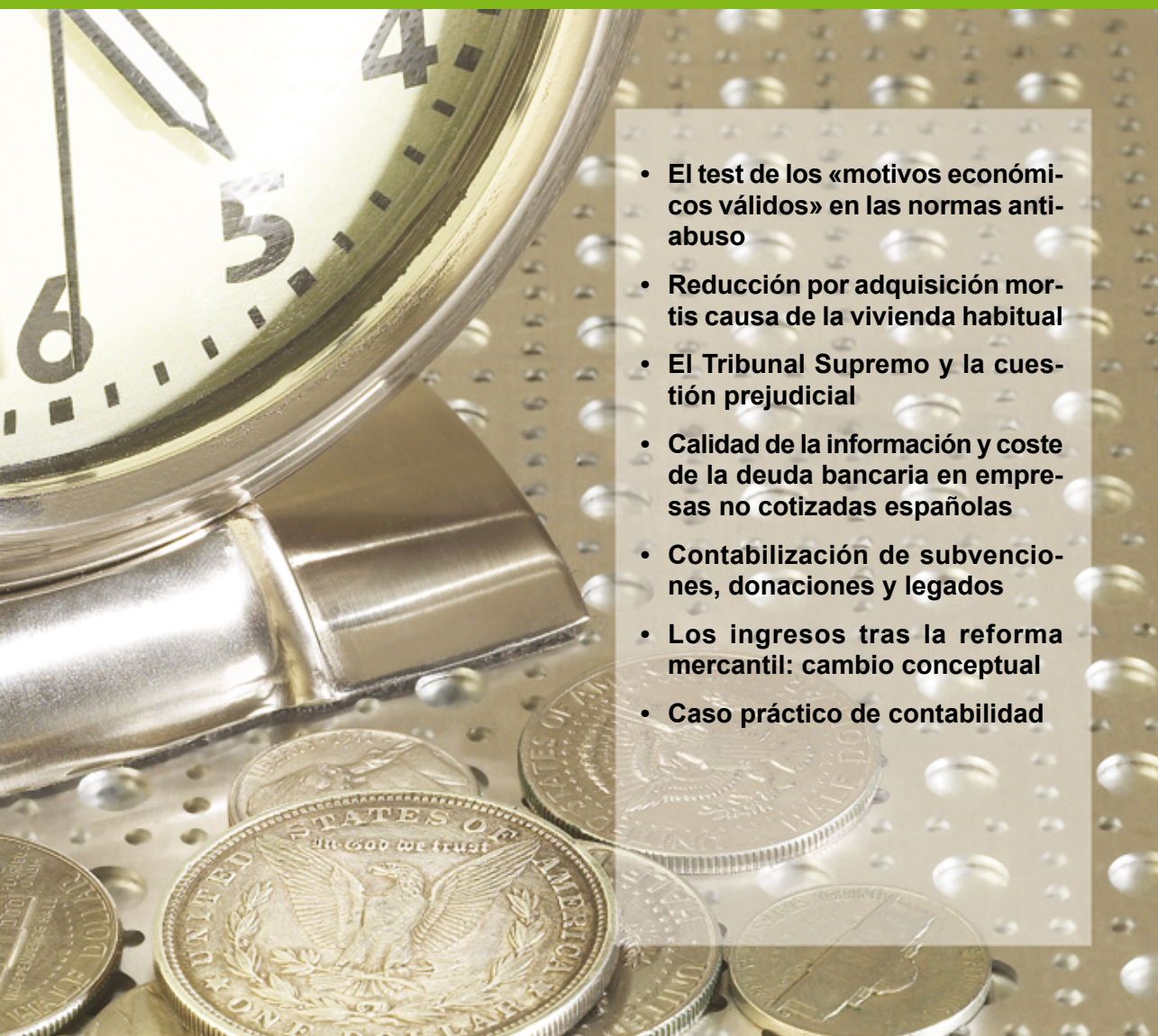




- El test de los «motivos económicos válidos» en las normas anti-abuso
- Reducción por adquisición mortis causa de la vivienda habitual
- El Tribunal Supremo y la cuestión prejudicial
- Calidad de la información y coste de la deuda bancaria en empresas no cotizadas españolas
- Contabilización de subvenciones, donaciones y legados
- Los ingresos tras la reforma mercantil: cambio conceptual
- 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

AGOSTO-SEPTIEMBRE 2010 – NÚMEROS 329-330

DIRECTOR

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

COORDINADORES

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

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

CONSEJO ASESOR

Sotero Amador Fernández

Profesor de Contabilidad del CEF

Juan Arrieta Martínez de Pisón

Catedrático de Derecho Financiero. Universidad Autónoma de Madrid

Alejandro Blázquez Lidoy

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

Eduardo Bueno Campos

Director de IADE y Catedrático de Economía de la Empresa (Área de Organización de Empresas). Universidad Autónoma de Madrid

Inocencio Carazo González

Socio Director de INSESA & Abogados

Pablo Chico de la Cámara

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Rey Juan Carlos

José Luis Cea García

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Autónoma de Madrid

Lorenzo de las Heras Miguel

Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España

Rafael Fernández Montalvo

Presidente Sección 2.ª Sala 3 del Tribunal Supremo

José Antonio Gonzalo Angulo

Presidente del ICAC. Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

Francisco Guío Montero

Inspector de Hacienda del Estado (excedente) y Director de la Asesoría Guío Abogados

Alejandro Larriba Díaz-Zorita

Vicerrector de la UDIMA y Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

Luis Alberto Malvárez Pascual

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Huelva

Miguel Ángel Martínez Lago

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Complutense de Madrid

José Andrés Sánchez Pedroche

Rector de la UDIMA

Eduardo Sanz Gadea

Inspector de Hacienda del Estado. Ministerio de Economía y Hacienda

Vicente Pina Martínez

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Zaragoza

Juan José Pintado Conesa

Profesor de Economía y Administración de Empresas del CEF

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

68/2010 ¿Tiene futuro el test de los «motivos económicos válidos» en las normas anti-abuso? (Sobre la planificación fiscal y las normas anti-abuso en el Derecho de la Unión Europea).	5
1.º PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2010	
<i>(Violeta Ruiz Almendral)</i>	
69/2010 Doctrina administrativa y jurisdiccional sobre la reducción por adquisición mortis causa de la vivienda habitual del causante.	61
<i>(Pilar Álvarez Barbeito)</i>	
70/2010 El Tribunal Supremo y la cuestión prejudicial.	85
<i>(José Luis de Juan y Peñalosa y Stella Raventós Calvo)</i>	

CONTABILIDAD

71/2010 Calidad de la información y coste de la deuda bancaria en las empresas no cotizadas españolas.	95
1.º PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2010	
<i>(Inmaculada Aguiar Díaz y Nieves Lidia Díaz Díaz)</i>	
72/2010 Contabilización de subvenciones, donaciones y legados.	129
<i>(Alejandro Larriba Díaz-Zorita y Carlos Mir Fernández)</i>	
73/2010 Los ingresos tras la reforma mercantil: un cambio conceptual.	155
<i>(C. Esther Falcón Pérez y Juana Fuentes Perdomo)</i>	
74/2010 Segundo ejercicio del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Gestión de Administración de la Xunta de Galicia, Escala Técnica de Finanzas.	171
<i>(Ángel Alonso Pérez y Fernando Vallejo Torrecilla)</i>	

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS	207
---	-----

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

SUMMARY

Página

TAXATION

68/2010	The business purpose test.	5
1.^{ER} PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2010		
<i>(Violeta Ruiz Almendral)</i>		
69/2010	Administrative doctrine and case-law on tax deduction for mortis causa acquisition of the deceased's habitual abode.	61
<i>(Pilar Álvarez Barbeito)</i>		
70/2010	The Supreme Court and the preliminary question.	85
<i>(José Luis de Juan y Peñalosa y Stella Raventós Calvo)</i>		

ACCOUNTING

71/2010	Quality information and the cost of bank debt in not listed Spanish firms.	95
1.^{ER} PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2010		
<i>(Inmaculada Aguiar Díaz y Nieves Lidia Díaz Díaz)</i>		
72/2010	Accounting for grants, donations and legacies.	129
<i>(Alejandro Larriba Díaz-Zorita y Carlos Mir Fernández)</i>		
73/2010	Revenue after accounting reform: a conceptual change.	155
<i>(C. Esther Falcón Pérez y Juana Fuentes Perdomo)</i>		
74/2010	Second exam of the selective examination for the admission to the Management Body of the Administration of the Galacian Autonomous Government (Xunta de Galicia) (Finance Department, Technical Level).	171
<i>(Ángel Alonso Pérez y Fernando Vallejo Torrecilla)</i>		

BIBLIOGRAPHIC REVIEWS	207
------------------------------------	-----

¿TIENE FUTURO EL TEST DE LOS «MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS» EN LAS NORMAS ANTI-ABUSO? (SOBRE LA PLANIFICACIÓN FISCAL Y LAS NORMAS ANTI-ABUSO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA)

VIOLETA RUIZ ALMENDRAL

*Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Carlos III de Madrid*



Este trabajo ha obtenido el 1.^{er} **Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, don Francisco GUÍO MONTERO, don Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, don José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE y don Pablo CHICO DE LA CÁMARA.

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

Extracto:

LAS consecuencias que el Derecho de la Unión Europea tiene para el establecimiento, interpretación y aplicación de las normas anti-abuso no sólo no pueden ignorarse sino que constituye la delimitación precisa actual de este tipo de normas, es decir, el único marco en el que pueden operar, salvo que se pretenda su aplicación a un contexto estrictamente interno. El objeto de este trabajo se limita a dos cuestiones generales: (i) determinar cuál es, en la hora actual, la noción de abuso de Derecho tributario en el Derecho de la Unión Europea haciendo hincapié en la reciente modificación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y (ii) examinar las normas generales anti-abuso españolas, haciendo también referencia a algunas normas específicas anti-abuso (buena parte de las cuales proceden del Derecho tributario internacional) a la luz de dicha noción. El trabajo se centrará en la fiscalidad directa, aunque con necesarias referencias a la indirecta, por ser aquel ámbito donde más ha avanzado la jurisprudencia, precisamente en ausencia de un proceso de armonización en sentido estricto de la legislación tributaria en la Unión Europea, y por ser también éste el único ámbito cubierto, por el momento, por el Derecho tributario internacional.

Palabras clave: abuso de normas tributarias, fraude de ley tributaria, armonización fiscal en la Unión Europea, Derecho tributario internacional, normas específicas anti-abuso y normas generales anti-abuso.

THE BUSINESS PURPOSE TEST

VIOLETA RUIZ ALMENDRAL

*Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Carlos III de Madrid*



Este trabajo ha obtenido el 1.^{er} **Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, don Francisco GUÍO MONTERO, don Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, don José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE y don Pablo CHICO DE LA CÁMARA.

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

Abstract:

THE consequences of European Union Law on the interpretation of anti-abuse rules cannot be ignored, for they shape the actual meaning of these type of rules. The purpose of this work is twofold: (i) to assess and establish the notion of abuse of tax law in the European Union Law, in particular by stressing the latest doctrine established by the European Court of Justice, and to (ii) assess the Spanish general anti-abuse rules, paying particular attention to some specific anti-avoidance rules (many of them originated in International Tax Law). The article will mainly focus on direct taxation, even if some references to indirect taxation need to be made. It is precisely in the area of direct taxation where the evolution of the European Court of Justice is most interesting, as this is an area that is not subject to formal tax harmonization in the EU, but is also the only taxation area covered by International Tax Law such as it is today.

Keywords: Tax avoidance, Tax abuse, Tax harmonization in the European Union, International Tax Law, Specific anti-avoidance rules and General anti-avoidance rules.

Sumario

- I. Introducción.
- II. La noción de *abuso de normas tributarias* en el Derecho de la Unión Europea.
 1. Introducción.
 2. Consecuencias de la doctrina anti-abuso del TJUE cuando está en liza una libertad comunitaria.
 3. Las normas anti-abuso autorizadas en las Directivas comunitarias en materia de imposición directa y su interpretación por el TJUE.
- III. Consecuencias de la noción de abuso del TJUE en materia tributaria sobre el «test de los motivos económicos válidos» presente en las normas anti-elusión.
 1. Introducción: las normas generales anti-abuso en perspectiva comparada.
 2. La artificiosidad en las operaciones como una reinterpretación restrictiva del test de propósito negocial (*business purpose test*).
- IV. Recapitulación sobre la noción de fraude a la ley tributaria en la Unión Europea y su posible evolución: ¿es el principio de «plena competencia» un modo de superar la doctrina anti-abuso del TJUE?

Bibliografía.

NOTA: Este trabajo ha sido realizado gracias al apoyo recibido por el Ministerio de Educación, que me concedió una Beca de Movilidad de Profesores, Programa *Senior*, para desarrollar una estancia en la *London School of Economics*, donde he trabajado como *Senior Visiting Fellow* durante el periodo abril-agosto de 2010. Agradezco a los profesores Ian Roxan y Eduardo Baistrocchi la invitación y el apoyo prestado durante la citada estancia. Asimismo, el presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación de la Comunidad de Madrid titulado «Las medidas anti-elusión nacionales y su compatibilidad con el Derecho Comunitario y el Derecho Tributario Internacional» (2010-2011).

Agradezco muy especialmente el apoyo prestado por la Universidad Carlos III de Madrid, al concederme una Ayuda de investigación, que se enmarca en el Plan Integral de Igualdad de esta Universidad, consistente en la reducción del 50 por 100 de la docencia durante el periodo 2009-2011, con la finalidad de desarrollar mi proyecto investigador (dicha ayuda se ofrece, por esta Universidad, a todos aquellos profesores que previamente hayan disfrutado de una baja por paternidad o maternidad, siempre que presenten un plan de investigación que sea aprobado por su Departamento). Finalmente, agradezco al *Centro de Estudios Financieros*, así como al Jurado de este año, la concesión del presente premio.

I. INTRODUCCIÓN

La aplicación de las normas generales y específicas anti-elusión de impuestos en un contexto no doméstico –internacional o comunitario– es problemático por definición debido a diversas razones, entre las que destaca la pluralidad de normas y contextos jurídicos que necesariamente deben ser objeto de interpretación ¹. Y sin embargo, en ningún momento como el actual ha habido una proliferación tal de normas específicas y generales anti-abuso, ni este conjunto de problemas ha estado tan presente en el debate del Derecho tributario internacional, donde las denominadas prácticas de «especulación tributaria» (*tax arbitrage* ²) o la conducta por la cual los contribuyentes aprovechan las diferencias entre normas tributarias para erosionar sus bases imponibles, genera una preocupación sin precedentes entre los Estados de nuestro entorno ³. Esta *especulación* o explotación de las diferencias entre regímenes tributarios no siempre es estrictamente abusiva, por lo que ni siquiera su encaje en los esquemas del fraude a la ley tributaria (*tax avoidance*) resulta sencilla de defender. De ahí la citada proliferación de normas específicas, tanto anti-abuso como normas que podríamos denominar «de control», y cuya finalidad última no es sólo evitar el fraude sino reequilibrar el reparto del poder tributario entre Estados.

Las normas específicas anti-abuso o normas de control, dispersas en las diversas normas tributarias, y en muchos casos contenidas en un Convenio de Doble Imposición (CDI), o bien en el derecho nacional pero a consecuencia del régimen tributario internacional, presentan problemas propios en su relación con las normas y doctrinas anti-abuso. Estos problemas se plantean de forma necesariamente diversa en el contexto estrictamente internacional y en el comunitario, de ahí la creciente existencia de puntos de fricción entre ambos ámbitos, de manera que por ejemplo cláusulas específicas anti-abuso muy extendidas, sobre todo en los CDI firmados con Estados Unidos, como son las cláusulas de limitación de beneficios (LOB o LOBC) plantean, como veremos, serios problemas de compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea.

¹ Vid. RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2006, págs. 143 y ss. (obra disponible en el e-archivo: <http://hdl.handle.net/10016/7508>); MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Las Medidas anti-elusivas/anti-abuso internas y los Convenios para la eliminación de la doble imposición» en: SERRANO ANTÓN; SOLER ROCH: *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2002, págs. 112 y ss. MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: «Domestic Anti-Abuse Rules and Double Taxation Treaties: a Spanish Perspective», I y II. *Bulletin*. IBFD, n.º 11 y 12/2002.

² El término «arbitraje» es un falso amigo, de manera que no es correcto traducirlo por «arbitraje», como hacen algunos diccionarios inglés/español al uso, sino que su significado es mucho más preciso, haciendo referencia a la compra y reventa de activos en bolsa para aprovechar diferencias de precios, esto es, una modalidad de especulación (definición del diccionario Oxford: «the simultaneous buying and selling of assets in different markets or in derivative forms, taking advantage of the differing prices»).

³ AVI-YONAH, R. S.: *International Tax as International Law. An Analysis of the International Tax Regime*. Cambridge, 2007, págs. 186 y ss.

Al mismo tiempo, las doctrinas jurisprudenciales o las normas generales anti-abuso, como la norma de conflicto contenida en el artículo 15 o la norma anti-simulación del artículo 16, contenidas ambas en la Ley General Tributaria de 2003 (LGT) dan lugar a problemas interpretativos que enlazan directamente con la finalidad del Derecho tributario nacional, frente a los fines y objetivos *tradicionales* del Derecho tributario internacional (en principio facilitar las transacciones económicas ⁴) o del Derecho de la Unión Europea ⁵ (integración económica –y política–, creación del mercado interior, protección de libertades fundamentales, que a su vez son una garantía de acceso a dicho mercado). Muestra de la magnitud de los problemas que el citado triángulo normativo y doctrinal está generando son las Comunicaciones de la Comisión sobre la materia que tratan de dotar de coherencia y ofrecer directrices para que los Estados miembros puedan adaptar su normativa tributaria a la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ⁶.

Para comprender las ramificaciones de estos problemas es preciso partir de las siguientes premisas; **en primer lugar**, el Derecho tributario internacional es un complejo entramado normativo, en el que conviven, no siempre de forma pacífica, normas *auténticas* y normas «blandas» (*soft law*), y donde cada ámbito jurídico, nacional e internacional, formado éste por la red de CDI, funciona de una manera relativamente independiente, de manera que cada uno se rige por sus propias normas ⁷. De ahí la dificultad de aplicar en el contexto internacional normas estrictamente domésticas, salvo que se trate de normas (como pueden ser las normas de transparencia fiscal internacional o normas CFC –*controlled foreign corporations*–) cuyo origen y propósito es internacional. Por eso, aunque sea posible defender la posibilidad de aplicar las normas generales anti-abuso a los cometidos en abuso de los CDI, bien sobre la base de que la inadmisibilidad del

⁴ VOGEL, K.: «Steuerumgehung nach innerstaatlichem Recht und nach Abkommensrecht». *StuW*, n.º 4/1985, pág. 369; CALDERÓN CARRERO, J. M.: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, págs. 55 y ss.

Como es sabido, tras la modificación de los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE (CM-OCDE, en adelante), se añade la finalidad de evitar la elusión tributaria, y a partir de 2003 se da un espaldarazo a las medidas anti-elusión admitiéndose expresamente (Comentarios al art. 1) la aplicación de las normas generales anti-abuso. Véase: VEGA BORREGO, F.: *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*. Kluwer Law International, 2006; ARNOLD, B.: «Tax Treaties and Tax Avoidance: the 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model». *Bulletin*, IBFD, 2004; PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*. Lex Nova, 2009, págs. 201 y ss. ZORNOZA PÉREZ, J.: «Las normas anti-abuso frente a la competencia fiscal en el marco comunitario». En: (P. CHICO DE LA CÁMARA, E.): *Medidas anti-abuso frente a la competencia fiscal lesiva y a los fenómenos de deslocalización producidos como consecuencia de la incorporación de nuevos Estados* (en prensa), 2010; ZORNOZA PÉREZ, J. J.; BÁEZ MORENO, A.: «The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model on Tax Treaties and GAARS: a Mistaken Starting Point», in *Tax Treaties: Views from the Bridge-Building Bridges between Law and Economics* (IBFD forthcoming 2010).

⁵ Nótese que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el pasado 1 de diciembre de 2009, desaparecen estrictamente las Comunidades por lo que la referencia correcta ya no es al Derecho Comunitario sino al Derecho de la Unión Europea. De la misma manera, la denominación de las instituciones se ha modificado, pasando el Tribunal de Justicia a ser *de la Unión Europea* (TJUE, en adelante), y la Comisión europea a denominarse únicamente Comisión (art. 13 Tratado de la Unión Europea, versión consolidada).

⁶ Comisión: «Los impuestos de salida y la necesidad de coordinar las políticas tributarias de los Estados miembros» (COM (2006) 825 final); Comisión: «Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa –dentro de la UE y en relación con terceros países». COM (2007) 785 final.

⁷ AVI-YONAH, R. S.: *International Tax as International Law. An Analysis of the International Tax Regime...* cit. págs. 2 y ss.; FISCHER, P.: «Innenrechtliche Bemerkungen zur Bekämpfung der Steuerumgehung im Internationalen Steuerrecht». *SWI*, 1999, pág. 105. Entre nosotros véase: CALDERÓN CARRERO, J. M.: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, págs. 35 y ss.

fraude a la ley tributaria es una norma reconocida en el Derecho internacional⁸, bien porque dicha conclusión derive de la propia interpretación de los CDI⁹, las dificultades prácticas son numerosas, sobre todo porque pese a la existencia de elementos comunes en casi todas las normas anti-abuso (como el test de propósito negocial) no hay acuerdo en las consecuencias de la aplicación de esta norma, de forma que mientras países como España excluyen de plano la imposición de sanciones, en otros Estados no existe tal impedimento.

En segundo lugar, la complejidad de la ecuación se comprende si se tiene presente que el Derecho de la Unión Europea es un sistema jurídico propio, como ha reiterado el TJUE, y que hay una auténtica *Constitución Financiera Europea* que integra los ordenamientos nacionales¹⁰, lo que refrenda la pérdida de soberanía en materia de constitución económica por parte de los Estados miembros¹¹, reflejada como es sabido en distintos aspectos del Derecho financiero¹². Y si el debate acerca de la naturaleza (constitucional o no) de los Tratados, trasladable ahora al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), no ha finalizado, tampoco hay dudas de la fuerza constitucional de los mismos, como se constata a partir de la jurisprudencia del TJUE, y en particular en sentencias como *Van Gend & Loos*, *Costa/ENEL* o *Simmenthal*¹³ donde ya se habían extraído las consecuencias de dicha «fuerza constitucional»¹⁴, en particular el efecto directo y la primacía del Derecho comunitario¹⁵, que como es sabido son conceptos afines pero lógicamente diferentes, siendo la primacía la principal norma de conflicto entre el Derecho comunitario y los derechos nacionales¹⁶.

⁸ Vid. PASCHEN, U.: *Steuerumgehung im nationalen und internationalen Steuerrecht*. Wiesbaden: Deutscher Universitäts-Verlag GmbH, 2001, cit. págs. 136 a 138, y 146, para quien la costumbre internacional prohíbe el abuso del mismo, por definición. En sentido similar, AVI-YONAH, R. S.: *International Tax as International Law. An Analysis of the International Tax Regime...* cit. págs. 182 y ss.

⁹ Véase: MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Las Medidas anti-elusivas/anti-abuso internas y los Convenios para la eliminación de la doble imposición...» cit. págs. 118 y ss, y referencias allí citadas.

¹⁰ MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: «El Derecho Financiero constitucional de la Unión Europea». *REDF*, n.º 109-110/2001, págs. 112 y ss.; VILLAR EZCURRA, M.: «Exigencias del Derecho Comunitario a la metodología del Derecho Financiero y Tributario». *CT*, n.º 100/2001, págs. 23 a 47.

¹¹ Sobre la Constitución económica europea, con mayores referencias, véanse, entre otros: RUIZ ALMENDRAL, V.: *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*. La Ley-Wolters Kluwer, 2008, págs. 49 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S.: *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*. Madrid: Alianza editorial, 1993, pág. 46, y págs. 56 y ss.; BAQUERO CRUZ, J.: *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*. Madrid: Civitas, 2002, págs. 28 y ss.

¹² BEISER, R.: «Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Licht des Gemeinschaftsrechtes. "Rechtssicherheit ist Prinzipien –oder Regelsicherheit"». *StuW*, n.º 4/2005, en especial págs. 296 y ss.

¹³ SSTJCE de 15 de febrero de 1963 (26/62), *Van Gend & Loos*, de 15 de julio de 1964 (6/64), *Costa/ENEL*, y de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal* (106/77).

¹⁴ BAQUERO CRUZ, J.: *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea...* cit. pág. 69. RUIZ ALMENDRAL, V.: *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España...* págs. 65 y ss.

¹⁵ Como señala J. BAQUERO «la primacía del Derecho comunitario aparece así como la cuestión decisiva para determinar si parte del Tratado tiene naturaleza constitucional. No es el carácter de constitución interna del Tratado o una parte del Tratado lo que le hace supremo. Es más bien la aceptación de la primacía afirmada por el Derecho comunitario en caso de conflicto con el derecho estatal (incluido el derecho constitucional de los Estados) lo que le hace constitucional»; *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea...* cit. pág. 96.

¹⁶ BAQUERO CRUZ, J.: *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea...* cit. pág. 94. De WITTE, B.: «Direct effect, supremacy and the nature of the legal order», en: AA.VV. (Eds.: CRAIG, P.; BÜRCA, G. De): *The evolution of EU Law*. Oxford: Oxford University Press, 1999, págs. 183 y ss.; CRAIG, P.; BÜRCA, G. De: *EU Law. Text, Cases and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2003, págs. 275 y ss.

Así las cosas, las consecuencias que el Derecho de la Unión Europea tiene para el establecimiento, interpretación y aplicación de las normas anti-abuso no sólo no pueden ignorarse sino que constituyen la delimitación precisa actual de este tipo de normas, el único marco en el que pueden operar, salvo que se pretenda su aplicación a un contexto estrictamente interno, en los términos que veremos.

El objeto de este trabajo es relativamente modesto en relación con la magnitud de los problemas que se plantean, y sus también crecientes ramificaciones. En las páginas que siguen me limitaré a analizar y tratar de dar respuesta a dos cuestiones generales: (i) determinar cuál es, en la hora actual, la noción de abuso de Derecho tributario en el Derecho de la Unión Europea haciendo hincapié en la reciente modificación de la doctrina del TJUE y (ii) examinar las normas generales anti-abuso españolas, haciendo también referencia (*ad exemplum*) a algunas normas específicas anti-abuso (buena parte de las cuales proceden del Derecho tributario internacional) a la luz de dicha noción. El trabajo se centrará en la fiscalidad directa, aunque con necesarias referencias a la indirecta, por ser aquel ámbito donde más ha avanzado la jurisprudencia, precisamente en ausencia de un proceso de armonización en sentido estricto de la legislación tributaria en la Unión Europea, y por ser también éste el único ámbito cubierto, por el momento, por la red de CDI que conforman lo que denominamos *Derecho tributario internacional*.

II. LA NOCIÓN DE *ABUSO DE NORMAS TRIBUTARIAS* EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Introducción

A estas alturas, nadie pone en duda la existencia de un concepto (con matices, dependiendo del contexto normativo, como veremos) de fraude a la ley tributaria en el Derecho de la Unión Europea, conceptos que fundamentalmente han sido elaborados por el TJUE¹⁷. Al mismo tiempo, también es evidente ya que aunque la imposición directa no haya sido objeto de armonización, los Estados miembros están obligados a ejercer sus competencias normativas con respeto al Derecho de la Unión. Por esta vía, que puede denominarse de armonización *impropia* se viene produciendo una sustancial transformación de la imposición directa de los Estados miembros, cuyas implicaciones han sido examinadas por la doctrina tributarista en los últimos años¹⁸.

¹⁷ RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*... cit. págs. 150 y ss.; GARCÍA PRATS, A.: *Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho Comunitario*, en: SERRANO ANTÓN; SOLER ROCH: *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2002, págs. 169 y ss.; PEACOCK, J.: «The Law ends where abuse begins». *The EC Tax Journal*, n.º 3, vol. 4/2001, págs. 147 y ss.; HARRIS, P.: «Abus de Droit: further thoughts on the cleansing of the stables, and the community notion of own resources», *The EC Tax Journal*, n.º 2, vol. 6/2002, págs. 117 y ss. SCHÖN, W.: «Gestaltungsmißbrauch im europäischen Steuerrecht». *Internationales Steuerrecht, Beihefter zu Heft 2*, 1996, págs. 11 y 12.

¹⁸ Recientemente, *vid*: GARCÍA PRATS, A.: «Is It Possible to Set a Coherent System of Rules on Direct Taxation under EC Law Requirements?» en la obra colectiva: Luc HINNEKENS: Phillippe HINNEKENS (eds.): *A Vision of Taxes Within and Outside European Borders*, Kluwer Law International, 2008, págs. 435 y ss.

La noción de abuso de Derecho no es nueva en el ámbito europeo, y el TJUE ya había afirmado que el abuso de Derecho de la Unión Europea es *contrario* al propio Derecho (tempranamente, Sentencia de 3 de diciembre de 1974, *Van Binsbergen* (C-33/74), existiendo una extensa doctrina jurisprudencial donde se ha señalado que los justiciables no pueden prevalerse de las normas comunitarias de forma abusiva o fraudulenta¹⁹, y que el ejercicio de un derecho conferido por el Derecho de la Unión Europea podrá ser abusivo cuando se usa de forma irrazonable con la finalidad de obtener ventajas ilegítimas²⁰.

En los últimos años el desarrollo jurisprudencial ha resuelto numerosos problemas interpretativos, a la vez que planteado otros en torno a la compatibilidad de las normas internas anti-abuso con el ordenamiento europeo. El carácter «expansivo» de la jurisprudencia del TJUE en este ámbito resulta así evidente, y sus consecuencias inciden también sobre las normas generales anti-abuso, como la contenida en el artículo 15 de la LGT. Si bien no hay una imposibilidad material de aplicar las normas generales anti-abuso a contextos internacionales, sí hay motivos de coordinación y de eficacia que abogan por la aplicación preferente de la norma especial cuando ésta exista. En ausencia de esta última, o incluso en los supuestos (cada vez más frecuentes en la práctica) de su incompatibilidad con el ordenamiento jurídico-comunitario, la norma general anti-abuso podrá ser de aplicación a priori. Ahora bien, operan para la misma similares exigencias que para las especiales: su interpretación debe ser coherente con el objeto y finalidad del marco comunitario en los términos que se expondrán. La cuestión es por el momento teórica, pues lo cierto es que las resoluciones del TJUE en materia de fraude se refieren a la compatibilidad de las normas *específicas* anti-abuso con las libertades comunitarias, lo que explica que en la doctrina haya sido también relativamente escasa la atención prestada a los problemas que puede plantear la compatibilidad de las normas *generales*²¹.

La propia Comisión, cuyo activismo ha propiciado buena parte de la citada jurisprudencia, ha tratado de racionalizar y dotar de coherencia a las relaciones entre las normas nacionales anti-abuso y el Derecho de la Unión Europea, sugiriendo una suerte de hoja de ruta o guía para que los Estados miembros reformen sus normas y doctrinas anti-abuso, en su Comunicación de 10 de diciembre de 2007, sobre «Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa –dentro de la Unión Europea y en relación con terceros países»²². Esta Comunicación corrobora lo que

¹⁹ Hay una consolidada doctrina jurisprudencial en relación con el abuso, donde se pone de manifiesto lo que en el fondo no es más que una obviedad, y es que ningún sistema jurídico renuncia a protegerse a sí mismo. Como muestra, *Knoors*: «... los nacionales de un Estado miembro no pueden, aprovechando las posibilidades creadas por el Tratado, intentar evitar abusivamente la aplicación de su legislación nacional. Tampoco pueden invocar las normas comunitarias de forma abusiva o fraudulenta (Sentencias de 7 de febrero de 1979, *Knoors*, 115/78, apartado 25; de 3 de octubre de 1990, *Bouchoucha*, C-61/89, apartado 14, y de 9 de marzo de 1999, *Centros*, C-212/97, apartado 24). Véase, *inter alia*, SSTJUE de 3 de marzo de 1993, *General Milk Products*, Asunto C-8/92, de 12 de mayo de 1998, *Kefalas* y otros, C-367/96, apartado 20; Sentencia de 9 de marzo de 1999, *Centros* (C-212/97), apartado 24, Sentencias de 14 de diciembre de 2000, *Emsland-Stärke* (C-110/99), apartados 52 y 53, de 21 de julio de 2005, *Eichsfelder Schlachtbetrieb* (C-515/03), apartado 39, de 23 de marzo de 2000, *Diamantis*, C-373/97, apartado 33, y de 3 de marzo de 2005, *Fini H*, C-32/03, apartado 32.

²⁰ *Vid.* recientemente: DE BROE, L.: *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. Amsterdam, IBFD, 2008, págs. 754 y ss. Entre nosotros, véase, entre otros: GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.; HERRERA MOLINA, P. M.: «¿Asedio a la justicia fiscal en Europa? (Reflexiones ante la jurisprudencia comunitaria sobre las cláusulas anti-abuso y la reacción del legislador español)». RCyT, CEF, n.º 251/2004, págs. 47 y ss.

²¹ RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*... cit. págs. 156 y ss.; recientemente, *vid.* DE BROE, L.: *International Tax Planning and Prevention of Abuse*... cit. págs. 475 y ss.

²² COM (2007) 785 final.

un breve vistazo a la jurisprudencia relevante pone de manifiesto: que los mayores problemas se vienen planteando por la incompatibilidad de normas *específicas* anti-abuso (o normas de control) –nacionales o procedentes del Derecho tributario internacional vía CDI– con el Derecho de la Unión Europea.

En efecto, en los últimos años, y con especial intensidad a lo largo de la última década, un alto número de medidas específicas anti-fraude han sido declaradas contrarias al Derecho de la Unión Europea, lo que ha generado una serie de reformas en todos los ordenamientos de los Estados miembros. Sin ánimo de exhaustividad, se han visto afectadas las normas de subcapitalización (*thin capitalization*), regímenes de transparencia fiscal internacional (*Controlled Foreign Corporation* –CFC–), normas de limitación de beneficios (*Limitation on Benefits* –LOB–) u otras medidas *anti-treaty shopping* ²³.

La doctrina anti-abuso vigente en Derecho europeo, fundamentalmente obra de la interpretación del TJUE, es relativamente asimétrica dependiendo del contexto normativo que esté en liza ²⁴. Partiendo de que el abuso de normas no debe estar permitido en ningún sistema jurídico, el TJUE maneja diversos niveles de dureza en función de la norma (fundamentalmente, libertades fundamentales contenidas en los Tratados vs. normas contenidas en Directivas) que esté siendo objeto de abuso. Las diferencias no son siempre fáciles de apreciar y debe asimismo tenerse en cuenta que esta hipótesis tiene una restricción inicial, y es que los casos que llegan al TJUE no son más que una pequeña muestra de los problemas jurídicos que pueden producirse en la práctica.

Partiendo de estas limitaciones, se examinará en los apartados que siguen la incidencia del análisis actual que lleva a cabo el Tribunal a partir de las libertades comunitarias sobre las normas anti-abuso y de control, siguiendo con el examen, algo distinto, que se lleva a cabo cuando las normas anti-abuso establecidas por los Estados son un desarrollo de las autorizadas o pergeñadas en las Directivas. Posteriormente se examinarán las normas generales anti-abuso españolas a la luz de la citada jurisprudencia y finalmente se tratará de dilucidar si se está produciendo un cambio en la citada jurisprudencia y si éste está consolidado.

2. Consecuencias de la doctrina anti-abuso del TJUE cuando está en liza una libertad comunitaria

Las libertades comunitarias constituyen un punto de referencia esencial al objeto de determinar la finalidad y el espíritu del tipo de normas objeto de este análisis. Para entender su importancia en

²³ Con carácter general, véase: GARCÍA PRATS, A.: «Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho Comunitario...» cit. págs. 164 y ss. En relación con la incompatibilidad de las normas anti *treaty shopping* de los Estados miembros con el Derecho Comunitario, véase: VEGA BORRERO, F. *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*. En relación con la normativa de precios de transferencia, y su consistencia con dicho marco jurídico, véase: CALDERÓN CARRERO, J. M.: *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*. Valencia: Tirant lo blanch, 2005, págs. 53 y ss.

En relación con la jurisprudencia en materia de subcapitalización, me permito remitir al lector a: RUIZ ALMENDRAL, V.: «Subcapitalización y libertad de establecimiento: el caso "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation" como una oportunidad para rehabilitar el artículo 20 del TRLIS». *Noticias de la Unión Europea*, n.º 283/2008, págs. 125 y ss.

²⁴ Esta idea la expresé, con mayores referencias, en: RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*... cit. págs. 152 y ss.

el razonamiento del Tribunal es preciso no perder de vista que su objetivo fundamental es la construcción del mercado interior, de ahí que sobre todo en un primer momento la integración de los sistemas tributarios de los Estados miembros tuviera como finalidad central eliminar o al menos disminuir las distorsiones fiscales. Las libertades no son sino *derechos* de acceso al mercado interior, y es indudable que las medidas tributarias pueden constituir un obstáculo a dicho acceso. Esto explica que con frecuencia una libertad comunitaria aplicable al caso en liza pueda tener la consecuencia de evitar la calificación de una determinada conducta como de elusión. Si a eso añadimos el carácter expansivo de la jurisprudencia del TJUE a consecuencia de cómo ha interpretado en ocasiones su propia competencia, tenemos una idea del impacto de dichas libertades ²⁵.

El modo de razonar del Tribunal comienza por analizar si se ha producido una restricción de una libertad fundamental o si ha habido un efecto discriminatorio ²⁶. Nótese que aquí se ha producido una evolución en la jurisprudencia, de manera que el Tribunal aplica ahora el criterio de *restricción* también a los impuestos directos, siendo éste un criterio originalmente diseñado para los indirectos (principales tributos en el momento de la creación de la Unión Europea, por otro lado). El problema principal que esto plantea, obviando la confusión que se crea, es que, al menos en teoría, el concepto de restricción sólo puede ser aplicado en términos de «todo o nada», pues no requiere, o en realidad no permite, el establecimiento de una comparación en términos de similitud o equivalencia entre distintas situaciones. Esto implica que el razonamiento deberá ser totalmente distinto (al menos en teoría) según se aplique uno u otro criterio, ya que mientras que el principio de no discriminación requiere la comparación entre distintas situaciones, la perspectiva de la no restricción únicamente precisa el análisis de si, de una manera directa o indirecta, la medida constituye un obstáculo, y si dicho obstáculo puede o no ser aceptado porque hay una excepción [sea dicha excepción en el acceso al mercado interior de un Estado miembro (Estado de la fuente), como sucedía en *Comisión/Francia* o «*Avoir fiscal*» (STJCE de 28 de enero de 1986 –270/83–) o en *Schumacker* (STJCE de 14 de febrero de 1995 –C-279/93–), como en el acceso de un residente a otros Estados, donde la restricción la imponía el Estado de la residencia (es el caso en *ICI*, STJCE de 16 de julio de 1998 –C-264/96–), *Manninen* (STJCE de 7 de septiembre de 2004 –C-319/02–) o *Marks & Spencer* (STJCE de 13 de diciembre de 2005 –C-446/03–)] ²⁷. De forma relativamente reciente, el Abogado General (AG) Sr. Geelhoed hacía referencia a este problema, en las Conclusiones al caso *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, STJCE de 13 de marzo de 2007 (C-524/04) en un loable

²⁵ De acuerdo con el Tribunal, en todos aquellos casos en que una normativa doméstica siga las soluciones aplicadas en Derecho de la Unión Europea para poner fin a los problemas de una situación interna, podrá haber un interés comunitario en que las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión Europea reciban una interpretación uniforme. Numerosos ejemplos de la jurisprudencia avalan este aserto. Así por ejemplo, la Sentencia de 17 de julio de 1997, *Leur-Bloem* (C-28/95).

²⁶ Las diferencias entre las distintas libertades en relación con su incidencia en la fiscalidad directa no siempre son evidentes ni indiscutibles, como se afirma en GARCÍA PRATS, A.: *Imposición directa, no discriminación y derecho comunitario*. Madrid: Tecnos, 1998, págs. 41 y ss.
En realidad, aún se discute si esta distinción (discriminación vs. restricción) tiene sentido. Sobre la jurisprudencia del TJCE que, progresivamente, está haciendo más difusas las diferencias entre discriminación y restricción, véase: WATTEL, P. J.; TERRA, B. J. M.: *European Tax Law*. La Haya: Kluwer Law International, 2008, págs. 53 y ss.

²⁷ Véase VANISTENDAEL, F.: «The compatibility of the basic economic freedoms with the sovereign national tax systems of the Member States». *EC Tax Review*, n.º 3/2003, pág. 137; WEBER, D.: *Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms. A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance*. Amsterdam, Kluwer Law, 2005, págs. 108 y ss.

intento de aclarar la distinción ²⁸, que si bien ha sido aplaudido por la doctrina ²⁹, no parece haber tenido excesivas repercusiones en la jurisprudencia del TJCE.

Desde esta perspectiva, hasta el momento la libertad que ha tenido mayor incidencia sobre los sistemas tributarios de los Estados miembros es la libertad de establecimiento, siendo la libre prestación de servicios en muchos casos de examen subsidiario. Por otro lado, y de forma progresiva, la libre circulación de capitales y pagos, viene representando un creciente papel en materia de fiscalidad directa, en particular en los denominados impuestos patrimoniales ³⁰. La libertad de establecimiento requiere una cierta implantación en el Estado de referencia, de manera que «están comprendidas dentro del ámbito de aplicación material de las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento las disposiciones nacionales que son de aplicación a la posesión por un nacional del Estado miembro de que se trate de una participación tal en el capital de una sociedad establecida en otro Estado miembro que le confiere una influencia real en las decisiones de dicha sociedad y le permite determinar las actividades de ésta (véanse, en este sentido, las Sentencias de 13 de abril de 2000, *Baars*, C-251/98, párr. 22, así como de 21 de noviembre de 2002, *X e Y*, C-436/00, párr. 37). Esto tiene relevantes consecuencias en materia tributaria, porque significa que en el caso de muchas sociedades *holding* o de tenencia de activos la libertad en liza será la de libre circulación de capitales ³¹.

Podría defenderse que el concepto de abuso del TJUE no difiere sustancialmente del general de fraude a la ley tributaria, si bien es cierto que como veremos el umbral de artificiosidad, al menos en la mayor parte de los casos, es más elevado en la jurisprudencia del Tribunal. Esto tiene una explicación que tiene que ver con el propio papel del Tribunal como árbitro indirecto entre Estados, y es que para éste aquellas operaciones que puedan ser algo «forzadas», en el sentido de utilizar la legislación tributaria de varios Estados para obtener una posición ventajosa, esto es, una suerte de *forum shopping* o *jurisdiction shopping* comunitario, no son necesariamente abusivas, sino que constituyen

²⁸ Para el A.G.: «... lo que es esencial es distinguir entre los dos sentidos del término "restricción" al abordar las normas de fiscalidad directa... El primero se refiere a las restricciones que se derivan inevitablemente de la coexistencia de regímenes fiscales nacionales... Sin embargo, utilizar el término "restricción" —pese a que se emplea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia— es, en este contexto, engañoso. En realidad, de lo que se trata en el presente asunto es de distorsiones de la actividad económica que se derivan del hecho de que diferentes regímenes jurídicos deben coexistir. En ciertos casos, dichas distorsiones causan desventajas a los operadores económicos; en otros, ventajas. ...tales cuasirestricciones no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 43 de la CE. ...el segundo sentido de restricción se refiere a lo que puede denominarse restricciones "verdaderas": es decir, restricciones que van más allá de las que se derivan inevitablemente de la coexistencia de los regímenes fiscales nacionales, que están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 43 de la CE. ...el hecho de que... los criterios que determinan la competencia tributaria directa se basen en la residencia o el lugar de procedencia implica que en esencia todas las medidas fiscales directas nacionales "verdaderamente" restrictivas se considerarán en la práctica también medidas directa o indirectamente discriminatorias» (párrs. 36-40).

²⁹ *Vid.* PISTONE, P.: «Expected and Unexpected Developments of European Integration in the Field of Direct Taxes». *Inter-tax*, vol. 35/2007, pág. 72.

³⁰ Como es sabido, la libre circulación de capitales (y pagos) no recibiría carta de naturaleza hasta el Tratado de Maastricht, cuando se modifica con efectos a 1 de enero de 1994. Por otro lado, aunque a menudo se confundan en el razonamiento del TJCE, la distinción entre la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales sigue siendo relevante en la medida en que la segunda es la única libertad comunitaria que se extiende también a terceros Estados (art. 56.2 TCE); *vid.*: WATTEL, P. J.; TERRA, B. J. M.: *European Tax Law*... cit. pág. 23, y págs. 50 y ss.

³¹ Sobre la interpretación de esta libertad en los diversos tipos de entidades, y los problemas que se generan en particular con las sociedades *holding* y sus subtipos, véase: RAMOS MUÑOZ, D.: *The Law of Transnational Securitization*. Oxford University Press, 2010, págs. 419 y ss.

un uso más de las libertades comunitarias, que no impiden la competencia entre Estados. La competencia entre Estados es perjudicial y termina siéndolo para todos los actores, pero no por ello es un abuso de las libertades fundamentales. Si los Estados miembros desean ponerle coto, la única opción posible es legislar al respecto. En efecto, el Tribunal ha reiterado que el hecho de que un nacional comunitario, persona física o jurídica, haya sacado provecho de las ventajas fiscales ofrecidas por las normas en vigor en un Estado miembro distinto de aquel en el que reside, no autoriza, por sí solo, a privarle de la posibilidad de invocar disposiciones del Tratado (por todas, véase la Sentencia de 11 de diciembre de 2003, *Barbier*, C-364/01, párr. 71). Y en relación con la libertad de establecimiento, también ha recalcado que el hecho de que una sociedad se haya constituido en un Estado miembro con la finalidad de beneficiarse de una legislación más favorable no es, por sí mismo, razón suficiente para poder afirmarse la existencia de un abuso de dicha libertad (*vid.*, por todas, *Centros*, párr. 27, y la Sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*, C-167/01, párr. 96).

En fin, cuando se trata de examinar el abuso a la luz de las libertades comunitarias, como se verá en detalle en los apartados que siguen, el umbral de abuso o fraude que se exige es particularmente severo, rechazándose por el Tribunal toda norma anti-abuso que de alguna manera parezca presumir la existencia de tal por el uso de una libertad comunitaria. Esto es, lo que los anglosajones denominan *tax arbitrage* («especulación tributaria»), o la explotación de diferencias entre sistemas jurídicos, según se vio más arriba.

2.1. Las normas anti-abuso contenidas en los CDI a la luz del Derecho de la Unión Europea

Hay diversas maneras de evitar el fraude a las normas tributarias en el contexto internacional. Además de una norma o doctrina anti-abuso, las normas específicas anti-abuso, en algunos casos ficciones jurídicas, normas retroactivas o incluso normas sobre la carga de la prueba pueden ser medios también eficaces contra el abuso o al menos contra determinadas conductas concretas. Cuando hacemos referencia a normas *anti-abuso* aplicables en el ámbito internacional conviene separar dos grandes grupos:

Por un lado, las normas anti-abuso contenidas en los ordenamientos domésticos y diseñadas para ser aplicadas en transacciones internacionales. Se trata de disposiciones en realidad procedentes y que tienen sentido desde el Derecho tributario internacional –o porque existe un Derecho o *régimen* tributario internacional– y han sido adoptadas por casi todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Entre ellas están, entre otras, las normas sobre precios de transferencia, la subcapitalización, las normas sobre transparencia fiscal internacional, o las normas que penalizan a los Estados con baja tributación (limitación de gastos deducibles, no reconocimiento del cambio de residencia a estos Estados) cuya finalidad es proteger las bases imponibles de los Estados, garantizando asimismo el justo reparto de la carga tributaria.

Por otro lado, las normas con finalidad anti-elusión contenidas en los propios CDI; entre estas segundas, se pueden diferenciar a su vez dos grandes grupos, si seguimos como esquema los CM-OCDE al artículo 1, de forma que **en primer lugar** hay una serie de disposiciones cuya finalidad es atajar de forma eficaz las estructuras de abuso de Tratado o *treaty shopping*, garantizando que las normas de reparto de poder tributario que establece el CDI no son usadas en fraude para transacciones

económicas distintas de las que aquéllas prevén³². En **segundo lugar**, están las denominadas cláusulas de limitación de beneficios (*Limitation on Benefits Clauses* –LOBC–), mencionadas en el párr. 20 y particularmente problemáticas desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea como se comprobará más adelante.

Así las cosas, antes de adentrarnos en los problemas específicos de las normas anti-elusión de impuestos, es oportuno dedicar brevemente nuestra atención a lo que el Derecho tributario internacional significa en la actualidad. En un trabajo relativamente reciente, Reuven AVI-YONAH desarrollaba su tesis sobre la existencia de un auténtico régimen tributario internacional³³. Aunque se pueda discutir si esto es o no exactamente así³⁴, lo que no es controvertido es la incidencia práctica que tiene la red de más de 3.000 convenios internacionales para evitar la doble imposición sobre la propia configuración de las normas tributarias domésticas. Estos convenios «modulan, condicionan y determinan de forma decisiva el ejercicio de la potestad tributaria de sus Estados contratantes»³⁵. Como hemos examinado, hay numerosos ejemplos de normas tributarias internas que sólo se explican por la existencia de una red de CDI.

En cuanto a la incidencia práctica de los Comentarios al Convenio Modelo propuesto por la OCDE, debe hacerse una breve referencia. Teniendo en cuenta que ni la OCDE es estrictamente una organización internacional ni emite normas válidas en el sentido del Derecho internacional público, el CM-OCDE tiene una incidencia práctica evidente sobre la interpretación de las normas tributarias domésticas y, de forma creciente, sobre el propio Derecho de la Unión Europea³⁶. Si además se tiene en cuenta que el otro modelo de referencia, el propuesto por la ONU, está en proceso de convergencia con el de la OCDE³⁷ se comprueba que los Comentarios al CM es algo más que un mero punto de referencia sino que constituye una valiosa herramienta interpretativa de la mayoría de los CDI existentes siendo así un elemento de referencia de creciente importancia a la hora no sólo de interpretar dichos CDI sino incluso de elaborar la propia normativa interna en materia tributaria. Todo esto no significa que los CM-OCDE sean una interpretación «auténtica» de los CDI, pues conviene recordar que los Comentarios ni son norma, ni contienen tampoco un criterio interpretativo único en el sentido del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados³⁸.

³² Párrafos 13 a 19 de los Comentarios OCDE al artículo 1; la propuesta de normas específicas en este sentido se contiene en el párr. 19 (*general bona fide provision, activity provision, amount of tax provision, stock exchange provision, alternative relief provision*). Vid: VEGA BORREGO, F.: *Las medidas contra el Treaty Shopping*. Madrid, IEF, 2003, págs. 54 y ss. VEGA BORREGO, F. *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*. Kluwer Law International, 2006, págs. 24 y ss. Recientemente, PANAYI, C. HJI: *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty Shopping and the European Community*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007, págs. 24 y ss.

³³ AVI-YONAH, R.: *International Tax as International Law...* cit. págs. 4 y ss. para una exposición general de la tesis.

³⁴ Vid. citas de la doctrina internacional tributaria (anglosajona) a favor y en contra en las primeras páginas de AVI-YONAH, R.: *International Tax as International Law...* cit.

³⁵ GARCÍA PRATS, F. A.: «Los Modelos de Convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los Convenios de Doble Imposición». *Crónica Tributaria*, 133/2009, pág. 102.

³⁶ GARCÍA PRATS, F. A.: «Los Modelos de Convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los Convenios de Doble Imposición...» cit. págs. 103 y ss.

³⁷ Véase en este sentido el exhaustivo y original trabajo de BAISTROCCHI, E.: «The Use and Interpretation of Tax Treaties in the Emerging World: Theory and Implications», *British Tax Review*. Issue 4/2008, págs. 353 y ss.

³⁸ Aunque no puede negarse la incidencia que en la práctica puede tener el modelo estadounidense, su carácter unilateral y contingente impide poder considerar los comentarios al mismo como *soft law* en el sentido de que sí se le da a los dos otros

La relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho tributario internacional es asimétrica como punto de partida pues sólo el primero es estrictamente un ámbito jurídico que obliga a los Estados miembros, mientras que el segundo incide desde una perspectiva bilateral. Al menos ésa es la teoría. En la práctica ambos ámbitos están inevitablemente ligados, en particular en la hora actual, donde se están poniendo en duda buena parte de las bases sobre las que se asienta el sistema (*sic*) tributario internacional. Las relaciones entre ambos ámbitos jurídicos, entre el sistema jurídico comunitario y las normas de Derecho tributario internacional, han alcanzado un punto interesante desde una perspectiva doctrinal, pues se está produciendo un relativo acercamiento consecuencia de la creciente influencia mutua ³⁹.

2.2. Consecuencias de la doctrina del TJUE sobre algunas normas específicas anti-abuso (o normas de control) tradicionalmente empleadas en operaciones transfronterizas

De manera resumida, y necesariamente simplista, puede afirmarse que las normas específicas anti-abuso diseñadas para el ámbito internacional han chocado frontalmente con la doctrina del TJUE en materia de libertades comunitarias y no discriminación fundamentalmente por un motivo, y es que late en estas normas un intento de evitar que los agentes aprovechen los diferentes regímenes tributarios para obtener de ello una ventaja tributaria (*tax arbitrage*). Como esta conducta no es contraria al Derecho de la Unión Europea, antes al contrario, pueden encajar en la protección del mercado interior que llevan a cabo las libertades comunitarias, muchas de estas normas han sido calificadas en ocasiones de restrictivas y contrarias a los objetivos de los Tratados.

Sin ánimo de exhaustividad, me referiré a continuación a algunas de estas normas tributarias, con la finalidad de comprender mejor el razonamiento del Tribunal en este ámbito y ver los términos en los que se produce la tensión entre el interés de los Estados, y en buena medida ahora del Derecho tributario internacional, de minimizar o al menos dificultar las actuaciones que pretenden aprovechar las citadas diferencias de regímenes tributarios, y un Derecho de la Unión Europea que no adopta la misma posición ni tiene el citado interés.

2.2.1 Las normas anti-abuso internacionales y el Derecho comunitario (las estructuras *treaty shopping* como problema y las cláusulas de limitación de beneficios)

Como se ha adelantado, entre los diferentes mecanismos para abordar el problema del abuso de Tratado mediante estructuras *treaty shopping*, las cláusulas de limitación de beneficios (LOB) son las que mayores problemas plantean en relación con su compatibilidad con el Derecho europeo. Estas cláusulas tienen como objetivo limitar la aplicación subjetiva del CDI y en concreto excluir a las sociedades que estén controladas por residentes en otros Estados, en la medida en que se pueda entender que se trata de una manera de aprovechar el convenio.

convenios modelos; de nuevo: GARCÍA PRATS, F. A.: «Los Modelos de Convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los Convenios de Doble Imposición...» cit. pág. 107.

³⁹ CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Los Tratados Internacionales. Los Convenios de Doble Imposición en el ordenamiento español: naturaleza, efectos e interpretación», en coord. CARMONA FERNÁNDEZ: *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, 2008, págs. 48 y ss.

Las cláusulas LOB (*Limitation-on-Benefits Clauses*) no son más que normas específicas anti-abuso, que específicamente pretenden atajar el abuso de CDI evitando que sea utilizado por una persona que no es realmente residente en ninguno de los dos Estados contratantes. Se limitan así los beneficios del tratado a los residentes de derecho en éstos. La dicción de las cláusulas varía de un CDI a otro, pero normalmente se trata de un listado exhaustivo de quiénes pueden ser considerados beneficiarios del Tratado, seguido de una cláusula abierta anti-abuso, que por ejemplo en el artículo 17.2 del CDI España-EEUU tiene esta dicción: «una persona que no tenga derecho a los beneficios del Convenio con arreglo a las disposiciones del apartado 1 podrá, no obstante, probar a las autoridades competentes del Estado del que proceden las rentas su derecho a los beneficios del Convenio. A tal efecto, las autoridades competentes tomarán en consideración, entre otros factores, el hecho de que la constitución, adquisición y mantenimiento de dicha persona y la realización de sus operaciones no haya tenido como uno de sus principales objetos el disfrute de los beneficios del Convenio». Se tratan de abordar así de forma global el problema de abuso de tratado y de minimizar así, mediante una objetivación de los beneficiarios potenciales del CDI, los diferentes tipos de estructuras *treaty shopping* posibles (*conduit companies, stepping stone operations* ⁴⁰).

No es difícil imaginar dónde radican los problemas de estas cláusulas a la luz del Derecho de la Unión Europea; en la medida en que introducen una diferenciación, de plano, entre residentes y no residentes, pueden suponer una discriminación y una restricción de las libertades fundamentales ⁴¹. Desde el caso *Open Skies* (en realidad *los casos*, pues son ocho Sentencias idénticas del TJUE, C-468/98 a C-476/98), y también tras la Sentencia de 15 de enero de 2002 (C-55/00), *Gottardo*, la compatibilidad de las normas de limitación de beneficios con el Derecho de la Unión Europea es más que dudosa, como por otro lado se recalca en el papel de trabajo de 9 de junio de 2005 ⁴², en el cual la Comisión, además de recordar que el Derecho de la Unión Europea es de aplicación preferente con respecto de los Tratados (que lógicamente son normas internas de los Estados a los efectos de su relación con el Derecho de la Unión Europea), y de hacer hincapié en que el sistema de CDI se limita a los impuestos sobre la renta y el capital, por lo que su ámbito es reducido en cuanto a su efecto de coordinación, hace hincapié en que las cláusulas LOB son contrarias al Tratado (TFUE) ⁴³. Ello puede sostenerse incluso tras la Sentencia de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, que no supone en puridad un cambio de jurisprudencia en cuanto a estas cláusulas.

El problema en la práctica tiene gran relevancia, pues la incompatibilidad de estas cláusulas con el Derecho de la Unión Europea no resulta sencilla de solucionar, ya que están presentes en los más de 300 CDI entre EEUU y 24 de los Estados miembros de la Unión Europea (el CDI EEUU-Malta fue denunciado por aquél precisamente por problemas de *treaty shopping*) por lo que en principio la única solución sería renegociar todos, lo que no resulta sencillo; para empezar porque cada CDI es hasta

⁴⁰ VEGA BORREGO, F. *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions...* cit. págs. 24 y ss. Recientemente, PANAYI, C. HJI: *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty Shopping and the European Community...* cit. págs. 24 y ss.

⁴¹ BECKER, H. y THÖMMES, O.: «Treaty Shopping and EC Law». *European Taxation*, 1991, 173; VEGA BORREGO, F.: *Limitation on Benefits on Double Taxation Conventions...* cit. págs. 34 y ss.; WATTEL, P. J.; TERRA, B. J. M.: *European Tax Law...* cit. págs. 115 y ss.

⁴² Comisión: «EC Law and Tax Treaties», *Working Document* 9 June 2005.

⁴³ MASON, R.: «US Tax Treaty Policy and the European Court of Justice». 59 *Tax Law Review* 65, 2005. VEGA BORREGO, F.: *Limitation on Benefits on Double Taxation Conventions...* cit. págs. 237 et seq.

cierto punto difícil de trasladar a otro Estado sin más ya que todos reflejan un determinado equilibrio económico y de inversión entre los Estados contratantes, que no es necesariamente igual en todos (por ejemplo, compárese la inversión extranjera en Alemania, principal país exportador del mundo, por encima de China, con la presente en otros Estados como Italia o Portugal ⁴⁴). Es decir, un CDI por definición establecerá un trato distinto no sólo entre los dos Estados firmantes y el resto, sino incluso entre estos dos, pues un Convenio no se celebra sobre la base de la igualdad entre los Estados sino que precisamente refleja una desigualdad de entrada –diferentes flujos económicos y tipos de inversión entre los dos Estados– que trata de equilibrar, pero no igualar. De ahí por cierto que las cláusulas de nación más favorecida nunca hayan sido ni siquiera sugeridas en el marco de la OCDE, aunque no han faltado propuestas de adoptar esta regla en el ámbito de la Unión Europea ⁴⁵.

Así las cosas, como pone de relieve el informe citado de la Comisión, las conductas *treaty shopping* son un problema típico en el complejo cruce entre los CDI, el Derecho europeo y las normas puramente domésticas. El problema de fondo es aún más difícil de solucionar y trasciende este tipo de cláusulas en particular (además del objeto de este trabajo) y es en el fondo la divergencia entre el Derecho tributario internacional que se deriva del régimen de CDI y el Derecho de la Unión Europea. La asimetría comienza, como recuerda la Comisión en el papel de trabajo citado (*EC Law and Tax Treaties* ⁴⁶) en que el segundo ha tenido como objeto tradicionalmente la fiscalidad indirecta, siendo la directa objeto de los Estados y de los CDI. Cuando empieza a modificarse el foco de atención, sobre todo en los años noventa, y se incrementa el activismo del TJUE en los impuestos directos ⁴⁷, este reparto teórico de funciones se hace añicos y se ponen de manifiesto numerosas inconsistencias de las que las cláusulas LOB son sólo una muestra ⁴⁸.

2.2.2. La transparencia fiscal internacional

Los regímenes de transparencia fiscal internacional tienen como objetivo evitar la erosión de las bases imponibles de los impuestos sobre la renta (personales y sobre personas jurídicas) mediante la creación de sociedades en otros Estados con menor tributación o «sociedades extranjeras controladas» (*controlled foreign corporation* –CFC–). Esto es, la práctica consistente en que una entidad residente traslade una parte de sus beneficios a otra, vinculada, *controlada* por ella, residente en un tercer Estado con menor tributación.

⁴⁴ Sobre esta clase de problemas, con especial mención al caso estadounidense, véase: MASON, R.: «US Tax Treaty Policy and the European Court of Justice...» cit. págs. 4 y ss.

⁴⁵ Un ejemplo reciente en: VAN THIEL, S.: «Why the European Court of Justice should Interpret Directly Applicable Community Law as a Right to Most-Favoured Nation Treatment and a Prohibition of Double Taxation», en (ed.: D. WEBER): *The Influence of European Law on Direct Taxation*. Kluwer Law International, 2007, págs. 88 y ss.

⁴⁶ TAXUD E1/FR DOC (05) 2306, 9 June 2005.

⁴⁷ POIARES MADURO, M.: *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*. Oxford: Hart Publishing, 1998, págs. 61 *et seq.* SACCHETTO, C.: «ECJ Direct Tax Cases and Domestic Constitutional Principles: an Overview», en AVI-YONAH, R. S.; HINES, JR., J. R.; LANG, M.: *Comparative Fiscal Federalism. Comparing the European Court of Justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007, pág. 2.

⁴⁸ Nótese el diferente alcance del principio de no discriminación; *vid.* RUIZ ALMENDRAL, V.: «Entre la discriminación y la armonización: el régimen fiscal del no residente en España a la luz del Derecho Comunitario». RCyT. CEF, n.º 307/octubre 2008, págs. 10 y ss.

La consecuencia jurídica de estos regímenes, comunes a la mayor parte de los Estados miembros de la OCDE ⁴⁹, suele ser la imputación de los beneficios obtenidos por la entidad extranjera, en la base imponible de la entidad residente (que ejerce el control sobre la extranjera), en el momento en el que sean obtenidos. Pues bien, si la compatibilidad de este tipo de normas con el Derecho europeo cuando las sociedades están ubicadas en otros Estados miembros ya era discutible, la Sentencia dictada en el caso *Cadbury-Schweppes*, el 2 de mayo de 2006 (C-196/04), disipa las dudas y plantea problemas nuevos que ponen en duda la propia pervivencia de este tipo de normas en el ámbito europeo ⁵⁰.

Como es ya conocido, el caso trataba de la posible aplicación del régimen específico anti-abuso de transparencia fiscal internacional británico a un supuesto de creación de entidad en otro Estado miembro con menor tributación (Irlanda), y en particular, a los requisitos que debe cumplir la normativa anti-abuso en los casos de deslocalizaciones empresariales. Como parte del régimen británico de TFI, el contribuyente debe probar, si quiere evitar la consecuencia jurídica de la aplicación del régimen, que concurren «motivos válidos» para realizar la transacción en liza; en este caso, que la existencia de la filial en el territorio de menor tributación no obedece únicamente a la finalidad de obtener una reducción impositiva notable.

Pues bien, en el caso concreto, *Cadbury* tenía dos filiales constituidas en el denominado Centro Internacional de Servicios Financieros (*International Financial Services Centre*) de Dublín, también denominado «Dublin Docks», que entonces estaba sujeta a un tipo de gravamen del 10 por 100 en el Impuesto sobre Sociedades ⁵¹. De acuerdo con el relato de los hechos, *Cadbury* había creado estas filiales en sustitución de una estructura anterior en la que existía una sociedad establecida en la isla de Jersey (un paraíso fiscal, como es sabido). En general, y teniendo en cuenta los hechos descritos (párrs. 12 y ss.), en la operación de establecimiento de filiales en Irlanda concurrían motivos evidentes de ahorro tributario. El Reino Unido aplicó el régimen de TFI y liquidó en consecuencia. *Cadbury* recurrió y sostuvo que la normativa inglesa en liza era contraria a la libertad de establecimiento prevista en el artículo 43 de la CE, a la libre prestación de servicios a que se refiere el artículo 49 de la CE y a la libre circulación de capitales enunciada en el artículo 56 de la CE. El órgano jurisdiccional competente admite la existencia de una duda al respecto y plantea la siguiente cuestión: «¿Se oponen los artículos 43 [CE], 49 [CE] y 56 de la CE a una legislación fiscal nacional como la controvertida en el litigio principal, que dispone, en circunstancias determinadas, la tributación de una sociedad residente en ese Estado miembro por los beneficios obtenidos por una sociedad filial residente en otro Estado miembro y sujeta a un nivel de tributación inferior?».

⁴⁹ OCDE: *Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue...* cit. pág. 44. En detalle, véase: ALMUDÍ CID, J. M.: *El régimen jurídico de transparencia fiscal internacional*. Ministerio de Hacienda, 2005.

⁵⁰ *Vid. inter alia* DE BROE, L.: *International Tax Planning and Prevention of Abuse...* cit. págs. 805 y ss.; ALMUDÍ CID, J. M.: *El régimen jurídico de Transparencia Fiscal Internacional*, IEF, Madrid, 2005; PALAO TABOADA, C.: «Transparencia fiscal internacional y Derecho europeo: Conclusiones del AG en el asunto Cadbury Schweppes», *RCyT*. CEF, núm. 280/2006, recogido asimismo en: PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal...* cit.

⁵¹ El establecimiento de filiales de algunos Estados miembros en la zona de los «muelles de Dublín» o *Dublin Docks* ha generado una gran conflictividad tributaria. *Vid.* RUIZ ALMENDRAL, V.; SEITZ, G.: «Die neue spanische Umgehungsvorschrift des Artículo 15 Ley General Tributaria (LGT) –Ist der deutsche §42 AO als Vorbild geeignet?». *Steuer und Wirtschaft*, n.º 4/2004, y (mismos autores) «El fraude a la ley tributaria (análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana)». *RCyT*. CEF, n.ºs 257-258/2004. Véase asimismo, en relación con la jurisprudencia austriaca en el caso, el trabajo de: OBERMAIR, C.; WENINGER, P. J.: «Treaty Shopping and Domestic GAARs in the Light of a Recent Austrian Decision on Irish IFS Companies». *Intertax*, vol. 33, n.º 10/2005, págs. 467 y ss.

Para las partes (no sólo el Reino Unido, sino también para el resto de Estados miembros que presentan alegaciones) la disparidad de los tipos impositivos de los beneficios de las sociedades vigentes en el seno de la Unión constituye una diferencia objetiva de situación que justifica el trato diferenciado previsto por la legislación de que se trata. El Abogado rechaza esta tesis por entender que «sería tanto como admitir que un Estado miembro tiene derecho, sin infringir las normas del Tratado, a seleccionar a los demás Estados miembros en los que sus sociedades nacionales pueden crear filiales beneficiándose del régimen fiscal aplicable en el Estado de acogida» (párr. 80), lo cual sería contrario al propio principio de mercado único, del que deriva la interdicción, para todos los Estados miembros, de otorgar un trato diferente a sus sociedades residentes que creen filiales en otros Estados miembros en función del tipo impositivo aplicable en el Estado de acogida. La normativa británica constituye, por lo tanto, un obstáculo a la libertad de establecimiento.

Queda examinar si dicha restricción puede verse justificada por la necesidad de luchar contra la evasión fiscal. Pues bien, aunque la lucha contra el fraude fiscal forma parte de las «razones imperiosas de interés general» que pueden justificar un obstáculo al ejercicio de las libertades fundamentales, el Abogado recalca que los límites para poder estimar dicha razón son muy estrictos. En particular, «un obstáculo a una libertad de circulación garantizada por el Tratado únicamente puede estar justificado por la lucha contra la evasión fiscal si la legislación controvertida tiene por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la ley nacional» (párr. 87). Para el Abogado, ahí empieza y termina el concepto de abuso de derecho que puede recoger una norma anti-fraude. Así, afirma que «Los artículos 43 y 48 de la CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una legislación fiscal nacional que prevé la inclusión en la base imponible de una sociedad matriz residente de los beneficios obtenidos por una sociedad extranjera controlada establecida en otro Estado miembro **cuando dichos beneficios estén sujetos en este Estado a un nivel impositivo muy inferior al vigente en el Estado de residencia de la sociedad matriz, si dicha legislación se aplica únicamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir la ley nacional.** Tal legislación debe, pues, permitir al contribuyente quedar exento justificando que la filial controlada está realmente implantada en el Estado de establecimiento y que las transacciones que tuvieron por efecto una disminución de la carga impositiva de la sociedad matriz corresponden a prestaciones efectivamente realizadas en dicho Estado y que no carecían de interés económico con respecto a la actividad de la referida sociedad».

Aunque no totalmente, el Tribunal sigue el razonamiento del AG, si bien restringe la noción de abuso a la luz de la noción de artificiosidad, concluyendo que «Habida cuenta de las precedentes consideraciones, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 43 y 48 de la CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la inclusión en la base imponible de una sociedad residente establecida en un Estado miembro de los beneficios obtenidos por una SEC en otro Estado miembro cuando dichos beneficios estén sujetos en este último Estado a un nivel de tributación inferior al aplicable en el primer Estado, a menos que tal inclusión concierna únicamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir el impuesto nacional normalmente adeudado. Por consiguiente, la aplicación de esa medida tributaria debe descartarse cuando resulte, en función de elementos objetivos y verificables por terceros, que, a pesar de que existan motivos de índole fiscal, la citada SEC está implantada realmente en el Estado miembro de acogida y ejerce en él actividades económicas efectivas.»

Esta restricción de la noción de artificiosidad es preocupante, no sólo porque limita la aplicación de las normas de transparencia fiscal sino porque incluso podría afectar a las normas generales anti-abuso, ya que como se ha señalado, el Tribunal se centra «en comportamientos cercanos a las simulaciones más groseras»⁵². Deja así fuera los también abusivos supuestos en los que hay cierta implantación económica pero ésta no es suficiente, precisamente porque se trata de una sustancia económica fabricada para escapar de estos regímenes. En estos casos, donde estaríamos ante auténticos supuestos de fraude a la ley tributaria, debería poder aplicarse la norma de transparencia y, eventualmente, la norma genera anti-abuso. Sin embargo, en *Cadbury* el Tribunal está manejando una modalidad restringida, *europalizada*, del test de los motivos económicos válidos, sólo que su análisis parece quedarse en la sustancia económica, sin avanzar en la interpretación teleológica de la norma tributaria, que como veremos más adelante se ha considerado la clave de bóveda de las doctrinas del propósito negocial en el ámbito tributario.

En nuestro país, el artículo 107 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades* (TRLIS, donde se regula la transparencia fiscal, contiene una excepción para las operaciones europeas redactada en los siguientes términos «lo previsto en este artículo no será de aplicación cuando la entidad no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, **siempre que el sujeto pasivo acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades empresariales**» (107.15). Esto es, se incorpora el test de motivos económicos válidos, sobre el que se volverá más abajo, si bien éste deberá ser interpretado a la luz de la citada jurisprudencia.

2.2.3. Las normas anti-subcapitalización

El problema de la subcapitalización (*thin capitalization*), o del sobre-endeudamiento, parte del propio contrato de sociedad y de las dos grandes alternativas para financiarla: el capital o el endeudamiento. En el primer caso, el mecanismo tipo consiste en articular la posibilidad de que una o varias personas adquieran una participación en el capital a través de títulos (acciones), que generan entre otros el derecho a percibir un dividendo en el caso de que haya beneficios, y éstos sean además distribuidos. En el segundo caso, la sociedad puede decidir obtener un préstamo, comprometiéndose a devolver el principal y los intereses en un plazo determinado. En los países de nuestro entorno, el recurso al endeudamiento es más beneficioso desde la perspectiva tributaria, pues generalmente el tributo que grava las rentas de una sociedad considera deducible el pago de intereses, pero no la retribución de fondos propios [*vid.* nuestro art. 14.1 a) TRLIS]. Por otro lado, desde la perspectiva del prestamista, también es fiscalmente más interesante la obtención de intereses, pues el pago de dividendos implicará siempre una doble imposición cuya corrección siempre es limitada, lo que no sucederá en el caso de pago de intereses. Pero sobre todo, la situación es también ventajosa desde la perspectiva del Derecho tributario internacional, pues los CDI también otorgan mejor tratamiento a los intereses que a los dividendos⁵³. Y si además el endeudamiento tiene lugar entre entidades vin-

⁵² CALDERÓN CARRERO, J. M.; MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: «Acerca de la necesidad de reconfigurar la política española en materia de cláusulas antiabuso y fiscalidad directa: las consecuencias derivadas de los casos Cadbury Schweppes y Test claimants in the thin cap group». *Jurisprudencia Tributaria*. Aranzadi n.º 2/2007.

⁵³ *Vid.* RUIZ GARCÍA, J. R.: «Artículo 10 MC OCDE. La tributación de los dividendos», y «Artículo 11 MC OCDE. La tributación de los intereses»: AA.VV. (coord.: RUIZ GARCÍA, J. R.; CALDERÓN CARRERO, J. M.): *Comentarios a los Convenios*

culadas con residencia en diversos Estados, es evidente que este mecanismo permite un cierto margen de acción para seleccionar el mapa de tributación de las diversas entidades, de manera que aquellas cuya residencia a efectos tributarios esté ubicada en los Estados con mayor tributación, se endeudarán preferiblemente con entidades ubicadas en zonas con menor tributación, o incluso en países donde la obtención de intereses esté exenta de tributación. De ahí que la subcapitalización se corrija normalmente cuando hay vinculación, pues en el fondo no es más que un supuesto particular donde se pone de manifiesto que las partes no actúan de manera independiente, conforme al principio de empresa separada (*at arm's length* ⁵⁴). Por eso, la subcapitalización no es sólo perjudicial desde la perspectiva tributaria, sino que incide también negativamente sobre la libre competencia, no desleal, entre Estados. Este segundo elemento es clave para entender por qué el TJUE sí admite la existencia de esta clase de normas, siempre que se alineen con el Derecho de la Unión Europea.

Hasta el momento sólo hay tres Sentencias del Tribunal de Justicia que aborden de manera directa la configuración de las normas de subcapitalización y su aplicación en el contexto comunitario: *Lankhorst-Hohorst* (asunto 324/00), la Sentencia de 13 de marzo de 2007, asunto C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation y Commissioners of Inland Revenue* (en adelante, *Thin Cap*), y la de 17 de enero de 2008 (C-105/07) *Lammers & Van Cleeff*, que han venido a confirmar, como ya se había apuntado en *Lankhorst* que es posible mantener una norma de subcapitalización y que ésta sea compatible con el Derecho comunitario. Sólo es necesario que se cumplan algunas condiciones, fundamentalmente, que la norma permita un análisis de la sustancia sobre la forma, y que no suponga una presunción sin más de fraude. Al mismo tiempo, el Tribunal enfoca el problema desde la perspectiva del principio de plena competencia, si bien esto se desarrollará en jurisprudencia posterior, como exponemos en el último apartado de este trabajo.

Hay acuerdo en que las normas de subcapitalización modificadas por los Estados miembros tras la jurisprudencia citada o bien han perdido toda eficacia porque excluyen las transacciones con Estados de la Unión Europea, o son absurdas (como la antigua alemana) por extender su aplicación a supuestos internos, cuando se trata de una norma pensada para situaciones transfronterizas. Nuestro país adolece del primer defecto, tras la modificación del artículo 20 del TRLIS mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre ⁵⁵, para adaptarla a la jurisprudencia contenida en el caso *Lankhorst-*

para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España. A Coruña: Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, 2004, en particular págs. 577 y ss., y págs. 636 y ss. Una recapitulación general de las ventajas tributarias del endeudamiento como alternativa de financiación en: PALAO TABOADA, C.: «La subcapitalización y los convenios de doble imposición». *RCyT*. CEF, n.º 137-138/1994, págs. 79 y ss.; posteriormente, por el mismo autor: «La subcapitalización», cap. 21 de SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Fiscalidad internacional*, 2.ª ed. CEF, Madrid, 2005, págs. 822 y ss. SANZ GADEA, E.: «La subcapitalización». *RCyT*. CEF, n.º 206/2000, pág. 28; VEGA BORREGO, F.: «La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y el Derecho comunitario». *Crónica Tributaria* n.º 104/2002, págs. 89 y ss.; TERRA, B.; WATTEL, P.: *European Tax Law...* cit. págs. 602 y ss.

⁵⁴ *Vid.* CALDERÓN CARRERO, J. M.: *Precios de transferencia e impuesto sobre sociedades*. Valencia: Tirant lo blanch, 2005, págs. 96 y ss., y referencias allí contenidas. GARCÍA PRATS, F. A.: «Artículo 9. Empresas Asociadas», en: AA.VV. (coord.: RUIZ GARCÍA, J. R.; CALDERÓN CARRERO, J. M.): *Comentarios a los Convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*. A Coruña: Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, 2004, págs. 566 y 567.

⁵⁵ Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que añade el párrafo cuarto («Lo previsto en este artículo no será de aplicación cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal»).

*Hohorst GmbH y Steinfurt Finance Authority*⁵⁶. Se soluciona con esta reforma la manifiesta incompatibilidad de la norma con el Derecho de la Unión Europea, que ya había sido apuntada⁵⁷, al tiempo que convierte en perfectamente inútil la norma de subcapitalización⁵⁸.

El problema es que, mientras no se modifique el precepto, el sobreendeudamiento entre entidades vinculadas en el ámbito comunitario no podrá corregirse mediante el artículo 20 del TRLIS. Eso no significa que la subcapitalización en el ámbito comunitario no pueda evitarse, pues es posible que puede utilizarse la norma de conflicto contenida en el artículo 15 de la LGT en aquellos casos en que el endeudamiento sea desproporcionado y, dadas el resto de circunstancias, pueda interpretarse que se trata de un endeudamiento cuyo único motivo económico sea el ahorro de la carga tributaria⁵⁹. En realidad, y con los matices que veremos, en ocasiones el recurso a la norma general anti-abuso posiblemente sea la única manera de evitar buena parte de las maniobras elusivas ya que, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sólo son compatibles con el respeto a las libertades fundamentales aquellas normas anti-abuso que permitan un margen de interpretación lo suficientemente amplio como para asimismo dejar al contribuyente la opción de probarlas en contra.

2.2.4. Los impuestos «de salida»

Los denominados «impuestos de salida» no son estrictamente normas anti-abuso, aunque a menudo tienen ésta como otra de sus finalidades. Esta clase de normas cumple una función de importancia crucial en relación con la propia coherencia del sistema tributario, pues tratan de someter a gravamen la plusvalía latente que ha sido generada durante el tiempo de tenencia del activo en cuestión. En efecto, la ganancia, aún no realizada, se habrá ido obteniendo en el Estado miembro de residencia original, que ha proporcionado las condiciones adecuadas para ello; piénsese, por poner sólo un ejemplo, en el coste de mantener un sistema de supervisión de entidades financieras, agencias de valores, y en general un sistema jurídico que proporciona la confianza suficiente como para atraer inversión y que ésta sea rentable. Por ello, es lógico que este Estado pretenda recuperar al menos una parte de dicha plusvalía latente⁶⁰. Pues bien, en ausencia de un mecanismo bien engrasado de asistencia mutua en la Unión Europea, cuando el sujeto traslada los activos a un territorio de tributación menor, o en general a otro Estado, el Estado de la fuente puede perder el derecho a gravar esas plusvalías.

Sin embargo, esta finalidad legítima, puede entrar en colisión directa con las libertades fundamentales de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, que sin embargo no carece de contradicciones,

⁵⁶ Véase la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC, en adelante) de 28 de septiembre de 2006, doctrina reiterada en las RTEAC de 8 de noviembre de 2006, de 21 de diciembre de 2006 y de 19 de enero de 2007.

⁵⁷ PALAO TABOADA, C.: «Límites a la aplicación de la norma española contra la subcapitalización: estado de la cuestión», *Revista Técnica Tributaria* n.º 46, 1999; GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.: *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001; VEGA BORREGO, F. A.: «La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del Derecho Comunitario», en *Crónica Tributaria* n.º 104, 2002.

⁵⁸ Véase: RUIZ ALMENDRAL, V.: «Subcapitalización y libertad de establecimiento: el caso "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation" como una oportunidad para rehabilitar el artículo 20 del TRLIS...» cit. págs. 127 y ss.

⁵⁹ Se apunta esta posibilidad en GARCÍA PRATS, F. A.: «Artículo 9. Empresas Asociadas...» cit. pág. 567.

⁶⁰ Al respecto véase TERRA, B. J. M.; WATTEL, P. J.: *European Tax Law...* cit. págs. 109 y 110.

pudiéndose distinguir dos momentos en su evolución; en un **primer momento**, el Tribunal señala que aquellas operaciones o transacciones que de manera clara y evidente constituyan el ejercicio de alguna de las libertades fundamentales no podrán ser consideradas, por sí mismas, casos de elusión o fraude a la ley tributaria que deba ser corregido, lo que implica la prohibición de los «impuestos de salida» (*exit taxes*), siempre y cuando su establecimiento se base únicamente en el hecho de trasladar la residencia a otro Estado miembro, y ello porque «las autoridades de un Estado miembro no pueden presumir la existencia de un fraude o de un abuso del simple ejercicio por un agente económico de una libertad conferida por el Tratado» (*X e Y*, C-436/00, párr. 51); de manera que «el traslado del domicilio de una persona física fuera del territorio de un Estado miembro no implica, por sí solo, una evasión fiscal. La presunción general de evasión o de fraude fiscales no puede basarse en el hecho de que una persona física haya trasladado su domicilio fiscal a otro Estado miembro, ni tampoco justificar una medida fiscal que menoscabe el ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado» [*Lasteyrie du Saillant* (C-9/02), párr. 62; *Centros* (C-212/97); *Comisión/Bélgica* (C-478/98), párr. 45]. El razonamiento que subyace en las resoluciones citadas es que dichos gravámenes se consideran restrictivos porque, por su propia naturaleza, se anudan a un traslado de domicilio ⁶¹.

Posteriormente, en un **segundo momento**, la Sentencia de 7 de septiembre de 2006, caso *N* (C-470/04) convalida una determinada modalidad de impuestos de salida, declarando el tributo holandés en liza contrario al ordenamiento comunitario por la exigencia de prestar garantía, no por su articulación jurídica sustantiva, que se estima conforme con el reparto de poder tributario en el contexto internacional. Así, para el Tribunal «no deja de ser razonable que los Estados miembros se inspiren en la práctica internacional y, en particular, en el modelo de convenio elaborado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos» (párr. 45), de manera que «la medida controvertida en el procedimiento principal persigue un objetivo de interés general y, por otra, que es adecuada para garantizar la obtención de tal objetivo» (párr. 47, caso *N* ⁶²).

Con todo, lo cierto es que la doctrina del TJUE sobre los impuestos de salida dista de estar clara. En el fondo de la cuestión late un problema que la jurisprudencia no está en condiciones de solucionar, y es que hay pocas alternativas a una suerte de *impuesto de salida* para compensar el ejercicio de poder tributario. En efecto, si el Estado de la residencia renuncia a someter a gravamen las ganancias latentes a la salida del territorio (o en el momento de transferir determinados activos) permitiendo al contribuyente transferir dicho activo por su valor contable, se puede producir una doble no imposición si además el Estado hacia el que se transmite valora éste por su valor de mercado, lo que implicará que en el momento de su transmisión, esto es, a la hora de determinar si hay una ganancia *real*, ésta será necesariamente menor, pues el bien tiene un valor de partida que es de mercado, y estará por lo tanto más cerca del valor de transmisión. El caso contrario, por otra parte, determina siempre una doble imposición, porque el Estado de la residencia sujetaría a tributación la

⁶¹ Nótese que esto plantea de inmediato numerosos problemas, en primer lugar, cómo deban ser interpretados los amplísimos términos que emplea el Tribunal para definir qué debe entenderse bajo el concepto restricción. Entre otros, el Tribunal se ha referido al «carácter disuasorio» de una norma (*Lasteyrie*, párr. 45), o al hecho de que la misma (el gravamen que ésta impone) pueda obstaculizar o «hacer menos atractivo» el ejercicio de las libertades fundamentales (*Centros*, C-212/97, párr. 34), reiterando finalmente esta jurisprudencia en la Sentencia de 23 de febrero de 2006, *Keller Holding* (C-471/04).

⁶² CALDERÓN CARRERO, J. M.: «La compatibilidad comunitaria de los impuestos de salida y de las reglas de reembolso de garantías exigidas en relación con impuestos contrarios al Derecho Comunitario: el caso *N*». *RCyT*. CEF, n.º 286/2007, págs. 105 y ss.; MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.; CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Los impuestos de salida y el Derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española». *Crónica Tributaria*, n.º 125/2007, págs. 51 y ss.

ganancia latente y además el Estado hacia el que se transfiere el activo lo valoraría por su valor contable. Los impuestos de salida son, en suma, la norma que compensa el hecho de que coexisten, con relaciones económicas muy cercanas, sistemas tributarios cuyas normas son diversas, y cuyas reglas de valoración son también por tanto sustancialmente distintas ⁶³.

Sólo en el último año, la Comisión Europea ha requerido a varios Estados miembros la modificación de sus normas tributarias por infracción de la jurisprudencia sobre impuestos de salida ⁶⁴ y en concreto, por entender que suponían una infracción del artículo 49 del TFUE (libertad de establecimiento). En el caso de Bélgica, Dinamarca y Países Bajos se trataba de normas que gravaban la tributación de las ganancias de capitales de las entidades que modificaran su domicilio a otro Estado, en diversas modalidades ⁶⁵. España y Portugal también se encuentran en el punto de mira ⁶⁶ y de hecho nuestro país ha sido recientemente demandado ante el Tribunal de Justicia por infracción de la citada jurisprudencia ⁶⁷. La norma afectada es el artículo 14.3 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, *del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio* (LIRPF) que establece: «En el supuesto de que el contribuyente pierda su condición por cambio de residencia, todas las rentas pendientes de imputación deberán integrarse en la base imponible correspondiente al último periodo impositivo que deba declararse por este impuesto... practicándose, en su caso, autoliquidación complementaria, sin sanción ni intereses de demora ni recargo alguno». Según la Comisión, la norma es considerada contraria a Derecho por considerarse que «esta tributación inmediata penaliza a aquellas personas que deciden dejar España, al darles un trato menos favorable que a las personas que permanecen en el país. Por tanto, parece que la normativa española disuade a los ciudadanos de ejercer su derecho de libre circulación y, en consecuencia, constituye una restricción de los artículos 18, 39 y 43 CE». Nótese que desde la perspectiva comunitaria, también podrían resultar problemáticos los artículos 88.3 ⁶⁸ y 17.3 ⁶⁹ del TRLIS por restricción de la libertad de establecimiento ⁷⁰.

⁶³ *Vid.* al respecto: TENORE, M.: «The transfer of assets from a Permanent Establishment to its General Enterprise in the Light of the European Law...» cit. págs. 387 y 388.

⁶⁴ Con base en las Sentencias de 11 de marzo de 2004 en el asunto C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*, y de 7 de septiembre de 2006, caso *N*, asunto C-470/04, así como en la Comunicación de la Comisión sobre la imposición de salida (COM (2006) 825 de 19 de diciembre de 2006).

⁶⁵ Expedientes abiertos con referencias, respectivamente: 2008/4250 (BE), 2008/2157 (DK) y 2008/2207 (NL).

⁶⁶ Véase nota de prensa: IP/09/1460.

⁶⁷ Asunto referencia: 2007/2373.

⁶⁸ Éste dispone que los socios, en el marco de una operación de fusión, absorción y escisión total o parcial, que pierdan su residencia en España, deberán integrar en su base imponible en el IRPF (o en el IS, según proceda en cada caso) «la diferencia entre el valor normal de mercado de las acciones o participaciones y el valor a que se refiere el apartado anterior, corregido, en su caso, en el importe de las pérdidas por deterioro del valor que hayan sido fiscalmente deducibles». El problema de esta norma radica en su 2.º párrafo, que establece la obligación de aportar garantía en el caso de que la deuda tributaria correspondiente quisiera aplazarse; en este sentido: MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.; CALDERÓN CARRERO, J. M., en: «Los impuestos de salida y el Derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española...» cit. págs. 62 y ss.

⁶⁹ De acuerdo con este precepto deberán integrarse en la base imponible «la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor contable de los siguientes elementos patrimoniales: a) Los que sean propiedad de una entidad residente en territorio español que traslada su residencia fuera de éste, excepto que dichos elementos patrimoniales queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español de la mencionada entidad; b) Los que estén afectos a un establecimiento permanente situado en territorio español que cesa su actividad y c) Los que estando previamente afectos a un establecimiento permanente situado en territorio español son transferidos al extranjero».

⁷⁰ MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.; CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Los impuestos de salida y el Derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española...» cit. págs. 64 y ss.

3. Las normas anti-abuso autorizadas en las Directivas comunitarias en materia de imposición directa y su interpretación por el TJUE

Pese a que las iniciativas de armonización de la fiscalidad directa son asimétricas⁷¹, limitándose, siendo estrictos, a las Directivas Matriz-Filial, la Directiva de Fusiones o la Directiva del ahorro⁷², la existencia de estas normas ha tenido una influencia decisiva en la jurisprudencia comunitaria en materia de fiscalidad directa y, por lo que interesa a nuestro estudio, en la interpretación de las normas anti-abuso, apuntalando incluso o sirviendo de acicate la que se denomina tradicionalmente «armonización fiscal impropia» o armonización de «segundo grado»⁷³ de la fiscalidad directa, a partir de la interpretación del principio de no discriminación en materia comunitaria y de las libertades fundamentales, lo que viene suponiendo una radical transformación de los sistemas tributarios de los Estados⁷⁴.

Aún a riesgo de reiterar algunos de los argumentos ya expuestos, creemos pertinente prestar brevemente atención a las normas anti-elusión autorizadas en el propio Derecho de la Unión Europea, al objeto de ofrecer una visión global de la doctrina del Tribunal. Como es sabido, el derecho derivado no contiene propiamente normas anti-abuso, sino *habilitaciones* a los Estados miembros a que desarrollen y apliquen este tipo de normas en supuestos concretos⁷⁵. Lo relevante aquí es que la habilitación es relativamente cerrada, de manera que en la práctica y de acuerdo con la interpretación del TJUE, la norma comunitaria precisa los términos en que tales normas deben estar redactadas, de manera que el canon de conformidad con el Derecho de la Unión Europea será primordialmente la Directiva.

Comenzando por la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, *reguladora del régimen fiscal de las fusiones y otras operaciones de reestructuración empresarial* (en adelante, Directiva de fusiones), ésta permite que los Estados miembros inapliquen los beneficios fiscales del régimen de fusiones cuando la finalidad de la operación sea el fraude o la evasión fiscal. Así, el artículo 11 dispone que un Estado miembro podrá negar la ventaja fiscal derivada del régimen de fusiones cuando dicha operación «tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal». Como *canon* de fraude se hace referencia a los motivos económicos válidos, añadiendo el mismo precepto que «el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1 no se efectúe por moti-

⁷¹ COMISIÓN: Comunicación de la Unión Europea sobre «Política fiscal de la Unión Europea. Prioridades para los próximos años» (Documento COM (2001) 260 final). Diario Oficial n.º C 284 de 10/10/2001, págs. 6 a 19.

⁷² Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, 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.

⁷³ *Vid.* tempranamente: FALCÓN Y TELLÁ, R.: «El papel de la Jurisprudencia en la armonización fiscal europea», en AA.VV.: *Sistema fiscal español y armonización europea*. Madrid: Marcial Pons, 1995, págs. 41 y ss.

⁷⁴ Sobre la jurisprudencia económica del TJCE y su influencia en el sentido apuntado, es imprescindible el trabajo de un AG del Tribunal hasta 2009: POIARES MADURO, M.: *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*. Oxford: Hart Publishing, 1998, págs. 61 y ss. *Vid.* también la incidencia en materia tributaria en: SACCHETTO, C.: «ECJ Direct Tax Cases and Domestic Constitutional Principles: an Overview», en AVI-YONAH, R. S.; HINES, Jr., J. R.; LANG, M.: *Comparative Fiscal Federalism. Comparing the European Court of Justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007, pág. 2. VANISTENDAEL, F.: «Tax Revolution in Europe: The Impact of Non-Discrimination», en *European Taxation*, vol. 40, n.ºs 1-2, Jan-Feb, 2000, pág. 4.

⁷⁵ GARCÍA PRATS, A.: «Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho Comunitario...» cit. 185.

vos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal».

El TJUE ha tenido ocasión de interpretar el alcance de esta norma en diversas ocasiones, la primera en el caso *Leur Bloem*, de 17 de julio de 1997 (C-28/95) donde se apunta una noción de motivos económicos válidos relativamente flexible, que contrasta con el entendimiento tradicional del *business purpose test* o test de propósito negocial ⁷⁶, si bien es cierto que se reconoce que las operaciones realizadas *exclusivamente* por motivos fiscales y que sean artificiales no serán admisibles ⁷⁷. Esto resulta especialmente evidente si comparamos el viejo caso estadounidense *Helvering vs. Gregory* ⁷⁸, y el caso *Leur-Bloem* (STJUE de 17 de julio de 1997, C-28/95), que constituye una interpretación autorizada de la norma anti-abuso contenida en el artículo 11 de la Directiva de fusiones. Salvando todas las distancias, tanto la señora *Helvering* como la señora *Leur-Bloem* tenían la intención de llevar a cabo una reorganización empresarial con (seguramente) la única finalidad de aprovechar una serie de ventajas tributarias ⁷⁹. Pues bien, la interpretación que lleva a cabo el Tribunal en *Leur-Bloem* es muy estricta, y podría conducir a la imposibilidad de que los Estados miembros puedan establecer requisitos o condiciones adicionales para evitar el abuso de la misma que encajen perfectamente en el precepto ⁸⁰, lo cual bien podría considerarse una mutación del citado artículo 11, pues en el fondo el TJUE establece una presunción, que además no parece admitir prueba al contrario: cuando haya motivos económicos válidos, no es posible la aplicación de la norma anti-abuso, de manera que «lo que aparece como una presunción en la Directiva se convierte, por mor de la acción del TJUE, en un elemento negativo definidor del fraude o de la evasión fiscal» ⁸¹. Como veremos, éste es el problema de mantener un test de propósito negocial sin matices.

Recientemente se ha planteado un caso ante el TJUE cuyas repercusiones para nuestro derecho son evidentes, sobre todo si el Tribunal decide seguir la opinión de la AG (Sra. Juliane Kokott), en sus Conclusiones presentadas el 16 de julio de 2009, asunto C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV*. El problema en liza es si el artículo 11 de la Directiva de fusiones puede emplearse para negar la ventaja fiscal derivada de la norma en el caso de que la operación de reestructuración tenga por objeto eludir otro impuesto, el Impuesto sobre Transmisiones. El caso de autos es un supuesto casi «de manual» de

⁷⁶ PALAO TABOADA, C.: «La modificación de la Directiva de Fusiones», *RCyT*. CEF, n.º 268/2005.

⁷⁷ Véase también: la STJUE de 5 de julio de 2007, *Hans Markus Kofoed*, C-321/05, relativa a un canje de acciones seguramente realizado en fraude a la ley.

⁷⁸ Este caso fue decidido, en primer lugar, por el Tribunal del *Second Circuit Court of Appeals*, presidido por el juez Learned Hand, que desestimó una operación de reorganización empresarial que había sido llevada a cabo por motivos exclusivamente tributarios, esto es, para aprovechar la ventaja fiscal prevista; la Sentencia de este Tribunal [293 U.S. 465, 468] terminó llegando al Tribunal Supremo, que asumió plenamente la doctrina del *business purpose test* [(1935) 293 US 465]. Tal doctrina puede verse también, entre otros muchos casos, en: *Segal vs. Commissioner*, 41 F.3d 1144, 1148 (7th Cir. 1994); *Yosha vs. Commissioner*, 861 F.2d 494 (7th Cir. 1988); *ACM Partnership vs. Commissioner*, 157 F.3d 231, 246-47 (3d Cir.1998).

⁷⁹ Véase una comparación entre ambos casos en: RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)...* cit. págs. 175 y ss.

⁸⁰ HOENJET, F.: «The Leur-Bloem judgement: the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger Directive...» cit. pág. 212.

⁸¹ GARCÍA PRATS, A.: «Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho Comunitario...» cit. pág. 200.

fraude a la ley tributaria, pues con la finalidad de transmitir un inmueble, se lleva a cabo una fusión de empresas, de ahí que las autoridades tributarias neerlandesas denegaran la ventaja de la tributación de las fusiones, por entender que la única finalidad de la misma era evitar el Impuesto sobre Transmisiones.

La cuestión que se le plantea al Tribunal es si debe interpretarse el artículo 11, apartado 1, letra a), de la citada Directiva en el sentido de que cabe denegar al sujeto pasivo las ventajas reguladas en la misma en el supuesto de que un conjunto de actos jurídicos tenga por objeto evitar el devengo de un impuesto distinto de aquéllos (Impuesto sobre Sociedades) a los que se refieren las ventajas que establece dicha Directiva. La respuesta dada en las Conclusiones sigue la línea restrictiva del Tribunal, afirmándose que la norma del artículo 11 se aplica únicamente a la evasión de impuestos en los que repercuten las ventajas fiscales previstas en la citada Directiva, lo que implica que no al Impuesto sobre Transmisiones. Incluso cuando la evasión del impuesto sobre transmisiones sea inminente o bien ya se haya producido, no podrá denegarse ni retirarse el beneficio de las ventajas fiscales de la Directiva de fusiones.

Cabe plantearse si en este caso se podría aplicar una norma general anti-abuso, que precisamente tiene sentido en casos como el presente, en los que la norma especial anti-abuso no es suficiente para abarcar la operación del sujeto, que se ha ceñido en su actuación a la literalidad de la norma. Sin embargo, la opinión de la AG parece negar la posibilidad de que se invoque la prohibición general de abuso de derecho, y ello porque el citado artículo 11 de la Directiva estaría estableciendo «con carácter exhaustivo los requisitos conforme a los cuales pueden denegarse las ventajas fiscales establecidas en la Directiva en supuestos de abuso de derecho», de manera que, sigue la Abogada, «si se permitiera, además, la aplicación de un principio general del Derecho, cuyo contenido es mucho menos claro y definido, existiría el riesgo de que se burlase la finalidad de armonización de la Directiva 90/434/CEE y se pusiera en peligro la seguridad jurídica que ésta persigue en relación con la reestructuración de sociedades de capital» (párr. 62). Aunque la AG se refiere al principio general, comunitario, de abuso de derecho, cabe preguntarse si un caso como el de autos podría aplicarse la norma general anti-abuso, por ejemplo, nuestro artículo 15 de la LGT. Creemos que la respuesta sólo puede ser positiva. En nuestro ordenamiento, es el artículo 96.2 del TRLIS la norma que desarrolla el artículo 11. Este precepto, interpretado en diferentes ocasiones por el TEAC a la luz de *Leur Bloem*⁸², debe interpretarse admitiendo prueba en contrario.

La Directiva 90/435/CEE, de 23 de julio de 1990, *relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes* (en adelante, Directiva matriz-filial), contiene una cláusula anti-abuso en su artículo 1.2 que establece la posibilidad de que los Estados miembros apliquen las «disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos»⁸³. La doctrina tradicionalmente ha entendido que el artículo 1.2 contiene dos clases

⁸² Entre otras, véanse las RTEAC de 15 de junio de 2006 y de 27 de septiembre de 2007.

⁸³ *Vid.*, en relación con el ordenamiento jurídico español, en: CALDERÓN CARRERO, J. M.; RUIZ ALMENDRAL, V.: «¿Es compatible la norma española anti "Directive-Shopping" con el Derecho Comunitario? (A propósito de la Resolución del TEAC de 15 de octubre de 2004)». *Jurisprudencia Tributaria* Aranzadi, n.º 11/2005 (págs. 35-66); CALDERÓN CARRERO, J. M.; MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «La Directiva relativa al sistema común de imposición aplicable en el caso de las sociedades matrices y filiales de diferentes Estados miembros», en coord. CARMONA FERNÁNDEZ: *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, 2008, págs. 944 y ss. Véase asimismo, con mayores referencias: RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*... cit. págs. 156 y ss.

de normas anti-abuso, una de carácter general y varias específicas⁸⁴. La primera sería una remisión, ya que el artículo 1.2 de la Directiva establece que la misma «no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos». Se trataría así de una suerte de autorización a los Estados miembros para que establezcan y apliquen sus propias normas específicas y generales al objeto de evitar el abuso de los beneficios fiscales previsto en la norma comunitaria⁸⁵. Sin embargo, como se ha sostenido⁸⁶, seguramente esta interpretación tradicional ya no puede mantenerse tras el caso *Denkavit* (Sentencia de 17 de octubre de 1996⁸⁷) en el que se afirma que «el apartado 2 del artículo 1 de la Directiva constituye una disposición de principio, cuyo contenido se explicita en detalle en el apartado 2 del artículo 3 de la misma Directiva» (párr. 31), de manera que se conecta el artículo 1.2 con el artículo 3.2 de la norma, que autoriza a los Estados miembros a no aplicar la misma «a aquéllas de sus sociedades que no conserven, durante un periodo ininterrumpido de por lo menos dos años, una participación que dé derecho a la calidad de sociedad matriz, ni a las sociedades en las cuales una sociedad de otro Estado miembro no conserve, durante un periodo ininterrumpido de por lo menos dos años, una participación semejante» (mismo párr.). Esta afirmación del TJUE supone una interpretación restrictiva de la norma contenida en el 1.2, a partir de la cual se establece la aplicación prioritaria de las normas específicas anti-abuso establecidas en la propia Directiva frente a las nacionales, lo que implica que éstas tienen que interpretarse a la luz de los requisitos materiales establecidos en la norma comunitaria, como por ejemplo el referido al periodo de permanencia⁸⁸. Los casos *Cadbury* y *Halifax*, ya citados suponen una vuelta de tuerca más a la interpretación de esta norma, toda vez que apuntan una noción de abuso comunitario construida sobre la base de una transacción artificial, de manera que sólo en presencia de un montaje de este tipo podría desmontarse la tesis de los motivos económicos válidos⁸⁹.

La Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre entidades asociadas de diferentes Estados miembros (en adelante, Directiva de intereses y cánones), contiene diversas medidas anti-abuso o de control (arts. 1.4, cláusula del beneficiario efectivo, el periodo de permanencia del art. 1.10 y el art. 4), pero también contiene una cláusula específica algo más amplia sobre «fraude y abuso», estableciendo, en su artículo 5, que «1. La presente Directiva no se opondrá a la aplicación de disposiciones nacionales o contractuales destinadas a impedir el fraude fiscal y los abusos; 2. Los Estados miembros podrán denegar el amparo de la presente Directiva o negarse a aplicarla a cualquier transacción cuyo móvil

⁸⁴ En este sentido: FARMER, P.; LYAL, R.: *EC Tax Law*, Clarendon Press, London, 1994, págs. 256-261; HOENJET, F.: «The Leur-Bloem judgement: the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger Directive». *EC Tax Review*, n.º 4/1997, pág. 212.

⁸⁵ DE HOSSON, F.: «The Parent-Subsidiaries Directive». *Intertax*, 1990, pág. 427; WEBER, D.: «A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive», *EC Tax Review*; n.º 2, 1996, págs. 63 y ss.

⁸⁶ SCHÖN, W.: *Die Auslegung europäischen Steuerrecht. Das harmonisierte Steuerrecht zwischen nationalem Zivilrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1993, págs. 70 y ss. WEBER, D.: «A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive...» cit. pág. 64; por el mismo autor: «The first steps of the ECJ concerning an abuse-doctrine in the field of harmonized direct taxes». *EC Tax Review*; n.º 1/1997, pág. 30.

⁸⁷ Sentencia de 17 de octubre de 1996, *Denkavit-Vitic-Vormeer*, asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94.

⁸⁸ En sentido similar: SCHÖN, W.: *Die Auslegung europäischen Steuerrecht. Das harmonisierte Steuerrecht zwischen nationalem Zivilrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1993; GARCÍA PRATS, A.: «Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho Comunitario...» cit. págs. 189 y ss.

⁸⁹ CALDERÓN CARRERO, J. M.; MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «La Directiva relativa al sistema común de imposición aplicable en el caso de las sociedades matrices y filiales de diferentes Estados miembros...» cit. pág. 945.

principal o uno de cuyos móviles principales sea el fraude fiscal, la evasión fiscal o el abuso». También en este caso la doctrina vertida en *Cadbury* y *Halifax* limita aún más la norma reconduciendo la auto-rización a aquellas normas nacionales que persigan evitar transacciones realmente artificiales⁹⁰.

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 (en adelante, Directiva sobre la fiscalidad del ahorro) no contiene en realidad un concepto de fraude a la ley tributaria, si bien se refiere al mismo de una manera indirecta; en primer lugar, autorizando a los Estados miembros a «adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal» (Considerando 3). La segunda mención es una especie de advertencia a los Estados miembros; así, en el Considerando 4 se señala que «De conformidad con el apartado 3 del artículo 58 del Tratado, las disposiciones del Derecho fiscal de los Estados miembros destinadas a combatir los abusos o el fraude no deben constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos, tal y como la define el artículo 56 del Tratado». Por último, la Directiva se refiere al intercambio de información como el principal instrumento para garantizar la tributación efectiva de los pagos de intereses (Considerando 14, art. 1). Sin desdeñar la relevancia de tal intercambio en la lucha contra el fraude fiscal⁹¹, llama la atención, en contraste con las anteriores, la ausencia de referencia alguna para limitar el fraude mediante otros métodos. El hecho de que la Directiva no contenga ninguna habilitación a los Estados miembros para que éstos adopten medidas para luchar contra la evasión fiscal tiene consecuencias directas en la aplicación de las normas anti-abuso, y en concreto dos: cualquier norma anti-abuso que se pretenda aplicar deberá admitir prueba en contrario y no suponer una presunción de abuso, y (dos), el umbral de fraude se eleva de manera que no valdrá cualquier conducta abusiva sino que sólo podrán considerarse en fraude aquellos *montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica y realizados con el objetivo de eludir el impuesto normalmente exigible*.

En fin, de la interpretación del TJUE de las normas anti-abuso contenidas en las Directivas puede concluirse que éstas operan como *lex specialis* que delimitan la aplicación de las cláusulas anti-abuso nacionales, *siempre que se trate del mismo tipo de abuso*⁹². Por eso, en aquellos casos en los cuales una norma nacional anti-abuso tenga como objeto la prevención del *mismo tipo de abuso* a través de una vía distinta de la prevista en la Directiva, ésta será difícilmente compatible con el Derecho de la Unión Europea. Si se tratara de otra forma de abuso, también los requisitos del Derecho de la Unión Europea deberán ser estrictamente respetados, aunque su eficacia sobre la norma anti-abuso nacional se proyectará de manera diferente. En este último caso lo primordial será averiguar si la cláusula nacional distorsiona los requisitos materiales de la Directiva, o sus normas específicas anti-abuso. De todo lo anterior resulta evidente que las normas nacionales anti-fraude tienen su ámbito de aplicación notablemente restringido cuando pretenden ser aplicadas a los supuestos contemplados por la

⁹⁰ Al menos así se ha sostenido en: MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «La Directiva 2003/49/CE sobre la Fiscalidad de los Intereses y Cánones», en coord. CARMONA FERNÁNDEZ: *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, 2008, pág. 974.

⁹¹ *Vid.*: CALDERÓN CARRERO, J. M.: *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*. Madrid: CEF, 2000, págs. 31 y ss.

⁹² HOENJET, F.: «The Leur-Bloem judgement: the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger Directive». *EC Tax Review*, n.º 4/1997, pág. 212. WEBER, D.: «A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive», cit. págs. 68 y 69. Por otro lado, una regla similar había sido también expresada por el Tribunal en el caso *Knoors* (C-115/78).

Directiva. La restricción, en la hora actual, es doble: la norma nacional deberá adaptarse a los objetivos y fines de la Directiva, por un lado, y por otro, el umbral de fraude se restringe notablemente con la referencia a la artificiosidad, lo que restringe aún más la aplicación de normas anti-abuso.

III. CONSECUENCIAS DE LA NOCIÓN DE ABUSO DEL TJUE EN MATERIA TRIBUTARIA SOBRE EL «TEST DE LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS» PRESENTE EN LAS NORMAS ANTI-ELUSIÓN

Nadie pone en duda a estas alturas que las normas anti-abuso y las normas de control deberán ser conformes al Derecho de la Unión Europea y su interpretación deberá asimismo estar alineada con éste y con la jurisprudencia del TJUE en particular, como máximo intérprete del ordenamiento europeo. Aún no hay jurisprudencia en relación con las normas *generales* anti-abuso, aunque sí hay ya algunas resoluciones en relación con normas *específicas* anti-elusión o de control como para poder pergeñar una respuesta coherente a la pregunta de si las normas generales anti-abuso, y en particular nuestra norma de conflicto contenida en el artículo 15 de la LGT, son compatibles con el Derecho europeo. Así las cosas, tiene sentido enfocar este análisis desde la perspectiva que parece más preocupante, y es el impacto que la doctrina del TJUE acerca del abuso en materia tributaria pueda tener sobre el test de propósito negocial, toda vez que éste es la piedra angular, aunque no sea el único elemento, de las modernas normas anti-abuso tributarias en los Estados de nuestro entorno.

1. Introducción: las normas generales anti-abuso en perspectiva comparada

Es posible afirmar que buena parte de los problemas de fraude a la ley tributaria son problemas de interpretación, y gran parte de éstos están relacionados con cuáles hayan de ser los términos en que se establezca la relación entre el Derecho tributario y el privado⁹³; en efecto, el problema de la interpretación de las normas tributarias surge con especial claridad cuando, en el diseño de los hechos imposables, las normas reguladoras de los distintos tributos toman como referencia o indicio actos o negocios procedentes de otras ramas del Derecho, fundamentalmente del privado, en la medida en que reflejan la capacidad económica que se pretende gravar, u otra finalidad del tributo. Por ello, en muchos casos no se trata tanto de un problema de *preferencia* como de *precedencia* del Derecho privado con respecto al tributario⁹⁴.

De ahí que buena parte de las operaciones que se denominan, en nuestra tradición jurídica, de fraude a la ley tributaria, pueda corregirse mediante una correcta (re)interpretación de las normas tributarias, que previamente fueron convenientemente interpretadas por las partes en un sentido favorable a la minimización de la carga tributaria. Pero esto no es decir gran cosa, pues es precisamente en la interpretación de estas normas donde empiezan la mayor parte de los problemas, aunque también ahí

⁹³ *In extenso*, sobre esta cuestión, véase: PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal...* cit. págs. 25 y ss.; RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*... cit. págs. 148 y ss.

⁹⁴ *Vid.* FLICK, H.: «Mißbrauchsgesetzgebung contra Steuerumgehung». *Festschrift für Franz Klein*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1994, págs. 332 y ss.

radique la solución. Esto resulta particularmente evidente en un contexto jurídico como el actual donde las formas jurídicas mercantiles son cada vez más sofisticadas (piénsese en nuevos tipos societarios, como las entidades *holding* o de tenencia de activos y sus numerosos subtipos –*special purpose vehicles* o instrumentos de inversión de diversas clases⁹⁵). Partiendo de la base de que el contribuyente no está autorizado, evidentemente, a extraer de la libertad de formas una libertad de tributación⁹⁶, lo cierto es que el Derecho tributario no puede pretender ser la consecuencia sin más de las formas jurídico-privadas sino del «éxito económico» y la posición jurídica que éstas propician, toda vez que dicho éxito sale a la luz a través de formas jurídico-privadas. Por ello mismo, no es incompatible una interpretación teleológica de las normas tributarias con una suposición o presunción a favor de una interpretación en clave jurídico-privada, como punto de partida, puesto que la riqueza –capacidad de pago, capacidad económica– o el resultado económico están definidos por estas mismas, *con carácter general*. Es tarea de la interpretación teleológica de la norma tributaria el determinar los motivos por los cuales tal forma o concepto jurídico-privado fue adoptado por la norma tributaria en primer lugar⁹⁷.

Los problemas de determinar el negocio real realizado por las partes con una finalidad elusiva han sido abordados tanto por las doctrinas germanas de la consideración económica (*Ökonomische Betrachtungsweise*) como por las anglosajonas «sustancia sobre forma» (*substance over form*⁹⁸), que si bien partían de postulados dogmáticos sustancialmente diferentes, en muchos casos han alcanzado soluciones similares⁹⁹.

En la doctrina anglosajona, tanto en los países de la *Commonwealth* como en EEUU, el debate sobre la necesidad de interpretación teleológica ha estado estrechamente ligado a los problemas de fraude a la ley tributaria. En la hora actual, la tesis mayoritaria parte de la premisa de que la interpretación de las normas tributarias no debe diferir de la del resto de normas, por lo que carece de sentido aplicar criterios diferentes ni tampoco doctrinas «específicas» en materia tributaria al objeto de combatir el fraude. En suma, abandonados los esquemas literalistas en la interpretación de las normas tributarias, una doctrina específica anti-fraude tributario perdería parte de su sentido; son representativos de esta posición los casos *Barclays*¹⁰⁰ o *Scottish Provident*¹⁰¹. Lo que estas doctrinas

⁹⁵ Sobre la complejidad de este tipo de vehículos, véase, recientemente: RAMOS MUÑOZ, D.: «Living on the Edge: Securitization Supervision and Characterization Problems» *European Company Law*, 6, n.º 5/2009 y, por el mismo autor: *The Law of Transnational Securitization*, Oxford University Press, 2010.

⁹⁶ SCHÖN, W.: «Die zivilrechtlichen Voraussetzungen steuerlicher Leistungsfähigkeit...» cit. pág. 251.

⁹⁷ SCHÖN, W.: «Die zivilrechtlichen Voraussetzungen steuerlicher Leistungsfähigkeit...» cit. pág. 254.

⁹⁸ RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*... cit. págs. 43 y ss. PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*... cit.; TIPKE, K.; KRUSE, H. W.: *Abgabenordnung Finanzgerichtsordnung Kommentar zur AO und FGO*, Tomo 1, § 4, 2003, párr. 106. BECKER, E.: «Zur Anwendbarkeit des § 5 AO., wenn zwischen Gesellschaften m. b. H. und ihren Gesellschaftern Verträge über Verpachtung eines Unternehmens geschlossen werden». *StuW*/1924.

⁹⁹ Como resalta, entre otros, ZIMMER, F.: «General Report», en IFA.: *Form and Substance in tax law*. Cahiers de Droit Fiscal International. Oslo Congress. La Haya: Kluwer, 2002, pág. 62.

¹⁰⁰ *Barclays Mercantile Business Finance Ltd vs. Mawson (Inspector of Taxes)* (2004) UKHL 51; se trata de un complejo supuesto de hecho donde el único beneficio de la compleja operación de *sale and lease-back* (entre otras) descritas en el caso, es un beneficio tributario (*vid.* en especial párrafos 20 y ss.).

¹⁰¹ *Inland Revenue Commissioners vs. Scottish Provident Institution* (2004) UKHL 52. Véase un comentario crítico a *Scottish Provident* en: VANDERWOLK, J.: «United Kingdom: The House of Lords and Tax Avoidance –*Scottish Provident* and

confirman no deja de ser en el fondo una obviedad, y es que hay una estrecha vinculación entre la interpretación teleológica de las normas y las posibilidades de atajar eficazmente el fraude, de manera que cuanto más prolifera una interpretación estricta de las normas tributarias, mayor será el campo disponible para las maniobras en fraude de ley, y también por lo tanto mayor la necesidad de acudir a normas anti-fraude para corregir esta clase de prácticas ¹⁰².

Pero la interpretación teleológica tiene sus límites, pues no es posible rebasar el sentido posible de las palabras, de ahí que no todos los casos de fraude puedan reconducirse mediante la interpretación, en particular, debido en muchos casos a la propia dicción de las propias normas tributarias, que con redacciones detalladas y muy precisas limitan de forma creciente su interpretación finalista ¹⁰³, pues el problema es que el fraude no consiste únicamente en una no realización del hecho imponible, «sino en eludirlo a través de una serie de operaciones que, utilizando una calificación artificiosa, en su conjunto implican una infracción como mínimo indirecta del ordenamiento jurídico» ¹⁰⁴. De ahí que sea ineludible la necesidad de establecer diversos mecanismos para atajar el fraude, empezando por normas de control o normas de delimitación del hecho imponible, y siguiendo por mecanismos estrictamente anti-abuso, normas generales y normas específicas. La necesidad de establecer una norma anti-fraude, o incluso de reconocer que es posible el fraude como concepto en materia tributaria, no es del todo pacífica, ni en nuestro país ni fuera de nuestras fronteras ¹⁰⁵.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en ocasiones la existencia de una norma general anti-abuso no garantiza mayor protección precisamente porque los Tribunales o la propia Administración, temerosos de lo que consideran pueda ser una herramienta demasiado dura, prefieren no hacer uso de ella; esto viene sucediendo en España y ha ocurrido también en otros Estados como Canadá, don-

BMBF». *Bulletin*, vol. 59, n.º 4/2005, págs. 146 y ss.; y pág. 150. *In extenso* sobre estos casos véase: PÉREZ ROYO, F.: «La Doctrina de los Lores sobre la elusión fiscal (examen de casos recientes)». *QF*, n.º 10/2005. RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*... cit. págs. 90 y ss.

¹⁰² IFS –The Institute for Fiscal Studies–: *Tax Avoidance: A report by the Tax Law Review Committee*. November, 1997, págs. 9, 10. Véase el más reciente informe: IFS –The Institute for Fiscal Studies–. BOWLER, T.: «Countering Tax Avoidance in the UK: Which Way Forward?». *Tax Law Review Committee*, Institute of Fiscal Studies, UK (disponible en www.ifs.org), págs. 20 y ss. *Vid.* ARNOLD, B.: «The Canadian Anti-Avoidance Rule». *British Tax Review*, n.º 6/1995, pág. 542. NEVERMANN, K. *Justiz und Steuerumgehung (Ein kritischer Vergleich der Haltung der Dritten Gewalt zu kreativer steuerlicher Gestaltung in Großbritannien und Deutschland)*. Berlín: Duncker & Humblot, 1994, pág. 80.

¹⁰³ VANISTENDAEL, F.: «Legal framework for taxation». THURONYI, Victor (ed.): *Tax Law Design and Drafting*. The Hague: Kluwer Law-IMF, 1996, pág. 20. ARNOLD, B. J.: «The Long, Slow, Steady Demise of the General Anti-Avoidance Rule». *Canadian Tax Journal*, vol. 52, n.º 2/2004, págs. 492 y 493.

¹⁰⁴ PÉREZ ARRAIZ, J.: «El conflicto en la aplicación de la norma tributaria en la nueva LGT». *Nueva Fiscalidad*, n.º 9/2004, pág. 31. Véase también al respecto: PALAO TABOADA, C.: «¿Existe el fraude a la ley tributaria? *RCyT*. CEF, n.º 182/1998, págs. 18 y ss.

¹⁰⁵ Véase una postura opuesta al fraude a la ley tributaria en: FALCÓN Y TELLA, R.: «El fraude a la Ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (I): su radical diferencia con los supuestos previstos en el artículo 6 CC». *Quincena Fiscal*, n.º 17/1995, pág. 11; y, por el mismo autor: «El fraude a la Ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (II): límites a la utilización de esta figura». *Quincena Fiscal*, n.º 18/1995, pág. 6. En la misma línea: FERREIRO LAPATZA, J. J.: «El abuso en la aplicación de la norma tributaria en el Anteproyecto de Ley General Tributaria». *Quincena Fiscal*, n.º 11/2003, pág. 11; FERREIRO LAPATZA, J. J.: «Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal». *Quincena Fiscal*, n.º 8/2001, pág. 11.

de la norma general contenida en el artículo 245 de la Income Tax Act ha sido poco empleada o interpretada de forma sumamente restrictiva ¹⁰⁶.

2. La artificiosidad en las operaciones como una reinterpretación restrictiva del test de propósito negocial (*business purpose test*)

Como se ha comprobado en la primera parte de este estudio, la doctrina sostenida por el Tribunal de Justicia en la mayor parte de sus sentencias parece admitir únicamente aquellas normas anti-abuso cuya finalidad sea desmontar o hacer inefectivas transacciones artificiosas, sin sustancia económica, y que hayan sido urdidas con la única o principal finalidad de obtener una ventaja tributaria sin ningún otro motivo válido. El problema, como hemos apuntado, es que el término artificial está definido en términos tales que lo acercan considerablemente a la simulación, por ausencia total de sustancia económica, de manera que no es sencillo diferenciarlo de la simulación (*sham*) ¹⁰⁷. Adicionalmente, el Tribunal exige que haya una estrecha relación causa-efecto entre la transacción sospechosa y la ventaja tributaria. Esto implica que toda norma anti-abuso deberá fijar una conexión clara entre el objetivo perseguido por el contribuyente de conseguir un determinado tratamiento fiscal beneficioso, y la operación artificial.

Esta interpretación de las normas anti-abuso es rica en consecuencias, como creemos haber demostrado hasta el momento. Pero más allá de las normas específicas anti-elusión, domésticas o internacionales, cabe preguntarse acerca de los efectos de esta jurisprudencia sobre la base misma de las normas anti-abuso en el Derecho tributario, el *business purpose test* o examen del propósito negocial, cuyo significado y consecuencias debe ser objeto de análisis en lo que sigue.

2.1. Significado y relevancia actual del test de propósito negocial

La denominada doctrina del propósito negocial o *business purpose test* no es más que un desarrollo lógico a partir de la interpretación finalista o teleológica de las normas tributarias, de hecho, no es muy diferente de dicha interpretación ¹⁰⁸. En realidad, esta denominación engloba diversas doctrinas o técnicas que tendrían en común el que todas conducen al resultado de negar protección jurídica a aquellos actos o negocios realizados sin un propósito negocial –que es el elemento clave para que pueda surgir la citada protección o reconocimiento– o *abusando* de las normas que reconocen esas formas jurídicas en el sentido de utilizarlas para obtener un resultado –la ventaja tributaria–

¹⁰⁶ Véase: FREEDMAN, J.: «Converging Tracks? Recent Developments in Canadian and UK Approaches to Tax Avoidance». *British Tax Review*, 2005, págs. 1.039 y ss., donde da cuenta de la jurisprudencia canadiense e inglesa poniendo de manifiesto cómo pese a la inexistencia en el Reino Unido de una norma general anti-abuso, los Tribunales son mucho más proclives a razonar en términos de fraude de ley de lo que lo son en Canadá. Sobre las recientes propuestas de incorporar una norma general anti-abuso en el Reino Unido véase también el informe del IFS: BOWLER, T.: *Countering Tax Avoidance in the UK: Which Way Forward...* cit. págs. 40 y ss.

¹⁰⁷ En este sentido PALAO TABOADA, C.: «Transparencia fiscal internacional y Derecho europeo: Conclusiones del AG en el asunto Cadbury Schweppes...» cit. pág. 22.

¹⁰⁸ VANDERWOLK, J.: «Purposive Interpretation of Tax Statutes: Recent UK Decisions on Tax Avoidance Transactions». *Bulletin*. IBFD, 2002, págs. 75 y 76.

que no es el primariamente ofrecido por éstas ¹⁰⁹. La reciente codificación de la doctrina del *business purpose test* en EEUU (*Codification of Economic Substance Doctrine and Imposition of Penalties*), de la que no me ocuparé aquí, aclara el significado de la doctrina y le dota de un alcance mucho más amplio, al menos potencialmente, del que tenía en el momento ¹¹⁰.

El origen de la doctrina del *business purpose* suele ubicarse en el caso *Helvering vs. Gregory*, citado más arriba, y de gran influencia en todos los países de la *Commonwealth* ¹¹¹, aunque también en el derecho continental ¹¹². En *Helvering* se negó efectividad a una reorganización empresarial con el argumento de que carecía de un objetivo comercial propio, siendo su única finalidad la de evitar el pago del impuesto ¹¹³. La influencia de esta doctrina ha sido y es muy alta, así, en el Reino Unido, es el caso *WT Ramsay vs. Inland Revenue Commissioners* el que constituye un relevante punto de inflexión en la lucha contra el fraude a la ley tributaria en el Reino Unido, haciendo uso de esta doctrina para recalificar toda una serie de operaciones realizadas en fraude de ley ¹¹⁴. Nótese cómo el análisis del propósito negocial resulta especialmente fructífero cuando se aplica a «operaciones complejas», con la finalidad de dotar de unidad a los distintos actos jurídicos o pasos intermedios realizados, que cobran sentido únicamente o principalmente en relación con la obtención de una ventaja tributaria ¹¹⁵.

¹⁰⁹ AVERY JONES, J. F., WARD, D. A., *et al.*: «The Business purpose test and abuse of rights». *British Tax Review*, n.º 2/1985, págs. 68 y ss. *Vid.* también al respecto: IFS-BOWLER, T.: *Countering Tax Avoidance in the UK: Which Way Forward?*... cit. págs. 32 y ss.

¹¹⁰ He tenido ocasión de tratar en extenso esta reforma en el siguiente trabajo conjunto: CALDERÓN CARRERO, J. M.; RUIZ ALMENDRAL, V.: «La codificación de la "doctrina de la sustancia económica" en EEUU». En prensa (*Quincena Fiscal*). 2010. La nueva norma reforma los artículos 7701, 6662, 6662A, 6664 y 6676 del *Internal Revenue Code* (Accesible a texto completo en: http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode26/usc_sup_01_26.html).

¹¹¹ Tal influencia es especialmente evidente en el Reino Unido; recuérdese que, precisamente basándose en esta doctrina, el caso *WT Ramsay vs. Inland Revenue Commissioners* dio un giro radical al excesivo literalismo que había prevalecido hasta entonces en la jurisprudencia inglesa. La influencia es también especialmente clara en *Furniss v. Dawson* (1984) 55 TC 324. Los elementos centrales de este caso son muy similares a los del caso *Helvering*. Véase al respecto el informe: IFS: *Tax Avoidance: A report by the Tax Law Review Committee*... cit.

¹¹² GAMMIE: «Tax Avoidance and the Rule of Law: a prespective from the United Kingdom», en: AA.VV. (ed. Graeme S. COOPER): *Tax Avoidance and the Rule of Law*. Amsterdam: IBFD, 1997, págs. 189 y ss. En nuestra doctrina, véase: PALAO TABOADA: «Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria», cit. págs. 133 y ss.; PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal* ... cit. RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*... cit. págs. 80 y ss.

¹¹³ Este caso se planteó primero en el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Federal, y llegó después al Tribunal Supremo; cuya Sentencia es la número: (1935) 293 US 465. Entre nosotros véase: PALAO TABOADA, C.: «Los "motivos económicos válidos" en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales...» cit. págs. 72 y ss., de donde tomamos las traducciones incluidas en este texto. Por el mismo autor véase: PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*... cit. Esta doctrina puede verse también en las siguientes Resoluciones posteriores: *Helvering vs. Clifford*, 309 U.S. 331 (1940), 1940-1 C.B. 105, sobre acuerdos abusivos en materia de *Trusts*; *Zmuda vs. Commissioner*, 731 F.2d 1417 (9th Cir. 1984), donde se ignora un *Trust* por entenderlo creado en fraude, sin propósito real; *Segal vs. Commissioner*, 41 F.3d 1144, 1148 (7th Cir. 1994); *Yosha vs. Commissioner*, 861 F.2d 494 (7th Cir. 1988); *ACM Partnership vs. Commissioner*, 157 F.3d 231, 246-47 (3d Cir. 1998). Véase también al respecto: AVERY JONES, J. F., WARD, D. A., *et al.*: «The Business purpose test...» cit. págs. 106 y ss.

¹¹⁴ Más detalles de esta influencia en: VANDERWOLF, J.: «Purposive Interpretation of Tax Statutes: Recent UK Decisions on Tax Avoidance Transactions». *Bulletin*, IBFD, February/2002, págs. 71 y ss.

¹¹⁵ FÖRSTER, G.; SCHMIDTMANN, D.: «Die Gesamtplanrechtsprechung im Steuerrecht mit einem Vergleich der sog. "step transaction doctrine" im amerikanischen, britischen und belgischem Steuerrecht». *StuW*, n.º 2/2003, pág. 114.

2.2. El problema de reducir el test de propósito negocial a supuestos de operaciones artificiales: ¿hacia un «test de libertades económicas»?

Como he apuntado más arriba, la doctrina del test de los motivos económicos válidos, correctamente entendida, es un desarrollo de la interpretación teleológica de las normas tributarias, de manera que no puede centrarse únicamente en la sustancia económica de la operación, sino que es imprescindible ir más allá al objeto de determinar si la operación en sí encuentra acomodo en la norma tributaria que está siendo objeto de interpretación. Esto es muy importante porque, desconectado de dicha interpretación teleológica, dicho test puede arrojar resultados perversos, que evitan la posibilidad de estimar que una operación ha sido en fraude siempre que haya una mínima actividad económica. En efecto, piénsese en los supuestos en los que el aludido propósito negocial exista, pero precisamente para conseguir una determinada ventaja fiscal o principalmente para ello. Esto pone de manifiesto las propias limitaciones de dicho test, utilizado aisladamente, de forma que, como se ha afirmado, «la doctrina del *business purpose* era en cierto modo una afirmación de que la forma controla la sustancia, si bien con la cualificación de que la forma adoptada debe ser funcional de una manera o de otra»¹¹⁶.

Esto ha conducido a que, en la práctica y en algunas ocasiones, dicho test se haya convertido en un análisis de la forma o motivo económico válido *alegado* (por las partes), que de hecho puede impedir el acceso al análisis de la sustancia, por entenderse que ésta ya no es necesaria, una vez comprobado el citado propósito. De ahí también que muchas normas específicas anti-fraude, que hacen referencia a dicho test de propósito negocial en sus diferentes modalidades, sean supuestos en los que la forma controla la sustancia (*form over substance*). Esto puede suceder, por poner sólo un ejemplo, con la norma anti-abuso contenida en el artículo 14.1 h), último párrafo, del TRLIRNR (RDLeg. 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes) que establece que «lo establecido en esta letra h no será de aplicación cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea, excepto cuando aquélla realice efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad empresarial desarrollada por la sociedad filial o tenga por objeto la dirección y gestión de la sociedad filial mediante la adecuada organización de medios materiales y personales o pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto en esta letra h». Más adecuada, desde esta perspectiva, nos parece la formulación de este test en el artículo 96.2 del TRLIS (RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades), que establece que «no se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal».

En fin, en una interpretación demasiado restringida, el *business purpose test* tiene necesariamente un alcance limitado y no cumple sus objetivos anti-elusión. Así, para P. FISCHER la utilización de este

¹¹⁶ Cfr. CHIRELSTEIN, M. A.: «Learned Hand's Contribution to the Law of Tax Avoidance». *The Yale Law Journal*, vol. 77/1968, pág. 452.

criterio para «salvar» maniobras realizadas con la finalidad de evadir tributos terminaría por hacer depender el juicio acerca de la concurrencia de fraude de la imaginación de los contribuyentes para dotar de sentido a sus transacciones ¹¹⁷. Entre nosotros, había advertido sobre ello E. SANZ GADEA ¹¹⁸, para quien el requisito de que la operación se haya realizado por *motivos económicos válidos* es independiente de que no tenga por objeto principal el fraude, y así afirma «nótese que ambos elementos deben concurrir. La operación puede ser incomprensible desde el punto de vista económico, pero si no persigue obtener una ventaja fiscal no existirá causa de inaplicación del régimen. Del mismo modo, la operación puede perseguir una ventaja fiscal, pero, al mismo tiempo, implicar una reestructuración o racionalización desde el punto de vista económico, en cuyo caso tampoco existirá causa de inaplicación» ¹¹⁹. Un razonamiento similar apuntaba C. PALAO TABOADA afirmando que «ambos elementos no son sino el anverso y el reverso de un único supuesto: la ausencia de un propósito negocial», de manera que «el hecho de que sea ésta la única finalidad [la de conseguir una ventaja fiscal] equivale a la ausencia de propósito empresarial» ¹²⁰.

En fin, mal utilizado el *business purpose test* puede fácilmente jugar en contra de la lucha contra el fraude, pues en muchas transacciones se confunde el fin negocial con el fin tributario, de forma que el negocio está construido por y para la obtención de beneficio fiscal.

A esto hay que añadir otro problema, y es que es muy difícil calificar de abusiva la conducta del contribuyente que se adapte perfectamente a un incentivo fiscal o régimen tributario ventajoso. De ahí que muchos beneficios fiscales, así como aquellas normas específicas anti-fraude constituyan lo que en la doctrina anglosajona se ha denominado «normas de salvamento» (*safe harbour rules*), pues tienen en común que su cumplimiento por los contribuyentes no puede considerarse en fraude o al menos el argumento será difícil de ganar. El recientemente reformado artículo 42 de la *Abgabe-nordnung* refleja precisamente esta idea, impidiendo que sea considerado en fraude (*Steuerumgehung*) las conductas que hayan seguido lo dispuesto en una norma.

Sin embargo, no cabe duda de que buena parte de dichas conductas pueden ser en fraude si se permite un análisis de la sustancia de la operación. Un buen ejemplo de estas tensiones lo constituye la relativamente reciente Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 25 de junio de 2009 (00/656/2007) sobre el posible abuso del régimen fiscal de las *Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros* (ETVE), contemplado en los artículos 116 y siguientes del TRLIS ¹²¹. El objeto de la extensa resolución es un entramado negocial donde, mediante el uso de sociedades *hol-*

¹¹⁷ FISCHER, P.: «Geltungsanspruch des Steuergesetzes, Steuerumgehung und "wirtschaftliche oder sonst beachtliche außersteuerliche Gründe"». Finanz-Rundschau (FR), 23/2001, pág. 1.213.

¹¹⁸ SANZ GADEA, E.: «Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000». RCyT. CEF, n.º 215/2001, págs. 99 y ss.

¹¹⁹ SANZ GADEA, E.: «Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000...» cit. pág. 106.

¹²⁰ PALAO TABOADA, C.: «Los "motivos económicos válidos" en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales...» cit. pág. 84. Véase también, por el mismo autor: «El atolladero del fraude a la ley tributaria (Comentario a la STSJ de La Rioja de 9 de febrero de 2000)». RCyT. CEF, n.º 209/2000, pág. 140 y *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal...* cit. págs. 76 y ss.

¹²¹ Véase sobre este caso, FALCÓN Y TELLA, R.: «La subcapitalización, las ETVE y la planificación fiscal "de riesgo". *Quincena Fiscal*, 22/2009 (Westlaw).

ding, una empresa española consigue reducir su tributación hasta casi cero. El TEAC califica el caso como de fraude de ley (al caso era aplicable la legislación anterior a 2003, por lo tanto no la actual norma de conflicto del art. 15 de la LGT) con la consecuencia de negar la deducción de los intereses abonados por la entidad a otras entidades del grupo situadas fuera de España.

Los hechos, de manera muy resumida, son los siguientes: una sociedad *holding* española (una ETVE), que adquiere un 97,43 por 100 de otra sociedad que ya pertenecía al grupo y realizaba operaciones en España. Las dos entidades son residentes en España y adquieren participaciones en otras sociedades del grupo con domicilio en otros países. Al objeto de financiar la adquisición de las participaciones, dichas sociedades solicitaron y obtuvieron préstamos de entidades del grupo. Para el TEAC, se trata de «un complejo entramado de operaciones que, si bien aisladamente consideradas pueden ser tenidas por lícitas, y no suponen una violación directa del ordenamiento jurídico» sí suponen un fraude a la ley tributaria en la medida en que se evita la sujeción al impuesto en nuestro país. Nótese que el resultado tributario beneficioso se alcanza porque los intereses pagados por los préstamos, que no superan el límite impuesto por el artículo 20 del TRLIS (norma de subcapitalización) implican una pérdida para la entidad española, puesto que las rentas obtenidas mediante entidades localizadas fuera de España están exentas (en virtud del régimen de las ETVE). Asimismo, la filial española también deduce los intereses, reduciendo así sustancialmente su base imponible. Y finalmente, la operación es redonda por tratarse de un grupo que tributa en consolidación fiscal, lo que significa que las pérdidas de la primera entidad se pueden utilizar para compensar el remanente del beneficio de la filial. La consecuencia final es que la tributación del grupo en España es casi inexistente.

El caso parece un supuesto de fraude a la ley tributaria *de manual*, y así parece razonar el TEAC, señalando en el Fundamento Jurídico 8.º de la Resolución que «la conducta del sujeto pasivo cumple con el literal del artículo 10.3 y 20 del TRLIS, pero con ello defrauda precisamente el mandato del artículo 4, toda vez que el grupo español no ha tributado por los beneficios reales obtenidos en España. Por ello, si la base imponible ha de ser fiel reflejo de la obtención de la renta por el sujeto pasivo, ello exige la corrección de la misma cuando las operaciones del sujeto pasivo se han efectuado en fraude de ley precisamente con el fin de desvirtuar la renta real obtenida»¹²². La calificación final es de fraude a la ley tributaria, de acuerdo con el antiguo artículo 24 de la LGT.

Este caso ha sido criticado, entre otros, por el profesor R. FALCÓN Y TELLA, para quien «el fraude de ley (actualmente conflicto en la aplicación de la norma) no puede aplicarse cuando la posi-

¹²² A mayor abundamiento, y en relación con el régimen de tributación consolidada, el TEAC afirma que «si se contemplan las operaciones descritas a la luz del artículo 81 del TRLIS, se observa cómo los pasos responden minuciosamente a ajustarse a la literalidad de la norma, que posibilita la configuración del grupo fiscal. Por su parte, el artículo 85 de la misma, relativo a la determinación de la base imponible del grupo de sociedades, prevé que la base imponible del grupo de sociedades se determinará sumando las bases imponibles correspondientes a todas y cada una de las integrantes del grupo, las eliminaciones y las incorporaciones de las eliminaciones de ejercicios anteriores. Pero, de nuevo también si se atiende al espíritu de las normas, se concluye que el mismo ha sido conculcado: las que regulan este régimen especial de consolidación fiscal pretenden, en síntesis, eliminar los problemas de doble imposición, inherentes a los grupos de sociedades mediante la integración en una única liquidación de los resultados positivos o negativos obtenidos por las sociedades que integran el grupo; ello naturalmente, partiendo de la premisa de que no se utilice espúreamente este mecanismo de compensación que se produce en el seno de la consolidación, merced a la provocación artificiosa de los gastos financieros, como ha sucedido en el presente caso, en el que la consolidación no sirve entonces a la finalidad perseguida por la norma de eliminar una doble imposición sino, al contrario, a provocar una desimposición por la reducción injustificada de la base imponible».

ble vía de elusión del impuesto ha sido contemplada ya por el legislador, que señala con precisión los límites hasta los que puede llegarse. Y esto es precisamente lo que ocurre en el caso planteado, en el que existe un *safe harbor* en el artículo 20, de acuerdo con el cual, cuando el endeudamiento neto remunerado con una persona o entidad vinculada no residente exceda el triple del capital fiscal, los intereses que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos»¹²³.

Aunque no podemos compartir la postura de este autor, pues creemos que la norma de subcapitalización no garantiza una protección contra la aplicación de las normas anti-abuso por el mero hecho de no traspasar el umbral de fraude, debe reconocerse que, en este caso, parte del problema radica en el propio régimen de ETVE, como apunta el TEAC en el Fundamento Jurídico 15. Ahí radica precisamente la dificultad de aplicar la doctrina de fraude a la ley (norma de conflicto): cuando el propio legislador establece un incentivo a hacer algo por motivos fiscales, porque una vez establecido un régimen como el de ETVE (o como el de las SICAV, por poner otro ejemplo¹²⁴) resulta después muy difícil razonar en términos de ventaja fiscal, considerando un indicio de fraude que la operación se haya de realizar para capturar un determinado beneficio, pues eso es lo que la norma parece precisamente incentivar¹²⁵. En efecto, en el caso de normas con beneficios fiscales en ocasiones se está pidiendo al contribuyente que haga algo *por razones tributarias*, por lo que obviamente no valdrá aquí como indicio que una conducta ha sido realizada por este motivo¹²⁶.

Si el supuesto de fraude que se pretende reconducir a derecho está contemplado por una norma específica anti-abuso, ésta deberá ser aplicada en primer lugar¹²⁷. El problema radicará en determinar cuándo el supuesto es realmente equivalente. Que esta cuestión no se encuentra pacíficamente resuelta lo demuestra la diversidad de las soluciones adoptadas por los ordenamientos jurídicos de

¹²³ FALCÓN Y TELLA, R.: «La subcapitalización, las ETVE y la planificación fiscal "de riesgo"…» cit. (Westlaw).

¹²⁴ Véase al respecto: RAMOS MUÑOZ, D.; RUIZ ALMENDRAL, V.: «Los problemas tributarios de las Sociedades de Inversión en Capital Variable (SICAV)». *Quincena Fiscal*, n.º 18/2006, págs. 15 y ss.

¹²⁵ Lo expresaba así, en relación con la normativa anti-fraude del régimen de reorganizaciones empresariales, E. SANZ GADEA, que se preguntaba «¿dónde está el mal? ¿En un régimen que difiere la tributación de unas plusvalías que desde un punto de vista económico-contable no pueden realmente entenderse obtenidas por la operación de fusión o asimiladas, o en un sistema tributario recientemente construido al margen del principio de neutralidad y que por ello crea situaciones de ventaja fiscal? (...) lo verdaderamente patológico es que el ordenamiento tributario procure posibilidades de ventaja fiscal a las que los contribuyentes puedan acceder aun sin realizar operaciones en fraude a la ley tributaria»; SANZ GADEA, E.: «Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000...» cit. pág. 198.

¹²⁶ En este sentido, en la jurisprudencia alemana, *vid.* por todas la BFH de 09.11.2000, BStBl II 2001, 101, 102; *vid.* también al respecto: FALCÓN Y TELLA, R.: «El fraude a la Ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (I): su radical diferencia con los supuestos previstos en el artículo 6 CC...» cit. pág. 8; GARCÍA PRATS, A.: «Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho Comunitario», en: SERRANO ANTÓN; SOLER ROCH: *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, Madrid: IEF, 2001, pág. 175. Asimismo, véase: IFS: *Tax Avoidance: A report by the Tax Law Review Committee...* cit. págs. 43 y 44; TIPKE, K.; KRUSE, H. W.: *Abgabenordnung Finanzgerichtsordnung Kommentar zur AO und FGO*, Tomo 1, § 42 AO, párr. 41; CREZELIUS, G.: «Das Argumentationsmuster des sog. Gesamtplans...» cit. págs. 537 y 541.

¹²⁷ *Vid.* ZORNOZA PÉREZ, J. J.: «La simulación en Derecho Tributario...» cit. págs. 176, 177 y doctrina española allí citada. MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Las Medidas anti-elusivas/anti-abuso internas y los Convenios para la eliminación de la doble imposición», en AA.VV.: *Las Medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*. Madrid: IEF, 2002, págs. 147-148; DELGADO PACHECO, A.: *Las Normas Antielusión en la Jurisprudencia Tributaria española*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2004, pág. 53.

nuestro entorno. Si bien es cierto que, como regla general, la norma especial anti-abuso dirigida a prevenirlo en el ámbito internacional (o europeo) es de aplicación preferente ¹²⁸, no es infrecuente que tal lógica sea invertida en ocasiones.

Llegado este punto, la conclusión parece evidente: si el test de propósito negocial tiene los problemas apuntados, la interpretación desarrollada por el TJUE puede terminar por acabar con esta vara de medir del fraude. Según hemos comprobado más arriba, los *leading cases* del TJUE de los últimos años, donde se examina la compatibilidad de una norma anti-abuso interna (internacional o puramente doméstica) a la luz de las libertades fundamentales, vienen estableciendo una noción de abuso que resulta problemática por diversos motivos. Sin duda el aspecto más complejo de la doctrina anti-abuso del TJUE es el umbral de artificiosidad, en particular cuando está en liza una libertad comunitaria. En efecto, la diferente consideración de la sustancia económica, o concretamente, el análisis del *business purpose test* que lleva a cabo el Tribunal debe pasar primero por el tamiz de las libertades fundamentales ¹²⁹, de manera que es una suerte de test de libertades económicas (*economic freedoms test*). Ello explica que el examen de los *motivos económicos válidos* se lleve a cabo desde una perspectiva que no toma como punto de partida la lógica tributaria.

Pero el problema central es que el Tribunal deposita grandes esperanzas en el análisis de la sustancia o la realidad económica de la operación (en *Cadbury*, por ejemplo, se trata de ver si las CFC están o no en Irlanda, si hay locales, medios personales y materiales, etc.). Pero la cuestión en muchas ocasiones requerirá un análisis más meticuloso en función del tipo de abuso. Piénsese en casos de subcapitalización, precios de transferencia, etc. Nótese además, por otro lado, que el análisis de la sustancia económica se transforma radicalmente, o se vuelve directamente inútil, a la luz de la libertad de movimientos de capitales, contenida en el artículo del TFUE y con efecto directo. En efecto, como es lógico, el ejercicio de esta libertad no precisa el ejercicio de una actividad económica (Sentencia de 15 de julio de 2004, *Lenz* (C-315/02), de 7 de septiembre de 2004, *Mannin* (C-319/02) y de 11 de diciembre de 2003, *Barbier* (C-364/01).

Es posible que el efecto no sea negativo si de lo que se trata es de eliminar de los sistemas tributarios de los Estados miembros determinadas normas específicas anti-abuso que no respetaban excesivamente el principio de igualdad, toda vez que sometían a gravamen conductas que no siempre podían reputarse abusivas, adoleciendo en suma, de buena parte de los defectos y problemas característicos de esta modalidad de ataque del fraude, mediante normas específicas. En estos casos, el efecto de la jurisprudencia del TJUE puede ser positivo en relación con la interpretación más correcta de las normas tributarias, y claramente desde la perspectiva del principio de igualdad ¹³⁰.

El problema es que, llevada a su extremo, esta jurisprudencia puede terminar por negar la propia posibilidad de fraude a la ley tributaria, puesto que la doctrina del *business purpose* está directa-

¹²⁸ Así es también en gran parte de los Estados de la OCDE, por ejemplo, EEUU, véase: SHEPPARD, «Why the US IRS should argue the Statute first», *TNI*, 30 July 2001, págs. 550 y ss.

¹²⁹ Véase un análisis preliminar de esta cuestión en: RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*...» cit. págs. 149 y ss.

¹³⁰ GARCÍA PRATS, A.: «Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho Comunitario...» cit. pág. 176.

mente ligada con la mayoría de las normas anti-abuso generales, como la belga, la alemana o la nuestra ¹³¹, de ahí las consecuencias que la citada jurisprudencia podría tener en todas ellas.

La cuestión es paradójica, pues esta jurisprudencia puede terminar por dejar a los sistemas tributarios europeos más desprotegidos que los de otros países de nuestro entorno, como Canadá, EEUU o Australia ¹³². Esto sucede además en un momento en el que se está produciendo un cierto «rearme» de normas anti-abuso en el ámbito anglosajón, como muestra, por ejemplo, la reciente codificación de las doctrinas de la sustancia económica y *business purpose test* en EEUU ¹³³, y donde también desde el Reino Unido se ha puesto de manifiesto que una norma general anti-abuso basada en la doctrina del TJUE no tendría mucha utilidad para luchar contra las prácticas de fraude a la ley tributaria ¹³⁴.

2.3. El artículo 15 de la LGT a la luz de la jurisprudencia del TJUE

El establecimiento del artículo 15 de la LGT fue recibido de forma asimétrica por la doctrina, generándose un interesante y fructífero debate doctrinal sobre el significado, la necesidad y las consecuencias de una norma general anti-abuso en España ¹³⁵. Asentado el polvo y, sobre todo, comprobado que la Administración tributaria no parece tener más interés en aplicar la norma de conflicto de lo que tenía en aplicar el antiguo 24 de la LGT (quizá porque tampoco la nueva norma permite la imposición de sanciones, algo que ha refrendado el propio Tribunal Constitucional) el debate se ha abandonado al menos parcialmente ¹³⁶.

El artículo 15 de la LGT contiene una norma anti-abuso general ¹³⁷, estableciendo que «se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcial-

¹³¹ PALAO TABOADA, C.: «Los "motivos económicos válidos" en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales...» cit. págs. 81 y ss.; PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal...* cit. págs. 80 y ss.; LÓPEZ TELLO, J.: «La "cláusula antiabuso" del anteproyecto de la nueva ley general tributaria». *Actualidad Jurídica Uribe & Menéndez*, n.º 5/2003, págs. 51 y 52. Sobre los paralelismos entre dicho test y la norma alemana anti-abuso, véase: VÖGEL, K.: «Steuerungsumgehung nach innerstaatlichem Recht und nach Abkommensrecht». *StuW*, n.º 4/1985, págs. 370, 371; TIPKE, K.: *Die Steuerrechtsordnung. Band III...* cit. pág. 1.337, y jurisprudencia del BFH por él citada.

¹³² Véanse referencias en: RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*... cit. págs. 83 y ss.

¹³³ De nuevo me permito remitir al lector a: CALDERÓN CARRERO, J. M.: RUIZ ALMENDRAL, V.: «La codificación de la "doctrina de la sustancia económica" en EEUU». En prensa (*Quincena Fiscal*). 2010.

¹³⁴ IFS –The Institute for Fiscal Studies–. BOWLER, T.: *Countering Tax Avoidance in the UK: Which Way Forward?*... cit. pág. 40.

¹³⁵ Para comprobarlo véanse los informes: AA.VV.: *Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la Ley General Tributaria* (Nombrada por Resolución de la Secretaría de Estado de Hacienda de 15 de junio de 2000), 2001; *Comisión para el estudio del borrador de anteproyecto de la nueva LGT*, 2003, págs. 16 y ss. Véase: PALAO TABOADA, C.: «Los instrumentos normativos contra la elusión fiscal». En: PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal...* cit. págs. 76 y ss.

¹³⁶ *Vid.* el trabajo de referencia en la materia: PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal...* cit. Véase asimismo, RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*... cit. págs. 30 y ss, y las numerosas críticas que a este trabajo se realizan a lo largo de: BÁEZ MORENO, A.: *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la renta*. Pamplona: Aranzadi, 2009.

¹³⁷ PALAO TABOADA, C.: «La norma anti-elusión del proyecto de nueva ley general tributaria...» cit. pág. 73; sin ánimo de exhaustividad, véase también: LÓPEZ TELLO, J.: «La "cláusula antiabuso" del anteproyecto de la nueva ley general tributaria...» cit. pág. 47; GODOI, M. S.: *Fraude a la ley y conflicto en la aplicación de las leyes tributarias...* cit. págs. 253 y 254.

mente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las siguientes circunstancias: (a) que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido; (b) que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios». Se trata en suma de tres elementos —existencia de una ventaja tributaria, la utilización de una forma incorrecta o inadecuada al fin obtenido, y la ausencia de motivos que así lo justifiquen, motivos que en determinadas doctrinas se identifican con los motivos económicos válidos— que deberán ser juzgados de manera paralela para poder determinar si hay una situación de fraude. Estos tres elementos concurren, con diferentes engarces lógicos, en casi todas las normas generales anti-abuso existentes en los Estados de nuestro entorno ¹³⁸.

La norma española contiene elementos parcialmente similares no sólo a la citada doctrina del propósito negocial o válido, sino también a la norma general anti-abuso alemana, contenida en el parágrafo 42 de la Ordenanza Tributaria Alemana (*Abgabenordnung*, AO) ¹³⁹, tal y como viene siendo interpretada por la jurisprudencia, y en especial, por el Tribunal Financiero Federal (*Bundesfinanzhof*, en adelante, BFH). En relación con esta norma, el BFH ha formulado la siguiente definición de fraude a la ley tributaria, que es extrapolable al caso español; «se produce un abuso en las posibilidades de configuración jurídica cuando se utiliza una forma inadecuada al fin económico perseguido por las partes, que pretende obtener una ventaja tributaria y que no se puede justificar por otras razones económicas o extratributarias» ¹⁴⁰. Estas tres condiciones deberán producirse de forma cumulativa. La relativamente reciente reforma del 42AO toma en cuenta esta jurisprudencia y la incorpora a la redacción del artículo ¹⁴¹.

Nótese que la existencia de una ventaja tributaria es una condición necesaria, pero no bastante por sí misma, para examinar la concurrencia de fraude. El segundo elemento a que se refiere el artículo 15.1 de la LGT es que los actos o negocios realizados sean «notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido» [15.1 a)], por oposición a los «usuales o propios» [15.1 b)]. Se establece así una suerte de «test de idoneidad» entre la forma y el fin económico o resultado de la operación, de manera similar al clásico análisis del propósito negocial. Finalmente, la norma española introduce por primera vez en una norma anti-fraude general el término *artificial*, con el que se incorpora un elemento valorativo, que será fijado en comparación con el efecto o sustancia económica de la operación.

¹³⁸ Véase: IFS: *Tax Avoidance: A report by the Tax Law Review Committee...* cit. págs. 38, 39; asimismo, véase: GODOI, M. S.: *Fraude a la ley y conflicto en la aplicación de las leyes tributarias*. Madrid: IEF, 2005, pág. 83.

¹³⁹ Así se señala en la SAN de 7 de noviembre de 2006, señalando que: «La nueva regulación del fraude de ley previsto en la vigente LGT bajo la denominación de conflicto en la aplicación de las normas tributarias, artículo 15 de la LGT, 58/2003 de 17 de diciembre, aun con perfiles nuevos, no se presenta como una institución esencialmente distinta a la manera en que fue configurada jurisprudencial y doctrinalmente, siguiendo claramente la regulación prevista en la Ordenanza Tributaria Alemana».

¹⁴⁰ Entre otras: BFH 27.07.1999, BStBl 1999, 769, 770.

¹⁴¹ La reforma, que entró en vigor el 29 de diciembre de 2007, fue acometida mediante el artículo Art.14 Nr.2 y el Art. 28 Abs.1 de la «Steueränderungsgesetz 2003», de 15.12.03 (publicada en el Boletín oficial -BGBl I_03,2645).

Pues bien, este término, que es utilizado profusamente por las normas anti-abuso y las doctrinas judiciales anglosajonas ¹⁴², plantea en España de forma evidente un problema que, de alguna manera, se encontraba latente ya en las normas anteriores; puesto que es posible identificar la artificiosidad tanto con la inadecuación entre forma y fin, como con la ausencia total de sustancia económica, de hecho coinciden parcialmente con el sentido de la simulación contenida en el artículo 16 de la LGT, en incluso, con lo establecido en el artículo 13 de la LGT. La actual jurisprudencia del TJUE hace que esta cuestión cobre ahora actualidad y relevancia. No obstante, nótese también que un problema particularmente *español* del fraude a la ley son las diferencias entre fraude y simulación. Se trata de un problema de la mayor relevancia práctica porque mientras en otros ordenamientos se admite que entre el fraude (*tax avoidance*) y la simulación (*sham*) bien puede haber diferencias de grado, en España se ha pretendido establecer una barrera infranqueable entre ambas figuras, con consecuencias jurídicas también drásticamente diferentes. Es aquí donde, en nuestra opinión, radica buena parte de la explicación para el fracaso de la actual y de todas las anteriores normas anti-abuso establecidas por la LGT.

Se han apuntado diversos criterios para justificar la diferencia, fundamentalmente basados en una concepción del fraude a la ley tributaria ius-privatista, que toma como base la construcción de estas figuras –fraude y simulación– en nuestro Derecho civil y que además, si bien se mira, es sólo válida para contratos bilaterales, pero no para estructuras más complejas, donde hay diversas partes implicadas con diferente grado de interés en el negocio jurídico. Entre otros argumentos, se ha afirmado que la diferencia radicaría en el engaño, siendo así clara la distinción entre simulación y fraude de ley, al menos desde la perspectiva teórica ¹⁴³. Las maniobras o manipulaciones tendentes a eludir la norma se presentarían en el fraude de ley de manera abierta, mientras que en la simulación –sea relativa o absoluta– es esencial la ocultación del acuerdo simulatorio, que debe permanecer desconocido para los terceros ¹⁴⁴.

En la práctica, sin embargo, la distinción resulta casi imposible, como por otro lado demuestra la cantidad de resoluciones jurisprudenciales en uno y otro sentido ¹⁴⁵. Y ello por varios motivos, de los que nos centraremos en dos: **en primer lugar**, porque en ambos casos se produce un cierto engaño, sólo que si en el caso de la simulación éste es total, pudiéndose referir a distintos aspectos de la operación, en el caso del fraude sería más sutil, pues se refiere básicamente a la razón, o los *motivos*, que justifican la adopción de una determinada forma jurídica. La conducta en fraude, en tanto que implica la adopción de una serie de actos o negocios, el montaje de una estructura jurídica determinada, no generaría un engaño directo sino una falta de claridad o confusión generalizada, que se concreta en el hecho de que se utiliza un instrumento jurídico o forma cuyos efectos típicos y natu-

¹⁴² Así la norma anti-abuso australiana se refiere a «... blatant, artificial or contrived arrangements...»; al respecto véase PAS-SANT, J.: «Tax Avoidance in Australia: The Return of the Ghost?...» cit. págs. 453 y 454. También en los casos *Helvering vs. Gregory*, *Ramsay*...y similares se emplea el término con profusión.

¹⁴³ ZORNOZA PÉREZ: «La simulación en Derecho Tributario», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n.º 16, 3.ª época, septiembre 2000, pág. 182.

¹⁴⁴ En este sentido se orienta la distinción que proponen PÉREZ ROYO, F.; AGUALLO AVILÉS, A.: *Comentarios a la reforma de la Ley General Tributaria*. Pamplona: Aranzadi, 1996, págs. 70 y 71.

¹⁴⁵ En efecto, hay abundante jurisprudencia que renuncia a trazar una frontera clara y evidente entre ambas figuras en materia tributaria; en este sentido, la STS de 11 de mayo de 2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso de casación n.º 2739/1999), FJ. 3.º.

rales no se quieren, siendo sólo buscadas las posibles ventajas tributarias, que a través de su empleo se puedan obtener ¹⁴⁶.

En segundo lugar, las dificultades de distinguir el fraude de ley de la simulación son especialmente evidentes si el examen del fraude se lleva a cabo mediante el *test* de propósito negocial. Sin duda es este aspecto el que en mayor medida acerca ambas figuras, pues se tratará únicamente de ubicar el engaño en la utilización de una forma artificiosa (fraude), o en una burda ocultación de un negocio por otro (simulación). Esto explica, por ejemplo, que en EEUU y en Inglaterra las tesis del *sham* (simulación) y del *business purpose* hayan estado tan cercanas ¹⁴⁷, confusión que también se ha debido a que con frecuencia la jurisprudencia norteamericana ha utilizado un concepto amplio de simulación (*sham*) para recalificar algunos casos carentes de todo sentido económico ¹⁴⁸. Hay así una conexión clara entre la doctrina del fraude y de la simulación, en los casos de *business purpose test*. Afirma en este sentido C. PALAO que todas las doctrinas anti-fraude –*business purpose, step transactions...*– tienen un fundamento último: «el principio de que la aplicación de la ley tributaria tiene que basarse en la verdadera realidad de las operaciones o negocios relacionados» ¹⁴⁹. Es posible, por ello, que la simulación no sea más que un subtipo de fraude a la ley tributaria, en su grado máximo, como existe ya en otros ordenamientos.

Las notables similitudes entre el fraude a la ley tributaria y la figura de la simulación contrastan con su distinto régimen jurídico en España, lo que genera todo tipo de confusiones ¹⁵⁰. Por ello, resulta particularmente problemática la drástica diferencia en cuanto a sus consecuencias jurídicas, debido a la exclusión de la imposición de sanciones en los casos de fraude. Desde una perspectiva pragmática, qué duda cabe de que una figura como la del conflicto en la aplicación de la norma tributaria es inútil en ausencia de punibilidad, se produce un claro incentivo para los contribuyentes a intentar todas las formas posibles al objeto de reducir su carga tributaria ¹⁵¹.

Técnicamente, el argumento para denegar la posibilidad de imponer sanciones en los casos de fraude radica en que se entiende que se aplica la norma tributaria *por analogía*. Como expone el pro-

¹⁴⁶ PALAO TABOADA, C.: «Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria». *CT*, n.º 98/2001, pág. 133. AMORÓS, N.: «La elusión y la evasión tributaria...» cit. pág. 610; FERREIRO LAPATZA, J. J.: «Notas sobre la reforma de la Ley General Tributaria». *QF*, n.º 17/1995, pág. 19.

¹⁴⁷ PALAO TABOADA, C.: «Los "motivos económicos válidos" en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales». *RCyT. CEF*, n.º 62/2002, pág. 79, al hilo de *Knetsch vs. U.S.*

¹⁴⁸ Así, la *sham-transaction doctrine*, también denominada *economic-substance doctrine*; vid. casos: *United Parcel Service of America, Inc. v. Commissioner*, 254 F.3d 1014, 1015, 1018 [11th Cir. 2001], donde con ayuda de un *business purpose test*, se concluye la ausencia de todo sentido económico de las operaciones. Vid. también casos *Nicole Rose Corp. vs. Commissioner*, 320 F.3d 282, 284 [2nd Cir. 2003]; *Zmuda vs. Commissioner*, 731 F.2d 1417 [9th Cir. 1984].

¹⁴⁹ PALAO TABOADA, C.: «Los "motivos económicos válidos" en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales...» cit. pág. 81.

¹⁵⁰ PALAO TABOADA, C.: «Economía y Derecho en la aplicación de las leyes tributarias». *CT*, n.º 73/1995, pág. 73; asimismo, PALAO TABOADA, C.: «Los instrumentos normativos contra la elusión fiscal...» cit. pág. 10, que afirma que fraude y simulación se comportan como vasos comunicantes, ya que «la restricción en la utilización de uno de ellos origina una expansión del otro». Estos trabajos están recogidos en: PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal...* cit. Véase también las críticas formuladas por LÓPEZ TELLO, J.: «La "cláusula antiabuso" del anteproyecto de la nueva ley general tributaria...» cit. pág. 53.

¹⁵¹ PÉREZ ROYO, F.: «La Doctrina de los Lores sobre la elusión fiscal (examen de casos recientes)». *QF*, n.º 10/2005, pág. 31. HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA, J. M.: «La conformación artificiosa de la realidad en el ámbito tributario: ¿por qué lo llamamos conflicto cuando queremos decir fraude». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 593/2003.

fesor C. PALAO «el fundamento de la no punibilidad del fraude a la ley en cuanto tal radica en el carácter ficticio, obtenido por analogía, que, según la doctrina generalmente aceptada, tiene el hecho imponible construido en virtud de la aplicación de la norma anti-elusión. A la aplicación de la ley penal se opone, en consecuencia, el principio de legalidad, consagrado en la Constitución Española en el artículo 25.1», de manera que «si no se ha realizado el hecho imponible no se puede castigar su evitación»¹⁵². En sentido similar, afirmaba R. FALCÓN Y TELLA que «ninguna norma exige declarar los hechos en fraude a la ley tributaria, en la medida en que no suponen la realización del hecho imponible, sino de un hecho con resultados equivalentes»¹⁵³.

Puede afirmarse sin embargo, en el fraude no hay laguna, pues como afirma C. PALAO «la norma aplicable existe ya y no es otra que la ley defraudada»¹⁵⁴. La voluntad del legislador es, no simplemente «hubiera sido», gravar el hecho en cuestión, y la ley lo gravaría directamente de no haber sido eludida artificiosamente»¹⁵⁵. Frente a la opinión que sostenemos, éste ha sido precisamente el razonamiento del Tribunal Constitucional, entre otras en la Sentencia 120/2005, de 10 de mayo, donde se asumen los argumentos mayoritarios en contra de la punibilidad del fraude a la ley tributaria. Pese a tratarse de un recurso de amparo, con efectos claramente limitados, es claro que supone una llamada de atención a la citada línea jurisprudencial del Tribunal Supremo y así lo ha percibido la doctrina, que le ha dedicado atención de inmediato¹⁵⁶.

Así las cosas, la incidencia que sobre el artículo 15 de la LGT ha de tener la citada jurisprudencia del TJUE implicaría, en su extremo, reconducir la aplicación del precepto a los casos donde se produjera simulación por ausencia casi total de sustancia económica, lo que aconseja, evidentemente, la aplicación de la norma contenida en el 16 de la LGT. No obstante, en aquellos supuestos en los que se produzca una auténtica conducta de fraude a la ley, en los términos supra descritos, que se proyecte sobre una operación en el ámbito europeo, la norma deberá aplicarse teniendo en cuenta el test de las libertades económicas, esto es, no pudiendo considerarse abusivas las operaciones de selección del ordenamiento tributario más favorable (*tax arbitrage*¹⁵⁷). Es decir, no creemos que la

¹⁵² PALAO TABOADA, C.: «Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria...» cit. págs. 136 y 137; claro que el mismo autor afirma que la analogía presente en el fraude es «distinta», fundamentalmente debido a que no hay laguna, pues «la norma existe y es justamente la defraudada; el ordenamiento está completo»; PALAO TABOADA, C.: «La norma anti-elusión del proyecto de nueva ley general tributaria...» cit. pág. 80.

¹⁵³ FALCÓN Y TELLA, R.: «El delito fiscal como ley penal en blanco: la necesidad de tener en cuenta todas las normas tributarias que afectan a la exigibilidad jurídica de una determinada conducta del contribuyente». *QF*, n.º 10/1999, pág. 7.; GARCÍA NOVOA, C.: «La posibilidad de imponer sanciones en los supuestos de fraude y abuso de la norma tributaria: el criticable contenido del artículo 15.3 del anteproyecto de Ley General Tributaria». *QF*, n.º 8/2003, pág. 23; por el mismo autor: *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*. Madrid: Marcial Pons, 2004 y «La imposibilidad de sancionar penalmente las conductas en fraude a la ley tributaria (la sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005, de 10 de mayo)». *Revista Técnica Tributaria*, n.º 70, 2005.

¹⁵⁴ LÓPEZ MOLINO, A. M.: «Los negocios en fraude de ley tributaria, los negocios simulados y los negocios indirectos (arts. 24, 25 y 28 LGT)». *CT*, n.º 85/1998, pág. 163.

¹⁵⁵ PALAO TABOADA, C.: «¿Existe el fraude a la ley tributaria?...» cit. pág. 15.

¹⁵⁶ Véase: PALAO TABOADA, C.: «La punibilidad del fraude a la ley tributaria». Ponencia presentada en la Mesa Redonda de Derecho Penal, Colegio de Abogados de Madrid, 12 de enero de 2006, *mimeo*, págs. 10 y ss.; GARCÍA NOVOA, C.: «La imposibilidad de sancionar penalmente las conductas en fraude a la ley tributaria (la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005, de 10 de mayo)...» cit. págs. 113 y ss.; FALCÓN Y TELLA, R. (2005): «El fraude de ley o "conflicto en la aplicación de la norma" y el delito fiscal: la importante STC 10 mayo 2005». *QF*, n.ºs 12-13/2005, págs. 5 y ss.

¹⁵⁷ RÄDLER, A. J.: «Do National Anti-Abuse Clauses Distort the Internal Market». *European Taxation*, vol. 34, n.º 9/1994, pág. 313.

jurisprudencia del TJUE impida la aplicación de la norma de conflicto en un contexto comunitario, aunque sí exige su interpretación de acuerdo con dicha jurisprudencia. En su dicción literal, el artículo 15 de la LGT es perfectamente coherente con la jurisprudencia del TJUE, toda vez que admite prueba en contrario. El problema radica en la noción de artificiosidad mantenida en ocasiones por el TJUE, que podría bien confundirse con la simulación ¹⁵⁸.

Adicionalmente, se plantea el problema de si es aplicable el 15 de la LGT allí donde la conducta ya esté contemplada por un régimen jurídico especial o una norma específica anti-abuso o norma de control (por ejemplo, precios de transferencia o normas de subcapitalización). En realidad, esto nos conduce a la relación entre normas específicas anti-abuso y normas generales, compleja por diversos motivos; **en primer lugar**, porque no hay una relación de norma general-norma especial perfecta, sino que muchas normas específicas anti-abuso se limitan a delimitar los límites de la aplicación de un determinado régimen o establecer umbrales automáticos de abuso. Ello se hace sin renunciar a conceptos jurídicos indeterminados como los motivos económicos válidos. **En segundo lugar**, las normas específicas anti-abuso tampoco conforman una categoría homogénea siendo en muchos casos no principalmente normas anti-abuso, sino normas de calificación de rentas que también tienen, como finalidad secundaria, limitar el abuso (éste sería el caso de las normas sobre precios de transferencia). Por eso creemos que no se puede concluir sin más y a priori que la existencia de una norma específica anti-abuso deba excluir automáticamente la aplicación de la norma (o doctrina jurisprudencial) general.

IV. RECAPITULACIÓN SOBRE LA NOCIÓN DE FRAUDE A LA LEY TRIBUTARIA EN LA UNIÓN EUROPEA Y SU POSIBLE EVOLUCIÓN: ¿ES EL PRINCIPIO DE «PLENA COMPETENCIA» UN MODO DE SUPERAR LA DOCTRINA ANTI-ABUSO DEL TJUE?

El punto de partida del Tribunal en los casos de abuso es la proporcionalidad que debe existir entre la medida anti-elusión adoptada y el daño o el posible fraude que se pretende evitar. Este modo de razonar, y los pasos a seguir, se exponía claramente en *Centros* (C-212/97) afirmándose que «las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo» (párr. 34; en sentido similar, véanse las Sentencias de 31 de marzo de 1993, *Kraus*, C-19/92, párr. 32, y de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, C-55/94, párr. 37). Al mismo tiempo, el TJUE ha rechazado sistemáticamente el argumento de la existencia de un «riesgo» de fraude o evasión –argumento normalmente ofrecido por las partes– para aceptar medidas de los Estados que limitan alguna libertad fundamental (*inter alia*, *Comisión/Francia*, C-270/83, párr. 25), así como la finalidad de asegurar o proteger los ingresos tributarios (*ICI*, párr. 28; *Saint-Gobain*, párr. 50) ¹⁵⁹. En

¹⁵⁸ Como se afirma en DE BROE, L.: *International Tax Planning and Prevention of Abuse...* cit. págs. 827 y ss.

¹⁵⁹ Si bien es cierto que, en la teoría, el Tribunal sí admite que la finalidad de evitar el fraude a la ley tributaria pueda constituir una excepción de interés general que pueda justificar una restricción a una libertad fundamental. Así sucederá cuando concurran las razones autorizadas por el Tribunal, que ha afirmado que «la necesidad de preservar la coherencia de un

particular, no resultan justificadas, por resultar desproporcionadas aquellas normas tributarias nacionales que pivotan sobre una presunción absoluta de fraude o evasión fiscal basada en el carácter transfronterizo de la operación (*Comisión/Francia*, C-334/02).

En los últimos tiempos, es posible encontrar algunas sentencias que se han apartado de este razonamiento, flexibilizando en parte la admisión de normas anti-abuso con proyección transfronteriza. Un primer ejemplo lo encontramos en la Sentencia dictada en el caso *Marks & Spencer II*, de 13 de diciembre de 2005 (C-446/03), donde el Tribunal acepta parcialmente, en aras de la proporcionalidad, la restricción a la compensación de pérdidas que había establecido la legislación inglesa. En relación con el riesgo de evasión fiscal, afirma que «la posibilidad de transferir las pérdidas de una filial no residente a una sociedad residente conlleva el riesgo de que las transferencias de pérdidas se organicen dentro del grupo de sociedades y se imputen a sociedades establecidas en los Estados miembros que apliquen los tipos impositivos más elevados y donde el valor fiscal de las pérdidas sea mayor» (párr. 49). En este sentido, la exclusión de la consolidación fiscal de las pérdidas sufridas por filiales no residentes impediría dichas prácticas abusivas, toda vez que las mismas pueden verse alentadas por la existencia de diferencias notables entre los tipos de impositivos aplicados en los distintos Estados miembros. Por ello, «una normativa restrictiva como la controvertida en el asunto principal persigue objetivos legítimos compatibles con el Tratado que están amparados por razones imperiosas de interés general, por un lado, y que es adecuada para garantizar la realización de dichos objetivos, por otro (párr. 51). Ésta es la primera vez que el Tribunal rebaja dicho umbral garantista en relación con la evasión fiscal. Sin embargo, sólo esta Sentencia no puede considerarse representativa, entre otras razones porque pesaban en este caso consideraciones presupuestarias conocidas ¹⁶⁰.

Más adelante, sí puede sin embargo observarse un cambio de jurisprudencia significativo, del que es posible extraer conclusiones, aunque sean siempre preliminares. Esto es particularmente evidente en el caso *OYAA* (231/05), de 18 de julio de 2007, donde el Tribunal admite que transacciones no totalmente artificiales, sean consideradas abusivas. Cabe preguntarse a qué obedece este cambio; es posible, tal y como se ha sugerido ¹⁶¹, que la propia manera de argumentar de las partes condujera al resultado diferente. En efecto, en lugar de citar únicamente la finalidad anti-abuso de la medida, las partes hicieron un esfuerzo por justificar la medida en liza de forma más amplia, conectándolo con la coherencia del sistema tributario y sobre todo con el equilibrio de distribución de poder tributario entre los Estados miembros, que es, si bien se mira la base del problema: qué Estado tiene derecho a gravar

régimen tributario, la lucha contra la evasión fiscal y la eficacia de los controles fiscales constituyen razones imperiosas de interés general que pueden justificar normativas que puedan restringir las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado» (*X e Y II*, C-436/00, párrafo 51; en sentido similar, véanse también las SSTJUE: *Bachmann*, C-204/90, *Comisión/Bélgica*, C-300/90, y otras allí citadas).

¹⁶⁰ Como ha afirmado J. M. CALDERÓN CARRERO, «... la sentencia del TJUE en el caso *Marks & Spencer* posiblemente tenga una lectura más política que técnica, considerando globalmente su jurisprudencia (precedente y posterior), su fundamentación técnica y, especialmente, las presiones políticas a las que se vio sometido el Tribunal desde el mismo momento del planteamiento de la cuestión prejudicial», en: «Consolidación Fiscal e Importación de Pérdidas: el caso *Marks & Spencer*». Noticias de la Unión Europea, núm. 257, 2006, págs. 23 a 41. Sobre el problema de las pérdidas transfronterizas remito al lector a: RUIZ ALMENDRAL, V.: «An Ever Distant Union: the Cross-border Loss Relief conundrum in EU Law». *Intertax*, 2010 (en prensa) y CALDERÓN CARRERO, J. M.: «Reflexiones al hilo de la STJUE X Holding BV sobre el régimen de consolidación en el Impuesto sobre Sociedades, la "importación" de pérdidas extranjeras y el Derecho de la Unión Europea». *Crónica Tributaria*, 2010.

¹⁶¹ DE BROE, L.: *International Tax Planning and Prevention of Abuse...* cit. págs. 821 y ss.

un determinado hecho imponible, dependiendo de la conexión económica del mismo. En otras palabras, el principio de territorialidad. Así, en *OYAA* las partes alegaron que el régimen finlandés de las transferencias financieras entre sociedades de un grupo «está justificado por la necesidad de garantizar la coherencia del régimen fiscal de que se trata, así como por el reparto de las potestades tributarias entre los Estados miembros, el temor a la evasión fiscal y el principio de territorialidad» (párr. 45).

Pues bien, si el argumento de la coherencia del régimen fiscal nunca ha sido aceptado, y el peligro de evasión sólo en ocasiones, el Tribunal parece más proclive a aceptar argumentos relacionados con el reparto de la carga tributaria, ligándolos estrechamente al problema de la evasión fiscal. Así, se afirma en la sentencia que **«los objetivos de salvaguardia del equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros y de prevención de la evasión fiscal están relacionados»**¹⁶². En efecto, los comportamientos que consisten en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica con el fin de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios derivados de las actividades desarrolladas en el territorio nacional pueden comprometer el derecho de los Estados miembros a ejercer su competencia fiscal en relación con dichas actividades y poner en peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros...».

En todo caso, añade el Tribunal, matizando así el estricto umbral de la artificiosidad: (párrs. 63-64): «aunque el objeto específico de la normativa controvertida en el asunto principal no sea excluir de la ventaja fiscal que establece los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, ..., tal normativa puede, no obstante, reputarse proporcionada a los objetivos perseguidos, considerados conjuntamente (...) en efecto, en una situación en la que la ventaja de que se trata consiste en la posibilidad de efectuar una transferencia de ingresos, excluyendo estos últimos de la renta imponible del ordenante e integrándolos en la del beneficiario, **el efecto de toda extensión de esta ventaja a las situaciones transfronterizas consiste, en principio, en que a través de este mecanismo los grupos de sociedades pueden elegir libremente el Estado miembro en el que tributan sus beneficios, en detrimento del derecho del Estado miembro de la filial de gravar los beneficios derivados de las actividades desarrolladas en su territorio**»¹⁶³.

Concluye el Tribunal que la libertad de establecimiento (actual art. 49 del TFUE) no se opone a un régimen como el finlandés de acuerdo con el cual una filial residente en Finlandia únicamente puede deducir de su renta imponible una transferencia financiera entre sociedades de un grupo realizada por ésta en favor de su sociedad matriz en la medida en que ésta tenga su domicilio en ese mismo Estado miembro.

Este modo de argumentar se ha confirmado en Sentencias posteriores. Por poner sólo algún ejemplo más, en el reciente caso *SGI*, de 21 de enero de 2010 (C-311/08¹⁶⁴) se confirma esta visión desde la perspectiva del reparto del poder tributario, enunciando la que podríamos denominar nueva doctrina (o al menos doctrina matizada) con mayor claridad que hasta entonces: **«...permitir a las sociedades residentes que transfieran sus beneficios en forma de ventajas anormales o**

¹⁶² La negrita es de la autora.

¹⁶³ Véase nota anterior.

¹⁶⁴ El mismo razonamiento en la STJUE de 17 de septiembre de 2009 (C-182/08), Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG y Finanzamt München II.

benévolas concedidas a sociedades con las que mantienen vínculos de interdependencia y que están domiciliadas en otros Estados miembros conlleva el riesgo de comprometer un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros ¹⁶⁵. Ello podría poner en peligro, en principio, el sistema mismo del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros ya que, según la elección que hagan las sociedades que mantienen vínculos de interdependencia, el Estado miembro de la sociedad que concede las ventajas anormales o benévolas estaría obligado a renunciar, como Estado de residencia de esa sociedad, a su derecho a gravar los rendimientos de ésta, en beneficio, en su caso, del Estado miembro del domicilio de la sociedad beneficiaria» (párr. 63, citando *Oy AA*, párr. 56). Esta normativa se justifica así fundamentalmente, según el TJUE, porque permite al Estado (belga) «ejercer su potestad tributaria sobre las actividades realizadas en su territorio» (párr. 64).

También es particularmente claro el Tribunal en relación con su noción de artificiosidad como justificación del fraude; el reparto de la carga tributaria (que no la coherencia del sistema tributario) puede permitir rebajar el umbral de fraude. Así, reafirmandose el Tribunal en su teoría ¹⁶⁶, señala que «una normativa nacional que no tiene por objeto específico excluir de la ventaja fiscal que establece los montajes puramente artificiales, (...) puede, no obstante, reputarse justificada por el objetivo de prevención de la evasión fiscal considerado junto con el del mantenimiento del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros» (párr. 66). En otras palabras, para el TJUE no vale únicamente esgrimir la elusión fiscal, pero sí el reparto de poder tributario como argumento *conjunto*. Si el argumento es exclusivamente la elusión fiscal, entonces el umbral de fraude permanece igual.

Este nuevo razonamiento dual del TJUE entronca directamente con el principio de plena competencia y la práctica internacional de limitar las prácticas de *tax arbitrage* o de búsqueda especulativa de la norma tributaria más beneficiosa, según apuntábamos más arriba. Al adoptar el principio de plena competencia para suavizar su examen sobre el abuso, el TJUE se acerca y reconoce la incidencia del sistema de Derecho tributario internacional. El papel (creciente) del Derecho tributario internacional en el razonamiento del Tribunal merecería un trabajo aparte, aunque de forma resumida nótese que en la medida en que incorpora referencias al CM-OCDE, que no es propiamente derecho sino una mera guía para Estados (*soft law*) esto implica concederse, de manera indirecta, una fuerza vinculante que no le pertenecía por naturaleza ¹⁶⁷. En la doctrina se ha criticado reiteradamen-

¹⁶⁵ La negrita es de la autora.

¹⁶⁶ Párr 65: «en cuanto a la prevención de la evasión fiscal, es preciso recordar que una medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede estar justificada cuando tenga por objeto específico los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate»; se citan ICI, apartado 26; Marks & Spencer, apartado 57; Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, apartado 51, y Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, apartado 72.

¹⁶⁷ Se produce de esta manera la incorporación del *soft law* internacional en el Derecho Comunitario; véase: RUIZ ALMENDRAL, V.: «Entre la discriminación y la armonización: el régimen fiscal del no residente en España a la luz del Derecho Comunitario...» cit. págs. 15 y ss. Nótese, por otro lado, que la relación entre el CM-OCDE y la UE es en dirección doble, de manera que los desarrollos jurisprudenciales del TJCE estarían ejerciendo una decidida influencia en la modificación y los comentarios al CM. J. M. CALDERÓN y A. MARTÍN JIMÉNEZ ponen como ejemplo la propuesta de modificación de la tributación de los servicios que vendría a recoger las conclusiones de *Gerritse*, *Conijn*, o *Scorpio*; *vid.* Propuesta de borrador: *The Tax Treaty Treatment of Services: proposed commentary changes* (de 8 de diciembre de 2006), publicado en la página de la OCDE. Al respecto véase: MARTÍN JIMÉNEZ, A.; CALDERÓN CARRERO, J. M.: «La inaplazable necesidad de reformar la tributación del no residente sin establecimiento permanente: la STJCE Scorpio». *Jurisprudencia Tributaria* Aranzadi núm. 21/2006.

te al Tribunal por no entender el funcionamiento del CM-OCDE ¹⁶⁸, advirtiendo acertadamente de los peligros de asumir acríticamente un *sistema* (sic) de reparto de poder tributario que adolece de múltiples imperfecciones ¹⁶⁹ y cuya finalidad es muy distinta de la del Derecho de la Unión Europea, pues aquél pretende, modestamente, facilitar los intercambios comerciales entre ambos Estados atendiendo al concreto flujo de intereses e inversiones entre ellos ¹⁷⁰.

En el siguiente árbol de decisión hacemos una primera tentativa de resumir el (nuevo) recorrido argumental que utiliza el TJUE, a la luz de la jurisprudencia más reciente, para enjuiciar la compatibilidad con el ordenamiento europeo de una medida anti-abuso o norma de control:

1) ¿Está en liza una libertad comunitaria? (identificación de la misma)? SÍ/NO

NO (ir a punto 3)/SÍ:

2) ¿Hay un efecto discriminatorio o restrictivo? SÍ/NO

NO (fin del examen)/SÍ:

3) ¿La norma anti-abuso es desarrollo de una Directiva comunitaria?

SÍ: examen más estricto por parte del TJCE tomando en cuenta el sentido y objetivos de la Directiva.

NO: (4) ¿Puede estimarse un interés general/hay alguna excepción que pueda servir de justificación para la disparidad/restricción? SÍ/NO

NO: Fin del examen (la medida es contraria al ordenamiento comunitario).

SÍ: (5) Aceptada la justificación, ¿es la norma *idónea* para conseguir la finalidad que se persigue y en particular, persigue atajar transacciones totalmente artificiales? SÍ/NO

SÍ: Aceptada la justificación, (6) ¿es la norma *proporcionada* a la consecución de esta finalidad? SÍ/NO

NO: (7) Hasta hace poco, fin del examen y la medida es contraria al ordenamiento comunitario; ahora: ¿perSigue además la norma salvaguardar el principio de plena competencia *conjuntamente*? SÍ/NO

Si esta jurisprudencia se consolida en los términos apuntados, se plantea a su vez la pregunta de si supondrá un incentivo a la utilización de las normas generales anti-abuso, en la medida en que

¹⁶⁸ Vid. LANG, M.: «Double taxation and EC Law», en AVI-YONAH, R. S.; HINES, Jr., J. R.; LANG, M.: *Comparative Fiscal Federalism. Comparing the European Court of Justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007, pág. 33.

¹⁶⁹ Esta crítica en: LANG, M.: «Double taxation and EC Law...» cit. pág. 34.

¹⁷⁰ VAN RAAD, K.: «Nondiscrimination from the Perspective of the OECD Model and the EC Treaty- Structural and Conceptual Issues...» cit. pág. 61.

se salvaguarda en última instancia el poder tributario de un Estado, o si por el contrario asistimos al principio del fin de este tipo de normas en el contexto comunitario. Aún es pronto para saberlo pero lo cierto es que sigue habiendo cierta desconfianza hacia las normas generales anti-abuso ¹⁷¹.

Por otro lado, es peligroso depositar grandes esperanzas en la jurisprudencia del TJUE, pues lógicamente, y por definición, toda doctrina judicial adolece de incoherencias y asimetrías, ya que el Tribunal decide sobre la base de los casos que son admitidos, que hoy en día de forma mayoritaria llegan al Tribunal por la vía de la cuestión prejudicial ¹⁷² lo que significa que son seleccionados con carácter previo por los Tribunales domésticos, lo cual lógicamente potencia la citada asimetría.

En la doctrina tributarista hemos terminado por convertir la crítica al Tribunal de Justicia en un sano deporte nacional (e internacional) ¹⁷³ que todos practicamos. Le criticamos que no defienda el interés fiscal de los Estados, que no comprenda la lógica de los sistemas tributarios y que rechace sistemáticamente el argumento de la coherencia del sistema tributario. Sin embargo, a menudo olvidamos que el modo de argumentación del Tribunal no es un problema en sí mismo, sino la consecuencia natural de un modelo de armonización asistemático, cuyos objetivos, salvando la propuesta de la base común en el Impuesto sobre Sociedades (CCCTB) no han sido revisados mucho más allá de la consecución del mercado interior. El Tribunal está obligado a interpretar el Derecho comunitario vigente, y eso significa que deberá utilizar las herramientas que tiene a su disposición, entre las que por el momento, a falta de un auténtico procedimiento de armonización fiscal en los impuestos directos, no se encuentran los principios tradicionales tributarios.

¹⁷¹ Significativas son las conclusiones en: Working Document sobre «Common consolidated corporate tax base. Anti-abuse rules» (CCCTB/WP065/doc/en) elaborado en Bruselas el 26 de marzo de 2008 por el correspondiente grupo de trabajo, para ser debatido en el Meeting celebrado los días 14 y 15 de abril de 2008.

¹⁷² *Vid.* al respecto: WEILER J. H. R.: «A Quiet Revolution: the European Court of Justice and its Interlocutors». *Political Studies*, vol. 26/1994, pág. 510.

¹⁷³ *Vid.* la defensa del TJUE en: VANISTENDAEL, F.: «In Defence of the European Court of Justice». *Bulletin IBFD*, March 2008, págs. 94 y ss.

Bibliografía

- AA.VV. [2001]: *Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la Ley General Tributaria* (Nombrada por Resolución de la Secretaría de Estado de Hacienda de 15 de junio de 2000).
- ALMUDÍ CID, J. [2005]: *El régimen jurídico de Transparencia Fiscal Internacional*, IEF, Madrid.
- AMORÓS, N. [1995]: «La elusión y la evasión tributaria...» cit. pág. 610; FERREIRO LAPATZA, J. J.: «Notas sobre la reforma de la Ley General Tributaria». *QF*, n.º 17.
- ARNOLD, B. J. [2004]: «The Long, Slow, Steady Demise of the General Anti-Avoidance Rule». *CTJ*, vol. 52, n.º 2.
- [1994]: «The Canadian Anti-Avoidance Rule». *BTR*, n.º 6/1995, pág. 542. NEVERMANN, K. *Justiz und Steuerumgehung (Ein kritischer Vergleich der Haltung der Dritten Gewalt zu kreativer steuerlicher Gestaltung in Großbritannien und Deutschland)*. Berlín: Duncker & Humblot.
 - [2004]: «Tax Treaties and Tax Avoidance: the 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model». *Bulletin*, IBFD.
- AVERY JONES, J. F. y WARD, D. A., *et al.* [1985]: «The Business purpose test and abuse of rights». *BTR*, n.º 2.
- AVI-YONAH, R. S. [2007]: *International Tax as International Law. An Analysis of the International Tax Regime*. Cambridge.
- BÁEZ MORENO, A. [2009]: *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la renta*. Pamplona: Aranzadi.
- BAISTROCCHI, E. [2008]: «The Use and Interpretation of Tax Treaties in the Emerging World: Theory and Implications», *British Tax Review*. Issue 4.
- BAQUERO CRUZ, J. [2002]: *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*. Madrid: Civitas.
- BECKER, E. [1924]: «Zur Anwendbarkeit des § 5 AO., wenn zwischen Gesellschaften m. b. H. und ihren Gesellschaftern Verträge über Verpachtung eines Unternehmens geschlossen werden». *StuW*.
- BECKER, H. y THÖMMES, O. [1991]: «Treaty Shopping and EC Law». *European Taxation*.
- BEISER, R. [2005]: «Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Licht des Gemeinschaftsrechtes. "Rechtssicherheit ist Prinzipien –oder Regelsicherheit"». *StuW*, n.º 4.
- CAAMAÑO ANIDO, M. Á. y CALDERÓN CARRERO J. M. [2000]: «La erosión de las medidas de control fiscal del Estado de residencia: una reflexión al hilo de la jurisprudencia comunitaria en el caso ICI». *RCyT*. CEF, n.º 207.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. [1997]: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*. Madrid: McGraw-Hill.
- [2000]: *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*. Madrid: CEF.
 - [2005]: *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*. Valencia: Tirant lo blanch.
 - [2006]: «Consolidación Fiscal e Importación de Pérdidas: el caso Marks & Spencer». *Revista Noticias de la Unión Europea*, n.º 257.
 - [2007]: «La compatibilidad comunitaria de los impuestos de salida y de las reglas de reembolso de garantías exigidas en relación con impuestos contrarios al Derecho Comunitario: el caso N». *RCyT*. CEF, n.º 286.
 - [2010]: «Reflexiones al hilo de la STJUE X Holding BV sobre el régimen de consolidación en el Impuesto sobre Sociedades, la "importación" de pérdidas extranjeras y el Derecho de la Unión Europea». *Crónica Tributaria*, octubre.

- CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. [2007]: «Acerca de la necesidad de reconfigurar la política española en materia de cláusulas antiabuso y fiscalidad directa: las consecuencias derivadas de los casos Cadbury Schweppes y Test claimants in the thin cap group». *Jurisprudencia Tributaria*. Aranzadi n.º 2.
- [2008]: «La Directiva relativa al sistema común de imposición aplicable en el caso de las sociedades matrices y filiales de diferentes Estados miembros», en coord. CARMONA FERNÁNDEZ: *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS.
 - [2008]: «Los Tratados Internacionales. Los Convenios de Doble Imposición en el ordenamiento español: naturaleza, efectos e interpretación», en coord. CARMONA FERNÁNDEZ: *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS.
 - [2010]: «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de IRPF». AA.VV.: *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. y RUIZ ALMENDRAL, V. [2005]: «¿Es compatible la norma española anti "Directive-Shopping" con el Derecho Comunitario? (A propósito de la Resolución del TEAC de 15 de octubre de 2004)». *Jurisprudencia Tributaria*. Aranzadi, n.º 11.
- [2010]: «La codificación de la "doctrina de la sustancia económica" en EEUU como nuevo modelo de norma general anti-abuso». En prensa (*Quincena Fiscal*).
- CHIRELSTEIN, M. A. [1968]: «Learned Hand's Contribution to the Law of Tax Avoidance». *The Yale Law Journal*, vol. 77.
- Comisión [2001]: Comunicación de la Unión Europea sobre «Política fiscal de la Unión Europea. Prioridades para los próximos años» (Documento COM (2001) 260 final). Diario Oficial n.º C 284 de 10/10/2001.
- Comisión [2005]: «EC Law and Tax Treaties», *Working Document* 9 June.
- Comisión [2006]: Comunicación de 2006, Exit Taxation and the need for Co-ordination of Member States' tax policies (COM (2006) 825 final).
- Comisión [2007]: Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo de 10 de diciembre de 2007, «Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa –dentro de la UE y en relación con terceros países–» COM (2007) 785 final.
- CRAIG, P. y BÜRCA, G. de [2003]: *EU Law. Text, Cases and Materials*. Oxford: Oxford University Press.
- CREZELIUS, G. [2003]: «Das Argumentationsmuster des sog. Gesamtplans», *FR*, n.º 11, de 8 de junio.
- DE BROE, L. [2008]: *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. Amsterdam, IBFD.
- DE HOSSON, F. [1990]: «The Parent-Subsidiaries Directive». *Intertax*.
- DE WITTE, B. [1999]: «Direct effect, supremacy and the nature of the legal order», en AA.VV. (eds.: CRAIG, P.; BÜRCA, G. de): *The evolution of EU Law*. Oxford: Oxford University Press.
- DELGADO PACHECO, A. [2004]: *Las Normas Antielusión en la Jurisprudencia Tributaria española*. Pamplona: Thomson-Aranzadi.
- FALCÓN Y TELLA, R. [1995]: «El fraude a la Ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (I): su radical diferencia con los supuestos previstos en el artículo 6 CC». *QF*, n.º 17.
- [1995]: «El fraude a la Ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (II): límites a la utilización de esta figura». *QF*, n.º 18.
 - [1995]: «El papel de la Jurisprudencia en la armonización fiscal europea», en AA.VV.: *Sistema fiscal español y armonización europea*. Madrid: Marcial Pons.
 - [1999]: «El delito fiscal como ley penal en blanco: la necesidad de tener en cuenta todas las normas tributarias que afectan a la exigibilidad jurídica de una determinada conducta del contribuyente». *QF*, n.º 10.

- [2005]: «El fraude de ley o "conflicto en la aplicación de la norma" y el delito fiscal: la importante STC 10 mayo 2005». *QF*, n.ºs 12-13.
 - [2009]: «La subcapitalización, las ETVE y la planificación fiscal "de riesgo"». *QF*, 22.
- FARMER, P. y LYAL, R. [1994]: *EC Tax Law*, Clarendon Press, London.
- FERREIRO LAPATZA, J. J. [2001]: «Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal». *QF*, n.º 8.
- [2003]: «El abuso en la aplicación de la norma tributaria en el Anteproyecto de Ley General Tributaria». *QF*, n.º 11.
- FISCHER, P. [1999]: «Innentheoretische Bemerkungen zur Bekämpfung der Steuerumgehung im Internationalen Steuerrecht». SWI.
- [2001]: «Geltungsanspruch des Steuergesetzes, Steuerumgehung und "wirtschaftliche oder sonst beachtliche aubersteuerliche Gründe"». *Finanz-Rundschau (FR)*, 23.
- FLICK, H. [1994]: «Mißbrauchgesetzgebung contra Steuerumgehung». *Festschrift für Franz Klein. Köln*: Verlag Dr. Otto Schmidt.
- FÖRSTER, G. y SCHMIDTMANN, D. [2003]: «Die Gesamtplanrechtsprechung im Steuerrecht mit einem Vergleich der sog. "step transaction doctrine" im amerikanischen, britischen und belgischem Steuerrecht». *StuW*, n.º 2.
- GAMMIE, M. [1997]: «Tax Avoidance and the Rule of Law: a prespective from the United Kingdom», en AA.VV. (ed. Graeme S. COOPER): *Tax Avoidance and the Rule of Law*. Amsterdam: IBFD.
- GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. y HERRERA MOLINA, P. M. [2004]: «¿Asedio a la justicia fiscal en Europa? (Reflexiones ante la jurisprudencia comunitaria sobre las cláusulas antiabuso y la reacción del legislador español)». *RCyT. CEF*, n.º 251.
- GARCÍA NOVOA, C. [2003]: «La posibilidad de imponer sanciones en los supuestos de fraude y abuso de la norma tributaria: el criticable contenido del artículo 15.3 del anteproyecto de Ley General Tributaria». *QF*, n.º 8.
- [2004]: *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*. Madrid: Marcial Pons.
 - [2005]: «La imposibilidad de sancionar penalmente las conductas en fraude a la ley tributaria (la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005, de 10 de mayo)». *Revista Técnica Tributaria*, n.º 70.
- GARCÍA PRATS, A. [1998]: *Imposición directa, no discriminación y derecho comunitario*. Madrid: Tecnos.
- [2004]: «Artículo 9. Empresas Asociadas», en AA.VV. (coord.: RUIZ GARCÍA, J. R. y CALDERÓN CARRERO, J. M.): *Comentarios a los Convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*. A Coruña: Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia.
 - [2008]: «Is It Possible to Set a Coherent System of Rules on Direct Taxation under EC Law Requirements?». Luc HINNEKENS: Phillippe HINNEKENS (eds.): *A Vision of Taxes Within and Outside European Borders*, Kluwer Law International.
 - [2009]: «Los Modelos de Convenio, sus principios rectores y su influencia sobre los Convenios de Doble Imposición». *Crónica Tributaria*, 133.
- GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.: *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001.
- GODOI, M. S. [2005]: *Fraude a la ley y conflicto en la aplicación de las leyes tributarias*. Madrid: IEF.
- HARRIS, P. [2002]: «Abus de Droit: further thoughts on the cleansing of the stables, and the community notion of own resources», *The EC Tax Journal*, n.º 2, vol. 6.
- HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA, J. M. [2003]: «La conformación artificiosa de la realidad en el ámbito tributario: ¿por qué lo llamamos conflicto cuando queremos decir fraude?». *Actualidad Jurídica*. Aranzadi, n.º 593.

- HOENJET, F. [1997]: «The Leur-Bloem judgement: the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the Merger Directive». *EC Tax Review*, n.º 4.
- IFS -The Institute for Fiscal Studies [1997]: *Tax Avoidance: A report by the Tax Law Review Committee*. November.
- IFS -The Institute for Fiscal Studies. BOWLER, T.: «Countering Tax Avoidance in the UK: Which Way Forward?» *Tax Law Review Committee*, Institute of Fiscal Studies, UK (disponible en www.ifs.org).
- LANG, M. [2007]: «Double taxation and EC Law», en AVI-YONAH, R. S.; HINES, Jr., J. R. y LANG, M.: *Comparative Fiscal Federalism. Comparing the European Court of Justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence*. The Netherlands: Kluwer Law International.
- LÓPEZ MOLINO, A. M. [1998]: «Los negocios en fraude de ley tributaria, los negocios simulados y los negocios indirectos (arts. 24, 25 y 28 LGT)». *CT*, n.º 85.
- LÓPEZ TELLO, J. [2003]: «La "cláusula antiabuso" del anteproyecto de la nueva ley general tributaria». *Actualidad Jurídica Uriá & Menéndez*, n.º 5.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. [2001]: «El Derecho Financiero constitucional de la Unión Europea». *REDF*, n.ºs 109-110.
- [2002]: «Domestic Anti-Abuse Rules and Double Taxation Treaties: a Spanish Perspective», I y II. *Bulletin*. IBFD, n.º 11 y 12.
 - [2002]: «Las Medidas anti-elusivas/anti-abuso internas y los Convenios para la eliminación de la doble imposición», en SERRANO ANTÓN y SOLER ROCH: *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
 - [2008]: «La Directiva 2003/49/CE sobre la Fiscalidad de los Intereses y Cánones», en coord. CARMONA FERNÁNDEZ: *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. y CALDERÓN CARRERO, J. M. [2006]: «La inaplazable necesidad de reformar la tributación del no residente sin establecimiento permanente: la STJCE Scorpio». *Jurisprudencia Tributaria*. Aranzadi n.º 21.
- [2007]: «Los impuestos de salida y el Derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española». *Crónica Tributaria*, n.º 125.
- MASON, R. [2005]: «US Tax Treaty Policy and the European Court of Justice». *59 Tax Law Review* 65.
- MUÑOZ MACHADO, S. [1993]: *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*. Madrid: Alianza editorial.
- OBBERMAIR, C. y WENINGER, P. J. [2005]: «Treaty Shopping and Domestic GAARs in the Light of a Recent Austrian Decision on Irish IFS Companies». *Intertax*, vol. 33, n.º 10.
- PALAO TABOADA, C. [1994]: «La subcapitalización y los convenios de doble imposición». *RCyT*. CEF, n.ºs 137-138.
- [1995]: «Economía y Derecho en la aplicación de las leyes tributarias». *CT*, n.º 73.
 - [1998]: «¿Existe el fraude a la ley tributaria? *RCyT*. CEF, n.º 182.
 - [1999]: «Límites a la aplicación de la norma española contra la subcapitalización: estado de la cuestión», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 46.
 - [2000]: «El atolladero del fraude a la ley tributaria (Comentario a la STSJ de La Rioja de 9 de febrero de 2000)». *RCyT*. CEF, n.º 209, pág. 140
 - [2001]: «Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria». *CT*, n.º 98.
 - [2002]: «Los "motivos económicos válidos" en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales». *RCyT*. CEF, n.º 62.
 - [2005]: «La modificación de la Directiva de Fusiones», *RCyT*. CEF, n.º 268.

- [2005]: «La subcapitalización», cap. 21 de SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Fiscalidad internacional*, 2.^a ed. CEF, Madrid.
 - [2006]: «Transparencia fiscal internacional y Derecho europeo: Conclusiones del AG en el asunto Cadbury Schweppes», *RCyT*. CEF, n.º 280.
 - [2009]: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*. Lex Nova.
- PANAYI, C. HJI [2007]: *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty Shopping and the European Community*. The Netherlands: Kluwer Law International.
- PASCHEN, U. [2001]: *Steuerumgehung im nationalen und internationalen Steuerrecht*. Wiesbaden: Deutscher Universitäts-Verlag GmbH.
- PASSANT, J. [1996]: «Tax Avoidance in Australia: The Return of the Ghost?». *BTR*, n.º 4.
- PEACOCK, J. [2001]: «The Law ends where abuse begins». *The EC Tax Journal*, n.º 3, vol. 4.
- PÉREZ ARRAIZ, J. [2004]: «El conflicto en la aplicación de la norma tributaria en la nueva LGT». *Nueva Fiscalidad*, n.º 9.
- PÉREZ ROYO, F. [2005]: «La Doctrina de los Lores sobre la elusión fiscal (examen de casos recientes)». *QF*, n.º 10.
- PÉREZ ROYO, F. y AGUALLO AVILÉS, A. [1996]: *Comentarios a la reforma de la Ley General Tributaria*. Pamplona: Aranzadi.
- PISTONE, P. [2007]: «Expected and Unexpected Developments of European Integration in the Field of Direct Taxes». *Intertax*, vol. 35.
- POIARES MADURO, M. [1998]: *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*. Oxford: Hart Publishing.
- RÄDLER, A. J. [1994]: «Do National Anti-Abuse Clauses Distort the Internal Market». *European Taxation*, vol. 34, n.º 9.
- RAMOS MUÑOZ, D. [2009]: «Living on the Edge: Securitization Supervision and Characterization Problems» *European Company Law*, 6, n.º 5.
- [2010]: *The Law of Transnational Securitization*, Oxford University Press.
- RAMOS MUÑOZ, D. y RUIZ ALMENDRAL, V. [2006]: «Los problemas tributarios de las Sociedades de Inversión en Capital Variable (SICAV)». *QF*, n.º 18.
- RUIZ ALMENDRAL, V. [2006]: *El Fraude a la ley tributaria a examen (Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario)*. Pamplona: Thomson-Aranzadi.
- [2008]: «Entre la discriminación y la armonización: el régimen fiscal del no residente en España a la luz del Derecho Comunitario». *RCyT*. CEF, n.º 307, octubre.
- [2008]: «Subcapitalización y libertad de establecimiento: el caso "Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation" como una oportunidad para rehabilitar el artículo 20 del TRLIS». *Noticias de la Unión Europea*, n.º 283.
- [2008]: *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*. La Ley-Wolters Kluwer.
- [2010]: «An Ever Distant Union: the Cross-border Loss Relief conundrum in EU Law». *Intertax* (en prensa).
- RUIZ ALMENDRAL, V. y SEITZ, G. [2004]: «Die neue spanische Umgehungsvorschrift des Artículo 15 Ley General Tributaria (LGT) –Ist der deutsche §42 AO als Vorbild geeignet?». *Steuer und Wirtschaft*, n.º 4.
- [2004]: «El fraude a la ley tributaria (análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana)». *RCyT*. CEF, n.ºs 257-258.

- RUIZ GARCÍA, J. R. [2004]: «Artículo 10 MC OCDE. La tributación de los dividendos», y «Artículo 11 MC OCDE. La tributación de los intereses» en AA.VV. (coord.: RUIZ GARCÍA, J. R.; CALDERÓN CARRERO, J. M.): *Comentarios a los Convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*. A Coruña: Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia.
- SACCHETTO, C. [2007]: «ECJ Direct Tax Cases and Domestic Constitutional Principles: an Overview», en AVI-YONAH, R. S.; HINES, Jr., J. R. y LANG, M.: *Comparative Fiscal Federalism. Comparing the European Court of Justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence*. The Netherlands: Kluwer Law International.
- SANZ GADEA, E. [2000]: «La subcapitalización». *RCyT*. CEF, n.º 206, pág. 28.
- [2001]: «Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000». *RCyT*. CEF, n.º 215.
- SCHÖN, W. [1993]: *Die Auslegung europäischen Steuerrecht. Das harmonisierte Steuerrecht zwischen nationalem Zivilrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt.
- [1996]: «Gestaltungsmißbrauch im europäischen Steuerrecht». *Internationales Steuerrecht, Beihefter zu Heft 2*.
- SHEPPARD [2001]: «Why the US IRS should argue the Statute first», *TNI*, 30 July.
- TENORE, M. [2006]: «The transfer of assets from a Permanent Establishment to its General Enterprise in the Light of the European Law». *Intertax*, issue 8/9.
- THIEL, S. [2007]: «Why the European Court of Justice should Interpret Directly Applicable Community Law as a Right to Most-Favoured Nation Treatment and a Prohibition of Double Taxation», en (ed.: D. WEBER): *The Influence of European Law on Direct Taxation*. Kluwer Law International.
- TIPKE, K. y KRUSE, H. W. [2003]: *Abgabenordnung Finanzgerichtsordnung Kommentar zur AO und FGO*, Tomo 1, § 4.
- VAN RAAD, K. [2007]: «Nondiscrimination from the Perspective of the OECD Model and the EC Treaty- Structural and Conceptual Issues», en AVI-YONAH, R. S.; HINES, Jr., J. R. y LANG, M.: *Comparative Fiscal Federalism. Comparing the European Court of Justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence*. The Netherlands: Kluwer Law International.
- VANDERWOLK, J. [2002]: «Purposive Interpretation of Tax Statutes: Recent UK Decisions on Tax Avoidance Transactions». *Bulletin*, IBFD.
- [2002]: «Purposive Interpretation of Tax Statutes: Recent UK Decisions on Tax Avoidance Transactions». *Bulletin*, IBFD, February.
 - [2005]: «United Kingdom: The House of Lords and Tax Avoidance –Scottish Provident and BMBF». *Bulletin*, vol. 59, n.º 4.
- VANISTENDAEL, F. [1996]: «Legal framework for taxation». THURONYI, Victor (Ed.): *Tax Law Design and Drafting. The Hague*: Kluwer Law-IMF.
- [2000]: «Tax Revolution in Europe: The Impact of Non-Discrimination», en *European Taxation*, vol. 40, n.ºs 1-2, Jan-Feb.
 - [2003]: «The compatibility of the basic economic freedoms with the sovereign national tax systems of the Member States». *EC Tax Review*, n.º 3.
 - [2008]: «In Defence of the European Court of Justice». *Bulletin* IBFD, March.
- VEGA BORREGO, F. A. [2002]: «La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del Derecho Comunitario», en *CT* n.º 104.
- [2002]: «La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y el derecho comunitario». *CT* n.º 104.

- [2003]: *Las medidas contra el Treaty Shopping*. Madrid: IEF.
 - [2006]: *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*. Kluwer Law International, 2006.
- VILLAR EZCURRA, M. [2001]: «Exigencias del Derecho Comunitario a la metodología del Derecho Financiero y Tributario». *CT*, n.º 100.
- VOGEL, K. [1985]: «Steuerungumgehung nach innerstaatlichem Recht und nach Abkommensrecht». *StuW*, n.º 4.
- [1997]: *Double taxation convention: a commentary to the OECD-, UN-, and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German Treaty practice*. London: Kluwer Law International.
- WATTEL, P. J. y TERRA, B. J. M. [2008]: *European Tax Law*. La Haya: Kluwer Law International.
- WEBER, D. [1996]: «A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive». *EC Tax Review*, n.º 2.
- [1997]: «The first steps of the ECJ concerning an abuse-doctrine in the field of harmonized direct taxes». *EC Tax Review*, n.º 1.
 - [2005]: *Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms. A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance*. Amsterdam, Kluwer Law.
- WEILER, J. H. R. [1994]: «A Quiet Revolution: the European Court of Justice and its Interlocutors». *Political Studies*, vol. 26.
- ZIMMER, F. [2002]: «General Report», en IFA.: *Form and Substance in tax law*. Cahiers de Droit Fiscal International. Oslo Congress. La Haya: Kluwer.
- ZORNOZA PÉREZ, J. [2000]: «La simulación en Derecho Tributario», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n.º 16, 3.ª época, septiembre.
- [2010]: «Las normas anti-abuso frente a la competencia fiscal en el marco comunitario». En (P. CHICO DE LA CÁMARA, E.): *Medidas anti-abuso frente a la competencia fiscal lesiva y a los fenómenos de deslocalización producidos como consecuencia de la incorporación de nuevos Estados*. En prensa.
- ZORNOZA PÉREZ, J. J. y BÁEZ MORENO, A. [2010]: «The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model on Tax Treaties and GAARS: a Mistaken Starting Point», en *Tax Treaties: Views from the Bridge-Building Bridges between Law and Economics* (IBFD forthcoming).

DOCTRINA ADMINISTRATIVA Y JURISDICCIONAL SOBRE LA REDUCCIÓN POR ADQUISICIÓN MORTIS CAUSA DE LA VIVIENDA HABITUAL DEL CAUSANTE

PILAR ÁLVAREZ BARBEITO

*Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Facultad de Derecho de La Coruña*

Extracto:

LA vivienda habitual constituye el objeto de múltiples ventajas fiscales en nuestro sistema tributario, entre las cuales se halla la prevista en el artículo 20.1 c) de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. En ese precepto se contempla la posibilidad de que los contribuyentes de ese tributo puedan, en determinados casos, reducir su base imponible cuando el caudal hereditario incluya la vivienda habitual del causante. Pues bien, observando la configuración de dicho beneficio fiscal son varias las condiciones que a esos efectos establece la normativa reguladora de dicho tributo, a cuyo examen se ha dedicado este trabajo. En él se ha tratado de analizar la interpretación, no siempre clara, que a efectos de su aplicación práctica ha de hacerse de cada uno de tales requisitos, tarea en que resultan determinantes tanto la doctrina administrativa existente al respecto como el criterio jurisprudencial mantenido al hilo de cada uno de esos aspectos.

Palabras clave: vivienda habitual, beneficios fiscales e Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

ADMINISTRATIVE DOCTRINE AND CASE-LAW ON TAX DEDUCTION FOR MORTIS CAUSA ACQUISITION OF THE DECEASED'S HABITUAL ABODE

PILAR ÁLVAREZ BARBEITO

*Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Facultad de Derecho de La Coruña*

Abstract:

THE habitual abode is subject of multiple tax benefits in our tax system, among which may be cited the article 20.1 c) of the Law of Inheritance and Gift Tax. That article provides that taxpayers can reduce their taxable income when they receive the main residence of the deceased by inheritance. Analyzing the configuration of that tax benefit, there are several requirements that are established by law for its implementation, examination of which we have dedicated this study. The interpretive criteria maintained by our doctrine and jurisprudence is of great relevance to establish the right to enjoy such tax benefit.

Keywords: habitual abode, tax benefit and Inheritance Tax.

Sumario

1. Consideraciones generales.
2. Requisitos objetivos de la reducción.
 - a) Concepto de «vivienda habitual».
 - b) La «adquisición» de la vivienda habitual.
 - c) Títulos de adquisición mortis causa. Especial referencia a las donaciones mortis causa y a los pactos sucesorios.
3. Los beneficiarios de la reducción.
4. Aspectos cuantitativos de la reducción.
5. Condición temporal establecida para consolidar la reducción.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La vivienda habitual constituye el objeto de múltiples beneficios fiscales adoptados por el legislador en el ámbito de diferentes impuestos. Entre ellos han de destacarse, sin duda, aquellos que se han ubicado en el contexto del IRPF, pero no es menos cierto que también respecto de otros tributos el legislador se ha mostrado especialmente sensible con las medidas fiscales adoptadas sobre ese tipo de bienes.

En ese sentido, la normativa reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) recoge una importante reducción que los contribuyentes podrán practicar en su base imponible en aquellos casos en los que la vivienda habitual del causante forme parte del caudal hereditario. Dicho beneficio fiscal podrá aplicarse en los términos dispuestos por el artículo 20 de la LISD al margen de las especialidades que puedan haberse establecido al respecto en el ámbito de cada comunidad autónoma. No puede olvidarse que las competencias normativas con las que cuentan las comunidades autónomas «han transformado radicalmente el panorama de tributación de las adquisiciones hereditarias y de las donaciones»¹, cambios que también han afectado a los beneficios fiscales que vamos a analizar dependiendo de la región en la que hayan de aplicarse.

Así pues, para calcular la base liquidable del ISD, cuando se haya producido una adquisición mortis causa incluidas las de los beneficiarios de seguros de vida, habrán de tenerse presentes las reducciones que sobre la base imponible puedan aplicarse de acuerdo con la normativa específica

¹ MARTÍN MORENO, J.L.: «Disparidad y complejidad de los beneficios fiscales en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones», *Cuadernos Críticos del Derecho*, n.º 1, 2008, pág. 32.

que en cada caso se haya aprobado a esos efectos en las distintas comunidades autónomas. Será en defecto de esa regulación, o cuando la misma no resultase aplicable a determinados sujetos, cuando se aplicarán las previsiones contenidas en el citado artículo 20, en el que se establece, entre otras, la regulación específica de la reducción que procede aplicar en la base imponible del causahabiente por la adquisición de la vivienda habitual del causante.

Es concretamente el apartado 2 c) del aludido precepto el que establece la reducción en un porcentaje del 95 por 100, con el límite de 122.606,47 euros para cada sujeto pasivo que sea cónyuge, ascendiente o descendiente de aquél, o bien se trate de pariente colateral mayor de 65 años con una convivencia mínima de dos años anteriores al fallecimiento, cuando estos sujetos adquieran por vía sucesoria la vivienda habitual de la persona fallecida, siempre y cuando dicha adquisición se mantenga durante los 10 años siguientes al fallecimiento del causante ².

A la vista de la redacción de este precepto son varios los requisitos que deben concurrir para que pueda aplicarse el aludido beneficio fiscal, condiciones que pasamos a examinar separadamente teniendo en cuenta las manifestaciones que sobre cada una de esas condiciones han vertido tanto la administración como nuestros tribunales.

2. REQUISITOS OBJETIVOS DE LA REDUCCIÓN

Tal y como se desprende del tenor literal del artículo 20.2 c) de la LISD, el objeto de la transmisión en este caso es la «vivienda habitual» del causante que, a tenor de la ley, ha de ser «adquirida» mortis causa por el causahabiente, términos que deben concretarse.

a) Concepto de «vivienda habitual»

El objeto sobre el que pivota este estudio viene representado por el concepto de vivienda habitual, expresión que cuyo significado debe concretarse comenzando por el análisis de lo que ha de entenderse por vivienda para, a continuación, determinar entre todas ellas cuáles reúnen, además, la condición de habituales.

Para abordar la primera de las cuestiones apuntadas podemos referirnos a la Resolución Vinculante de la DGT de 22 de diciembre de 1986 (NFC006302) ³, en la que dicho centro directivo identificó el concepto de vivienda con la noción usual del mismo, definiéndolo como aquel edificio o parte del mismo destinado a habitación o morada de una persona física o de una familia, constitu-

² Pues bien, en línea con lo anterior han sido muchas las comunidades autónomas en las que se ha rebajado la carga tributaria sobre la transmisión mortis causa de la vivienda habitual a través de medidas como el aumento del porcentaje del 95 por 100 fijado en la normativa estatal; la elevación del límite de la reducción allí previsto en 122.606,47 euros por sujeto pasivo; o la modificación de alguno de los requisitos de la reducción, extremos a los que aludiremos más adelante.

³ BOE de 19 de enero de 1987.

yendo su hogar o sede de su vida doméstica ⁴. En la misma línea el Tribunal Supremo (TS), pese a incidir en el hecho de que la vivienda se configura como un concepto jurídico indeterminado, considera como tal a «aquel espacio físico donde el ser humano puede, permanentemente, desarrollar sus actividades vitales (...) al resguardo de agentes externos» ⁵.

Ahora bien, el objeto de este trabajo exige acotar más el significado de dicha expresión, ya que, de entre todos los inmuebles susceptibles de reunir estas características, aquí vamos a centrarnos en aquellas viviendas que, además, reúnan la condición de habituales en la persona del causante. Es concretamente el artículo 54 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (RIRPF) de 2007 el encargado de precisar dicho concepto, convirtiéndose a esos efectos en el precepto de referencia no sólo respecto del ISD ⁶, sino de la mayor parte de los tributos que, como el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) o el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD), también utilizan el concepto de vivienda habitual en su articulado.

Pues bien, de dicho precepto reglamentario cabe deducir una serie de requisitos que las aludidas edificaciones deben reunir para ser consideradas como viviendas habituales, de entre los cuales los de carácter temporal tienen especial relevancia a efectos de este estudio. En ese sentido, la normativa reguladora del IRPF considera vivienda habitual del contribuyente la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años.

Sin embargo, tanto el artículo 54 del RIRPF como el artículo 68.1 de la LIRPF introducen excepciones al respecto, entre las cuales se menciona expresamente el fallecimiento del contribuyente, así como otras circunstancias análogas de las que cabe inferir que concurre una causa que «necesariamente» impide la permanencia en una vivienda durante el aludido periodo de tres años, sin que por ello pierda ese inmueble la condición de habitual para dicho sujeto.

Así las cosas, para que pueda entrar en juego la excepción al plazo general de tres años no basta la mera concurrencia de cualquier circunstancia que exija cambiar de domicilio, sino que la misma ha de requerir necesariamente dicho cambio ⁷.

⁴ En la misma línea, ALMAGRO MARTÍN, C.: «Beneficios fiscales sobre la vivienda», en la obra colectiva, *Estudios sobre los beneficios fiscales en el sistema tributario español*, dir. SÁNCHEZ GALIANA, J.A., Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 136, señala que «con carácter general podemos entender la vivienda como todo alojamiento permanente destinado a satisfacer de manera habitual las necesidades vitales de habitación de una o varias personas. Se trata de las edificaciones cuya principal función es ofrecer refugio y habitación a los seres humanos, protegiéndolos de las inclemencias climáticas y de otras amenazas naturales, proporcionándoles un espacio seguro y confortable donde resguardarse».

⁵ *Vid.* STS de 5 de junio de 1992 (NFJ001697).

⁶ En ese sentido, la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, de la DGT, relativa a la aplicación de la reducción en la base imponible del ISD, en materia de vivienda habitual y empresa familiar, dispone que «Para la determinación de lo que ha de entenderse por vivienda habitual, hay que acudir al (...) Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (...) que es el que define dicho concepto en el ámbito fiscal». A esta resolución se remiten muchas de las sentencias en las que se aborda el concepto de vivienda habitual a efectos del ISD, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de las Islas Baleares, de 23 de enero de 2007 (JT 2007/269).

⁷ La expresión «necesariamente», de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, significa «con o por necesidad o precisión». A su vez, el término necesidad puede indicar todo aquello a lo que es imposible substraerse, faltar o resistir, mientras que el sustantivo precisión, incluido en la aludida definición, supone obligación o necesidad indispensable que fuerza y precisa a ejecutar a una cosa.

Desde esta perspectiva, tanto el propio fallecimiento del sujeto como otras circunstancias tales como el abandono de la vivienda por la necesidad de trasladarse a un centro hospitalario o residencia de la tercera edad no deben considerarse circunstancias que deban representar necesariamente un impedimento para aplicar la reducción que nos ocupa por parte de los causahabientes. En estos casos, la ausencia de voluntariedad evitará, conforme a la normativa del IRPF, la pérdida de la habitualidad requerida respecto de la vivienda del fallecido ⁸.

En ese sentido, ha sido muy explícita la Ley 19/2010, de 7 de junio, reguladora del ISD de la Comunidad Autónoma de Cataluña, estableciendo que si en el momento de la realización del hecho imponible el fallecido residía en otro domicilio del que no era titular, también tendrá la consideración de vivienda habitual el que tenía esta consideración hasta cualquier día de los 10 años anteriores a su muerte, mientras previamente el plazo establecido en dicha comunidad autónoma era de dos años. Por otra parte, el legislador catalán establece que dicho periodo no se tendrá en cuenta si el causante ha tenido su último domicilio en un centro residencial o sociosanitario ⁹. De ese modo, tal regulación autónoma se ha realizado aumentando significativamente los plazos que a efectos de considerar a una vivienda como habitual se estipulan tanto en el IRPF como, por remisión, en la normativa estatal del ISD.

También en relación con los requisitos temporales que rodean al concepto de vivienda habitual, el artículo 54 del RIRPF vincula esa expresión, no sólo con el citado periodo de permanencia en el inmueble durante tres años, sino que, además, introduce el requisito de que el contribuyente deba habitar la vivienda de manera efectiva y con carácter permanente en un plazo de 12 meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras.

No obstante todo lo anterior, el texto reglamentario incluye también, al igual que sucede con la condición relativa al tiempo de utilización del inmueble, algunas excepciones respecto al requisito que estamos analizando. Ése es el caso, por ejemplo, de que se produzca el fallecimiento del contribuyente debido a lo cual sea imposible la ocupación de la vivienda en los términos señalados anteriormente, supuesto en el que se entenderá que la vivienda no pierde el carácter de habitual. En definitiva, en los supuestos en los que el causante hubiese adquirido una vivienda antes de su muerte, que no llegó a ocupar por causa de fallecimiento, habrá que entender, para evitar la pérdida de la condición de ese inmueble como vivienda habitual, que entre la adquisición de la misma y el óbito no pueden haber transcurrido más de 12 meses, plazo que el aludido precepto reglamentario fija como máximo para ocupar una vivienda desde que se adquiere o se terminan las obras. En ese sentido la DGT consideró aplicable la reducción aun en el caso de que el causante no llegue a ocupar de manera efectiva el inmueble por causa de muerte, siempre y cuando entre la adquisición y el fallecimiento no haya transcurrido más de un año ¹⁰.

Distinta era la situación que la DGT resolvió en la contestación a Consulta de 26 de abril de 2000 ¹¹, en la que se señaló que «según la consulta el fallecido había vendido su vivienda habitual

⁸ *Id.* STSJ de Madrid de 14 de julio de 2009 (JT 2009/1373).

⁹ VEGA GARCÍA, A.: «La reforma del Impuesto sobre Sucesiones en Cataluña», *Revista InDret* n.º 1, 2010, pág. 15.

¹⁰ DGT de 2 de junio de 1997, Consulta n.º 1099/1997 (NFC006542).

¹¹ DGT de 26 de abril de 2000, Consulta n.º 931/2000 (NFC011070).

pocos días antes de su muerte, habiendo entregado como señal para la compra de otra vivienda una cantidad, esta nueva vivienda no llegó a pertenecerle porque murió con anterioridad a que su viuda la comprara. A la vista de lo expuesto, puede afirmarse que el causante no tenía a la fecha de su muerte ninguna vivienda habitual en propiedad, puesto que se había desprendido de la que mantenía como tal desde 1991 y no había adquirido ninguna otra vivienda, sin que el contrato privado aportado de entrega de señal para futura compra de vivienda pueda considerarse como de compraventa, por no ser ése su contenido y porque no cumple los requisitos para que pueda considerarse formalizada la misma, puesto que no se establece la compra y no consta tampoco, sino todo lo contrario, que se hubiera realizado la entrega de la vivienda, por lo que cabe concluir que la citada compraventa se realizó posteriormente en el momento en que se otorgó la escritura pública, otorgamiento que se hizo una vez fallecido el causante sin que llegara a ser propietario de la nueva vivienda. En conclusión, de los datos aportados se deduce que el causante en el momento de su fallecimiento no era propietario de ninguna vivienda habitual, por lo que no cabe efectuar reducción alguna en la base imponible del ISD».

Ciertamente, en este caso, como señala la Dirección General de Tributos (DGT), no existe la posibilidad de incluir vivienda alguna en el caudal relicto, sencillamente porque, tratándose de un hecho objetivo, la misma no existe como tal.

b) La «adquisición» de la vivienda habitual

Continuando con el análisis de la expresión «adquisición (mortis causa) de la vivienda habitual de la persona fallecida» ha de plantearse también la interpretación que debe hacerse a efectos del ISD del término «adquisición», en este caso por parte del causahabiente. Esto es, si tal adquisición debe entenderse referida al logro de la plena titularidad y dominio de la vivienda habitual del causante para que pueda aplicarse la reducción –tal y como se exige a efectos del IRPF para aplicar la deducción por inversión en vivienda habitual–, o si, por el contrario, sería suficiente con que se adquiriese algún derecho sobre la vivienda diferente al mencionado, como podría ser el caso del usufructo o nuda propiedad de aquélla.

Sobre este particular se ha manifestado la DGT que, partiendo de las normas que tanto sobre valoración del usufructo y figuras afines como sobre su tributación, contenidas en los artículos 26 de la LISD y artículo 49 del Reglamento del Impuesto ¹², concluye que en los casos en los que el domi-

¹² De los aludidos preceptos cabe deducir las siguientes reglas:

- a) El valor del usufructo temporal se reputará proporcional al valor total de los bienes sobre los que recaiga, en razón de un 2 por 100 por cada periodo de un año, sin exceder del 70 por 100. No se computarán las fracciones de tiempo inferiores al año, si bien el usufructo por tiempo inferior a un año se computará en el 2 por 100 del valor de los bienes.
- b) En los usufructos vitalicios se estimará que el valor es igual al 70 por 100 del valor total de los bienes cuando el usufructuario tenga menos de 20 años, minorándose el porcentaje en la proporción de un 1 por 100 por cada año más, con el límite mínimo del 10 por 100
- c) El valor de la nuda propiedad se computará por la diferencia entre el valor del usufructo y el valor total de los bienes. En los usufructos vitalicios que, a su vez, sean temporales, la nuda propiedad se valorará aplicando, de las reglas anteriores, aquella que le atribuya menor valor.

nio de la vivienda se hallase desmembrado, y tras la oportuna valoración de los derechos que existiesen sobre la misma (usufructo y nuda propiedad), «en todos los casos, la reducción será del 95 por 100 sobre la parte del valor de la vivienda incluida en la base imponible de cada causahabiente, si bien con el límite por sujeto pasivo de 122.606,47 euros»¹³.

Así pues, en estos casos, frecuentes cuando exista un cónyuge superviviente al que acostumbra a atribuirse el usufructo de la vivienda habitual, el aludido centro directivo admite expresamente la posibilidad de aplicar la reducción del artículo 20.2 c) de la LISD sobre la parte del valor que cada heredero haya de incluir en su base imponible, según la proporción que resulte de las disposiciones testamentarias y ello con independencia de las concretas adjudicaciones que se hayan realizado de los bienes de la masa hereditaria¹⁴.

Ahora bien, lo anterior no será de aplicación cuando un sujeto que ya poseía la nuda propiedad de la vivienda antes del fallecimiento del usufructuario se convierte en titular del pleno dominio de la misma a la muerte de éste. En ese sentido se manifestó la DGT¹⁵ concluyendo que en esos casos no se produce una consolidación del dominio de la vivienda habitual del causante por vía hereditaria, sino por extinción del derecho real de goce sobre cosa ajena que pesaba sobre aquélla. Así pues, en aquellos casos en los que un sujeto se reserve el usufructo de una vivienda cediendo al que después se convertirá en su heredero la nuda propiedad de su vivienda habitual, no cabría aplicar la reducción que nos ocupa.

A este respecto ha de tenerse en cuenta el apartado 1.º del artículo 513 del Código Civil (CC), en virtud del cual el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario. Por lo tanto, cuando fallece el usufructuario, no se produce una adquisición del pleno dominio de la vivienda habitual por heredar el usufructo del causante, ya que no se puede transmitir por vía hereditaria lo que no existe, y el usufructo vitalicio sobre la vivienda habitual del usufructuario deja de existir desde el momento de su muerte, porque se extingue con ella. Lo que realmente se produce es la consolidación del dominio, desmembrado por la venta de la nuda propiedad, por extinción del usufructo vitalicio.

Así pues, para conocer el régimen fiscal aplicable a la extinción del usufructo vitalicio, de acuerdo con la letra c) del artículo 26 de la LISD, habrá de atenderse al título de constitución de la nuda propiedad. En ese sentido, en los supuestos en los que la adquisición de ésta se haya producido, por ejemplo, a título oneroso¹⁶ no resultará aplicable la normativa del ISD relativa a las adquisiciones lucrativas realizadas mortis causa.

¹³ DGT de 15 de enero de 2004, Consulta n.º 34/2004 (NFC018799).

¹⁴ *Vid.* DGT de 19 de enero de 2004, Consulta n.º 39/2004 (NFC018664).

¹⁵ *Vid.* DGT de 19 de noviembre de 2002, Consulta n.º 1778/2002 (NFC018773).

¹⁶ Partiendo de esas consideraciones la DGT, examinando el caso concreto que se le planteaba, en el que el consultante había adquirido la nuda propiedad de su padre mediante compraventa, concluye que habrá que determinar la tributación de la operación teniendo en cuenta el carácter oneroso de la desmembración del dominio. Como consecuencia de lo anterior, la DGT no considera aplicable la LISD, que regula la fiscalidad de las transmisiones lucrativas, sino la normativa reguladora del ITP y AJD, que regula la tributación de las transmisiones onerosas. De acuerdo con lo anterior, la DGT en contestación a Consulta de 19 de noviembre de 2002, ya citada, estima que «De acuerdo con el artículo 14 del citado texto refundido, al consolidarse el dominio, el nudo propietario tributará por este impuesto atendiendo

Por su parte, en aquellos casos en los que por vía sucesoria se transmita a un sujeto el usufructo de la vivienda y a otro causahabiente su nuda propiedad, ambos habrán de liquidar el ISD sobre la base del valor de sus derechos, teniendo en cuenta en ambos casos la reducción a la que cada uno de ellos pueda tener derecho. Posteriormente, cuando se produzca la consolidación del dominio en la persona del nudo propietario, éste habrá de liquidar el impuesto por el valor atribuido al usufructo en su constitución, que no podrá ser minorado en la parte de la reducción si la misma no se agotó en su primera liquidación, debiendo aplicar el tipo medio efectivo de gravamen correspondiente a la desmembración del dominio.

Al margen de lo anterior, tampoco cabría ubicar en el contexto de la reducción que estamos analizando, quedando así al margen de los supuestos de adquisición de vivienda habitual mortis causa susceptibles de aplicar la reducción del 95 por 100, los casos en los que una persona transmite mortis causa a sus herederos su posición jurídica en un contrato de compraventa de vivienda en construcción, ya que no está transmitiendo la propiedad de tal inmueble, sino el derecho a subrogarse en su posición jurídica que le otorgará el derecho a exigir en el futuro la entrega del inmueble que está siendo objeto de construcción, junto a la correlativa obligación de satisfacer el importe del precio pendiente ¹⁷.

En el supuesto planteado, los causahabientes deberán integrar en la base imponible del ISD el valor real del derecho adquirido, cuya cuantificación debe alcanzar, al menos, el importe de todos los pagos realizados al constructor-promotor hasta la fecha del fallecimiento.

c) Títulos de adquisición mortis causa. Especial referencia a las donaciones mortis causa y a los pactos sucesorios

Una vez concretado el significado del objeto sobre el que pivota el beneficio fiscal que estamos analizando, esto es, la «vivienda habitual», así como lo que ha de entenderse por «adquisición» de la misma, es necesario reparar en los diferentes títulos a través de los cuales una persona puede adquirir una vivienda vía mortis causa y practicar, por tanto, la reducción que nos ocupa. En ese sentido resulta obligado hacer una remisión al artículo 3 de la LISD, en el cual, además de llevar a cabo una delimitación de los títulos de adquisición que determinarán la sujeción al impuesto, distinguiendo aquellos que darán lugar a la aplicación del mismo en la modalidad de donaciones respecto de los

al valor del derecho que ingrese en su patrimonio. En este sentido, al tratarse de una consolidación del dominio desmembrado por título oneroso, derivada de la muerte del usufructuario, según el apartado 2 del artículo 42 del Reglamento del Impuesto, el nudo propietario debe tributar por los mismos conceptos y título por los que adquirió, en su día, la nuda propiedad de la vivienda habitual, efectuando la liquidación correspondiente a la extinción del usufructo sobre el tanto por ciento por el que no se liquidó el impuesto al adquirirse la nuda propiedad. En cuanto a la base imponible, constituida por el valor real, el valor a tener en cuenta es el que tenga la citada vivienda en el momento de la consolidación del dominio, es decir, en la fecha de fallecimiento del padre, y no el que tenía en el momento en que se desmembró el dominio. El porcentaje resultante –tanto por ciento por el que no se liquidó el impuesto al adquirirse la nuda propiedad– se aplicará sobre dicho valor. El tipo de gravamen aplicable también será el que esté vigente en el momento de la consolidación del dominio».

¹⁷ DGT de 10 de julio de 1987, Consulta n.º 1434-01.

que originarán la obligación de tributar por sucesiones, diferencia también respecto de estos últimos la herencia, el legado y «cualquier otro título sucesorio».

Precisamente la referencia que el artículo 3 de la LISD realiza a «cualquier otro título sucesorio» abre la posibilidad de que a través del ISD se grave toda incorporación de bienes y derechos que se produzca en la masa patrimonial de una persona física y que tenga su causa en la muerte de una persona. Ciertamente, la interpretación de esa expresión no ha estado exenta de polémica entre la doctrina tanto civilista como tributarista, habida cuenta de la dificultad de aceptar, además de la herencia y el legado, un *tertius genus* en materia sucesoria. Sin embargo, y por lo que aquí interesa, el tenor literal del artículo 11 del RISD ha disipado algunas dudas al respecto señalando que «entre otros», además de la herencia y el legado, serán títulos sucesorios a efectos de este impuesto negocios jurídicos tales como la donación mortis causa o los contratos o pactos sucesorios.

Por lo que atañe a las donaciones mortis causa, es el artículo 620 del CC el que señala que «las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante, participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria».

No obstante lo anterior, existen algunos institutos jurídicos que pueden resultar próximos a dichas donaciones, pero respecto de los cuales no está clara ni su naturaleza a efectos civiles ni su tributación en el ámbito fiscal. Así sucede, por ejemplo, con las compras con pacto de sobrevivencia reguladas en el Código de Familia de Cataluña y configuradas dentro de la tradición jurídica catalana como un sistema de paliar o modular las drásticas consecuencias derivadas del régimen de separación de bienes, protegiendo al cónyuge (tradicionalmente la esposa) con una posición económica más precaria, modulación que parte no de la propia ley, como ocurre con otras instituciones, sino de la autonomía de la voluntad de los mismos cónyuges. Mediante este pacto, en el mismo contrato de compraventa los cónyuges adquirentes de un bien por mitades indivisas acuerdan que, a la muerte de uno de ellos, el sobreviviente pasará a ser el único titular de la totalidad. La cuestión reside en dilucidar si dicho pacto puede o no equiparse a una donación mortis causa, extremo sobre el que se manifestó en sentido negativo la Audiencia Provincial (AP) de Girona¹⁸.

Por su parte, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido considerando como notas reveladoras de la existencia de una de estas «donaciones» las siguientes:

¹⁸ SAP Girona n.º 144/2005, de 13 de abril (JUR 2005/126879). En ella se aduce lo siguiente: procede examinar si el pacto de «sobrevivencia» puede equiparse a una donación, tal y como se sostiene en la sentencia apelada, al menos a los efectos que se estudian en este pleito. Si bien algunos autores han sostenido esta opinión, un importante sector doctrinal la ha rechazado. En este último sentido se ha pronunciado el TSJ de Cataluña que en su Sentencia de 17 de marzo de 2003 en la que señaló su desacuerdo con el criterio de la sentencia recurrida favorable a la conversión el pacto de «sobrevivencia» en una donación por causa de muerte que permitía al cónyuge que sobrevive al otro a aceptarla después de la muerte del otro de forma expresa o tácita, ya que —señala el Tribunal—, según la doctrina más autorizada, la adquisición por el cónyuge «sobreviviente» de la mitad indivisa que correspondía al esposo opera de forma automática, es decir, sin necesidad de aceptación por su parte, porque el pacto de «sobrevivencia» desvía la mitad indivisa que correspondía al cónyuge premuerto del curso hereditario normal, que se integra de esta forma en el patrimonio del cónyuge vivo. A idéntica conclusión había llegado la de 13 de febrero de 2003. Por consiguiente, al margen de polémicas doctrinales, con arreglo a la indicada jurisprudencia, no se puede aceptar esta equiparación entre el pacto de «sobrevivencia» y una donación por causa de muerte.

- a) La posibilidad de revocación por el donante ¹⁹.
- b) La sobrevivencia del donatario al donante.
- c) La solemnidad formal de una disposición testamentaria ²⁰.

Éstas serán, por tanto, las notas a las que haya de atenderse para conocer la naturaleza jurídica de negocios jurídicos que hayan de calificarse como «donaciones mortis causa», consideradas como títulos sucesorios a efectos del ISD.

Tal y como se ha señalado, además de las anteriores el CC menciona también, entre otros, los denominados «contratos o pactos sucesorios», modalidad esta de títulos sucesorios en la que se produce un incremento patrimonial en la persona del beneficiario a través de la adquisición gratuita de bienes o derechos que tiene como origen la voluntad de los contratantes y se hace efectiva tras el fallecimiento de una o más personas.

A este respecto el TS insiste en el carácter bilateral del pacto o contrato sucesorio con el fin de trazar la línea divisoria entre éstos y las donaciones mortis causa. Así, el TS ²¹ señaló al respecto que un contrato sucesorio es un «negocio jurídico complejo (no unilateral) que exige un acto de liberalidad de los padres aceptado por los hijos; acto mutuamente condicionado que requiere la intervención de ambas partes, *enmarcado en el ámbito propio de los pactos sucesorios como negocio jurídico bilateral*, un contrato sobre herencia futura «que se produce en vida de los padres» cuando el patrimonio de éstos no es todavía herencia. Características todas que distancian esta institución de la donación mortis causa.

Un supuesto interesante a este respecto se ha planteado en relación con la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, que contempla en su articulado el instituto jurídico de la «apartación», consistente en la adjudicación en vida de la plena titularidad de un bien o bienes al apartado, quedando éste excluido de su condición de legitimario con carácter definitivo. Este «adelanto» de la legítima al «apartado» plantea diferentes cuestiones. Así, habrá que averiguar si estamos en presencia de una adquisición de bienes o derechos en virtud de título sucesorio o, por el contrario, se trataría de la adquisición de bienes y derechos en virtud de un negocio jurídico gratuito *inter vivos*, con consecuencias jurídicas diferentes en ambos casos. Dependiendo de la respuesta que se dé a esta cuestión serán aplicables o no las normas previstas para el gravamen de los bienes o derechos adquiridos vía sucesión y, en particular, las que guardan relación con las reducciones previstas en el artícu-

¹⁹ A este respecto, el TS, en Sentencia de 24 de febrero de 1986 (RJ 1986/935), señaló que: «lo que caracteriza definitivamente a las donaciones con finalidad mortis causa es la permanencia en el dominio y libre disposición del donante la cosa donada y su falta de intención de perderla en caso de vivir, determinando que el donante no transfiere de presente la propiedad de la cosa donada, ni siquiera difiere la transferencia a plazo que pueda transcurrir mientras viva, sino que se fija para el efecto de la donación la época o momento de su fallecimiento, disponiendo así para después de su muerte de algo que le pertenece».

²⁰ Sobre esta cuestión la STS de 29 de octubre de 1956 (RJ 1956/3421) señaló ya entonces que: «todo ello lleva consigo la sujeción de la donación a las disposiciones de última voluntad, sin cuyo cumplimiento, como ha declarado esta Sala reiteradamente, la donación mortis causa no es válida».

²¹ STS de 9 de junio de 1995 (RJ 1995/4912).

lo 20 de la LISD a efectos del cálculo de la base liquidable. A este respecto la DGT, en contestación a consulta de 8 de febrero de 1996, señaló lo siguiente:

«El Título VIII de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia se refiere a las sucesiones. El Capítulo I formado por el artículo 117 contiene una Disposición General, la cual establece: "1. La delación sucesoria puede tener lugar por testamento, por ley y por los pactos sucesorios regulados en esta ley." El Capítulo II regula los pactos sucesorios y dentro de ellos "las apartaciones". Por otra parte, el artículo 3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del ISD dispone: "1. Constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio". El Reglamento del Impuesto, aprobado por Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, en desarrollo del artículo anterior, considera que son títulos sucesorios a efectos del impuesto, entre otros los "contratos o pactos sucesorios". Por lo tanto, a efectos del ISD no parece ofrecer dudas la naturaleza gratuita de la figura que se estudia: se trata de un incremento obtenido a título lucrativo, es decir, sin contraprestación por parte del adquirente y además tiene su causa en uno de los supuestos de hecho imponible que la propia ley configura [art. 3.1 a) de la ley]».

Tales consideraciones han conducido a la DGT a concluir que, al tratarse de un título sucesorio son de aplicación a esta figura las reducciones personales previstas en el artículo 20.1 de la ley para la determinación de la base liquidable.

Aclarado lo anterior, es preciso reparar en otra cuestión en relación con el instituto de la apartación y la aplicación al mismo de las aludidas reducciones, entre las que se encuentra la prevista para el caso de adquisición de la vivienda habitual del causante. Nos referimos al momento del devengo del impuesto en estos casos, extremo sobre el que se manifestó también la DGT señalando expresamente que «las "apartaciones" gallegas implican incrementos obtenidos a título lucrativo que encajan dentro de los supuestos del hecho imponible del ISD por lo que (...) el devengo del impuesto se producirá no con el fallecimiento de la "apartante" sino el día en que se cause o celebre el pacto sucesorio, por establecerlo así el artículo 24.1 de la Ley 29/1987»²².

Teniendo en cuenta lo anterior, ha de repararse también en la posibilidad de que el sujeto beneficiado por la apartación, lo cual únicamente implica su exclusión de la condición de legitimario, pueda recibir otros bienes de la herencia en el momento en el que fallezca el apartante. En este caso, tal y como ha señalado la DGT²³ «para evitar una quiebra de los principios de progresividad y auténtica capacidad económica, el valor de los bienes objeto de la apartación debería acumularse al resto de los bienes que integran la porción hereditaria del causahabiente. Ahora bien, el valor que se sumaría, de los bienes integrantes de la apartación, debería ser el comprobado en su día para aquéllos, aunque hubiese variado en el momento de la acumulación. Como es lógico, en el caso de posterior acumulación y liquidación deberá deducirse lo ingresado con anterioridad con motivo de la apartación, ya que en caso contrario se produciría un doble gravamen. Como última indicación, se estima pertinente hacer la aclaración de que las reducciones establecidas en el artículo 20, apartado 1, de la ley, aplicables en las adquisiciones por causa de muerte, son únicas, no pudiendo duplicarse por lo

²² Vid. DGT de 7 de noviembre de 2008, Consulta n.º V2089/2008 (NFC031384).

²³ Vid. DGT de 8 de febrero de 1996.

que en el caso debatido sólo serían aplicables en la segunda liquidación, en el caso de que no se hubiesen agotado en su totalidad en el momento de liquidarse la apartación».

3. LOS BENEFICIARIOS DE LA REDUCCIÓN

Hasta el momento nos hemos referido a los requisitos de carácter objetivo que rodean al beneficio fiscal que la LISD contempla en su artículo 20, relativo a la adquisición mortis causa de la vivienda habitual. No obstante lo anterior, la aplicación del mismo está subordinada, además, a una serie de requisitos subjetivos relacionados con la concurrencia de unos vínculos concretos entre causante y causahabiente. En ese sentido, este último debe ser cónyuge, ascendiente o descendiente, o bien pariente colateral mayor de 65 años que hubiera convivido con el causante durante los dos años anteriores a su fallecimiento²⁴, condición esta última que no se exige para los parientes anteriormente mencionados²⁵.

En relación con esta cuestión ha de tenerse en cuenta que la reducción se aplicará tanto si la vivienda se transmite directamente a los sujetos antes mencionados, como si los mismos se convierten en herederos del inmueble por renuncia pura, simple y gratuita del sujeto que hubiera sido designado como legatario de la misma. En casos como el mencionado se considera que existe una única transmisión directa del causante al beneficiario²⁶.

Aclarada esa cuestión y a efectos de precisar los aspectos subjetivos de la reducción que analizamos, es preciso reparar también en la necesidad de concretar quién será el sujeto que podrá aplicar la reducción prevista en el artículo 20.2 c) de la LISD en aquellos casos en los que la vivienda se adjudique pro indiviso a varios herederos.

Sobre esta cuestión se han manifestado de forma reiterada tanto nuestros tribunales²⁷ como la DGT, concluyendo que en estos casos la reducción se aplicará a todos los herederos en proporción a la parte del valor del bien que se integre en la base imponible de cada uno²⁸. Esto es, a efectos del ISD, cualesquiera que sean las particiones y adjudicaciones que los interesados puedan hacer, se considerará como si lo hubieran hecho con estricta igualdad y con arreglo a las normas reguladoras

²⁴ Sobre esta cuestión *vid.* DGT de 7 de marzo de 2006, Consulta n.º V0398/2006 (NFC022322), donde se deniega el derecho a la bonificación a la hermana y heredera de la causante al tener ambas fijada su residencia habitual en un lugar diferente, aun cuando la sucesora se encargase del cuidado de la fallecida durante todo el día en el domicilio de ésta.

²⁵ *Id.* STSJ de Cantabria de 3 de diciembre de 2001 (JT 2002/95957).

²⁶ En este sentido *vid.* Resolución de la DGT 1767/2006, de 5 de septiembre (NFC023598).

²⁷ *Id.* STSJ de Cataluña de 29 de diciembre de 2008 (JT 2009/544) o la STSJ de Madrid de 18 de enero de 2010 (JT 2010/277), donde se señala que «el disfrute por los herederos de la reducción regulada en la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del ISD por la adquisición de la vivienda habitual del causante es independiente de quién resulte adjudicatario de dicha vivienda, ya que se considera, a efectos del impuesto, que en las sucesiones por causa de muerte, la adjudicación de los bienes se realiza proporcionalmente al título hereditario, con independencia de las particiones y adjudicaciones que hagan los interesados, salvo que hubiesen sido atribuidos específicamente por el testador a persona determinada o adjudicados en concepto distinto del de herencia».

²⁸ *Id.* DGT de 26 de octubre de 2007, Consulta n.º V2266/2007 (NFC027700).

de la sucesión. Por lo tanto, la reducción beneficiará por igual a todos los causahabientes en la sucesión, en la medida en que cumplan todos los requisitos previstos en el artículo 20.2 c) de la LISD, con independencia de las adjudicaciones realizadas en la partición, y cada uno sobre la parte del valor del bien objeto de reducción, incluida en su correspondiente base imponible ²⁹. Todo ello, claro está, sin perjuicio de aplicar la reducción a determinados causahabientes en los supuestos en los que el testador les haya asignado los bienes específicamente ³⁰.

Al abordar los aspectos de carácter subjetivo que sugiere la regulación legal de la reducción que nos ocupa interesa también establecer cuáles son las consecuencias, a efectos de la práctica de la misma, que puede tener el hecho de que la persona que fallece, y de la que se recibirá la vivienda, estuviese, hasta el momento de su muerte, casada en régimen de gananciales o similar. Sobre este particular se ha manifestado tanto la DGT ³¹ como nuestra jurisprudencia ³², coincidiendo en la conclusión de que la reducción del 95 por 100 deberá calcularse sobre el valor de la vivienda habitual que se halle incluida en el caudal relicto del causante.

De acuerdo con esos pronunciamientos, ha de tenerse en cuenta lo que dispone el CC a efectos de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Ello obliga a observar lo establecido en el artículo 1.392 del CC, que en su número 1.º dice textualmente que «la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio», extremo que ha de completarse a la vista del artículo 85, donde el legislador aclara que «el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio». En definitiva, como consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges se disuelve el régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales. La liquidación de los bienes incluidos en la masa patrimonial de la sociedad de gananciales debe realizarse de acuerdo con lo previsto en los artículos 1.392 y siguientes del CC, que establecen, en esencia, que el remanente de las deducciones establecidas en dichos artículos se dividirá por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos, sin que sea de aplicación a esta división ni, tampoco, a la adjudicación de bienes en pago del derecho de cada una de las partes, lo previsto para la liquidación del ISD».

Así pues, si como resultado de tal disolución y liquidación, se adjudica la totalidad de la vivienda habitual a la masa hereditaria del causante, percibiendo el cónyuge supérstite otros bienes de valor equivalente, la totalidad de la vivienda habitual se incluye en la masa hereditaria, de manera que los causahabientes podrán practicar la reducción mencionada sobre el valor total de la vivienda ³³. Si por el contrario, en la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se adjudica a

²⁹ En contra de esta postura de Administración se han manifestado autores como FALCÓN Y TELLA, R.: «Las reducciones en la base imponible del ISD en materia de vivienda habitual y empresa familiar: el discutible criterio de la Dirección General de Tributos», *Quincena Fiscal*, n.º 8, 1999, pág. 6. En el mismo sentido, NAVARRO EGEA, M.: *Incentivos fiscales a la pequeña y mediana empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 103.

³⁰ Cfr. Resolución 2/1999, de 23 de marzo, de la DGT.

³¹ Entre otras, DGT de 20 de marzo de 2004, Consulta n.º V0102/2004 (NFC036218).

³² *Vid.* Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid de 22 de septiembre de 1999; Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 1996; o SSTs de 21 de febrero y 9 de mayo de 2003.

³³ *Vid.* STSJ de Madrid de 18 de enero de 2010 (JT 2010/277).

la herencia del causante la mitad de la vivienda habitual, sólo se practicará la reducción sobre dicha mitad. En el mismo sentido, si en la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se adjudica la totalidad de la vivienda habitual al cónyuge superviviente, los causahabientes no podrían practicar la reducción analizada, puesto que la vivienda no se encuentra incluida en la masa hereditaria del causante.

En definitiva, como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges se producen dos hechos jurídicos separados y diferentes que se suceden en el tiempo: la disolución del régimen de sociedad de gananciales y la apertura del fenómeno sucesorio, cuyo análisis civil y tributario debe efectuarse separadamente. Existe entre ambos hechos jurídicos un nexo temporal, de manera que en primer lugar se procede a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, adjudicando a cada cónyuge la mitad del haber resultante de practicar en el inventario las deducciones previstas en los artículos 1.392 y siguientes del CC; posteriormente, se procede a la apertura de la sucesión del cónyuge fallecido, con la transmisión mortis causa de los bienes, derechos y obligaciones del causante que no se extingan por su muerte.

En consecuencia, en función de los bienes concretos adjudicados a cada parte en la liquidación de la sociedad de gananciales, resultará posible para los herederos practicar o no las reducciones en la base imponible previstas en la ley, que únicamente podrán tener lugar en el supuesto concreto de la vivienda habitual cuando ésta se encuentre incluida en la masa hereditaria que es objeto de transmisión mortis causa ³⁴.

Recapitulando, varios son los supuestos que pueden plantearse. En primer lugar, la adjudicación de la vivienda en su totalidad a la masa hereditaria del cónyuge fallecido recibiendo el superviviente otros bienes y/o derechos de valor equivalente, en cuyo caso los causahabientes tendrán derecho a practicar la reducción correspondiente sobre el valor total de la vivienda en proporción a la parte respectiva que les corresponda. Por otra parte, si la vivienda se adjudica en su totalidad al cónyuge superviviente, los herederos no tendrán derecho a reducción alguna por dicho concepto al no integrarse aquélla en el caudal hereditario. A mayor abundamiento, cabe pensar también en el supuesto en el que como consecuencia de dicha disolución y liquidación de gananciales, la vivienda se adjudique por mitad al cónyuge superviviente y a la herencia del causante, en cuyo caso los herederos de éste sólo podrán practicar la reducción sobre la mitad del valor de dicha vivienda ³⁵.

Los anteriores constituyen los tres casos que con más frecuencia se plantean en la práctica al hilo del tema planteado. No obstante lo anterior, cabe precisar que, a nuestro juicio, y en consecuencia con todo lo señalado, en el supuesto de que el cónyuge superviviente resulte adjudicatario, como resultado de la liquidación de gananciales, de una parte de la vivienda, ésta no tiene por qué representar necesariamente el 50 por 100 del valor de dicho bien.

³⁴ Cfr. DGT de 15 de enero de 2004, Consulta n.º 34/2004 (NFC018799).

³⁵ CALVO VÉRGEZ, J.: «La reducción por adquisición mortis causa de la vivienda habitual del causante en el Impuesto sobre Sucesiones: análisis de las principales cuestiones suscitadas a la luz de la reciente doctrina administrativa», *Quincena Fiscal*, n.º 18/2008.

En esta línea se manifestó la STSJ de Madrid de 9 de mayo de 2003 (NFJ014065) en la que se cambió el criterio mantenido al respecto en ocasiones por el TS ³⁶ sosteniendo la imposibilidad del testador de disponer a favor de sus herederos de más de la mitad de los bonos (bien sobre el que giraba el conflicto), dado que la otra mitad correspondía inexcusablemente al cónyuge viudo. El razonamiento esgrimido por el TS en los fundamentos jurídicos de la sentencia aludida gira en torno a lo que, bajo nuestro punto de vista, constituye una interpretación errónea de la relación que debe existir entre la disolución de gananciales y la adjudicación de la herencia.

Ciertamente, como apunta la STSJ de Madrid, lo que establece el CC es la igualdad de ambas porciones en la disolución y liquidación de gananciales, pero ello no implica que en cada una de ellas deban incluirse todos los bienes y derechos al 50 por 100, toda vez que el reparto concreto de bienes dependerá de la voluntad de las partes, aunque manteniendo la misma proporción en lo que se refiere a su valor ³⁷. En virtud de este razonamiento, bajo nuestro punto de vista correcto, en el caso planteado el aludido Tribunal Superior considera que «no existe norma alguna que obligue al cónyuge superviviente a incluir una porción determinada de la vivienda habitual en su haber, sea un 25 por 100, como en el caso que nos ocupa, o sea otro porcentaje diferente». Ello llevó a considerar ajustada a las disposiciones reguladora del ISD la posibilidad de aplicar la reducción del 95 por 100 que nos ocupa sobre un porcentaje mayor del valor de la vivienda, en este caso el 75 por 100, toda vez que a consecuencia de la previa liquidación de la sociedad de gananciales únicamente se atribuyó el 25 por 100 de su valor a la esposa del causante, constituyendo el resto parte del caudal relicto que pasó a heredar la esposa del fallecido.

4. ASPECTOS CUANTITATIVOS DE LA REDUCCIÓN

Continuando con el análisis de los requisitos establecidos por el artículo 20.1 c) de la LISD, es necesario reparar en aquellos extremos que inciden sobre la cuantificación de la reducción que el causahabiente podrá practicar sobre su base imponible en los supuestos en los que, de acuerdo con todo lo anterior, haya adquirido por vía sucesoria la vivienda habitual del causante.

En ese sentido, el importe de la reducción se ha cifrado, con carácter general, en un 95 por 100 del valor de tales inmuebles, porcentaje que ha sido elevado por algunas comunidades autónomas haciendo uso de la potestad normativa que a estos efectos tienen atribuida.

Así, la comunidad autónoma andaluza ha incrementado el importe de la reducción al 99,99 por 100 del valor de la vivienda, pero con la condición de que dicho inmueble constituya la residencia

³⁶ Vid. STS de 28 de julio de 2001 (NFJ010926).

³⁷ En ese sentido, CARO ROBLES, V.: «La transmisión de la empresa y de la vivienda habitual en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones», *RCyT*. CEF, n.º 223, 2001, pág. 90, señala que «dada la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, parece claro que los cónyuges no han de recibir en su haber el 50 por 100 de cada uno de los bienes, es decir, no tienen por qué recibir una cuota de cada bien de naturaleza ganancial, sino que podrán atribuirse bienes uno y otro hasta igualar su haber». En la misma línea CALVO VÉRGEZ, J.: «La reducción por adquisición mortis causa de la vivienda habitual del causante en el Impuesto sobre Sucesiones: análisis de las principales cuestiones suscitadas a la luz de la reciente doctrina administrativa», *op. cit.*, pág. 89.

habitual del adquirente al tiempo del fallecimiento del causante³⁸. Como hemos visto, esta condición subjetiva únicamente se exige en la normativa estatal del impuesto respecto de los parientes colaterales mayores de 65 años, para los que se establece la obligación de haber convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento a efectos de la práctica de la reducción prevista en el artículo 20.2 c) de la LISD.

Por su parte, mientras que Aragón eleva el porcentaje de la reducción situándolo en el 98 por 100³⁹ y las Islas Baleares en un 100 por 100⁴⁰, en otras comunidades autónomas, como sucede con el Principado de Asturias⁴¹ o Extremadura⁴², la reducción aumenta a partir del 95 por 100, en función del valor real de inmueble, hasta alcanzar el 99 por 100 en el primer caso y el 100 por 100 en el la comunidad extremeña.

También Galicia⁴³ ha optado por incorporar unos porcentajes de reducción en función de la valoración del inmueble, con la excepción de la adquisición realizada por el cónyuge, en cuyo caso la reducción alcanzará el 100 por 100 independientemente del valor del inmueble.

Al hilo de lo anterior, e independientemente de que el porcentaje de la reducción varíe o no en función del valor del inmueble, lo cierto es que al abordar las cuestiones relacionadas con la cuantificación de este beneficio fiscal es necesario hacer también una referencia a algunas cuestiones relativas a la valoración que debe hacerse de la vivienda, ya que ésa será la magnitud sobre la cual se aplicará la reducción que nos ocupa.

En ese sentido, la DGT⁴⁴ aclara que dicho beneficio fiscal opera «sobre la parte de valor del bien en cuestión incluida en la base imponible del sujeto pasivo, siendo el valor incluido en la base imponible el valor neto que se define en el artículo 9 de la ley».

Así pues la doctrina administrativa, fijada ya en la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, de la DGT, relativa a la aplicación de las reducciones en la base imponible del ISD, en materia de vivienda habitual y empresa familiar, anteriormente citada, considera que «La reducción del 95 por 100 opera sobre la parte de valor del bien en cuestión incluida en la base imponible del sujeto pasivo, siendo el valor incluido en la base imponible el valor neto que se define en el artículo 9 de la ley. Dicho valor debe entenderse neto de cargas o gravámenes (art. 12), así como de deudas y gastos que tengan la consideración de deducibles (arts. 13 y 14). De acuerdo con lo anteriormente dicho, del valor real (comprobado) del bien en cuestión se deducirán las cargas o gravámenes que figuren directamente establecidos sobre el mismo y disminuyan realmente su capital o valor, como los cen-

³⁸ Decreto Legislativo 1/2009, de 1 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos.

³⁹ Vid. Ley 13/2009, de 30 de diciembre, de Medidas Tributarias de Aragón 2010.

⁴⁰ Ley 22/2006, de 19 de diciembre, de Reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de las Illes Balears.

⁴¹ Vid. artículo 5 de la Ley del Principado de Asturias 6/2008, de 30 de diciembre, establece: «Mejora de la reducción de la base imponible por la adquisición mortis causa de la vivienda habitual».

⁴² Vid. artículo 3 de la Ley 6/2008, de 26 de diciembre, del Parlamento extremeño.

⁴³ Vid. artículo 7 de la Ley 9/2008, de 28 de julio, gallega de medidas tributarias en relación con el impuesto sobre sucesiones y donaciones.

⁴⁴ DGT de 1 de diciembre de 2003, Consulta n.º 2009/2003 (NFC018796).

sos y las pensiones, así como la proporción correspondiente de deudas y gastos generales que integren el caudal relicto y que tengan la consideración de deducibles conforme a los artículos anteriormente citados. Dicho de otra forma, se reduce sobre el mismo valor del bien que ha integrado la base imponible».

Así las cosas, no sólo aquellos gastos o cargas que aparezcan directamente ligados a la vivienda heredada disminuirán su valor a efectos de practicar la reducción que comentamos sobre el importe resultante, sino que también deberán imputarse a esos efectos la parte proporcional de las deudas y gastos generales que pudieran existir.

Esta situación ha provocado opiniones encontradas entre la doctrina. Así, algunos autores se muestran críticos con la opción barajada por la Administración ⁴⁵ considerando que, para realizar el cálculo del importe sobre el que ha de practicarse la reducción, no deberían imputarse aquellos conceptos catalogados como deudas y cargas generales. En esa línea FALCÓN Y TELLA ⁴⁶ apunta, a nuestro juicio con buen criterio, que la doctrina administrativa implica que no estemos «ante una reducción de la base imponible en un 95 por 100 del valor de la empresa o la vivienda incluido en dicha base, como quiere la ley, sino ante la reducción en un 95 por 100 de la parte proporcional de la base imponible correspondiente a la empresa o vivienda, que es algo distinto».

Otro sector doctrinal más cercano a la interpretación escogida por la DGT ⁴⁷ apunta, como señaló CARO ROBLES ⁴⁸, que la línea defendida por el aludido centro directivo es acertada, «ya que, en caso contrario, para una misma operación estaríamos utilizando cantidades distintas de una misma realidad (...). Así, en la base imponible, el valor reducido en la parte proporcional de deudas y gastos, y a la hora de calcular el importe de la reducción a que da derecho, el valor total del bien sin tener en cuenta aquéllos».

Al margen de lo anterior se planteó también ante la DGT la incidencia que puede tener, a efectos de calcular el valor que servirá de base para la reducción, el ajuar doméstico. A este respecto se aclara que el ajuar doméstico, concepto que alude no sólo a muebles incluidos en la vivienda sino también a los efectos personales del causante, no incide en la determinación del valor con el que la vivienda habitual se integra en la base imponible del causahabiente, aunque se adicione para la determinación de su participación individual. Ejemplo de esa desvinculación es el artículo 34.3 del RISD aprobado por Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, cuando establece que el valor del ajuar se minore en los bienes que deban entregarse al cónyuge sobreviviente y cuyo valor se fijará, salvo que los interesados acrediten fehacientemente otro superior, en el 3 por 100 del valor catastral de la vivienda habitual del matrimonio.

⁴⁵ Vid. FALCÓN Y TELLA, R.: «Las reducciones en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en materia de vivienda habitual y empresa familiar: el discutible criterio de la Dirección General de Tributos», *Quincena Fiscal*, n.º 8, 1999, pág. 7.

⁴⁶ Véase nota anterior.

⁴⁷ POZUELO ANTONI, F.: «Las nuevas reducciones del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (Leyes 13 y 14 de 1996)», en *RCyT. CEF*, n.º 172, 1997, pág. 69.

⁴⁸ CARO ROBLES, V.: «La transmisión de la empresa y de la vivienda habitual en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones», *op. cit.* 101.

Así las cosas, se mantiene como criterio interpretativo la improcedencia de la inclusión del ajuar doméstico para determinar el valor para la aplicación de la reducción por adquisición mortis causa de la vivienda habitual. Dicha interpretación se ha defendido partiendo de las estipulaciones vigentes en la normativa general reguladora del ISD, y sin perjuicio de los criterios que al respecto puedan sostener aquellas comunidades autónomas que hayan ejercido sus competencias normativas sobre la reducción de que se trata.

Por último, en relación con la cuantificación de la reducción por adquisición mortis causa de la vivienda habitual del causante, ha de tenerse en cuenta también el límite máximo de la misma fijado por la LISD en 122.606,47 euros para cada sujeto pasivo, extremo que también ha sido modificado por algunas comunidades autónomas como la de Madrid que, sin alterar el porcentaje de la reducción, ha optado por elevar el límite de la misma a 123.000 euros ⁴⁹. En ese sentido, más significativa es la regulación de esta cuestión realizada por la Comunidad Autónoma de Galicia ⁵⁰, donde el referido límite se ha situado en 600.000 euros.

5. CONDICIÓN TEMPORAL ESTABLECIDA PARA CONSOLIDAR LA REDUCCIÓN

Junto con las condiciones temporales que rodean al concepto de vivienda habitual y que, como ya se ha señalado, deben haber podido atribuirse al inmueble en vida del causante, el artículo 20.2 c) de la LISD recoge también un requisito relativo a la permanencia, pero en este caso referido al tiempo que el causahabiente debe mantener la vivienda heredada en su patrimonio para poder beneficiarse de la reducción que comentamos. En concreto, el legislador exige que dicho inmueble se mantenga durante los 10 años siguientes al fallecimiento del causante en el patrimonio del causahabiente al que el fallecido, mediante testamento u otro documento, hubiera asignado ese bien específicamente. Por su parte, esta exigencia incumbirá a todos los herederos cuando en su conjunto hayan recibido los bienes de la herencia en proporción a su respectivo derecho en la sucesión, no existiendo así atribución específica de un bien o derecho a uno de ellos en concreto.

En ese último supuesto, como ha mantenido la DGT ⁵¹ en su contestación a Consulta de 12 de mayo de 2000 (NFC016393), siguiendo las pautas de la Resolución de ese centro directivo 2/1999, de 23 de marzo: «(...) Se trata, por así decirlo, de que como derivación del principio de igualdad en la partición, se ha formado un "grupo de herederos" a los que el requisito de permanencia obliga conjuntamente, en la medida en que su mantenimiento a todos beneficia y su pérdida a todos perjudica (...)».

Así las cosas, si todos los herederos se convierten en copropietarios de la vivienda habitual del causante, todos ellos podrán practicar la reducción en proporción a su participación en la titularidad

⁴⁹ *Vid.* Ley 10/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de ordenación económica de la Comunidad de Madrid.

⁵⁰ *Vid.* artículo 7 de la Ley 9/2008, de 28 de julio, gallega de medidas tributarias en relación con el impuesto sobre sucesiones y donaciones.

⁵¹ *Vid.* DGT de 25 de mayo de 2005, Consulta n.º V0939/2005 (NFC020815) y 8 de mayo de 2008, Consulta n.º V0919/2008 (NFC029843).

de dicho bien y, también, todos ellos deben cumplir a posteriori el requisito de la permanencia que estamos analizando. En ese sentido la Administración «parte de que el ISD se ha constituido en nuestro ordenamiento jurídico sobre la base de que a cada heredero se le liquida conforme al valor de la porción a que tiene derecho según la ley que rija la sucesión, ya sea por testamento, ab intestato o pacto sucesorio (...)»⁵².

No obstante lo anterior, los problemas interpretativos surgen en torno a esta cuestión cuando, como consecuencia de la partición de la herencia, se realizan adjudicaciones concretas de bienes incluidos en el caudal relicto por parte de los interesados, pudiendo dar como resultado la atribución exclusiva de alguno de ellos, *v. gr.* la vivienda, a uno de los herederos en concreto.

En torno a este punto son varias las dudas que surgen. Así en primer lugar, cabe plantear quién puede practicar la reducción que nos ocupa, esto es, si lo harán todos los herederos en proporción a su participación en la masa hereditaria o si, por el contrario, sólo podrá aplicarla el heredero que, como consecuencia de la partición de la herencia, resulta adjudicatario de la vivienda habitual del causante.

Defender esta última opción, como ha apuntado una parte de la doctrina⁵³, conlleva consecuencias indeseables, toda vez que al realizar la partición de la herencia respetando la proporcionalidad de participación de cada heredero en la masa hereditaria desde el punto de vista del valor de la misma, las consecuencias fiscales a efectos del ISD pueden ser radicalmente diferentes en función de los bienes que se afecten a cada una de las partes. Así, puede plantearse un supuesto en el que únicamente existan dos herederos a partes iguales, estando formado el caudal relicto por la vivienda habitual del fallecido y una cantidad de dinero en efectivo de valor equivalente al de aquélla, adjudicándose la vivienda a uno de ellos y el dinero al otro.

En estos casos no existe una opinión unánime en la doctrina a la hora de concretar quién puede aplicar la reducción. A mayor abundamiento, en el supuesto de que se considere que únicamente se podrá beneficiar de aquélla el adjudicatario concreto de la vivienda, habría que aclarar también si lo podrá hacer en su totalidad, o únicamente en proporción a su participación inicial en la masa hereditaria.

En cualquier caso no es éste el criterio que consideramos más acertado y que se halla en la línea de la interpretación sostenida por la Administración. Con arreglo a ésta, ambos herederos podrían practicar la reducción por vivienda habitual por mitad, sin que el hecho de que la adjudicación a uno de ellos altere esa situación teniendo en cuenta que la DGT considera, en la aludida resolución, que «mientras la vivienda, conserve o no su condición de habitual, se mantenga dentro de ese "grupo" también se conservará el derecho a la reducción. Tal sería el caso de la transmisión entre hermanos, con la consiguiente disolución del condominio». Así pues, a juicio de la Administración, el mante-

⁵² *Id.* CARO ROBLES, V.: «La transmisión de la empresa y de la vivienda habitual en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones», *op. cit.*, pág. 94.

⁵³ POZUELO ANTONI, F.: «Las nuevas reducciones del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (Leyes 13 y 14 de 1996)», en *RCyT. CEF*, n.º 172, 1997, pág. 67.

nimiento del bien dentro del «grupo» de herederos es suficiente para entender que se ha respetado el requisito temporal que estamos analizando, aun cuando el bien pase a ser adjudicado únicamente a uno de ellos como consecuencia de la partición de la herencia⁵⁴.

El criterio anterior, tal y como ha señalado la doctrina⁵⁵, ha sido abandonado en alguna ocasión por la DGT, lo que podría interpretarse como un cambio en la doctrina de dicho centro directivo. Sin embargo, lo cierto es que en posteriores manifestaciones al respecto la DGT reitera la interpretación expuesta, que bien podría resumirse con lo señalado en la Consulta vinculante de 31 de mayo de 2007 (NFC025295)⁵⁶, en donde se dispone que «la aplicación del principio de igualdad en la partición que resulta del artículo 27 de la Ley 29/1987, comporta que la reducción beneficie y perjudique por igual a todos los causahabientes, salvo atribución específica por el causante. Es decir, aunque el cumplimiento del requisito de permanencia incumba de hecho a aquel o aquellos sucesores que resulten adjudicatarios de la vivienda (...) se ha formado un "grupo de herederos", de manera que a todos beneficia o perjudica, respectivamente, el mantenimiento o pérdida del requisito. De acuerdo con lo anterior, la transmisión de la vivienda dentro del plazo legal entre dos de los hermanos integrantes de ese "grupo" mantendrá la adquisición dentro del mismo y, por tanto, no se considerará incumplido el repetido requisito de permanencia. La solución sería la contraria si se realizase la transmisión, siquiera parcial, a un tercero ajeno a dicho "grupo", como sucedería en el segundo supuesto que plantea el escrito de consulta. En tal caso, el incumplimiento del requisito afectaría no sólo al adquirente sino a los demás integrantes, con obligación todos ellos de abonar la parte de impuesto no satisfecha en su momento, además de los intereses de demora»⁵⁷.

⁵⁴ *Vid.* contestación a Consulta de la DGT de 25 de mayo de 2005 (NFC020815), donde se insiste en que la transmisión antes del transcurso de los 10 años señalados de una vivienda por la cual se ha disfrutado de reducción en el ISD, no afecta a la misma siempre que esa transmisión se realice dentro del grupo de herederos con derecho a deducción. Por otra parte, la DGT en Consulta de 26 de junio de 2002 (NFC016617), insiste en el hecho de que «la aplicación del principio de igualdad en la partición que resulta del artículo 27 de la Ley 29/1987, comporta que la reducción beneficie y perjudique por igual a todos los causahabientes, salvo el caso de atribución específica por el causante. Es decir, aunque el cumplimiento del requisito de permanencia incumba de hecho a aquel o aquellos sucesores que resulten adjudicatarios (de la vivienda, en el caso que nos ocupa) se ha formado un "grupo de herederos", de manera que a todos beneficia o perjudica, respectivamente, el mantenimiento o pérdida del requisito. Por lo tanto, la enajenación del usufructo dentro de ese grupo mantendrá la adquisición del elemento patrimonial dentro del mismo y, por ende, no se considerará incumplido, por el hecho de tal transmisión, el repetido requisito de permanencia. Como es obvio, la solución sería la contraria si la enajenación se realizase a favor de un tercero ajeno a dicho "grupo", con la consecuencia añadida de que el quebranto individual del requisito vendría a afectar, según se ha expuesto, a los restantes causahabientes que tuvieron derecho a la reducción».

⁵⁵ CARO ROBLES, V.: «La transmisión de la empresa y de la vivienda habitual en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones», *op. cit.*, pág. 98.

⁵⁶ DGT de 3 de mayo de 2007, Consulta n.º V1146/2007 (NFC016617).

⁵⁷ En la misma línea, DGT de 20 de septiembre de 2006, Consulta n.º V1871/2006 (NFC023601), señaló que «Por otra parte, el artículo 27.1 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, establece que "1. En las sucesiones por causa de muerte, cualesquiera que sean las particiones y adjudicaciones que los interesados hagan, se considerará para los efectos del impuesto como si se hubiesen hecho con estricta igualdad y con arreglo a las normas reguladoras de la sucesión, estén o no los bienes sujetos al pago del impuesto por la condición de territorio o por cualquier otra causa y, en consecuencia, los aumentos que en la comprobación de valores resulten se prorratearán entre los distintos adquirentes o herederos". Se trata del principio de igualdad en la partición, que comporta que la reducción beneficie y perjudique a todos los causahabientes por igual, salvo atribución específica por el causante. Se forma un "grupo de herederos" obligados conjuntamente al cumplimiento del requisito de permanencia exigido por la ley, aunque la obligación como tal incumba a aquellos que hayan resultado adjudicatarios. Por lo tanto y en contestación a la doble pregunta que se formula al respecto en el escrito de consulta, ni la adjudicación de la vivienda habitual por los coherederos

Al margen de lo anterior, lo cierto es que la DGT parece defender en todo caso una interpretación amplia del requisito de la permanencia que estamos abordando. Así en su Resolución 1412/2006, de 11 de julio, entiende cumplido este requisito no sólo cuando el valor de la vivienda obtenida vía sucesión se reinvierte en una nueva vivienda ⁵⁸ de forma inmediata a la transmisión de la heredada, sino que también entiende que «(...) No obsta al mantenimiento del requisito de permanencia, por otro lado, el hecho de que dicho valor se reinvierta en otra vivienda adquirida con anterioridad a la transmisión de la adquirida mortis causa y ello con independencia del plazo de antelación, inclusive aplicándose al préstamo solicitado para su financiación, siempre que como consecuencia de dicha reinversión no disminuya el patrimonio del interesado (...)».

Distinta será la respuesta en el caso de que la vivienda fuese sustituida por otro tipo de bienes, tal y como se desprende de la contestación a Consulta de la DGT de 29 de enero de 2002.

No obstante todo lo anterior, como ya se ha señalado anteriormente, el requisito de permanencia que comentamos no comporta, en sentido estricto, la exigencia de que la vivienda heredada sea la vivienda habitual del causahabiente objeto de la bonificación fiscal, ya que la ley únicamente exige que la mantenga en su patrimonio, interpretado esto en el sentido analizado, durante 10 años. Así pues, puede concluirse que este beneficio fiscal lo que trata de proteger es la condición de vivienda habitual del causante en cuanto inversión socialmente útil que el fallecido realizó, pero en todo caso sin que ello implique «que el adquirente venga obligado a seguir habitando habitualmente la misma», ya que únicamente está obligado a «mantenerla durante 10 años en su patrimonio» ⁵⁹.

Por último, ha de ponerse de relieve la necesidad de abonar la parte del impuesto que se hubiese dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada, junto con los intereses de demora, cuando los herederos incumplan el requisito de la permanencia analizado.

A este respecto ha de tenerse en cuenta que estamos ante un beneficio fiscal provisional que únicamente alcanzará carácter definitivo cuando pueda constatarse el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por el legislador y, en particular, la condición temporal a la que estamos haciendo referencia. Lo anterior ha de entenderse conciliando el citado plazo decenal, con el periodo de prescripción fijado a efectos tributarios por la Ley General Tributaria, extremo que, como ha señalado la profesora VEGA HERRERO ⁶⁰ habrá de resolverse atendiendo al principio que preside la fijación del momento en que ha de empezar a transcurrir el plazo de prescripción en los supuestos de exenciones provisionales. En esa línea, ha de entenderse que «lo lógico parece ser que el tiempo de pres-

a uno de ellos ni el establecimiento de un pro indiviso sobre los dos pisos que integran el caudal relicto constituirían obstáculo para que todos ellos se apliquen la reducción por adquisición mortis causa de la vivienda habitual en los términos y requisitos del artículo 20.2 c) de la Ley 29/1987 siempre, por supuesto, con el límite adicional de la participación que a cada uno corresponda en el valor de dicha vivienda».

⁵⁸ En ese sentido la DGT, en Consulta n.º V1967/2008 (NFC031517), de 28 de octubre de 2008, señala que «siempre que, de un lado, se mantenga el valor de adquisición por el que se practicó la reducción y, de otro, el importe obtenido en la enajenación se reinvierta de forma inmediata en la adquisición de la nueva vivienda habitual, no se entenderá infringido el requisito de permanencia exigido por la ley subsistiendo, en consecuencia, el derecho a la reducción practicada en su día».

⁵⁹ TORRES CONEJO y REPISO LÓPEZ: «Beneficios fiscales en los Impuestos sobre el Patrimonio y sobre Sucesiones y Donaciones de la empresa familiar vivienda habitual», *Alcubala*, n.º 26, 1999, pág. 63.

⁶⁰ VEGA HERRERO, M.: *La prescripción de la obligación tributaria*, Lex Nova, Valladolid, 1990, pág. 49.

cripción no transcurra hasta que desaparezca el obstáculo que impide a la Administración practicar la liquidación y que no es otro que el agotamiento del plazo que motiva la pérdida del beneficio fiscal», en nuestro caso los 10 años exigidos por la LISD.

Por último, también en relación con la cuestión examinada en este epígrafe han de tenerse en cuenta las especialidades introducidas por algunas comunidades autónomas a estos efectos. Así, en la Comunidad Autónoma de Aragón la obligación de los causahabientes de mantener la adquisición durante un determinado periodo de tiempo se reduce considerablemente, fijándose un plazo de cinco años⁶¹ transcurridos los cuales, la vivienda podrá ser transmitida sin perder el derecho a la reducción, opción por la que también se han decantado comunidades como La Rioja, aplicándola con carácter retroactivo⁶², Madrid⁶³, Baleares⁶⁴ o la Galicia⁶⁵.

⁶¹ *Vid.* Ley 13/2009, de 30 de diciembre, de Medidas Tributarias de Aragón 2010.

⁶² Con efectos 1 de enero de 2009, la Ley 5/2008 de La Rioja introduce como novedad en las adquisiciones mortis causa de la vivienda habitual del causante, la retroactividad del requisito de mantenimiento de la misma durante cinco años para poder aplicar la correspondiente reducción en la base imponible, de manera que las viviendas habituales adquiridas mortis causa con anterioridad a 1 de enero de 2004 a las que se les aplicó dicha reducción pueden ser transmitidas ya sin pagar la parte del impuesto dejada de ingresar por la reducción practicada; y las viviendas habituales adquiridas mortis causa con posterioridad al 1 de enero de 2004 que disfrutaron de la reducción podrán ser transmitidas sin pagar la parte del impuesto dejada de ingresar como consecuencia de la reducción practicada, a partir del día en que se cumplan cinco años desde la adquisición.

⁶³ *Vid.* Ley 10/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de ordenación económica de la Comunidad de Madrid.

⁶⁴ Ley 22/2006, de 19 de diciembre, de Reforma del ISD de las Illes Balears.

⁶⁵ *Vid.* artículo 7 de la Ley 9/2008, de 28 de julio, gallega de medidas tributarias en relación con el ISD.

EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA CUESTION PREJUDICIAL

(Comentario de urgencia a propósito del Auto de 25 de enero de 2010) *

JOSÉ LUIS DE JUAN Y PEÑALOSA

Abogado de Estudio Jurídico XXI

STELLA RAVENTÓS CALVO

Abogada de Balaguer Morera & Asociados

Extracto:

EL Auto del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2010 supone la primera cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia planteada por un tribunal de justicia español en el ámbito de la imposición directa. En esencia, el Supremo plantea si la libertad de movimiento de capitales implica la existencia de una cláusula implícita de *tax sparing* en todos los convenios entre Estados miembros de la Unión Europea, de modo que un residente de un Estado pueda deducirse el impuesto que debería haber pagado en otro Estado, pero que no ha pagado por motivo de una exención o incentivo fiscal.

Palabras clave: Tribunal Supremo, cuestión prejudicial, libertad de movimiento de capitales y doble imposición.

* Véase el texto íntegro de este auto en *RCyT (Legislación, Consultas, Jurisprudencia)*. CEF, núms. 329-330, agosto-septiembre 2010. El auto también se recoge en la Base Documental *Normacef Fiscal y Contable* con la referencia NFJ039006.

THE SUPREME COURT AND THE PRELIMINARY QUESTION

(A commentary on the Order of 25 January 2010) *

JOSÉ LUIS DE JUAN Y PEÑALOSA

Abogado de Estudio Jurídico XXI

STELLA RAVENTÓS CALVO

Abogada de Balaguer Morera & Asociados

Abstract:

THE Order of the Spanish Supreme Court of 25 January 2010 entails the first preliminary question before the ECJ ever submitted by a Spanish court in the field of direct taxes. In essence, the Supreme Court asks whether the freedom of capital movements implies the existence of an *tax sparing* clause in all double tax conventions among the EU Member States, whereby a resident of a State may credit the tax that he should have paid in another State but has not, due to an exemption or tax incentive.

Keywords: Supreme Court, preliminary question, freedom of capital movements and double taxation.

* Véase el texto íntegro de este auto en *RCyT (Legislación, Consultas, Jurisprudencia)*. CEF, núms. 329-330, agosto-septiembre 2010. El auto también se recoge en la Base Documental *Normacef Fiscal y Contable* con la referencia NFJ039006.

Sumario

1. La cuestión planteada.
2. La reacción de las partes.
3. El fondo de la cuestión.
4. La posible respuesta del Tribunal de Justicia.

Se ha conocido recientemente el Auto del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2010 por el que plantea, por primera vez, una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en materia de imposición directa. La cuestión entró en el registro del tribunal el 24 de abril y recibió el número de caso C-157/10.

De entrada, es una gran noticia. Durante años, España fue uno de los Estados miembros en los que la cuestión prejudicial simplemente se ignoraba, excepción hecha de la que se planteó en el caso *Gabalfrisa*¹ y que se convirtió, tristemente, en flor de un día². En los últimos años la actitud de los tribunales ordinarios de justicia ha cambiado, afortunadamente, y se han planteado varias cuestiones, pero, hasta el momento, todas ellas en materia de imposición indirecta. Y las recientes sentencias dirigidas a España han tenido su origen en procedimientos de infracción por parte de la Comisión.

Así pues, hay que congratularse del ánimo de colaboración que ha demostrado el Alto Tribunal.

Dicho esto, el auto merece varios comentarios.

1. LA CUESTIÓN PLANTEADA

¿Deben interpretarse los artículos 63 y 65 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en el sentido de que se oponen a una regulación nacional (acordada unilateralmente o en virtud de un convenio bilateral para evitar la doble imposición internacional) que, en el Impuesto sobre Sociedades y dentro de las normas para evitar esa doble imposición, prohíbe deducir la cuota devengada en otros Estados miembros de la Unión Europea por rendimientos obtenidos en su territorio y sometidos a dicho tributo, cuando pese al devengo la cuota no se paga en virtud de exención, bonificación o cualquier otro beneficio fiscal?

En esencia, lo que el Tribunal Supremo parece plantear es si las normas en virtud de libertad de movimiento de capitales conllevan, per se, el derecho a la imputación de impuestos no pagados en otros Estados miembros; en otras palabras, una clase de *tax sparing*.

¹ C-100/98 a C-147/98, acumulados (NFJ008483).

² No se ha planteado desde entonces –diciembre de 1997– ninguna otra cuestión prejudicial por parte de un tribunal administrativo. Se ignora por qué aunque puede abrigarse alguna sospecha, visto el resultado de aquélla para las arcas públicas.

La cuestión planteada se enmarca en el recurso de casación planteado por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) frente a una sentencia de la Audiencia Nacional que confirmaba una actuación de la inspección consistente en el aumento de una cuota ³ del Impuesto sobre Sociedades, debido a que la empresa se había deducido el impuesto que hubiera debido pagar en Bélgica por la percepción de unos intereses, impuesto que, sin embargo, no pagó debido a la aplicación de un beneficio fiscal en ese país.

Varias cosas llaman la atención en el auto. Podemos empezar por el ejercicio fiscal al que se refiere el caso, 1991 (lo cual no es culpa del Supremo, obviamente, pero es de imaginar que suscitará sorpresa en otros Estados miembros. Y con razón). Una consecuencia, obvia, de la antigüedad de los hechos es que ni el propio banco recuerda la fuente y la naturaleza de los intereses obtenidos en Bélgica (Hecho 7).

Puede llamar también la atención el hecho de que la cuestión prejudicial se plantee por el propio Tribunal Supremo y no a instancia de parte (Razonamiento jurídico 4.4). Efectivamente, no suele ser lo habitual pero es cierto que, como precisa el auto, no es necesario que las partes lo hayan solicitado sino que basta con que la duda se le suscite al juzgador. En el campo de la fiscalidad directa, eso es cada vez más frecuente, a medida que los tribunales nacionales se familiarizan con la jurisprudencia comunitaria. En los dos últimos años, ha ocurrido en varios casos relevantes ⁴.

Otro aspecto destacable es lo prolijo, e innecesario a veces, del razonamiento del auto. Prolijidad que, por lo superflua, induce en varios lugares a confusión.

Comienza el Tribunal por describir el marco jurídico en que se encuadra la disputa. Pero lo hace siguiendo un orden que no es el correcto. Comienza por la Ley 230/1963, General Tributaria, sigue con la Ley del Impuesto sobre Sociedades vigente en el momento de los hechos ⁵ y prosigue con el convenio de doble imposición entre España y Bélgica vigente en 1991 ⁶. El orden correcto debía ser otro: en cualquier supuesto tributario de carácter internacional, la norma a examinar en primer lugar es el convenio de doble imposición aplicable (si lo hay). Tan sólo en el supuesto de que el convenio autorice a España a gravar ilimitadamente, y con arreglo a su ley interna, una renta, podrá entonces aplicarse esa ley interna. Por tanto, lo que procedía era analizar directamente el artículo 23 del convenio (en relación con el art. 11). Una vez comprobado que el convenio establecía el método de imputación o de crédito de impuesto para los intereses, como suele ser normal y hasta obligado en el caso de las rentas con gravamen en el estado de la fuente ⁷ hasta un determinado límite (especialmente los dividendos, intereses y cánones) y que el estado de la residencia ⁸ se comprometía a imputar el impuesto extranjero hasta el límite de lo que la renta hubiera tributado en España (imputación limitada o crédito de impuesto), debía

³ El auto habla de «la base imponible declarada», pero creemos que se trata de un error. Si se suprimió una deducción por doble imposición internacional debió de aumentarse la cuota, no la base.

⁴ Por ejemplo, *Burda* [C-284/06 (NFJ029155)], *Krankenheim* [C-157/07 (NFJ030254)], *Papillon* [C-418/07 (NFJ030334)], *Glaxo* [C-182/08 (NFJ035061)] y *SGI* [C-311/08 (NFJ036705)].

⁵ Ley 61/1978, del Impuesto sobre Sociedades.

⁶ Convenio de 24 de septiembre de 1970.

⁷ Bélgica, en este caso.

⁸ España.

recurrir el Tribunal Supremo al análisis del artículo 24 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. La llamada a la Ley General Tributaria de 1963 creemos que poco tiene que ver con los casos de doble imposición internacional, al estar pensada para situaciones puramente internas.

Pero es que, además, el Tribunal complica el marco jurídico al añadir, innecesariamente, porque no son de aplicación por razones de temporalidad, la Ley 43/1995 y el convenio España-Bélgica de 1995, ambos posteriores al ejercicio objeto del recurso. Es más, la alusión al convenio de 1995 induce a error⁹.

Nada que decir de la explicación sobre la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo en la materia. Si en una primera sentencia de 1983 el Tribunal vino a decir que la cláusula de *tax sparing* está implícita en todos los convenios de doble imposición (lo cual indujo al Banco a presentar el recurso de casación), una sentencia posterior (2009) modificó, probablemente con acierto, dicho criterio. Bastaba, a nuestro juicio, con confirmar el cambio jurisprudencial y dar por terminado el asunto.

2. LA REACCIÓN DE LAS PARTES

Ante la sugerencia del Tribunal de plantear la cuestión prejudicial, el Banco ¡cómo no! se muestra favorable y trae a colación prácticamente todas las libertades del tratado: la de establecimiento (no aplicable, puesto que de los hechos no parece que el banco tuviera una filial o sucursal en Bélgica), la de prestación de servicios (no se especifica de qué servicios, pero tampoco parece aplicable) y la de capitales, que es la que viene al caso.

El abogado del Estado se opone recurriendo más a los principios internacionales aplicables en la materia que a los propios de la normativa europea pero, por su cautela, no yerra.

En cambio, no atina mucho el Ministerio Fiscal. Decir, como hace, que la norma española aplicable al litigio es anterior a la incorporación de España a las Comunidades Europeas y que, por tanto, la respuesta a la cuestión prejudicial «lo único a lo que conduciría es a la conclusión de que, en su momento, el derecho interno español no era conforme con los principios de libertad de establecimiento y libre circulación de capitales, pero para nada afectaría a la cuestión principal objeto del recurso» es desconocer cómo funciona el sistema legal comunitario: si, efectivamente, la norma española aplicable en el momento de los hechos no era conforme con el Derecho Comunitario, no podía aplicarse ni por la Administración Tributaria ni, mucho menos, por el Tribunal Supremo, por

⁹ Error porque entre los dos convenios hay diferencias fundamentales en los métodos para evitar la doble imposición: el de 1970 (aplicable en 1991) elige, con carácter general, el método de exención con progresividad y el de 1995 se atiene al de imputación limitada. Respecto de los intereses, ambos convenios adoptan el método de imputación limitada, como es normal. Hay que precisar que el de 1970 contiene una cláusula de *tax sparing* concedida por Bélgica a los intereses procedentes de España (art. 23.5), cláusula que, sin embargo, no es recíproca (de España para los intereses procedentes de Bélgica), lo que implica una asimetría de trato en estas rentas. Esta cláusula desaparece en el convenio de 1995 vigente. En definitiva, pues, en materia de intereses todo sigue igual. La cláusula *tax sparing* carece de sentido en la situación actual en la que España no grava los intereses bancarios (que son los frecuentes) pagados a entidades residentes en la Unión Europea (art. 14 del TRIRNR, de 5 de marzo de 2004).

más que se tratara de una norma promulgada con anterioridad a la entrada de España en las Comunidades. Y por más que gozara de «la presunción de constitucionalidad que es predicable de una norma legal aprobada por las Cortes Generales». Y uno no puede sino preguntarse: ¿para qué cree el representante del Ministerio Fiscal que existe la cuestión prejudicial? ¿Para que, a pesar de que una norma nacional se declare como inaceptable a la luz de la norma comunitaria, se aplique porque es una norma aprobada por un parlamento nacional? (Hecho 6). Definitivamente, todavía hace falta formación en Derecho Comunitario. Y otro error: el convenio entre España y Bélgica, dice el fiscal, «serviría de guía interpretativa para resolver el fondo»; pues tampoco: el convenio no es una guía interpretativa (en todo caso, la guía interpretativa la constituirían los comentarios al modelo OCDE), el convenio es la ley aplicable a las relaciones tributarias entre los dos estados firmantes, sin más.

3. EL FONDO DE LA CUESTIÓN

Como ya se ha expuesto, el Tribunal Supremo plantea una cuestión aparentemente simple: ¿implica, o no, una restricción a la libertad de movimientos de capitales entre los Estados de la Unión Europea el hecho de que uno de esos estados no tome en consideración –no impute o deduzca de la cuota del impuesto personal de una sociedad residente en ese estado– el «hipotético» impuesto pagado sobre la renta obtenida en otro Estado miembro? Y decimos «hipotético» porque el auto no especifica si el «no» pago del impuesto en Bélgica por intereses tiene su causa en una «exención» o en que, sencillamente, tal impuesto no existe («no sujeción»¹⁰). Ya hemos dicho que, dada la antigüedad, nadie lo sabe.

En cualquier caso, la cuestión es nítida. Pero es una cuestión que podría haberse planteado, hace unos años, con la misma causa, en muchas situaciones convencionales como por ejemplo: ¿se opone a la libertad de movimiento de capitales o de establecimiento el hecho de que, en las relaciones tributarias con un determinado estado se utiliza el método de exención y con otros estados el de crédito de impuesto (o imputación limitada)? ¿Se opone a esas libertades que el límite de imposición en la fuente sea distinto en los diferentes convenios de doble imposición entre los Estados miembros de la Unión?

¹⁰ Es muy frecuente el no gravamen de los intereses –de préstamos concedidos por entidades de crédito–. Y la razón es obvia: ese gravamen no beneficia (y probablemente perjudica) fiscalmente al Tesoro del país que lo impone. Y, desde luego, perjudica las finanzas del prestatario pagador de los intereses. En un caso como éste es una mera ilusión óptica contemplar el impuesto en la fuente como un «reparto» de soberanías entre el país de la fuente (Bélgica, en este caso) y el país de residencia (España), y decir que cada país obtiene «su» parte en el impuesto total, puesto que el estado de la residencia «deducirá» lo pagado en la fuente, evitándose así la doble imposición. La realidad es otra. Cuando los intereses («brutos», no se olvide) llegan al país de residencia, éste deduce de tales intereses los gastos (por ejemplo, de financiación, o generales del banco en la parte proporcional, etc.) y, a resultas de esta deducción de gastos, el interés neto gravable queda reducido a «cero» o casi cero, por lo que ya no cabe «deducir» enteramente (y a veces ni siquiera parcialmente) el impuesto exigido en la fuente, que, al haber recaído sobre intereses brutos, es mayor que el que correspondería aplicar a los intereses netos –al beneficio neto– de la operación. Con independencia de si tal forma de actuar es o no correcta, lo cierto es que, en la vida real, el prestamista (un banco, generalmente) pacta intereses «libres de impuestos», es decir, que el impuesto en la fuente lo paga el prestatario, para lo cual y por lo cual el interés bruto se eleva y, por esa misma razón, los intereses deducibles –que son gasto en el Impuesto sobre Sociedades del pagador– son más elevados. Ello redundará, como se ha dicho, en un perjuicio para el Tesoro del estado de la Fuente.

Ni que decir tiene que, paralelamente, se encarecen los intereses para el prestatario, lo que financieramente no es aconsejable. No es momento de alargar esta cuestión. Sólo parece necesario recordar que la «exención», «no sujeción» o «reducción» del impuesto en la fuente es un beneficio o incentivo fiscal... muy relativamente.

En fin, pueden recorrerse los diferentes artículos de los convenios y podrá comprobarse que en muchos casos la situación de las empresas y de las personas es distinta según hayan convenido los países sus tratados de doble imposición.

Y se entraría así en la cuestión del encaje de los convenios de doble imposición con las libertades comunitarias ¹¹, cuestión difícil donde las haya y en la que no podemos entrar aquí por razones obvias, pero que, a juicio de quienes esto firman, no se acierta a resolver.

Y decimos que estas cuestiones podrían haberse planteado hace unos años, porque hasta 2004, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo tuvo un carácter realmente innovador, interpretando los principios fundamentales del Tratado con una clara orientación de creación del mercado interior. Todo eso ha cambiado mucho, como luego se explicará más detenidamente, pero nos tememos que, con la actual composición del Tribunal, buscar un ambicioso pronunciamiento como el que quizá busca el Supremo, en el sentido de que las diferencias entre los convenios de doble imposición europeos implican restricciones a las libertades comunitarias, se antoja misión imposible ¹².

4. LA POSIBLE RESPUESTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Mencionado lo anterior, queda por, en una primera aproximación, examinar cuál puede ser la respuesta del Tribunal europeo a la cuestión planteada. La jurisprudencia que, a primera vista, viene a la memoria como relevante en el análisis, tiene que ser aquella que gira alrededor de los elementos más importantes en el caso, que son, a nuestro juicio, dos: un posible incumplimiento de la libertad de movimientos de capitales y un incumplimiento que se produciría, en todo caso, en el estado de residencia de la sociedad (España) y no en el de la fuente.

Son relativamente pocos los casos en que el Tribunal de Luxemburgo ha analizado el tratamiento de rentas del capital desde el punto de vista del país de la residencia. En el caso de los movimientos de capitales fueron fundamentales en su día las sentencias recaídas en *Verkooijen* ¹³, *Lenz* ¹⁴, *Manninen* ¹⁵ y *Meilicke* ¹⁶, todas en materia de dividendos percibidos por personas físicas ¹⁷ y no

¹¹ Véase HERRERA MOLINA, P.M., *Convenios de doble imposición y derecho comunitario*, en Estudios Jurídicos, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 2009.

¹² Resulta fundamental, a estos efectos, una sentencia discutida, pero que ahí está: D (C376/03) de 5 de julio de 2005, sobre la aplicación de un convenio entre dos Estados al nacional de un tercer estado. En el párrafo 61, el Tribunal estableció: «El hecho de que estos derechos y obligaciones recíprocos sólo se apliquen a las personas residentes en uno de los dos Estados miembros contratantes es una consecuencia inherente a los convenios bilaterales para evitar la doble imposición». Y en el 63: «Procede responder a la segunda cuestión planteada que los artículos 56 y 58 CE no se oponen a que una norma prevista por un convenio bilateral para evitar la doble imposición como la norma de que se trata en el procedimiento principal, en una situación y en circunstancias como las del asunto objeto del procedimiento principal, no se extienda a un nacional de un Estado miembro que no sea parte del citado convenio». Más claro, agua.

¹³ C-35/98, de 6 de mayo de 2000 (NFJ009096).

¹⁴ C-315/02, de 15 de julio de 2004 (NFJ029120).

¹⁵ C-319/02, de 7 de septiembre de 2004 (NFJ018806).

¹⁶ C-292/04, de 6 de marzo de 2007 (NFJ025069).

¹⁷ En las sentencias mencionadas se concluía que en el país de la residencia debía evitarse la doble imposición jurídica sobre los dividendos procedentes de sociedades residentes en otros Estados miembros y percibidos por personas físicas, en los

cubiertos por la directiva matriz-filial, y, por otro lado, *Kerkhaert-Morres*¹⁸ y *Damseaux*¹⁹. El primer grupo se refiere a la eliminación de la doble imposición económica que recae sobre los dividendos. En el segundo, el objeto es la doble imposición jurídica. Hay otros casos relativos a la doble imposición y a los métodos para eliminarla. Muy importante a estos efectos resulta *Columbus*²⁰, aunque referido a un establecimiento permanente y *Block*²¹, en materia de sucesiones.

De un examen conjunto de estas sentencias se desprenden, creemos, varias conclusiones: la mayoría de los casos en materia de libre establecimiento o de movimientos de capitales en los que el Tribunal de Luxemburgo ha apreciado una incompatibilidad de la norma nacional con la comunitaria²² se refieren a disposiciones legales del estado de la fuente, y no de la residencia²³, y ello porque la disposición preveía un trato fiscal distinto según los dividendos se pagaran a un estado o al otro²⁴. En el caso de los intereses a que se refiere el auto del Supremo, tan sólo cabría plantearse el problema si España hubiese concedido un crédito de impuesto por el impuesto debido (y no pagado) correspondiente a intereses pagados por otra empresa residente en España. Es decir, si, en iguales circunstancias, el banco español hubiese preferido invertir en España al gozar de un mejor tratamiento fiscal de los intereses. No parece que sea así.

Por otra parte, puede decirse que, en general, el Tribunal de Justicia ha dado un giro muy importante en estos últimos años. Las sentencias recientes tienen poco que ver con las anteriores a 2004. Quedan lejos *Verkooijen*, *Manninen* y similares. La justificación del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros sirve para mantener, la mayoría de las veces, la conformidad de la norma nacional con la ley comunitaria. Basta ver la progresiva tendencia –la defensa cada vez más declarada de las normas nacionales– en las Conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott en los casos en que ha actuado recientemente²⁵. Por incomprensible que pueda resultar si se piensa en términos de un auténtico mercado interior, el Tribunal tiene declarado ya, por activa y por pasiva, que la doble imposición jurídica no es, de por sí, incompatible con el Tratado de la Unión²⁶ cuando resulta del ejercicio en paralelo de la soberanía fiscal de dos Estados miembros. Algunos de los pronunciamientos del Tribunal parecen perfectamente trasladables al caso objeto de estas líneas. Así, por ejemplo, uno de los más recientes, «Ahora bien, el Derecho Comunitario, en su estado actual

mismos términos en que se evitaba la que recaía sobre dividendos procedentes de una sociedad residente en el mismo estado del accionista. Hay una sentencia en otro sentido, *Holböck* [C-157/05 (NFJ025825)], pero referida a terceros países.

¹⁸ C-513/04, de 14 de noviembre de 2006 (NFJ024029).

¹⁹ C-128/08, de 16 de julio de 2009 (NFJ034311).

²⁰ C-298/05, de 6 de diciembre de 2006 (NFJ026989).

²¹ C-67/08, de 12 de febrero de 2009 (NFJ031324).

²² Con el Tratado, no con la directiva matriz-filial.

²³ Por ejemplo, *Denkavit* [C-170/05 (NFJ024423)], *Amurta* [C-379/05 (NFJ026644)], *Comisión vs. Países Bajos* [C-521/07 (NFJ033566)] y *Comisión vs. Italia* [C-540/07 (NFJ036243)].

²⁴ Para un análisis comprensivo de los casos en materia de dividendos, véase *Opinión Statement of the CFE on outbound dividends: Commission vs. Italy* (C-540/07), abril 2010, en la web de la Confederación Fiscal Europea, www.cfe-eutax.org

²⁵ Que son muchos en el campo de la fiscalidad directa en los últimos tiempos: *SGL* (C-311/08), de 21 de enero de 2010 (NFJ036705), *X-Holding* (C-337/08), de 25 de febrero de 2010 (NFJ037112), *Zwinenjborg* (C-352/08) de 20 de mayo de 2010 (NFJ038357), y *Comisión vs. Portugal* (C-105/08) de 17 de junio de 2010 (NFJ038722).

²⁶ A título de ejemplo, *Kerkhaert Morres* (párrafos 20 y 21), *Columbus Container* (párrafo 43), *Damseaux* (párrafos 33 y 35) y *Block* (párrafos 28 a 31).

y en una situación como la del procedimiento principal, no prescribe criterios generales para el reparto de competencias entre los Estados miembros en lo que se refiere a la eliminación de la doble imposición dentro de la Comunidad Europea. Exceptuando (...), no se ha adoptado hasta la fecha, en el marco del Derecho Comunitario, ninguna medida de unificación o de armonización tendente a eliminar las situaciones de doble imposición. De ello se deduce que, en el estado actual del Derecho Comunitario, los Estados miembros disponen, sin perjuicio del respeto del Derecho Comunitario, de cierta autonomía en la materia y que, en consecuencia, no tienen la obligación de adaptar su sistema tributario a los diferentes sistemas de tributación de los otros Estados miembros para eliminar, en particular, la doble imposición que se deriva del ejercicio paralelo por dichos Estados de su potestad tributaria y permitir, en consecuencia, la deducción, en un asunto como el principal, del impuesto de sucesiones abonado en un Estado miembro distinto»²⁷.

Y piénsese que estamos hablando de casos, todos ellos, en que lo que se discutía era la no eliminación de la doble imposición jurídica, es decir, la negativa del estado de la residencia a tomar en cuenta –y deducir– un impuesto que sí se había pagado en el estado de la fuente²⁸. No resulta difícil de imaginar, en consecuencia, cuál puede ser la reacción del Tribunal de Justicia cuando lo que se cuestiona es que el estado de la residencia no tome en cuenta –no deduzca– un impuesto que ni siquiera se ha producido en otro Estado miembro.

Un último apunte: la traducción al inglés que aparece en el Diario Oficial de la UE (3 de julio de 2010) contiene un error terminológico de bulto: se refiere a la denegación de una «deduction» (traducido literalmente de «deducción») cuando, en la terminología fiscal anglosajona tradicional, una «deduction» se practica en la base. En la cuota lo que se aplica es un «credit». Luego pasa lo que pasa. Que el Tribunal de Luxemburgo no entiende bien la pregunta o la norma nacional²⁹. Y se equivoca. Es de desear que a lo largo del procedimiento se aclaren todos estos puntos.

²⁷ *Block*, párrafos 30 y 31.

²⁸ Doble imposición jurídica que se produce, además, por el incumplimiento del convenio de doble imposición aplicable. Ello no obstante, el Tribunal ha declarado expresamente no ser competente para entrar en la cuestión de dicho incumplimiento, por ejemplo, en *Columbus*, párrafo 46, y *Damseaux*, párrafo 22.

²⁹ Ése parece ser el caso, por ejemplo, de *X-Holding* [C-337/08 (NFJ037112)], donde el Tribunal parece que no entendió correctamente la norma holandesa sobre consolidación fiscal.

CALIDAD DE LA INFORMACIÓN Y COSTE DE LA DEUDA BANCARIA EN LAS EMPRESAS NO COTIZADAS ESPAÑOLAS

INMACULADA AGUIAR DÍAZ

Profesora Titular de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Las Palmas



NIEVES LIDIA DÍAZ DÍAZ

Profesora vinculada al Departamento de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Las Palmas



Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**.

El Jurado ha estado compuesto por: don José Antonio GONZALO ANGULO, don Sotero AMADOR FERNÁNDEZ, don Eduardo BUENO CAMPOS, don Alejandro LARRIBA DÍAZ-ZORITA, don Vicente PINA MARTÍNEZ y don Juan José PINTADO CONESA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de las autoras.

Extracto:

EL presente estudio analiza la incidencia de la calidad de la información, aproximada por la opinión del informe de auditoría y la calidad de la firma auditora, en el coste de la deuda bancaria. El trabajo se basa en una muestra de 5.031 empresas españolas no cotizadas, en el periodo 2002-2007. De acuerdo con las dos primeras hipótesis planteadas, los resultados reflejan que la obtención de una opinión favorable, así como la elección de una de las grandes firmas auditoras, reduce el coste de la deuda bancaria; lo cual sugiere la importancia de dicha información para los analistas de riesgos. Asimismo, los resultados apuntan a la existencia de un efecto moderador del tamaño en la citada relación, de tal forma que la reducción de coste de la deuda se diluye a medida que la empresa aumenta su dimensión. Por último, los resultados revelan que esta relación es extensible a las 20 mayores firmas auditoras según el *ranking* anual de *Expansión*.

Palabras clave: coste de la deuda, deuda bancaria, calidad de la información, opinión del auditor y calidad del auditor.

QUALITY INFORMATION AND THE COST OF BANK DEBT IN NOT LISTED SPANISH FIRMS

INMACULADA AGUIAR DÍAZ

Profesora Titular de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Las Palmas



NIEVES LIDIA DÍAZ DÍAZ

Profesora vinculada al Departamento de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Las Palmas



Este trabajo ha obtenido el 1.^{er} **Premio Estudios Financieros 2010** en la modalidad de **CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**.

El Jurado ha estado compuesto por: don José Antonio GONZALO ANGULO, don Sotero AMADOR FERNÁNDEZ, don Eduardo BUENO CAMPOS, don Alejandro LARRIBA DÍAZ-ZORITA, don Vicente PINA MARTÍNEZ y don Juan José PINTADO CONESA.

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

Abstract:

THE objective of this paper is to examine whether banks discriminate between firms on the basis of their quality of accounting information when assessing the firm's credit risk, and to what extent auditor quality and opinion mitigate such risk in the cost of bank debt. Using a sample of 5,031 not listed Spanish firms during the period from 2002 to 2007, the results show that if a firm receives a clean opinion, this firm has a lower cost of bank debt. The results also indicate that the choice of quality auditor is negatively related to cost of debt. These findings reveal that the quality of accounting information may reduce the negative effects of information asymmetries, allowing firms to reduce their level of cost of bank debt. The firm's audit and financial information quality are particularly relevant for banks. Also, the results reveal the moderating effect of the firm's size on that relationship. Therefore, the reduction of cost of debt is diluted as the firm increases its size.

Keywords: cost of debt, bank debt, quality information, auditor opinion and auditor quality.

Sumario

1. Introducción.
2. Argumentos teóricos e hipótesis.
 - 2.1. Informe de auditoría y decisiones de crédito.
 - 2.2. Calidad del auditor y coste de la deuda.
 - 2.3. El tamaño como moderador de la relación entre calidad de la información y coste de la deuda.
3. Aspectos metodológicos.
 - 3.1. Muestra.
 - 3.2. Definición de variables.
 - 3.3. Modelo econométrico.
4. Calidad informativa y coste de la deuda bancaria de las empresas no cotizadas españolas. Evidencia empírica.
 - 4.1. Análisis descriptivo.
 - 4.2. Análisis econométrico.
 - 4.3. Análisis de robustez.
5. Discusión de resultados y conclusiones.

Bibliografía.

Anexo.

NOTA: Las autoras agradecen la ayuda proporcionada por la Cátedra «la Caixa» de Estudios Financieros y Bancarios de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

1. INTRODUCCIÓN

El sistema financiero español, al igual que el de otros países de la Europa continental, se caracteriza por su orientación a la banca, al contrario de lo que ocurre en los países anglosajones donde los mercados de valores adquieren una mayor relevancia. Así, para la gran mayoría de las empresas españolas, la financiación bancaria constituye su principal fuente de recursos. En cualquier caso, aún en los sistemas más orientados a los mercados de valores, las empresas no cotizadas se encuentran con dificultades a la hora de acceder a la financiación externa, especialmente a largo plazo. Por tanto, la relevancia de la banca en la financiación de la empresa se ve potenciada en el caso de las empresas no cotizadas, las cuales constituyen el objeto del presente estudio.

A pesar de la importancia de la financiación procedente de entidades de crédito, las teorías financieras sobre estructura de capital no hacen referencia explícita a la distinción entre deuda bancaria y no bancaria. No obstante, muchos de los argumentos esgrimidos a favor o en contra del uso de la deuda en dichas teorías aluden a los acreedores financieros. Entre estos argumentos se encuentran los relativos a la actitud de las entidades prestamistas respecto al riesgo de fracaso del prestatario, así como los referidos a las asimetrías informativas entre las empresas y las entidades financieras. Por ello, en el presente trabajo se parte de los argumentos proporcionados, fundamentalmente, por la teoría de la información asimétrica.

Debido a la existencia de asimetrías informativas en los mercados de capitales, los bancos son más eficientes en el control de los deudores que otro tipo de acreedores (LELAND y PYLE, 1977; DIAMOND, 1984, 1991; FAMA, 1985). En este sentido, la literatura sugiere que estas entidades posean ventajas comparativas en la financiación de las empresas porque pueden reducir las asimetrías informativas entre prestamistas y prestatarios (DIAMOND, 1984, 1991). Por ejemplo, mientras un prestamista externo puede encontrar dificultades para evaluar y controlar una empresa, a un banco le puede resultar más fácil hacerlo debido a las relaciones que mantiene con la empresa (GHOSH, 2007). De ahí que las empresas con mayores asimetrías de información deberían utilizar más deuda bancaria (DENIS y MIHOV, 2002). Así, las pequeñas y medianas empresas preferirán financiarse a través de intermediarios bancarios, mientras que las grandes empresas, más conocidas en los mercados de capitales, incurren en menores costes de información por lo que tienen un mayor acceso a los mercados de valores (KRISHNASWAMI *et al.*, 1999).

La obtención de financiación bancaria requiere contar con la aprobación del analista de riesgos, cuya función consiste en realizar una valoración de la idoneidad del solicitante respecto de su capacidad para hacer frente a los compromisos derivados de la misma. Para ello, el analista se basa en diferentes fuentes de información, tanto proporcionadas por la empresa como por terceros. La cantidad y calidad de la información proporcionada por las empresas deriva en asimetrías informativas entre prestamistas y prestatarios, lo cual afecta a la disponibilidad y coste del crédito (PETTIT y SINGER, 1985; ORTIZ y PENAS, 2008).

Una de las principales decisiones del analista de riesgos es, una vez aceptada una operación, determinar el tipo de interés aplicable a la misma. Este coste crediticio se compone del tipo de interés libre de riesgo común a todas las empresas y de la prima de riesgo percibida por el analista para cada empresa. Para la estimación de esta última, la banca dispone de distintas metodologías de análisis del riesgo de crédito, denominadas en la literatura «tecnologías de crédito», las cuales difieren en función del tamaño de la empresa (BERGER y UDELL, 2006). Uno de los principales componentes del riesgo soportado por los aportantes de deuda a las empresas es el riesgo de información, el cual depende de la calidad de la información financiera revelada por la empresa (PIOT y MISSONIER-PIERA, 2007).

En este sentido, es de destacar que gran parte del volumen de información divulgada por las empresas es de naturaleza contable. Dado que esta información tiene por objeto reducir las asimetrías informativas que existen entre el emisor y el usuario, una mayor calidad de la misma debería redundar en un mejor conocimiento de la empresa por parte del prestamista y, en definitiva, en mejores condiciones financieras para el prestatario (GILL DE ALBORNOZ e ILLUECA, 2007). Ello permite afirmar que el grado de eficiencia con el que actúe un mercado financiero va a depender del volumen de información que divulgan las empresas, aumentando la eficiencia cuanto mayor sean los atributos de calidad de la información contable (RUIZ *et al.*, 2002).

Los estados contables pueden estar auditados o no en función de que la empresa esté obligada a ello por la normativa vigente, o bien lo haya efectuado de forma voluntaria. La auditoría es un proceso realizado por un experto independiente cuyo objeto es validar en qué medida las revelaciones que las empresas realizan en sus estados contables coinciden con la realidad económica subyacente de éstas. En este sentido, el informe de auditoría puede considerarse un medio de evaluar la calidad de la información contable de las empresas (RUIZ *et al.*, 2002). Además, la calidad del auditor favorece la credibilidad de la información y reduce el riesgo de información, lo cual debería traducirse en una menor prima por riesgo de crédito. No obstante, en España existe escasa evidencia respecto de la relevancia de los informes de auditoría en el coste de las operaciones crediticias (VICO y PUCHETA, 2005), así como de la influencia de la calidad del auditor en dicho coste.

Por otra parte, es de destacar que la información proporcionada por las empresas no cotizadas está sujeta a un menor control que la revelada por las cotizadas, ya que en éstas, además de las exigencias de los organismos supervisores de los mercados de valores, la información es analizada por un elevado número de analistas e inversores. En este sentido, algunos estudios han encontrado que la calidad de la información es inferior en las empresas no cotizadas con respecto a las cotizadas (e. g., BALL y SHIVAKUMAR, 2005). Este menor control puede propiciar la realización de prácticas de mani-

pulación de la información contable ya sea por motivos fiscales o para obtener acuerdos ventajosos con los bancos, entre otras razones. En esta línea, la labor de los auditores puede limitar las posibilidades de manipulación por parte de la dirección de la empresa (KIM *et al.*, 2007). Es decir, la auditoría y la calidad del auditor pueden tener un importante papel de información, cuya relevancia se incrementa en las empresas no cotizadas cuya principal fuente de recursos son las entidades financieras. Estas dimensiones pueden solventar los problemas relacionados con la información asimétrica y mejorar la credibilidad de la información financiera facilitada a los analistas de riesgos.

Con base en los argumentos expuestos, el objetivo del presente estudio se centra en analizar la incidencia de la calidad de la información, a través de la opinión reflejada en el informe de auditoría y la calidad de la firma auditora, en el coste de la deuda bancaria de las empresas españolas no cotizadas. Para ello, se parte de una muestra de 5.031 empresas españolas no cotizadas, seleccionadas a partir de la base de datos SABI en el periodo 2002-2007.

El presente estudio contribuye a la literatura en varios aspectos. En primer lugar, analiza la relación entre la calidad de la información revelada por las empresas y el coste de la deuda en un contexto no anglosajón. Los trabajos previos que consideran esta relación son escasos y en un contexto donde la importancia relativa de la banca como proveedor de fondos es inferior y, por tanto, las empresas disponen de más alternativas en la obtención de sus recursos (*e. g.*, PITTMAN y FORTIN, 2004). En segundo lugar, esta investigación se centra en empresas no cotizadas y, por consiguiente, que dependen en mayor medida de la financiación bancaria. La literatura previa se ha enfocado, fundamentalmente, en el análisis de esta relación en el contexto de empresas cotizadas (*e. g.*, PITTMAN y FORTIN, 2004). En tercer lugar, este estudio considera la relación desde un punto de vista diferente a los trabajos previos; al centrarse en el coste de la deuda bancaria y, por tanto, la utilidad de la información validada por los auditores para los analistas de riesgo de la banca. La literatura previa se ha enfocado en el coste de la deuda externa en su conjunto (*e. g.*, PITTMAN y FORTIN, 2004; PIOT y MISONIER-PIERA, 2007; KARJALAINEN, 2008) o bien en el coste de la emisión de valores (*e. g.*, MANSI *et al.*, 2004). Finalmente, es uno de los pocos trabajos que, además de la calidad del auditor, considera la opinión de éste como medida de la calidad de la información revelada por la empresa. Esta variable más directa de la calidad de la información no es viable considerarla cuando se trata de empresas cotizadas debido a que la gran mayoría cuenta con opinión favorable.

El resto del trabajo se estructura de la siguiente forma. En el segundo apartado se abordan los planteamientos teóricos que justifican la incidencia de la calidad de la información revelada por las empresas, a través del informe de auditoría y la calidad del auditor, en el coste de la deuda bancaria. Posteriormente, en el tercer apartado se describen los aspectos metodológicos que configuran el estudio empírico. Los resultados alcanzados se presentan en el cuarto apartado y son discutidos junto a las conclusiones en el quinto y último.

2. ARGUMENTOS TEÓRICOS E HIPÓTESIS

En este apartado se plantean los argumentos teóricos que sustentan las hipótesis objeto de contrastación empírica en el presente estudio. Dichos argumentos se basan en la información asimétrica,

es decir, en el distinto grado de información existente ente prestamista y prestatario en la negociación de operaciones financieras y en las consecuencias que de ello se derivan en relación con el coste de la financiación procedente de entidades bancarias.

El acceso o la disponibilidad de deuda bancaria puede verse afectado por las restricciones impuestas por los proveedores de fondos dando lugar al denominado «racionamiento de crédito». Dichas restricciones financieras se presentan cuando existen problemas de información asimétrica entre prestamistas y prestatarios, concretamente de selección adversa y riesgo moral (STIGLITZ y WEISS, 1981). Como afirman SEGURA y TOLEDO (2003:42), «la existencia de información asimétrica entre el prestamista y la empresa que desea financiar un proyecto de inversión sirve para explicar por sí sola las diferencias entre empresas tanto en el coste como en la estructura de su financiación». En línea con estos autores, el trabajo se centra en analizar la relevancia de la calidad de la información, en particular del informe de auditoría y la calidad del auditor, en las decisiones de los analistas de riesgos, concretamente en el coste de la financiación bancaria de las empresas no cotizadas.

La relación entre calidad de la información y coste de la deuda se puede analizar a través de la estimación del riesgo. En este sentido, un mayor riesgo para los acreedores conlleva una mayor prima de riesgo y, por tanto, un mayor coste de la deuda. PIOT y MISSONIER-PIERA (2007) consideran que el riesgo soportado por los aportantes de deuda tiene dos componentes: 1) riesgo de expropiación derivado de los conflictos de agencia entre accionistas/directivos y acreedores y 2) riesgo de información. El primero de los componentes se relaciona con las posibilidades de transferencia de riqueza realizadas por los accionistas y/o directivos en detrimento de los acreedores, mientras que el segundo depende de la calidad de la información financiera revelada por la empresa. Concretamente, el riesgo informativo se deriva de la probabilidad de que la información facilitada por la empresa y que es relevante para los acreedores, en general, y los analistas de riesgos, en particular, sea de baja calidad (EASLEY y O'HARA, 2004). Un mayor riesgo de información se traduce en una mayor percepción del riesgo de crédito por parte de las entidades financieras, quienes demandarán una mayor prima por riesgo. Así, las empresas con mayor riesgo de información tendrían un mayor coste de capital (EASLEY y O'HARA, 2004).

2.1. Informe de auditoría y decisiones de crédito

Las decisiones de los analistas de riesgos incluyen los términos contractuales de las operaciones de crédito o préstamo, la decisión de conceder o rechazar la solicitud, y si se decide aceptar la operación, se ha de fijar el importe de la operación, el tipo de interés aplicable, el plazo y las garantías exigidas. En el presente estudio se considera el segundo de los aspectos mencionados, el coste de la financiación bancaria obtenida por las empresas. De ahí que se plantee la incidencia de la calidad de la información facilitada por los prestatarios, aproximada por el tipo de opinión emitida por el auditor respecto a las cuentas anuales en el coste de la misma. Por tanto, la primera cuestión a debatir es si los analistas de riesgos tienen en cuenta o no la información contable para la toma de decisiones de crédito a las empresas, condición indispensable para que se pueda contemplar la relevancia de la calidad de dicha información y, por consiguiente, del informe de auditoría. En este sentido, el objetivo de la auditoría y, por tanto, del informe de auditoría es evaluar la calidad de las

revelaciones contables realizadas por las empresas (RUIZ *et al.*, 2002). Así, la opinión emitida por el auditor puede considerarse un indicador de la calidad informativa de la empresa. Con independencia de la opinión recibida, todo informe de auditoría posee un contenido informativo, ya que su función es precisamente incrementar la fiabilidad de la información contable (BRÍO, 1998).

La influencia del informe de auditoría en las decisiones de los usuarios o destinatarios del mismo, en particular de los analistas de riesgos en la banca, dependerá en gran medida de la percepción que tengan éstos acerca de la labor profesional del auditor, así como de la comprensión del mismo, ya que ello restaría valor de uso al informe (RUIZ, 1998). Diversos estudios empíricos han tratado de analizar la relevancia del informe de auditoría en la decisión de los analistas de riesgos de las entidades bancarias, pudiendo distinguir tres líneas de investigación (GUIRAL y GONZALO, 2005): 1) el efecto que tiene en las decisiones de los analistas bancarios el grado de verificación de la información contable; 2) examinar si el formato en que se presenta el informe puede ser la causa de divergencias en el proceso crediticio y; 3) la relevancia del dictamen del auditor atendiendo a las comparaciones entre informes limpios *versus* informes calificados. Según los citados autores, los trabajos en esta última línea muestran resultados poco concluyentes sobre la utilidad de la opinión del auditor en la evaluación de las peticiones de crédito.

Entre los estudios que sugieren una indiferencia en el comportamiento del analista respecto al informe de auditoría se encuentran, entre otros, los de LIBBY (1979) y HOUGHTON (1983), mientras que los estudios de FIRTH (1979) y GUL (1987) obtienen que el signo del informe de auditoría afecta a la fijación de las condiciones económicas de las operaciones de crédito. GUIRAL y GONZALO (2005) evidencian, en un estudio realizado con analistas de tres importantes instituciones bancarias españolas, que el informe de auditoría sólo es relevante en la decisión de los analistas bancarios cuando contradice otras informaciones financieras favorables recibidas sobre el cliente, otorgando mayor peso a los informes desfavorables. Estos autores argumentan que la falta de consenso observada en los estudios puede deberse a las dificultades de comprensión del informe por parte de los analistas de riesgos, a que el informe aporte información redundante, ya conocida por los analistas, o bien a problemas de tipo metodológico en los estudios realizados.

En el ámbito español, VICO y PUCHETA (2005) se plantean averiguar hasta qué punto es relevante la auditoría en la política de crédito. De las entrevistas realizadas a analistas de riesgos, estos autores deducen que el informe de auditoría se ha convertido en una condición *sine qua non* para que la estimación del riesgo se base en datos contables. En esta misma línea, el trabajo de DURÉNDEZ y SÁNCHEZ (2008), sobre la incidencia del informe de auditoría en la financiación bancaria, permite concluir que este informe juega un papel relevante en la obtención de financiación ajena procedente de entidades crediticias. Estos autores encuentran que una empresa cuyas cuentas anuales presenten un informe de auditoría con una opinión con salvedades tendrá menos posibilidades de obtener financiación. Específicamente, la relación entre la opinión del informe de auditoría y el coste de la deuda bancaria es analizada en el estudio de AGUIAR y DÍAZ (2009), quienes evidencian que las empresas de cierta dimensión y con informe favorable presentan un menor coste. Por tanto, partiendo de los argumentos teóricos expuestos se podría asumir la relevancia del informe de auditoría en la reducción de asimetrías informativas entre prestamistas y prestatarios y, por tanto, la presunción de que los analistas de riesgos de la banca consideran la calidad de la información como un mecanismo de

reducción del riesgo de crédito. En este sentido, se predice una relación inversa entre la obtención de un informe favorable y el coste de la deuda bancaria. Por consiguiente, la primera hipótesis se enuncia en los siguientes términos:

H1. *Un informe de auditoría con opinión favorable reduce el coste de la deuda bancaria.*

2.2. Calidad del auditor y coste de la deuda

Como se ha señalado, la auditoría tiene un papel clave en la calificación de la calidad de la información de la empresa y, por tanto, en la reducción de posibles efectos de asimetrías informativas y costes de agencia, que se podrían generar entre prestamista y prestatarios ante un posible comportamiento oportunista de los directivos al divulgar información manipulada. No obstante, otro elemento importante a considerar es la calidad del auditor. En este sentido, de acuerdo con el trabajo seminal de DEANGELO (1981), la calidad del auditor puede definirse en términos de reputación y tamaño; es decir, el prestigio alcanzado por la firma auditora indica su nivel de calidad profesional. La contratación de un auditor de calidad puede reducir las asimetrías informativas y aportar ventajas significativas para las empresas (*e. g.*, MONTERREY y SÁNCHEZ, 2008)¹. En la literatura se acepta que las firmas con mayor participación en el mercado son las más reputadas y, por tanto, las asociadas a un mayor nivel de calidad como auditores. Es decir, el tamaño del auditor, medido por su cuota de mercado, es una *proxy* de la calidad. Así, las firmas de mayor tamaño, conocidas como *Big* son consideradas de mayor calidad (*e. g.*, PITTMAN y FORTIN, 2004; JARA y LÓPEZ, 2007; MONTERREY y SEGURA, 2008).

La reputación del auditor favorece la credibilidad de la información revelada por las empresas (*e. g.*, MONTERREY y SÁNCHEZ, 2008); lo que refuerza la confianza del analista de riesgos en la integridad de los estados financieros que analiza para determinar la prima de riesgo del prestatario. En esta línea, las empresas auditadas por una firma de calidad tendrán una prima de riesgo más acorde a la situación real de la empresa. De igual forma, esa mayor integridad se asocia a una reducción del posible oportunismo y discrecionalidad contable. En esta línea, los trabajos de BECKER *et al.* (1998) y FRANCIS *et al.* (1999) encuentran menores ajustes por devengo discrecionales en las empresas auditadas por una firma de calidad. En el caso español, se pueden destacar los trabajos de GILL DE ALBORNOZ e ILLUECA (2007) y de JARA y LÓPEZ (2007), quienes observan que el prestigio de la firma auditora mejora la calidad de los estados financieros.

La mayor credibilidad de la información de una empresa auditada por una firma de calidad se puede explicar por la existencia de una «capacidad tecnológica diferencial, en concreto el esfuerzo profesional desarrollado (*e. g.*, formación de sus miembros, utilización de metodologías estructuradas de auditoría), y la independencia con la que ejerce su función respecto de un cliente en concreto. Ambas dimensiones configuran la calidad intrínseca» de la auditoría (RUIZ y GÓMEZ, 2008:140).

¹ MONTERREY y SÁNCHEZ (2008) señalan que las empresas pueden recurrir a las auditoras de mayor tamaño cuando tienen mayores necesidades de asesoramiento, ya que garantiza una mayor cobertura de servicios y, además, permite la reducción de gastos para la empresa, al determinar el auditor conjuntamente los honorarios de auditoría y consultoría.

Algunas firmas auditoras internacionales han realizado una inversión importante para crear una imagen de marca de alta calidad, la cual les permite exigir un sobreprecio a sus clientes. Estos auditores están incentivados a mantener el nivel de calidad de su trabajo ya que reducir los estándares supone dañar su marca y la posibilidad de exigir sobreprecios por trabajos futuros (RUIZ y GÓMEZ, 2008).

PITTMAN y FORTIN (2004) encuentran que la contratación de un auditor de calidad (incluido entre los seis grandes, *Big-Six*), al reforzar la credibilidad de la información contable, contribuye a reducir los costes financieros de las empresas cotizadas. Estos resultados sugieren que los acreedores son sensibles a la reputación del auditor y, por tanto, a la calidad de los estados financieros publicados por las empresas ². Por otra parte, en empresas no cotizadas los resultados alcanzados no son concluyentes. Así, KARJALAINEN (2008) obtiene que la elección de una firma auditora incluida entre las grandes reduce el coste de la deuda para una muestra de empresas finlandesas, mientras que PIOT y MISSONIER-PIERA (2007) y FORTIN y PITTMAN (2007) no encuentran evidencia de que la elección de una firma auditora de calidad esté relacionada con el coste de la deuda. Los argumentos previos permiten plantear la siguiente hipótesis:

H2. Las empresas auditadas por una firma de calidad presentan un menor coste de la deuda bancaria.

2.3. El tamaño como moderador de la relación entre calidad de la información y coste de la deuda

Las grandes empresas ofrecen a los acreedores mayores garantías y menos riesgo, al poder diversificar su actividad (TIMAN y WESSELS, 1988). Por ello, estas empresas presentan una mejor reputación en los mercados financieros lo que les permite obtener mayores niveles de deuda y/o soportar menores costes. Las empresas de menor dimensión se caracterizan por una mayor opacidad informativa, esto hace que se enfrenten a mayores problemas de agencia e información asimétrica, lo que afecta a la disponibilidad y coste del crédito (*e. g.*, PETTIT y SINGER, 1985; ORTIZ y PENAS, 2008). En este sentido, CASSAR y HOLMES (2003) argumentan que a las pymes les resulta más costoso resolver el problema de las asimetrías informativas con sus acreedores, por lo que éstos ofrecerán menos capital o aumentarán el coste de los fondos ofrecidos a estas empresas; lo que agrava los problemas de selección adversa y riesgo moral.

En esta línea, BERGER y UDELL (2006) señalan que las entidades de bancarias utilizan tecnologías de crédito ³ para la concesión de financiación a las pymes que no se basan, fundamentalmente, en el análisis de las cuentas anuales del prestatario (excepto en casos muy concretos de empresas extraordinariamente solventes y transparentes, auditadas por grandes firmas multinacionales). Estos autores afirman que las entidades financieras aplican a las pymes tecnologías de crédito que incorporan otro

² El trabajo de FRANCIS *et al.* (2005) muestra la existencia de una relación inversa entre la calidad de los ajustes por devengo, como medida *proxy* de la calidad de la información, y el coste de la deuda.

³ Estos autores definen la tecnología de crédito como una única combinación de fuentes de información, políticas y procedimientos de análisis y evaluación de riesgos, características de los contratos de préstamos y, mecanismos de seguimiento y control del riesgo de riesgo.

tipo de información: datos acerca del propietario de la empresa (*credit scoring*), datos sobre activos susceptibles de ser utilizados como garantía (*asset lending*) o información procedente de las relaciones entre la entidad y el cliente (*relationship lending*). En estos casos, como afirman GILL DE ALBORNOZ e ILLUECA (2007), la información contable de la empresa y, por consiguiente, la mayor o menor calidad de la misma, no sería relevante para establecer las condiciones financieras de los contratos de préstamo.

Por último, hay que reseñar el estudio de PITTMAN y FORTIN (2004), el cual considera la edad como variable moderadora de la relación entre la calidad del auditor y el coste de la deuda. En este sentido, estos autores observan que el efecto reductor en el coste derivado de una mayor calidad del auditor se disipa con la edad de la empresa, de tal forma que el valor añadido de la reputación del auditor disminuye con la edad, debido a que el prestamista va reduciendo las asimetrías informativas por otros medios. En la literatura, la edad y el tamaño suelen ser consideradas como *proxies* inversas de asimetrías informativas. Los argumentos anteriores llevan a plantear la siguiente hipótesis:

H.3. *El tamaño modera la relación entre la calidad de la información y el coste de la deuda bancaria.*

3. ASPECTOS METODOLÓGICOS

3.1. Muestra

La selección de la muestra parte de las empresas españolas no cotizadas y no financieras activas en el periodo 2002-2007 y con información disponible en la base de datos SABI para todos y cada uno de los seis años del citado periodo. Con objeto de contrastar las hipótesis relativas a la calidad de la información contable se requiere disponer de la opinión del auditor así como de la denominación de la firma auditora, la cual sólo está disponible para las empresas que en el momento de depositar sus cuentas en el Registro Mercantil aportan copia del informe de auditoría⁴. Por otra parte, debido a la necesidad de contar con información relativa a la deuda bancaria, al objeto de poder estimar adecuadamente el coste de la misma, es preciso que las empresas faciliten información sobre esta partida, lo cual requiere que las sociedades presenten el balance de situación en formato normal. Además, se ha procedido a eliminar las empresas con recursos propios negativos, como es habitual en los estudios sobre estructura de capital.

Una vez efectuados los citados filtros y, dada la exigencia de que las empresas cuenten con información en todos y cada uno de los años por la necesidad de calcular variables retardadas, la muestra final está constituida por un panel balanceado de 5.031 empresas, lo que representa un total

⁴ La obligación de auditar las cuentas se rige por los mismos criterios que la obligación de presentar las cuentas en formato normal, por lo que, en principio, todas las empresas de las cuales existe información sobre la deuda bancaria deberían aportar el citado informe. Sin embargo, en algunos casos, los datos relativos a la auditoría no están disponibles en la base de datos SABI, lo cual puede deberse a que estas empresas han efectuado el depósito de las cuentas anuales sin el informe del auditor, si bien es posible que posteriormente hayan cumplido o no con este requisito.

de 30.186 observaciones empresa-año. La amplitud del periodo es suficiente para abordar un análisis longitudinal y no es excesivamente largo para que se hayan producido cambios estructurales. Además, se trata de un periodo caracterizado por una importante expansión del crédito bancario motivada por los bajos tipos de interés existentes en España, al igual que en toda la eurozona. Por otra parte, en este periodo, concretamente en el año 2002, se produce un importante acontecimiento que afecta a la credibilidad de las grandes firmas auditoras: la quiebra de la empresa Enron, auditada por Arthur Andersen, hasta entonces una de las más prestigiosas firmas a nivel internacional.

Con objeto de realizar el análisis por tamaños, y siguiendo el criterio establecido en el estudio de GILL DE ALBORNOZ e ILLUECA (2007) referido a empresas españolas no cotizadas, se ha dividido la muestra en tres grupos en función del volumen de activo total de las empresas. El primer grupo contiene las sociedades con un activo inferior a 10 millones de euros, el segundo integra las sociedades con un activo comprendido entre 10 y 20 millones y un tercer grupo está formado por empresas con activo superior a 20 millones de euros.

3.2. Definición de variables

Variable dependiente. *Coste de la deuda bancaria (CosteDeudaBanc).* El coste de la deuda, desde un punto de vista de calidad de la información, ha sido analizado en los trabajos de PITTMAN y FORTIN (2004), FRANCIS *et al.* (2005), PIOT y MISSONIER-PIERA (2007) y KARJALAINEN (2008). El presente estudio considera como variable dependiente el coste de la deuda bancaria, calculado por cociente entre los gastos financieros⁵ y la deuda bancaria (computada como suma de la deuda con entidades de crédito a largo y a corto plazo) media entre dos periodos consecutivos. Además, en la línea de PITTMAN y FORTIN (2004) se han depurado las observaciones extremas de esta variable win-sorizando al 5 por 100 las dos colas del *pool* de datos.

Variable explicativa. *Calidad de la información.* En el presente estudio se consideran dos variables *proxies* de la calidad, opinión del auditor expresada en el informe de auditoría y calidad del auditor, aproximada por el tamaño de la firma auditora.

Opinión del auditor (Opinión). Los tipos de opinión se pueden agrupar en: limpia o favorable, con salvedades, desfavorable y denegación de opinión. Cada una de estas opiniones refleja un diferente grado de calidad de la información (RUIZ *et al.*, 2002). No obstante, debido al reducido número de observaciones con opinión denegada y desfavorable, la opinión del auditor se recoge a través de una variable *dummy* (DURÉNDEZ y SÁNCHEZ, 2008), la cual adopta el valor 1 si la empresa ha obtenido una opinión favorable y 0 en el caso de que el informe de auditoría sea con salvedades, desfavorable o denegado.

Calidad del auditor. Siguiendo la pauta establecida en la literatura sobre calidad informativa, se considera el tamaño de la firma auditora como *proxy* de la calidad de la auditoría. Concretamente,

⁵ La partida de gastos financieros incluye los derivados de la deuda con entidades de crédito y los correspondientes a la emisión de valores, si bien al tratarse de empresas no cotizadas, sólo un 0.36 por 100 de las observaciones empresa-año recurren a la emisión de valores a largo o corto plazo.

se define una variable *dummy* que adopta el valor 1 si la empresa ha sido auditada por una de las cuatro mayores firmas auditoras a nivel internacional ⁶ (**AuditorTop4**) (e. g., PITTMAN y FORTIN, 2004; SIMUNIC *et al.*, 2007; PIOT y MISSONER-PIERA, 2007). Análogamente, a efectos de robustez, se ha ampliado el número de firmas auditoras, considerando aquellas que se encuentran entre las 20 primeras del *ranking* de auditoras publicado anualmente por *Expansión* (**AuditorTop20**) ⁷. No obstante, al objeto de analizar el valor añadido de las otras grandes firmas auditoras (sin considerar las Top4), se ha reformulado esta segunda variable denominándola **AuditorTop5-20**.

Con la finalidad de considerar que el análisis del riesgo de crédito, por parte del analista bancario, se ha de basar en las cuentas anuales auditadas del año precedente y, de acuerdo con los estudios previos, las variables explicativas se introducen de forma retardada en los modelos.

Variables de control. Al objeto de aislar la relación causal entre la calidad de la información y la decisión del analista bancario en relación con las condiciones de las operaciones de crédito se consideran otras variables identificadas en la literatura financiera como determinantes del coste de la deuda, ya sea por considerarse *proxies* de asimetrías informativas o como determinantes del riesgo empresarial. En el presente estudio se han seleccionado las variables más utilizadas en los trabajos previos que abordan esta relación; concretamente los de PITTMAN y FORTIN (2004), FRANCIS *et al.* (2005), PIOT y MISSONIER-PIERA (2007), SIMUNIC *et al.* (2007) y KARJALAINEN (2008). Teniendo en cuenta los citados estudios, las variables de control incluidas son las siguientes: tamaño, nivel de endeudamiento bancario, rentabilidad, liquidez, ratio de cobertura de intereses, variabilidad del resultado, colateral, crecimiento, edad, sector y año. A continuación se concreta la forma de medir cada una de estas variables.

Tamaño. Los resultados de numerosos estudios empíricos avalan la consideración del tamaño como variable determinante del endeudamiento así como del coste de la deuda (SEGURA y TOLEDO, 2003). Además, el tamaño es en sí mismo una *proxy* de asimetrías informativas. En este sentido, debido a la menor cantidad y calidad de la información proporcionada por las pymes, las entidades bancarias se encuentran con mayores asimetrías informativas en el caso de las pequeñas empresas.

Deuda bancaria (DeudaBanc). Debido a que la variable dependiente considera el coste de la deuda bancaria, se ha utilizado como variable de control el importe de deuda bancaria relativizado por el activo total.

Rentabilidad. La rentabilidad considerada en el presente estudio es la económica (**ROA**), la cual se obtiene por cociente entre el resultado antes de intereses e impuestos y el activo total.

⁶ El proceso de concentración de las firmas auditoras internacionales ha dado lugar a una reducción del número de las mismas. Por ello, algunos estudios consideran las denominadas *Big Six*, *Big Five* y *Big Four*. En el periodo de análisis del presente estudio las cuatro mayores firmas auditoras a nivel internacional son PricewaterhouseCooper, Deloitte, KPMG y Ernst & Young.

⁷ Este *ranking* recoge anualmente la relación de las 40 primeras firmas auditoras que operan en España en función de la cifra de negocios. No obstante, en este trabajo se ha considerado solamente el Top20 de dicho *ranking*, que se publica en el diario *Expansión* de forma anual. LIN y LIU (2009) utilizan las *Big10* de un listado de las mayores 100 firmas auditoras en China.

Liquidez, aproximada por el ratio corriente, computado como cociente entre activo y pasivo corriente.

Cobertura de gastos financieros (CobGastosFros). El ratio de cobertura de gastos financieros es computado como el resultado antes de intereses e impuestos dividido por los gastos financieros. Esta variable presenta valores negativos, lo cual carece de sentido económico por lo que se ha procedido a sustituirlos por cero. Asimismo, se han eliminado los valores extremos winsorizando la variable al 5 por 100 por la derecha.

Colateral. La disponibilidad de activos susceptibles de ser utilizados como garantía o colateral en las operaciones de crédito se puede aproximar a través del grado de tangibilidad de los activos, el cual a su vez se estima por el cociente entre inmovilizado y activo total.

Variabilidad del resultado (VarEBITDA). La variabilidad o dispersión calculada como la desviación típica del resultado antes de amortizaciones, intereses e impuestos (EBITDA) dividida por el activo total. Esta variable es considerada como una *proxy* del riesgo económico.

Crecimiento. El crecimiento pasado se puede considerar una *proxy* de las oportunidades de crecimiento futuras (FAMA y FRENCH, 2002). De ahí que en empresas no cotizadas se suele utilizar la tasa de variación del activo entre dos periodos consecutivos o bien la tasa de variación de las ventas, siendo esta última la utilizada en el presente estudio.

Edad. La edad es aproximada por la diferencia entre el año de cómputo y año de constitución de la empresa. ORTIZ y PENAS (2008) asocian la edad con el grado de opacidad informativa, de tal forma que las empresas más jóvenes aportan menos información en sus estados financieros, tienen menos experiencia y menos información pública que las empresas más antiguas.

Sector. El sector se recoge a través de nueve variables dicotómicas de acuerdo con una agrupación basada en los dos primeros dígitos del CNAE.

Año. El año se introduce en forma de variables *dummies*, y trata de recoger factores relacionados con el ciclo económico.

En la **tabla A1** del anexo se resumen las variables y los estudios precedentes sobre calidad de la información y coste de la deuda que las han utilizado. Al igual que las variables explicativas, las variables de control son introducidas en los modelos con un periodo de retardo, a excepción de aquellas computadas en términos de variación.

3.3. Modelo econométrico

Con objeto de contrastar las hipótesis planteadas respecto a la relación entre calidad de la información y el coste de la deuda bancaria se especifica el siguiente modelo econométrico:

$$\begin{aligned}
CosteDeudaBanc_{i,t} = & \beta_0 + \beta_1 Opinión_{i,t-1} + \beta_2 AuditorTop4_{i,t-1} + \beta_3 AuditorTop5_{i,t-1} - 20_{i,t-1} + \beta_4 Tamaño_{i,t-1} + \\
& + \beta_5 DeudaBanc_{i,t-1} + \beta_6 Rentabilidad_{i,t-1} + \beta_7 Liquidez_{i,t-1} + \beta_8 CobGastosFros_{i,t-1} + \beta_9 Colateral_{i,t-1} + \\
& + \beta_{10} VarEBITDA_{i,t-1} + \beta_{11} Crecimiento_{i,t} + \beta_{12} Edad_{i,t} + \beta_{13-20} Sector_{i,t} + \beta_{22} Año_{i,t} + \varepsilon_{it}
\end{aligned} \quad [1]$$

Para estimar los parámetros de la ecuación [1], que relacionan la calidad de la información con el coste de la deuda bancaria en el periodo 2002-2007, se aplica la metodología de datos de panel ⁸. Esta metodología permite considerar la heterogeneidad inobservable de cada empresa a lo largo del periodo, lo cual evita la obtención de estimadores sesgados. Si estos efectos individuales existen y no son recogidos de forma explícita en el modelo al estimarlo por mínimos cuadrados ordinarios (OLS), los coeficientes estimados de las variables explicativas estarán sesgados. En concreto, se estima el modelo con efectos aleatorios y se aplica el test de Breusch-Pagan, también conocido como *Multiplicador de Lagrange*, para valorar la significancia de los efectos aleatorios. La hipótesis nula de este test es que $\sigma_u^2 = 0$. Si se rechaza la hipótesis nula es preferible utilizar el método de efectos aleatorios, tal y como sucede en este estudio. Por otro lado, la estimación por efectos aleatorios permite la inclusión de algunas variables cuyos valores permanecen constantes a lo largo del periodo para cada empresa, tales como la adscripción sectorial. En este sentido, se comprueba la significatividad conjunta del sector como variable relevante en el modelo. La estimación de todos los modelos se realiza con el programa econométrico STATA 10.

4. CALIDAD INFORMATIVA Y COSTE DE LA DEUDA BANCARIA DE LAS EMPRESAS NO COTIZADAS ESPAÑOLAS. EVIDENCIA EMPÍRICA

Este apartado tiene por objeto presentar el estudio empírico realizado sobre la incidencia de la calidad de la información contable revelada por las empresas no cotizadas españolas en el coste de la deuda bancaria. En particular, de acuerdo con las hipótesis planteadas, se trata de analizar, en primer lugar, la relación entre calidad de la información y el coste de la deuda bancaria soportado por las empresas, y en segundo lugar, el efecto moderador del tamaño en la citada relación. El análisis se realiza sobre un panel balanceado de 5.031 empresas en el periodo 2002-2007. Como primera aproximación se procede a realizar un análisis descriptivo, el cual trata de presentar la distribución de las variables relevantes, distinguiendo en función del tipo de informe de auditoría, del tamaño del auditor, así como del tamaño de las empresas. Este primer estudio facilita una visión preliminar, si bien posteriormente se procede a realizar un análisis econométrico que permite aislar la relación causal entre la calidad de la información y el coste de la deuda del resto de factores.

4.1. Análisis descriptivo

Antes de centrar el análisis en las variables objeto de estudio, se considera conveniente exponer algunos datos relativos al endeudamiento de las empresas de la muestra en el periodo estudiado.

⁸ Los datos de panel utilizan tanto las observaciones de corte transversal como de series temporales, por lo que presentan ventajas frente a las técnicas que utilizan sólo una de las dos. Así, al considerar ambos tipos de observaciones aumenta los grados de libertad y se reduce la multicolinealidad del modelo, lo que mejora la eficiencia de las estimaciones de los parámetros (ARCAS y VIDAL, 2004).

Como puede observarse en la **tabla 1**, el nivel de endeudamiento se sitúa en términos medios en el 63.5 por 100 y los fondos procedentes de la banca representan en torno al 38.57 por 100 de la deuda total. Ello indica que aproximadamente una cuarta parte (24.49%) de los recursos totales de las empresas no cotizadas están constituidos por deuda bancaria, ya sea con vencimiento a corto o a largo plazo. Además, la deuda bancaria suele ser la principal fuente de fondos a largo plazo, mientras que en el corto predomina la financiación procedente de otros proveedores de recursos entre los que destacan los acreedores comerciales. En cuanto al coste de la deuda bancaria, éste se sitúa en el 6.83 por 100 de media a lo largo del periodo, si bien la mediana es del 4.83 por 100.

TABLA 1. *Deuda y coste financiero de las empresas no cotizadas españolas. 2002-2007. (%)*

		Total	Pequeñas	Medianas	Grandes
Deuda total/Activo total	Media	63.50	63.13	62.47	65.00
	Mediana	66.24	65.45	65.64	68.03
	D.T.	19.69	18.92	20.25	20.31
Deuda Bancaria/Deuda total	Media	38.57	37.50	40.46	38.59
	Mediana	38.58	37.04	41.26	38.76
	D.T.	23.64	22.50	22.89	25.88
Coste Deuda Bancaria ^a	Media	6.83	6.98	6.41	6.99
	Mediana	4.83	5.06	4.75	4.59
	D.T.	6.60	6.45	6.02	7.27
N.º de observaciones		25.137	10.989	6.685	7.458

^a Los estadísticos de esta variable se han calculado una vez eliminados los valores extremos, winsorizando por los percentiles 5 y 95 por 100.

Por tamaños, se observa un mayor nivel de endeudamiento en las empresas grandes, siendo similar en las pequeñas y medianas. En cuanto a la deuda bancaria, ésta representa una ligera mayor proporción de la deuda total en las empresas de tamaño mediano (40%), frente a un 37-38 por 100 en los otros colectivos. Por último, en términos medios, se observa una gran similitud en el coste de la deuda bancaria de las empresas pequeñas y grandes (próximo al 7%), reduciéndose hasta el 6.4 por 100 en las de tamaño intermedio. Si se observa el valor de la mediana (véase **tabla 1**), se aprecia un mayor coste de la deuda bancaria en las pequeñas y una reducción del mismo a medida que aumenta el tamaño, lo cual apoya los argumentos relativos a la menor asimetría informativa de las grandes empresas y su incidencia en un menor coste de la deuda.

Los datos relativos a la opinión del auditor así como al tamaño de la firma auditora se reflejan en la **tabla 2**. En dicha tabla se observa que el 76 por 100 de las empresas en el conjunto del periodo presenta un informe de auditoría favorable, mientras que el 24 por 100 es calificado con salvedades, denegado

o desfavorable⁹. Estos datos coinciden con los aportados por DURÉNDEZ y SÁNCHEZ (2008) en su estudio sobre una muestra de empresas españolas auditadas en el periodo 1999-2002. Por tamaños, se detecta una mayor similitud entre empresas pequeñas y medianas, mientras que en las empresas grandes el porcentaje de informes no favorables es superior, representando un 25.63 por 100 frente a un 22-23 por 100 de las pymes. Inicialmente, de estos datos se puede deducir que las empresas grandes no parecen presentar una mejor calidad informativa que las pymes, en contra de la opinión generalizada en la literatura.

TABLA 2. *Calidad de la información de las empresas no cotizadas españolas. 2002-2007. (%)*

	Total	Pequeñas	Medianas	Grandes
Opinión del auditor				
Empresas con auditoría favorable	76.27	76.59	77.86	74.37
Empresas con auditoría no favorable ^a	23.73	23.41	22.14	25.63
Tamaño del auditor				
Empresas con auditor Top4 ^b	18.11	11.45	16.01	29.82
Empresas con auditor no Top4	81.89	88.55	83.99	70.18
Empresas con auditor Top5-20 ^c	9.93	9.44	10.23	10.40
Empresas con auditor no Top5-20	90.07	90.56	89.77	89.60
N.º de observaciones	25,137	10,989	6,685	7,458

^a Auditoría denegada, desfavorable o con salvedades.

^b Auditor Top4, si la empresa es auditada por PricewaterhouseCooper, Deloitte, KPMG o Ernst & Young.

^c Auditor Top5-20 según el ranking anual por cifra de negocios publicado anualmente por el diario *Expansión*.

En cuanto al tamaño del auditor, sólo un 18.11 por 100 de las empresas a lo largo del periodo son auditadas por una firma auditora de las consideradas grandes a nivel internacional (Top4). No obstante, se detectan importantes diferencias por tamaños, siendo el porcentaje de empresas grandes auditadas por un Top4 cercano al 30 por 100, mientras que en las pequeñas se reduce a un 11 por 100 y en las medianas es de un 16 por 100. Ello indica que la elección de una firma auditora grande e internacionalmente reconocida es muy superior entre las grandes empresas, lo cual es lógico teniendo en cuenta el mayor coste que representan los servicios de estas firmas. Sin embargo, es de destacar que aún en el colectivo de las grandes empresas, un 70 por 100 son auditadas por firmas nacionales o locales de mayor o menor tamaño. Como puede observarse en la **tabla 2**, el porcentaje de empresas auditadas por una firma perteneciente a la lista de las Top20, excluidas las cuatro mayores (Top5-20), se distribuye de manera uniforme por los distintos grupos de tamaño, situándose en torno al 10 por 100. Por tanto, si se considera las 20 mayores firmas auditoras, el porcentaje de empresas a lo largo del periodo auditadas por una de estas firmas se eleva al 28 por 100 en el conjunto de la muestra, y al 40 por 100 en el caso de las grandes empresas.

⁹ Las opiniones denegadas representan un 0.35 por 100 y las desfavorables un 0.08 por 100 de la muestra total a lo largo del periodo. Por consiguiente, la práctica totalidad de las opiniones no favorables son con salvedades.

Con objeto de realizar un análisis preliminar de la relación entre la calidad de la información y el coste de la deuda bancaria se presenta la **tabla 3**. Respecto de la opinión del auditor se observa que, en términos medios, dicho coste es inferior en las empresas con auditoría favorable, situándose en el 6.79 por 100 de media a lo largo del periodo, frente a un 6.96 por 100 para las empresas con una opinión de auditoría no favorable. Esta relación se mantiene para todos los tamaños, por lo que se puede afirmar que la obtención de una opinión favorable se asocia a una reducción del coste de la deuda bancaria de las empresas no cotizadas españolas, independientemente del tamaño.

TABLA 3. Coste de la deuda y calidad de la información. Estadísticos descriptivos 2002-2007. (%)

		Total	Pequeñas	Medianas	Grandes
Empresas con auditoría favorable _{t-1}	Media	6.79	6.96	6.38	6.90
	Mediana	4.77	5.00	4.71	4.51
	D.T.	6.62	6.50	6.04	7.26
Empresas con auditoría no favorable _{t-1} ^a	Media	6.96	7.02	6.52	7.23
	Mediana	5.02	5.27	4.95	4.84
	D.T.	6.55	6.30	5.94	7.28
Diferencia de medias ^d		1.80*	0.39	0.80	1.69*
Empresas con auditor Top4 _{t-1} ^b	Media	7.65	7.13	6.21	8.63
	Mediana	4.81	5.00	4.51	4.89
	D.T.	7.78	6.93	6.00	8.80
Empresas con auditor no Top4 _{t-1}	Media	6.65	6.96	6.44	6.29
	Mediana	4.83	5.07	4.80	4.49
	D.T.	6.30	6.39	6.03	6.39
Diferencia de medias		-8.09***	-0.88	1.15	-11.34***
Empresas con auditor Top5-20 _{t-1}	Media	7.51	8.13	6.67	7.41
	Mediana	5.13	5.68	4.91	4.87
	D.T.	7.07	7.31	6.21	7.39
Empresas con auditor no Top5-20 _{t-1}	Media	6.75	6.86	6.38	6.93
	Mediana	4.80	5.02	4.74	4.55
	D.T.	6.54	6.35	6.00	7.26
Diferencia de medias		-5.07***	-5.37***	-1.21	-1.73*

^a Auditoría denegada, desfavorable o con salvedades.

^b Auditor Top4, si la empresa es auditada por Pricewaterhousecooper, Deloitte, KPMG o Ernst & Young.

^c Auditor Top5-20 20 primeras firmas según el ranking anual por cifra de negocios publicado anualmente por el diario *Expansión*, excluidas las Top4.

^d En el cálculo de las diferencias de medias se ha tenido en consideración la existencia o no de igualdad de medias.

Con respecto a la relación entre coste y calidad de la firma auditora, se observa un mayor coste medio de la deuda bancaria en las empresas auditadas por una firma perteneciente al Top4, siendo la diferencia de un punto porcentual. Por tamaños, esta relación se mantiene para las empresas pequeñas y grandes, si bien se invierte para el colectivo de tamaño intermedio. Además, es de destacar que para las grandes empresas, el diferencial de coste de la deuda bancaria entre empresas auditadas por un Top4 y por un auditor no perteneciente a este grupo, es mayor que en las pymes, concretamente, de un 8.63 por 100 a un 6.29 por 100, respectivamente. Esta relación se mantiene en términos de la mediana de la distribución (véase **tabla 3**). No obstante, para el conjunto total de empresas, en términos de mediana, se observa una ligera reducción del coste de la deuda bancaria para las empresas auditadas por una firma integrante del Top4 (4.81% frente a un 4.83%), manteniéndose esta relación para las pymes. En la misma línea, el coste de la deuda bancaria es superior en las empresas auditadas por una firma Top5-20, para el total de la muestra y para todos los colectivos de tamaño, ya sea en términos de media como de mediana.

Por tanto, del análisis descriptivo realizado se puede deducir: 1) la obtención de una opinión favorable se asocia a un menor coste de la deuda bancaria; 2) ser auditada por un Top4 se asocia a un mayor coste de la deuda bancaria a excepción de las empresas medianas y; 3) ser auditada por un Top5-20 se asocia a un mayor coste de la deuda bancaria independientemente del tamaño. Estos resultados resultan un tanto paradójicos a tenor de los argumentos teóricos expuestos, ya que, en principio, se asume que ser auditado por una firma grande otorga una mayor credibilidad a los estados financieros y, por consiguiente, debería incidir en una reducción del coste de la deuda. No obstante, posteriormente se procederá a contrastar estos resultados con un análisis multivariante.

Los estadísticos descriptivos de las variables para el conjunto del periodo analizado, así como la matriz de correlaciones se presentan en la **tabla 4**. En dicha tabla puede observarse que, en términos medios, las empresas analizadas se caracterizan por presentar un nivel de deuda bancaria sobre el activo total del 25 por 100, es decir, una cuarta parte de los recursos totales de las empresas no cotizadas son proporcionados por las entidades bancarias. La rentabilidad económica se sitúa en este periodo en una tasa media del 7.43 por 100. Por último, en la matriz de correlaciones se detecta que la variable opinión retardada presenta un coeficiente de correlación negativo y significativo con el coste de la deuda bancaria. Ello está en concordancia con el análisis descriptivo realizado según el cual las empresas con opinión favorable presentan un menor coste de la deuda bancaria que las empresas que han obtenido un informe no favorable. Asimismo, acorde con el análisis descriptivo para el total de empresas, las variables AuditorTop4 y AuditorTop5-20 presentan una correlación positiva y significativa con el coste de la deuda bancaria. El tamaño, por su parte, presenta una correlación positiva con el coste de la deuda bancaria, negativa con la opinión y positiva con la variable AuditorTop4. Por otra parte, las variables de control deuda bancaria, rentabilidad, variabilidad del resultado, colateral y tamaño presentan también correlaciones significativas con el coste de la deuda.

TABLA 4. Estadísticos descriptivos y matriz de correlaciones entre las variables

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13
Media	0.0683	0.7626	0.1811	0.0993	9.4541	0.2502	0.0743	1.511	14.645	0.320	0.0490	0.1788	23.523
Desviación típica	0.0660	0.4254	0.3851	0.2991	1.0348	0.1775	0.0818	1.4206	18.678	0.2246	0.0525	3.568	13.437
1. CostedeudaBanc	1.000												
2. Opinión _{t-1}	-0.011*	1.000											
3. AuditorTop4 _{t-1}	0.058***	-0.021***	1.000										
4. AuditorTop5-20 _{t-1}	0.034***	-0.002	-0.156***	1.000									
5. Tamaño _{t-1}	0.021***	-0.018***	0.256***	0.006	1.000								
6. DeudaBanc _{t-1}	-0.384***	-0.041***	-0.094***	-0.019***	0.013**	1.000							
7. Rentabilidad _{t-1}	0.109***	0.089***	-0.007	-0.003	-0.011*	-0.215***	1.000						
8. Liquidez _{t-1}	0.049***	0.043***	-0.018***	0.003	0.029***	-0.1149***	0.125***	1.000					
9. CobGastosFros _{t-1}	-0.011*	0.075***	0.046***	0.002	0.036***	-0.47***	0.488***	0.197***	1.000				
10. Colateral _{t-1}	-0.099***	-0.053***	0.088***	-0.002	0.166***	0.079***	-0.077***	-0.157***	0.008	1.000			
11. VarEBITDA	0.043***	-0.031***	0.043***	0.009	-0.047***	-0.099***	0.164***	0.039***	0.135***	0.054***	1.000		
12. Crecimiento	-0.018***	-0.004	0.007	-0.005	0.033***	0.029***	-0.022***	0.026***	-0.011*	-0.021***	0.013**	1.000	
13. Edad	0.043***	-0.002	-0.014**	0.029***	0.086***	-0.097***	-0.010	0.068***	0.034***	0.017***	-0.009	-0.016**	1.000

Variables: *Coste deuda bancaria*: gastos financieros/deuda bancaria media $t_{i,j}$; *Opinión_{t-1}*: *dummy* = 1 si auditoría favorable, 0 en el caso de que el informe de auditoría sea no favorable (salvedades, desfavorable o denegado); *AuditorTop4_{t-1}*: *dummy* = 1 si la firma auditora es un Top4, 0 en caso contrario; *AuditorTop5-20_{t-1}*: *dummy* = 1 si la firma auditora está entre las 20 primeras del *ranking* anual publicado por el diario *Expansión*, excluidas las Top4, y 0 en caso contrario; *Tamaño_{t-1}*: logaritmo del activo total; *DeudaBanc_{t-1}*: deuda bancaria_{t-1}/activo total_{t-1}; *Rentabilidad_{t-1}*: resultado antes de intereses e impuestos_{t-1}/activo total_{t-1}; *Liquidez_{t-1}*: activo corriente_{t-1}/pasivo corriente_{t-1}; *CobGastosFros_{t-1}*: resultado antes de intereses e impuestos_{t-1}/gastos financieros_{t-1}; *VarEBITDA*: desviación típica del resultado antes de amortización, intereses e impuestos_{t-1}; *Colateral_{t-1}*: inmovilizado_{t-1}/activo total_{t-1}; *Crecimiento*: tasa de variación de la cifra de negocios; *Edad*: número de años desde la constitución.

*, **, *** significativo al 10, 5 y 1 por 100, respectivamente.

4.2. Análisis econométrico

En este apartado se presentan los resultados obtenidos de las estimaciones del modelo propuesto para analizar la relación entre la calidad de la información y el coste de la deuda bancaria, considerando las variables de control indicadas en el apartado anterior. Para ello se procede por etapas, introduciendo en el modelo en primer lugar la variable *dummy* de opinión del auditor y, posteriormente, la interacción con el tamaño. Análogamente, la variable *dummy* que refleja si la empresa es auditada por una de las grandes firmas se introduce en el siguiente modelo y, a continuación, su interacción con el tamaño. Posteriormente, se efectúa el análisis para cada uno de los grupos de tamaño considerados, pequeñas, medianas y grandes empresas. Estos resultados se recogen en la **tabla 5** (modelos 1 a 8). Las **tablas 6 y 7** presentan los resultados obtenidos de los análisis de robustez realizados.

Como puede observarse en el modelo 1 (véase **tabla 5**), la variable representativa de la opinión del auditor resulta negativa y significativa, lo cual ofrece apoyo a la hipótesis H1. Sin embargo, en el modelo 2 esta variable pierde la significación estadística cuando se interacciona con el tamaño. Por tanto, se puede afirmar que la relación entre la opinión del auditor y el coste de la deuda bancaria es negativa independientemente del tamaño de la empresa, en línea con los resultados del análisis descriptivo. En el modelo 3 la variable representativa de la calidad del auditor (AuditorTop4) presenta un signo positivo y significativo, mientras que al interaccionar esta variable con el tamaño (modelo 4) se vuelve negativa, si bien el signo positivo es recogido en este modelo por la variable producto que refleja el efecto moderador del AuditorTop4 y el tamaño. Ello indica que cuando se considera conjuntamente el tipo de auditor y el tamaño, la elección de una firma auditadora grande e internacionalmente reconocida per se reduce el coste de la deuda bancaria. Este resultado, en principio, corrobora los planteamientos de la hipótesis H2. No obstante, dicho efecto reductor sobre el coste de la deuda bancaria se ve mermado a medida que aumenta el tamaño de la empresa. Estos resultados pueden explicarse considerando que en las sociedades de mayor dimensión las asimetrías informativas son menores, por lo que el valor añadido de la firma auditadora también puede ser menor.

TABLA 5. *Calidad de la información y coste de la deuda bancaria*

Variable dependiente: Coste deuda bancaria. Panel balanceado de 5.031 empresas no cotizadas españolas. 2003-2007								
Modelos	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)
					Global	Pequeñas	Medianas	Grandes
Opinión _{t-1}	-0.0020** (0.0009)	0.0047 (0.0112)			-0.0019** (0.0009)	-0.0022* (0.0013)	-0.0032* (0.0019)	-0.0023 (0.0018)
Opinión _{t-1} × Tamaño		-0.0007 (0.0012)						
AuditorTop4			0.0034* (0.0019)	-0.0561*** (0.0165)	-0.0562*** (0.0165)	-0.0006 (0.0026)	-0.0045* (0.0025)	0.0118*** (0.0033)
AuditorTop4 × Tamaño				0.0061*** (0.0017)	0.0061*** (0.0017)			

.../...

Variable dependiente: Coste deuda bancaria. Panel balanceado de 5.031 empresas no cotizadas españolas. 2003-2007

Modelos	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)
	Global				Pequeñas Medianas Grandes			
.../...								
Tamaño _{t-1}	0.0032*** (0.0008)	0.0037*** (0.0012)	0.0028*** (0.0008)	0.0010 (0.0009)	0.0010 (0.0009)	-0.0030 (0.0023)	0.0026 (0.0028)	0.0075*** (0.0017)
DeudaBancaria _{t-1}	-0.1431*** (0.0042)	-0.1430*** (0.0042)	-0.1428*** (0.0042)	-0.1417*** (0.0041)	-0.1418*** (0.0041)	-0.1517*** (0.0063)	-0.1296*** (0.0072)	-0.1384*** (0.0073)
Rentabilidad _{t-1}	0.0509*** (0.0078)	0.0509*** (0.0078)	0.0505*** (0.0079)	0.0508*** (0.0078)	0.0512*** (0.0078)	0.0562*** (0.0109)	0.0381** (0.0174)	0.0611*** (0.0134)
Liquidez _{t-1}	-5.4e-05 (0.0001)	-5.4e-5 (0.0001)	-6.7e-5 (0.0002)	-5.27e-5 (0.0001)	-4.38e-5 (0.0001)	0.0010 (0.0013)	0.0002 (0.0012)	-1.61e-5 (0.0001)
CobGastosFros _{t-1}	-0.0005*** (4e-5)	-0.0005*** (4e-5)	-0.0005*** (4e-5)	-0.0005*** (4e-5)	-0.0005*** (4e-5)	-0.0007*** (6.17e-5)	-0.0005*** (7.28e-5)	-0.0004*** (7.18e-5)
Colateral _{t-1}	-0.0152*** (0.0030)	-0.0152*** (0.0030)	-0.0151*** (0.0030)	-0.0155*** (0.0030)	-0.0157*** (0.0030)	-0.0226*** (0.0045)	-0.0166*** (0.0051)	-0.0126** (0.0052)
VarEBITDA	0.0331*** (0.0110)	0.0332*** (0.110)	0.0325*** (0.110)	0.0319*** (0.0111)	0.0316*** (0.0111)	0.0282** (0.0127)	0.0338* (0.0187)	0.0388* (0.0225)
Crecimiento	-8.5e-5 (6.6e-5)	-8.51e-5 (6.6e-5)	-8.6e-5 (6.6e-5)	-8.19e-5 (6.58e-5)	-8.22e-5 (6.68e-5)	0.0007 (0.0021)	-0.0006*** (8.56e-5)	-2.17e-5 (2.94e-5)
Edad	5.65e-6 (5.3e-5)	5.49e-6 (5.3e-5)	1e-5 (5.32e-5)	1.93e-5 (5.31e-5)	1.89e-5 (5.31e-5)	0.0001* (7.52e-5)	-7.83e-5 (7.67e-5)	-2.36e-5 (9.06e-5)
Sector	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Año	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Constante	0.0854*** (0.0093)	0.0802*** (0.124)	0.0865*** (0.0093)	0.1036*** (0.0101)	0.1048*** (0.0101)	0.1439*** (0.0216)	0.0946*** (0.0293)	0.0261 (0.0189)
Test de Wald	1801.22***	1801.63***	1793.19***	1806.46***	1822.59***	856.15***	597.32***	650.83***
R ²	22,06%	22,06%	22,05%	22,31%	22,36%	22,22%	18,98%	26,24%
N.º observaciones	25035	25035	25017	25017	25017	10928	6661	7423

Variables: *Coste deuda bancaria*: gastos financieros/deuda bancaria media_{t,t-1}; *Opinión*_{t-1}: *dummy* = 1 si auditoría favorable, 0 en el caso de que el informe de auditoría sea no favorable (salvedades, desfavorable o denegado); *AuditorTop4*_{t-1}: *dummy* = 1 si la firma auditora es un Top4, 0 en caso contrario; *AuditorTop5-20*_{t-1}: *dummy* = 1 si la firma auditora está entre las 20 primeras del ranking anual publicado por el diario *Expansión*, excluidas las Top4, y 0 en caso contrario; *Tamaño*_{t-1}: logaritmo del activo total; *DeudaBanc*_{t-1}: deuda bancaria_{t-1}/activo total_{t-1}; *Rentabilidad*_{t-1}: resultado antes de intereses e impuestos_{t-1}/activo total_{t-1}; *Liquidez*_{t-1}: activo corriente_{t-1}/pasivo corriente_{t-1}; *CobGastosFros*_{t-1}: resultado antes de intereses e impuestos_{t-1}/gastos financieros_{t-1}; *VarEBITDA*: desviación típica del resultado antes de amortización, intereses e impuestos_{t-1}; *Colateral*_{t-1}: inmovilizado_{t-1}/activo total_{t-1}; *Crecimiento*: tasa de variación de la cifra de negocios; *Edad*: número de años desde la constitución; *Sector*: variables *dummies* dos dígitos CNAE; *Año*: variables *dummies*.

Todos los modelos se han estimado por efectos aleatorios y clusterizando por empresa. Error estándar robusto entre paréntesis. *, **, ***: significativo al 10, 5 y 1 por 100, respectivamente.

Con objeto de profundizar en el análisis del efecto moderador del tamaño en la relación entre calidad de la información y coste de la deuda se presentan los modelos 6 a 8, donde se analiza la incidencia de la opinión y el tipo de auditor para los tres colectivos de tamaño establecidos. Como puede observarse, para las empresas pequeñas (modelo 6), la incidencia de la opinión recogida en el informe de auditoría es negativa aunque débilmente significativa mientras que el efecto del tipo de auditor no resulta estadísticamente significativo (véase **tabla 5**). Para las empresas de tamaño intermedio (modelo 7) ambas variables son significativas y negativas, lo cual se encuentra en consonancia con los datos presentados en la **tabla 3**, donde se aprecia un menor coste de la deuda bancaria para las empresas medianas con opinión favorable respecto a las que obtienen una opinión no favorable, así como un menor coste de la deuda en las empresas auditadas por una firma Top4 respecto a las auditadas por otro tipo de auditor. Por último, para las grandes empresas (modelo 8), la opinión del auditor pierde la significación y prevalece el tamaño de la firma auditora como determinante del coste de la deuda bancaria, si bien con signo positivo. Ello también resulta coherente con los datos presentados en la **tabla 3**, según los cuales el coste de la deuda bancaria es superior en las empresas auditadas por un Top4.

Los resultados obtenidos por tamaños revelan un comportamiento diferenciado por parte de los analistas de riesgos de la banca en función del tamaño de las empresas, fundamentalmente en lo relativo a la firma auditora. Concretamente, para las empresas medianas, los resultados apoyan el argumento de que ser auditado por una firma internacional contribuye a reducir el coste de la deuda, mientras que en las grandes empresas ocurre lo contrario. Por consiguiente, estos resultados ofrecen apoyo a la hipótesis H3 según la cual el tamaño ejerce un efecto moderador en la relación existente entre calidad de la información y coste de la deuda bancaria.

Por otra parte, que si se considera la incidencia del tamaño de la empresa se observa un efecto positivo y significativo del mismo en el coste de la deuda bancaria en los modelos 1 a 3, así como para el colectivo de grandes empresas (modelo 8), siendo no significativo el efecto en los restantes modelos. El signo positivo se interpreta en el sentido de que el tamaño per se contribuye a aumentar el coste de la deuda, lo cual, como se ha comentado en el análisis descriptivo, no parece ofrecer apoyo a los argumentos relativos a las menores asimetrías informativas de las grandes empresas.

Respecto a las restantes variables de control (véase **tabla 5**), los resultados muestran una gran estabilidad en cuanto al signo y significación en los distintos modelos. Así, la liquidez, el crecimiento y la edad no resultan relevantes en la explicación del coste de la deuda bancaria. Las únicas excepciones se presentan en las pequeñas empresas (modelo 6) en donde la edad presenta un signo positivo y significativo y en las empresas medianas (modelo 7) en las que el crecimiento resulta negativo. Por otra parte, la deuda bancaria presenta un signo negativo indicando que un mayor volumen de endeudamiento en el año precedente reduce el coste de la deuda bancaria. Por último, las variables *proxies* de riesgo presentan signos coherentes. Así, un mayor colateral y una mayor capacidad de cobertura de los gastos financieros contribuyen a reducir el coste de la deuda bancaria, mientras que una mayor variabilidad del resultado ejerce un efecto contrario.

4.3. Análisis de robustez

Con objeto de valorar la robustez de los resultados obtenidos, se han llevado a cabo tres tipos de análisis. En primer lugar, siguiendo a GUIRAL y GONZALO (2005), se plantea si la incidencia de la firma auditora en el coste de la deuda difiere en función del tipo de opinión. Estos autores evidencian que el informe de auditoría sólo es relevante en la decisión de los analistas bancarios cuando contradice otras informaciones financieras favorables recibidas sobre el cliente, otorgando mayor peso a los informes desfavorables. Para ello se reestima el modelo 4 para las empresas con opinión favorable y con opinión no favorable por separado. Como puede observarse en la **tabla 6**, los resultados coinciden en signo y significación estadística, tanto en las empresas con opinión favorable (modelo 9) como en las que presentan una opinión no favorable (modelo 10), para el total de empresas. Es decir, la contratación de un auditor de calidad reduce el coste de la deuda bancaria tanto en las empresas con informe favorable como en aquéllas con informe no favorable, si bien este efecto disminuye con el tamaño de la empresa. Al distinguir por tamaños (véanse modelos 11 a 16 de la **tabla 6**), se mantienen igualmente los resultados previamente comentados para los diferentes grupos de empresas por tamaño, con la única excepción de que en las sociedades medianas el auditor Top4 sólo reduce el coste de la deuda cuando la opinión es favorable, lo cual resulta coherente.

TABLA 6. *Calidad de la información y coste de la deuda bancaria. Análisis de robustez (1)*

Variable dependiente: Coste deuda bancaria. Panel balanceado de 5.031 empresas no cotizadas españolas. 2003-2007								
Modelos	(9)	(10)	(11)	(12)	(13)	(14)	(15)	(16)
	TOTAL		PEQUEÑA		MEDIANA		GRANDE	
	FAV	NO FAV	FAV	NO FAV	FAV	NO FAV	FAV	NO FAV
AuditorTop4	-0.0446*** (0.0175)	-0.0933*** (0.0273)	0.0011 (0.0029)	-0.0014 (0.0045)	-0.0054* (0.0029)	0.0002 (0.0053)	0.0108*** (0.0037)	0.0176*** (0.0053)
AuditorTop4 × Tamaño	0.0049*** (0.0018)	0.0102*** (0.0029)						
Tamaño _{t-1}	0.0014 (0.0010)	0.0003 (0.0015)	-0.0017 (0.0025)	-0.0038 (0.0040)	0.0011 (0.0031)	0.0086 (0.0065)	0.0079*** (0.0020)	0.0075*** (0.0028)
DeudaBancaria _{t-1}	-0.1472*** (0.0048)	0.1360*** (0.0074)	-0.1608*** (0.0072)	-0.1319*** (0.0110)	-0.1301*** (0.0079)	-0.1324*** (0.0153)	-0.1393*** (0.0085)	-0.1514*** (0.0128)
Rentabilidad _{t-1}	0.0539*** (0.0089)	0.0493*** (0.0133)	0.0603*** (0.0133)	0.0713*** (0.0177)	0.0578*** (0.0167)	0.0176 (0.0245)	0.0581*** (0.0158)	0.0577** (0.0234)
Liquidez _{t-1}	-4.4e-5 (0.0002)	-0.0018 (0.0018)	0.0011 (0.0014)	-0.004 (0.0033)	-0.0003 (0.0012)	0.0009 (0.0039)	1.5e-5 (0.0001)	-0.0034 (0.0025)
CobGastosFros _{t-1}	-0.0006*** (4.6e-5)	-0.0006*** (8.6e-5)	-0.0007*** (6.99e-5)	-0.0009*** (0.0001)	-0.0006*** (7.17e-5)	-0.0005*** (0.0002)	0.0004*** (8.9e-5)	-0.0005*** (0001)
.../...								

Variable dependiente: Coste deuda bancaria. Panel balanceado de 5.031 empresas no cotizadas españolas. 2003-2007

Modelos	(9)	(10)	(11)	(12)	(13)	(14)	(15)	(16)
	TOTAL		PEQUEÑA		MEDIANA		GRANDE	
	FAV	NO FAV	FAV	NO FAV	FAV	NO FAV	FAV	NO FAV
.../...								
Colateral _{t-1}	-0.0178*** (0.0033)	-0.0158** (0.0053)	-0.0249*** (0.0049)	-0.0161** (0.0076)	-0.0146** (0.0058)	-0.0231*** (0.0079)	0.0168*** (0.0056)	-0.0127 (0.0010)
VarEBITDA	0.0394*** (0.0120)	0.0185 (0.0180)	0.0294** (0.0142)	0.0350 (0.0255)	0.0346 (0.0217)	0.0064 (0.0280)	0.0680*** (0.0247)	-0.0294 (0.0385)
Crecimiento	-9.72e-06 (4e-5)	-0.0002** (7.8e-5)	0.0056* (0.0030)	-0.0002 (0.0014)	0.0019 (0.0014)	-0.0004*** (0.0001)	1.2e-5 (4e-5)	-0.0001** (4.4e-5)
Edad	5e-05 (5.9e-5)	-2.8e-5 (7.9e-5)	0.0001 (8.43e-5)	0.0001 (0.0001)	-5.59e-6 (8.26e-5)	-0.0003** (0.001)	2.9e-5 (0.0001)	-5.6e-5 (0.0001)
Sector	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Año	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Constante	0.1039*** (0.0115)	0.1054*** (0.0152)	-0.1399*** (0.0242)	0.1306*** (0.0372)	0.1100*** (0.0336)	0.0346 (0.0614)	0.0173 (0.0214)	0.0438 (0.0322)
Test de Wald	1463.89***	506.41***	714.12***	203.82***	442.93***	200.77***	498.61***	251.94***
R ²	22.93%	21.17%	23.26%	21.09%	19.76%	19.36%	26.34%	26.38%
N.º observaciones	19067	5950	8362	2566	5183	1478	5518	1905

Variables: *Coste deuda bancaria*: gastos financieros/deuda bancaria media_{t,t-1}; *Opinión_{t-1}*: dummy = 1 si auditoría favorable, 0 en el caso de que el informe de auditoría sea no favorable (salvedades, desfavorable o denegado); *AuditorTop4_{t-1}*: dummy = 1 si la firma auditora es un Top4, 0 en caso contrario; *AuditorTop5-20_{t-1}*: dummy = 1 si la firma auditora está entre las 20 primeras del ranking anual publicado por el diario *Expansión*, excluidas las Top4, y 0 en caso contrario; *Tamaño_{t-1}*: logaritmo del activo total; *DeudaBanc_{t-1}*: deuda bancaria_{t-1}/activo total_{t-1}; *Rentabilidad_{t-1}*: resultado antes de intereses e impuestos_{t-1}/activo total_{t-1}; *Liquidez_{t-1}*: activo corriente_{t-1}/pasivo corriente_{t-1}; *CobGastosFros_{t-1}*: resultado antes de intereses e impuestos_{t-1}/gastos financieros_{t-1}; *VarEBITDA*: desviación típica del resultado antes de amortización, intereses e impuestos_{t-1}; *Colateral_{t-1}*: inmovilizado_{t-1}/activo total_{t-1}; *Crecimiento*: tasa de variación de la cifra de negocios; *Edad*: número de años desde la constitución; Sector: variables dummies dos dígitos CNAE; Año: variables dummies.

Todos los modelos se han estimado por efectos aleatorios y clusterizando por empresa. Error estándar robusto entre paréntesis. *, **, ***: significativo al 10, 5 y 1 por 100, respectivamente.

En segundo lugar, se ha reestimado el modelo 5 para considerar como auditoras de calidad las mayores 20 firmas incluidas en el ranking anual publicado por el diario *Expansión*, separando las Top4 y las Top5-20. Con ello se pretende analizar si la incidencia del tamaño del auditor se limita a las cuatro firmas auditoras internacionales o es extensible a otras entre las que se encuentran las mayores firmas que operan a nivel nacional. Los resultados de la estimación de estos modelos se presentan en la **tabla 7**. En el modelo 17 se incluye la variable AuditorTop5-20, mientras que en el modelo 18 se añade la interacción de ésta con el tamaño. En ambos modelos la variable representativa de la opinión del auditor resulta negativa y significativa, al igual que sucede en el modelo 5 previamente comentado. Por tanto, en el modelo 17 se mantienen los resultados y, además, la nueva

variable AuditorTop5-20 ejerce un efecto positivo y significativo. En el modelo 18, la variable AuditorTop5-20 per se resulta significativa y negativa mientras que su interacción con el tamaño es positiva. Estos resultados no sólo corroboran los encontrados en los modelos iniciales, sino que permiten ampliar la lista de firmas auditoras al Top20 del *ranking*, no limitándose, por consiguiente, la incidencia de la firma auditora a las Top4 internacionales. Si se consideran los tres grupos de tamaño (véanse modelos 19 a 21), se mantiene el signo negativo de la opinión sólo en las empresas medianas, al igual que en los modelos iniciales. Asimismo, ser auditado por un Top4 o un Top5-20 encarece el coste de la deuda bancaria sólo en el caso de las grandes empresas, no siendo significativo en las pymes cuando se consideran conjuntamente los dos tipos de firmas auditoras.

En tercer lugar, se ha reestimado el modelo 5 modificando la metodología. En concreto, se estima el modelo por efectos fijos, ya que aunque se contrastó la importancia de los efectos aleatorios y la relevancia de los sectores, si los efectos individuales se encontrasen correlacionados con las variables explicativas del modelo, los resultados de la estimación con efectos aleatorios y con *dummies* sectoriales podrían estar sesgados. Los resultados de la estimación de este modelo se presentan en la **tabla 7** (modelo 22), en la que se puede observar que las conclusiones alcanzadas cuando se ha utilizado la estimación por efectos aleatorios no cambian de manera cualitativa. Un auditor de calidad ejerce un efecto reductor del coste de la deuda bancaria que se disipa con el tamaño de la empresa.

TABLA 7. *Calidad de la información y coste de la deuda bancaria. Análisis de robustez (2)*

Variable dependiente: Coste deuda bancaria. Panel balanceado de 5.031 empresas no cotizadas españolas. 2003-2007

	(17)	(18)	(19)	(20)	(21)	(22)	(23)
	Pequeñas			Medianas	Grandes	Efectos fijos	Variables instrumentales
Opinión _{t-1}	-0.0019** (0.0009)	-0.0019** (0.0009)	-0.0022 (0.0014)	-0.0032* (0.0018)	-0.0023 (0.0018)	-0.0013 (0.0009)	-0.0013 (0.0009)
AuditorTop4	-0.0562*** (0.0165)	-0.0643*** (0.0164)	-0.0002 (0.0027)	-0.0040 (0.0026)	0.0136*** (0.0033)	-0.0309* (0.0168)	-0.0309* (0.0168)
AuditorTop4 × Tamaño	0.0061*** (0.0017)	0.0070*** (0.0017)				0.0033** (0.0017)	0.0033** (0.0017)
AuditorTop5-20	0.0045** (0.0019)	-0.0425** (0.020)	0.0025 (0.0026)	0.0033 (0.0033)	0.0086** (0.0039)		
AuditorTop5-20 × Tamaño		0.0049** (0.0021)					
Tamaño _{t-1}	0.0009 (0.0009)	0.0001 (0.0009)	-0.0031 (0.0023)	0.0026 (0.0029)	0.0074*** (0.0017)	0.0009 (0.0016)	0.0009 (0.0016)
DeudaBancaria _{t-1}	-0.1416*** (0.0041)	-0.1414*** (0.0041)	-0.1516*** (0.0063)	-0.1296*** (0.0072)	-0.1377*** (0.0072)	-0.1177*** (0.0036)	-0.1177*** (0.0036)

.../...

Variable dependiente: Coste deuda bancaria. Panel balanceado de 5.031 empresas no cotizadas españolas. 2003-2007

	(17)	(18)	(19)	(20)	(21)	(22)	(23)
			Pequeñas	Medianas	Grandes	Efectos fijos	Variables instrumentales
...							
Rentabilidad _{t-1}	0.0513*** (0.0078)	0.0512*** (0.0078)	0.0563*** (0.0109)	0.0386** (0.0174)	0.0612*** (0.0134)	0.0243*** (0.0055)	0.0243*** (0.0055)
Liquidez _{t-1}	-4.0e-5 (0.0001)	-3.2e-5 (0.0001)	0.0010 (0.0014)	0.0002 (0.0012)	-3.76e-06 (0.0001)	-4.933e-5 (0.0002)	-4.9e-5 (2.40e-5)
CobGastosFros _{t-1}	-0.0005*** (4e-5)	-0.0005*** (3.9e-5)	-0.0007*** (6.1e-5)	-0.0005*** (7.3e-5)	-0.0005*** (7.1e-5)	-0.0002*** (3.07e-5)	-0.0002*** (3.06e-5)
Colateral _{t-1}	-0.0157*** (0.0030)	-0.0158*** (0.0030)	-0.0225*** (0.0044)	-0.0167*** (0.0051)	-0.0129** (0.0052)	-0.0015 (0.0042)	-0.0015 (0.0042)
VarEBITDA	0.0312*** (0.0111)	0.0317*** (0.0113)	0.0279** (0.0127)	0.0327* (0.0186)	0.0382* (0.0224)	0.0263* (0.0141)	0.0263* (0.0141)
Crecimiento	-8.1e-5 (6.6e-5)	-7.9e-5 (6.7e-5)	0.0007 (0.0020)	-0.0006*** (8.5e-5)	-1.9e-5 (2.9e-5)	-6.63e-5 (7.5e-5)	-6.63e-5 (7.57e-5)
Edad	1.7e-5 (5.3e-5)	1.7e-5 (5.3e-5)	0.0001* (7.5e-5)	-7.8e-5 (7.6e-5)	-2.5e-5 (9e-5)	0.0475 (0.0336)	0.0475 (0.0336)
Constante	0.1051*** (0.0101)	0.1121*** (0.0101)	0.1441*** (0.0216)	0.0942*** (0.0293)	0.261 (0.0189)	-1.1378 (0.8759)	
N.º observaciones	25017	25017	10928	6661	7423	25017	
R ²	22.43%	22.43%	22.28%	19.02%	26.27%		
Test de Wald (F)	1827.02***	1830.76***	856.79***	599.61***	654.52***	107.95***	107.95***
Test de Sargan (p-val)							0.120 (0.7293)

Variables: *Coste deuda bancaria*: gastos financieros/deuda bancaria media_{t,t-1}; *Opinión_{t-1}*: dummy = 1 si auditoría favorable, 0 en el caso de que el informe de auditoría sea no favorable (salvedades, desfavorable o denegado); *AuditorTop4_{t-1}*: dummy = 1 si la firma auditora es un Top4, 0 en caso contrario; *AuditorTop5-20_{t-1}*: dummy = 1 si la firma auditora está entre las 20 primeras del ranking anual publicado por el diario *Expansión*, excluidas las Top4, y 0 en caso contrario; *Tamaño_{t-1}*: logaritmo del activo total; *DeudaBanc_{t-1}*: deuda bancaria_{t-1}/activo total_{t-1}; *Rentabilidad_{t-1}*: resultado antes de intereses e impuestos_{t-1}/activo total_{t-1}; *Liquidez_{t-1}*: activo corriente_{t-1}/pasivo corriente_{t-1}; *CobGastosFros_{t-1}*: resultado antes de intereses e impuestos_{t-1}/gastos financieros_{t-1}; *VarEBITDA*: desviación típica del resultado antes de amortización, intereses e impuestos_{t-1}; *Colateral_{t-1}*: inmovilizado_{t-1}/activo total_{t-1}; *Crecimiento*: tasa de variación de la cifra de negocios; *Edad*: número de años desde la constitución. Error estándar robusto entre paréntesis. *, **, ***: significativo al 10, 5 y 1 por 100, respectivamente.

Finalmente, en la literatura se ha señalado la posible existencia de un problema de endogeneidad relacionado con la variable de selección del tipo de auditor. Así, las empresas pueden considerar conjuntamente los costes y beneficios relacionados con la elección del auditor al determinar su contratación. De esta forma, el tipo de firma auditora estaría correlacionado con las características específicas de las empresas. En presencia de este problema las estimaciones podrían estar sesgadas. En aras de tratar el potencial problema de endogeneidad, se estima el modelo mediante el enfoque de variables instrumen-

tales (IV). Para ello, se encuentran instrumentos válidos con base en una revisión de la literatura sobre elección del auditor, y se valora su fortaleza utilizando el test de la F en la regresión del tipo de auditor con las variables instrumentales. El valor del test permite aceptar que los instrumentos explican la elección del auditor. Además, se considera el test de Sargan, para testar la sobre-identificación, es decir, este test evalúa la validez conjunta de los instrumentos seleccionados. La hipótesis nula es que los instrumentos son válidos (no correlacionados con el término de error). En la **tabla 7**, se presentan los resultados de la estimación del modelo con variables instrumentales (modelo 23), no observándose cambios cualitativos respecto a los resultados comentados en los modelos anteriores.

En síntesis, se puede considerar que los resultados inicialmente encontrados son robustos tanto para la muestra total como para los diferentes colectivos de tamaño. Además, se observa que los resultados se mantienen cuando se amplía el conjunto de firmas auditoras grandes a las Top20, y que no se alteran cuando se distingue en función del tipo de opinión favorable o no favorable.

5. DISCUSIÓN DE RESULTADOS Y CONCLUSIONES

En el presente trabajo se ha analizado la relación entre la calidad de la información y el coste de la deuda de las empresas no cotizadas españolas; centrándose, a diferencia de estudios previos, en el coste de la deuda bancaria. Para ello se parte de los argumentos relativos a la existencia de información asimétrica entre prestamistas y prestatarios como uno de los factores determinantes de la prima de riesgo que los analistas incluyen en el coste de la deuda. En este sentido, la literatura señala que la auditoría reduce las asimetrías informativas entre empresas y entidades financieras, ya que mejora la calidad de la información divulgada por aquéllas. Ello reduce el riesgo de información y, por tanto, la obtención de un informe de auditoría favorable así como la calidad de la firma auditora debería contribuir a una disminución en el coste de la deuda. No obstante, la existencia de argumentos relativos a la incidencia del tamaño aconsejan plantear un efecto moderador del mismo en la relación entre calidad de la información y coste de la deuda.

Con respecto a los estudios precedentes, esta investigación ha profundizado en algunos aspectos escasamente analizados. En primer lugar, se considera la deuda bancaria, lo cual evita el efecto agregación derivado de la conjunción de diferentes tipos de deuda con características muy diferentes. En esta línea, se ha tratado de aislar la deuda bancaria de la contraída por emisión de valores así como de otras fuentes, ya sean de carácter interno (por ejemplo, procedente de empresas del grupo) o externo de tipo no bancario. Ello presenta la ventaja de permitir un análisis causal calidad información-coste deuda orientado al destinatario principal del informe de auditoría en las empresas no cotizadas, que es el analista de riesgos de la banca.

En segundo lugar, el presente estudio se centra en empresas no cotizadas. En este sentido, cabe señalar que algunos autores se han cuestionado si los resultados encontrados en relación con la incidencia de ser auditado por una firma integrante de las *Big* afectan o no al coste de la deuda en el caso de las empresas no cotizadas. Concretamente, FORTIN y PITTMAN (2007) se cuestionan si los resultados obtenidos para las empresas cotizadas son extensibles a las no cotizadas y, en efecto, apuntan la

no relevancia de contratar una firma auditora de las *BigFour* en el coste de la deuda en empresas no cotizadas. Para el caso español, DURÉNDEZ y SÁNCHEZ (2008), para una muestra de 316 sociedades (mayoritariamente no cotizadas), no obtienen resultados estadísticamente significativos respecto a la incidencia del tipo de auditor, ya sea éste un individuo, una sociedad pequeña/mediana o una de carácter multinacional, en la obtención de financiación bancaria. La consideración de empresas no cotizadas ha permitido utilizar el tipo de opinión, además del tamaño de la firma auditora, como variable *proxy* de la calidad. Además, en el presente estudio se ha considerado la incidencia de otras grandes firmas auditoras, aparte de las reconocidas internacionalmente (*BigSix*, *BigFive*, *BigFour*), lo que ha permitido revelar el papel de estas otras importantes firmas.

Los resultados obtenidos permiten distinguir la incidencia del tipo de opinión y de la firma auditora, así como del tamaño, en el coste de la deuda. En esta línea, la obtención de una opinión de auditoría favorable contribuye a reducir el coste de la deuda bancaria, independientemente del tamaño, lo cual ofrece apoyo a la hipótesis H1. Entre los estudios consultados, el único que se centra en la opinión del auditor es el realizado por DURÉNDEZ y SÁNCHEZ (2008) para una muestra de 316 empresas españolas en el periodo 1999-2002, quienes observan la relevancia del informe de auditoría en la obtención de financiación bancaria, si bien no analizan el coste de la deuda. Estos autores concluyen que los informes de auditoría que implican una opinión con salvedades, desfavorable o denegada añadirán incertidumbre y desconfianza sobre la situación de la empresa y, por tanto, influirán negativamente en la decisión del prestamista sobre la concesión de un crédito.

En cuanto a la calidad de la firma auditora, los resultados apuntan a que, considerada de forma aislada, la elección de una firma de prestigio contribuye a encarecer el coste de la deuda bancaria, lo cual es contrario a los argumentos teóricos y la evidencia previa. No obstante, cuando se considera expresamente el efecto moderador del tamaño, la calidad de la firma auditora per se reduce el coste de la deuda bancaria, ya sea ésta una firma perteneciente a las Top4 reconocidas a nivel internacional como a las mayores 20 firmas que operan en España (Top20). Este resultado está en la línea de los encontrados por KARJALAINEN (2008), en un estudio realizado para una muestra de 832 pymes finlandesas en el periodo 2001-2005, quien obtiene que la elección de una firma auditora incluida entre las grandes reduce el coste de la deuda. Además, la interacción entre calidad de la firma auditora y tamaño incide de forma positiva, lo cual indica que el efecto reductor que ejerce la calidad del auditor en el coste de la deuda se ve mermado en las grandes empresas. En esta línea los resultados coinciden con los obtenidos por PITTMAN y FORTIN (2004) para una muestra de 371 sociedades cotizadas norteamericanas quienes encuentran que las empresas que contratan a un auditor incluido entre los seis grandes (*BigSix*) presentan un menor coste medio de la deuda. Ello sugiere a estos autores que los acreedores son sensibles a la reputación del auditor y, por tanto, a la calidad de los estados financieros publicados por las empresas. Además, estos autores encuentran que el citado efecto se disipa con la edad de la empresa, de tal forma que el valor añadido de la reputación del auditor disminuye con la edad, debido a que el prestamista ve reducidas las asimetrías informativas por otros medios. Por consiguiente, estos resultados ofrecen apoyo a la hipótesis H3 según la cual el tamaño ejerce un efecto moderador en la relación calidad de la información-coste de la deuda bancaria.

Respecto al tamaño, los resultados obtenidos en relación con la opinión del auditor para los distintos colectivos revelan que la reducción del coste de la deuda bancaria se produce en las pequeñas y medianas empresas, no siendo relevante en las grandes. En cuanto a la calidad del auditor, los

resultados por tamaños desvelan un comportamiento diferenciado del analista de riesgos de la banca. Así, en el caso de las pequeñas empresas, la elección de una firma auditora grande no resulta relevante, mientras que para las medianas contribuye a reducir el coste (en particular cuando se obtiene una opinión favorable) y para las grandes, por el contrario, se incrementa.

En las empresas pequeñas (activo inferior a diez millones de euros), a la luz de los resultados obtenidos, se puede afirmar que la incidencia de la calidad de la información proporcionada por la auditoría resulta irrelevante, independientemente del tipo de opinión y del tamaño de la firma auditora, por lo que la auditoría no parece jugar un papel en la reducción de las asimetrías informativas. Estos resultados están en línea con AGUIAR y DÍAZ (2009), quienes encuentran que en las empresas pequeñas la opinión del informe de auditoría es irrelevante. De igual forma, los resultados también están en concordancia con los de SIMUNIC *et al.* (2007) para una muestra de empresas no cotizadas y no obligadas a auditarse coreanas. Estos autores encuentran que las empresas auditadas por una firma *Big* no afecta al coste de la deuda. En este sentido, BERGER y UDELL (2006) sugieren que las tecnologías de crédito utilizadas por los bancos para la concesión de financiación a las pymes no se basan primordialmente en el análisis de las cuentas anuales del prestatario. En esta misma línea, PIOT y MISSONIER-PIERA (2007) sugieren que la calidad de la información contable no es un elemento principal para los acreedores financieros. Ello puede explicarse, según estos autores, por la culturalmente menor utilización de los estados contables en la toma de decisiones de préstamo, al considerar los bancos, fundamentalmente las garantías ofrecidas por la empresa como colateral.

Solamente en las empresas de mediana dimensión (activo entre diez y veinte millones de euros), tanto la obtención de una opinión favorable como el elegir una firma auditora de las grandes (Top4 o Top20) contribuye a reducir el coste de la deuda bancaria. Ninguno de los estudios revisados realiza la distinción por tamaños, lo cual dificulta la discusión de los resultados. Por tanto, la hipótesis H2 sería aceptada solamente para el caso de las empresas medianas, y más concretamente en el caso de obtener un informe favorable.

En cuanto a las grandes empresas, resulta un tanto paradójico que contratar a una firma auditora de prestigio contribuya a aumentar el coste de la deuda. Una posible explicación a este resultado podría ser que los analistas de riesgos perciben un mayor riesgo de expropiación en las grandes empresas las cuales pueden tener más recursos e incentivos para realizar prácticas de manipulación de las cifras contenidas en los estados contables. Ésta es una cuestión susceptible de ser explorada en profundidad considerando la estructura de propiedad y el gobierno de las empresas, lo cual excede de los objetivos del presente estudio, si bien constituye una extensión del mismo que se abordará en futuros trabajos.

Por último, el presente estudio contribuye a profundizar en las implicaciones de la calidad de la información y, en particular, de la auditoría en las decisiones de los analistas de riesgos de la banca, por lo que resulta crucial la consideración de la misma en los estudios relativos al análisis de la evaluación del riesgo de crédito. Además, los resultados obtenidos ponen de relieve la importancia del tamaño en la financiación de la empresa, tanto por las preferencias de los directivos o empresarios como por la actitud de las entidades bancarias, lo cual ha sido puesto de manifiesto en diversos trabajos. Esto conlleva como importante aplicación práctica la necesidad de distinguir en función de la dimensión al plantear políticas públicas de apoyo empresarial.

Bibliografía

- AGUIAR DÍAZ, I. y DÍAZ DÍAZ, N.L. [2009]: «Calidad de la información y coste de la deuda bancaria de la empresa canaria», *Revista de Hacienda Canaria*, n.º 29.
- ARCAS PELLICER, M.J. y VIDAL BLASCO, M.A. [2004]: «Actuación discrecional sobre el resultado ante un cambio en la normativa fiscal», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. XXXIII, n.º 122, págs. 603-636.
- BALL, R. y SHIVAKUMAR, L. [2005]: «Earnings Quality in the UK Private Firms: Comparative Loss Recognition Timeliness», *Journal of Accounting and Economics*, vol. 39, págs. 83-128.
- BECKER, C., DEFOND, M.L., JIAMBALVO, J. y SUBRAMANYAM, K.R. [1998]: «The effect of quality on earnings management», *Contemporary Accounting Research*, vol. 15, págs. 1-24.
- BERGER, A.N. y UDELL, G.F. [2006]: «A more complete conceptual framework for SME finance», *Journal of Banking and Finance*, n.º 30, págs. 2.945-2.966.
- BRÍO, E. [1998]: «Efectos de las salvedades de los informes de auditoría sobre el precio de las acciones en la Bolsa de Madrid», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. XXVII, n.º 94, págs. 129-170.
- CASSAR, G. y HOLMES, S. [2003]: «Capital structure and financing of SMEs: Australian evidence», *Accounting and Finance*, vol. 43, págs. 123-147.
- DEANGELO, L.E. [1981]: «Auditor size and audit quality», *Journal of Accounting and Economics*, vol. 3, págs. 183-199.
- DENIS, D.J. y MIHOV, V.T. [2002]: «The choice among bank debt, non-bank private debt, and public debt: Evidence from new corporate borrowings», *Journal of Financial Economics*, vol. 70, n.º 1, págs. 3-28.
- DIAMOND, D. [1984]: «Financial intermediation and delegated monitoring», *Review of Economic Studies*, vol. 62, págs. 393-414.
- [1991]: «Monitoring and reputation: the choice between bank loans and directly placed debt», *Journal of Political Economy*, vol. 99, págs. 689-721.
- DURÉNDEZ, A. y SÁNCHEZ, J. [2008]: «La influencia del Informe de auditoría en la obtención de financiación bancaria», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. XXXVII, n.º 138 págs. 255-278.
- EASLEY, D. y O'HARA, M. [2004]: «Information and the cost of capital», *Journal of Finance*, n.º 59, págs. 1.553-1.584.
- FAMA, E. [1985]: «What's different about banks?», *Journal of Monetary Economics*, n.º 15, págs. 29-39.
- FAMA, E. y FRENCH, K. [2002]: «Testing Trade-Off and Pecking Order Predictions About Dividends and Debt», *The Review of Financial Studies*, vol. 15, n.º 1, págs. 1-33.
- FIRTH, M. [1979]: «Qualified audit reports and bank lending decisions», *Journal of Bank Research*, págs. 231-241.
- FORTIN, S. y PITTMAN, J.A. [2007]: «The role of auditor choice in debt pricing in private firms», *Contemporary Accounting Research*, vol. 24, n.º 3, págs. 859-896.
- FRANCIS, J., LAFOND, R., OLSSON, P. y SCHIPPER, K. [2005]: «The market pricing of accruals quality», *Journal of Accounting and Economics*, n.º 39, págs. 295-327.

- FRANCIS, J.R., MAYDEW, E.L. y SPARKS, H.C. [1999]: «The role of Big 6 auditors in the credible reporting of accruals». *A Journal of Practice and Theory*, vol. 18, págs. 17-34.
- GILL DE ALBORNOZ, B. e ILLUECA, M. [2007]: «La calidad de los ajustes por devengo no afecta al coste de la deuda de las pymes españolas», *Investigaciones económicas*, vol. XXXI, n.º 1, págs. 79-117.
- GOSH, A. [2007]: «Bank Debt Use and Firm Size: Indian Evidence», *Small Business Economics*, vol. 29, págs. 15-23.
- GUIRAL, A. y GONZALO, J. [2005]: «Informe de Auditoría y comportamiento de los analistas de riesgos: el modelo de revisión de creencias», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. XXXI, n.º 125, págs. 501-536.
- GUL, F.A. [1987]: «The effects of uncertainty reporting on lending officers' perceptions of risk and additional information required», *Abacus*, vol. XXIII, n.º 2, págs. 172-181.
- HOUGHTON, K.A. [1983]: «Audit reports. Their impact on the loan decision process and outcome: an experiment». *Accounting and Business Research*, págs. 15-20.
- JARA BERTÍN, M.A. y LÓPEZ ITURRIAGA, F.J. [2007]: «Auditoría y discrecionalidad contable en la gran empresa no financiera española». *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. XXXVI, n.º 135, págs. 569-594.
- KARJALAINEN, J. [2008]: «Auditor Choice and Cost of Debt Financing for Private SMEs». WP copia electrónica disponible en: <http://lipas.uwasa.fi/ktt/lasktoim/tuto2008/karjalainenjukkato2008.pdf>
- KIM, J.B., SONG, B.Y. y TSUI, J. [2007]: «Auditor quality, tenure, and bank loan pricing». *SSRN Working Paper*, n.º 873598.
- KRISHNASWAMI, S., SPINDT, P. y SUBRAMANIAM, V. [1999]: «Information asymmetry, monitoring, and the choice between public and privately placed debt», *Journal of Financial Economics*, vol. 51, págs. 407-434.
- LELAND, H. y PYLE, D. [1977]: «Informational Asymmetries, Financial Structure and Financial Intermediation», *Journal of Finance*, vol. 32, n.º 2, págs. 371-387.
- LIBBY, R. [1979]: «The impact of Uncertainty Report on the Loan Decision», *Journal of Accounting Research*, n.º 17, págs. 35-71.
- LIN, Z.J. y LIU, M. [2009]: «The impact of corporate governance on auditor choice: Evidence from China», *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation*, vol. 18, págs. 44-59.
- MONTERREY, J. y SÁCHEZ, A. [2008]: «Gobierno corporativo, conflictos de agencia y elección de auditor», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. XXXVII, n.º 137, págs. 113-156.
- ORTIZ, H. y PENAS, M. [2008]: «Lending to Small businesses: the role of loan maturity in addressing information problems», *Small Business Economics*, vol. 30, págs. 361-383.
- PETTIT, R. y SINGER, R. [1985]: «Small Business Finance: a Research Agenda», *Financial Management*, vol. 14, n.º 3, págs. 47-60.
- PIOT, C. y MISSONIER-PIERA, F. [2007]: «Corporate governance, audit quality and the cost of debt financing of French listed companies», *SSRN working paper*, n.º 960681.
- PITTMAN, J.A. y FORTIN, S. [2004]: «Auditor choice and the cost of debt capital for newly public firms», *Journal of Accounting and Economics*, vol. 37, págs. 113-136.
- RUIZ BARBADILLO, E. [1998]: «Dimensiones informativas y objetivos del informe de auditoría», *Revista de Contabilidad*, vol. 1, n.º 2, págs. 129-152.
- RUIZ BARBADILLO, E. y GÓMEZ AGUILAR, N. [2008]: «Discusión sobre gobierno corporativo, conflictos de agencia y elección de auditor», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. XXXVII, n.º 137, págs. 113-156.

- RUIZ BARBADILLO, E., GÓMEZ AGUILAR, N. y GUIRAL, A. [2002]: «Una comparación inter-sectorial por tamaño de la calidad de la información contable a través del análisis del informe de auditoría», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. XXXI, n.º 105, págs. 705-742.
- SEGURA, J. y TOLEDO, L. [2003]: «Tamaño, estructura y coste de financiación de las empresas manufactureras españolas», *Investigaciones Económicas*, vol. XXVII, págs. 39-69.
- SIMUNIC, D., KIM, J., STEIN, M. y YI, C. [2007]: «Voluntary Audit and the Cost of Debt Capital for Privately Held Firms: Korean Evidence», *SSRN working paper*, n.º 773809.
- STIGLITZ, J. y WEISS, A. [1981]: «Credit Rationing in Markets with Imperfect Information», *American Economic Review*, vol. 71, págs. 279-410.
- TITMAN, S. y WESSELS, R. [1988]: «The Determinants of Capital Structure Choice», *The Journal of Finance*, vol. 43, n.º 1, págs. 1-19.
- VICO, A. y PUCHETA, C. [2005]: «Un estudio empírico sobre la relación entre informe de auditoría y cambio de auditor», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. XXXIV, n.º 124, págs. 45-76.

ANEXO

TABLA A1. Definición de variables.

Variabes (Abreviaturas)	Cálculo	Estudios precedentes
Coste deuda bancaria ^a (KdeudaBanc)	Gastos Financieros _t / Deuda bancaria media _{t y t-1}	
Opinión auditor (Opinión)	<i>Dummy</i> = 1 si opinión favorable <i>Dummy</i> = 0 si denegada, desfavorable o salvedades	DURÉNDEZ y SÁNCHEZ (2008)
Calidad auditor (AuditorTop4)	<i>Dummy</i> = 1 si firma auditora pertenece a las cuatro grandes, y 0 en caso contrario	PITTMAN y FORTIN (2004); PIOT y MISSONIER-PIERA (2007); SIMUNIC <i>et al.</i> (2007); KARJALAINEN (2008)
(AuditorTop5-20)	<i>Dummy</i> = 1 si firma auditora pertenece a las 20 primeras del <i>ranking</i> de <i>Expansión</i> en cada año (excluidas las Top4), y 0 en caso contrario	LI y LIU (2009) ^b
Deuda bancaria (DeudaBanc)	Deuda bancaria _{t-1} / Activo total _{t-1}	FRANCIS <i>et al.</i> (2005); PIOT y MISSONIER-PIERA (2007); SIMUNIC <i>et al.</i> (2007)
Rentabilidad Económica (ROA)	Resultado antes de intereses e impuestos _{t-1} sobre activo total _{t-1}	FRANCIS <i>et al.</i> (2005); PIOT y MISSONIER-PIERA (2007)
Liquidez	Activo circulante / Pasivo circulante	PIOT y MISSONIER-PIERA (2007); KARJALAINEN (2008)
Cobertura de Gastos Financieros (CobGFros)	Resultado antes de intereses e impuestos / gastos financieros	FRANCIS <i>et al.</i> (2005); SIMUNIC <i>et al.</i> (2007); KARJALAINEN (2008)
VarEBITDA	Coefficiente de variación del resultado antes de amortizaciones, intereses e impuestos	FRANCIS <i>et al.</i> (2005); KARJALAINEN (2008)
Colateral (Tang)	Inmovilizado / Activo total	PIOT y MISSONIER-PIERA (2007); SIMUNIC <i>et al.</i> (2007); KARJALAINEN (2008)
Crecimiento Tamaño	Tasa de variación anual de las ventas Logaritmo del activo total	FRANCIS <i>et al.</i> (2005); SIMUNIC <i>et al.</i> (2007) GILL e ILLUECA (2007); PIOT y MISSONIER-PIERA (2007); SIMUNIC <i>et al.</i> (2007); KARJALAINEN (2008)
Edad	N.º años desde la constitución	PITTMAN y FORTIN (2004); SIMUNIC <i>et al.</i> (2007)
Sector	<i>Dummies</i> según dos dígitos CNAE	PITTMAN y FORTIN (2004); SIMUNIC <i>et al.</i> (2007); KARJALAINEN (2008)
Año	<i>Dummies</i>	PITTMAN y FORTIN (2004); KARJALAINEN (2008)

^a Los estudios de FRANCIS *et al.* (2005), PIOT y MISSONIER-PIERA (2007) y KARJALAINEN (2008) analizan el coste de la deuda, pero no de la deuda bancaria.

^b Estos autores consideran las 10 mayores firmas auditoras.

CONTABILIZACIÓN DE SUBVENCIONES, DONACIONES Y LEGADOS

ALEJANDRO LARRIBA DÍAZ-ZORITA

*Catedrático de Universidad
Vicerrector de la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)*

CARLOS MIR FERNÁNDEZ

*Profesor Ayudante Doctor de Economía
Financiera y Contabilidad de la Universidad de Alcalá*

Extracto:

EL pasado 26 de marzo se publicó la Orden EHA/733/2010, de 25 de marzo, por la que se aprueban aspectos contables de empresas públicas que operan en determinadas circunstancias, dentro de la cual, en su disposición adicional única, incluye una norma contable acerca de los **criterios para calificar una subvención como no reintegrable**, que es aplicable a todos los sujetos contables, con independencia de su carácter público o privado.

Esta disposición, junto con la Norma de Registro y Valoración número 18, *Subvenciones, donaciones y legados recibidos*, del Plan General de Contabilidad y, en cierta medida, con la contestación a la Consulta número 11 incluida en el BOICAC número 75, regulan la problemática contable de estas operaciones, estableciendo los diferentes momentos del tiempo en los que se deben registrar las operaciones de subvención atendiendo para ello al Principio del Devengo definido en el Marco Conceptual del Plan General de Contabilidad.

Palabras clave: subvenciones y devengo de operaciones.

ACCOUNTING FOR GRANTS, DONATIONS AND LEGACIES

ALEJANDRO LARRIBA DÍAZ-ZORITA

*Catedrático de Universidad
Vicerrector de la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)*

CARLOS MIR FERNÁNDEZ

*Profesor Ayudante Doctor de Economía
Financiera y Contabilidad de la Universidad de Alcalá*

Abstract:

LAST March 26 was issued the Order EHA/733/2010 25 March, approving the accounting aspects of public companies operating in certain circumstances, within which additional provision includes a standard about the **criteria for designation as a non-refundable grant**.

This provision, together with the Statement No. 18, *Grants, donations and legacies received*, and, to some extent, the answer to the query number 11 included in the BOICAC number 75, governing the problem accounting of these operations, establishing the different points of time in which operations are to be recorded for this grant basis to accrual as defined in the Spanish Conceptual Framework.

Keywords: grants and accrual.

Sumario

1. Introducción.
2. Momento de obtención de una subvención.
 - 2.1. Ejemplos de contabilización.
3. Momento de identificación de una subvención como no reintegrable.
 - 3.1. Ejemplos de contabilización.
4. Momento del reconocimiento de una subvención como no reintegrable como ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias.
5. Conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 26 de marzo el Boletín Oficial del Estado (BOE) publicó la Orden EHA/733/2010, de 25 de marzo, por la que se aprueban aspectos contables de empresas públicas que operan en determinadas circunstancias, la cual, en su disposición adicional única, establece una norma contable de carácter general sobre los **criterios para calificar una subvención como no reintegrable**, norma que excede al campo de aplicación propio y exclusivo de las «empresas públicas» a las cuales va dirigida la citada orden ministerial, al ser dicha disposición adicional única aplicable a todos los sujetos contables, con independencia de su carácter público o privado.

Esta reciente disposición, junto con la Norma de Registro y Valoración número 18, *Subvenciones, donaciones y legados recibidos*, del Plan General de Contabilidad y, en la medida de lo que representa, con la contestación a la consulta número 11 incluida en el Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (BOICAC) número 75 sobre el mismo tema, constituyen el cuerpo de reglas contables aplicables a la problemática de estas operaciones.

A nuestro entender, el problema más singular que puede plantearse es el que gira alrededor de los tres momentos que son cruciales, desde el punto de vista contable, en la representación de las operaciones de subvención ¹, es decir, los que se refieren a:

- Cuando se considera obtenida una subvención.
- Cuando una subvención tiene la consideración de no reintegrable ².
- Cuando las subvenciones no reintegrables se traspasan al resultado del ejercicio.

En los sucesivos puntos en los que dividimos este trabajo, para facilitar su lectura, completaremos nuestros comentarios con sencillos ejemplos de contabilización, según las pautas que se establecen en nuestro Plan General de Contabilidad.

¹ Aunque en el resto de este trabajo sólo nos referiremos a subvenciones, deben entenderse también comprendidas las donaciones y los legados, aunque semánticamente cueste trabajo entender el concepto de «legados reintegrables» o el de «donaciones reintegrables», toda vez que, como popularmente se dice: «lo que se regala, no se quita».

² En realidad, una «subvención reintegrable» —atendiendo al principio establecido en el artículo 34.2 del Código de Comercio de prevalencia del «fondo» sobre la «forma» de las transacciones—, desde el punto de vista financiero y contable, no es una «subvención» propiamente dicha que no habrá que devolver, sino un «préstamo gratuito», el cual forma parte del «pasivo» dada la obligación de restituir su importe, exigencia que se deriva de su condición de «reintegrable».

2. MOMENTO DE OBTENCIÓN DE UNA SUBVENCIÓN

La contabilización inicial reconociendo una subvención deberá tener lugar cuando la entidad beneficiaria tenga constancia de que la misma le ha sido concedida. Pero el registro de dicho reconocimiento será diferente según que la subvención de que se trate sea reintegrable o no reintegrable, de manera que el hecho de que una subvención tenga, o no, inicialmente tal característica, comportará una contabilización muy diferente. Por esta razón, antes de proceder a contabilizar una subvención obtenida, se deberá analizar su posible reintegrabilidad aplicando la norma de valoración número 18 del Plan General de Contabilidad que, con carácter general, establece que una subvención se considerará no reintegrable siempre que:

- Exista un acuerdo individualizado de concesión a favor de la empresa.
- Se hayan cumplido las condiciones establecidas para su concesión.
- No existan dudas razonables sobre su recepción.

De las tres condiciones establecidas, entendemos que la conjunción de la primera –*acuerdo individualizado*– junto con la tercera –*ausencia de dudas sobre su recepción*– precisan el momento de obtención de la subvención, con independencia de que la misma sea reintegrable o no –lo cual se derivará del cumplimiento de la segunda condición, consistente en el *cumplimiento de las condiciones establecidas en la concesión*–. El momento de obtención de la subvención determina la fecha de contabilización, debiendo la entidad beneficiaria registrar, en ese momento, la suma de dinero recibida o el derecho al cobro de la misma.

Además, y tal y como acabamos de indicar, con independencia de la constatación de las dos premisas anteriores, el cumplimiento de la tercera exigencia, que puede ser o no simultánea con las primeras, es la condición sine qua non para reconocer contablemente la concesión obtenida de una de las dos maneras siguientes:

- Como parte integrante del patrimonio neto.
- Como pasivo de la entidad beneficiaria.

Para su identificación, es la propia norma 18 del Plan General de Contabilidad la que delimita los dos supuestos que dan lugar a contabilizaciones diferentes, al indicar que:

- Serán subvenciones no reintegrables las que, desde el momento de su obtención, reúnan simultáneamente las tres condiciones antes referidas, las cuales se reconocerán como un ingreso directamente imputado al patrimonio neto después de tener en cuenta el efecto impositivo, utilizando para ello las cuentas que correspondan del subgrupo 94. *Ingresos por subvenciones, donaciones y legados*, y la cuenta 8301. *Impuesto diferido*, desde las que se traspasarán finalmente a la cuenta 130. *Subvenciones oficiales de capital* ³.

³ En el caso de empresas acogidas al Plan General de Contabilidad para PYMES, el procedimiento contable de reconocimiento de las subvenciones no hace uso de las cuentas de los grupos 8 y 9 mencionadas, imputando directamente los

- Serán subvenciones reintegrables aquellas otras que, en el momento de su obtención, no reúnan la tercera condición, debiendo registrarse como pasivos de la empresa hasta que adquieran la condición de no reintegrables, utilizando para ello las cuentas 172. *Deudas a largo plazo transformables en subvenciones, donaciones y legados*, o 522. *Deudas a largo plazo transformables en subvenciones, donaciones y legados*.

La norma de reconocimiento de las subvenciones, como no podría ser de otro modo, viene corroborada por la reciente disposición del pasado mes de marzo que establece textualmente las mismas exigencias para el reconocimiento de las subvenciones reintegrables, siendo éste igualmente el sentido de la contestación a la consulta realizada al ICAC sobre esta materia.

Por otro lado, dentro del ámbito de las Normas Internacionales de Contabilidad, la NIC 20 establece criterios similares de reconocimiento y registro, si bien desarrolla en mayor medida algunos de los aspectos tratados en la normativa española. Matiza, especialmente, que el hecho de recibir una subvención no constituye una evidencia concluyente de que las condiciones asociadas a la misma hayan sido o que serán cumplidas (párrafo 8), por tanto, no deben ser reconocidas como tales hasta que no exista una prudente seguridad de que la empresa cumplirá las condiciones asociadas a su disfrute. Bajo el esquema del ASC 958-605-25-2 de la normativa norteamericana (FASB), las transacciones calificadas como «no recíprocas» se reconocen como resultados en el periodo en que la contribución se haya recibido, pero si existiera algún tipo de condición por naturaleza de la ayuda, la misma no será objeto de reconocimiento hasta que no se hayan satisfecho las condiciones.

2.1. Ejemplos de contabilización

Dos ejemplos nos servirán para apreciar las dos contabilizaciones que se desprenden de las normas del Plan General de Contabilidad, atendiendo al hecho de que la subvención obtenida sea «no reintegrable» desde su inicio o que, por el contrario, la misma se encuentre sometida al cumplimiento de alguna condición para poder ser identificada como «no reintegrable», por lo que durante un cierto periodo de tiempo tal subvención deberá aparecer como «reintegrable».

A) Obtención de una subvención no reintegrable desde su nacimiento

Una empresa, que tiene contratada una gran inversión por 40 millones de euros, consigue una subvención de carácter oficial identificada desde su inicio como «no reintegrable» de 10 millones de euros, sin que en las condiciones de su concesión se contemple ninguna restricción que requiera el cumplimiento presente o futuro de condiciones de ninguna clase para disfrutar de la misma.

Dos meses después de su concesión, su importe es transferido a la entidad beneficiaria. Al finalizar el año, la entidad beneficiaria aún no ha comenzado a realizar la inversión subvencionada.

cambios y el efecto impositivo en las cuentas del grupo 13. Nuestros ejemplos se basarán en el Plan General de Contabilidad ya que su modelo es el que presenta una mayor complejidad operativa.

El registro contable de estas transacciones, de acuerdo con nuestro Plan General de Contabilidad, será el siguiente:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	10.000.000	
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital (por el importe de la subvención obtenida)		10.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido (30% ⁴ sobre el importe de la subvención)	3.000.000	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles		3.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	10.000.000	
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas (transferencia recibida por el importe de la subvención)		10.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital	10.000.000	
8301	Impuesto diferido		3.000.000
130	Subvenciones oficiales de capital ⁵ (reconocimiento en su totalidad neto del efecto impositivo al cierre del ejercicio del carácter no reintegrable de la subvención)		7.000.000

El primer y segundo asiento reflejan la obtención de la subvención aún no recibida mediante el reconocimiento de una deuda a cobrar, con contrapartida a un ingreso no imputable a la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio. El tercer asiento recoge el cobro de la subvención por parte de la entidad beneficiaria del mismo. Finalmente, el cuarto de los asientos, que se realizará al cierre del ejercicio, registra el traspaso del ingreso imputado al patrimonio neto como subvención no reintegrable, todo ello neto del efecto impositivo. El hecho de que a final de año aún no haya comenzado la inversión prevista, no requiere de ninguna representación contable.

B) Obtención de una subvención que requerirá el cumplimiento de alguna condición para tener la calificación de «no reintegrable»

Una empresa distinta de la anterior pero con una estructura patrimonial semejante, que también tiene contratada una inversión por 40 millones de euros, consigue una subvención oficial por

⁴ O por el tipo impositivo correspondiente a la entidad.

⁵ La posterior imputación de la subvención reconocida en el grupo 13 a la cuenta de resultados, tal y como veremos posteriormente, se efectuará de manera indirecta a través de cuentas del subgrupo 84. Transferencias de subvenciones oficiales de capital por la parte correspondiente al ejercicio con abono a cuentas del grupo 74.

10 millones de euros, condicionando su devolución a la realización efectiva de la inversión comprometida.

Dos meses después de la concesión, su importe le es transferido a la entidad beneficiaria. Como en el supuesto anterior, al finalizar el año, la entidad beneficiaria aún no había comenzado la realización del proyecto subvencionado.

El registro contable de estas transacciones, de acuerdo con nuestro Plan General de Contabilidad, será el siguiente:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	10.000.000	
172	Deudas a largo plazo transformables en subvenciones, donaciones y legados (por el importe de la subvención obtenida)		10.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	10.000.000	
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas (transferencia recibida por el importe de la subvención)		10.000.000

Mediante el primer apunte, se reconoce el derecho de cobro que tiene la entidad beneficiaria como consecuencia de la obtención de la subvención, con contrapartida a una cuenta de pasivo, ya que por tratarse de una subvención de carácter condicional, tendrá consideración de «subvención reintegrable», hasta que no cumpla las condiciones establecidas. El segundo apunte recoge la recepción del importe de la subvención por parte de la entidad beneficiaria. A final del ejercicio la subvención obtenida, por no haberse cumplido la tercera condición, continuará como «pasivo» para la entidad. Nótese que en este caso no hemos procedido a reconocer el efecto impositivo, toda vez que la subvención no ha sido reconocida todavía en el neto patrimonial.

C) Significación de las diferencias que representan ambas contabilizaciones para las entidades beneficiarias

Aunque se trata de dos modalidades del mismo caso de concesión de una subvención de 10 millones de euros para financiar una inversión de 40 millones a dos entidades distintas, ambos supuestos conducen a una estructura patrimonial semejante, que tendrá consecuencias diferentes para una y otra.

En el caso de la primera entidad, como la subvención desde su inicio tiene carácter «no reintegrable», desde ese momento inicial se reconocerá como una «subvención oficial de capital», la cual tendrá un reflejo final en el balance de situación como «patrimonio neto», considerando el pertinente efecto impositivo.

Por su parte, la segunda entidad contabilizará la subvención obtenida como «pasivo», dado su carácter de «reintegrable», donde permanecerá hasta que no se cumplan las condiciones establecidas en su concesión. Esto conduce a que, en el balance de situación, la subvención obtenida aparezca dentro del pasivo como «deudas a largo plazo». Ambas situaciones quedan resumidas en la siguiente tabla:

	Patrimonio neto	Pasivo
Subvención incondicional	7.000.000	3.000.000
Subvención condicionada	–	10.000.000

En definitiva, el reflejo contable de un mismo hecho económico –obtención de financiación mediante una subvención oficial–, en el primer caso, figurará como «patrimonio neto», mientras que en el segundo aparecerá como «pasivo». Un análisis comparativo de la estructura financiera y patrimonial de las dos entidades –que no olvidemos antes de esta operación era semejante– presentará una clara ventaja de presentación para la primera –que ve reforzado su neto patrimonial–, respecto de la segunda que, por el contrario, lo que presenta es un incremento de su pasivo. Esta diferencia hará que, por ejemplo, a la primera entidad –al tener una mayor cifra de patrimonio– le sea mucho más sencillo endeudarse que a la segunda, al deducirse a primera vista de su balance una mayor solvencia y presentar una mejor relación de apalancamiento.

3. MOMENTO DE IDENTIFICACIÓN DE UNA SUBVENCIÓN COMO NO REINTEGRABLE

De acuerdo con lo manifestado en el punto anterior, nosotros consideramos que el reconocimiento del carácter «no reintegrable» de una subvención exige dos requisitos:

1. Que desde su obtención cumpla con las dos primeras condiciones precisas antes citadas, es decir, que «exista un acuerdo individualizado de concesión» y que «no existan dudas razonables sobre su recepción».
2. Que, en el momento de su obtención o en otro posterior, «se hayan cumplido las condiciones establecidas para su concesión», es decir, completar las tres condiciones precisas para que la subvención tenga el carácter de «no reintegrable».

Como las dos series de requisitos anteriores, en las que hemos agrupado las tres condiciones que señala en Plan General de Contabilidad, no es necesario que se produzcan de forma simultánea, existirán casos en los que la subvención, por reunir desde el inicio todos los requisitos citados, tenga desde su nacimiento la condición de «no reintegrable», y supuestos en los que el tercer requisito se cumpla después de la concesión de la subvención, por lo que devendrá como «no reintegrable» en un momento posterior al de su concesión.

El cumplimiento del requisito de haber «cumplido las condiciones establecidas para su concesión» es sumamente importante, tanto por la diferente contabilización que implica, como por la

dispar estructura de balance a la que conduce y que antes hemos comentado, ya que, mientras que las subvenciones reintegrables figuran como pasivo de la empresa, las consideradas como «no reintegrables» aparecen como patrimonio neto.

Como la disociación en el tiempo del reconocimiento de las condiciones es un hecho admitido, existirán subvenciones a las que desde su inicio —por tener la consideración de «no reintegrables» y aplicarse la norma 18 del Plan General de Contabilidad tal como hemos visto en el punto precedente— se representen contablemente desde ese momento como patrimonio neto, junto con otras inicialmente clasificadas como «reintegrables», que serán contabilizadas como pasivo. Estas últimas, desde el momento en que cumplan las condiciones establecidas en su concesión, pasarán a reconocerse contablemente como «no reintegrables». Analizada la secuencia temporal anterior, lo que no parece correcto en modo alguno, es contabilizar inicialmente como «no reintegrables» aquellas subvenciones condicionadas al cumplimiento de algún requisito que aún no se haya cumplido. Y esto entendemos que deberá ser así, pese a que la entidad beneficiaria tenga una gran seguridad en que la citada condición o requisito se habrá de cumplir casi con total certeza.

La NIC 20 resulta algo imprecisa en este aspecto, al considerar que la subvención no será reconocida como tal hasta que no exista una razonable seguridad de que la empresa cumplirá las condiciones asociadas a ella, indicando que el mero hecho de recibir la subvención no constituye una evidencia concluyente de que las condiciones asociadas a la misma han sido o serán cumplidas. Según este esquema, parece que la mera intención y la falta de duda permiten reflejar la misma como parte del neto patrimonial. No obstante, debemos entender que esta argumentación se produce por el hecho de que la normativa internacional no distingue de manera precisa la diferencia entre «reintegrable» y «no reintegrable», considerando subvenciones únicamente a aquellas que en el Plan General de Contabilidad y en nuestra normativa se consideran «no reintegrables», atendiendo a la consideración de que subvencionar implica acudir a las necesidades de un tercero, independientemente de la forma.

En definitiva, según las normas españolas, la condición de «no reintegrable» es una cualidad que las subvenciones poseen inicialmente desde su concesión, o una condición que se adquiere con posterioridad a la misma. Para este segundo grupo de subvenciones, el reconocimiento del «no reintegro», se registrará contablemente traspasando los importes que correspondan desde las cuentas de pasivo 172. *Deudas a largo plazo transformables en subvenciones, donaciones y legados*, o 522. *Deudas a largo plazo transformables en subvenciones, donaciones y legados* a una cuenta de ingresos directamente imputados al patrimonio neto dentro del subgrupo 94. *Ingresos por subvenciones, donaciones y legados*, desde la que, al cierre del ejercicio, se traspasarán finalmente a la cuenta 130. *Subvenciones oficiales de capital*.

Respecto de los momentos y circunstancias en que se habrán de realizar los traspasos a las cuentas de subgrupo 94, el Plan General de Contabilidad no establece ninguna precisión, ya que la norma 18, tantas veces citada, simplemente indica que se procederá al indicado traspaso desde el momento en que las subvenciones «adquieran la condición de no reintegrables». Para precisar dicho momento, acudiremos al Principio del Devengo, incluido en la parte destinada al Marco Conceptual del Plan General de Contabilidad, que establece que: «los efectos de las transacciones o hechos económicos se registrarán cuando ocurran, imputándose al ejercicio al que las cuentas anuales se

refieran, ...». Entendiendo que un hecho económico es la variación del reintegro de una subvención, en aplicación del mismo, en el momento en que se aprecie el cumplimiento de las condiciones estipuladas en su concesión, se deberá efectuar el cambio de la subvención de pasivo a patrimonio neto en la parte que corresponda.

Para precisar la laguna del Plan General de Contabilidad, al ICAC se le preguntó «sobre cuándo se considera que concurre el requisito: "se hayan cumplido las condiciones establecidas para su concesión", cuando la subvención está sometida a la exigencia de mantenimiento de una situación a lo largo de un periodo de tiempo (cumplir en el tiempo determinadas ratios financieras, mantenimiento de empleo o de la inversión subvencionada)».

En la contestación a dicha pregunta –consulta n.º 11 incluida en el BOICAC número 75–, el ICAC indicaba que, en aquellas subvenciones en las se exija realizar una actuación concreta, por ejemplo adquirir un activo o crear un determinado número de puestos de trabajo, y que la actuación realizada deba ser mantenida durante un número de años –o no cerrar la empresa en un periodo de tiempo–, se considerará que, una vez que la empresa haya realizado la actuación exigida, las condiciones de mantenimiento futuro, se pueden presumir cumplidas, cuando en la fecha de formulación de las cuentas anuales se esté cumpliendo la condición requerida y no existan dudas razonables de que la empresa no alterará dicho comportamiento durante el periodo exigido.

Más adelante, también se preguntaba acerca del tratamiento a aplicar a una subvención cuando cumpla los requisitos para ser considerada «no reintegrable» en un momento posterior al de la adquisición del activo, o del devengo de los gastos que financia. La contestación puede parecer bastante confusa, ya que mezcla el reconocimiento como «no reintegrable» de una subvención antes reintegrable, al tiempo que su imputación a la cuenta de pérdidas y ganancias en función del gasto –o amortización– realizado, y no «compensado» por la subvención (no reintegrable), lo cual tendrá lugar en un momento posterior.

Entendemos que, buscando aportar claridad a la respuesta anterior, la disposición adicional contenida en la Orden EHA/733/2010, de 25 de marzo, por la que se aprueban aspectos contables de empresas públicas que operan en determinadas circunstancias –y que tal como antes indicábamos obliga a todo tipo de entidades–, sistematiza la forma y requisitos que tiene que cumplir una subvención para pasar de «reintegrable» a «no reintegrable», para lo cual se identifican los siguientes tres supuestos:

- 1. Subvenciones concedidas para adquirir un activo.** Cuando las condiciones del otorgamiento exijan mantener una inversión realizada en la adquisición de un activo durante un determinado número de años, la subvención se considerará «no reintegrable» desde el momento en que se haya realizado la inversión y no existan dudas razonables de que se mantendrá la misma durante el periodo fijado en la concesión.

Cumplidas las condiciones anteriores (realización de la adquisición y ausencia de dudas razonables acerca de su mantenimiento), se traspasará el importe de la subvención desde las cuentas de pasivo a las de ingresos imputados al patrimonio neto, para después pasar a las de subvenciones. La subvención figurará dentro de estas últimas cuentas hasta que, con

posterioridad, al cumplirse las condiciones establecidas, se traspase como ingreso la parte que corresponda a la cuenta de pérdidas y ganancias.

2. Subvenciones concedidas para la construcción, mejora, renovación o ampliación de un activo. Cuando las condiciones del otorgamiento de la subvención exijan la finalización de la obra y su puesta en condiciones de funcionamiento, en la fecha de formulación de las cuentas anuales se considerará «no reintegrable»:

- La parte proporcional de subvención que corresponda a la inversión ejecutada.
- Siempre que no existan dudas razonables de que se concluirá la inversión subvencionada según las condiciones establecidas en el acuerdo de concesión.

En ese momento, se traspasará el importe que corresponda de la subvención desde las cuentas de pasivo a las de ingresos imputados al patrimonio neto, para después pasar a las de subvenciones, permaneciendo como pasivo la parte de la subvención aún no reconocida como «no reintegrable». La parte de subvención traspasada como «no reintegrable», permanecerá dentro de las cuentas de subvenciones hasta que, posteriormente, al cumplirse las condiciones para ello, se traspase como ingreso la parte que corresponda a la cuenta de pérdidas y ganancias.

3. Subvenciones concedidas para financiar gastos específicos de ejecución plurianual. Si en las condiciones del otorgamiento de una subvención se exige la finalización de algún plan de actuación que consista en la realización de gastos específicos de ejecución plurianual, su reconocimiento como «no reintegrable» requerirá justificar que se han realizado las actividades subvencionadas en la fecha de formulación de las cuentas anuales. En el supuesto de ejecución parcial, la subvención se calificará como «no reintegrable» en proporción al gasto ejecutado, siempre que no existan dudas razonables de que el plan de actuación se concluirá en los términos fijados en las condiciones del otorgamiento.

Para el reconocimiento de la subvención como «no reintegrable» –por su totalidad o en parte–, se traspasará el importe que corresponda desde las cuentas de pasivo a las de ingresos imputados al patrimonio neto, para después pasar a las de subvenciones, permaneciendo dentro del pasivo la parte de la subvención todavía no reconocida como «no reintegrable». La subvención traspasada como no reintegrable permanecerá dentro de las cuentas de subvenciones hasta que, posteriormente, por cumplirse las condiciones para ello, se traspase como ingreso la parte que corresponda a la cuenta de pérdidas y ganancias de los ejercicios que corresponda.

Como podemos apreciar con generalidad, aquellas subvenciones que en el momento de su concesión se deban clasificar como «reintegrables», por estar condicionadas a la realización de determinadas inversiones o gastos, se reconocerán como «no reintegrables» de forma proporcional y en correlación con la inversión o gastos a realizar, siempre que no quepan dudas razonables respecto de que la inversión o proyecto subvencionado se realizará en su totalidad.

En el proceso de diferenciación entre subvenciones reintegrables y no reintegrables, la normativa española no contempla el proceso inverso, es decir, la posibilidad de que una subvención, calificada

inicialmente como «no reintegrable», pueda ser reconocida posteriormente como un pasivo, esto es, como «reintegrable». A este respecto, la NIC 20 (párrafo 32) establece que toda subvención que se convierta en reembolsable debe tratarse como revisión de una estimación contable, de manera prospectiva —entendemos que siempre y cuando no se considere un error lo previamente contabilizado—. Además, de manera imprecisa, establece que una vez reconocida la subvención oficial (párrafo 11), todo eventual activo o pasivo contingente relacionados con ella serán tratados de acuerdo con la normativa específica de provisiones y contingencias (NIC 37), modelo que entendemos puede aplicar el Plan General de Contabilidad ante los riesgos de devolución de la ayuda. Ahora bien, si el riesgo se convierte en certeza, la provisión sólo puede obtener el calificativo de pasivo cierto y, por tanto, no contingente.

En cualquier caso, la información a revelar dentro de las notas a los estados financieros deberá prestar especial atención a las condiciones cumplidas e incumplidas y otras contingencias relacionadas con las ayudas públicas que se hayan contabilizado, e incluso, en su caso, de los importes devueltos.

3.1. Ejemplos de contabilización

Tal como hemos hecho en el punto anterior, nos valdremos de pequeños ejemplos de contabilización, que resolveremos aplicando las normas de nuestro Plan General de Contabilidad.

A) Obtención de una subvención no reintegrable desde su nacimiento

En este caso, al estar reconocidas estas subvenciones desde su inicio como «no reintegrables», no cabe realizar ahora ninguna contabilización.

B) Obtención de una subvención que requerirá el cumplimiento de alguna condición para tener la calificación de «no reintegrable»

Una empresa que tiene previsto realizar una inversión de 40 millones de euros consigue una subvención oficial por 10 millones de euros, condicionando su devolución a la realización efectiva de la inversión comprometida. Con posterioridad a la concesión, la entidad concedente ha procedido a transferir los fondos correspondientes a la entidad beneficiaria.

La entidad beneficiaria procede a realizar la inversión en el año siguiente al de su concesión. Su registro contable presentará matices diferentes según la finalidad de la subvención concedida, contabilización que, de acuerdo con nuestro Plan General de Contabilidad, será la siguiente:

a) Obtención de una subvención para adquirir un activo

Tras la adquisición del activo subvencionado por 40 millones de euros, y una vez cumplidos todos los requisitos exigidos, la entidad procederá al traspaso de la totalidad de la subvención obtenida de la manera siguiente:

Código	Cuenta	Debe	Haber
172	Deudas a largo plazo transformables en subvenciones, donaciones y legados	10.000.000	
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital (por el importe de la subvención obtenida una vez cumplidas todas las condiciones)		10.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	3.000.000	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles		3.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital	10.000.000	
130	Subvenciones oficiales de capital (reconocimiento en su totalidad al cierre del ejercicio del carácter no reintegrable de la subvención)		7.000.000
8301	Impuesto diferido		3.000.000

Mediante el primer apunte se reconoce a la subvención el carácter de «no reintegrable», una vez cumplidas las condiciones establecidas en su concesión, y mediante el segundo, que se realizará al cierre del ejercicio, se traspasará el ingreso imputado al patrimonio neto como subvención no reintegrable.

b) Construir, mejorar, renovar o ampliar un activo

Suponiendo que la entidad beneficiaria ha realizado obras por la mitad de la inversión comprometida, una vez cumplidos el resto de los requisitos para ello, al final del ejercicio traspasará como «no reintegrable» la parte proporcional de subvención que corresponda a la inversión realizada; que, en este caso, será la mitad de la subvención obtenida.

Código	Cuenta	Debe	Haber
172	Deudas a largo plazo transformables en subvenciones, donaciones y legados	5.000.000	
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital (por el importe de la parte proporcional que corresponda de la subvención obtenida, una vez cumplidas todas las condiciones)		5.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	1.500.000	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles (30% de la subvención imputada al neto patrimonial)		1.500.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital	5.000.000	
130	Subvenciones oficiales de capital		3.500.000
8301	Impuesto diferido (reconocimiento al cierre del ejercicio del carácter no reintegrable de la subvención traspasada)		1.500.000

Igual que en el caso anterior, mediante el primer apunte se reconoce a la parte de la subvención obtenida que corresponda el carácter de «no reintegrable», una vez cumplidas las condiciones establecidas en su concesión; mediante el segundo asiento, que se realizará al cierre del ejercicio, se traspasa el ingreso imputado al patrimonio neto como subvención no reintegrable.

c) Financiar gastos específicos de ejecución plurianual

Suponiendo, en este caso, que la entidad beneficiaria se ha comprometido a la realización de determinados gastos específicos que requieren el plazo de dos años de ejecución, habiendo realizado en el ejercicio que se cierra la mitad de los mismos y cumplido todos los requisitos necesarios para ello, al cierre del ejercicio, traspasará como «no reintegrable» la parte proporcional de subvención que se corresponda con los gastos realizados; que, en este caso, será la mitad de la subvención obtenida.

Código	Cuenta	Debe	Haber
172	Deudas a largo plazo transformables en subvenciones, donaciones y legados	5.000.000	
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital (por el importe de la parte proporcional que corresponda de la subvención obtenida, una vez cumplidas todas las condiciones)		5.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	1.500.000	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles (30% de la subvención imputada al neto patrimonial)		1.500.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital	5.000.000	
130	Subvenciones oficiales de capital		3.500.000
8301	Impuesto diferido (reconocimiento al cierre del ejercicio del carácter no reintegrable de la subvención traspasada)		1.500.000

Este caso, que contablemente es igual al visto en el supuesto anterior, mediante el primer apunte se reconoce a la parte de la subvención obtenida que corresponda el carácter de «no reintegrable», una vez cumplidas las condiciones establecidas en su concesión, y mediante el segundo, que se rea-

lizará al cierre del ejercicio, se traspasa el ingreso imputado al patrimonio neto como subvención no reintegrable.

d) Supuesto en el que no se realiza en su totalidad la inversión prevista

Como es lógico, la parte proporcional de la subvención que corresponda a la parte de inversión no realizada –que habrá permanecido contabilizada como pasivo–, se le tendrá que devolver a la entidad concedente, ya que esa parte no ha sido aplicada a la finalidad para la que se obtuvo dicha subvención.

Suponiendo que la empresa de nuestro ejemplo –que ya tiene invertida la mitad del proyecto– renuncia a continuar su inversión, tendría que devolver el 50 por 100 de la subvención obtenida.

Para ello, por la transferencia de la cantidad restante, se haría el asiento siguiente:

Código	Cuenta	Debe	Haber
172	Deudas a largo plazo transformables en subvenciones, donaciones y legados	5.000.000	
57	Tesorería (por el importe de la parte proporcional de subvención que no ha sido objeto de inversión)		5.000.000

C) Diferencias que presentan las dos clases de subvenciones en el balance de la entidad beneficiaria

Como indicábamos en el punto precedente, un mismo caso de concesión de una subvención de 10 millones de euros para financiar una inversión de 40 millones tiene una presentación diferente en el balance según se trate de una subvención «no reintegrable» desde el indicio, o una subvención «reintegrable» sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones para tornarse en «no reintegrable».

En el primer caso, la subvención, al tener desde su inicio el carácter de «no reintegrable», se reconoce como una «subvención oficial de capital» incluida en el balance de situación dentro del «patrimonio neto». En el segundo caso, la subvención obtenida –contabilizada inicialmente como «pasivo» dado su carácter de «reintegrable»–, según se van cumpliendo las condiciones establecidas en su concesión, se transforma en la parte que corresponda en una «subvención oficial de capital» a incluir dentro del «patrimonio neto». Al final, una vez cumplidas todas las condiciones, la totalidad de la subvención «reintegrable» devendrá en «no reintegrable», teniendo ambas modalidades, desde ese momento, la misma presentación en los estados financieros y tratamiento posterior.

Pero, hasta que no se cumplan las condiciones establecidas al otorgar la subvención, el reflejo contable del mismo hecho económico de conseguir financiación para realizar una inversión no será

igual. Esta diferenciación, durante todo el periodo de conversión de la subvención de «reintegrable» a «no reintegrable», produce alteraciones en la estructura patrimonial de la entidad beneficiaria, dado que la parte de la subvención reconocida como «no reintegrable» tendrá la consideración de «neto patrimonial», mientras que la parte de financiación aún no aplicada a la inversión prevista, figurará como «pasivo», si bien condicionada su devolución al cumplimiento, o no, de las condiciones de la subvención, todo lo cual tiene consecuencias directas en el cálculo del «índice de apalancamiento», expresivo de la solvencia de teórica de la entidad.

4. MOMENTO DEL RECONOCIMIENTO DE UNA SUBVENCIÓN COMO NO REINTEGRABLE COMO INGRESO EN LA CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS

Las subvenciones, una vez identificadas como «no reintegrables», tal como hemos recogido en el punto anterior, se situarán por los importes que corresponda en la cuenta 130. *Subvenciones oficiales de capital*, en la que permanecerán hasta que concurran las condiciones necesarias para su traspaso a la cuenta de pérdidas y ganancias como ingreso corriente de algún ejercicio. En tal sentido, la norma 18 del Plan General de Contabilidad establece que dicho reconocimiento como ingresos se efectuará sobre una base sistemática y racional de forma correlacionada con los gastos derivados de la subvención, donación o legado, y de acuerdo con los supuestos que se detallan en la propia norma, los cuales recogemos a continuación:

- 1. Subvenciones concedidas para asegurar una rentabilidad mínima o compensar los déficits de explotación.** Se imputará como ingreso del ejercicio en el que se conceda, pero si se hubiera concedido para financiar déficits de explotación de ejercicios futuros, su imputación tendrá lugar en dichos ejercicios.

En el caso de que la subvención de 10 millones de euros que venimos tomando como ejemplo se hubiera conseguido para cubrir el déficit de explotación del ejercicio presente, y no se hubiera contabilizado como ingreso desde su cobro, en el momento del cierre se realizaría la contabilización siguiente:

Código	Cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	10.000.000	
746	Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio (por el importe de la subvención obtenida para cubrir el déficit de explotación del ejercicio)		10.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles	3.000.000	
8301	Impuesto diferido (por la reversión del efecto impositivo al generarse un impuesto a pagar)		3.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
130	Subvenciones oficiales de capital	7.000.000	
8301	Impuesto diferido	3.000.000	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital (por la reducción de la cifra de subvenciones al final de ejercicio)		10.000.000

Si la subvención de 10 millones de euros se hubiera concedido para asegurar una rentabilidad mínima durante dos ejercicios, en este primero, al llegar el momento del cierre se realizaría la contabilización siguiente:

Código	Cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	5.000.000	
746	Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio (por el 50% de la subvención obtenida)		5.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
130	Subvenciones oficiales de capital	5.000.000	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital (por la reducción de la cifra de subvenciones al final del ejercicio)		5.000.000

Apuntes contables donde igualmente deberíamos reconocer la posible reversión de la diferencia temporaria imponible, ya que se convierte en impuesto a pagar al reconocerse la subvención en la cuenta de pérdidas y ganancias, en línea con lo visto en el ejemplo anterior.

2. Subvenciones concedidas para financiar gastos específicos. Se imputarán como ingresos en el mismo ejercicio en el que se devenguen los gastos que estén financiando.

En este caso, suponiendo que se ha devengado en este ejercicio el 50 por 100 de los gastos financiados, al cierre del ejercicio se hará:

Código	Cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	5.000.000	
746	Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio (por el 50% de la subvención obtenida)		5.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
130	Subvenciones oficiales de capital	5.000.000	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital (por la reducción de las subvenciones al final de ejercicio)		5.000.000

3. Subvenciones concedidas para adquirir activos o cancelar pasivos. Se pueden distinguir varios casos según el objeto subvencionado:

- *Activos del inmovilizado intangible, material e inversiones inmobiliarias.* Se imputarán como ingresos del ejercicio:
 - En proporción a la dotación a la amortización efectuada en ese periodo para los diferentes elementos.

En nuestro ejemplo, suponiendo que la inversión, una vez realizada, de 40 millones se amortiza al 10 por 100 anual, al cierre del primer ejercicio se hará:

Código	Cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	1.000.000	
746	Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio (en correlación de la amortización de la inversión, por el 10% de la subvención obtenida)		1.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles	300.000	
8301	Impuesto diferido (por la reversión del efecto impositivo al generarse un impuesto a pagar)		300.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
130	Subvenciones oficiales de capital	700.000	
8301	Impuesto diferido	300.000	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital (por la reducción de las subvenciones al final de ejercicio)		1.000.000

- Por la totalidad del saldo pendiente cuando se produzca la enajenación, corrección valorativa por deterioro o baja en balance del activo subvencionado.

Si en el segundo año de vida de la inversión realizada, se vendiera en su totalidad, en ese momento se cancelaría la totalidad de la subvención restante:

Código	Cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	9.000.000	
746	Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio (resto de la subvención en el momento de la venta de la inversión subvencionada)		9.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles	2.700.000	
8301	Impuesto diferido (por la reversión del efecto impositivo al generarse un impuesto a pagar)		2.700.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
130	Subvenciones oficiales de capital	6.300.000	
8301	Impuesto diferido	2.700.000	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital (por la cancelación de la cifra de subvenciones)		9.000.000

- *Existencias que no se obtengan como consecuencia de un rappel comercial.* Se imputarán como ingresos del ejercicio en que se produzca su enajenación, corrección valorativa por deterioro o baja en balance.

Si el destino de la subvención hubiera sido la compra de existencias, y de las mismas se consumieran 20 millones dentro del primer ejercicio, la subvención habría que aplicarla al cierre en su 50 por 100.

Código	Cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	5.000.000	
746	Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio (en correlación con el consumo de existencias, por el 50% de la subvención obtenida)		5.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
130	Subvenciones oficiales de capital	5.000.000	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital (por la reducción de la cifra de subvenciones al final de ejercicio)		5.000.000

Apuntes en los que igualmente deberá reconocerse el efecto impositivo en línea con los comentarios anteriores.

- *Activos financieros.* Se imputarán como ingresos del ejercicio en el que se produzca su enajenación, corrección valorativa por deterioro o baja en balance.

Si la subvención se hubiera destinado a la adquisición de una cartera de activos financieros, de la que se vende la cuarta parte en el ejercicio, la subvención se reducirá en correlación a la cifra vendida.

Código	Cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	2.500.000	
746	Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio (en correlación con la venta de los activos financieros, por el 25% de la subvención obtenida)		2.500.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
130	Subvenciones oficiales de capital	2.500.000	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital (por la reducción de la cifra de subvenciones al final de ejercicio)		2.500.000

- *Cancelación de deudas.* Se imputarán como ingresos del ejercicio en que se produzca su cancelación. Cuando se otorguen en relación con una financiación específica, la imputación se realizará en función del elemento financiado.

Si suponemos que la subvención ha sido concedida para cancelar deudas por importe total de 10 millones de euros, y que en este ejercicio se han cancelado 8 millones, la subvención habrá que reducirla en el importe correspondiente.

Código	Cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	8.000.000	
746	Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio (aplicación de la subvención en el importe de las deudas canceladas)		8.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
130	Subvenciones oficiales de capital	8.000.000	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital (por la reducción de la cifra de subvenciones al final de ejercicio)		8.000.000

4. Subvenciones concedidas sin asignación a una finalidad específica. Los importes recibidos se imputarán como ingresos del ejercicio en que se reconozcan.

Una subvención de este tipo, o es «no reintegrable» desde su inicio, o cumplida una determinada condición es cuando pasa a adquirir dicha condición. La cadencia completa de todas las contabilizaciones correspondientes a estas subvenciones será la siguiente:

- *Subvenciones no reintegrables desde su origen.* Ejemplo de una subvención no reintegrable de 10 millones de euros concedida sin asignación a una finalidad específica:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	10.000.000	
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital (por el importe de la subvención obtenida)		10.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	3.000.000	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles		3.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	10.000.000	
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas (transferencia recibida por el importe de la subvención)		10.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital	10.000.000	
130	Subvenciones oficiales de capital		7.000.000
8301	Impuesto diferido (reconocimiento en su totalidad al cierre del ejercicio del carácter no reintegrable de la subvención)		3.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	10.000.000	
746	Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio (traspaso a la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio)		10.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles	3.000.000	
8301	Impuesto diferido		3.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
130	Subvenciones oficiales de capital	7.000.000	
8301	Impuesto diferido	3.000.000	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital (cancelación de la subvención por traspaso al resultado del ejercicio)		10.000.000

Como parece evidente, las contabilizaciones anteriores responden al esquema simplificado siguiente:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	10.000.000	
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital (por el importe de la subvención obtenida)		10.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	10.000.000	
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas (transferencia recibida por el importe de la subvención)		10.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital	10.000.000	
746	Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio (reconocimiento en su totalidad al no estar asignada la subvención a ninguna finalidad específica)		10.000.000

- *Subvenciones devenidas en no reintegrables al cumplir las condiciones para ello.* Utilizaremos el mismo ejemplo de una subvención no reintegrable de 10 millones de euros concedida sin asignación a una finalidad específica.

Código	Cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	10.000.000	
172	Deudas a largo plazo transformables en subvenciones, donaciones y legados (por el importe de la subvención obtenida)		10.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	10.000.000	
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas (transferencia recibida por el importe de la subvención)		10.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
172	Deudas a largo plazo transformables en subvenciones, donaciones y legados	10.000.000	
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital (por el importe de la subvención obtenida en el ejercicio en que se cumplan todas las condiciones)		10.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	3.000.000	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles		3.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital	10.000.000	
130	Subvenciones oficiales de capital		7.000.000
8301	Impuesto diferido (al cierre del ejercicio en el que se cumpla el carácter no reintegrable de la subvención)		3.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	10.000.000	
746	Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio (traspaso a la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en el que la subvención sea no reintegrable)		10.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles	3.000.000	
8301	Impuesto diferido		3.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
130	Subvenciones oficiales de capital	7.000.000	
8301	Impuesto diferido	3.000.000	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital (cancelación de la subvención por traspaso al resultado del ejercicio en el que la subvención sea no reintegrable)		10.000.000

En resumen, los traspasos de las subvenciones –toda vez que ya figuran como ingresos (o reservas) directamente imputados al patrimonio neto–, como ingresos en la cuenta de pérdidas y ganancias de uno o varios ejercicios, tendrán lugar en aplicación del *Principio del Devengo*, estableciendo una total correlación temporal entre la imputación como gasto, o pérdida del bien o gasto subvencionado, y la subvención concedida sobre el mismo, siempre y cuando la aplicación de tal criterio sea viable. Como bien puntualiza la NIC 20 (párrafo 16), el reconocimiento como ingresos en el momento del cobro de las mismas no está de acuerdo con la hipótesis del devengo, y únicamente puede ser aceptable cuando no existe otro criterio para distribuir la subvención.

En línea con lo anterior, la consulta número 75, previamente citada, aclara cómo los importes no imputados a resultados como consecuencia de que inicialmente eran consideradas como «no reintegrables» deben ser imputados en un momento posterior. La duda que nos queda es si este ajuste debe aplicarse de manera retroactiva –en el caso de que se considere un cambio en criterio– o de manera prospectiva, al considerar la modificación como un cambio de estimación. Parece oportuno que nos pronunciemos por la segunda posibilidad, en tanto en cuanto la NIC 20 define la «estimación contable» como aquella derivada de la obtención de nueva información o nuevos acontecimientos, que parece que es lo que sucede al reclasificar de reintegrable a no reintegrable.

En el caso de que la subvención pase a ser calificada como reembolsable (NIC 20, párrafo 32), la devolución de una subvención relacionada con los ingresos, o de explotación, tendrá como contrapartida, en primer lugar, cualquier importe diferido –es decir no amortizado– contabilizado en relación con la subvención. En la medida en que el reembolso supere la cuantía diferida (no amortizado), o si ésta no existiese, la contrapartida del reembolso se reconocerá en el resultado del ejercicio. La devolución de una subvención relacionada con un activo, o cuando se trate de una subvención de capital, se registrará como un aumento del importe en libros del activo, o como una reducción del saldo del importe diferido por la cuantía a reembolsar (en función de la forma de registrar la subven-

ción: método renta o método capital). La amortización acumulada que se hubiese reconocido en resultados hasta la fecha, en ausencia de la subvención, se registrará en el resultado del ejercicio.

No obstante todo lo anterior, la Norma de Registro y Valoración 18.^a 2 establece un caso particular al indicar que las subvenciones no reintegrables recibidas de socios o propietarios no constituyen ingresos, debiéndose registrar directamente en los fondos propios, independientemente del tipo de ayuda. Es decir, este tipo de aportaciones de capital no recíprocas pasan a ser calificadas como parte del neto desde el momento de su recepción sin ser traspasadas a resultados como parte del beneficio distribuible. En definitiva, no sufren un reciclado de partidas, pasando del neto al resultado, y del mismo, nuevamente a los socios en forma de dividendos.

Si tomamos como referencia los datos empleados en los ejercicios anteriores, el registro contable de la subvención obtenida por parte de los propietarios se reconocería a través del siguiente apunte:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vistas, euros	10.000.000	
118	Aportaciones de socios o propietarios (por el importe de la subvención obtenida)		10.000.000

Nos encontramos ante una aportación de capital de los socios, que será considerada como ingreso fiscal pero no contable, integrándose en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades y, en función de la vinculación existente, aplicando el régimen de operaciones vinculadas.

Ahora bien, en el caso particular de empresas pertenecientes al sector público que reciban subvenciones de la entidad pública dominante para la realización de actividades de interés público o general ⁶, dadas sus especiales características, la contabilización se efectuará de acuerdo a los criterios generales. Este aspecto debe ser especialmente analizado por cuanto la actuación de la entidad cedente y su ayuda pueden realizarse en términos de condición de socio, entrando dentro del criterio comentado en el párrafo anterior ⁷.

5. CONCLUSIONES

- Con base en lo comentado previamente, los tres momentos importantes que podemos apreciar en una subvención son los siguientes:

⁶ Algo matizado por la consulta número 77 de marzo de 2009 (BOICAC n.º 77) Sobre el criterio aplicable para calificar una actividad de «interés público o general» a los efectos previstos en la Norma de Registro y Valoración 18.^a *Subvenciones, donaciones y legados* del Plan General de Contabilidad (PGC 2007), aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.

⁷ Nos parece conveniente, en este punto, efectuar alguna referencia a las subvenciones, donaciones o legados según la normativa contable del Banco de España. La Circular 4/2004, en su norma cuadragésima primera, al regular su tratamiento contable en el caso de cooperativas de crédito, considera las subvenciones, donaciones u otras ayudas vinculadas al fondo de educación, formación y promoción cooperativo de acuerdo con la ley, o fondos derivados de la imposición de sanciones económicas de la cooperativa a los socios que, de acuerdo con la normativa, se vinculen al citado fondo, como un ingreso de la cooperativa, dotando simultáneamente el mencionado fondo por el mismo importe. Dicha mención hace referencia a lo regulado por la disposición transitoria quinta del Plan General de Contabilidad sobre desarrollos normativos en materia contable, en la que se reconoce que los criterios por los que se establece la delimitación entre fondos propios y fondos ajenos en las sociedades cooperativas podrán seguir aplicándose transitoriamente.

- Obtención de la financiación que representa la subvención mediante el cobro de su importe, o el compromiso fehaciente, por parte de la entidad subvencionadora, de pagar su importe. Normalmente, su importe deberá figurar dentro del pasivo.
 - Calificación de la subvención como «no reintegrable», cuando se cumplan las condiciones para ello. Su importe, una vez reconocida como «no reintegrable», se registrará dentro del patrimonio neto.
 - Reconocimiento como ingreso en correlación al consumo del activo o gasto subvencionado. Los importes reconocidos se trasladarán como ingresos a la cuenta de pérdidas y ganancias.
- En el reconocimiento temporal anterior se pueden identificar dos aplicaciones del principio del devengo: la primera, para discernir si las subvenciones son reintegrables o no, y desde qué momento; la segunda, para traspasar a la cuenta de pérdidas y ganancias de los ejercicios correspondientes como ingreso las subvenciones no reintegrables reconocidas como patrimonio neto en correlación con el traslado como gasto a la misma cuenta, del objeto o finalidad de las subvenciones obtenidas.
 - Produce una gran diferencia en la estructura del balance de la entidad beneficiaria el hecho de que una subvención se refleje como «reintegrable» o como «no reintegrable», lo cual tiene un efecto directo en la relación de «apalancamiento» de dicha entidad.
 - Una diferencia importante de nuestras normas contables con las normas internacionales es que para éstas todas las subvenciones son, en principio, «no reintegrables», por lo que su devolución constituye una excepción.
 - Que las normas aplicables lo sean sin pocas distinciones a los supuestos de subvenciones, legados y donaciones, produce cierta falta de sentido. Admitido el hecho de que existan «subvenciones reintegrables», lo que ya nos parece casi imposible de asimilar es que existan «donaciones reintegrables», por entender que, en principio, una «donación» es un «regalo».
 - La aplicación de la contabilización propuesta por nuestro Plan General de Contabilidad, a la resolución de algunos de los supuestos considerados, es excesivamente compleja.

Bibliografía

Ana M.^a MARTÍNEZ-PINA GARCÍA [2010]: «El tratamiento contable de las subvenciones en el Nuevo Plan General de Contabilidad». *Estrategia financiera*, ISSN 1130-8753, N.º 271, págs. 63-70.

Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se publica el Plan General de Contabilidad (BOE de 20 de noviembre).

Orden EHA/733/2010, de 25 de marzo, por la que se aprueban aspectos contables de empresas públicas que operan en determinadas circunstancias (BOE de 26 de marzo).

LOS INGRESOS TRAS LA REFORMA MERCANTIL: UN CAMBIO CONCEPTUAL

C. ESTHER FALCÓN PÉREZ

*Profesora Titular de Universidad.
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

JUANA FUENTES PERDOMO

*Profesora Contratada Doctora.
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

Extracto:

LA determinación de los ingresos derivados de la actividad económica de las empresas constituye uno de los componentes más significativos de la información contable. La reciente reforma mercantil y contable que ha experimentado España ha supuesto multitud de cambios y modificaciones en el tratamiento contable de las transacciones económicas y de la consiguiente información financiera, constituyendo no sólo un cambio técnico, sino fundamentalmente un cambio conceptual. En particular, el tratamiento contable de los ingresos ha experimentado una transformación, pues se ha pasado de un enfoque basado en unas reglas a un enfoque que se centra en los criterios, por lo que el modelo es menos reglamentista y, por el contrario, se establecen unos criterios que van a requerir de la interpretación por parte de los agentes que elaboran la información contable. En este trabajo se analiza este cambio de «filosofía» y sus implicaciones.

Palabras clave: ingresos por ventas, ingresos por servicios, reforma mercantil española y armonización contable internacional.

REVENUE AFTER ACCOUNTING REFORM: A CONCEPTUAL CHANGE

C. ESTHER FALCÓN PÉREZ

*Profesora Titular de Universidad.
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

JUANA FUENTES PERDOMO

*Profesora Contratada Doctora.
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

Abstract:

RECOGNITION and measurement of revenue constitutes one of the most significant components of the financial reporting. Recently, in Spain it has been an important mercantile and accounting reform, with many changes and modifications in the accounting treatment of the economic transactions and the consequent financial information. This is not only a technical change, but fundamentally a conceptual change. Specifically, accounting for revenue has experienced an important transformation, from an approach based on rules to an approach which is focused to criteria. New model is less specific regulated and, on the contrary, economic criteria settle down. Criteria are going to require of the interpretation by financial reporting preparers. In this paper this change of «philosophy» is analyzed, considering its implications.

Keywords: revenue from the sale of goods, revenue from rendering services, Spanish accounting reform and international accounting armonisation.

Sumario

1. Introducción.
2. Ingresos por ventas de bienes.
3. Ingresos por prestación de servicios.
4. Consideraciones finales.

Bibliografía.

Anexo.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el conjunto de los países que conforman la Unión Europea se encuentra en un proceso de reforma en lo relativo a la información contable de las empresas. Esto es consecuencia de la estrategia armonizadora que se ha implementado a través de varias directivas y, fundamentalmente, diversos reglamentos, por los que se han adoptado un conjunto de normas internacionales –emitidas por el International Accounting Standards Board (IASB), un organismo independiente y sobre el que la Unión Europea no tiene competencias– como normas obligatorias para la formulación de las cuentas consolidadas de las empresas cotizadas, desde el 1 de enero de 2005. Asimismo, se confiere la potestad a los Estados miembros para que exijan o permitan la aplicación de tales normas internacionales a las cuentas individuales y a las empresas no cotizadas. Esto representa la primera fase de una adopción generalizada de dichas normas que, en el futuro, se aplicarían también a las cuentas anuales individualizadas y a las empresas no cotizadas.

Como país miembro de la Unión Europea, en España esta adopción de las normas internacionales (NIIF) se ha establecido con carácter obligatorio para las cuentas consolidadas de las empresas cotizadas, y de manera voluntaria para las consolidadas de las empresas que no cotizan. Además, se ha reformado la legislación mercantil y contable con carácter general, de tal modo que las normas contables españolas estén en una línea de convergencia con las normas contables internacionales contenidas en los reglamentos europeos.

Este proceso de reforma mercantil y contable por el que se incorporan las NIIF, de aplicación generalizada, se ha instrumentado en la Ley de Reforma Mercantil (2007) y en el Nuevo Plan General de Contabilidad de 2007 (PGC'07). Se perfila así un modelo doble de información contable en España, con la utilización de las NIIF por parte de las grandes empresas cotizadas; y la utilización del PGC, reformado y adaptado a las normas internacionales, por parte del resto de las empresas.

La reforma mercantil y contable ha sido de amplia envergadura, no sólo en lo que se refiere a los aspectos más técnicos de la elaboración de la información financiera, sino fundamentalmente de carácter conceptual, implicando un cambio de modelo contable, de un enfoque reglamentista y conservador a un modelo de información útil para la toma de decisiones basado en criterios. Así, en este trabajo se realiza un análisis de los cambios introducidos en un elemento esencial de la información financiera, como es la determinación y el registro contable de los ingresos, que constituyen una magnitud clave en la actividad desarrollada por la empresa y en la configuración del resultado. En primer lugar, nos referiremos a los ingresos procedentes de las ventas de bienes y, seguidamente, a los derivados de las prestaciones de servicios. A fin de ilustrar la aplicación de la regulación contable de los ingresos, se incluyen varios casos en el anexo del trabajo.

2. INGRESOS POR VENTAS DE BIENES

Antes de comenzar a definir qué se entiende por ingresos por ventas hemos de señalar que el PGC'07 hace una distinción que hasta su promulgación era casi inexistente en la normativa española, puesto que se contaba con una regulación de los ingresos por ventas, pero los ingresos por servicios apenas recibían atención.

Al objeto de analizar y centrarnos en los ingresos por ventas, creemos oportuno hacer una breve reseña histórica, esbozando la trayectoria que ha tenido esta problemática en el Plan General de Contabilidad 1990 (PGC'90), actualmente derogado. Así, en este texto legal existía una norma de valoración propia en la que se especificaba claramente en qué momento se reconocía el ingreso, sin distinguir de forma expresa entre bienes y servicios, y por qué importe, existiendo la paradoja de que en ningún momento, en la anterior normativa, se definía la magnitud de los ingresos.

De hecho, el PGC'90, en la Norma de Registro y Valoración (NRV) n.º 18 correspondiente a ventas y otros ingresos, dispone que para determinar el importe exacto no se deben incluir los gastos inherentes a la venta, impuestos no recuperables, deduciendo todos aquellos descuentos a considerar.

El análisis de este texto nos induce a pensar que la normativa contable derogada se preocupaba exclusivamente del importe a calcular. Existiendo además dos reglas básicas para determinar en qué momento se debía reconocer un ingreso, concretándose en la entrega física del bien y/o la transmisión de la propiedad jurídica de la cosa objeto de venta. Obviamente, y con la importancia que en nuestro marco legal ostentaba la propiedad jurídica, era bastante sencillo definir el momento del reconocimiento del ingreso.

Al margen de estas reglas, y desde nuestro punto de vista, sólo existía una excepción a estas directrices, también recogidas por el legislador español, concretamente en la adaptación sectorial del Plan General de Contabilidad a las empresas constructoras (1993), puesto que para la determinación del resultado por ventas y, por ende, para el reconocimiento del ingreso por ventas se presentan dos métodos: el del porcentaje de realización y el del contrato cumplido.

Esta excepción a la regla general de ingresos por ventas viene justificada por las especiales características que rodean al sector constructor como son la duración del proceso productivo, que supera el ejercicio económico; el tipo de producto; la circunstancia de que el precio de venta es determinado con anterioridad a la terminación del producto, basándose en los costes a incurrir...; por señalar sólo algunas.

El método del porcentaje de realización consiste en imputar los ingresos por ventas en proporción al grado de avance de la obra realizada, de tal forma que se permite reconocer ingresos a medida que se va ejecutando la obra, no siendo preciso esperar a que se termine la misma. Con la aplicación de este método se pretende que exista correlación entre la actividad desarrollada por la empresa constructora, los ingresos y los costes imputados a un determinado periodo, de tal forma que se distribuyan dichos ingresos y costes durante todos los ejercicios en que tiene lugar la ejecución del proyecto.

Por otra parte, el método del contrato cumplido consiste en reconocer los ingresos cuando se produzca la transmisión efectiva de la edificación, o bien cuando la obra está sustancialmente terminada. Así, los costes incurridos en cada ejercicio económico se activan como existencias de obras en curso, mientras que los ingresos sólo podrán contabilizarse en el ejercicio en el que se realice la entrega del bien o se considere que está sustancialmente terminado, reconociéndose el beneficio o pérdida en ese momento. Evidentemente, este método está sustentado sobre las reglas básicas ya comentadas, y también apoyado por la primacía que ostentaba el principio de prudencia, marcado por un espíritu conservador, en el que se reconocen las pérdidas desde su conocimiento mientras que los beneficios cuando su obtención se considere realizada.

Actualmente, y tras la reforma mercantil, nuestro marco contable, en lo que a la problemática que estamos analizando se refiere, ha dado un giro considerable, puesto que comienza definiendo qué es la magnitud ingreso entendida como «incrementos en el patrimonio neto de la empresa, ya sea en forma de entradas o aumentos en el valor de los activos o de disminución de los pasivos, siempre que no tengan su origen en aportaciones monetarias o no, de los socios o propietarios» (Marco Conceptual, PGC'07). Realmente la definición dada de «ingreso» por el nuevo plan se sustenta en dos definiciones que ya ha dado previamente, la de «activo» y la de «pasivo», puesto que la definición de «patrimonio» también es consecuencia de estas dos, dentro del itinerario lógico-deductivo propio del marco conceptual.

Además, la Norma de Registro y Valoración n.º 14 del PGC'07, *Ingresos por ventas y prestación de servicios* (NRV 14.^a) diferencia, como su propia denominación indica, entre los ingresos provenientes de la venta de bienes y los ingresos derivados de la prestación de servicios, centrándonos en el primero de ellos.

La nueva norma de registro comienza por unos aspectos que denomina comunes a cualquiera de los citados ingresos y que consideramos oportuno analizar, exponiendo, en primer lugar, cómo se han de valorar las transacciones económicas derivadas de las ventas, determinando que serán valoradas por el valor razonable de la contrapartida recibida que, salvo prueba en contrario, será el precio acordado en dicha transacción. Con el PGC'07 se introduce como un criterio novedoso el valor razonable, que coincide con el precio correspondiente a la transacción, tal y como se ha venido reflejando tradicionalmente.

No obstante, sí que introduce en su apartado de aspectos comunes una novedad argumentada sobre la primacía del fondo económico sobre la forma jurídica, pudiendo «ocurrir que los componentes identificables de una misma transacción deban reconocerse aplicándose criterios diversos, como una venta de bienes y los servicios anexos». Esta distinción, para las unidades económicas, no debe entrañar dificultad, puesto que es obvio que tendrán o deberían tener perfectamente identificados qué productos-oferta y cuáles son los servicios anexos a los mismos, sabiendo que con la nueva normativa debería, en ciertos casos, ser reflejado contablemente por separado ¹. Si la empresa no dispusiera de dicha información, podrían ser de aplicación los métodos de cálculo de la producción conjunta con el fin de determinar dichos valores de forma separada o simplemente para el reflejo contable de un paquete promocional en el que se vende el producto y el servicio se presta gratuitamente, al objeto de que la información se pueda presentar posteriormente de forma segmentada (véase caso 2 en el anexo).

Centrándonos en los ingresos por ventas de bienes, hemos de destacar los requisitos que se han de cumplir para poder registrar y valorar el ingreso, pasando a continuación a enumerarlos:

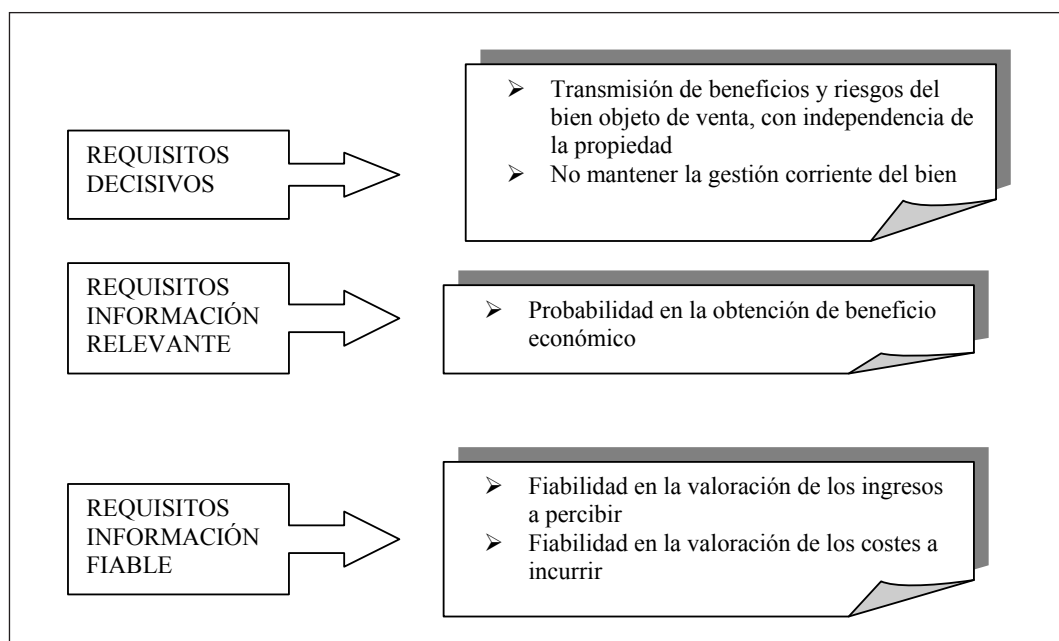
- a) La empresa ha de transferir al comprador los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del bien con independencia de su transmisión jurídica.
- b) La empresa no mantiene la gestión corriente de los bienes que han sido vendidos.
- c) Los ingresos pueden ser valorados con fiabilidad.

¹ De hecho, dicha normativa dispone que, en ciertos casos, aquellas transacciones diferentes pero ligadas entre sí llevarán un tratamiento contable uniforme. Desde nuestro punto de vista, esta observación hace referencia a servicios puntuales que puede prestar la empresa ligado a la venta de un producto.

- d) La empresa podrá recibir beneficios o rendimientos económicos derivados de la operación.
- e) Los costes en que se va a incurrir pueden valorarse con fiabilidad.

A nuestro juicio, los requisitos mencionados deben ser agrupados en dos bloques perfectamente diferenciados; por un lado, la transferencia de riesgos y de beneficios y la transmisión de la gestión corriente; y, por otro lado, la valoración fiable de los ingresos a obtener, los costes a incurrir y, por ende, la probabilidad en la obtención de beneficios, tal y como se refleja en el **gráfico 1**.

GRÁFICO 1. Condiciones básicas en el reconocimiento de ingresos de ventas



FUENTE: *Elaboración propia.*

Desde nuestro punto de vista, el segundo bloque de requisitos está íntimamente ligado a los propios requisitos exigidos a la información financiera en general y dispuestos por el nuevo plan en el marco conceptual, al exigir que con carácter general la información a suministrar a los usuarios externos debe ser relevante y fiable.

La información es relevante cuando es útil para la toma de decisiones económicas ayudándonos a evaluar sucesos pasados, presentes e incluso futuros. En nuestra opinión, la probabilidad de obtener beneficios exigidos en el nuevo marco contable no es más que el cumplimiento del requisito exigido a la información a suministrar en los estados contables.

Ello también se debe unir al hecho de que la información debe estar libre de sesgos y errores, es decir, cumplir con el requisito de fiabilidad de la información. Ello nos hace pensar que la generalidad de las unidades económicas deban conocer y calcular con suficiente fiabilidad el montante de ingresos que ha de percibir por la venta de sus productos, así como la cuantía de costes en los que debe incurrir para que finalmente pueda alcanzar un resultado económico positivo. Aunque no los hemos calificado de decisivos, ello no quiere decir que estos requisitos no sean importantes; todo lo contrario, entendemos que en buena medida garantizan la supervivencia de la unidad económica, cumpliendo con la relevancia y la fiabilidad de la información.

En consecuencia, los requisitos que propician la decisión sobre cuándo se debe registrar y valorar el ingreso por ventas vienen supeditados al cumplimiento del primer bloque de condiciones, que hemos agrupado previamente. El PGC'07, en este sentido, introduce criterios para valorar el ingreso por ventas frente a las reglas básicas mencionadas anteriormente del PGC'90, existiendo un importante cambio conceptual que subyace en un radical cambio de filosofía.

Actualmente, se debe registrar el ingreso por ventas de bienes cuando la empresa haya considerado que se produce la transmisión de riesgos y beneficios inherentes al bien, con independencia de quién ostente su propiedad, siendo obvio el papel relegado a la forma jurídica, en sintonía con el itinerario lógico del marco conceptual, en el que prima el fondo económico sobre la forma jurídica y, al mismo tiempo, la unidad económica no realiza gestión alguna sobre el mismo (véase caso 1 en el anexo).

Ahora bien, cada empresa deberá determinar en qué momento se están produciendo dichas circunstancias dadas las implicaciones fiscales que puede conllevar, pues se podría reconocer –en base en los criterios dispuestos en el PGC'07– un ingreso al cierre de un ejercicio económico o posponerlo para el siguiente; en definitiva, trasladar la incidencia fiscal de un ejercicio a otro.

De hecho, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) se ha tenido que manifestar en relación con el reconocimiento de ingresos en el sector inmobiliario, puesto que en su adaptación sectorial (1994) se permite el reconocimiento de ingresos cuando la obra se consideraba que estaba «sustancialmente terminada», entendiendo esta situación cuando quedaran por incurrir costes no significativos, en torno al 20 por 100. En este sentido, se ha planteado una consulta al ICAC por parte de las empresas inmobiliarias, puesto que desconocía si tras la reciente reforma mercantil podrían seguir reconociendo los ingresos como venían haciéndolo hasta ahora, dadas sus peculiaridades.

En su respuesta, el ICAC (2008) señala que la transmisión de riesgos y ventajas significativos, «en el caso de inmuebles en fase de construcción en el desempeño de la actividad inmobiliaria, se producirá, con carácter general, cuando el inmueble se encuentre prácticamente terminado (...) y se haya otorgado escritura pública de compraventa o, en su defecto, el vendedor haya hecho algún acto de puesta a disposición del inmueble al comprador». Así pues, el organismo normalizador interpreta el reconocimiento de ingresos en el sector inmobiliario siguiendo los postulados del nuevo marco conceptual y las normas de registro y valoración, a efectos de cuándo se entiende que quedan transmitidos los riesgos y beneficios.

Consecuentemente, con el PGC'90 las empresas españolas sabían calcular la cuantía del importe del ingreso por ventas, no conocían la definición de ingresos y tampoco tenían posibilidad alguna de decidir en qué momento registrar la venta, pues había que cumplir con las reglas básicas. En la

actualidad, las unidades económicas deben demostrar el cumplimiento de dichos requisitos, puesto que son criterios bajo los que se sustenta tal decisión.

3. INGRESOS POR PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Como ya se había indicado, los ingresos por prestaciones de servicios apenas recibían un tratamiento residual en la anterior normativa contable, limitándose a señalar que en la contabilización de ingresos por servicios serían de aplicación las mismas reglas que en las ventas de bienes. Es por ello que constituye una importante novedad en el vigente plan contable, puesto que sí se establece una regulación propia para el reconocimiento contable y la valoración de los ingresos por prestaciones de servicios.

No obstante, también ha de señalarse que esta escasa atención dedicada por el derogado PGC'90 a la determinación de los ingresos por prestaciones de servicios en cierto modo se ha venido supliendo en algunas adaptaciones sectoriales, en las que se incorporan ciertas reglas particulares en relación con determinados servicios específicos o propios de un sector concreto. Así, por ejemplo, en la adaptación sectorial de las federaciones deportivas (1994) se establece que los ingresos procedentes de actos deportivos deben reconocerse cuando tales eventos se produzcan; y en relación con las cuotas o licencias federativas también se reconocen como ingresos en el periodo al que correspondan, señalando que deberán realizarse las correspondientes periodificaciones. En sentido similar se expresa la adaptación sectorial de las sociedades anónimas deportivas (2000). Ello puede interpretarse en el sentido de que las adaptaciones sectoriales venían a cubrir las lagunas que en relación con los ingresos por prestaciones de servicios presentaba el anterior plan contable, aunque no con carácter general, sino circunscrito a unos sectores económicos concretos.

Así pues, el nuevo plan contable sí establece una regulación de los ingresos por prestaciones de servicios con carácter general, dando así respuesta a las necesidades de multitud de empresas de servicios que tienen una significativa influencia en el conjunto de la economía española, y a las que sin embargo la legislación anterior no contemplaba. En este sentido, en el PGC'07 (NRV 14.^a 3) se establece que «los ingresos por prestación de servicios se reconocerán cuando el resultado de la transacción pueda ser estimado con fiabilidad, considerando para ello el porcentaje de realización del servicio en la fecha de cierre del ejercicio».

Se introduce así en la regulación contable general un procedimiento que no es completamente novedoso en la legislación contable española, pues como ya habíamos señalado, la adaptación sectorial del PGC'90 a las empresas constructoras (1993) ya contemplaba la utilización del método de cálculo del porcentaje de realización para el registro de los ingresos, concretamente en las obras realizadas con encargo y contrato ².

Como puede observarse, un tratamiento contable específico para el registro de ingresos por ventas en las empresas constructoras se ha generalizado para el reconocimiento y valoración de ingresos por prestaciones de servicios por parte de cualquier empresa.

² Y en las que se cumplan los requisitos:

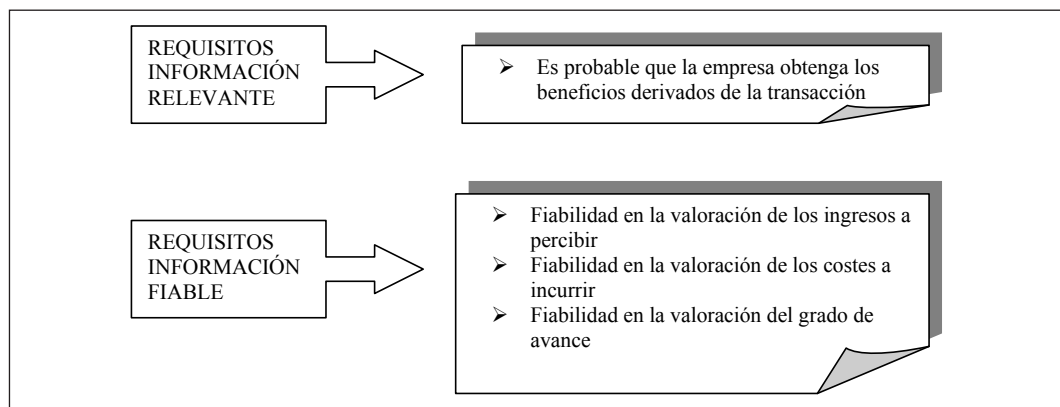
«—Que se cuente con los medios y el control para poder hacer estimaciones razonables y fiables de los presupuestos contratados, así como de los ingresos, costes y grado de terminación en un momento determinado, y — que no existan riesgos anormales o extraordinarios en el desarrollo del proyecto, ni dudas sobre la aceptabilidad del pedido o encargo por parte del cliente.»

Establecido el criterio de reconocer los ingresos por prestaciones de servicios cuando el resultado de la transacción pueda ser estimado con fiabilidad, tales ingresos sólo se contabilizarán cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- El importe de los ingresos se puede valorar con fiabilidad.
- Es probable que se reciban los beneficios de la transacción.
- El grado de realización puede ser valorado con fiabilidad.
- Los costes de la prestación pueden ser valorados con fiabilidad.

En sentido similar a lo ya comentado en relación con los ingresos por ventas, los requisitos que han de cumplirse para el reconocimiento contable de los ingresos por prestaciones de servicios también están directamente conectados con los requisitos que dotan de utilidad a la información contable, esto es, la relevancia y la fiabilidad, como puede verse en el **gráfico 2**.

GRÁFICO 2. *Condiciones básicas en el reconocimiento de ingresos por prestación de servicios*



FUENTE: *Elaboración propia.*

Así, es preciso que la empresa estime probable que va a obtener los beneficios derivados de la prestación del servicio, esto es, la empresa ha realizado, al menos parcialmente, las tareas precisas para la prestación del servicio y estima que va a obtener los beneficios correspondientes, en atención al requisito informativo de la relevancia.

Puesto que los ingresos se van a valorar en función del porcentaje de realización, la empresa ha de disponer de los mecanismos necesarios para determinar los costes incurridos en la prestación del servicio y, en consecuencia, el grado de avance sobre el que se va a calcular la cifra de ingresos por la prestación del servicio, como se observa en la **tabla 1**:

TABLA 1. *Determinación de los ingresos según el método del porcentaje de realización*

$\text{Ingresos del ejercicio} = \text{Grado de avance} \times \text{Ingresos totales previstos}$

Dicho de otro modo, para la determinación de los ingresos es imprescindible que se puedan hacer estimaciones fiables de las magnitudes que intervienen en su cálculo, en atención con el requisito informativo de la fiabilidad. Obviamente, a medida que se va desarrollando la prestación del servicio, especialmente en aquellos casos en que la duración se prolonga en el tiempo, la empresa tendrá que revisar y modificar, si fuera preciso, sus estimaciones de los ingresos. Ello no implica que el resultado de la transacción no pueda estimarse con fiabilidad, sino que la propia ejecución real de la prestación del servicio racionaliza su proceso productivo y sus estimaciones, por lo que tendría más probabilidad de ser coincidente con la realidad.

Consideramos de especial interés que esta nueva normativa que regula el reconocimiento de ingresos por prestación de servicios haga patente la necesidad de que las empresas de servicios cuenten con algún sistema de control de costes, puesto que la determinación de sus ingresos se realiza a partir de las magnitudes de los costes incurridos y el grado de avance, que obviamente proceden de la contabilidad de costes o contabilidad interna de la empresa. Pero no es sólo una cuestión de cálculo técnico, sino que se trata de una condición necesaria para que se cumplan los criterios establecidos para el reconocimiento de los ingresos cuando el resultado puede estimarse con fiabilidad.

En suma, el PGC'07 establece, con carácter general, que los ingresos derivados de la prestación de servicios se reconocerán cuando el resultado pueda estimarse con fiabilidad, en función del porcentaje de realización, y cumpliéndose las condiciones vinculadas a la relevancia y a la fiabilidad.

Asimismo, en la citada NRV 14.^a 3 también se determina cómo y cuándo reconocer los ingresos por prestación de servicios en aquellos casos en los que el resultado no pueda estimarse con fiabilidad. En tal caso, «se reconocerán ingresos sólo en la cuantía en que los gastos reconocidos se consideren recuperables».

En este caso, se suscita el interrogante en torno a qué criterio emplear para determinar cuándo se consideran recuperables los costes, puesto que la norma no se pronuncia al respecto. Proponemos distintas situaciones; por un lado, podría considerarse el cobro por parte del cliente; o bien, la aceptación formal por parte del cliente del servicio prestado –como es el caso de las certificaciones en el sector de la construcción–, o la ejecución de la prestación del servicio contratado.

En este sentido, entendemos que la percepción de recursos líquidos no debe tomarse como criterio para el reconocimiento de ingresos, puesto que no existe correspondencia entre los flujos monetarios y económicos. La aceptación por el cliente de que ha recibido conforme el servicio podría establecerse como criterio para reconocer el ingreso cuando se produzca tal aceptación, con independencia del cobro. O bien podría utilizarse como criterio de reconocimiento del ingreso la ejecución de la prestación del servicio, tal y como ocurre en el método del porcentaje de realización, pero con la restricción de la cuantía de ingresos que se pueden reconocer, puesto que no pueden superar el importe de los gastos reconocidos.

En cada caso concreto, en función de las condiciones particulares de la prestación del servicio que se trate, si se entiende que los costes incurridos se recuperan a la finalización de la prestación o la ejecución completa del servicio contratado, en ese momento se reconocen los ingresos por la totalidad de la prestación del servicio. Nótese que se trataría de un tratamiento análogo al método del contrato cumplido que ya se había reseñado, y que es coherente con lo que establece la norma específica de existencias, concretamente la NRV 10.^a 1.4: «las existencias incluirán el coste de producción de los servicios en tanto aún no se haya reconocido el ingreso por prestación de servicios correspondiente conforme a lo establecido en la norma relativa a ingresos por ventas y prestación de servicios» (véase caso 3 en el anexo).

Puesto que los costes incurridos en la prestación del servicio se reconocen contablemente como existencias de «prestación de servicios en curso» hasta la culminación o ejecución completa del servicio, esto se reflejaría en el balance de la empresa de servicios, en su activo corriente como tales existencias, por lo que los costes incurridos no se imputarán al resultado de cada ejercicio. Como se había indicado, en el ejercicio en que se produce la finalización de la prestación del servicio se reconoce el ingreso por su importe total y, en consecuencia, se correlacionan los costes correspondientes, determinándose así el resultado de la transacción a la finalización de la prestación del servicio, por diferencia entre la cifra de ingresos totales y costes totales.

Por el contrario, si interpretamos que a medida que se va prestando parcialmente el servicio se considera que los costes incurridos en cada ejercicio se entienden recuperables puesto que se ha prestado parcialmente el servicio, en cada ejercicio se reconocerían ingresos por prestación de servicios por el mismo importe de los costes incurridos en el ejercicio.

En este caso, en cada ejercicio en que tiene lugar la ejecución del servicio se imputan al resultado los costes incurridos en tal ejercicio y los ingresos correspondientes por la misma cuantía, por lo que se obtendría un resultado nulo. Sólo en el ejercicio en que se finaliza la prestación del servicio se reconocería el resto de los ingresos hasta alcanzar la cifra del importe de la transacción y, por diferencia con los costes incurridos en este último ejercicio, el resultado correspondiente.

En suma, la regulación de los ingresos por prestación de servicios, tras la entrada en vigor del PGC'07, ha experimentado un significativo avance, puesto que del tratamiento residual que esta cuestión había recibido en la anterior normativa se ha pasado al establecimiento de unos criterios fundamentados en el fondo económico de la transacción y en los requisitos de relevancia y fiabilidad que ha de presentar la información contable.

4. CONSIDERACIONES FINALES

El proceso de armonización contable internacional que se ha venido desarrollando en el conjunto de los países de la Unión Europea ha supuesto la adopción de las NIIF para la elaboración de la información financiera, lo que ha suscitado diversas repercusiones en las legislaciones nacionales. En el caso de España, se ha producido una importante reforma en la regulación mercantil y contable, con el propósito de alcanzar una convergencia con las normas internacionales.

En particular, por lo que se refiere al tratamiento contable de los ingresos, se han producido importantes cambios. En primer lugar, se ha formulado el propio concepto de ingresos como uno de los elementos básicos que configuran el marco conceptual. También se han introducido los criterios de reconocimiento y valoración contable en términos generales, y también se concretan tales criterios, tanto para los ingresos por ventas como para los ingresos por prestación de servicios.

Como se ha analizado a lo largo del trabajo, estos cambios normativos implican un nuevo modelo a seguir en la elaboración de la información financiera. Quedan establecidos una serie de criterios que han de cumplirse para que se reconozca contablemente el ingreso basado en el fondo económico de la transacción, y en los requisitos de relevancia y fiabilidad de la información contable.

Así pues, se ha pasado de un enfoque reglamentista sobre el cálculo del importe del ingreso a un enfoque basado en criterios para la determinación de cuándo y qué condiciones han de darse para poder registrar y valorar el ingreso. Además, se establecen criterios en relación con los ingresos por prestación de servicios, con lo que se cubre una importante laguna de la normativa anterior.

Bibliografía

- Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (2008): Consulta n.º 8. «Sobre si, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, se mantiene vigente el criterio recogido en la Norma de Registro y Valoración 18.^a *Ventas y otros ingresos*, contenida en las Normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a empresas inmobiliarias, aprobadas por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 28 de diciembre de 1994, según el cual, para los inmuebles en fase de construcción, en el momento en que se hayan incorporado al menos el 80 por 100 de los costes de la construcción, la empresa puede entender que un inmueble se encuentra sustancialmente terminado y en condiciones de entrega material, a efectos de reflejar el correspondiente ingreso por ventas». *Boletín del ICAC*, n.º 74.
- Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.
- Orden de 27 de enero de 1993, por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas constructoras.
- Orden de 2 de febrero de 1994, por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las federaciones deportivas.
- Orden de 27 de junio de 2000, por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las Sociedades Anónimas Deportivas.
- Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.
- Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.
- Reglamento (CE) n.º 1725/2003, de la Comisión, de 29 de septiembre de 2003, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo.

ANEXO

CASO 1:

La empresa mayorista «INGRES, SA» realiza un contrato con un cliente (comerciante minorista), pactándose la venta de una nueva línea de productos que desea lanzar al mercado por un importe de 3.000,00 euros, acordándose entre las condiciones de la operación que el cobro del importe se producirá una vez tales productos hayan sido a su vez vendidos por el cliente a terceros.

El ingreso por ventas no puede reconocerse contablemente en el momento de la firma del contrato, ni en el momento de entrega de los bienes al cliente minorista, puesto que la empresa vendedora todavía mantiene riesgos significativos vinculados con dichos bienes (puesto que serán devueltos si el minorista no los vende).

CASO 2:

La empresa «TELCANARIAS, SL» ofrece su conexión e instalación del servicio de telefonía y acceso a Internet con una oferta especial de lanzamiento de tres meses en la que solamente es necesario abonar un importe de 40 euros.

Información adicional de los precios de venta habituales de la empresa:

- Router (aparato de conexión a Internet) = 130 euros.
- Instalación: 30 euros.
- Acceso a Internet durante 24 horas: 30 euros.

Cálculo mediante los importes de precio de venta de la parte correspondiente a la venta de bienes y a prestación de servicios:

$$\text{Criterio de reparto} = \frac{40}{(130 + 30 + 30)} = 0,2105 \text{ um/um}$$

$$\text{Ingresos por venta de bienes} = 0,2105 \times 130 = 27,37 \text{ euros.}$$

$$\text{Ingresos por prestación de servicios} = 0,2105 \times 60 = 12,63 \text{ euros.}$$

CASO 3:

La empresa de consultoría «INNOV, SA» se dedica al estudio de los procesos productivos, llevando a cabo un análisis exhaustivo al objeto de permitir su racionalización, la reducción de costes, y buscando al mismo tiempo la maximización de márgenes, a fin de mejorar la eficiencia y eficacia de la empresa.

Para la realización de tal estudio se precisa de un periodo considerable, acordándose inicialmente por un plazo de dos años. El precio de venta por el que se va a facturar asciende a 30.000 euros, sin posibilidad alguna de revisión, siendo los costes estimados para desempeñar esta labor de 25.000 euros.

Al cliente se le ha solicitado un anticipo del 60 por 100, pues es preciso recopilar toda la información de tiempos de trabajo-operario, consumo de materiales, coste directo de mano de obra, etc., magnitudes indispensables para el correcto análisis del proceso de producción.

A 31 de diciembre de 2008 la empresa «INNOV, SA» comunica al cliente que se ha ejecutado un 10 por 100 de las labores previstas del estudio contratado.

A lo largo de 2009, las tareas de análisis e investigación realizadas por la empresa de consultoría ponen de manifiesto que se está produciendo una pérdida continuada de materiales, que incide en un incremento del coste del producto y aumenta el porcentaje de defectos de calidad de la producción obtenida, lo que exige un análisis más minucioso de este factor productivo, desde su adquisición, manipulación e incorporación al producto. Este incremento en las labores de análisis supone un encarecimiento del coste de los trabajos realizados por la empresa de consultoría en 2.000 euros más de los que inicialmente se habían previsto. A la finalización del periodo 2009 se considera que el estudio ya ha avanzado hasta el 60 por 100, presentándose al cliente un avance con las primeras conclusiones del estudio, y el cliente opta por abonar el resto del precio pactado.

En el año 2010 se finalizan los trabajos de análisis y se entrega al cliente el informe final, en que se detalla que el problema detectado en los materiales no es debido a la calidad de este factor adquirido a los proveedores, sino al proceso productivo en sí, pues en la primera sección de transformación, concretamente la maquinaria empleada, está causando una pérdida de materiales del 1 por 100, que se ha detectado con los controles de calidad que se han debido practicar en la realización del estudio, y que inicialmente no se había previsto que fuesen tan minuciosos y detallados, por lo que se solicita al cliente un incremento en el precio de venta inicialmente pactado de 500 euros. A 31 de diciembre de 2010 el cliente todavía no ha dado su respuesta sobre dicho incremento.

En el año 2011 se plantean dos casos:

- Caso a). El cliente, ante las sustanciales mejoras que va a obtener en su proceso productivo, efectivamente abona los 500 euros solicitados.
- Caso b). El cliente no acepta el incremento en el precio.

.../...

.../...

Año 2008 $\text{Cobros de clientes} = 30.000 \times 60\% = 18.000 \text{ euros}$ $\text{Gastos del periodo} = 25.000 \times 10\% = 2.500 \text{ euros}$ $\text{Ingresos del periodo} = 30.000 \times 10\% = 3.000 \text{ euros}$ **Año 2009** $\text{Cobros de clientes} = 30.000 \times 40\% = 12.000 \text{ euros}$ $\text{Gastos totales} = 25.000 + 2.000 = 27.000 \text{ euros}$ $\text{Gastos totales incurridos fin 2009} = 27.000 \times 60\% = 16.200 \text{ euros}$ $\text{Gastos del periodo} = 16.200 - 2.500 = 13.700 \text{ euros}$ $\text{Ingresos totales fin 2009} = 30.000 \times 60\% = 18.000 \text{ euros}$ $\text{Ingresos del periodo} = 18.000 - 3.000 = 15.000 \text{ euros}$ **Año 2010** $\text{Gastos del periodo} = 27.000 - (2.500 + 13.700) = 10.800 \text{ euros}$ $\text{Gastos imputados a la cuenta de resultados} = 10.300 \text{ euros}$ $\text{Gastos activados como existencias} = 500 \text{ euros}$ el ingreso correspondiente
aún no se ha reconocido $\text{Ingresos del periodo} = 30.000 - (3.000 + 15.000) = 12.000 \text{ euros}$ **Año 2011 (caso a)** $\text{Cobros de clientes} = 500 \text{ euros}$ $\text{Ingresos del periodo} = 500 \text{ euros}$ $\text{Dar de baja a existencias} = 500 \text{ euros (imputados como gastos en la cuenta de resultados)}$ **Año 2011 (caso b)** $\text{Dar de baja a existencias} = 500 \text{ euros (imputados como gastos en la cuenta de resultados)}$

**SEGUNDO EJERCICIO DEL PROCESO SELECTIVO PARA EL
INGRESO EN EL CUERPO DE GESTIÓN DE ADMINISTRACIÓN DE LA
XUNTA DE GALICIA, ESCALA TÉCNICA DE FINANZAS**

**SECOND EXAM OF THE SELECTIVE EXAMINATION FOR THE
ADMISSION TO THE MANAGEMENT BODY OF THE ADMINISTRATION
OF THE GALACIAN AUTONOMOUS GOVERNMENT (XUNTA DE
GALICIA) (FINANCE DEPARTMENT, TECHNICAL LEVEL)**

ÁNGEL ALONSO PÉREZ

FERNANDO VALLEJO TORRECILLA

Licenciados en Ciencias Empresariales

[Segundo ejercicio del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Gestión de Administración de la Xunta de Galicia, Escala Técnica de Finanzas, convocada por Orden de 10 de marzo de 2008 (DOG del 24)].

Sumario

- Caso 1. Contabilidad financiera.** Subvención de capital, préstamo bancario, adquisición de maquinaria con pago aplazado, capitalización de gastos financieros.
- Caso 2. Contabilidad financiera.** Compras y ventas de mercaderías, contabilización del IVA, diferencias de cambio, regla de prorrata.
- Caso 3. Contabilidad financiera.** Operaciones diversas relacionadas con el arrendamiento de dos edificios propiedad de la empresa.
- Caso 4. Contabilidad financiera.** Operaciones diversas relacionadas con participación en capital.

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

SUBVENCIÓN DE CAPITAL, PRÉSTAMO BANCARIO, ADQUISICIÓN DE MAQUINARIA CON PAGO APLAZADO,
CAPITALIZACIÓN DE GASTOS FINANCIEROS

ENUNCIADO

El 1-3-20X1 la empresa «ASA» recibe comunicación de la Administración Autonómica por la que se le concede una subvención para la compra de maquinaria de 2.500 euros. La liquidación definitiva de la subvención quedará condicionada a la puesta en condiciones de uso de una inversión en maquinaria por una cuantía no inferior a 10.000 euros.

El 1-5-20X1 «ASA» adquiere la maquinaria por 10.000 euros, importe que obtiene tras negociar con el banco «COBA» el anticipo del 100 por 100 de la subvención. Dicho anticipo devenga un interés anual del 4 por 100 a liquidar de una sola vez junto con el principal de la deuda en el momento del cobro de la subvención. Se prevé que la subvención no se cobre hasta dentro de dos años.

El resto del precio de la máquina lo deja a deber al proveedor de la misma, debiendo abonar «ASA» tres pagos anuales, siendo el segundo un 10 por 100 superior al primero y el tercero un 20 por 100 superior al primero. El tipo de interés efectivo anual de la financiación recibida es del 6 por 100.

Los gastos de montaje de la máquina durante el año 20X2 ascienden a 400 euros, abonados en efectivo, finalizando el montaje el 31-5-20X2. Tras un periodo de pruebas, la máquina queda lista para su uso el 30-6-20X2. Se le estima una vida útil de 10 años.

El 30-6-20X3 «ASA» recibe por transferencia bancaria el importe de la subvención y liquida su deuda con el banco «COBA».

A 31-12-20X3 «ASA», que en términos globales obtiene siempre beneficios, pero que en la rama de actividad en la que utiliza la maquinaria registra pérdidas, determina que el valor de uso de la misma es un 10 por 100 menor que su valor contable en ese momento.

El 31-12-20X4 «ASA» dispone de la máquina para otra actividad mucho más rentable, por lo que estima que su importe recuperable es un 5 por 100 superior a su valor contable en ese momento.

El tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades de «ASA» es del 30 por 100.

«ASA» contabiliza sus operaciones de acuerdo con el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas, aprobado por el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre.

SE PIDE:

Registro de las operaciones anteriores, con dos decimales, en el diario de «ASA».

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1

SUBVENCIÓN DE CAPITAL. PRÉSTAMO BANCARIO. ADQUISICIÓN DE MAQUINARIA CON PAGO APLAZADO. CAPITALIZACIÓN DE GASTOS FINANCIEROS

Normativa aplicada

PGC 2007 (RD 1515/2007) - NRV 2.^a, 9.^a y 18.^a.

Consulta ICAC – BOICAC 75, consulta 11.

Cálculos justificativos y contabilización

Ejercicio 20X1

1-3-20X1

Por la concesión del anticipo de la subvención, condicionado el resto a la adquisición y puesta en condiciones de uso de la maquinaria:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	2.500,00	
1720	Deudas a largo plazo transformables en subvenciones		2.500,00

1-5-20X1

Por el préstamo obtenido del banco «COBA», por el importe total de la subvención:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5720	Bancos	2.500,00	
1700	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		2.500,00

En cuanto a la distribución de la carga financiera devengada por el préstamo anterior, tendremos:

Ejercicio	Periodo	Intereses devengados
20X1	1-5-20X1 – 31-12-20X1	2.500,00 $[(1,04)^{8/12} - 1] = 66,23$
20X2	1-1-20X2 – 30-6-20X2	$(2.500,00 + 66,23) [(1,04)^{6/12} - 1] = 50,82$
	1-7-20X2 – 31-12-20X2	$(2.500,00 + 117,05) [(1,04)^{6/12} - 1] = 51,83$
		.../...

Ejercicio	Periodo	Intereses devengados
...	...	...
20X3	1-1-20X3 – 30-06-20X3	$(2.500,00 + 117,05 + 51,83) [(1,04)^{6/12} - 1] = 52,85$

(En el cuadro anterior se ha incluido la fecha de 30-6-20X2 porque en ese momento la máquina está en condiciones de funcionar y a partir de ahí ya no se pueden capitalizar los intereses).

La adquisición de la maquinaria es con parte del pago aplazado (10.000 – 2.500), y teniendo en cuenta que las cuotas varían en progresión aritmética, siendo la primera C_1 y la razón $d = 0,10 C_1$, tendremos:

$$7.500 = C_1 (1,06)^{-1} + 1,10 C_1 (1,06)^{-2} + 1,20 C_1 (1,06)^{-3} \text{ y de aquí, } C_1 = 2.559,78$$

La evolución de la deuda con el proveedor es la siguiente:

Fecha	Periodo	Pago	Intereses devengados en:			Amortización	Saldo pendiente
			Año 1	Año 2	Año 3		
1-5-20X1	0	–	–	–	–	–	7.500,00
1-5-20X2	1	2.559,78	144,89	–	–	2.414,89	5.085,11
1-5-20X3	2	2.815,76	150,36	159,38	–	2.506,02	2.579,09
1-5-20X4	3	3.071,74	154,75	164,03	173,87	2.579,09	–
		8.447,28	450,00	323,41	173,87	7.500,00	

Y la distribución por periodos de los gastos financieros (separando el corto y el largo plazo):

Ejercicio	Periodo	Intereses devengados
20X1	1-5-20X1 – 31-12-20X1	$2.414,89 [(1,06)^{8/12} - 1] = 95,65$
		$5.085,11 [(1,06)^{8/12} - 1] = 201,41$
20X2	1-1-20X2 – 30-4-20X2	$(2.414,89 + 95,65) [(1,06)^{4/12} - 1] = 49,24$
	1-5-20X2 – 31-12-20X2	$(5.085,11 + 201,41) [(1,06)^{4/12} - 1] = 103,69$
		$2.656,37 [(1,06)^{8/12} - 1] = 105,22$
20X3	1-1-20X3 – 30-4-20X3	$2.733,83 [(1,06)^{8/12} - 1] = 108,29$
		$(2.656,37 + 105,22) [(1,06)^{4/12} - 1] = 54,16$
	1-5-20X3 – 31-12-20X3	$(2.733,83 + 108,29) [(1,06)^{4/12} - 1] = 55,74$
20X4	1-1-20X4 – 1-5-20X4	$2.897,86 [(1,06)^{8/12} - 1] = 114,79$
		$(2.897,86 + 114,79) [(1,06)^{4/12} - 1] = 59,08$

Total intereses = 947,27 (hay una centésima de diferencia con el cuadro anterior debido al redondeo).

Y la contabilización de la adquisición:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2330	Maquinaria en montaje	10.000,00	
5720	Bancos		2.500,00
5230	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		2.414,89
1730	Proveedores de inmovilizado a largo plazo (2.506,02 + 2.579,09)		5.085,11

La subvención se convierte en no reintegrable una vez adquirida la maquinaria (1-5-20X1). A partir de este momento figurará en el patrimonio neto, descontado su efecto impositivo, y se irá trasladando al resultado del ejercicio en la misma proporción y periodo de tiempo en el que se amortiza la maquinaria.

Código	Cuenta	Debe	Haber
1720	Deudas a largo plazo transformables en subvenciones	2.500,00	
1300	Subvenciones oficiales de capital		2.500,00

Y por el efecto impositivo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1300	Subvenciones oficiales de capital	750,00	
4790	Pasivos por diferencias temporarias imponibles (30%)		750,00

(La empresa utiliza el Plan Contable de PYMES, por lo cual no se utilizan las cuentas de los grupos 8 y 9).

31-12-20X1

Contabilización de los intereses devengados por el préstamo bancario (según cuadro):

Código	Cuenta	Debe	Haber
6623	Intereses de deudas con entidades de crédito	66,23	
1700	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		66,23

En cuanto a los intereses devengados por el aplazamiento de pago al proveedor del inmovilizado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6624	Intereses de deudas, otras empresas	297,06	
5230	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		95,65
1730	Proveedores de inmovilizado a largo plazo		201,41

Por la capitalización obligatoria de los gastos financieros (periodo de montaje de 13 meses > 1 año):

Código	Cuenta	Debe	Haber
2330	Maquinaria en montaje	363,29	
7360	Incorporación al activo de gastos financieros (66,23 + 95,65 + 201,41)		363,29

Ejercicio 20X2

1-5-20X2

Pago al proveedor del inmovilizado de la primera cuota, anotando los intereses devengados:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6624	Intereses de deudas, otras empresas	152,93	
5230	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		49,24
1730	Proveedores de inmovilizado a largo plazo		103,69

Código	Cuenta	Debe	Haber
5230	Proveedores de inmovilizado a corto plazo	2.559,78	
5720	Bancos		2.559,78

31-5-20X2

Por los gastos de puesta en marcha:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2330	Maquinaria en montaje	400,00	
5720	Bancos		400,00

30-6-20X2

Y por el traspaso del saldo acumulado a la cuenta definitiva una vez concluido el periodo de montaje y puesta la maquinaria en condiciones de funcionamiento:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2130	Maquinaria	10.763,29	
2330	Maquinaria en montaje		10.763,29

La capitalización de los intereses correspondientes al ejercicio 20X2 (hasta la fecha de entrada en funcionamiento, seis meses) se realizará a fin de año.

31-12-20X2

Contabilización de los intereses devengados por el préstamo bancario:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6623	Intereses de deudas con entidades de crédito (50,82 + 51,83)	102,65	
1700	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		102,65

Contabilización de los intereses devengados por el aplazamiento de pago al proveedor de inmovilizado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6624	Intereses de deudas, otras empresas	213,51	
5230	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		105,22
1730	Proveedores de inmovilizado a largo plazo		108,29

Capitalización de intereses hasta estar en condiciones de entrada en funcionamiento (30-6-20X2):

Préstamo bancario (dato obtenido directamente del cuadro):

1-1-20X2 – 30-6-20X2 50,82

Proveedor de inmovilizado (a partir del cuadro, con cálculos):

De la primera cuota (4 meses) 49,24

De las cuotas 2.^a y 3.^a (6 meses) (5.085,11 + 201,41) $[(1,06)^{6/12} - 1]$ 156,28

Total intereses a capitalizar 256,34

Código	Cuenta	Debe	Haber
2130	Maquinaria	256,34	
7360	Incorporación al activo de gastos financieros		256,34

Y por la cuota de amortización de la maquinaria:

Saldo en la cuenta de la maquinaria en este momento, una vez incluidos los intereses: 11.019,63.

Cuota de amortización desde 30-6-20X2: $11.019,6/10 = 1.101,96 \times 6/12 = 550,98$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
6813	Amortización de maquinaria	550,98	
2813	Amortización acumulada de maquinaria		550,98

Y por el traspaso de la subvención, en la misma proporción que la amortización, al resultado del ejercicio: $2.500/10 = 250 \times \frac{1}{2} \text{ año} = 125$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
1300	Subvenciones oficiales de capital	125,00	
7460	Subvenciones de capital transferidas al resultado del ejercicio		125,00

Y por el efecto impositivo asociado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4790	Pasivos por diferencias temporarias imponibles (30% de 125)	37,50	
1300	Subvenciones oficiales de capital		37,50

Y por la reclasificación de la 2.^a cuota de la deuda por la compra del inmovilizado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1730	Proveedores de inmovilizado a largo plazo	2.656,37	
5230	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		2.656,37

Ejercicio 20X3

1-5-20X3

Por el pago de la 2.^a cuota al proveedor de inmovilizado, anotando los intereses devengados:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6624	Intereses de deudas, otras empresas	109,90	
5230	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		54,16
1730	Proveedores de inmovilizado a largo plazo		55,74

Código	Cuenta	Debe	Haber
5230	Proveedores de inmovilizado a corto plazo	2.815,76	
5720	Bancos		2.815,76

30-6-20X3

Por el cobro de la subvención:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5720	Bancos	2.500,00	
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas		2.500,00

En el momento en que la empresa cobra la subvención, liquida la deuda con el banco:

Intereses devengados en el ejercicio (1-1-20X3 – 30-6-20X3): 52,85.

Código	Cuenta	Debe	Haber
6623	Intereses de deudas con entidades de crédito	52,85	
1700	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		52,85

No se realizó el traspaso de la deuda a corto plazo el año anterior por no saber en ese momento cuándo se iba a cobrar la subvención.

Por la cancelación de la deuda con los intereses totales acumulados:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1700	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	2.721,73	
5720	Bancos		2.721,73

31-12-20X3

Por la cuota anual de amortización de la maquinaria:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6813	Amortización de maquinaria (10% × 11.019,63)	1.101,96	
2813	Amortización acumulada de maquinaria		1.101,96

Por la imputación de la subvención al resultado del ejercicio, $2.500/10 = 250$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
1300	Subvenciones oficiales de capital	250,00	
7460	Subvenciones de capital transferidas al resultado del ejercicio		250,00

Y por el efecto impositivo asociado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4790	Pasivos por diferencias temporarias imponibles (30% de 250)	75,00	
1300	Subvenciones oficiales de capital		75,00

Por los intereses devengados por la deuda del proveedor de inmovilizado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6624	Intereses de deudas, otras empresas	114,79	
5230	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		114,79

Y por la reclasificación de la 3.^a cuota de la deuda por la compra del inmovilizado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1730	Proveedores de inmovilizado a largo plazo	2.897,87	
5230	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		2.897,87

Correcciones valorativas al cierre:

Valor en libros de la maquinaria en este momento: $11.019,63 - 1.652,94 = 9.366,69$.

10% de deterioro = 936,67.

Valor contable de la subvención en este momento (sin descontar efecto impositivo): 2.125,00.

Proporción que representa la subvención: $\frac{2.125,00}{9.366,69} = 22,6868\%$

Este porcentaje es el mismo que había inicialmente ($2.500/11.019,63 = 22,6868\%$), como es lógico, ya que tanto la amortización de la maquinaria como la imputación de la subvención son proporcionales.

Obsérvese que si se descuenta el efecto impositivo, el porcentaje que representa la subvención se vería reducido en un 30% (el tipo impositivo): $(1 - 0,30) \times 22,6868\% = 15,8808\%$.

A esta misma cifra se llega dividiendo los saldos de las cuentas 1300 y 2130 en este momento:

$$\frac{1.487,50}{9.366,69} = 15,8808$$

La NRV 18.^a no señala si la subvención se considera teniendo en cuenta o no el efecto impositivo.

La consideraremos en los cálculos sin descontar el efecto impositivo, tomando el 22,6868%.

Por lo tanto, si el deterioro asciende a 936,67 euros, su 22,6868%, esto es, 212,50 euros, se consideran cubiertos con la subvención. Este cálculo es necesario pues conviene resaltar el hecho de que el deterioro, en la medida en que esté subvencionado el bien, es irreversible.

Código	Cuenta	Debe	Haber
6713	Pérdidas procedentes de maquinaria	212,50	
6913	Pérdidas por deterioro de maquinaria	724,17	
2130	Maquinaria		212,50
2913	Deterioro de valor de maquinaria		724,17

Por la imputación adicional (como consecuencia del deterioro) de la subvención al resultado del ejercicio, $22,6868\%$ de $936,67 = 212,50$.

A esta misma cifra se llega también de forma más sencilla calculando el 10% del saldo de la subvención: $10\% \text{ de } 2.125 = 212,50$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
1300	Subvenciones oficiales de capital	212,50	
7460	Subvenciones de capital transferidas al resultado del ejercicio		212,50

Y por el efecto impositivo asociado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4790	Pasivos por diferencias temporarias imponibles (30% de 212,50)	63,75	
1300	Subvenciones oficiales de capital		63,75

Ejercicio 20X4

1-5-20X4

Por el pago de la 3.^a y última cuota al proveedor de inmovilizado, anotando los intereses deven-gados:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6624	Intereses de deudas, otras empresas	59,08	
5230	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		59,08

Código	Cuenta	Debe	Haber
5230	Proveedores de inmovilizado a corto plazo	3.071,74	
5720	Bancos		3.071,74

31-12-20X4

Al haber habido deterioro anteriormente, la cuota de amortización del ejercicio 20X4 (y siguientes) se verá reducida:

$$\text{Nueva cuota} = \frac{11.019,63 - 1.652,94 - 212,50 - 724,17}{8,5 \text{ años}} = 991,77$$

Código	Cuenta	Debe	Haber
6813	Amortización de maquinaria	991,77	
2813	Amortización acumulada de maquinaria		991,77

Y por la imputación de la subvención:

En cuanto al deterioro y la posible reversión (total o parcial) del mismo, a la vista de los datos, hay que tener en cuenta que la valoración contable de la maquinaria al cierre debe ser la menor entre:

- Valor que hubiera tenido la maquinaria si no hubiera habido deterioro: $11.019,63 - 1.652,94 -$
 $- \text{Amortización que hubiera habido sin deterioro en } 20X4 \text{ (igual cuota que en } 20X3 =$
 $= 1.101,96) = 8.264,73.$
- Valor recuperable = Valor contable de la maquinaria $\times 1,05 = (8.430,02 - 991,77) \times$
 $\times 1,05 = 7.438,25 \times 1,05 = 7.810,16.$

Comparando la menor de ambas cifras con el valor contable actual, tendremos que:

$7.810,16 - 7.438,25 = 371,91$. Ésta es la cifra de deterioro que puede revertir en este momento [esta cifra no puede exceder, como es lógico, del deterioro contabilizado (724,17)].

Código	Cuenta	Debe	Haber
2913	Deterioro de valor de maquinaria	371,91	
7910	Reversión del deterioro de maquinaria		371,91

La reversión del deterioro no supone la retrocesión de la imputación de la subvención.

Por la imputación de la subvención al resultado del ejercicio por $1.912,50/8,5 \text{ años} = 225,00$.

A esta cifra también se llega: $22,6868\% \text{ de } 991,77 = 225$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
1300	Subvenciones oficiales de capital	225,00	
7460	Subvenciones de capital transferidas al resultado del ejercicio		225,00

Y por el efecto impositivo asociado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4790	Pasivos por diferencias temporarias imponibles (30% de 225)	67,50	
1300	Subvenciones oficiales de capital		67,50

Por último, cabe señalar que habría que añadir en cada uno de los años, a fin de ejercicio, la liquidación del impuesto sobre el beneficio y los asientos de traspaso de saldos de las cuentas de los grupos 6 y 7 a la cuenta 129.

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

COMPRAS Y VENTAS DE MERCADERÍAS, CONTABILIZACIÓN DEL IVA, DIFERENCIAS DE CAMBIO,
REGLA DE PRORRATA

ENUNCIADO

La sociedad anónima española «BSA» compra, el 1-12-20X1, 1.000 unidades de mercaderías a un proveedor nacional por un coste de 6 euros/unidad (IVA 16%), pagando al contado, por lo que el proveedor le aplica un descuento por pronto pago del 2 por 100. El 40 por 100 de los ingresos de «BSA» en el ejercicio económico anterior estaban exentos de IVA. «BSA» está en el régimen de prorrata general. Las ventas de mercaderías no están exentas de IVA.

A 31-12-20X1, fecha de cierre del ejercicio, «BSA» tiene un compromiso de venta en firme del 20 por 100 de las mercaderías disponibles, con un margen de beneficio del 10 por 100, pese a que en ese momento su valor neto realizable es un 5 por 100 inferior a su coste de adquisición.

A 31-12-20X1, el porcentaje de ventas exentas de IVA para el año 20X1 es del 35 por 100.

Las ventas no exentas de IVA de esta clase de mercaderías se gravan con un tipo del 16 por 100.

Se cumplen todos los requisitos y obligaciones de la normativa del IVA.

El 1-2-20X2 se cobran las mercaderías vendidas con compromiso de venta en firme. Posteriormente, el 1-3-20X2 se transfiere la propiedad de las mercaderías.

El 1-7-20X2, «BSA» vende un 30 por 100 de las mercaderías adquiridas a finales del año anterior a un cliente español. «BSA» factura con cobro al contado con un precio con el margen de beneficio normal del mercado para esta clase de bienes, un 20 por 100, con respecto a su valor contable, pero el cliente negocia pagar dentro de 10 meses una cantidad un 10 por 100 superior, estipulándose en el contrato el tipo de interés efectivo del aplazamiento. La empresa acepta el aplazamiento en dichas condiciones.

El 1-9-20X2 «BSA» vende otro 30 por 100 a un cliente alemán, el cual paga 2.000 euros al contado.

«BSA» vende el 1-11-20X2 las últimas mercaderías disponibles (el 20% restante) a un cliente árabe, que pagará 1.700 USD dentro de 3 meses. A 1-11-20X2 el tipo de cambio es 1 euro = 1,30 USD. A 31-12-20X2 el tipo de cambio es 1 euro = 1,20 USD.

El 2-12-20X2 «BSA» compra por 12.000 euros a un proveedor francés mercaderías de la misma clase que las vendidas el 1-7-20X2, aplazando el pago 30 días. Estas mercaderías se venden 10 días más tarde al contado a la sociedad anónima española «XSA», de la que «BSA» tiene el 100 por 100 de las acciones. El precio de venta fijado implica un margen negativo del 20 por 100.

A 31-12-20X2, el cliente español al que se le vendieron mercaderías el 1-7-20X2 es considerado de dudoso cobro, aunque todavía no se cumplen los requisitos para recuperar el IVA. Tampoco

se cumplen los requisitos de la normativa del Impuesto sobre Sociedades para deducir la pérdida en el ejercicio 20X2, aunque sí se darán las condiciones para deducirla en 20X3, ejercicio en el que «BSA» espera obtener bases imponibles positivas. El tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades para «BSA» es del 30 por 100.

A 31-12-20X2 el porcentaje de operaciones exentas de IVA de «BSA» es del 39 por 100.

SE PIDE:

Contabilizar las operaciones de «BSA» y «XSA» hasta el 31-12-20X2, en euros y con dos decimales, sabiendo que dicha sociedad aplica el Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2

COMPRAS Y VENTAS DE MERCADERÍAS. CONTABILIZACIÓN DEL IVA. DIFERENCIAS DE CAMBIO. REGLA DE PRORRATA

Normativa aplicada

PGC 2007 (RD 1514/2007) - NRV 11.^a, 12.^a, 14.^a y 21.^a.

Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Real Decreto 1624/1992, del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Ley 16/2007, de reforma y adaptación de la Legislación Mercantil en materia contable.

Código de Comercio, artículo 34.4.

Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades – Real Decreto Legislativo 4/2004, artículo 16.

Reglamento del Impuesto sobre Sociedades – Real Decreto 1777/2004, artículo 16.

Ley 36/2006, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal.

Real Decreto 1793/2008 (desarrolla la Ley 36/2006).

Cálculos justificativos y contabilización

Contabilización en los libros de «BSA»

Ejercicio 20X1

1-12-20X1

Compra de mercaderías con IVA no deducible en un 40%:

1.000 uns.@ 6	6.000,00	
Dto. p.p.p. 2%	(120,00)	
Base imponible	5.880,00	$\left\{ \begin{array}{l} 60\% \text{ deducible: } 564,48 \\ 40\% \text{ no deducible: } 376,32 \end{array} \right.$
IVA 16%.....	940,80	
Total factura	6.820,80	

Código	Cuenta	Debe	Haber
6000	Compras de mercaderías (5.880 + 376,32)	6.256,32	
4720	Hacienda Pública, IVA soportado	564,48	
5720	Bancos c/c vista, euros		6.820,80

31-12-20X1

Por el compromiso de venta en firme no hay que realizar ninguna anotación en el diario. Se tendrá en cuenta para la valoración de las existencias en cuanto a un posible ajuste por deterioro.

Código	Cuenta	Debe	Haber
3000	Mercaderías	6.256,32	
6100	Variación de existencias de mercaderías		6.256,32

Existencias finales:

- 20% de 6.256,32 = 1.251,26 con compromiso de venta en firme.
- 80% de 6.256,32 = 5.005,06 sin compromiso de venta.

Con respecto a las afectadas por el contrato de venta en firme, la NRV 10.^a, apartado 2, establece que los bienes y servicios no serán objeto de corrección valorativa si el valor de realización neto estipulado cubre como mínimo todos los costes.

Valor realizable: $1.251,26 \times 1,10 > \text{coste de las mercaderías}$ → no es necesaria corrección valorativa.

Con respecto al resto, al ser el valor neto realizable $< \text{coste de adquisición}$, procede corrección valorativa por el 5%: $5.005,06 \times 0,05 = 250,25$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
6931	Pérdidas por deterioro de mercaderías	250,25	
3900	Deterioro de valor de las mercaderías		250,25

No hay datos en este momento sobre cuándo se ponen a disposición del comprador las mercancías con compromiso de venta en firme, a efectos del devengo del IVA.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la empresa está sujeta al régimen de prorata general:

- Prorrata definitiva (100% – 35%) 65%
- IVA soportado..... 564,48
- IVA deducible ($5.880 \times 0,16 \times 0,65$)..... 611,52
- Diferencia a regularizar 47,04

Código	Cuenta	Debe	Haber
4720	Hacienda Pública, IVA soportado	47,04	
6391	Ajustes positivos en IVA de activo corriente		47,04

Y en cuanto al traspaso de las cuentas relacionadas con el IVA a la cuenta definitiva:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4700	Hacienda Pública, deudora por IVA	611,52	
4720	Hacienda Pública, IVA soportado		611,52

Ejercicio 20X2

1-2-20X2

Por el cobro anticipado de las mercaderías con compromiso de venta en firme:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5720	Bancos ($1.251,26 \times 1,10 \times 1,16$)	1.596,61	
4380	Anticipos de clientes		1.376,39
4770	IVA repercutido		220,22

1-3-20X2

Y en el momento en que se transfiere la propiedad de las mercaderías anteriores:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4380	Anticipos de clientes	1.376,39	
7000	Ventas de mercaderías		1.376,39

1-7-20X2

Venta de otro 30 por 100 a un cliente español:

- Valor contable $[(6.256,32 - 250,25) \times 30\%]$ 1.801,82
(precio de coste menos deterioro).
- Precio de venta normal $(1.801,82 \times 120\%)$ 2.162,19
- Total factura al contado $(2.162,19 \times 116\%)$ 2.508,14
- Incremento del 10% por aplazamiento de pago $(2.508,14 \times 10\%)$ 250,81
- Importe a cobrar a los 10 meses $(2.508,14 + 250,81)$ 2.758,95

Aunque los intereses por aplazamiento de pago, devengados con posterioridad a la puesta a disposición de las mercancías, no forman parte de la base de cálculo del IVA, éste sí se ha incluido en el cálculo de los intereses (mediante el tipo de coste efectivo, calculado más adelante), pues la empresa financia (aplaza) el importe *total* de la factura, IVA incluido.

La NRV 14.^a, apartado 1, indica que podrán incluirse en la cifra de ventas los intereses de créditos comerciales con aplazamientos no superiores a un año que no tengan tipo de interés contractual y cuando el efecto de no actualizar los flujos no sea significativo.

En este caso, los intereses se registrarán de forma independiente (sin incluir en la cifra de ventas), pues su importe es conocido y además suponen un importe significativo con respecto al importe de la venta (un 10% *flat*, en 10 meses, supone un tipo de interés efectivo elevado, tal y como se calcula un poco más adelante, al cierre de ejercicio).

Código	Cuenta	Debe	Haber
4300	Clientes	2.508,14	
4770	Hacienda Pública, IVA repercutido		345,95
7000	Ventas de mercaderías		2.162,19

1-9-20X2

Por la venta al contado al cliente alemán:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5720	Bancos	2.000,00	
7000	Ventas de mercaderías		2.000,00

Las entregas intracomunitarias están exentas de IVA. La operación se grava en destino, por lo que la factura emitida por la empresa no incluye el IVA.

1-11-20X2

Por la venta al cliente árabe (exportación exenta de IVA) por 1.700 USD al cambio *spot* de 1,3.

Código	Cuenta	Debe	Haber
4304	Clientes (moneda extranjera) (1.700/1,30)	1.307,69	
7000	Ventas de mercaderías		1.307,69

2-12-20X2

Por la compra al proveedor francés, con pago a 30 días:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6000	Compras de mercaderías	12.000,00	
4004	Proveedores (moneda extranjera)		12.000,00

Y por el reflejo del IVA autorrepercutido y autosoportado simultáneos, al tratarse de una adquisición intracomunitaria:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4720	Hacienda Pública, IVA soportado ($12.000 \times 0,16 \times 0,65$)	1.248,00	
6000	Compras de mercaderías (IVA no deducible según prorrata del 35%)	672,00	
4770	Hacienda Pública, IVA repercutido		1.920,00

12-12-20X2

Venta de las mercancías anteriores a la sociedad «XSA», empresa del grupo, participada al 100 por 100, en la que suponemos que el precio de compra no incluye el IVA:

- $PV = PC - 0,20 PC$; $12.000 \times 0,80 = 9.600$
- Precio de venta normal en el mercado (el que se obtendría si la operación no fuera entre empresas vinculadas): $12.000 \times 1,20 = 14.400$
- Diferencia: $14.400 - 9.600 = 4.800$ (pérdida)

Según lo establecido en la NRV 21.^a, *Operaciones entre empresas del grupo*: «éstas se contabilizarán según las normas generales».

Es decir, en nuestro caso se registrará la venta por 9.600 euros más el IVA.

Código	Cuenta	Debe	Haber
4330	Clientes, empresas del grupo	11.136,00	
7001	Ventas de mercaderías a empresas del grupo		9.600,00
4770	Hacienda Pública, IVA repercutido		1.536,00

No obstante, la citada norma añade: «En caso de que el precio acordado difiera del valor razonable (precio normal de mercado en este caso), la diferencia deberá registrarse atendiendo a la realidad económica de la operación». Es lo que da lugar al denominado «ajuste secundario» (el que se realiza para que la operación quede valorada según su valor razonable) por la normativa fiscal.

Por otra parte, el artículo 79 de la Ley del IVA establece que en las operaciones entre partes vinculadas la base del impuesto será el valor de mercado.

La realidad económica de la operación se desconoce ¹. Puede tratarse de una simple subvención, un reparto encubierto de dividendos, dar salida a inventarios excesivos o de lenta rotación, etc.

Si lo consideramos como subvención (los dividendos suponen ajustes contables más complejos), tendríamos que:

Cuenta	Contabilizado a precio de venta	Contabilización a valor de mercado	Ajuste
4330	11.136,00	11.904,00	768,00
7000	9.600,00	14.400,00	4.800,00
4770	1.536,00	2.304,00	768,00
6761	0,00	4.800,00	4.800,00

De acuerdo con el cuadro anterior, el ajuste de la venta a valor de mercado será:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4330	Clientes, empresas del grupo	768,00	
6761	Subvenciones corrientes a empresas del grupo	4.800,00	
7001	Ventas de mercaderías a empresas del grupo		4.800,00
4770	Hacienda Pública, IVA repercutido		768,00

¹ En empresas que operan internacionalmente, la motivación de este tipo de operaciones se centra fundamentalmente en la reducción (o elusión) de la carga fiscal mediante el traslado de beneficios a países con menor presión tributaria. Tampoco hay que olvidar la cobertura de riesgos (empresas situadas en países con moneda más fuerte y estable) y otros. La documentación exigida y los problemas de valoración fiscal y contable que plantean estas operaciones y los denominados precios de transferencia son, en la práctica y en términos generales, de gran complejidad. Los estudios, artículos y publicaciones sobre el tema y su regulación legal (nacional e internacional) así lo ponen de manifiesto.

En cuanto al impuesto sobre el beneficio, la operación debe valorarse por el valor de mercado.

- Venta a precio de mercado: 14.400,00.
- Precio de transferencia registrado: 9.600,00.
- Ajuste positivo (a fin de ejercicio) en la base imponible del impuesto: 4.800,00.

Código	Cuenta	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente ($0,30 \times 4.800$)	1.440,00	
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre sociedades		1.440,00

31-12-20X2

Para el cálculo de los intereses devengados por el aplazamiento al cliente español, calcularemos primero el tipo de interés efectivo:

$2.612,64 (1 + i_e)^{10/12} = 2.873,90$ y de aquí se tiene que: $i_e = 12,11\%$, importe significativo, tal y como se comentó antes.

En seis meses, el importe devengado es: $2.612,64 \times (1,1211^{6/12} - 1) = 153,68$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
4300	Clientes	153,68	
7621	Ingresos de créditos a corto plazo		153,68

Reclasificación (no es obligatorio hacerlo) de los saldos de dudoso cobro:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4360	Clientes de dudoso cobro	2.766,32	
4300	Clientes ($2.612,64 + 153,68$)		2.766,32

Código	Cuenta	Debe	Haber
6940	Pérdidas por deterioro de créditos por operaciones comerciales	2.766,32	
4900	Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales		2.766,32

Registro de la diferencia temporaria deducible generada por la pérdida no deducible este año:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4740	Activos por diferencias temporarias deducibles	829,90	
6301	Impuesto diferido ($2.766,32 \times 0,30$)		829,90

Regularización del IVA devengado en el ejercicio:

- IVA soportado: $12.000 \times 0,16 \times 0,65$ 1.248,00
- IVA deducible: $12.000 \times 0,16 \times 0,61$ 1.171,20
- Diferencia a regularizar 76,80

Código	Cuenta	Debe	Haber
6390	Ajustes positivos en IVA de activo corriente	76,80	
4720	Hacienda Pública, IVA soportado		76,80

Y por la regularización de las cuentas relacionadas con el IVA:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4770	Hacienda Pública, IVA repercutido	4.790,17	
4720	Hacienda Pública, IVA soportado		1.171,20
4750	Hacienda Pública, acreedora por IVA		3.618,97

Y por el ajuste del tipo de cambio al cierre del saldo con el cliente árabe (1 euro = 1,20 USD):

Código	Cuenta	Debe	Haber
4304	Clientes (moneda extranjera)	108,98	
7680	Diferencias positivas de cambio		108,98

Contabilización en los libros de «XSA»

12.12.20X2

Compra de las mercancías a «BSA», empresa dominante, en la que suponemos que el precio de compra no incluye el IVA:

- $PV = PC - 0,20 PC$; $12.000 \times 0,80 = 9.600$.
- Precio de venta normal en el mercado (el que se obtendría si la operación no fuera entre empresas vinculadas): $12.000 \times 1,20 = 14.400$.
- Diferencia: $14.400 - 9.600 = 4.800$ (considerada como subvención).

Según lo establecido en la NRV 21.^a, *Operaciones entre empresas del grupo*: «éstas se contabilizarán según las normas generales».

Es decir, en este caso se registrará la venta por 9.600 euros más el IVA.

Código	Cuenta	Debe	Haber
6001	Compras de mercaderías a empresas del grupo	9.600,00	
4770	Hacienda Pública, IVA soportado	1.536,00	
4030	Proveedores, empresas del grupo		11.136,00

Son de aplicación los mismos planteamientos y cálculos que los vistos anteriormente para la empresa vendedora «BSA», por lo que el ajuste será:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6001	Compras de mercaderías a empresas del grupo	4.800,00	
4770	Hacienda Pública, IVA soportado	768,00	
4030	Proveedores, empresas del grupo		768,00
7403	Subvenciones a la explotación de empresas del grupo		4.800,00

La diferencia se ha considerado como una subvención corriente de explotación.

En cuanto al impuesto de beneficio, la operación debe ser valorada por su valor de mercado, al igual que en la empresa «BSA».

Y por el traspaso de las cuentas relacionadas con el IVA a la cuenta definitiva:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4700	Hacienda Pública, deudora por IVA	2.304,00	
4720	Hacienda Pública, IVA soportado		2.304,00

Por último, cabe señalar que habría que añadir, tanto en «BSA» como en «XSA», a fin de los correspondientes ejercicios, la liquidación del impuesto sobre el beneficio y los asientos de traspaso de saldos de las cuentas de los grupos 6 y 7 a la cuenta 129.

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

OPERACIONES DIVERSAS RELACIONADAS CON EL ARRENDAMIENTO DE DOS EDIFICIOS
PROPIEDAD DE LA EMPRESA

ENUNCIADO

La empresa «CSA» decide el 1-1-20X1 mudar sus oficinas principales a un nuevo inmueble. La sede anterior ocupaba dos edificios, que denominaremos A y B.

En cuanto al edificio A, su valor contable es de 50.000 euros, de los cuales 30.000 euros corresponden al valor del terreno y 20.000 euros al valor de las construcciones, que se encuentran amortizadas en un 50 por 100 de su vida útil total de 50 años (amortización lineal).

Se procede a anunciarlo para su alquiler a terceros el 1-1-20X1. En ese momento, se estima que su valor razonable es de 49.600 euros (31.000 para el terreno y 18.600 para las construcciones) y que, si se vendiera, se incurriría en unos gastos de 200 euros.

El 31-12-20X1, «CSA» alquila el edificio, incluido el terreno, a «ZSA», por un periodo de 24 años. En ese momento, el valor razonable del edificio (construcciones y terrenos) coincide con su valor contable. Se establece a cambio el cobro de 24 cuotas al principio de cada año, desde la fecha de la firma del contrato (31-12-20X1). La primera de ellas asciende a 3.945,10 euros, más un IVA del 16 por 100, y se incrementará anualmente en un 3 por 100. La rentabilidad normal de mercado de este tipo de operaciones es del 10 por 100. Se considera que el total de la cuota se reparte entre terrenos y construcciones en proporción a sus respectivos valores contables a 31-12-20X1.

El edificio B, con fecha 1-1-20X1, tiene un valor contable de 25.000 euros, de los que 15.000 euros corresponden al solar, y se encuentra amortizado también linealmente al 50 por 100 de su vida útil total de 50 años. «CSA» lo vende el 1-4-20X1 a un inversor privado llamado RICH por 28.000 euros, más un IVA del 7 por 100, cobrados por transferencia bancaria. A su vez, RICH, el mismo día 1-4-20X1 arrienda el edificio a «CSA» por un periodo de 5 años, para que esta empresa lo use como almacén. «CSA» deberá pagar desde el 1-4-20X1 al señor RICH una anualidad tal que éste obtenga una rentabilidad anual del 10 por 100, teniendo en cuenta que la anualidad se incrementará en cada periodo un 5 por 100 con respecto a la cifra del año anterior. El alquiler devenga un IVA del 16 por 100. «CSA» paga también a RICH el 1-4-20X1 una fianza no remunerada de 8.000 euros, a reembolsar a los 5 años. El interés de mercado de las fianzas remuneradas a un plazo similar es del 8 por 100.

Ya como arrendatario, «CSA» invierte 1.400 euros, más un IVA del 16 por 100, en acondicionar las instalaciones del edificio antes de proceder a utilizarlas, a partir del 1-6-20X1. Las obras consisten en cambiar los tabiques, pintar y renovar la instalación eléctrica.

SE PIDE:

Contabilizar las operaciones de «CSA» hasta el 31-12-20X1, con dos decimales, sabiendo que dicha sociedad aplica el Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 3

OPERACIONES DIVERSAS RELACIONADAS CON EL ARRENDAMIENTO DE DOS EDIFICIOS PROPIEDAD DE LA EMPRESA

Normativa aplicada

PGC 2007 (RD 1514/2007) - NRV 8.^a y 9.^a.

Cálculos justificativos y contabilización

Ejercicio 20X1

Edificio A

1-1-20X1

Los datos iniciales son:

• Terreno	30.000
• Construcción	40.000
• Amortización acumulada (50%).....	(20.000)
• Valor en libros del conjunto.....	50.000
• Cuota anual de amortización (40.000/50)	800

Al cambiar la intención de la empresa respecto a este edificio y al terreno sobre el que se asienta, procede reclasificarlos como inversiones inmobiliarias.

Código	Cuenta	Debe	Haber
2201	Inversiones inmobiliarias - Terrenos construidos	30.000	
2210	Inversiones inmobiliarias - Edificio A	40.000	
2810	Amortización acumulada - Edificio A	20.000	
2101	Terrenos construidos		30.000
2110	Edificio A		40.000
2820	Amortización acumulada de inversiones inmobiliarias - Edificio A		20.000

En cuanto al valor recuperable del conjunto (edificio y terreno) en este momento, tendremos:

Elemento	Valor razonable	% sobre el total	Gastos de venta	Importe recuperable
Terreno	31.000	62,50	125	30.875
Edificio A	18.600	37,50	75	18.525
Total	49.600	100,00	200	49.400

Los gastos de venta se han prorrateado en función del porcentaje.

Comparando el importe recuperable con los valores contables:

Elemento	Valor en libros	Importe recuperable	Deterioro
Terreno	30.000	30.875	No hay
Edificio A	20.000	18.525	1.475

Código	Cuenta	Debe	Haber
6921	Pérdidas por deterioro en inversiones inmobiliarias - Edificio A	1.475,00	
2921	Deterioro de valor de inversiones inmobiliarias - Edificio A		1.475,00

31-12-20X1

El deterioro supone disminuir el valor pendiente de amortizar de las construcciones, por lo que hay que recalcular a partir de este momento las cuotas de amortización para la vida útil restante.

Importe nueva cuota a partir del ejercicio 20X1:
$$\frac{\text{Valor pendiente de amortizar}}{\text{Vida útil restante}} = \frac{18.525}{50 - 25} = 741$$

Por la cuota de amortización del año, ya rectificada:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6820	Amortización de inversiones inmobiliarias - Edificio A	741,00	
2820	Amortización acumulada de inversiones inmobiliarias - Edificio A		741,00

El valor en libros del conjunto al cierre del ejercicio es:

• Terrenos.....	30.000
• Edificio A	40.000
• Amortización acumulada.....	(20.741)
• Deterioro de valor	(1.475)
• Valor en libros	47.784

En este momento se contrata un arrendamiento conjunto del edificio A y el terreno por 24 años, periodo que coincide con la vida útil restante. Por otra parte, el valor razonable del edificio coincide con su valor contable. Al tratarse de un arrendamiento conjunto de terreno y edificio, el arrendatario registrará:

- Edificio A: se considerará como arrendamiento financiero, al cumplir con lo establecido en la NRV 8.^a (apartado 1, b y c).
- Terreno: se considerará como arrendamiento operativo, al tener vida útil ilimitada y no haber opción de compra.

Valor actualizado del flujo de pagos esperado (renta prepagable), excluido el IVA:

$$VA = 3.945,10 + 3.945,10 \times (1,03) \times (1,10)^{-1} + 3.945,10 \times (1,03)^2 \times (1,10)^{-2} + \dots + 3.945,10 \times (1,03)^{23} \times (1,10)^{-23}$$

Los términos de la renta anterior forman una progresión geométrica de razón $1,03 \times 1,10^{-1}$, cuyo valor actual es:

$$VA = 3.945,10 \frac{1 - 1,03^{24} \times 1,10^{-24}}{1 - 1,03 \times 1,10^{-1}} = 49.200$$

De acuerdo con la cifra anterior, se puede ver cómo el valor actual calculado cubre el valor razonable del activo arrendado.

El cuadro financiero para los dos primeros años de la operación es:

Periodo	Fecha	Pagos ($\Delta = 3\%$)	Intereses	Amortización	Pendiente
0	31-12-20X1	–	–	–	49.200,00
1	1-1-20X2	3.945,10	–	3.945,10	45.254,90
2	1-1-20X3	4.063,45	4.525,49	– 462,04	45.716,94

Obsérvese cómo el saldo pendiente aumenta en el periodo 2 debido a que la cuota pagada no cubre los intereses, dando lugar a una amortización negativa y haciendo que el saldo aumente en lugar de disminuir ², que es lo habitual. Ello es debido a que los primeros años las cuotas son bajas, pues la duración de la operación es muy elevada (23 años) y al variar los términos en progresión geométrica, en los primeros años la cuota es reducida, pero luego crece rápidamente. Esto mismo ocurrirá durante algunos años más, como fácilmente se puede comprobar.

Aplicando lo establecido en la NRV 8.^a, apartado 4, tendremos que prorratear los valores en función del porcentaje que representa cada elemento sobre el total del conjunto (se han redondeado ligeramente los porcentajes y los resultados en el cuadro que se presenta a continuación).

Elemento	Valor contable	% sobre el total	Valor imputado a cada arrendamiento
Terreno	30.000	63	31.000
Edificio A	17.784	37	18.200
Total	47.784	100	49.200

² La razón de la progresión no puede tomar cualquier valor arbitrario, pues puede ocurrir, en el caso de un préstamo, que éste no llegue a amortizarse, lo cual es absurdo. La razón de la progresión viene condicionada por el tipo de interés y la duración de la operación. Una discusión de la solución y un análisis más detallado de estos aspectos (más de matemática pura que financiera) pueden verse en textos antiguos de matemática financiera, como el de José LÓPEZ URQUÍA, por ejemplo, u otros autores como FERRER JAUME, FORNÉS RUBIÓ, ESTRUGO o RUIZ TATAY.

En cuanto al edificio A (arrendamiento financiero), al no ser la empresa el fabricante del bien, se aplicará la NRV 3.^a del inmovilizado material, punto 3.º, que consiste en dar de baja la construcción y reconocer el resultado correspondiente.

Código	Cuenta	Debe	Haber
5434	Créditos a corto plazo por operaciones de arrendamiento financiero	1.459,68	
2534	Créditos a largo plazo por operaciones de arrendamiento financiero	16.744,32	
2820	Amortización acumulada de inversiones inmobiliarias - Edificio A	20.741,00	
2921	Deterioro de valor de inversiones inmobiliarias - Edificio A	1.475,00	
2210	Inversiones inmobiliarias - Edificio A		40.000,00
7920	Reversión del deterioro de las inversiones inmobiliarias		420,00

La suma de los cargos (18.200) en las dos primeras cuentas deudoras (las que recogen el crédito por el pago aplazado de la operación) supone el valor actual de los pagos pendientes, descontado al tipo de interés implícito del contrato (10%).

También se puede calcular de otra forma si se dispone del cuadro: el 37% de 3.945,10 (primera cuota de amortización) y el 37% del saldo pendiente de amortizar: $0,37 \times 45.254,90 = 16.744,32$ (la pequeña diferencia es debida al redondeo realizado).

Para el terreno, se registrará un arrendamiento operativo. Puesto que sólo hay que reflejar la contabilización hasta el 31-12-20X1 y las cuotas percibidas se registran como ingreso, no se contabiliza nada. El ingreso devengado con la primera cuota será: $3.945,10 \times 0,63 = 2.485,41$.

Edificio B

Los datos iniciales son:

• Terreno	15.000
• Edificio B	20.000
• Amortización acumulada (50%)	(10.000)
• Valor en libros	25.000
• Cuota anual de amortización (20.000/50)	400

1-4-20X1

En este momento se produce una venta conectada a un arrendamiento financiero (*sale and lease back*), cuyo precio de venta = $28.000 + 7\% \text{ IVA}$.

En cuanto a la anualidad a pagar:

$$28.000 = A_1 + A_1 \times 1,05 \times (1,10)^{-1} + A_1 \times 1,05^2 \times (1,10)^{-2} + \dots + A_1 \times 1,05^4 \times (1,10)^{-4}$$

Los términos de la renta prepagable anterior forman una progresión geométrica de razón $1,05 \times 1,10^{-1}$, cuyo primer término se obtiene a partir de la ecuación de equivalencia financiera en el origen:

$$28.000 = A_1 \frac{1 - 1,05^5 \times 1,10^{-5}}{1 - 1,05 \times 1,10^{-1}} (1,10) \rightarrow A_1 = 6.132,75$$

El cuadro de la operación para los primeros periodos es:

Periodo	Fecha	Pagos ($\Delta = 5\%$)	Intereses	Amortización	Pendiente
0	1-4-20X1	6.132,75	–	6.132,75	21.867,25
1	1-4-20X2	6.439,39	2.186,73	4.252,66	17.614,59
2	1-4-20X3	6.761,36	1.761,46	4.999,90	12.614,69

La contabilización de la financiación recibida será:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5720	Bancos (28.000 $\times$ 1,07)	29.960,00	
5240	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo		10.385,41
	(6.132,75 + 4.252,66)		
1740	Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo		17.614,59
4770	Hacienda Pública, IVA repercutido		1.960,00

Pago de la primera cuota (al ser la renta prepagable esta cuota no lleva intereses):

Código	Cuenta	Debe	Haber
5240	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo	6.132,75	
4720	Hacienda Pública, IVA soportado	981,24	
5720	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		7.113,99

Por la fianza constituida, según su valor actual: $8.000 \times (1,08)^{-5} = 5.444,67$

Código	Cuenta	Debe	Haber
2600	Fianzas constituidas a largo plazo	5.444,67	
2605	Fianzas pagadas por anticipado	2.555,33	
5720	Bancos		8.000,00

1-6-20X1

En cuanto a las inversiones realizadas en el edificio, las registraremos como gasto, pues no hay datos de los que se deduzca un mayor valor del activo arrendado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6220	Reparaciones y conservación	1.400,00	
4720	Hacienda Pública, IVA soportado	224,00	
5720	Bancos		1.624,00

31-12-20X1

Por los intereses devengados (nueve meses, linealmente): $2.277,43 \times 9/12 = 1.708,07$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
6620	Intereses de deudas a corto plazo	1.708,07	
5280	Intereses a corto plazo de deudas		1.708,07

Y por la reclasificación de la cuota próxima:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1740	Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo	3.209,57	
5240	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo		3.209,57

Por la amortización:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6810	Amortización de edificio B	800,00	
2810	Amortización acumulada de edificio B		800,00

Por la actualización financiera de la fianza: $5.444,67 \times (1,05^{9/12} - 1) = 202,92$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
2600	Fianzas constituidas a largo plazo	202,92	
7620	Ingresos de créditos a largo plazo		202,92

Y por el gasto, según la NRV 8.^a:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6210	Arrendamientos y cánones	202,92	
2605	Fianzas pagadas por anticipado		202,92

Faltarían los asientos de liquidación del impuesto y regularización de cuentas de gestión.

CASO PRÁCTICO NÚM. 4

OPERACIONES DIVERSAS RELACIONADAS CON PARTICIPACIÓN EN CAPITAL

ENUNCIADO

El 1-1-20X1, la sociedad «DESA» adquiere en Bolsa 15.000 acciones de «UVESA» a un precio de 7 euros por acción. Además, paga un 0,5 por 100 de comisión a una sociedad de valores. Dicha inversión, contabilizada como un activo no corriente, representa un 10 por 100 del capital de «UVESA», pero tiene un carácter meramente financiero, sin que le otorgue a «DESA» la posibilidad de controlar o ejercer una influencia significativa en las políticas financiera y de explotación de «UVESA».

El 31-12-20X1 la cotización de «UVESA» es de 6 euros por acción.

El 1-9-20X2, «DESA» acuerda adquirir el control de «UVESA» mediante una oferta pública de adquisición (OPA) del total de las acciones que le faltan para alcanzar el 100 por 100. «DESA» ofrece una prima de 2 euros por acción con respecto a la cotización de «UVESA» en ese momento, que es de 8 euros por acción. Además, «DESA» paga un 0,2 por 100 de comisión a una sociedad de valores. La OPA es aceptada por todos los accionistas de «UVESA», la cual deja de cotizar en Bolsa a partir de ese momento.

El patrimonio neto de «UVESA» a 31-12-20X2 es de 1.020.000 euros, lo que supone una disminución de 220.000 euros con respecto a su valor contable a 1-9-20X2. Se considera, no obstante, que el fondo de comercio determinado a 1-9-20X2, correspondiente exclusivamente a la inversión adicional del 90 por 100, mantiene su valor a 31-12-20X2. No existen ni existían con anterioridad otras diferencias entre el valor razonable y el valor contable del patrimonio neto de «UVESA».

«DESA» estima, a 31-12-20X2, que «UVESA» registrará unos flujos netos de efectivo de libre disponibilidad para su accionista único de 250.000 euros en el año 20X3, con un incremento del 5 por 100 anual en los cuatro años siguientes. En la hipótesis más conservadora, el importe recuperable de la inversión a los seis años sería de 500.000 euros. La rentabilidad esperada por «DESA» de su inversión en «UVESA» es del 10 por 100. El auditor de «DESA» considera estas estimaciones razonablemente fiables.

A 31-12-20X4, «DESA» revisa sus estimaciones, determinando un importe recuperable de 1.550.000 euros.

El tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades es del 30 por 100.

SE PIDE:

Contabilizar las operaciones de «DESA» hasta el 31-12-20X4, con dos decimales, realizando los asientos necesarios para la elaboración del balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y el estado

de cambios en el patrimonio neto (no hay que presentar los citados estados), sabiendo que dicha sociedad aplica el Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 4

OPERACIONES DIVERSAS RELACIONADAS CON PARTICIPACIÓN EN CAPITAL

Normativa aplicada

PGC 2007 (RD 1514/2007) - NRV 9.^a y 13.^a.

Cálculos justificativos y contabilización

Ejercicio 20X1

1-1-20X1

Por la compra de la participación en «UVESA», 15.000 acciones, según el detalle siguiente:

- Cotización (15.000 × 7) 105.000
- Gastos (0,5%) 525
- Total 105.525

Código	Cuenta	Debe	Haber
2500	Inversiones financieras a largo plazo «UVESA»	105.525,00	
5720	Bancos		105.525,00

Estos títulos se clasificarán como disponibles para la venta (NRV 9.^a, párrafo 2.6).

31-12-20X1

En la valoración al cierre del ejercicio se valorarán por su valor razonable, llevando las diferencias surgidas, positivas o negativas, netas de impuestos, al patrimonio neto, sin pasar por el resultado del ejercicio hasta que se vendan, se den de baja o se deterioren todos o parte de los títulos.

Valor contable	105.525
Valor razonable (15.000×6)	90.000 (valor de cotización)
Pérdida no realizada.....	15.525

Código	Cuenta	Debe	Haber
8000	Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta	15.525,00	
2500	Inversiones financieras a largo plazo «UVESA»		15.525,00

Y por el efecto impositivo asociado (suponemos que se dan los requisitos para reconocer el activo que surge):

Código	Cuenta	Debe	Haber
4740	Activos por diferencias temporarias deducibles	4.657,50	
8301	Impuesto diferido ($0,30 \times 15.525$)		4.657,50

Y por la regularización al cierre de las cuentas de los grupos 8 y 9 utilizadas:

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	4.657,50	
1330	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la		
8000	venta	10.867,50	
	Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta		15.525,00

Ejercicio 20X2

1-9-20X2

Por la OPA sobre el resto del capital ($150.000 - 15.000 = 135.000$ acciones) de «UVESA»:

• Cotización [$135.000 \times (8 + 2)$]	1.350.000
• Gastos (0,2%)	2.700
• Total	1.352.700

Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo «UVESA»	1.352.700,00	
5720	Bancos		1.352.700,00

De acuerdo con NRV 9.^a, 2.5.1, «si existiere una inversión anterior a su calificación como empresa del grupo, se considerará como coste de dicha inversión el valor contable que debiera tener la misma inmediatamente antes de que la empresa pase a tener esa calificación».

En consecuencia:

- Valor contable (inversión previa) 90.000
- Valor razonable (15.000×8) 120.000
- Beneficio no realizado 30.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
2500	Inversiones financieras a largo plazo «UVESA»	30.000,00	
9000	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		30.000,00

Y por la reversión del correspondiente activo por impuesto diferido previamente reconocido, hasta el límite de éste:

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	4.657,50	
4740	Activos por diferencias temporarias deducibles		4.657,50

Y por el pasivo por impuesto diferido que surge una vez compensado todo el activo en el asiento anterior: $(120.000 - 105.525) \times 0,30 = 14.475 \times 0,30 = 4.342,50$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	4.342,50	
4790	Pasivos por diferencias temporarias imposables		4.342,50

Reclasificación de la inversión anterior como de empresa del grupo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo «UVESA»	120.000,00	
2500	Inversiones financieras a largo plazo «UVESA»		120.000,00

Correcciones valorativas (Norma 9.^a, párrafo 2.5.3):

- Valor en libros 1.472.700,00
- Importe recuperable (el mayor de los dos siguientes):
 - a) Valor en libros de «UVESA», corregido con la plusvalía 1.254.000,00 (1)
 - b) Valor actual de flujos de efectivo futuros esperados 1.390.130,27 (2)

- (1) El enunciado señala que es igual al patrimonio neto de «UVESA» a 31-12-20X2, teniendo en cuenta que el fondo de comercio subsiste. Dicho fondo de comercio es el siguiente:

Patrimonio neto adquirido a 1-9-20X2: $[(1.020.000 + 220.000) \times 90\%]$.. 1.116.000

Coste de adquisición del 90% (excluidos los gastos) 1.350.000

Fondo de comercio en el momento de la adquisición del 90% y que subsiste al cierre del ejercicio..... 234.000

Patrimonio neto corregido a 31-12-20X2 $(1.020.000 + 234.000)$ 1.254.000

- (2) Valor actual de los flujos de efectivo futuros esperados, teniendo en cuenta el planteamiento conservador:

$$\text{Valor actual} = 250.000 \times (1,10^{-1} + 1,05 \times 1,10^{-2} + 1,05^2 \times 1,10^{-3} + \dots) + 500.000 \times (1,06)^{-6} = 1.390.130,27$$

El primer término del segundo miembro es el valor actual de una renta variable en progresión geométrica:

$$VA = 250.000 \frac{1 - 1,05^5 \times 1,10^{-5}}{1 - 1,05 \times 1,10^{-1}} = 1.037.650$$

Tomando estos datos, el ajuste por deterioro tiene un importe de:

$$1.472.700 - 1.390.130,27 = 82.569,73.$$

Hay que tener en cuenta también a la hora de contabilizar el deterioro que existen saldos relacionados con ajustes valorativos previos (beneficios no realizados y su efecto impositivo) y de acuerdo con la NRV 9.^a, párrafo 2.5.3, apartado b: «En caso de ajustes valorativos previos por aumento de valor, las correcciones valorativas por deterioro se registrarán contra la partida de patrimonio neto que recoge los ajustes valorativos previamente practicados hasta el importe de los mismos, y el exceso, en su caso, se registrará en la cuenta de Pérdidas y Ganancias. La corrección valorativa imputada directamente al Patrimonio no revertirá».

Ajustes valorativos previos 14.475,00 (aumento de valor)

Resto de deterioro 68.094,73

Código	Cuenta	Debe	Haber
8910	Deterioro de participaciones en el patrimonio «UVESA»	14.475,00	
2403	Participaciones a largo plazo «UVESA»		14.475,00

Obsérvese que el deterioro se carga contra la cuenta de la participación directamente (hasta el límite de los ajustes valorativos positivos reconocidos previamente (30.000), de acuerdo con lo establecido para el movimiento de la cuenta 891 en la 5.^a parte del PGC.

Y por el efecto impositivo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4790	Pasivos por diferencias temporarias imponibles	4.342,50	
8301	Impuesto diferido ($14.475 \times 0,30$)		4.342,50

Y por el resto del deterioro:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6960	Pérdidas por deterioro de participaciones en instrumentos de patrimonio neto a largo plazo «UVESA»	68.094,73	
2933	Deterioro de valor de participaciones a largo plazo «UVESA»		68.094,73

La partida de cargo del asiento anterior será deducible fiscalmente si no excede de la diferencia entre los fondos propios al inicio y al final del periodo impositivo. No obstante, no se dispone de datos al respecto.

Y por el cierre de las cuentas de los grupos 8 y 9 con saldo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
9000	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	30.000,00	
8301	Impuesto diferido		4.657,50
8910	Deterioro de participaciones en el patrimonio, empresas del grupo		14.475,00
1330	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		10.867,50

Y por la regularización al cierre de las cuentas de gestión:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1290	Resultado del ejercicio	68.094,73	
6960	Pérdidas por deterioro de participaciones en instrumentos de patrimonio neto a largo plazo «UVESA»		68.094,73

Ejercicio 20X3

No se proporcionan datos en el enunciado.

Ejercicio 20X4

31-12-20X4

- Valor en libros ($1.472.700 - 14.475$) 1.458.225
- Importe recuperable 1.550.000

No hay deterioro al ser superior el valor recuperable. Procede revertir el deterioro contabilizado anteriormente.

Código	Cuenta	Debe	Haber
2933	Deterioro de valor de participaciones a largo plazo «UVESA»	68.094,73	
7960	Reversión del deterioro de participaciones en instrumentos de patrimonio neto a largo plazo «UVESA»		68.094,73

Y por la regularización al cierre:

Código	Cuenta	Debe	Haber
7960	Reversión del deterioro de participaciones en instrumentos de patrimonio neto a largo plazo «UVESA»	68.094,73	
1290	Resultado del ejercicio		68.094,73

Recensiones Bibliográficas

Las cláusulas anti-abuso específicas tributarias frente a las libertades de circulación de la Unión Europea

Rafael J. SANZ GÓMEZ

J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2010, 195 págs.

El autor de esta monografía, estructurada en cinco capítulos seguidos de bibliografía y listado de la jurisprudencia analizada, es profesor de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Sevilla, que estudia los condicionantes planteados por el Derecho originario de la Unión Europea (libertades de establecimiento y circulación de capitales) en la prevención del fraude y evasión fiscal a través de las llamadas «cláusulas anti-abuso específicas» dentro del contexto de tensión entre la integridad de los sistemas tributarios de los Estados y la unidad del mercado común, procediendo a una sistematización crítica de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los principios de no discriminación y no restricción, cuya línea evolutiva ha avanzado desde posiciones más restrictivas hacia la admisión de aquellas cláusulas, hasta un cierto punto de equilibrio entre las libertades económicas y los principios tributarios nacionales. En el fondo subyacen dos concepciones sobre los tributos, como corroborará SANZ GÓMEZ en su trabajo: «Para los Estados, los tributos son instrumentos que distribuyen entre los contribuyentes la carga de contribuir a los gastos públicos, atendiendo a criterios de justicia. Por el contrario, el Tribunal sostiene una concepción típicamente liberal: como limitaciones al derecho de propiedad e interferencias en el orden natural del mercado libre».

Con carácter preliminar e introductorio, para enmarcar la función de las cláusulas anti-abuso específicas en la fiscalidad internacional, se parte de la relevancia que tiene el fenómeno de globalización económica y financiera para el Derecho Tributario de los Estados, pudiendo acarrear una clara erosión de sus bases imponibles y traducéndose la elusión tributaria en un problema fundamentalmente internacional, que no siempre se encara de manera resuelta y cooperativa, sino con actitudes que, a veces, caen en una competencia fiscal lesiva.

Frente a las cláusulas anti-abuso generales –fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria, según la terminología de nuestra Ley General Tributaria– se sitúan las medidas analizadas en esta obra, de carácter específico, «contra fenómenos concretos de elusión fiscal y donde se presume la conducta o el *animus* fraudulento a partir de una serie de indicios objetivos». Se trata, en suma, de aplicar un régimen singular más gravoso en el que la maximización de la eficacia recaudatoria se pretende de la mano de una minimización de la actividad probatoria de la Administración, soliendo producir situaciones de discriminación entre residentes y no residentes o restricciones a alguna de las libertades de circulación.

Bajo la rúbrica de «las cláusulas anti-abuso en el contexto de la tensión entre interés fiscal y mercado común», se estudian en el capítulo segundo los criterios a partir de los cuales el Tribunal

de Justicia de la Unión Europea podrá calificar una de tales cláusulas como medida discriminatoria o restrictiva y cuáles son los motivos que pueden justificar dicha restricción.

El autor procura una delimitación doctrinal y de la jurisprudencia recaída sobre ambos conceptos, advirtiendo de la cada vez más tenue línea diferenciadora, pese a que operen sobre distintos planos: «la restricción cubre un ámbito más amplio, es más limitativa de la soberanía de los Estados en el ámbito fiscal. Ello, no obstante, declarada la existencia de discriminación indirecta o de restricción, los efectos son los mismos; y no existen diferencias en cuanto a los motivos que cabe alegar para justificar una u otra».

Los diferentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia comunitario son traídos al libro para determinar el término de comparación que el mismo ha efectuado al analizar el tratamiento legal dado a una situación por parte de un Estado y la procurada a otras situaciones equiparables; deduciendo que en el estadio actual de la jurisprudencia, una discriminación o restricción puede observarse «a través de una perspectiva residente-no residente o bien residente-residente. En este segundo caso, junto con la comparación migrante-no migrante, donde el contribuyente que ejercita una libertad de circulación se contrasta con el contribuyente que (hipotéticamente) permanece en su Estado de origen, se ha consolidado en los últimos años la posibilidad de un análisis migrante-migrante».

En relación con las excepciones de interés general aplicables a las cláusulas anti-abuso específicas, el profesor SANZ GÓMEZ advierte de su difícil sistematización en la jurisprudencia comunitaria y considera más útil que se reconozca un número limitado y vengan definidas de manera amplia y flexible, antes que una maraña de motivos de interés general.

Consecuente con ello, se ordenan en tres grupos los motivos oponibles a las libertades comunitarias en defensa del interés fiscal, atendiendo a cuál sea su finalidad concreta: 1.º Prevenir la erosión de las bases imponibles (necesidad de preservar la coherencia del sistema tributario, el principio de territorialidad y un racional «equilibrio en el reparto de la potestad tributaria»); 2.º Prevenir la evasión tributaria (garantizando la eficacia de los controles fiscales); 3.º Prevenir la elusión fiscal mediante montajes artificiosos (admitiendo la adopción por los Estados de medidas para evitar el abuso del Derecho en materia tributaria). A los anteriores se añade un cuarto grupo de excepciones alegadas por los Estados y no aceptadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, especialmente las relativas a la lucha contra la competencia fiscal perniciosa (así como algunas conexiones con la doctrina sobre ayudas de Estado) y sus consecuencias en las cláusulas anti-abuso específicas nacionales.

En el tercer capítulo se desarrolla el concepto de abuso de las libertades comunitarias y se analiza el contenido esencial de las mismas, consciente como es el autor de que un montaje puramente artificial –una operación abusiva en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea– puede responder a un ejercicio formal de las libertades de circulación sin alcanzar sus objetivos.

De esta manera se plantea, en primer término, la transformación que las libertades comunitarias han ido experimentando en la jurisprudencia comunitaria hasta su conversión en auténticos

derechos subjetivos de los agentes económicos que operan en el mercado común, pudiendo invocarse en los Estados donde realicen actividades o promuevan sus inversiones al igual que en donde tengan establecida su residencia.

Luego se repasan los casos que muestran la inserción del concepto de abuso en el test de compatibilidad de las cláusulas anti-abuso con el Derecho comunitario y el contenido, finalidad y ámbito de aplicación de las libertades afectadas, agrupando los pronunciamientos que, de manera conjunta, se han referido a la libre circulación de capitales y de establecimiento, por un lado, y a la libre prestación de servicios y circulación de capitales, por otro.

En la segunda parte del capítulo se profundiza en los elementos definitorios del contenido esencial de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación de capitales. En relación con la primera se plantea la mayor integración en la vida económica del Estado miembro que supone el derecho de establecimiento, por implicar notas de permanencia e instalaciones duraderas, frente al carácter temporal de los desplazamientos de prestadores de servicios, lo que repercute directamente en la sujeción a la legislación interna en condiciones de igualdad con los nacionales de aquel país. El abuso del derecho de establecimiento se traduce, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el uso de «montajes puramente artificiales», esto es, como señala SANZ GÓMEZ, «en el cumplimiento de los requisitos formales exigidos por el Estado de acogida para instalarse de manera permanente o duradera, sin que por ello se participe efectivamente en la economía de dicho Estado; y existiendo, por el contrario, la voluntad de obtener un beneficio creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención». El autor muestra su preferencia hacia una concepción más flexible (basada en la proporcionalidad entre los medios existentes y la actividad desarrollada) que la mantenida por el Tribunal –que equipara el concepto de abuso al de simulación–, lo que resultaría adecuado para Administración y contribuyentes, permitiendo a la primera actuar contra los supuestos en que se produce una desviación artificial de beneficios, pese a darse una mínima estructura estable, y a los segundos abriría vías de defensa frente a la Administración.

Al considerar la libre circulación de capitales se reseña su decisiva función para el ejercicio efectivo de otras libertades de circulación y el doble orden de actuación que tiene –en relación con terceros países y entre Estados miembros de la Unión Europea–, observando las excepciones que limitan su aplicación, muy vinculadas a la fiscalidad, y que favorecen la introducción de medidas restrictivas en relación con terceros países. El autor advierte de lo inadecuado que resulta exigir la realidad económica de un establecimiento para definir el abuso de esta libertad y propone tomar el elemento temporal como criterio relevante en la detección de actividades abusivas.

En el cuarto capítulo se identifican algunos criterios que condicionan dos momentos de las cláusulas anti-abuso nacionales y que tienen que ver con la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por un lado, se hace referencia a la formulación de las mismas en sede legislativa y, por otro, a su aplicación por la Administración y su sujeción al control judicial. Entre los supuestos prácticos considerados en el libro está el procedimiento de infracción iniciado por la Comisión Europea contra España (2005/4290), cerrado el 25 de junio de 2009, afectando a la norma de transparencia fiscal internacional, las cláusulas

contra las operaciones con paraísos fiscales y la exclusión de la exención para evitar la doble imposición de los dividendos y de la deducción de las pérdidas por deterioro o corrección de valor correspondientes a la participación en entidades.

El último capítulo sirve de recapitulación y señalamiento de diversas conclusiones, como la que deriva del análisis crítico de nuestra normativa a la luz de la jurisprudencia comunitaria y la inactividad del legislador, por mantener disposiciones cuya impugnación es sólo una cuestión de tiempo.

Miguel Ángel Martínez Lago

¿Cliente o contribuyente?

Fernando SERRANO ANTÓN (director) y varios autores más
Civitas, Madrid, 2008, 162 págs.

Este nuevo libro de la colección que coeditan la editorial Civitas y la Oficina del Defensor del Contribuyente del Ayuntamiento de Madrid proviene de los materiales y reflexiones que se concitaron en la III Jornada que esta última organizó a mediados de 2007 bajo el mismo título genérico y que estoy seguro de que puede interesar a juristas, economistas, asesores..., pero también, ¡cómo no!, a cualquier ciudadano-contribuyente y a los funcionarios de las Administraciones encargadas de aplicar los tributos y de dar un tratamiento de calidad, observando los derechos y garantías en esa relación.

La publicación se abre con un prólogo de Juan BRAVO RIVERA, Delegado de Hacienda y Administración Pública del Ayuntamiento de Madrid, que viene a insinuar la superación del concepto de sujeto pasivo, interiorizando la idea de contribuyente «no como simple sujeto sino como una persona sobre la que gira toda la Administración tributaria como principio y fin de la propia Hacienda Pública y como eje que debe hacer mover toda la maquinaria tributaria» y abogando por el impulso de un modelo de *Administración compartida* entre el ciudadano y la propia Administración. También resalta el papel que ha tenido la Oficina del Defensor del Contribuyente y su Director, el profesor SERRANO ANTÓN, apuntando los tres pilares en torno a los que se diseñó aquella III Jornada y ahora, de nuevo, el libro: un capítulo relativo al concepto teórico de qué se entiende por contribuyente y por cliente en un contexto tributario con distintos enfoques; otro que analiza algunas experiencias internacionales y, finalmente, el examen de las relaciones con los contribuyentes en las ciudades de Barcelona, Bilbao y Madrid.

Los aspectos teóricos comienzan siendo abordados por María Teresa SOLER ROCH, Catedrática de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Alicante y recientemente nombrada Presidenta del Consejo de Defensa del Contribuyente. A su juicio, lo preferible sería encontrar un término distinto al de cliente, aunque pueda convenir su empleo en términos coloquiales. Para esta autora, habría dos razones que distinguirían al contribuyente de un mero cliente: la primera pasaría por la diferencia ente servicio público y función pública, encuadrándose la gestión de los tributos en esta última, ya que la función tributaria no es un servicio público. La segunda razón es que «en el caso del contribuyente y sobre todo, aunque no sólo, en el caso de los impuestos estatales, hay un elemento determinante: un componente de solidaridad, fundado y legitimado en el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos».

Por su parte, Toni PUIG PICART, Asesor de Comunicación del Ayuntamiento de Barcelona, ofrece una visión procedente de la comunicación relacional y marketing, capaz de crear, pese a las dificultades que ello tiene, mutua confianza entre Administraciones y ciudadanos. En su ponencia apuesta por algunas prioridades favorecedoras de la contribución: presentar un valor clave para un modelo de ciudad en avance; hacer que prevalezcan algunas líneas de trabajo que aborden las propuestas, necesidades y retos básicos de los ciudadanos y la ciudad; rediseñar los equipamientos para que los servicios superen las expectativas; optar por una comunicación no publicitaria e insistir que la ciudad y su futuro es cosa de todos y con todos.

En el turno de Juan Carlos LÓPEZ-HERMOSO AGIUS, Presidente de la Asociación Española de Asesores Fiscales, se plantea si la hipotética consideración del contribuyente como cliente se enfoca como medio o como un objetivo en sí mismo, proponiendo la definición de algunos objetivos –mejora de la equidad y eficiencia del sistema tributario, dar cauces de participación ciudadana en las políticas tributarias, transparencia administrativa, adecuado funcionamiento e incremento de la calidad de los servicios tributarios, etc.– y señalando las disfunciones que se presentan en la práctica respecto del catálogo de derechos y garantías de los obligados tributarios que recoge el artículo 34 de la Ley General Tributaria. En el campo de las propuestas, «las *líneas fundamentales* de actuación deberían ser: (i) la mejora y simplificación de los procedimientos administrativos, acortando trámites y haciendo más transparentes y directas las relaciones entre el ciudadano y la Administración, (ii) la utilización de las tecnologías de la información para propiciar las mejoras procedimentales indicadas, y (iii) la preocupación por el reclutamiento y formación de un empleado público que ha de dirigir las organizaciones públicas con criterios de eficacia, eficiencia y responsabilidad por resultados».

Cierra el capítulo conceptual-teórico Carlos PRIETO MARTÍN, Asesor de la Federación Española de Municipios y Provincias, planteando que aunque el término de cliente no se ajuste enteramente al de contribuyente, aquél «engloba un conjunto de ventajas útiles para las Administraciones públicas que favorecen y mejoran la relación con los ciudadanos... Por tanto si una idea es útil, ¿por qué rechazarla?».

El segundo capítulo del libro está integrado por tres apuntes con experiencias internacionales: en primer término, Frédérique CALANDRA, Defensora del Ciudadano del Ayuntamiento de París, luego Dali BOUZORAA, Director del *International Bureau of Fiscal Documentation* de Ámsterdam y el propio coordinador de la publicación, Fernando SERRANO ANTÓN, Defensor del Contribuyente del Ayuntamiento de Madrid. Este último, desde la experiencia que proporciona el estudio y análisis de las reclamaciones que interponen los ciudadanos, considera que «un modelo útil no debe quedarse en la reacción, sino que tiene que ser proactivo, o lo que es lo mismo, anticiparse a lo que los ciudadanos solicitan. Prestar los servicios públicos de manera ineficiente e ineficaz no tiene sentido». Y en cuanto al modelo de gestión tributaria y de relaciones entre la Administración y los contribuyentes, deduce su agotamiento y critica que resulte asimétrico, desequilibrado y se funde ante todo en la idea de que aquéllos son evasores potenciales, proponiendo su superación por otro modelo que se asiente en notas como la clarificación de la gestión y su acercamiento al contribuyente; simplificación en los modelos de declaración; reducción de la acritud en aspectos coercitivos de la Administración tributaria; previsión de mecanismos de participación ciudadana, mejora de la eficacia y prestación de un mejor servicio y de calidad a los contribuyentes.

Finalmente, lucen en el libro las experiencias de tres municipios españoles elegidos, como plantea el último de los autores que se citará, en razón del grado de desarrollo en la implantación de esquemas privados en las relaciones con los obligados tributarios, lo que supone una profundización en la idea de equilibrio de las situaciones jurídicas de la Administración tributaria y de los contribuyentes, con la finalidad de mejorar el cumplimiento voluntario de las obligaciones de éstos. Se trata de los municipios de Barcelona, Bilbao y Madrid, con las ponencias presentadas por Rafael OLANETA, Director General de Relaciones con los Contribuyentes del Instituto Municipal de Hacienda del Ayuntamiento de Barcelona; José Manuel MARÍN MONZÓN, Director del Área de Eco-

nomía y Hacienda del Ayuntamiento de Bilbao, y Rosa Ana NAVARRO HERAS, Gerente de la Agencia Tributaria de Madrid.

Con carácter previo a estas notas aparecen también las reflexiones de Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Autónoma de Madrid, quien descarta la posibilidad de que el contribuyente pueda ser concebido como un cliente, dadas las relaciones de Derecho público que se dan entre los obligados tributarios y la Administración tributaria, así como el hecho de que la misma no pueda renunciar al ejercicio de las potestades que tiene conferidas legalmente, aunque también sostenga que deba existir «un ámbito de disponibilidad en las relaciones subjetivas nacidas de la obligación tributaria que permitan atemperar el automatismo y las rigideces del ejercicio de las potestades administrativas».

Miguel Ángel Martínez Lago

La reforma de la Hacienda municipal

Rafael CALVO ORTEGA
Civitas, Madrid, 2010, 233 págs.

En este nuevo libro del profesor CALVO ORTEGA se analizan los principios fundamentales que han de regir, por mandato constitucional, en la materia financiera local, planteando numerosas alternativas a la situación crítica y deficitaria que deriva de una normativa precisada, desde hace años, de ser reformada en profundidad.

La obra aparece estructurada en 12 apartados de variada extensión, en los que se recorre el sistema tributario municipal desde sus orígenes, pasando por la redacción de nuestra Constitución, la aprobación en 1988 de la Ley de Haciendas Locales y las posteriores modificaciones que ha tenido este texto, hasta la actualidad.

Al principio se constata la crisis de las finanzas municipales y se rechaza que deba perdurar el inmovilismo que ha caracterizado la regulación de los tributos locales en los últimos 20 años, si bien se advierte de los factores que han atenuado las reivindicaciones financieras de municipios y provincias, situándolos el autor en la *Crisis Económica*, con mayúsculas, que se padece con carácter global y, sobre todo, en el ámbito europeo, así como en la reciente instrumentación de un conjunto de medidas, comprendidas en el *Plan Español para el Estímulo de la Economía y del Empleo* (más abreviadamente conocido como «Plan E»), y que dieron a luz, primero, al Fondo Estatal de Inversión Local y, con posterioridad, al Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, instrumentos ambos que se regularon mediante sendos decretos leyes (DL 9/2008, de 28 de noviembre, y DL 13/2009, de 26 de octubre, respectivamente).

En los primeros capítulos se destaca la importancia que adquirió el principio de beneficio, como técnica de reparto de la carga tributaria, en el sistema que se fue configurando en las primeras décadas del siglo XX, así como en las aportaciones más importantes del Estatuto Municipal de 1924 y las leyes que se fueron aprobando en el régimen franquista. Con este preámbulo se llega a la norma fundamental de 1978, que incorporó los principios de autonomía y suficiencia, aunque su incidencia sobre las Haciendas Locales vaya más allá de los citados criterios: «Concretamente la aplicación a ésta del principio de capacidad económica. La declaración del artículo 31.1 (el sostenimiento de los gastos públicos debe hacerse de acuerdo con la capacidad económica de los sujetos) se extiende al campo de la Hacienda municipal y absorbe el principio de beneficio que había presidido los orígenes del sistema y los primeros tiempos de su evolución. Todo lo que se justifica en relación con este principio puede hacerse con el de capacidad económica, ya que la utilización de servicios públicos o del dominio público (si se privatiza) o el aumento de valor de los bienes debido a la acción municipal supone una manifestación concreta de capacidad económica».

El autor se refiere, en el capítulo cuarto del libro, a la recepción del primero de los indicados principios en la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales, señalando las dos técnicas empleadas por dicha norma: 1.^a Establecimiento de impuestos potestativos (Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras e Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana), y 2.^a Posible fijación (discrecionalidad administrativa), dentro de unos límites, de

los elementos de cuantificación de determinadas tasas, contribuciones especiales, así como en los impuestos obligatorios y facultativos. CALVO ORTEGA entiende que ha sido satisfactoria la regulación del principio de autonomía tributaria municipal, sin que al mismo se le pueda achacar ninguno de los problemas de dicho nivel hacendístico; planteándose más adelante la posibilidad de tutela por parte de las normas jurídicas de las comunidades autónomas.

En cuanto al principio de suficiencia, también incorporado en el artículo 142 de la Constitución, se considera que tiene una realización más difícil que el de autonomía: «Así como éste se mueve en un círculo formal, aislado y dogmático, el de suficiencia tiene un campo más complejo. La suficiencia depende, en primer lugar, de la atribución de servicios que se hagan a las entidades locales... y del nivel de calidad de los mismos que se exija. Sólo ante este conjunto de servicios obligatorios cabe hablar de suficiencia financiera».

En la obra que comentamos se pasa revista a las principales modificaciones que experimentó la Ley de Haciendas Locales hasta la aprobación del texto refundido del año 2004 y luego se confrontan los criterios políticos –ámbito en el que el autor señala los siguientes: 1.º Equilibrio en el reparto de poderes jurídicos y figuras fiscales concretas entre los distintos entes públicos; 2.º Constitución de un órgano colegiado de representación de los municipios y el propio Estado; 3.º No interferencia de las normas de las comunidades autónomas en el sistema tributario local, y 4.º Corresponsabilidad de todos los entes públicos en la gestión de los impuestos que legalmente tengan atribuida– con los principios científicos que han de presidir la construcción del sistema tributario municipal (territorialidad, limitación de la doble imposición, gestión fiscal simplificada y sometimiento a los principios tributarios constitucionales).

El autor prosigue planteándose la medida en que se materializa el cumplimiento de los principios científicos que caracterizan y confieren los rasgos esenciales del sistema tributario municipal, cuestión que se realiza en función de los tres bloques o categorías en que se agrupan las figuras –tasas, contribuciones especiales e impuestos–; tras lo cual se llega al punto clave de la obra, como es el de la reducción de la insuficiencia financiera municipal, con la consecuente modificación normativa o de las previsiones presupuestarias y el recurso al endeudamiento, como solución temporal y extraordinaria, y la petición de subvenciones finalistas y de participaciones en ingresos del Estado y de las comunidades autónomas.

En el trabajo se repasan las respuestas que se han ido dando desde el poder legislativo en relación con cada uno de los tributos locales, comentando diversos problemas que afectan a la potencialidad recaudatoria de las tasas por prestación de servicios o realización de actividades administrativas municipales; cuantificación de las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local; los caracteres fundamentales de las contribuciones especiales por realización de obras públicas o el establecimiento o la ampliación de servicios públicos; los procedimientos seguidos para la determinación y actualización de los valores catastrales –elemento clave en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, pero también en el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana–; la conveniencia de desagregar los bienes inmuebles (vivienda habitual, segunda vivienda, viviendas desocupadas, etc.) a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, proponiendo un tratamiento favorable de la vivienda habitual para reducir las resistencias de los contribuyentes; una reordenación general del Impuesto sobre Actividades Económicas para adecuarlo

al principio de capacidad contributiva, superando la complejidad y el desmantelamiento sufrido por esta figura, renunciando a la función censal que ha venido caracterizándolo, como sucedía ya con sus antecedentes, las licencias fiscales; una reforma del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras que afronte su compatibilidad con el Impuesto sobre el Valor Añadido y la relación de aquél con las licencias de obras o urbanísticas, etc.

Así se llega, finalmente, al tratamiento de otras cuestiones, como la externalización de servicios y funciones tributarias de las entidades locales –algo más fácil de realizar en este ámbito que en la Hacienda estatal o autonómica–, rigiéndose por criterios de eficiencia y con el límite de la producción de actos de imposición y normas reglamentarias, la interpretación e integración de las ordenanzas fiscales, la calificación de infracciones y la imposición de sanciones, así como la decisión de pretensiones de los obligados tributarios por los órganos y tribunales administrativos que correspondan.

También se reflexiona sobre las diversas modalidades de cesión de recaudación y participación de los municipios en los tributos estatales que contempla el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, considerando que se encuentran justificadas y que deben regirse «por un criterio político de corresponsabilidad fiscal propio de los países donde hay una distribución territorial del poder tributario... por un criterio de equilibrio entre necesidades, recursos y esfuerzo fiscal que evite que el aumento de cesiones y participaciones incida negativamente sobre este esfuerzo tributario de los municipios».

Las últimas páginas del libro se dedican a la controvertida figura de los precios públicos –planteando estudiar el sometimiento del acuerdo al mismo procedimiento y publicidad que las ordenanzas de exacciones– y a algunos aspectos administrativos de la reforma de la Hacienda municipal.

Miguel Ángel Martínez Lago