormente.

Por la ampliación de capital, y de acuerdo con lo dispuesto en la consulta 1 del BOICAC 77 realizaremos lo siguiente:

1.º Ajustar a su valor razonable las participaciones aportadas clasificadas en la cartera de disponibles para la venta:

Valor razonable a 01-07-20X9.....	240.000
Valor contable	170.000
Ajuste	70.000

Por el ajuste a valor razonable:

Código	Cuenta	Debe	Haber
250	Acciones «ALBALAT»	70.000	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		70.000

Por la regularización de la cuenta del grupo 9:

.../...

.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	70.000	
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		70.000

Por el efecto impositivo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido (70.000 × 30%)	21.000	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles		21.000

Por la regularización de la cuenta del grupo 8:

Código	Cuenta	Debe	Haber
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	21.000	
8301	Impuesto diferido		21.000

Después de estas anotaciones, los saldos que figuran en contabilidad en relación con las acciones «ALBALAT» son los siguientes:

Acciones de «ALBALAT» (250) 240.000

Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta (133)..... 63.000
[saldo acreedor: (240.000 – 150.000) × 70%]

Pasivos por diferencias temporarias imponibles (479) 27.000
[saldo deudor: (240.000 – 150.000) × 30%]

2.º Registrar la aportación no dineraria a la entidad del grupo.

Código	Cuenta	Debe	Haber
240	Participaciones a largo plazo en partes vinculadas, acciones «IMB»	240.000	
250	Acciones «ALBALAT»		240.000

Por lo que se refiere a la imputación a resultados de la cuenta 133 y la desaparición del efecto impositivo, consideraremos al igual que en la otra opción que se trata de una permuta no comercial, por lo que no procedería imputar a resultado en ese momento los ingresos y gastos imputados a patrimonio neto, aplicándose a este respecto lo dispuesto en la NRV 9.ª 2.5.1 para las inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, cuando previo a esta calificación existiese una inversión anterior incluida en la cartera de activos financieros disponibles para la venta.

.../...

.../...

Por último, a 31-12-20X9 se indica que el valor teórico de las participaciones es del 200%. Con este dato nos encontramos con lo siguiente:

Valor teórico de la participación.....	800.000
(80.000 acciones × 10 € × 100%)	
Valor contable	840.000
Beneficio imputado a patrimonio neto	90.000
(63.000 en la 133, 27.000 en la 479).	

Por aplicación de lo dispuesto en la NRV 9.^a 2.5.3 b), se realizarán las siguientes anotaciones:

Código	Cuenta	Debe	Haber
891	Deterioro de participaciones en el patrimonio, empresas del grupo	40.000	
240	Participaciones a largo plazo en partes vinculadas, acciones «IMB»		40.000

Por la eliminación del efecto impositivo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles	12.000	
8301	Impuesto diferido (40.000 × 30%)		12.000

Por la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9:

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	12.000	
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	28.000	
891	Deterioro de participaciones en el patrimonio, empresas del grupo		40.000

MIGUEL ÁNGEL GÁLVEZ LINARES

Profesor del CEF

BOICAC núm. 79, septiembre 2009. Consulta 3. Inmovilizado material NRV n.º 2. Capitalización de gastos financieros.

SUMARIO:

Sobre los criterios aplicables a la capitalización de gastos financieros, en el supuesto de que se generen ingresos financieros por invertir los fondos procedentes de la financiación ajena.

Respuesta:

Una sociedad concesionaria solicita un préstamo para financiar la edificación de un hospital. Durante la fase de construcción, entre la fecha de recepción de los fondos y el pago a los proveedores, la sociedad invierte el importe recibido y obtiene ingresos financieros. A la vista de esta circunstancia se pregunta si dichos ingresos deben minorar el importe de los gastos susceptibles de activación como mayor valor del hospital, o por el contrario deben lucir como un ingreso financiero en la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad.

En el marco del anterior Plan General de Contabilidad (PGC) de 1990 este Instituto se pronunció sobre esta cuestión en la consulta 4 publicada en el BOICAC n.º 36, de diciembre de 1998, concluyendo que los gastos financieros derivados de fuentes de financiación ajena que transitoriamente no se apliquen a la inversión del inmovilizado en curso para la que se obtuvieron, no pueden capitalizarse y deben considerarse un gasto financiero del ejercicio en que se produzcan. En relación con los ingresos financieros, en la respuesta se precisa que deben lucir en la cuenta de pérdidas y ganancias.

De los términos en que está redactada la consulta, parece desprenderse que el consultante pregunta sobre la vigencia del citado criterio tras la entrada en vigor del PGC 2007, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.

De acuerdo con el principio de devengo contenido en el «Marco Conceptual de la Contabilidad» del PGC 2007, los ingresos financieros producidos por la inversión de los fondos obtenidos por la financiación ajena se reflejarán contablemente en la cuenta de pérdidas y ganancias como un ingreso financiero en el ejercicio en que se producen.

Acerca de la activación de la carga financiera, la Norma de Registro y Valoración (NRV) 2.^a «Inmovilizado material» del PGC 2007 establece:

«En los inmovilizados que necesiten un periodo de tiempo superior a un año para estar en condiciones de uso, se incluirán en el precio de adquisición o coste de producción los gastos financieros que se hayan devengado antes de la puesta en condiciones de funcionamiento del inmovilizado material y que hayan sido girados por el proveedor o correspondan a préstamos u otro tipo de financiación ajena, específica o genérica, directamente atribuible a la adquisición, fabricación o construcción».

Adicionalmente, al amparo de la disposición transitoria quinta del Real Decreto 1514/2007, en el nuevo marco contable, la consulta 3 publicada en el BOICAC n.º 75, de octubre de 2008, ha declarado expresamente en vigor la metodología sobre activación de gastos financieros regulada, con un alcance general, en la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 9 de mayo de 2000, por la que se establecen criterios para la determinación del coste de producción.

Sobre la cuestión planteada por el consultante, respecto a si la activación de los gastos financieros se debe realizar por el total de los mismos, o por la diferencia de éstos y los ingresos obtenidos por la inversión de los fondos, el PGC 2007 no se pronuncia. Sin embargo, considerando que la NRV 2.^a sigue estableciendo como principio rector que lleva a la capitalización de la carga financiera el hecho de que la misma se haya atribuido a la adquisición, fabricación o construcción, no cabe duda de que si los fondos han generado ingresos, durante su periodo de generación no han sido aplicados a financiar la obra y, en consecuencia, dichos gastos no deberían ser objeto de capitalización en la parte proporcional asociada a la financiación que ha originado los citados ingresos.

En definitiva, este Instituto considera vigente el criterio incluido en la consulta 4, publicada en el BOICAC n.º 36, de diciembre de 1998, en cuya virtud los ingresos financieros en todo caso deben lucir en la cuenta de pérdidas y ganancias, y los gastos devengados durante el periodo transitorio en que se ha invertido la financiación ajena no deben activarse como mayor valor del inmovilizado en curso.

EJEMPLO:

La sociedad «DELIBES ENVOLTORIOS PLÁSTICOS (DEP)» va a iniciar la construcción de una nueva fábrica en un terreno de su propiedad que fue aportado por un socio en una reciente ampliación de capital.

La construcción se encarga a la empresa constructora «LAS RATAS» y se desarrollará durante un periodo de 24 meses con un presupuesto de 5.000.000 de euros. Las obras se inician a principios de noviembre de 2009 y «LAS RATAS» presentará certificaciones de obra al final de cada mes y se pagarán en los 5 días siguientes.

Después de analizar las distintas posibilidades de financiación de la fábrica se ha decidido a suscribir un préstamo con el banco «EL CAMINO». Las características de este préstamo son las siguientes:

Fecha de concesión: 1 de noviembre de 2009.

Nominal: 5.000.000 de euros.

Tipo de interés: 6% anual el primer año y euribor + 2% los siguientes, con liquidación anual de intereses.

Reembolso: 15 años, siendo los dos primeros de carencia de principal.

Dado que los fondos del préstamo no los necesitará hasta que la constructora vaya presentando las certificaciones de obra, contrata, el 2 de noviembre de 2009, con el banco «LA PRIMAVERA DE PRAGA», la constitución de una imposición a plazo de 24 meses al 3% anual con liquidación mensual de intereses. No obstante, por la parte que se retire mensualmente como consecuencia del pago a la constructora, el tipo de interés será del 1,80%.

La sociedad constructora ha presentado una certificación a finales de noviembre de 2009 por 250.000 euros que se han pagado el 4 de diciembre según lo convenido. En diciembre, «LAS RATAS» presenta una nueva certificación de 200.000 euros.

Se pide:

Contabilizar las operaciones anteriores durante el año 2009.

Solución:

1-11-2009. Concesión del préstamo.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	5.000.000	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		5.000.000

.../...

.../...

2-11-2009. Constitución del depósito.

Código	Cuenta	Debe	Haber
258	Imposiciones a largo plazo	5.000.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		5.000.000

30-11-2009. Certificación de obra.

Código	Cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso	250.000	
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		250.000

2-12-2009. Cobro de intereses y retirada de fondos.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	12.250	
762	Ingresos de créditos ($4.750.000 \times 3\% \times 1/12 + 250.000 \times 1,80\% \times 1/12$)		12.250

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	250.000	
258	Imposiciones a largo plazo		250.000

4-12-2009. Pago a la constructora.

Código	Cuenta	Debe	Haber
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo	250.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		250.000

31-12-2009. Certificación de obra.

Código	Cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso	200.000	
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		200.000

Devengo de intereses del depósito.

Código	Cuenta	Debe	Haber
547	Intereses a corto plazo de créditos	11.675	
762	Ingresos de créditos ($4.550.000 \times 3\% \times 1/12 + 200.000 \times 1,80\% \times 1/12$)		11.675

.../...

.../...

Devengo de intereses del préstamo.

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas (5.000.000 × 6% × 2/12)	50.000	
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito		50.000

Capitalización de los gastos financieros devengados.

De acuerdo con la NRV 2.º del PGC «En los inmovilizados que necesiten un periodo de tiempo superior a un año para estar en condiciones de uso, se incluirán en el precio de adquisición o coste de producción los gastos financieros que se hayan devengado antes de la puesta en condiciones de funcionamiento del inmovilizado material y que hayan sido girados por el proveedor o correspondan a préstamos u otro tipo de financiación ajena, específica o genérica, **directamente atribuible** a la adquisición, fabricación o construcción».

En este caso, el plazo para la puesta en condiciones de uso es de dos años, por lo que será obligatoria la capitalización de los gastos financieros devengados durante el ejercicio 2009.

La cuestión a determinar es el importe de los gastos financieros que deben activarse como mayor del inmovilizado. Este tema es abordado por la consulta 3 del BOICAC 79. Según el criterio expresado por el ICAC en la mencionada consulta, lo relevante no es que se haya solicitado una financiación específica, sino que los fondos hayan sido aplicados efectivamente a la financiación de la obra y, en consecuencia, si dichos fondos generan ingresos, los gastos financieros que se devenguen no deberán ser capitalizados en la parte proporcional asociada a la financiación que ha originado los citados ingresos, y deberán considerarse un gasto financiero del ejercicio en que se produzcan. Se mantiene, por tanto, vigente el criterio expresado por el propio Instituto en la consulta 4 del BOICAC 36 de diciembre de 1998.

Asimismo, debemos tener en cuenta la respuesta a la cuestión 3.ª planteada en la consulta 3 del BOICAC 75 de septiembre de 2008 sobre el reflejo contable en la cuenta de pérdidas y ganancias de la capitalización de gastos financieros. A este respecto señala el ICAC que, dado que en la definición de la cuenta (733), Trabajos realizados para el inmovilizado material, ya no figura la mención «También se incluirá en esta cuenta la contrapartida de los gastos financieros activados», mención que sí figuraba en el PGC de 1990, se creará una partida en el margen financiero, cuya denominación podría ser la de «Incorporación al activo de gastos financieros» para realizar dicha capitalización.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso planteado, el importe de los gastos financieros que se deberán activar será, únicamente, la parte de gastos devengados durante el mes de diciembre por los 250.000 euros de la certificación de obra presentada a finales del mes de noviembre.

.../...

.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso	1.250	
76	Incorporación al activo de gastos financieros (250.000 × 6% × 1/12)		1.250

**EJERCICIO PRÁCTICO PARA EL INGRESO EN EL GRUPO
DIRECTIVO INSPECTORES DE ENTIDADES DE CRÉDITO
(BANCO DE ESPAÑA)**

**A PRACTICAL CASE STUDY FOR ENTERING INTO THE BOARD OF
BANK EXAMINERS IN FINANCIAL INSTITUTIONS
(BANCO DE ESPAÑA)**

JAVIER DORADO GUERRERO

JUAN DEL BUSTO MÉNDEZ

Profesores del CEF

[Ejercicio práctico para el ingreso en el Grupo Directivo Inspectores de Entidades de Crédito (Banco de España), convocado por Acuerdo de 5 de diciembre de 2007 (Anuncio 41/2007, de 5 de diciembre)].

Sumario

- Caso 1. Contabilidad financiera.** Formulación de las cuentas anuales de un ejercicio conociendo la situación inicial, los movimientos de la tesorería y otros datos adicionales.
- Caso 2. Análisis de estados financieros.** Formulación e interpretación de un Estado de flujos de efectivo.
- Caso 3. Consolidación.** Balance consolidado de un grupo. Dominio indirecto e integración global.
- Caso 4. Análisis de estados financieros.** Análisis de la situación financiera y capacidad de endeudamiento.

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

FORMULACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES DE UN EJERCICIO CONOCIENDO LA SITUACIÓN INICIAL, LOS MOVIMIENTOS DE LA TESORERÍA Y OTROS DATOS ADICIONALES

ENUNCIADO

«ABACO, S.A.U.» es la entidad titular de una pequeña librería que cierra sus cuentas el día 31 de marzo de cada año. A lo largo del ejercicio, el propietario y único empleado del negocio no lleva contabilidad por partida doble limitándose a hacer el seguimiento de los extractos de la cuenta corriente bancaria y de las cuentas de clientes y proveedores.

Balance al 31 de marzo de 20X7 (cifras en euros):

Activo		Pasivo	
Activo fijo		Fondos propios	
Vehículos (neto)	50.000	Capital social	50.000
Equipos informáticos (neto)	25.000	Reservas	10.000
Activo circulante		Resultado del ejercicio	22.000
Mercaderías	12.000	Acreedores a largo plazo	
Clientes	19.000	Préstamo bancario 10%	10.000
Deterioro de créditos comerciales	(1.000)	Acreedores a corto plazo	
Publicidad pagada por anticipado	3.000	Proveedores	16.000
Bancos, c/c	1.000	Acreedores diversos (*)	1.000
Total activo	109.000	Total pasivo	109.000
(*) Deuda contraída por diversos conceptos que la sociedad registra como gastos generales.			

Movimientos de efectivo acaecidos durante el último año (todos los cobros y pagos se gestionan a través de la cuenta corriente bancaria) y otros datos relevantes:

- Resumen de los pagos reflejados en el extracto bancario del periodo comprendido entre el 1 de abril de 20X7 y el 31 de marzo de 20X8:

A los proveedores	135.000
Sueldos y salarios	15.000
Compra de un vehículo nuevo	12.000
Gastos generales (incluye deuda del año anterior)	17.000
Publicidad	3.000
Intereses del préstamo a largo plazo	1.000
Dividendos al propietario	20.000

2. Resumen de los cobros reflejados en el extracto bancario del periodo comprendido entre el 1 de abril de 20X7 y el 31 de marzo de 20X8:

De clientes	215.000
Por la venta de un vehículo viejo	2.000

3. El 29 de marzo de 20X8 se había entregado un cheque por 900 euros, en pago de facturas por gastos generales, que el día 31 de ese mismo mes todavía no se había presentado al cobro en la entidad bancaria.

4. Otros saldos al 31 de marzo de 20X8:

Crédito de clientes (después de deducir una factura emitida hace varios años, de 2.000 €, por incobrable)	21.000
Deuda contraída con proveedores	18.000
Inventario de mercaderías valorado a precio de venta (éste se fija incrementado el coste en un 22,50%)	12.250

5. El valor en libros del vehículo vendido, en el momento de la venta, ascendía a 3.000 euros.
6. Al final de cada año se dota la amortización aplicando al valor en libros de los elementos amortizables, en dicho momentos, estos porcentajes: vehículos, 25%; equipos informáticos, 20%.
7. Los créditos comerciales de dudoso cobro se estiman en un 5% del importe adeudado por los clientes en la fecha de cierre del ejercicio, sin considerar los saldos eliminados de los registros contables por considerarse incobrables.
8. Al 31 de marzo de 20X8 la agencia de publicidad con la que trabajaba la empresa no tenía servicios pendientes de prestar.

SE PIDEN:

- Asientos-resumen por las operaciones corrientes del ejercicio y ajustes necesarios para el cierre contable al 31 de marzo de 20X8. (Nota: No se piden los asientos de determinación del resultado ni el asiento de cierre de las cuentas de balance).
- Estado de resultados del ejercicio anual terminado el 31 de marzo de 20X8.
- Balance de situación al 31 de marzo de 20X8.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1

A) ASIENTOS-RESUMEN POR LAS OPERACIONES CORRIENTES DEL EJERCICIO Y AJUSTES NECESARIOS PARA EL CIERRE CONTABLE AL 31 DE MARZO DE 20X8. (NOTA: NO SE PIDEN LOS ASIENTOS DE DETERMINACIÓN DEL RESULTADO NI EL ASIENTO DE CIERRE DE LAS CUENTAS DE BALANCE)

El supuesto da información de los cobros y pagos realizados a lo largo del ejercicio, así como de la situación patrimonial al comienzo del mismo. Partiendo de esta información y con apoyo en la información adicional que se nos facilita debemos ser capaces de reconstruir el balance y la cuenta de resultados de esta sociedad.

El proceder a la hora de la resolución será similar a la elaboración del estado de flujos de efectivo, pero en este caso debemos hacer el proceso contrario. Podemos decir que en esta ocasión nuestro viaje no será del devengo a la caja, sino que, al contrario, debemos partir del criterio de caja para llegar a la información con criterio de devengo.

Para reconstruir la cifra contable de ventas observamos las variaciones del saldo de clientes. Nos informa el supuesto de que el saldo inicial era de 19.000 euros, mientras que el saldo final ascendía a 21.000 euros una vez deducida una factura de 2.000 euros que se consideró como incobrable. De la información del supuesto se desprende que a lo largo del ejercicio el saldo de clientes ha experimentado un incremento de 4.000 euros (por ventas) y una disminución de 2.000 euros (al dar de baja el cliente por estimarlo como incobrable).

Cuenta	Debe	Haber
Clientes	2.000	
Pérdidas por clientes incobrables	2.000	
Ventas		4.000

Además sabemos que a lo largo del ejercicio los cobros de clientes en la cuenta corriente han sido de 215.000, que debemos reconocer esa cifra como ventas del ejercicio (entendemos que todos los cobros de cliente se han realizado en concepto de ventas ya que el ejercicio no da información al contrario, si parte de ellos fuera como anticipo a cuenta de futuras ventas el tratamiento contable sería diferente, no procedería reconocer un ingreso por ventas, sino una deuda por anticipos a cuenta de clientes).

Cuenta	Debe	Haber
Bancos	215.000	
Ventas		215.000

Igualmente, se procederá a reconocer el deterioro de los clientes y a aplicar la reconocida inicialmente al comienzo del ejercicio. Según la información que nos facilitan debemos reconocer un deterioro por 1.050 euros ($5\% \times 21.000 \text{ €}$).

Cuenta	Debe	Haber
Deterioro de créditos comerciales	1.000	
Reversión de deterioro de créditos comerciales		1.000

Cuenta	Debe	Haber
Pérdidas por deterioro de clientes	1.050	
Deterioro de créditos comerciales		1.050

Con la misma metodología que en el punto anterior, reconstruiremos la cifra de compras del ejercicio. De la información facilitada en la situación inicial y final se desprende que la deuda contraída con proveedores se ha incrementado en 2.000 euros, si a eso le añadimos que a lo largo del ejercicio se han hecho pagos con la cuenta corriente por valor de 135.000 euros obtenemos que el saldo contable de compras del ejercicio asciende a 137.000 euros.

Cuenta	Debe	Haber
Compras del ejercicio	137.000	
Bancos		135.000
Proveedores		2.000

En el ejercicio se ha renovado uno de los vehículos de la empresa, así, vendió el antiguo por 2.000 euros, con un valor contable de 3.000 euros, y compró un vehículo nuevo por valor de 12.000 euros.

Cuenta	Debe	Haber
Bancos	2.000	
Pérdidas enajenación de inmovilizado material	1.000	
Elementos de transporte		3.000

Cuenta	Debe	Haber
Elementos de transporte	12.000	
Bancos		12.000

Debemos recoger contablemente la amortización del inmovilizado. Como la información contable se suministra con el saldo neto, reconocemos la amortización directamente contra la cuenta de inmovilizado.

Cuenta	Debe	Haber
Amortización del inmovilizado material	19.750	
Vehículos		14.750
Equipos informáticos		5.000

Pagos por cheque y gastos generales.

Cuenta	Debe	Haber
Gastos generales	16.000	
Acreedores diversos	1.000	
Bancos		17.000

Cuenta	Debe	Haber
Gastos generales	900	
Bancos		900

A lo largo del ejercicio se han pagado únicamente los intereses de la deuda contable. Analizando los movimientos de la cuenta corriente parece que no se ha amortizado ningún importe, en este caso coinciden devengo de intereses y pago.

Cuenta	Debe	Haber
Intereses de deudas	1.000	
Bancos		1.000

Según los movimientos de la cuenta corriente se ha repartido un dividendo de 20.000 euros por la aplicación del resultado del ejercicio anterior. La diferencia entre el saldo de resultado y el dividendo satisfecho habrá ido a incrementar el saldo contable de las reservas.

Cuenta	Debe	Haber
Resultado del ejercicio	22.000	
Dividendos a pagar		20.000
Reservas		2.000

Cuenta	Debe	Haber
Dividendos a pagar	20.000	
Bancos		20.000

O se puede fundir los dos asientos en uno solo:

Cuenta	Debe	Haber
Resultado del ejercicio	22.000	
Bancos		20.000
Reservas		2.000

Según la información al final del ejercicio no quedaban deudas pendientes con empleados, por lo que en este caso coincidirán los gastos contables por dicho concepto y los pagos realizados. No será necesario ningún ajuste para acomodar la caja al devengo.

Cuenta	Debe	Haber
Sueldos y salarios	15.000	
Bancos		15.000

En el caso de la publicidad figuraba al comienzo del ejercicio un activo por los anticipos de una campaña publicitaria. Para recoger el gasto contable se deberá tener en cuenta no sólo los pagos de publicidad realizados a través de la cuenta corriente sino también ese importe que corresponde devengar a este ejercicio.

Cuenta	Debe	Haber
Publicidad	6.000	
Publicidad pagada por anticipado		3.000
Bancos		3.000

El inventario arroja un importe de 12.250 euros, sin embargo, dicho inventario ha sido calculado al precio de venta de las existencias, no siendo válido este criterio a efectos de valoración de existencias (se debe valorar al coste). Debemos restarle el margen comercial que incluye esta cifra para obtener el coste de las existencias ($12.250/1.225 = 10.000$ €). Se procede a reconocer la variación de existencias, concretamente una disminución de 2.000 euros, contra la cuenta de variación de existencias.

Cuenta	Debe	Haber
Variación de existencias	2.000	
Existencias		2.000

B) ESTADO DE RESULTADOS DEL EJERCICIO ANUAL TERMINADO EL 31 DE MARZO DE 20X8

Cuenta de resultados	
Ventas de mercaderías	219.000
Compras de existencias	-137.000
Variación de existencias	-2.000
Margen bruto	80.000
Variación del deterioro de clientes	-50
Pérdidas por clientes incobrables	-2.000
Pérdidas enajenación inmovilizado material	-1.000
Amortización del inmovilizado material	-19.750
Gastos generales	-16.900
Publicidad	-6.000
Sueldos y salarios	-15.000
Beneficio neto de explotación	19.300
Intereses de deudas	-1.000
Beneficio antes de impuestos	18.300

C) BALANCE DE SITUACIÓN A 31 DE MARZO DE 20X8

	Activo fijo o no corriente	Patrimonio neto	
44.250	Vehículo (neto)	Capital social	50.000
20.000	Equipos informáticos	Reservas	12.000
	Activo corriente	Resultado del ejercicio	18.300
10.000	Mercaderías	Acreedores a largo plazo	
21.000	Clientes	Préstamo bancario	10.000
-1.050	Deterioro de créditos comerciales	Acreedores a corto plazo	
14.100	Bancos, c/c	Proveedores	18.000
108.300	Total	Total	108.300

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

FORMULACIÓN E INTERPRETACIÓN DE UN ESTADO DE FLUJOS DE EFECTIVO

ENUNCIADO

«JARSA» (Juguetes Artesanos, S.A.) formuló los siguientes estados financieros al término del último ejercicio cerrado (cifras en euros):

Balances de situación	31-12-20X7	31-12-20X6
Activo no corriente		
Maquinaria e instalaciones (neto)	980.000	700.000
Elementos de transporte	21.900	—
Activo corriente		
Existencias de mercaderías	70.000	65.000
Cuentas comerciales a cobrar	175.000	215.000
Intereses a cobrar	—	3.500
Cajas y bancos, c/c	47.700	76.700
Total activo	1.294.600	1.060.200
Patrimonio neto		
Capital social	700.000	600.000
Prima de emisión de acciones	100.000	—
Reservas	70.000	40.000
Pasivo no corriente		
Préstamo a largo plazo	200.000	250.000
		.../...

.../...		
Acreeedores por arrendamiento financiero a l/p	19.000	—
Pasivo corriente		
Acreeedores por arrendamiento financiero a c/p	2.900	—
Cuentas comerciales a pagar	100.000	85.000
Proveedores de inmovilizado	20.000	—
Intereses devengados a pagar	5.000	10.000
Impuesto sobre beneficios a pagar	12.700	15.200
Dividendos a pagar	65.000	60.000
Total patrimonio neto y pasivo	1.294.600	1.060.200

Cuenta de pérdidas y ganancias del año 20X7	
Ingresos por ventas	1.670.000
Consumo de mercaderías	<u>(870.000)</u>
Margen comercial	800.000
Gastos de explotación	(415.000)
Amortización del ejercicio	(250.000)
Ingresos financieros	3.700
Pérdida en venta de inmovilizado	<u>(5.000)</u>
Resultado antes de intereses e impuestos	133.700
Gastos financieros	(15.000)
Impuesto sobre beneficios	<u>(23.700)</u>
Resultado del ejercicio	<u>95.000</u>

Aplicación del resultado	
A dividendos	65.000
A reservas	30.000

Información adicional:

- La sociedad compró en 20X7 una máquina empaquetadora por un coste total de 550.000 euros.
- A finales de diciembre de 20X7 adquirió también, en régimen de arrendamiento financiero, un vehículo de reparto financiado íntegramente por la entidad con la que se concertó la operación de *leasing*.
- Los accionistas desembolsaron en efectivo la totalidad de las acciones emitidas en la ampliación de capital realizada en 2007.

SE PIDE:

- a) Prepare el estado de flujos de efectivo para el ejercicio anual terminado el 31 de diciembre de 20X7, indicando los cálculos efectuados. (Nota: Puede emplearse cualquiera de los métodos y formatos utilizados: directo, indirecto, el modelo del nuevo PGC, etc.)
- b) Escriba un breve informe identificando los motivos por los que ha disminuido la tesorería, a pesar de la ampliación de capital realizada y el buen resultado alcanzado en el ejercicio.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2**A) PREPARE EL ESTADO DE FLUJOS DE EFECTIVO PARA EL EJERCICIO ANUAL TERMINADO EL 31 DE DICIEMBRE DE 20X7, INDICANDO LOS CÁLCULOS EFECTUADOS. (NOTA: PUEDE EMPLEARSE CUALQUIERA DE LOS MÉTODOS Y FORMATOS UTILIZADOS: DIRECTO, INDIRECTO, EL MODELO DEL NUEVO PGC, ETC.)**

Tras la reforma introducida por la Ley 16/2007, el estado de flujos de efectivo (EFE en adelante) es una de las partes integrantes de las cuentas anuales (únicamente estarán exentas de dicha obligación las empresas que puedan elaborar cuentas anuales según el modelo abreviado).

En el caso de los grupos de sociedades cotizadas, a las que es de aplicación la Normativa Internacional de Contabilidad, ya venían obligadas a elaborar dicho estado contable desde el 1 de enero del 2005, fecha en la que entró en vigor la Normativa Contable Internacional. La NIC 7 establece los requisitos con los que debe elaborarse el EFE. Recoge dos metodologías para elaborar el EFE: a través del método directo o el método indirecto.

El PGC 07 establece un modelo de presentación del EFE similar al método indirecto que establece la NIC 7, aunque no idéntico.

De todo ello se desprende que a nivel nacional podemos encontrarnos tres tipos de EFE en las cuentas anuales de una empresa española: el directo, el indirecto o el establecido por el PGC (los dos primeros en caso de que sea de aplicación la normativa NIC, el tercero en el caso de elaborar la información contable conforme al PGC).

La NIC 7 aconseja a las entidades que presenten el EFE utilizando el método directo, a pesar de lo cual el PGC basa su modelo en el indirecto, por lo que será el primero de los tratados.

Para elaborar el EFE se parte de la información financiera de la empresa (cuentas de balance y de resultado del ejercicio) que debemos volcar en una hoja de trabajo.

Para el cálculo del EFE por el método directo se calculan las disminuciones de flujos de efectivo (debidas a los incrementos de activos y disminuciones de pasivos y patrimonio neto) y de aumentos

de flujos de efectivos (originadas por incrementos de activos y patrimonio neto o por disminuciones de activos) de las cuentas de balance.

Sin embargo, no todas las variaciones calculadas representarán un movimiento de flujos de efectivo. Para lo que se añade columnas adicionales para recoger los ajustes de todas aquellas variaciones patrimoniales que no representen cobros y pagos (se trata de las columnas de ajustes que aparecen en nuestra hoja de trabajo).

Partiendo de las variaciones producidas y los ajustes en las mismas que no suponen cobros o pagos, obtendremos los cobros y pagos que se han producido a lo largo del ejercicio (la última columna de nuestra hoja de trabajo).

Explicación de los ajustes realizados:

1. La sociedad habrá realizado a lo largo del ejercicio el siguiente apunte contable por la aplicación del resultado del ejercicio.

Cuenta	Debe	Haber
Resultado del ejercicio	95.000	
Reservas		30.000
Dividendos		65.000

Ninguno de estos apuntes representa un movimiento de flujos de efectivo, por lo que debemos deshacer el apunte contable en la columna de ajustes. Las anotaciones correspondientes en el diario serían:

Cuenta	Debe	Haber
Reservas	30.000	
Dividendos	65.000	
Resultado del ejercicio		95.000

El saldo de la cuenta del resultado del ejercicio no presenta movimientos de fondos, tanto en el balance como en la cuenta de pérdidas y ganancias. Por lo que se deberá eliminar dicha duplicidad a través del apunte:

Cuenta	Debe	Haber
Resultado del ejercicio de la cuenta de resultado	95.000	
Resultado del ejercicio del balance		95.000

Sí habrá movimientos de flujos de efectivos en diferentes partidas de ingresos y gastos.

2. La amortización es un gasto contable inspirado en la aplicación del principio del devengo, pero no representa ningún movimiento de efectivo, por lo que se deberá anular el apunte. Como en el balance el saldo de maquinaria aparece neto, debemos reconocer el ajuste directamente contra esta cuenta.

Cuenta	Debe	Haber
Maquinaria e instalaciones	250.000	
Amortización del ejercicio		250.000

3. Se trata de un asiento de recuperación de información, es decir, con este asiento se trata de evitar la compensación de una adquisición y venta de la maquinaria que ha generado simultáneamente una salida y entrada de flujos de efectivos y así evitar la compensación de ambas cantidades.

Cuenta	Debe	Haber
Maquinaria e instalaciones	15.000	
Maquinaria e instalaciones		15.000

4. Debemos anular la pérdida en venta de beneficios contra la cuenta de maquinaria e instalaciones, de esta manera obtendremos el importe obtenido a través de la venta.

Cuenta	Debe	Haber
Maquinaria e instalaciones	5.000	
Pérdidas en venta de inmovilizado		5.000

5. A lo largo del ejercicio ha adquirido elementos de transporte en régimen de arrendamiento financiero, por lo que el asiento realizado habrá sido:

Cuenta	Debe	Haber
Elementos de transporte	21.900	
Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo		19.000
Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo		2.900

Como hasta el momento no se ha realizado ningún desembolso por los mismos, procederá realizar el ajuste:

Cuenta	Debe	Haber
Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo	19.000	
Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo	2.900	
Elementos de transporte		21.900

6. Los consumos de mercaderías del ejercicio están reconocidos bajo el criterio del devengo, por lo que debemos ajustar este importe por el incremento de 5.000 euros de existencias (que a pesar de estar pagadas no se han registrado en el ejercicio contable como un gasto).

Cuenta	Debe	Haber
Consumo de mercaderías	5.000	
Existencias de mercaderías		5.000

Parece que no todas las compras se han desembolsado, del balance se desprende que se ha incrementado en 15.000 la deuda con clientes, por lo que debemos ajustar el saldo de consumo de mercaderías en esa cifra para obtener la cifra que efectivamente se ha desembolsado por tal concepto.

Cuenta	Debe	Haber
Cuentas comerciales a pagar	15.000	
Consumo de mercaderías		15.000

7. Igualmente, para obtener el importe de las ventas cobradas debemos corregir las ventas del ejercicio (bajo criterio de devengo) con la variación de clientes producida a lo largo del ejercicio (obtenidas esta vez con criterio de caja).

Cuenta	Debe	Haber
Cuentas comerciales a cobrar	40.000	
Ingresos por ventas		40.000

8. La cifra de ingresos financieros debe ser corregida con el cobro de los intereses devengados en ejercicios anteriores que figuraba en el balance del ejercicio anterior.

Cuenta	Debe	Haber
Intereses a cobrar	3.500	
Ingresos financieros		3.500

9. Similar procedimiento aplicaremos para calcular los pagos de intereses. Corregimos el saldo de la cuenta de gastos de intereses con la variación de intereses a pagar.

Cuenta	Debe	Haber
Gastos financieros	5.000	
Intereses devengados a pagar		5.000

10. El importe pagado por impuestos en el ejercicio será el registrado contablemente como gasto ajustado por la variación de las deudas con la Hacienda Pública.

Cuenta	Debe	Haber
Impuesto sobre beneficios	5.000	
Impuesto sobre beneficios a pagar		5.000

Siguiendo con la NIC 7, el párrafo 10 establece que:

«El estado de flujos de efectivo debe informar acerca de los flujos de efectivo habidos durante el ejercicio, clasificándolos en actividades de explotación, de inversión o de financiación.»

Simplemente ordenaremos los cobros y pagos obtenidos de la hoja de trabajo entre estas tres actividades.

Flujos de efectivo por actividades de explotación			
Cobros		1.717.200	
• Por venta de mercaderías	1.710.000		
• Por intereses	7.200		
Pagos		-1.321.200	
• Por compras de mercaderías	-860.000		
• Por gastos de explotación	-415.000		
• Por gastos financieros	-20.000		
• Por impuestos.....	-26.200		
Flujo neto de efectivo por las actividades de explotación			396.000

Flujos de efectivo por actividades de inversión			
Cobros		15.000	
• Por venta de maquinaria	15.000		
Pagos		-530.000	
• Por compra de maquinaria	-530.000		
Flujo neto de efectivo por actividades de inversión			-515.000

Flujos de efectivo por actividades de financiación			
Cobros		200.000	
• Por aportaciones de los accionistas	200.000		
Pagos		-110.000	
• Por préstamos a largo plazo	-50.000		
• Por pagos de dividendos	-60.000		
Flujo neto de efectivo por actividades de financiación			90.000

Variación neta de efectivo	-29.000
Tesorería 31-12-20X6	76.700
Tesorería 31-12-20X7	47.700

En el caso de que se opte por presentar el EFE conforme al método indirecto:

RESULTADO DEL EJERCICIO		95.000
Cargos que no afectaron al capital corriente y gastos excepcionales		255.000
Amortizaciones del ejercicio	250.000	
Pérdida por venta de maquinaria	5.000	
= RECURSOS PROCEDENTES DE LAS OPERACIONES		350.000
Variaciones acreedoras de partidas de circulante		58.500
.../...		

.../...		
• Cuentas comerciales a cobrar	40.000	
• Intereses a cobrar	3.500	
• Cuentas comerciales a pagar	15.000	
Variaciones deudoras de partidas de circulante		-12.500
• Aumento del inventario de mercaderías	-5.000	
• Intereses devengados a pagar	-5.000	
• Variación de la deuda fiscal	-2.500	
= FLUJO NETO DE EFECTIVO POR ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN		396.000

Por último presentamos el EFE conforme al modelo propuesto por el PGC 07.

A) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN		
1. Resultado del ejercicio antes de impuestos		118.700
2. Ajustes del resultado		266.300
a) Amortización del ejercicio	250.000	
e) Resultado por bajas y enajenación del inmovilizado	5.000	
g) Ingresos financieros	-3.700	
h) Gastos financieros	15.000	
3. Cambios en capital corriente		50.000
a) Existencias	-5.000	
b) Deudores y otras cuentas a cobrar (cuentas comerciales e intereses a cobrar) ...	55.000	
4. Otros flujos de efectivo de las actividades de explotación		-39.000
a) Pagos de intereses	-20.000	
c) Cobros de intereses	7.200	
d) Pagos por impuestos de beneficios	-26.200	
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		-515.000
c) Inmovilizado material	-530.000	
7. Cobros por desinversiones		
c) Inmovilizado material	15.000	
8. Flujos de efectivo de las actividades de inversión (7 – 6)		-515.000
C) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE FINANCIACIÓN		
9. Cobros y pagos por instrumentos de patrimonio		200.000
a) Emisión de instrumentos de patrimonio (+)	200.000	
10. Cobros y pagos por instrumentos de pasivo financiero		-50.000
.../...		

.../...		
b) Devolución y amortización de:		
2. Deudas con entidades de crédito (–)	–50.000	
11. Pagos por dividendos y remuneraciones de otros instrumentos de patrimonio		–60.000
a) Dividendos (–)	–60.000	
12. Flujos de efectivo de las actividades de financiación (+/–9+/–10–11)		90.000
E) AUMENTO/DISMINUCIÓN NETA DEL EFECTIVO O EQUIVALENTES		–29.000
Efectivo o equivalentes al comienzo del ejercicio	76.700	
Efectivo o equivalentes al final del ejercicio	47.700	

B) ESCRIBA UN BREVE INFORME IDENTIFICANDO LOS MOTIVOS POR LOS QUE HA DISMINUIDO LA TESORERÍA, A PESAR DE LA AMPLIACIÓN DE CAPITAL REALIZADA Y EL BUEN RESULTADO ALCANZADO EN EL EJERCICIO

A lo largo del ejercicio se ha producido una disminución de la tesorería de 29.000 euros. Dicha variación se debe, básicamente, a la salida de flujo efectivo, cuya salida neta de efectivo se eleva 515.000 euros. La misma se cubre, principalmente, por la entrada de flujo de efectivo de explotación de 396.000 euros, ya que los cobros netos del flujo de efectivo de financiación se elevan a 90.000 euros, derivándose un desequilibrio entre el plan de financiación y el plan de inversión, ineficiencia que es cubierta a través de los recursos generados en la actividad de explotación y la disminución de la tesorería inicial (–29.000 €).

La salida neta de flujos de efectivo por la actividad de inversión se debe a un plan de renovación o ampliación de sus inversiones, lo que se supone el pago de 530.000 por una maquinaria nueva y una salida de 15.000 debida a una venta. De los datos que nos facilitan no podemos llegar a una conclusión clara sobre si la empresa está inmersa en una ampliación de la capacidad productiva, o si por el contrario se ha llevado a cabo una renovación de los inmovilizados y la maquinaria que entra sustituye a la que se ha dado de baja (la cual estaría en este caso prácticamente amortizada).

Por su parte, en la actividad de financiación ha habido una entrada neta de 90.000 euros, debida a una ampliación de capital que ha sido mayor que las devoluciones de la financiación recibida de entidades de crédito y la remuneración de las aportaciones de los socios. Esta ampliación de capital sería más coherente con la interpretación que hemos realizado previamente de un posible incremento de la capacidad productiva.

La empresa no sólo es rentable, sino que produce los recursos necesarios como para atender a sus obligaciones corrientes de pago y renovar los inmovilizados y/o ampliar la capacidad productiva. Llama la atención lo elevado de la amortización del ejercicio, que supone un porcentaje muy elevado de los recursos generados por la explotación. Por todo ello, se puede inclinar a pensar que la situación se debe a una falta de previsión de la evolución de la actividad de juguetes artesanales y, por tanto, no adecuado el proceso de amortización a su actividad, debiendo de amortizar y renovar sus inversiones de manera acelerada este último año.

HOJA DE TRABAJO DEL MÉTODO DIRECTO

	Saldos		Variaciones		Ajustes		Flujos de efectivo	
	31-12-20X7	31-12-20X6	Deudoras	Acreedoras	Debe	Haber	Pagos	Cobros
Balances de situación								
Activo no corriente								
Maquinaria e instalaciones (neto)	980.000	700.000	280.000		270.000 (2 y 3)	15.000 (3 y 4)	530.000	15.000
Elementos de transporte	21.900		21.900			21.900 (5)		
Activo corriente								
Existencias de mercaderías	70.000	65.000	5.000			5.000 (6)		
Cuentas comerciales a cobrar	175.000	215.000		40.000	40.000 (7)			
Intereses a cobrar		3.500		3.500	3.500 (8)			
Caja y bancos, c/c	47.700	76.700		29.000				29.000
Patrimonio neto								
Capital social	700.000	600.000		100.000				100.000
Prima de emisión de acciones	100.000			100.000				100.000
Reservas	70.000	40.000		30.000	30.000 (1)			
Resultado del ejercicio					95.000 (1)	95.000 (1)		
Pasivo no corriente								
Préstamo a largo plazo	200.000	250.000	50.000				50.000	
Acreedores por arrendamiento financiero a l/p	19.000			19.000	19.000 (5)			
Pasivo corriente								
Acreedores por arrendamiento financiero a c/p	2.900			2.900	2.900 (5)			
Cuentas comerciales a pagar	100.000	85.000		15.000	15.000 (6)			
Proveedores de inmovilizado	20.000			20.000				
Intereses devengados a pagar	5.000	10.000	5.000			5.000 (9)		...

Impuesto sobre beneficios a pagar	12.700	15.200	2.500	5.000	65.000 (1)	2.500 (10)	60.000	
Dividendos a pagar	65.000	60.000						
Cuenta de pérdidas y ganancias del año 20X7								
Ingresos por ventas				1.670.000				1.710.000
Consumo de mercaderías			870.000		5.000 (6)		860.000	
Gastos de explotación			415.000				415.000	
Amortización del ejercicio			250.000			250.000 (2)		
Ingresos financieros				3.700		3.500 (8)		7.200
Pérdidas en venta de inmovilizado			5.000			5.000 (4)		
Gastos financieros			15.000		5.000 (9)		20.000	
Impuesto sobre beneficios			23.700		2.500 (10)		26.200	
Resultado del ejercicio			95.000			95.000 (1)		
Totales			2.038.100	2.038.100			1.961.200	1.961.200

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

BALANCE CONSOLIDADO DE UN GRUPO. DOMINIO INDIRECTO E INTEGRACIÓN GLOBAL

ENUNCIADO

El 1 de junio de 20X3 la sociedad «D» compró el 80% de las acciones ordinarias de la sociedad «R» y el 1 de junio de 20X5 la sociedad «M» compró el 75% de las acciones de la sociedad «D», quedando configurado así un grupo de sociedades que denominaremos «GRUPO MADRID». Los balances de las tres sociedades al 31 de diciembre de 20X7 son:

	«M»	«D»	«R»
Inmovilizado material (neto)			
Terrenos	89.000	30.000	65.000
Edificios	64.000	80.000	23.600
Equipos informáticos	33.000	84.000	43.800
Participaciones societarias			
Acciones de la sociedad «D»	135.000		
Acciones de la sociedad «R»		130.000	
Activo circulante			
Existencias comerciales	108.500	75.500	68.400
Cuentas a cobrar	196.700	124.800	83.500
Bancos, c/c	25.200	–	25.400
	651.400	524.300	309.700
Fondos propios			
Capital social (acciones ordinarias) (*)	200.000	120.000	100.000
Capital social (acciones sin voto) (*)	–	–	40.000
Reservas	110.000	90.000	53.000
Resultado del ejercicio	44.000	29.000	21.000
Pasivo circulante			
Cuentas a pagar	160.000	152.700	59.200
Impuesto sobre beneficios a pagar	57.400	47.200	24.500
Dividendos a pagar	80.000	48.000	12.000
Bancos, c/c (descubierto)	–	37.400	–
	651.400	524.300	309.700
(*) El valor nominal de todas las acciones es de 1 euro. Las acciones sin voto perciben un dividendo mínimo del 9% y se emitieron en los primeros días de enero de 20X7.			

Información adicional:

1. Los dividendos internos a cobrar por «M» y «D» figuran registrados en la partida *Cuentas a cobrar*. Los dividendos aprobados por «R» y pendientes de pago se desglosan así: acciones ordinarias, 10.000 euros; acciones preferentes: 2.000 euros.
2. Las existencias compradas durante 20X7 por «D» a «R» permanecen en el inventario de «D» al 31 de diciembre de 20X7 valoradas por 25.000 euros. «R» factura a «D» con un margen del 20% sobre el precio de venta.
3. En la cuenta *Equipos informáticos* de «R» figura un equipo adquirido a «D» el 1 de enero de 20X6 por 10.000 euros. La sociedad «D» registró un beneficio de 2.000 euros en la operación. Esta partida se amortiza linealmente en 10 años.
4. El 28 de diciembre de 20X7 «M» ordenó una transferencia bancaria a favor de «D», por un importe de 11.300 euros, que le fue abonada a esta sociedad el 3 de enero de 20X8.
5. Los créditos y débitos intragrupo figuran registrados en las partidas *Cuentas a cobrar* y *Cuentas a pagar*, respectivamente, y tienen el siguiente desglose:

Sociedad «M»	Deuda contraída con «D»	45.600
	Deuda contraída con «R»	28.900
Sociedad «D»	Crédito concedido a «M»	56.900
Sociedad «R»	Crédito concedido a «M»	28.900

6. El 1 de junio de 20X3 la cifra de reservas en la sociedad «D» era 28.000 euros y en la sociedad «R» era de 20.000 euros. El 1 de junio de 20X5 esas mismas cifras ascendían a 40.000 y 60.000 euros, respectivamente. El fondo de comercio de consolidación se saneó en su totalidad al formular las cuentas anuales consolidadas del ejercicio terminado el 31 de diciembre de 20X6, por considerar que se había deteriorado y que en dicha fecha carecía de valor.

SE PIDE:

- a) Estructura del grupo, tantos de control y tantos efectivos de participación.
- b) Presente los ajustes de consolidación, en forma de asientos de libro diario, así como una breve justificación de los mismos y los cálculos realizados, en su caso.
- c) Balance consolidado del «GRUPO MADRID» al 31 de diciembre de 20X7.
- d) El día 2 de enero de 20X8 el grupo decide vender su participación en «R». Registre esta venta considerando que el precio de la acción de «R», teniendo en cuenta las condiciones actuales de mercado puestas de manifiesto en recientes transacciones similares, equivale a tres veces su valor teórico contable.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 3

A) ESTRUCTURA DEL GRUPO, TANTOS DE CONTROL Y TANTOS EFECTIVOS DE PARTICIPACIÓN

Antes de responder a la pregunta, hay que aclarar que el capital de las acciones propias es un tema controvertido, pudiendo ser patrimonio neto, deuda o instrumento compuesto según sean las condiciones de emisión de estos títulos. Al estar reflejado en el enunciado como capital social, se entiende que las condiciones son propias para considerarlas como capital social y, por tanto, patrimonio neto.

El grupo de sociedades es un concepto jurídico cuya definición encontramos en el artículo 42 del Código de Comercio ¹:

«Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.»

No cabe duda, a la vista de la información suministrada en el ejercicio, de que estamos ante un grupo de sociedades. Sin embargo los grupos de sociedades pueden estar sujetos a dos normativas contables diferenciadas. Para aquellos grupos de sociedades que hayan emitido valores a cotización en un mercado secundario oficial deberán aplicar la normativa NIC, mientras que aquellos que no hayan realizado una emisión de esas características estarán sometidos a la normativa del Real Decreto 1815/1991, teniendo en cuenta las interpretaciones de consolidación que ha realizado el ICAC a través de la Nota Técnica ², adaptando dicho Real Decreto a la Ley 16/2007.

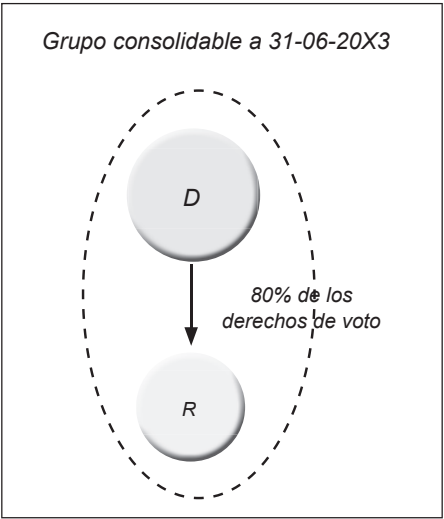
En nuestro caso vamos a considerar que dicho grupo no está cotizado, por lo que aplicaremos el Real Decreto 1815/1991, adaptado a la Ley 16/2007 a través de las modificaciones introducidas en la Nota Técnica del ICAC.

El artículo 42.1 establece una serie de presunciones de control, entre ellas cuando una sociedad calificada como dominante «posea la mayoría de los derechos de voto».

Con la adquisición del 80% de las acciones de «R» el 1 de junio de 20X3, presumimos que se ha producido la toma de control sobre «R», ya que dichas acciones le otorgan el 80% de los derechos de voto y no nos dan información adicional que haga pensar que haya ninguna condición que invalide dicha presunción, como por ejemplo sería el caso de que el resto de los accionistas tuvieran un derecho de veto.

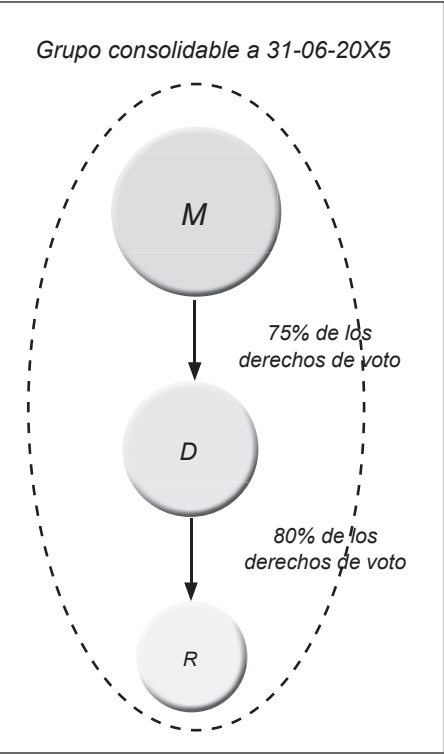
¹ La redacción actual del artículo 42 del Código de Comercio fue cambiada por la Ley 16/2007, eliminando la unidad de decisión.

² Nota del ICAC 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 de 1 de enero de 2008.



Tanto el porcentaje de control como de participación de «D» sobre «R» es del 80%. Por su parte, el tanto efectivo sería del 80% también.

Al igual que en el caso anterior con la adquisición del 75% de las acciones de «D» por «M» presumimos que se adquiere el control de la sociedad. El esquema del grupo en este momento sería:



Para el cómputo de los derechos en el caso del dominio indirecto de «M» sobre «R», hay que tener en cuenta lo establecido en el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las Normas para la formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas, con las modificaciones de la Ley 16/2007.

«Artículo 3. Cómputo de los derechos de voto.»

2. A efectos de lo previsto en el número anterior el número de votos que corresponde a la sociedad dominante, en relación con las sociedades dependientes indirectamente de ella, será el que corresponda a la sociedad dependiente que participe directamente en el capital social de éstas».

Por lo que «M» ostentaría el 75% de los derechos de voto e idéntico porcentaje de participación en «D». De manera indirecta controlará el 80% de los derechos de voto en «R» (a través de la sociedad dependiente «D») y su participación efectiva (tanto efectivo) en dicha sociedad será del 60% (75% del 80% que posee «D»).

B) PRESENTE LOS AJUSTES DE CONSOLIDACIÓN, EN FORMAS DE ASIENTO DE LIBRO DIARIO, ASÍ COMO UNA BREVE JUSTIFICACIÓN DE LOS MISMOS Y LOS CÁLCULOS REALIZADOS, EN SU CASO

1. En el caso de la sociedad «R» tenemos dos dividendos pendientes de pago, uno por las acciones ordinarias y otro por las acciones sin voto. El dividendo de las acciones ordinarias se trata de un reparto de los resultados obtenidos en el ejercicio X6. Procede la eliminación de los créditos/débitos recíprocos por el dividendo de las acciones ordinarias de «R» pendiente de cobro/pago.

Cuenta	Debe	Haber
Cuentas a pagar «R» Intereses a cobrar	8.000	
Cuentas a cobrar «D»		8.000

Cuenta	Debe	Haber
Resultado del ejercicio «D»	8.000	
Reservas «D»		8.000

Cuenta	Debe	Haber
Ingresos financieros «D»	8.000	
Saldo del resultado del ejercicio		8.000

En cuanto al dividendo de las acciones sin voto no puede ser un reparto del ejercicio 20X6, ya que dichas acciones se emitieron a comienzos del ejercicio 20X7, por lo que parece que se trata del dividendo mínimo al que tienen derecho los titulares de dichas acciones. El tratamiento para las acciones sin voto (con carácter general, ya que depende de las condiciones de emisión) es separar la parte que corresponde a pasivo financiero con la parte correspondiente a patrimonio neto (como establece la NRV 9.^a 4 para el caso de los instrumentos compuestos). Sin embargo, de la información facilitada por el supuesto no se puede segregar la parte correspondiente a cada uno de los dos componentes, por

lo que ante la limitación comentada consideramos que lo más correcto es reconocer el instrumento íntegramente como una partida de patrimonio neto, pero el dividendo actúa como una obligación para la empresa salvo que se diga lo contrario, por lo que se puede considerar como gastos financieros. A efectos del desarrollo final del ejercicio se toma la opción primera, que es tratar el dividendo mínimo de acciones sin voto como gasto financiero. Sin embargo, otra alternativa sería tratar de manera unificada con dicha clasificación (las acciones las llevamos a patrimonio neto) los pagos de dividendo mínimo como dividendos ordinarios o reparto del resultado (2.^a opción).

Cuenta	Debe	Haber
Cuentas a pagar «R»	1.600	
Cuentas a cobrar «D»		1.600

Cuenta	Debe	Haber
Ingresos financieros «D»	1.600	
Gastos financieros «R»		1.600

Como 2.^a opción sería tratarlo como reparto de pérdidas y ganancias, se excluye el asiento anterior y se incluiría:

Cuenta	Debe	Haber
Resultado del ejercicio «D»	1.600	
Reservas «D»		1.600

Cuenta	Debe	Haber
Ingresos financieros «D»	1.600	
Saldo del resultado del ejercicio		1.600

Según la información que se facilita sobre las acciones sin voto, tienen derecho a un dividendo mínimo del 9% que genera un volumen de dividendo de 3.600 u.m. ($40.000 \times 0,09$). Sin embargo, el dividendo al final del ejercicio pendiente de pago era de 2.000, se podría entender que la diferencia se debe a pagos realizados a lo largo del ejercicio, por lo que procedería también eliminar la parte reconocida a lo largo del ejercicio y que por no estar pendiente de pago no se refleja en nuestro balance. Sin embargo, dada la incertidumbre y ya que no dice nada, vamos a considerar que por algún motivo no ha sido reconocido ni contabilizado.

En el caso de los dividendos pendientes de pago en la sociedad «D», procedemos de la misma manera que con los dividendos de las acciones ordinarias de «R».

Cuenta	Debe	Haber
Cuentas a pagar «D»	36.000	
Cuentas a cobrar «M»		36.000

Cuenta	Debe	Haber
Resultado del ejercicio	36.000	
Reservas		36.000

Cuenta	Debe	Haber
Ingresos financieros	36.000	
Saldo del resultado del ejercicio		36.000

2. Por las operaciones internas de existencias habremos registrado un resultado que la normativa no permite reconocer como realizado hasta que dichas existencias se enajenen a terceros (art. 37 de las normas de consolidación). Debemos diferir ese margen comercial al ejercicio en que se produzca su venta a terceros y ajustar el valor de las existencias al valor contable que tenían antes de la operación intergrupo.

Cuenta	Debe	Haber
Resultado del ejercicio «R»	5.000	
Existencias «D»		5.000

Cuenta	Debe	Haber
Variación de existencias	5.000	
Saldo del ejercicio «D»		5.000

Cuenta	Debe	Haber
Ventas	25.000	
Compras		25.000

Como el enunciado no dice nada al respecto, suponemos que las existencias han sido pagadas en el momento de la operación y no queda ningún saldo recíproco.

3. El resultado obtenido con la venta del equipo informático motivará un ajuste. La normativa establece que el resultado de la operación debe ser objeto de diferimiento hasta que el resultado se realice por la venta a terceros o a medida que se vaya amortizando (art. 38 de las normas de consolidación). Además de ajustar el resultado de la operación debemos ajustar las amortizaciones de los ejercicios siguientes:

Cuenta	Debe	Haber
Reservas «D»	2.000	
Equipos para proceso de información		2.000

Cuenta	Debe	Haber
Equipo para proceso de información ³	400	
Resultado del ejercicio		200
Reservas		200

Cuenta	Debe	Haber
Saldo de resultado del ejercicio	200	
Amortización de inmovilizado material		200

³ Al no reconocerse los equipos informáticos por su saldo neto el ajuste no debe hacerse a través de la cuenta de amortización acumulada del inmovilizado material, sino directamente a través de la cuenta del inmovilizado material.

4. No explica el supuesto esa transferencia de 13.000 en concepto de que ha sido realizada, sin embargo, en el punto 5 vemos que hay una diferencia en los saldos recíprocos registrados en «M» y «D» de la misma cuantía, por lo que parece que la transferencia ha sido realizada para amortizar parte de la deuda contraída. Procede un ajuste de homogenización.

Cuenta	Debe	Haber
Bancos	11.300	
Cuentas a cobrar «D»		11.300

5. Procede la eliminación de los créditos y débitos intragrupo por las operaciones de financiación.

Cuenta	Debe	Haber
Cuentas a pagar «M»	28.900	
Cuentas a cobrar «R»		28.900

Cuenta	Debe	Haber
Cuentas a pagar «M»	45.600	
Cuentas a cobrar «D»		45.600

Deberíamos también eliminar los resultados reconocidos por dicha financiación, sin embargo esa información no aparece en el supuesto.

Cuenta	Debe	Haber
Ingresos financieros «D» y «R»	#	
Gastos financieros «M»		#

Un problema adicional que pudieran dar lugar estas financiaciones es su tratamiento a nivel individual. La NRV 21.^a del PGC 07 establece que en el caso de las operaciones entre empresas del grupo:

«si el precio acordado en una operación difiriese de su valor razonable, la diferencia deberá registrarse atendiendo a la realidad económica de la operación.»

Al ser las dos financiaciones de las filiales a la sociedad matriz, recelamos de la bondad de tales financiaciones. Se corre el riesgo de que esas operaciones sean concertadas por la matriz a unos tipos de interés más bajos de los de mercado, con el correspondiente perjuicio patrimonial que supondría para los socios externos de la sociedades filiales (ya que sería una transferencia de recursos desde las sociedades filiales a la sociedad matriz). Si tal fuera el caso, antes de proceder a la consolidación de las cuentas deberíamos hacer un ajuste previo para reconocer la realidad económica de las operaciones con una financiación por debajo de su valor razonable (y registrar la distribución de un dividendo a la sociedad matriz, en cumplimiento de la ya comentada NRV 21.^a).

Asientos correspondientes a la eliminación de inversión fondos propios:

El enunciado del supuesto no nos dice qué importe se desembolsó en las adquisiciones, por lo que deberemos buscar dicha información en los balances de las compañías.

La NRV 9.^a contempla el criterio de coste para la valoración de las participaciones en empresas del grupo.

NRV 9.^a 2.5.2. Valoración posterior:

«Las inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas se valorarán por su coste, menos, en su caso, el importe acumulado de las correcciones valorativas por deterioro.»

Al no permitir reconocerse las revalorizaciones en esta categoría de activos financieros (al contrario que el caso de la cartera de negociación y activos financieros disponibles para la venta), coincidirá valor contable y coste al momento de la adquisición.

En el caso de la participación de «D» sobre «R» debemos tener en cuenta que con posterioridad a la adquisición de la participación en «R» dicha sociedad realizó una emisión de acciones sin voto.

En el caso de la eliminación de inversión fondos propios en el subgrupo «DR»:

- + Precio de adquisición de las acciones ordinarias (130.000 – 80% de 40.000 €): 98.000 €
- Valor razonable de los activos netos a fecha de 1.^a consolidación (80% de 100.000 + 20.000): 96.000 €.
- = La diferencia de primera consolidación sería de 2.000 €; como no se nos dice que sea debida a ninguna plusvalía tácita debería aplicarse íntegramente al fondo de comercio.

Desde el momento de la adquisición las reservas se han incrementado en 33.000 euros, por lo que debemos reconocer la parte proporcional que le corresponde a la sociedad «D» de ese incremento a través de la cuenta de reservas en sociedades consolidadas por importe de 26.400 euros (80% de 33.000 €).

Cuenta	Debe	Haber
Capital social «R»	100.000	
Capital social acciones sin voto	40.000	
Reservas «R»	53.000	
Fondo de comercio	2.000	
Acciones de la sociedad «R»		130.000
Reservas en sociedades consolidadas		26.400
Intereses de socios externos		38.600

Sin embargo esa cifra de fondo de comercio nos dice el supuesto que ha sido deteriorado en el ejercicio anterior.

Cuenta	Debe	Haber
Reservas «D»	2.000	
Fondo de comercio		2.000

Por la atribución del resultado en 20X7, habiendo tenido ya en cuenta el diferimiento del beneficio en la operación de existencias:

Cuenta	Debe	Haber
Resultado del ejercicio «R»	16.000	
Resultado del ejercicio atribuido a «D»		12.800
Resultado del ejercicio atribuido a los socios externos en «R»		3.200

Para calcular la eliminación de inversión-fondos propios en «D» habrá que tener en cuenta que al momento de la adquisición de la participación de «D» esta sociedad constituía un grupo consolidable, por lo que además de las cifras contables de la sociedad «D» tendremos que tener en cuenta los ajustes de consolidación que deberían figurar en la sociedad «D» al momento de su adquisición.

En concreto tendremos que atribuirle a «D» su participación en el incremento de reservas de la sociedad «R»: $80\% \times (60.000 - 20.000) = 32.000$.

Con esta información ya podemos calcular fondos propios adquiridos a 1 de enero de 20X5 ascienden a:

Capital social	120.000
Reservas «D»	40.000
Reservas en sociedades consolidadas atribuidas a «D»	32.000
Total	192.000

– Parte proporcional adquirida de los activos netos: $(75\% \times 192.000)$: 144.000

+ Como el precio de adquisición de la participación ha sido de 135.000 €

= Tenemos una diferencia de primera consolidación de 9.000.

Cuenta	Debe	Haber
Capital social	120.000	
Reservas «D»	94.200	
Reservas en sociedades consolidadas en «R»	26.400	
Acciones sociedad «D»		135.000
Reservas en sociedades consolidadas en «D»		36.450
Intereses socios externos		60.150
Reservas «M»		9.000

Por la atribución del resultado de la sociedad «D», considerando los ajustes previamente realizados:

Cuenta	Debe	Haber
Resultado del ejercicio «D»	21.200	
Resultado del ejercicio atribuido a «D»	12.800	
Resultado del ejercicio atribuido a «M»		25.500
Resultado del ejercicio atribuido a socios externos		8.500

El saldo del resultado a distribuir entre la matriz del grupo «M» y los socios externos no coincide con el que aparece en libros, ya que debemos partir del resultado reconocido a nivel individual por «D» y realizar los ajustes propios de la consolidación del subgrupo «DR», en concreto por la parte del dividendo de «R» que se ha reconocido como un ingreso y la parte del beneficio en la venta de equipos informáticos que se ha realizado vía amortización en este ejercicio. Igualmente se debe repartir entre la matriz y los socios externos los resultados atribuidos a «D» de la filial «R».

C) BALANCE CONSOLIDADO DEL «GRUPO MADRID» AL 31 DE DICIEMBRE DE 20X7

Balance de situación	«M»	«D»	«R»	Agregado	Eliminaciones	Consolidado
Inmovilizado material (neto)						
Terrenos	89.000	30.000	65.000	184.000		184.000
Edificios	64.000	80.000	23.600	167.600		167.600
Equipos informáticos	33.000	84.000	43.800	160.800	-1.600	159.200
Participaciones societarias				0		0
Acciones sociedad «D»	135.000			135.000	-135.000	0
Acciones sociedad «R»		130.000		130.000	-130.000	0
Activo corriente						
Existencias comerciales	108.500	75.500	68.400	252.400	-5.000	247.400
Cuentas a cobrar	196.700	124.800	83.500	405.000	-129.800	275.200
Bancos, c/c	25.200		25.400	50.600	11.300	61.900
	651.400	524.300	309.700	1.485.400	-390.100	1.095.300
Fondos propios						0
Capital social (acc. ordinarios) ..	200.000	120.000	100.000	420.000	-220.000	200.000
Capital social (acc. sin voto) ..	-	-	40.000	40.000	-40.000	0
Reservas	110.000	90.000	53.000	253.000	-98.000	155.000
RSC en «D»					36.450	36.450
Intereses de socios externos					98.750	98.750
Resultado del ejercicio	44.000	29.000	21.000	94.000	-86.000	8.000
Resultado atribuido a socios externos					11.700	11.700
Resultado atribuido a «M»					25.500	25.500
Pasivo corriente						
Cuentas a pagar	160.000	152.700	59.200	371.900	-118.500	253.400
Impuesto sobre beneficios a pagar	57.400	47.200	24.500	129.100		129.100
Dividendo a pagar	80.000	48.000	12.000	140.000		140.000
Bancos, c/c (descubierto)	-	37.400	-	37.400		37.400
	651.400	524.300	309.700	1.485.400	-390.100	1.095.300

D) EL DÍA 2 DE ENERO DE 20X8 EL GRUPO DECIDE VENDER SU PARTICIPACIÓN EN «R». REGISTRE ESTA VENTA CONSIDERANDO QUE EL PRECIO DE LA ACCIÓN DE «R» TENIENDO EN CUENTA LAS CONDICIONES ACTUALES DE MERCADO PUESTAS DE MANIFIESTO EN RECIENTES TRANSACCIONES SIMILARES, EQUIVALE A TRES VECES SU VALOR TEÓRICO

Entendemos que la venta de la participación comprende tanto la venta de las acciones ordinarias como la venta de las acciones sin voto. Dichas acciones estaban valoradas en libros de «D» por 135.000 euros. El valor teórico de la sociedad «R» estará compuesto por:

Capital social (acc. ordinarias)	100.000
Capital social (acc. sin voto)	40.000
Reservas	53.000
Resultado del ejercicio	16.000
Valor teórico contable	209.000

Como nuestra participación representa el 80% de la sociedad «R», su valor teórico contable será de $167.200 = (209.000 \times 0.8)$. Por lo que recibiremos en la venta de la participación $501.600 = (167.200 \times 3)$.

En las cuentas anuales individuales habremos reconocido un beneficio de $366.600 \text{ €} = (501.600 - 135.000)$. A la hora de elaborar las cuentas consolidadas debemos ajustar ese beneficio por los resultados reconocidos previamente en los ejercicios anteriores.

Beneficios procedentes de operaciones con instrumentos de patrimonio en individual de «D»	366.600
---	---------

Existe un exceso de beneficio procedente de la venta en la participación de:

Procedente de Rtdo. generado en ejercicios anteriores al 20X7	39.200
Reservas [80% s/ (53.000 – 20.000)]	26.400
Resultado 20X7 [80% s/ $\times$ (21.000 – 5.000)]	12.800
Deterioro del fondo de comercio	–2.000
Beneficios procedentes de operaciones con instrumentos de patrimonio consolidados .	329.400

En el balance de situación consolidado:

Cuenta	Debe	Haber
Resultado del ejercicio «D»	37.200	
Reservas «D»		37.200

En la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada:

Cuenta	Debe	Haber
Beneficio procedente de operaciones con instrumentos de patrimonio	37.200	
Saldo de resultado del ejercicio «D»		37.200

CASO PRÁCTICO NÚM. 4

ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN FINANCIERA Y CAPACIDAD DE ENDEUDAMIENTO

ENUNCIADO

«DEINSA» es una empresa distribuidora de equipamiento informático que inició su actividad en enero de 20X5. Tres años después de su constitución pretende ampliar el negocio para comercializar un nuevo producto muy demandado para lo cual ha decidido solicitar financiación bancaria. Activos, pasivos y otros datos relativos a los tres ejercicios transcurridos (cifras en euros):

Partidas	31 de diciembre		
	20X7	20X6	20X5
Inmovilizado material neto	253.000	213.000	147.000
Existencias comerciales	46.000	40.000	27.000
Clientes	52.000	45.000	40.000
Bancos, c/c	8.000	15.000	6.000
Total activo	359.000	313.000	220.000
Pasivo circulante (*)	143.000	95.000	33.000

(*) En la agrupación *Pasivo circulante* se incluyen tres conceptos: deuda con los proveedores de mercancía, impuestos a pagar y dividendos a pagar. La empresa no ha contraído en ningún momento deuda a largo plazo.

	Año 20X7	Año 20X6	Año 20X5
Ventas (todas a crédito)	390.000	375.000	360.000
Compras (todas a crédito)	280.000	250.000	230.000
Resultado antes de impuestos	14.000	46.000	32.000

Información adicional:

1. La empresa inició su actividad en los primeros días de enero de 20X5 emitiendo 100.000 acciones de 1 euro de valor nominal, con una prima de 60 céntimos de euro por acción, que los accionistas desembolsaron íntegramente en metálico.
2. El impuesto sobre beneficios ascendió a 5.000 y 6.000 euros en 20X6 y 20X7, respectivamente. El resultado del ejercicio 20X5, por ser el año que se constituyó la sociedad, no tributó por el impuesto sobre beneficios.

3. Dividendos acordados: 5 céntimos de euro por acción en 20X5 y 10 céntimos en 20X6 y 20X7. En los tres ejercicios, los dividendos se aprobaban y registraban en la primera quincena de diciembre y se hacían efectivos a lo largo del mes de enero del año siguiente.

SE PIDE:

- Determinar el resultado líquido y su aplicación en los tres ejercicios.
- Presentar la composición de los fondos propios al 31 de diciembre de los tres años.
- Comente brevemente la evolución económico-financiera de la sociedad señalando sus fortalezas y debilidades.
- Calculando los indicadores que estime oportuno, manifieste su opinión sobre la liquidez, la solvencia y la capacidad de endeudamiento de esta empresa.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 4

A) DETERMINAR EL RESULTADO LÍQUIDO Y SU APLICACIÓN EN LOS TRES EJERCICIOS

Para obtener el resultado líquido de la empresa tendremos que partir del resultado antes de impuestos y restarle la carga fiscal devengada en cada ejercicio.

El resultado neto de cada ejercicio debe ser objeto de reparto entre dividendos a los accionistas y constitución de reservas. Como el enunciado nos da las cifras que se reparten en cada ejercicio a los accionistas como dividendo (5 céntimos en 20X5 y 10 céntimos en 20X6 y 20X7) podemos calcular el importe total repartido en dividendos (basta con multiplicar el dividendo por acción por el total de acciones, 100.000 según datos del enunciado). Una vez obtenido el reparto de dividendo, el exceso (o defecto) del resultado se imputará a reservas.

	20X7	20X6	20X5
Resultado antes de impuestos	14.000	46.000	32.000
Impuesto de beneficios	6.000	5.000	
Resultado después de impuestos	8.000	41.000	32.000
Dividendos a los accionistas	10.000	10.000	5.000
Constitución de reservas	-2.000	31.000	27.000

B) PRESENTAR LA COMPOSICIÓN DE LOS FONDOS PROPIOS AL 31 DE DICIEMBRE DE LOS TRES AÑOS

El PGC 07 recoge en su marco conceptual la definición de patrimonio neto (o fondos propios):

«Patrimonio neto: constituye la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos.»

El mismo carácter residual que establece el PGC para definirlo puede ser usado para su cálculo, de esta manera el importe del patrimonio neto será la cifra de activo total de la compañía menos el pasivo en cada ejercicio (en nuestro caso se corresponde con el pasivo circulante).

	20X7	20X6	20X5
Total activo	359.000	313.000	220.000
Pasivo circulante	143.000	95.000	33.000
Fondos propios	216.000	218.000	187.000

Otro modo de llegar al mismo resultado sería reconstruir la cifra de fondos propios a través de sus componentes, sabiendo que en la constitución el capital social fue 100.000 euros, la prima de emisión ascendió a 60.000 euros y conociendo el importe destinado en cada ejercicio a la constitución de reservas:

	20X7	20X6	20X5
Capital social	100.000	100.000	100.000
Prima de emisión	60.000	60.000	60.000
Reservas	56.000	58.000	27.000
Fondos propios	216.000	218.000	187.000

C) COMENTE BREVEMENTE LA EVOLUCIÓN ECONÓMICO FINANCIERA DE LA SOCIEDAD SEÑALANDO SUS FORTALEZAS Y DEBILIDADES

La primera herramienta de la que nos vamos a servir para analizar la información financiera facilitada será el análisis horizontal. Dicho análisis consistirá simplemente en comparar la información entre varios ejercicios, tanto las variaciones en valor absoluto como las variaciones relativas.

Partidas	31 de diciembre						
	20X7	20X7-20X6	%	20X6	20X6-20X5	%	20X5
Inmovilizado material neto	253.000	40.000	18,78%	213.000	66.000	44,90%	147.000
Existencias comerciales	46.000	6.000	15,00%	40.000	13.000	48,15%	27.000
Clientes	52.000	7.000	15,56%	45.000	5.000	12,50%	40.000
Bancos, c/c	8.000	-7.000	-46,67%	15.000	9.000	150,00%	6.000
Total activo	359.000	46.000	14,70%	313.000	93.000	42,27%	220.000
Pasivo circulante	143.000	48.000	50,53%	95.000	62.000	187,88%	33.000
Proveedores de mercancías ...	127.000	47.000	58,75%	80.000	52.000	185,71%	28.000
Impuestos a pagar	6.000	1.000	20,00%	5.000	5.000	—	—
Dividendos a pagar	10.000	0	0,00%	10.000	5.000	100,00%	5.000

	20X7	20X7-20X6	%	20X6	20X6-20X5	%	20X5
Ventas (todas a crédito)	390.000	15.000	4,00%	375.000	15.000	4,17%	360.000
Compras (todas a crédito)	280.000	30.000	12,00%	250.000	20.000	8,70%	230.000
Resultado antes de impuestos ...	14.000	-32.000	-69,57%	46.000	14.000	43,75%	32.000

Lo primero que llama la atención en esta comparativa es el fuerte incremento del saldo de balance (42,27% y 14,7% en 20X6 y 20X7, respectivamente). Este incremento se debe tanto al incremento de inmovilizado (en el 20X6 un 45% y en el 20X7 un 19%) como de existencias (en el 20X6 un 48% y en el 20X7 un 15%). Esos incrementos de inmovilizado material y existencias son financiados, básicamente, con deuda de proveedores. Esta práctica no convence, una gestión prudente (de equilibrio de masas) de la sociedad aconsejaría financiar el incremento de inversiones con deudas a largo plazo o fondos propios. Esta forma de actuar genera inestabilidad en la estructura financiera. No obstante, su nivel de recursos propios es elevado en relación al total de balance.

Por otro lado, la cifra de resultados prácticamente no ha variado a lo largo de los tres ejercicios, únicamente un tímido 4%. Esto nos indica que el crecimiento de la inversión todavía no ha sido operativo, siempre que se trate de bienes de inversión y no de inversiones improductivas. Si se diera el primer caso habría que hacerlo operativo lo antes posible y de darse el segundo se tendría que deshacerse de él.

D) CALCULANDO LOS INDICADORES QUE ESTIME OPORTUNO, MANIFIESTE SU OPINIÓN SOBRE LA LIQUIDEZ, LA SOLVENCIA Y LA CAPACIDAD DE ENDEUDAMIENTO DE ESTA EMPRESA

El análisis se hará conforme a los datos que nos proporciona el supuesto, no obstante, sería interesante conocer los datos medios del sector para así tener una referencia a la hora de dar las diferentes opiniones. Por tanto, los razonamientos vertidos están incompletos ya que se desconoce punto de referencia.

Obtenemos los siguientes ratios de estructura del activo:

	20X7	20X6	20X5
Activo no corriente	70,47%	68,05%	66,82%
Activo corriente	29,53%	31,95%	33,18%
Total activo	100,00%	100,00%	100,00%

Los ratios de estructura del pasivo serían:

	20X7	20X6	20X5
Fondos propios	60,17%	69,65%	85,00%
Pasivo circulante	39,83%	30,35%	15,00%
Total patrimonio neto y pasivo	100,00%	100,00%	100,00%

Los ratios de liquidez:

	20X7	20X6	20X5
Activo circulante/pasivo circulante	74,13%	105,3%	212,2%
Activo circulante-existencias /pasivo circulante	42%	63,2%	139,4%
Tesorería/pasivo circulante	5,59%	15,79%	18,18%

Ratio de solvencia y endeudamiento:

	20X7	20X6	20X5
Activo real/pasivo exigible	2,51	3,3	6,67
Recursos ajenos/activo total	39,8%	30,4%	15%
BAT	14.000	46.000	32.000

La liquidez empeora año tras año, presentando una situación crítica de desequilibrio financiero, donde el pasivo circulante supera al activo circulante en más de un 25%. Además, esta situación empeora si la liquidez la ajustamos sólo a los disponibles (tesorería) y/o exigibles (créditos), así el ratio de Activo circulante-existencias/pasivo circulante tomando valores de escasa liquidez por el fuerte incremento del pasivo circulante que se corresponde, en parte, al incremento de las existencias. La solución radica en financiar las inversiones permanentes con recursos permanentes. Por tanto, se debería cambiar financiación a corto plazo por financiación a largo plazo o fondos propios. Sin menoscabo de los datos indicativos del sector (distribuidor de equipos informáticos).

La solvencia por su parte tiene unos valores aceptables pero con una tendencia vertiginosamente negativa, debido al fuerte incremento del balance (sobre todo inversiones permanentes) que es financiado con recursos ajenos (pasivo circulante). Además, las nuevas inversiones no son productivas a la fecha del análisis, lo que provoca una mayor necesidad de financiación, que es tomada de los proveedores. La solución sería frenar la tendencia de empeoramiento de la solvencia con el establecimiento de un plan de financiación para el plan de inversiones que están realizando. Con ello lo que se trataría es de equilibrar las grandes masas del balance. Por otro lado, sería interesante hacer cuanto antes productivas las nuevas inversiones, para que de esta forma se generen más recursos y las nuevas inversiones se hagan rentables.

Su capacidad de endeudamiento se ve fuertemente reducida a lo largo de los años por dos causas, principalmente:

- El beneficio antes de impuestos se ve reducido (reducción en el último año del 70%). Esto provoca menos capacidad para hacer frente a los intereses que generaría la posible captación de nuevos recursos ajenos a largo plazo.
- La entidad cada vez está más endeudada, debido al aumento de la financiación a corto plazo.

A pesar de lo comentado, se puede decir que la empresa tiene cierta capacidad para endeudarse, aunque cada vez menos. No obstante, se recomienda pasar deuda de corto plazo a largo plazo, salvo que en el sector donde actúa (distribuidor de equipos informáticos) sea factible presentar desequilibrio de vencimientos ($P_c > A_c$), es decir, capital circulante negativo, como por ejemplo: grandes distribuidores comerciales, banca, etc.

Por último, para analizar la rentabilidad económica de la actividad nos valdremos de la pirámide de Dupont. Se trata de segregar la rentabilidad económica (el resultado obtenido por la actividad relativizado con la cifra total de activo) en dos componentes: el margen de explotación y la rotación de activos.

Pirámide de Du Pont

$$ROI = RAIT/VN \times VN/ATM$$

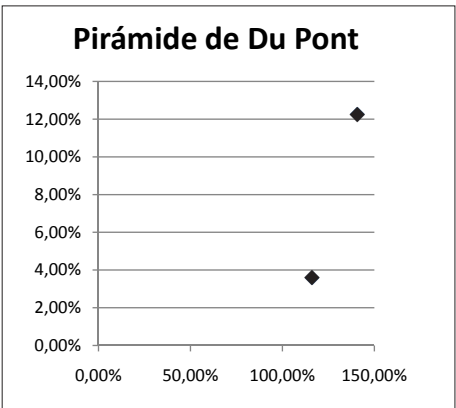
	20X7	20X6
RAIT/VN	3,59%	12,27%
VN/ATM	116,07%	140,71%
ROI	4,17%	17,26%

En el ejercicio 20X6 el margen de la explotación no era muy alto, sin embargo sufre una fuerte caída en el siguiente año, lo que hace que la empresa venda con un margen comercial francamente bajo. Esta caída del margen no es el único factor adverso para nuestra rentabilidad económica, sino que la rotación de activos también ha disminuido.

El problema no ha sido una caída de las ventas, sino que el incremento del inmovilizado no ha venido acompañado de un aumento de las ventas, por lo que han caído las rotaciones con la consiguiente disminución de la rentabilidad económica.

En el ejercicio no se da información sobre cuáles son los gastos de la sociedad, pero es de esperar que ese incremento de inmovilizado material también lastre el resultado contable por el efecto de las amortizaciones, no tanto por el coste de la financiación ya que se financia en gran parte con financiación a corto plazo sin coste.

Ordenando los dos pares de datos en un gráfico tendremos una referencia gráfica de cómo ha evolucionado la rentabilidad económica de la compañía:



Se observa que la situación en 20X6 es claramente superior a la de 20X7. Sería lo que los economistas denominan un óptimo de Pareto, se mejoran todas las componentes del resultado sin empeorar ninguna de ellas.

Recensiones Bibliográficas

La participación de las Haciendas locales en los tributos de las Comunidades Autónomas

Jesús RAMOS PRIETO

Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, 601 págs.

Esta monografía que presenta el profesor Jesús RAMOS PRIETO presta una exhaustiva atención a un recurso de la financiación de las Haciendas locales que, tradicionalmente, ha sido echado en el olvido y, en sintonía con ello, no había sido objeto hasta el momento de un estudio individualizado con un cariz concienzudo y riguroso como el que trasluce esta obra científica.

En un principio, la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (LRHL) no estableció figuras tributarias que fuesen lo suficientemente flexibles que permitiesen incorporar de manera automática en el estado de ingresos del presupuesto local los frutos del crecimiento económico del territorio. La reforma de la LRHL intentó paliar este defecto a través de la introducción de las participaciones territorializadas, pero la ausencia de capacidad normativa hace que se trate de una transferencia más y no pueda ser utilizada a efectos de incrementar la recaudación local. En este panorama se enmarcan las participaciones en ingresos de las Comunidades Autónomas (PICA), que han sido escasamente utilizadas pese a estar previstas expresamente en el artículo 142 de la Constitución como uno de los tres recursos fundamentales al servicio de la suficiencia financiera local.

La trayectoria investigadora del doctor RAMOS PRIETO lo avala como tributarista de solvencia en el tema de la financiación territorial, al cual ha aportado numerosos trabajos científicos entre los que destacamos, el libro *La cesión de impuestos del Estado a las Comunidades Autónomas: concepto, régimen jurídico y articulación constitucional*, Comares, 2001. Entre las obras colectivas en que ha participado pueden citarse las siguientes colaboraciones: «La participación de los municipios turísticos en los tributos estatales y autonómicos: un camino a medio recorrer y otro aún a medio comenzar», en *IV, V, VI Jornadas de derecho turístico en Andalucía* (coord. por Adolfo Juan AURIOLES MARTÍN), 2005; «Algunos aspectos problemáticos en la atribución del rendimiento de un impuesto cedido: las adquisiciones "mortis causa" gravadas por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones», *El debate sobre el sistema de financiación autonómica* (dir. por Francisco Javier LASARTE ÁLVAREZ y coord. por Francisco ADAME MARTÍNEZ y Jesús RAMOS PRIETO), Comares, 2003; e igualmente prolífico ha sido en artículos jurídicos relacionados con esta cuestión: «La distribución de las competencias de gestión, recaudación, inspección y revisión en materia tributaria y la reforma de los Estatutos de Autonomía», *Revista de Estudios Regionales*, n.º 78, 2007; «Consideraciones sobre la reciente evolución del sistema tributario municipal en España», *Tributos locales*, n.º 69, 2007; «Autonomía, suficiencia financiera y poder tributario de las Corporaciones Locales ante el creciente avance de poder tributario de las Comunidades Autónomas», *Revista de Estudios Regionales*, n.º Extra 66, 2003; «Algunas consideraciones sobre la cesión parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a las Comunidades Autónomas», *Impuestos*, año n.º 14, n.º 1, 1998.

Entrando en el contenido del libro, debe reconocerse el acierto en la perspectiva adoptada y el planteamiento que se esboza. La obra se ordena en cinco capítulos acompañados por unas razonadas conclusiones finales. El primer capítulo se ocupa de delimitar las bases constitucionales que enmarcan el imperativo de que las haciendas locales disfruten de una participación en el producto de los recursos tributarios integrantes de las haciendas autonómicas. En el segundo capítulo el autor examina la configuración que ha recibido el recurso de la participación en la recaudación de las haciendas autonómicas en el seno de la legislación estatal, con especial atención a los estatutos de autonomía. Los capítulos tercero y cuarto se destinan a constatar en qué medida han dado cumplimiento las comunidades autónomas al requerimiento constitucional de cooperar de modo estable y relevante al sostenimiento de los gastos de los municipios, provincias y otras entidades locales enclavadas en su territorio, adentrándose en la diversa legislación autonómica para identificar las fórmulas participativas o de transferencias que aquéllas han puesto en funcionamiento hasta el momento, en forma de fondos de cooperación o financiación local, comparando sus características más significativas y extrayendo sus elementos positivos y negativos. Todo ello lleva al autor a formular en el quinto y último capítulo una serie de alternativas en la línea de fomentar esta vía de obtención de ingresos en el marco de la financiación de las Haciendas locales, sin perjuicio de enlazar este aspecto con la articulación de las competencias normativas y de gestión en la materia.

A juicio del autor, el inusitado interés despertado por este tema se debe en buena medida a la inclusión en los textos de los reformados Estatutos de Autonomía de referencias al compromiso que las Haciendas autonómicas han de adoptar hacia la cobertura financiera de las Haciendas locales. No en vano, la Federación Española de Municipios y Provincias se ha caracterizado por su insistencia en la formulación de peticiones en el sentido de requerir una corrección en la muy insuficiente participación en los ingresos de las comunidades autónomas, mediante el despegue definitivo de fondos autonómicos incondicionales.

Pues bien, el autor se muestra partidario de configurar un modelo abierto y flexible que pueda ajustarse a las peculiaridades de cada territorio, pero al que debe dotarse de una ineludible articulación en atención a las exigencias constitucionales que apuntan al tratamiento de la PICA como un recurso ordinario, estable y de cierta relevancia para garantizar la suficiencia de las Haciendas locales. Y es, precisamente, por este motivo que el autor dispone propuestas desde dos perspectivas diversas: de un lado, en el contenido y significación de la PICA; y, de otro lado, respecto del diseño de este recurso financiero, siempre sin perder de vista la prioridad que ha de adjudicársele al principio de suficiencia de las Haciendas locales.

Así, consciente de las dificultades financieras de los entes locales, el autor defiende la necesidad de delimitar un objeto amplio del derecho a la participación, de manera que abarque tanto a la imposición autonómica propia como al producto de los impuestos cedidos por el Estado, puesto que si se limitase únicamente al primer aspecto la PICA sería ínfima. E incluso advierte la posibilidad de extender el derecho a la participación en la recaudación de los impuestos regulados y gestionados en exclusiva por la Hacienda autonómica a través de la asunción de competencias para modificar alguno de los elementos de cuantificación o el establecimiento de recargos. No obstante, el mecanismo de la PICA se estima que debe contener variables que permitan incrustar la realidad local de cada comunidad autónoma y, en consecuencia, sus necesidades de gasto. De aquí que el profesor RAMOS PRIETO conciba la idea de prever una cláusula de garantía de carácter dinámico que facilite

que el montante de la participación evolucione para el conjunto de las entidades locales a expensas no de lo establecido presupuestariamente por la comunidad autónoma, sino del comportamiento de la recaudación tributaria. El corolario a esta obra se aporta haciendo hincapié en la precisa coordinación de que deben gozar las participaciones de las Haciendas locales en los tributos del Estado y de las comunidades autónomas, incorporándose ambos a un fondo de financiación local en cada una de las comunidades autónomas.

Recomendamos, sin duda, de forma inexcusable la lectura de esta obra, de una gran trascendencia práctica para estudiosos de la materia y profesionales del mundo local. En definitiva, alabamos la aportación a la doctrina científica que con este análisis se añade por parte del profesor RAMOS PRIETO en materia tributaria.

Gemma Patón García

Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Castilla-La Mancha. Centro Internacional de Estudios Fiscales

La protección de las personas con discapacidad y en situación de dependencia en el derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario

Belén ALONSO-OLEA GARCÍA, Manuel LUCAS DURÁN e Isidoro MARTÍN DÉGANO
Aranzadi, Navarra, 2009, 622 págs.

Con prólogo de Rafael CALVO ORTEGA y presentación del Consejero de Administración Pública y Hacienda de la Junta de Extremadura, esta obra reúne el esfuerzo investigador continuado –una primera versión de los mismos autores y editorial fue publicada ya en el año 2006– de profesores titulares de dos áreas de conocimiento y universidades distintas: Belén ALONSO-OLEA e Isidoro MARTÍN pertenecen a la UNED, dedicándose la primera al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Este último, junto a Manuel LUCAS, de la Universidad de Alcalá de Henares, son profesores de Derecho Financiero y Tributario.

La nueva edición viene motivada, como reconocen los autores, en múltiples factores. Por un lado, está la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia que creó un *Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia* (SAAD), basado en la colaboración y participación de diversas Administraciones públicas, así como en la necesaria optimización de los recursos públicos y privados disponibles. Así se configura legalmente un derecho subjetivo fundamentado en los principios de universalidad, equidad y accesibilidad, reconociendo al ciudadano-beneficiario tres niveles de protección: uno de carácter mínimo, definido y garantizado financieramente por el Estado; otro erigido en la cooperación y financiación conjunta Estado-comunidades autónomas y, finalmente, un tercer nivel adicional de protección que pueden desarrollar las propias comunidades autónomas.

Por otra parte, los dos sectores del ordenamiento jurídico concernidos en esta monografía, son claramente representativos de la constante modificación normativa que experimentan, tanto por lo que se refiere a la legislación estatal –cambios en el ámbito de la Seguridad Social, reformas de las leyes rectoras de la imposición personal sobre la renta (IRPF e Impuesto sobre Sociedades), así como del Impuesto sobre el Valor Añadido, amén de variaciones en otras figuras y nuevos reglamentos de desarrollo de la Ley General Tributaria–, como en el establecimiento de medidas de apoyo a las personas con discapacidad adoptadas por distintas comunidades autónomas, al ejercer éstas sus competencias normativas sobre los impuestos cedidos. Aparte de la actualización normativa, el libro del que damos noticia ha tenido en cuenta la interpretación administrativa y judicial en lo que afecta a los beneficios previstos en el Sistema de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario.

El trabajo aparece estructurado en tres grandes partes relativas al Derecho de la Seguridad Social, la Ley de Dependencia y el Derecho Tributario, comprendiendo un total de siete capítulos, que vienen rematados con un amplio índice cronológico de las disposiciones normativas y la clásica referencia a la bibliografía citada. En el prólogo se destaca el rigor, exhaustividad y buena estructura del libro, así como que resulte particularmente útil para el campo universitario y también para el ámbito profesional. También se recuerda el valor del principio de capacidad económica cuya contemplación no estrictamente estática favorece el desenvolvimiento del derecho de las personas discapacitadas a que no sólo se tenga en cuenta la riqueza actual, sino también su capacidad de

generación futura, lo que no respondería a la idea de solidaridad, como tampoco las reducciones impositivas por aportaciones a patrimonios protegidos de las personas discapacitadas.

En la primera parte, que consta de tres capítulos, se estudian las prestaciones contempladas en el régimen público de Seguridad Social. Al principio se procura identificar a las personas con discapacidad a los efectos legales, arrancando del concepto de «minusválido» y distinguiéndolo de otras figuras afines. Para ello se recurre a definiciones dadas por distintos organismos internacionales (Naciones Unidas, Organización Internacional del Trabajo, Consejo de Europa y Unión Europea) y también por nuestra legislación nacional, en la que persona con discapacidad es aquella que tiene reconocido un determinado grado de minusvalía por el órgano competente según el cauce arbitrado por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

El segundo capítulo aporta una idea general del sistema de Seguridad Social, tanto desde una perspectiva constitucional (en la norma fundamental se concibe como principio rector de la política social y económica, aparte de llevar a cabo una distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas e imponer, finalmente, a los poderes públicos que realicen una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos), como de legalidad ordinaria, señalando los regímenes que integran el sistema, las contingencias protegidas por la Seguridad Social, sus modalidades contributiva y no contributiva, así como la gestión y administración de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social.

En el tercer capítulo se analizan las prestaciones económicas (incapacidad permanente, de base contributiva, la invalidez no contributiva y la asignación económica por hijo minusválido a cargo) reconocidas a las personas con discapacidad –unas dentro del sistema de la Seguridad Social, regulándolas el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RDLeg. 1/1994, de 20 de junio), y otras fuera del mismo (Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos)– quedando fuera del ámbito de estudio otras prestaciones como son las sanitarias y las de servicios sociales.

La segunda parte hace referencia al ya citado Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia instaurado por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, concibiéndolo como una cuestión diferenciada de la idea de discapacidad, pero con algunos puntos en común y recorriendo los siguientes puntos de atención: titulares del derecho a las prestaciones; órganos de valoración, grados y niveles determinantes de la situación de dependencia, así como efectividad de previos reconocimientos; régimen jurídico de las prestaciones de servicios sociales (tele-asistencia, ayuda a domicilio, servicios de centro de día y de noche y de atención residencial...) y de las prestaciones económicas (la vinculada al servicio, para cuidados en el entorno familiar y de asistencia personal, así como la subvención o ayuda económica para facilitar la autonomía personal) y, finalmente, el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones, además de la revisión del grado o nivel de dependencia y de la prestación reconocida.

En la tercera parte se afrontan ya las situaciones de discapacidad y dependencia desde la óptica del Derecho Tributario, constando también de tres capítulos.

Por un lado, se promueve la unificación de diversas expresiones que emplea nuestro derecho positivo en los conceptos de persona con discapacidad y de persona en situación de dependencia.

Luego se estudia la fiscalidad estatal de los discapacitados y de las entidades relacionadas con los mismos, recorriendo los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas, Sociedades, bonificaciones en la cuota de Seguridad Social, Renta de No Residentes, Patrimonio y Sucesiones y Donaciones, por lo que hace a la imposición directa. Los autores observan también los beneficios fiscales y elementos concernientes a la discapacidad en los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte y gravámenes aduaneros.

Por último, en el ámbito de los tributos locales se amplía el estudio a las contribuciones especiales y tasas (por estacionamiento de vehículos que transporten personas con movilidad reducida, por la utilización del dominio público de forma exclusiva por este tipo de vehículos, etc.), así como a las medidas contenidas en la regulación de los impuestos municipales que tienen relación con el objeto del libro.

Miguel Ángel Martínez Lago

Extrafiscalidad y dogmática tributaria

Juan Enrique VARONA ALABERN
Marcial Pons, Madrid, 2009, 174 págs.

Desde las primeras páginas de este cuidadoso estudio de la extrafiscalidad, llevado a cabo por Juan Enrique VARONA, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Cantabria, se asocia aquélla a la facilidad de entendimiento y aceptación que genera. También se alude a tres causas que han favorecido su especial despliegue en nuestro país en los últimos veinte años: mayor sensibilidad social por el medio ambiente, el enmarañamiento que provocan las relaciones socioeconómicas y la flexibilidad que ello provoca en las figuras jurídicas, los límites de las comunidades autónomas para el establecimiento de sus propios tributos.

Con ser importante para la extrafiscalidad el estudio de la tributación medioambiental —que cuenta con distinguidos colegas que profesan su estudio, como hemos ido dando cuenta a lo largo de varias recensiones desde esta misma Revista— el libro del que ahora damos cuenta excede esa sola preocupación ecológica y aborda cuestiones relacionadas con tributos claramente extrafiscales ajenos a la protección del medio ambiente. Según lo concibe el propio autor, «esta actitud metodológica proporciona una doble ventaja. Por un lado, impide tomar el todo por la parte, atribuyendo a la extrafiscalidad en general cualidades que sólo son propias de la tributación medioambiental; tendencia comprensible cuando es ésta la clase de extrafiscalidad más estudiada, pero errónea, porque podría conducir a un peligroso reduccionismo que impidiera comprender adecuadamente cómo opera este fenómeno en otros ámbitos distintos del ecológico. Por otro lado, sólo actuando del modo descrito es posible desarrollar un profundo estudio de la extrafiscalidad como fenómeno unitario, a fin de otorgarle el papel que le corresponde en el seno de la dogmática tributaria».

La obra consta de seis capítulos, dedicados al tratamiento de los temas siguientes: 1.º Concepto y principales características de la extrafiscalidad; 2.º Extrafiscalidad y tributos propios autonómicos; 3.º Extrafiscalidad y justicia tributaria; 4.º Extrafiscalidad regular y extrafiscalidad irregular; 5.º Especial referencia a la fiscalidad medioambiental, y 6.º Finalidad extrafiscal *versus* instrumentalizada de la actividad financiera. Al término del libro aparece debidamente referenciada la bibliografía citada.

El profesor VARONA comienza su recorrido encarando las notas características que presenta el concepto de tributo —patrimonialidad, coactividad, finalidad contributiva que lo conecta al gasto público, titularidad pública— y recuerda la jurisprudencia constitucional que avaló la legitimidad de los fines no fiscales —algunos prefieren llamarlos de «ordenamiento» y hasta «ultrafiscales»— de la imposición (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 13.º). El autor elogia el fenómeno y sostiene que la extrafiscalidad ha de potenciarse porque puede constituir, si no el mejor vehículo, un adecuado medio para alcanzar objetivos constitucionales y considera, más adelante, los distintos grados que la misma puede presentar en sus más concretas manifestaciones.

Al plantear las notas definidoras de los tributos propiamente extrafiscales —y no de aquellos que se limiten a contener incentivos o beneficios de dicha naturaleza, pero con predominio del fin esencial recaudatorio—, se señalan:

-
- 1.º El tributo debe perseguir con claridad una finalidad no recaudatoria que debe deducirse del articulado de su ley reguladora.
 - 2.º La estructura interna del tributo debe impregnarse de los aspectos extrafiscales, informando intensamente sus elementos esenciales y no como un mero añadido aislado.
 - 3.º El tributo debe fomentar las conductas u operaciones acordes con la finalidad extrafiscal perseguida, reduciendo entonces la carga tributaria si la misma se logra y aumentándola si se muestra una actitud contraria a su logro.

Tras poner en relación la extrafiscalidad y el conductismo, resaltando las finalidades persuasiva y disuasoria siempre presentes en los gravámenes de ordenamiento, se considera la incidencia de la extrafiscalidad en las distintas especies tributarias, poniendo de relieve los problemas que se plantean para su admisión en las tasas y contribuciones especiales y anunciando las controversias dogmáticas que suscitan los impuestos extrafiscales, que pueden llegar a desvirtuar el principio de capacidad económica. También se deslinda la extrafiscalidad y la paraafiscalidad desde la perspectiva suministrada por el principio de no afectación de ingresos a gastos públicos, planteando el carácter hasta cierto punto inevitable que tiene el fenómeno estudiado: «la misma elección del legislador de gravar una fuente de riqueza y no otra ya entraña, implícitamente, una decisión no exenta de algún motivo extrafiscal».

El capítulo segundo gira sobre los tributos autonómicos; ámbito este mayoritariamente extrafiscal, debido a las fuertes restricciones que a su establecimiento se contienen en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA). Tras aludir a la necesidad de que las mismas ostenten una doble competencia –la de carácter tributario y la referente a la materia sobre la que recaiga la finalidad extrafiscal perseguida–, se estudia la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de los límites, no ya genéricos (derivados de los principios de territorialidad y no interferencia), sino específicamente señalados en los apartados 2.º y 3.º del artículo 62 de la LOFCA, siendo la extrafiscalidad un motivo de flexibilización de dichas limitaciones, a través, precisamente, de la integración de la misma en el objeto imponible de los tributos que han llegado a considerarse en la jurisprudencia constitucional (SSTC 37/1987, de 26 de marzo; 289/2000, de 30 de noviembre; 168/2004, de 6 de octubre; 179/2006, de 13 de junio y, también, AATC 417/2005, de 22 de noviembre; 456/2007, de 12 de diciembre).

El siguiente apartado de la investigación considera la extrafiscalidad –exclusivamente impositiva– a la luz de los principios de igualdad y capacidad contributiva. En relación con este último, el autor estima que «queda un tanto difuminado en la imposición extrafiscal, ya que la finalidad de interés general perseguida puede conducir a que quien adecue su conducta al fin extrafiscal vea reducida su deuda tributaria, aun teniendo la misma capacidad económica que otro sujeto que por despreciar aquella finalidad se ve obligado a pagar más impuesto. En la medida en que el principio de capacidad económica pierda protagonismo en la extrafiscalidad, el principio de igualdad deberá tomar como criterio de contraste la finalidad extrafiscal, ya que la diferencia de la carga fiscal entre los obligados tributarios no vendrá dada tanto (ni sólo) por la diversidad de capacidades económicas como por la diferencia de cumplimiento de la finalidad extrafiscal. De ahí que pueda ocurrir que una desigualdad de cargas tributarias que no se justifique atendiendo exclusivamente al principio de ca-

pacidad económica, pueda quedar suficientemente fundamentada en la distinta posición que ocupan los sujetos respecto del objetivo extrafiscal perseguido por el impuesto».

La eventual postergación del principio de capacidad económica –o mejor, la mayor o menor intensidad que dicho criterio rector del deber de contribuir tenga en cada impuesto extrafiscal concreto– suscita la distinción que se efectúa, con amplia argumentación, en el capítulo siguiente, entre una extrafiscalidad regular y otra irregular (que «parece perseguir la recaudación cero»).

Al sistematizar ambas situaciones, el profesor VARONA incluye como ejemplos de extrafiscalidad regular el canon de saneamiento y depuración de aguas residuales de la Comunidad Autónoma de Cantabria (Ley 2/2002, de 29 de abril); el gravamen catalán sobre los elementos patrimoniales afectos a las actividades de las que pueda derivar la activación de planes de protección civil (Ley 4/1997, de 20 de mayo); determinados impuestos que gravan los grandes establecimientos comerciales y que se contemplan en diversas leyes autonómicas –de Cataluña (Ley 16/2000, de 29 de diciembre), Navarra (Ley foral 23/2001, de 27 de noviembre) y Principado de Asturias (15/2002, de 27 de diciembre)–; el impuesto gallego sobre el daño medioambiental causado por determinados aprovechamientos del agua embalsada (Ley 15/2008, de 19 de diciembre), así como el *nonato* impuesto balear sobre la circulación de vehículos de arrendamiento sin conductor (inicialmente aprobado por la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, y derogado por la Ley 25/2006, de 27 de diciembre).

Los ejemplos de extrafiscalidad irregular que se observan hacen referencia al impuesto andaluz sobre tierras infrautilizadas (Ley de 3 de julio de 1984), que se declaró conforme a la Constitución por la STC 37/1987, de 26 de marzo; el impuesto extremeño sobre suelo sin edificar y edificaciones ruinosas (inicialmente regulado en la Ley 9/1998, de 26 de junio y, actualmente, en el Decreto Legislativo 2/2006, de 12 de diciembre, que aprobó el Texto Refundido de las disposiciones legales de Extremadura en materia de tributos propios); el impuesto navarro sobre viviendas desocupadas (Ley foral 2/1995, de 10 de marzo) y, aparte de otros supuestos que ya no se encuentran vigentes, el recargo de hasta un 50 por 100 en la cuota líquida del Impuesto sobre Bienes Inmuebles que los Ayuntamientos pueden establecer para los inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados (art. 72.4 de la Ley de Haciendas Locales –Texto Refundido aprobado por RDLeg. 2/2004, de 5 de marzo–).

Después de la clasificación, se efectúa un análisis crítico de la extrafiscalidad irregular, poniendo de manifiesto la analogía funcional que presenta con las sanciones pecuniarias, aunque las figuras tributarias que se acaban de citar no pueden considerarse verdaderas sanciones, ni resultan adecuadas para cumplir la doble finalidad que caracteriza a estas últimas: retribución de infracciones cometidas y prevención de futuras conductas ilícitas.

Los dos últimos capítulos resultan de menor extensión que los anteriores, aunque no son de escaso interés los temas que se tratan en ellos. Por una parte, se consideran los principales caracteres de la tributación medioambiental –situada en el campo de la extrafiscalidad regular–, a través de la cual se pretende trasladar el coste derivado de paliar el daño a la naturaleza a quienes se lucran con la realización de actividades contaminantes. Por otra parte, se comenta brevemente la nota de

la instrumentalidad de la actividad financiera (desde antiguo se ha dicho que ésta no perseguiría directamente la satisfacción de intereses públicos, sino que se limita a suministrar fondos para que otras actividades administrativas –finales– los lleven a cabo) y se plantea cómo la extrafiscalidad hace mucho más tenues las diferencias entre la actividad financiera y la administrativa, lo que conduce a un problema dogmático en la delimitación conceptual de la primera. Esto confirma algo que el propio autor señala al principio de su libro: «la relación entre extrafiscalidad y dogmática tributaria es bidireccional, llegando a crear un flujo intenso y constante de influencia recíproca entre ambas realidades».

Miguel Ángel Martínez Lago