

Contabilidad y Tributación. CEF

Revista mensual núm. 456 | Marzo 2021

ISSN: 1138-9540

La reforma del PGC sobre instrumentos financieros y reconocimiento de ingresos

Juan Manuel Pérez Iglesias y María Dolores Urrea Sandoval



Revisión práctica de las normas de transparencia fiscal internacional españolas

Sara Asensio Giménez y Teresa Morales Gil

La Reforma Fiscal Global BEPS 2.0

José Manuel Calderón Carrero

Requerimiento individualizado de información

M.^a del Mar de la Peña Amorós

Recurso de amparo, notificaciones defectuosas e interrupción de la prescripción

Begoña Sesma Sánchez

Novedades del nuevo Reglamento de auditoría de cuentas

Enrique Rubio Herrera

Revelación del capital intelectual

Isidoro Guzmán Raja y Manuela Guzmán Raja

2021



PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

2021

PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

CEF.-

Modalidades

El CEF.- convocará, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 31.ª edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Contabilidad**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 27.ª edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 18.ª edición para las modalidades de:

- **Derecho Civil y Mercantil**
- **Derecho Constitucional y Administrativo**

La 7.ª edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

Y la 6.ª edición para la modalidad de:

- **Marketing y Publicidad**

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación de las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.

CEF.-

Dotaciones económicas

Se otorgará un primer premio para cada una de las modalidades. Además, tendrán accésit todos aquellos trabajos que los respectivos jurados consideren de interés.

Las dotaciones económicas para cada una de las modalidades anteriores son:

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

CEF.-

Lugar y plazo

Los trabajos, junto con el sobre cerrado, se remitirán a la secretaria del CEF.- de Madrid: Centro de Estudios Financieros, a la atención de Begoña Cob Montes, Paseo del General Martínez Campos, 5. 28010, Madrid.

También pueden enviarse por correo certificado o mensajería a la misma dirección. El plazo finaliza el día **4 de mayo de 2021**, a las **20,00 horas**.

CEF.-

Solicitud de las bases

Puede solicitar las bases del premio visitando www.cef.es

Revista de Contabilidad y Tributación. CEF

Núm. 456 | Marzo 2021

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

Consejo de redacción

Director (tributación) Alejandro Blázquez Lidoy. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. URJC

Subdirectora (tributación) María Luisa González-Cuéllar Serrano. Catedrática de Derecho Financiero y Tributario. UC3M

Director (contabilidad) Salvador Marín-Hernández. Presidente EFAA for SMEs y Director Cátedra EC-CGE

Coordinadoras

M.^a José Leza Angulo. Área tributaria del CEF
Berta Gaubert Viguera. Área contable del CEF

Consejo asesor

Eladio Acevedo Heranz. Presidente del Ilustre Colegio Central de Titulados Mercantiles y Empresariales
Pablo de Andrés Alonso. Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Autónoma de Madrid
José Manuel Calderón Carrero. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de A Coruña
Juergen B. Donges. Catedrático de Ciencias Económicas. Universidad de Colonia
Santiago Durán Domínguez. Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC)
María Antonia García Benau. Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Valencia
Jesús Gascón Catalán. Director de la Agencia Estatal de Administración Tributaria
Silvia Gómez Ansón. Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Oviedo
José Antonio Gonzalo Angulo. Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Alcalá
Pedro Manuel Herrera Molina. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. UNED
Ana María Juan Lozano. Catedrática de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Valencia
Luis Alberto Malvárez Pascual. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Huelva
Diego Martín-Abril Calvo. Socio Gómez Acebo y Pombo. Inspector de Hacienda (excedente)
Javier Martín Fernández. Catedrático de la UCM y Socio Director de F&J Martín Abogados
Francisco Javier Martínez García. Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Cantabria
Araceli Mora Enguidanos. Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Valencia
Francesco Moschetti. Profesor de la Universidad de Padua y Despacho Tributarista Studio Legale Tributario
Enrique Ortega Carballo. Socio Gómez Acebo y Pombo. Inspector de Hacienda (excedente)
Esther Ortiz Martínez. Profesora titular de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Murcia
Carlos Palao Taboada. Abogado Montero-Aramburu
José Pedreira Menéndez. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Oviedo
Gaspar de la Peña Velasco. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. UCM. Abogado
José Pla Barber. Catedrático de Organización de Empresa. Universidad de Valencia
Aurora Ribes Ribes. Catedrática de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Alicante
Luz Ruibal Pereira. Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Santiago de Compostela
José Andrés Sánchez Pedroche. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. UDIMA
Luis Fernando Trigo y Sierra. Socio de Broseta Abogados

Evaluadores externos

Se trata de una revista arbitrada que utiliza el sistema de **revisión externa por expertos** (*peer-review*) en el conocimiento de las materias investigadas y en las metodologías utilizadas en las investigaciones.

Edita

Centro de Estudios Financieros
P.^o Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es





Revista de Contabilidad y Tributación. CEF

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 MADRID
Tel. 914 444 920
Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2021) (11 números) 165 €

Solicitud de números sueltos (cada volumen) (en papel o en PDF)

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

En la página www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF* desde el número 100. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para los suscriptores.

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL
Correo electrónico: revistacef@cef.es
Edición digital: www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm
Depósito legal: M-1947-1981
ISSN: 1138-9540
ISSN-e: 2531-2138

Imprime

Artes Gráficas Coyve
C/ Destreza, 7
Polígono industrial Los Olivos
28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2021 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0



Revista de Contabilidad y Tributación. CEF

ISSN: 1138-9540
ISSN-e: 2531-2138

Sumario

Tributación

Estudios

Una visión práctica de las normas de transparencia fiscal internacional españolas y propuestas de futuro 5-52

A practical view of the Spanish controlled foreign corporation rules and proposals for future
Sara Asensio Giménez y Teresa Morales Gil

La Reforma Fiscal Global derivada del Proyecto OCDE/G20 BEPS 2.0: el «Blueprint» del Pilar 1 53-100

The Global Tax Reform resulting from the OECD/G20 BEPS 2.0 Initiative: the Pillar 1 Blueprint
José Manuel Calderón Carrero

Algunas cuestiones en torno a la utilización de los requerimientos individualizados por parte de la Administración 101-140

Questions about the use of individualized requests by Public Administration
M.^a del Mar de la Peña Amorós

Análisis doctrinal y jurisprudencial

La reducción de la base imponible del ISD en casos de adquisición de empresas familiares a través de pactos sucesorios con eficacia de presente (Análisis de las Consultas de la DGT V1788/2020, V1790/2020 y V1792/2020, de 5 de junio) 141-146

Pilar Álvarez Barbeito

De lo pertinente en el intercambio de información tributaria (Análisis de la STJUE de 6 de octubre de 2020, asuntos acumulados C-245/19 y C-246/19) 147-157

Alejandro Jiménez López

Error judicial en el contencioso-tributario apreciado en amparo: las notificaciones defectuosas no interrumpen la prescripción (Análisis de la STC 160/2020, de 16 de noviembre) 158-178

Begoña Sesma Sánchez



Contabilidad

Estudios

- Un impulso a la revelación del capital intelectual de las empresas 179-204
A boost to the revelation of the intellectual capital of companies
Isidoro Guzmán Raja y Manuela Guzmán Raja
- La reforma del Plan General de Contabilidad en materia de instrumentos financieros y reconocimiento de ingresos 205-252
The reform of the General Accounting Plan regarding financial instruments and revenue recognition
Juan Manuel Pérez Iglesias y María Dolores Urrea Sandoval
- Novedades del nuevo Reglamento de auditoría de cuentas: mayor seguridad para afianzar la calidad de las auditorías 253-274
New implementation regulation of audit act
Enrique Rubio Herrera

Casos prácticos

- @ Segundo ejercicio resuelto de las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo Superior de Inspectores de Seguros del Estado 275-276
Javier Romano Aparicio

Fe de erratas 277-278

Normas de publicación 279-280

@ | Solo disponible en <www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm>

Las opiniones vertidas por los autores son responsabilidad única y exclusiva de ellos. ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.

Quincenalmente los suscriptores reciben por correo electrónico un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, selección de jurisprudencia y doctrina de la DGT. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <<http://www.fiscal-impuestos.com>>.



Una visión práctica de las normas de transparencia fiscal internacional españolas y propuestas de futuro

Sara Asensio Giménez

Abogada Fiscal en Uría Menéndez

sara.asensio@uria.com

Teresa Morales Gil

Asociada Fiscal en IBFD Ámsterdam

t.moralesgil@gmail.com

Este trabajo ha obtenido un accésit del **Premio «Estudios Financieros» 2020** en la modalidad de **Tributación**.

El jurado ha estado compuesto por: don Jesús Gascón Catalán, doña Ana María Juan Lozano, don Luis Alberto Malvárez Pascual, don José Pedreira Menéndez, doña Aurora Ribes Ribes y don Luis Fernando Trigo y Sierra.

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

Extracto

En este artículo se analizan las cuestiones más controvertidas que, desde un punto de vista práctico, presenta el régimen de transparencia fiscal internacional español. Las normas de transparencia fiscal internacional españolas se aprobaron en los años noventa. Desde entonces, el régimen ha cumplido una función principalmente disuasoria, con una aplicación práctica aparentemente residual. Las normas originales no han experimentado casi ninguna modificación o adaptación a lo largo de los años –con excepción de la aprobada en 2014, mediante la que se amplió su ámbito de aplicación– y los pronunciamientos administrativos o jurisprudenciales sobre la materia son muy escasos. Estas circunstancias, unidas a la limitada armonización de normas tributarias a nivel internacional, dan como resultado que la aplicación práctica del régimen de transparencia fiscal internacional plantee enormes dificultades a nivel técnico. En este artículo, se exponen las deficiencias que presenta el régimen español a la vista de sus objetivos, los avances en el Derecho de la Unión Europea y las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Asimismo, se aportan soluciones que permitirían actualizar y adaptar la norma española a la realidad tributaria internacional con el fin de que el régimen español resulte aplicable de una forma óptima y eficaz.

Palabras clave: transparencia fiscal internacional; territorialidad; antiabuso; diferimiento; fiscalidad internacional.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020 / Fecha de revisión: 26-01-2021

Cómo citar: Asensio Giménez, S. y Morales Gil, T. (2021). Una visión práctica de las normas de transparencia fiscal internacional españolas y propuestas de futuro. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 456, 5-52.





A practical view of the Spanish controlled foreign corporation rules and proposals for future

Sara Asensio Giménez

Teresa Morales Gil

Abstract

This article analyses the most controversial issues regarding the Spanish controlled foreign corporation regime from a practical point of view. The Spanish controlled foreign corporation rules were approved in the nineties. Since then, the regime has played a mainly dissuasive role, with an apparently residual application in practice. The original rules have hardly been amended or updated over the years –except for the amendment approved in 2014, which extended their scope of application– and administrative and judicial decisions on the topic are scarce. These circumstances, along with the limited harmonization of tax law at the international level, result in practical application of the controlled foreign corporation rules causing enormous difficulties at a technical level. This article sets out the shortcomings of the Spanish controlled foreign corporation regime in view of its objectives, developments in EU law, and the recommendations of the Organisation for Economic Co-operation and Development. Furthermore, it provides solutions that would enable the Spanish regulations to be updated and adapted to the realities of international taxation in order for the Spanish regime to be applied optimally and effectively.

Keywords: controlled foreign company rules; territoriality; anti-abuse rules; deferral; international taxation.

Citation: Asensio Giménez, S. y Morales Gil, T. (2021). Una visión práctica de las normas de transparencia fiscal internacional españolas y propuestas de futuro. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 456, 5-52.





Sumario

1. Planteamiento
2. Requisitos del régimen de TFI: dificultades prácticas e interpretativas
 - 2.1. Control sobre la SEC
 - 2.1.1. El grupo de control sobre la SEC
 - 2.1.1.1. El grupo de control en el IRPF
 - 2.1.1.2. El grupo de control en el IS
 - 2.1.1.3. Cómputo de las participaciones indirectas
 - 2.1.2. Magnitudes de control sobre la SEC
 - 2.1.3. Momento en el que debe verificarse el control
 - 2.1.4. Comentario crítico
 - 2.2. Régimen fiscal privilegiado de la SEC
 - 2.2.1. Tributación efectiva de la SEC según la normativa española
 - 2.2.2. Comentario crítico
3. Regla de sociedades instrumentales y la Cláusula de Escape UE: aspectos problemáticos y compatibilidad con el Derecho de la UE
 - 3.1. Antecedentes e implicaciones de la reforma de 2015
 - 3.2. Sociedades instrumentales
 - 3.2.1. Los «medios materiales y personales» de la SEC u otras entidades de su grupo
 - 3.2.2. Los motivos económicos válidos de la SEC
 - 3.2.3. Comentario crítico
 - 3.3. Compatibilidad de la Cláusula de Escape UE con el derecho primario europeo
 - 3.3.1. Antecedentes y enfoque de la cuestión
 - 3.3.2. Compatibilidad de los regímenes de TFI europeos con la libertad de establecimiento
 - 3.3.3. Compatibilidad de los regímenes de TFI europeos con la libertad de movimiento de capitales
 - 3.3.4. Comentario crítico: compatibilidad de la Cláusula de Escape UE con las libertades europeas



4. Renta imputable bajo el régimen de TFI español: incertidumbre en las reglas de cálculo
 - 4.1. Sujetos obligados a soportar la imputación
 - 4.2. Reglas de cálculo de la renta imputable
 - 4.2.1. Norma aplicable para calcular la renta imputable en TFI
 - 4.2.2. Determinación del importe de la renta positiva imputable en TFI para las rentas pasivas
 - 4.2.3. Pérdidas de la SEC
 - 4.2.4. Comentario crítico
5. Mecanismos para corregir la doble imposición: algunas cuestiones pendientes
 - 5.1. La regla de no integración en la base imponible del contribuyente de los beneficios procedentes de rentas que hayan tributado en TFI
 - 5.2. Dedución de los impuestos extranjeros satisfechos por la SEC
 - 5.3. Algunas realidades no resueltas por el régimen de TFI
 - 5.3.1. Cambios de residencia fiscal del accionista de la SEC
 - 5.3.2. Cambios de residencia fiscal de la SEC

6. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Planteamiento

Los regímenes de transparencia fiscal internacional (TFI) –o, como se conocen internacionalmente, *Controlled Foreign Corporations* (CFC)– son normas antiabuso que pretenden evitar que los contribuyentes difieran la tributación de beneficios mediante la deslocalización de activos en territorios de baja o nula tributación a través de sociedades extranjeras controladas (SEC).

Para ello, las normas de TFI obligan a los accionistas de la SEC a incluir en la base imponible de sus impuestos personales los beneficios obtenidos por la SEC en el momento en el que estos se obtienen, con independencia de su efectiva distribución a sus accionistas. De esta manera, se anticipa la tributación de estos beneficios en sede del accionista y se evita cualquier diferimiento en su gravamen.

Desde su introducción en los años noventa, la mayoría de los elementos que entonces dificultaban su aplicación se han mantenido prácticamente inalterados y las pocas reformas que se han realizado no han solucionado los problemas técnicos de la configuración del régimen.

El objeto de este artículo es exponer algunos de los aspectos, a nuestro juicio, más conflictivos de la configuración del régimen de TFI en la normativa española. En particular, se analizarán las dificultades prácticas e interpretativas de los requisitos de control y de régimen fiscal privilegiado de la SEC; las cuestiones problemáticas de la regla de las sociedades instrumentales y de la cláusula de escape prevista para las SEC establecidas en la Unión Europea (UE); la incertidumbre en las reglas de cálculo de la renta imputable; y el funcionamiento de los mecanismos para corregir la doble imposición que habilita el régimen.

A este análisis, orientado desde una perspectiva práctica, se acompañan una serie de propuestas que permitirían actualizar y adaptar la norma española a la realidad tributaria internacional. Los ajustes recomendados corregirían las deficiencias presentes en la regu-

lación actual, consiguiendo una aplicación efectiva del régimen, coherente con sus objetivos, el Derecho de la UE, las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y las nuevas tendencias en la fiscalidad internacional marcadas por los trabajos del Marco Inclusivo de la OCDE.

2. Requisitos del régimen de TFI: dificultades prácticas e interpretativas

La aplicación del régimen de TFI exige la concurrencia, de manera acumulativa, de tres requisitos respecto a la SEC¹: a) debe estar controlada por un determinado grupo de personas o entidades residentes en España²; b) debe beneficiarse de un régimen fiscal privilegiado³; y c) debe obtener rentas que no deriven del desarrollo de una actividad económica. Estos elementos constituyen las premisas para la aplicación del régimen de TFI; si alguna de ellas no se verificara, la aplicación del régimen de TFI decaería.

2.1. Control sobre la SEC

El control sobre la SEC se identifica con la capacidad de decidir sobre los aspectos relevantes que busca combatir el régimen de TFI. En su ausencia, el contribuyente no podría influir sobre cuestiones tales como la jurisdicción en la que localizar la SEC, su actividad o su política de distribución de beneficios. Por tanto, la inexistencia de control debería, en todo caso, hacer decaer la aplicación del régimen de TFI.

Pero ¿qué significa y cómo se determina el control sobre la SEC? A continuación, se tratará de dar respuesta a esta cuestión, para lo que se sistematizará el análisis en tres bloques: a) la determinación del grupo de control; b) las magnitudes de control sobre la SEC; y c) el momento en el que debe verificarse la existencia de control.

¹ Este artículo analiza la aplicación del régimen de TFI a las rentas de sociedades extranjeras según la normativa española vigente a 31 de diciembre de 2020. No queremos dejar de señalar que la adecuada transposición de la Directiva 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal (ATAD) requerirá modificar la normativa española para, entre otras cuestiones, añadir los establecimientos permanentes dentro del grupo de las SEC susceptibles de ser afectadas por el régimen de TFI en el impuesto sobre sociedades (v. Carballido y Mercader, 2017). El Proyecto de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 33-1, de 23 de octubre de 2020) pretende modificar la normativa española en este sentido.

² Las referencias a contribuyentes designan a las personas o entidades residentes a efectos fiscales en España y sujetas a tributación por el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) o el impuesto sobre sociedades (IS) español.

³ En palabras de Sanz Gadea (1996), (2005) y (2007).

2.1.1. El grupo de control sobre la SEC

El legislador español ha regulado el grupo de personas o entidades a las que se debe de atender a la hora de determinar si existe control sobre la SEC. El objetivo de establecer un «grupo de control» es evitar aquellas situaciones que permitirían eludir la aplicación del régimen de TFI, mediante la fragmentación de la participación a través de otras entidades o personas con las que se mantiene una relación especial de influencia (Almudí Cid, 2009, p. 929).

2.1.1.1. El grupo de control en el IRPF

El artículo 91.1 a) de la LIRPF⁴ establece un umbral de participación del 50 %⁵ en el capital, los fondos propios, los resultados o los derechos de voto de la entidad, y que este podrá alcanzarse (a) individualmente, (b) con el grupo familiar previsto en la LIRPF⁶ o (c) conjuntamente con entidades vinculadas del artículo 18 de la LIS⁷ (el grupo por vinculación).

El cómputo de la participación de control a título individual no plantea problemas; si un contribuyente por sí mismo alcanza tal umbral, no será necesario verificar la concurrencia de control a nivel de grupo. De lo contrario, debe analizarse si conjuntamente con otras personas o entidades –el grupo de control familiar o por vinculación– ejerce una influencia significativa sobre la SEC que pueda resultar en la aplicación del régimen de TFI.

En el grupo de control familiar, la LIRPF se refiere a «otros contribuyentes» unidos por vínculos de parentesco con el contribuyente. Este grupo solo quedaría integrado por parientes que, además, sean residentes a efectos fiscales en España⁸ y las participaciones

⁴ 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).

⁵ El proyecto de ley que introdujo en los años noventa el régimen de TFI en España establecía, tanto en el ámbito del IRPF como en el del IS, el umbral del control en un 25 %, pero una enmienda en el Congreso lo elevó al 50 %. Sanz Gadea (1996, p. 19).

⁶ «[...] o con otros contribuyentes unidos por vínculos de parentesco, incluido el cónyuge, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad hasta el segundo grado inclusive».

⁷ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS).

⁸ Si, por ejemplo, el cónyuge del contribuyente fuera residente en Suiza, su participación en la SEC no computaría a efectos del umbral de control del contribuyente. Entendemos que el hecho de que el grupo de control por vinculación se limite a las «entidades» (y no personas) vinculadas con el contribuyente permite apoyar la conclusión de que el grupo de control familiar únicamente debe incluir a contribuyentes sujetos a IRPF español. De lo contrario, bien podría haberse definido el grupo de control, en general, haciendo referencia tanto a las personas como a las entidades vinculadas al contribuyente sin discriminar en función de la residencia fiscal de los miembros de este grupo.

mantenidas por parientes no residentes en España no podrían incluirse en el grupo de control familiar del contribuyente⁹. Por el contrario, en la configuración del grupo de control por vinculación (San Frutos Gambín –citado en Almudí Cid, 2009, p. 958–), la norma no excluye a las entidades vinculadas no residentes en España a efectos fiscales¹⁰.

Una vez delimitada la composición de ambos grupos de control, la principal controversia se suscita en torno a la aceptación (o no) de los grupos de control mixtos (Sanz Gadea, 1996, p. 22; Almudí Cid, 2009, p. 958) –aquellos que quedarían integrados por el contribuyente junto con el grupo de control familiar y el de vinculación–. La cuestión que se plantea es si se puede adicionar la participación del contribuyente con ambos grupos o exclusivamente con uno de ellos.

Atender a grupos de control mixtos podría derivar en el cumplimiento del umbral de control a través de personas o entidades con las que el contribuyente podría mantener una relación de influencia muy tenue¹¹. La doctrina no alcanza una conclusión unánime en este punto¹² y tampoco existe aclaración o interpretación administrativa que arroje luz y disipe las dudas sobre este aspecto.

Esta conclusión es coherente con los principios más esenciales del régimen de TFI: los Estados deberían limitar la aplicación de las normas de TFI a rentas que se hayan desviado artificialmente hacia la SEC por sus propios contribuyentes. Lo contrario podría restarles competitividad internacional (especialmente, desincentivaría la inversión extranjera y el uso de vehículos y plataformas de inversión internacional localizados en dicho país), podría generar numerosos supuestos de doble imposición y podría contravenir los principios básicos del Derecho de la UE (e. g., libertad de establecimiento o libertad de movimiento de capitales).

⁹ La composición del grupo de control familiar en el ámbito de TFI no resulta extrapolable a otras normas. Por ejemplo, esta conclusión no sería trasladable a los grupos de parentesco definidos en el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio al regular la exención de «sociedades familiares». Entre otros motivos y sin profundizar en un análisis técnico de este precepto, esta norma no requiere que el grupo familiar se integre por parientes que, además, sean «contribuyentes».

¹⁰ Este criterio resultaría menos respetuoso con la potestad tributaria que le correspondería al Estado español sobre esta renta y podría colisionar con los principios que rigen los regímenes de CFC en el ámbito internacional. Quizás esta diferenciación entre el grupo de control familiar y por vinculación a la hora de computar la participación en la SEC mantenida por sujetos no residentes en España obedezca a la mayor facilidad para deslocalizar la residencia fiscal de las entidades en comparación con las personas físicas. Entendemos que esta circunstancia y el objetivo antielusión de la norma permitiría explicar y dar coherencia al distinto tratamiento que otorga la norma a los dos supuestos.

En este sentido, las recomendaciones del informe final de la OCDE de octubre de 2015 sobre Acción 3 (el Informe Final) del plan de lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS) y las disposiciones de ATAD en este ámbito no establecen ninguna especialidad a este respecto (si bien el ámbito de aplicación de ATAD no se extiende a las SEC mantenidas por personas físicas).

¹¹ Esta situación resultaría difícil de conciliar con el objetivo último del establecimiento de estos criterios: incluir en el cómputo del control a personas con las que se mantiene una relación especial de influencia y que, por tanto, podrían ser determinantes en el proceso de toma de decisiones respecto a la SEC.

¹² A favor, Nieto Montero y Villaverde Gómez; en contra, Sanz Gadea (citados en Almudí Cid, 2009, p. 959).

Con base en lo anterior, los grupos mixtos no deberían tener como resultado el cumplimiento del requisito de control en aplicación del régimen de TFI. Especialmente, tomando en consideración la naturaleza del régimen de TFI que, como norma antiabuso, debería interpretarse restrictivamente.

Es más, de haber sido este el objetivo del legislador, le habría bastado con determinar el grupo de control por referencia a las personas y entidades vinculadas al contribuyente, sin necesidad de regular de manera autónoma un grupo de control familiar¹³.

2.1.1.2. El grupo de control en el IS

El artículo 100.1 a) de la LIS establece que el umbral del 50 % sobre las magnitudes de control podrá alcanzarse de manera conjunta con las personas o entidades vinculadas al contribuyente según el artículo 18 de la LIS.

El grupo de vinculación en el IS, incluye personas y entidades vinculadas, con independencia de su residencia fiscal¹⁴. De nuevo, la redacción del precepto lleva a plantearse (Sanz Gadea, 1996, p. 26) si la referencia a «conjuntamente con las personas o entidades vinculadas» pretende comprender a personas y entidades que, a su vez, deberían estar vinculadas entre sí¹⁵.

La interpretación adecuada del precepto debería comprender los supuestos en los que existe una auténtica unidad económica de decisión liderada por el contribuyente (Sanz Gadea, 1996, pp. 23-26) lo que requerirá, en última instancia, que el grupo de control se componga por personas o entidades vinculadas entre sí¹⁶.

¹³ En este sentido, el artículo 18.2 c) de la LIS considera vinculadas a «una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, consejeros o administradores». Este criterio de vinculación ya incluiría a todas las personas que conformarían el grupo de control familiar. De hecho, el alcance de este criterio es mayor, pues se extiende a las relaciones de parentesco hasta el tercer grado –el grupo de control por parentesco comprende hasta el segundo grado– y, además, toma en consideración a los sujetos no residentes en España.

¹⁴ Cabría plantearse en este punto si no habría sido más coherente con la regulación del régimen de TFI establecida en la LIRPF restringir el alcance de aplicación de la norma, en el caso de las personas físicas vinculadas, a aquellas que sean contribuyentes por el IRPF y limitar hasta el segundo grado el parentesco con el contribuyente relevante a efectos de determinar el grupo de control.

¹⁵ Son muchos los supuestos que podrían darse en la práctica; a efectos ejemplificativos, se elabora el siguiente: ¿bastaría considerar al administrador de la SEC como parte del grupo de control o sería necesario que el administrador, además fuera, por sí mismo, una persona vinculada con el contribuyente?

¹⁶ En nuestro ejemplo, si el administrador de la SEC no fuera a su vez una persona vinculada con el contribuyente, sería perfectamente posible que el contribuyente no tuviera ninguna capacidad de influencia sobre él. Esta conclusión es, además, coherente con lo dispuesto en el artículo 100.4 *in fine* de la LIS, que, a efectos de determinar la concurrencia de «los requisitos relativos al porcentaje de participación [...]», exige

2.1.1.3. Cómputo de las participaciones indirectas

Todos aquellos contribuyentes que no controlen la SEC, de manera individual o conjunta con el grupo de control definido según las reglas descritas en los epígrafes 2.1.1.1 y 2.1.1.2 anteriores, quedarán fuera del régimen de TFI.

No obstante, si existe control en la SEC, la renta atribuible al contribuyente por el régimen de TFI debería incluir la resultante de su participación directa e indirecta (a través de todo tipo de entidades extranjeras) en la SEC¹⁷.

En este sentido, tanto la LIRPF como la LIS, en la fijación de los criterios de imputación de rentas, precisan que los contribuyentes que controlen la SEC deberán calcular el importe de la renta positiva imputable en sus bases imponibles españolas tomando también en consideración la participación indirecta en la SEC¹⁸.

No precisa la norma cómo computar esta participación indirecta; consideramos que se deberían multiplicar entre sí los porcentajes de participación en las diferentes sociedades que formen parte de la cadena, siguiendo un criterio similar al que se aplica para la determinación de las participaciones indirectas en los grupos de consolidación fiscal del IS (Almudí Cid, 2009, p. 962).

2.1.2. Magnitudes de control sobre la SEC

Tanto la LIS como la LIRPF requieren la existencia de control sobre «el capital, los fondos propios, los resultados o los derechos de voto de la entidad» de la SEC.

La amplitud en la definición de estos conceptos pone en evidencia que el objetivo de la norma es amparar bajo el paraguas del régimen de TFI todos los posibles escenarios de control que podrían darse atendiendo a las distintas leyes mercantiles extranjeras potencialmente aplicables a la SEC¹⁹.

para los grupos de sociedades del artículo 42 del Código de Comercio que se atienda a la participación sobre la SEC de todas las entidades que formen parte del grupo.

¹⁷ La mecánica del régimen de TFI exige diferenciar dos planos. Por un lado, las reglas de determinación del control sobre la SEC y, por otro, los criterios de fijación del importe de la renta susceptible de ser imputada a los contribuyentes sujetos al régimen. Ambas reglas se encuentran íntimamente relacionadas, aunque deben ser diferenciadas en aras de una adecuada comprensión y aplicación del régimen de TFI.

¹⁸ No cabe duda de que se trata de un criterio aplicable exclusivamente al segundo plano: la participación indirecta del contribuyente a través de entidades no residentes en la SEC es relevante a la hora de calcular el importe de la renta atribuible en su base imponible conforme al régimen de TFI.

¹⁹ Esta intención ha sido confirmada por la Dirección General de Tributos (DGT) en distintas respuestas a consultas (v. las Consultas generales 1627/1998, de 8 de octubre –NFC008374–, y 2489/1997, de 28 de noviembre –NFC007062– o la Consulta vinculante V2701/2013, de 10 de septiembre –NFC049000–).

Se comprende la pretensión del legislador español y también la dificultad de su tarea. No obstante, estos conceptos que, sin ningún tipo de prelación o reserva, se refieren tanto a modalidades de participación en la SEC que sí encuentran un acomodo directo en la condición de accionista (e. g., participación en el capital), como otras cuyo encaje en esta posición puede resultar vidrioso y controvertido (por ejemplo, la participación en los resultados de una entidad), pueden llevar a situaciones indeseadas en las que se verifiquen formalmente los requisitos del régimen de TFI sin que el contribuyente español tenga un control material o real sobre la SEC.

Pensemos, por ejemplo, en un contribuyente que (a) fuera usufructuario de la mayoría de las acciones o participaciones de la SEC, pero no tuviera ningún derecho político, (b) participara en negocios jurídicos (e. g., cuentas en participación) o en instrumentos emitidos por la SEC que le otorgaran el derecho a la mayoría de sus beneficios sin disponer de derechos políticos (por ejemplo, instrumentos de deuda cuyo rendimiento estuviera asociado a los resultados de la entidad), o (c) mantuviera formalmente una participación de más del 50 % en el capital de la SEC que, *de facto*, no le otorgara su control (en entidades con acciones con asimetría de derechos de voto o beneficiarios de *trusts* discrecionales e irrevocables en los que los derechos políticos de las acciones de la SEC estuvieran cedidos al *trustee* o a un tercero). Complicándolo más, también se podría dar el caso opuesto: que un contribuyente no controlase la SEC (en los términos del régimen de TFI) y mantuviera el control material sobre la entidad (acuerdos contractuales entre la SEC o sus accionistas y el contribuyente que le otorgaran a este último una influencia significativa sobre la SEC).

Todos estos supuestos –y, sin duda, otros muchos– podrían quedar afectados por el régimen de TFI y, sin embargo, no podría concluirse de manera tajante que el contribuyente necesariamente dispondría del control a nivel decisorio sobre la SEC. Por otro lado, también podrían darse casos en los que el contribuyente podría controlar *de facto* la SEC escapando formalmente de la letra de la norma.

Es cierto que las magnitudes de control establecidas por la norma española están alineadas con la regulación de ATAD y con las recomendaciones del Informe OCDE. También que los desajustes derivados de la aplicación de estas reglas podrían subsanarse, al menos parcialmente, a través de los criterios de imputación de rentas en TFI²⁰.

Esta solución parcial no resulta satisfactoria en términos de equidad tributaria ni cumple con los objetivos del régimen de TFI: capturar los supuestos en los que los contribuyentes constituyen y controlan sociedades en el extranjero creadas para erosionar sus bases imponibles españolas. En este sentido, si el contribuyente no controla la SEC, no debería soportar las consecuencias tributarias tan onerosas que supone la aplicación del régi-

²⁰ Estas reglas, a la postre, someterían a gravamen por aplicación del régimen de TFI exclusivamente a las rentas obtenidas por el contribuyente.

men de TFI²¹; e, igualmente, si existiera cualquier tipo de control material sobre la SEC, el régimen debería desplegar todos sus efectos en el impuesto personal del contribuyente. La norma española debería hacer un esfuerzo por delimitar adecuadamente su ámbito de aplicación de manera que solo se contemplen los supuestos en los que el contribuyente controle de hecho la SEC.

2.1.3. Momento en el que debe verificarse el control

La norma de TFI establece que los umbrales de control deberán verificarse en «la fecha del cierre del ejercicio social»²² de la SEC. Se fija, por tanto, un momento temporal determinado.

El resultado de la aplicación de esta regla será binario: el régimen de TFI desplegará sus efectos si existe control el día de cierre del ejercicio de la SEC, y viceversa. No se admiten soluciones parciales que contemplen, por ejemplo, un esquema de imputación de rentas en TFI proporcional al número de días en el ejercicio en el que se haya verificado el control²³ o la aplicación del régimen si se mantiene una participación de control en cualquier momento del ejercicio²⁴.

Al tratarse del momento temporal seleccionado por el legislador, si el contribuyente transmitiera su participación en la SEC antes del cierre del ejercicio, el régimen del TFI no resultaría aplicable²⁵. De hecho, parecería difícil de sostener la posibilidad de aplicar las reglas de conflicto en la aplicación de las normas o de simulación a estos casos²⁶ pues (a) no se deberían aplicar normas generales antiabuso para combatir situaciones que son tratadas por cláusulas antiabuso especiales (como sería el régimen de TFI) y, (b) en ningún caso, se

²¹ Téngase en cuenta que el contribuyente que resulte afectado por el régimen de TFI se verá obligado a tributar anticipadamente por rentas que no necesariamente estaría percibiendo. En el ámbito del IRPF, además, estas rentas quedarán sujetas a tributación a los tipos marginales generales del impuesto. Sin embargo, a las rentas del ahorro que no quedaran sujetas a tributación por este régimen, en términos generales, les resultarían aplicables los tipos previstos para la base del ahorro (muy inferiores a los establecidos para las rentas de base general).

²² La norma aclara que el ejercicio social de la SEC no podrá ser superior a 12 meses.

²³ 29 países cuentan con este tipo de normas según la información disponible en IBFD (2019) –entre otros, Australia, Austria, Dinamarca, Francia Alemania, Reino Unido y Estados Unidos–.

²⁴ Como pasa, por ejemplo, en el régimen de Nueva Zelanda –v. Holmes, 2020–.

²⁵ Es cierto que la ganancia que, en su caso, se obtuviera en la transmisión de esta participación quedaría sujeta a tributación si bien quedaría sujeta a tributación a los tipos previstos para las rentas del ahorro, mientras que el resultado susceptible de ser imputado por el régimen de TFI tributaría por los tipos generales del impuesto.

²⁶ Artículos 15 y 16 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT).

estarían quebrantando los objetivos y deseos del legislador español (quien, de haberlo querido, podría haber optado por aplicar otras fórmulas que no dieran pie a estos supuestos).

2.1.4. Comentario crítico

El régimen de TFI podría resultar aplicable a contribuyentes que, materialmente, no controlen la SEC pero que queden formalmente «atrapados» en la norma; también podrían «escapar» de su aplicación contribuyentes que sí controlen la SEC y, sin embargo, no cumplieran con los umbrales objetivos definidos en la norma.

Desde la entrada en vigor del régimen de TFI son muchos los avances que se han logrado en el ámbito de la fiscalidad internacional y de la UE en materia de control *de facto* sobre entidades y rentas que sería recomendable trasladar a la norma española. Este aprendizaje debería trasladarse al ámbito de TFI para conseguir que el régimen español redefiniera su campo de aplicación y quedaran exclusivamente afectadas situaciones en las que los contribuyentes controlen la SEC y puedan decidir la desviación artificial de bases imponibles fuera de España. Esta solución sería coherente con los objetivos del régimen de TFI, la regulación de ATAD²⁷ y las observaciones del Informe OCDE.

Es cierto que, en términos generales, las recomendaciones internacionales respecto al grado de influencia o control que el contribuyente debe ejercitar sobre la SEC pivotan sobre un doble test alternativo de control legal y económico²⁸ (similar al del régimen de TFI español). También que las deficiencias del régimen del TFI español podrían quedar parcialmente corregidas por los criterios de imputación de rentas establecidos en la norma²⁹. Sin embargo, un análisis en profundidad de la regulación de ATAD y del Informe OCDE permite vislumbrar que, en el ámbito internacional, se está reaccionando ante estas situaciones, con el objetivo de corregir las desviaciones que las reglas objetivas de determinación del umbral de control pueden provocar³⁰.

²⁷ Considerando 12 de la Directiva ATAD.

²⁸ ATAD e Informe OCDE.

²⁹ Esta solución no resultaría plenamente satisfactoria, ya que, en todo caso, el contribuyente se vería obligado a soportar los efectos de la aplicación del régimen de TFI sin que materialmente exista control sobre la SEC. Tampoco se corregirían los supuestos de control *de facto* sobre la SEC que hoy por hoy podrían eludir la aplicación del régimen de TFI.

³⁰ Así, por ejemplo, ATAD, en la definición de las magnitudes de control, incluye los clásicos elementos ya tratados (mayoría de los derechos de voto, del capital o de los beneficios de la SEC). No obstante, parece suavizar los efectos de la aplicación del régimen en la regulación de la renta imputable. Esta regla aplica a los casos en los que las rentas no distribuidas de la SEC susceptibles de ser imputables al contribuyente derivan de «mecanismos falseados que se han establecido con el objetivo esencial de obtener una ventaja fiscal». La redacción de esta regla podría llevar a la conclusión de que ATAD introduce un «doble filtro de control» para estos supuestos, que podría operar en beneficio o perjuicio del contribuyente. Primero, se atenderá al cumplimiento de los elementos de control objetivos establecidos

En este sentido, la modificación de la norma española a través de la introducción de un segundo filtro –el «test de control *de facto*»– a los umbrales de control actuales–el «test de control objetivo»– permitiría corregir casi todas las disfunciones de las que adolece el régimen en este ámbito. Este «test de control *de facto*» debería operar cumulativamente con el «test de control objetivo» en los supuestos en los que existan dudas sobre si este último da como resultado la aplicación del régimen de TFI a contribuyentes que no controlan la SEC, y alternativamente a ese test en los supuestos en los que no resulte suficiente³¹.

Podría alegarse que la introducción de un «test de control *de facto*» podría ocasionar una mayor carga y esfuerzo en términos de prueba y que no permitiría alcanzar una conclusión automática sobre la existencia de control. No obstante, consideramos que estos inconvenientes prácticos tendrían un alcance limitado (casos en los que la aplicación del «test de control objetivo» no resultara suficiente) y que las ventajas que se obtendrían (una aplicación óptima, equitativa y precisa del régimen de TFI) compensarían con creces unos mayores esfuerzos probatorios³².

en la norma (mayoría de capital, derechos de voto, participación en beneficios, etc.); no obstante, el contribuyente solo soportará los efectos fiscales del régimen en los casos en los que, además, tenga la capacidad de decidir sobre la SEC y asuma los riesgos de la inversión (v. art. 8 ATAD)

Por su parte, el Informe OCDE hace referencia expresa a los casos en los que se verifique el control *de facto* sobre la SEC. El Informe OCDE se refiere expresamente «a quién toma las decisiones de alto nivel sobre los asuntos» de la SEC, o «quién tiene la capacidad de influir en las actividades del día a día» o a «los vínculos contractuales entre el contribuyente y la SEC que permitan al primero desplegar una influencia relevante sobre la segunda».

³¹ Coincidimos con el Informe OCDE en que el «test de control *de facto*» implica la asunción de mayores costes y complejidad y, consecuentemente, debería tener un alcance limitado a determinados supuestos. No obstante, discrepamos con la conclusión de que su aplicación debe quedar limitada como mecanismo antielusión del «test de control objetivo». Deberían corregirse todas las disfunciones que el «test de control objetivo» pueda generar. Tanto los supuestos en los que el contribuyente pueda eludir la aplicación del régimen de TFI controlando la SEC como aquellos en los que quede afectado por el régimen sin que materialmente controle la SEC.

³² Todo ello sin entrar a analizar en profundidad, pero sin dejar de plantearnos, los efectos que el traslado de la jurisprudencia sobre el «beneficiario efectivo» (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16 –NFJ072658–, *N Luxembourg 1 y otros contra Skatteministeriet*, y también de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-116/16 y C-117/16 –NFJ072655–, *Skatteministeriet contra T Danmark e y Denmark Ap*) podría generar a la hora de atribuir las rentas positivas obtenidas por la SEC en concepto de intereses, cánones y dividendos, pues el beneficiario efectivo no necesariamente atiende al propietario del activo del que se trate. Para ello, resulta exigible la realización de un «test de sustancia económica» que ayude a concluir si el receptor de la renta es su beneficiario efectivo.

Conscientes de la dificultad de trasladar este concepto al ámbito de TFI (los supuestos contemplados por el TJUE no analizan este régimen), consideramos que la introducción de un «test de control *de facto*» en los términos señalados al régimen de TFI también colaboraría en la actualización y acercamiento de este régimen a las tendencias y criterios de atribución de rentas preponderantes en el seno de la fiscalidad internacional y de la UE.

2.2. Régimen fiscal privilegiado de la SEC

Otro de los requisitos clave para activar la aplicación del régimen de TFI exige la erosión de bases imponibles españolas mediante el traslado de beneficios al extranjero, es decir, el aprovechamiento de un «régimen fiscal privilegiado» por la SEC. En ausencia de la aplicación de un régimen de TFI, se podría diferir la carga fiscal sobre los beneficios de la SEC hasta el momento en el que se acordara su distribución o se desinvertiera en la estructura.

La normativa española, a la hora de determinar si la SEC queda sujeta a un régimen fiscal privilegiado, exige comparar la tributación efectiva que soporta por sus beneficios con el impuesto que se habría devengado por dichos beneficios de acuerdo con la normativa del IS. Si, de esta comparación, la tributación de la SEC resulta un 75 % inferior a la que correspondería en España, la SEC se estaría beneficiando de un régimen fiscal privilegiado conforme al régimen de TFI. Se incorpora, además, una lista negra de países (*i. e.*, países o territorios calificados como paraísos fiscales o de nula tributación³³) a modo de presunción de baja o nula tributación (y, en definitiva, de sujeción de la SEC a un régimen fiscal privilegiado), que admite prueba en contrario.

2.2.1. Tributación efectiva de la SEC según la normativa española

A fin de analizar la tributación efectiva de la SEC, se deben valorar qué impuestos satisfechos por la SEC serían equiparables al IS español³⁴. Atendiendo a su naturaleza, deberán considerarse los impuestos que graven directamente los beneficios de la SEC o aquellos que estimen su beneficio tributable tomando como referencia elementos indiciarios de la renta (*e. g.*, ingresos brutos, margen bruto de cada operación)³⁵, con independencia de que

³³ De conformidad con el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, y sus posteriores modificaciones.

³⁴ Serán aquellos que tengan como finalidad gravar la renta del contribuyente, a través de cualquier figura impositiva que consiga este efecto. Aunque el régimen de TFI no detalla qué criterios deben utilizarse para identificar los impuestos extranjeros «válidos» en este análisis, podría utilizarse como referencia la definición que se añade en la LIS en la regulación de la exención para la eliminación de la doble imposición económica (art. 21.1 b) LIS). La doctrina científica –v. Almuñí Cid, 2009, p. 971– y la DGT –v. Consulta vinculante V2701/2013, de 10 septiembre (NFC049000)– apoyan esta conclusión.

En esta línea, tendrán la consideración de impuestos análogos al IS «aquellos tributos extranjeros que hayan tenido por finalidad la imposición de la renta obtenida por la entidad participada, con independencia de que el objeto del tributo lo constituya la renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario de aquella». Se deberán excluir, por el contrario, los impuestos que utilizan como base imponible el valor del activo de la entidad (Consulta vinculante V2701/2013, de 10 septiembre –NFC049000–, o Consulta general 1627/1998, de 8 octubre –NFC008374–, en relación con la sujeción de fondos de inversión lujemburgueses a un impuesto sobre el valor del activo neto de dichas entidades).

³⁵ La DGT ha seguido, por lo general, un criterio finalista al interpretar que determinados impuestos que toman como referencia elementos indiciarios de la renta (*e. g.*, ingresos brutos, margen bruto de cada

se refieran a la renta mundial de la SEC o se configuren como tributos de base territorial³⁶. Además, se deben computar la totalidad de los tributos pagados por la SEC, en calidad de sujeto pasivo, cualquiera que fuese el Estado en el que queden sujetos a imposición³⁷.

Una vez identificados los impuestos relevantes, se debe llevar a cabo la comparativa de la tributación efectiva soportada por la SEC para concluir si los impuestos satisfechos por la SEC son un 75 % inferiores a los que por las mismas rentas se habrían devengado en aplicación de la normativa del IS.

Este es uno de los aspectos más problemáticos del régimen de TFI³⁸: la LIS simplemente se remite a la normativa del IS, sin incluir mayor desarrollo o instrucción sobre la forma adecuada de llevar a cabo este ejercicio.

La LIS se refiere simplemente a que «el importe satisfecho» por la SEC «sea inferior al 75 % del que hubiera correspondido de acuerdo con las normas» de la LIS³⁹. La doctrina administrativa tampoco ha aportado mayor claridad en torno a la recta interpretación de esta regla, y se ha limitado a señalar que:

[...] deberán tomarse en consideración las normas reguladoras del Impuesto sobre Sociedades español, lo que alcanza tanto a las normas relativas al tipo de gra-

operación) deben considerarse impuestos análogos al IS siempre que el efecto final de dicho impuesto sea gravar efectivamente la renta de la entidad participada (v. Consultas vinculantes V0666/2005, de 22 de abril [NFC029783] –impuesto sobre el margen bruto de cada operación– y V3528/2016, de 27 de julio [NFC061537] –impuesto sobre el volumen de ingresos–). En este sentido, lo determinante será que el efecto final consiga un gravamen efectivo sobre la renta de la filial extranjera, aunque se trate de un impuesto que esté, en palabras de la propia DGT, «alejado de la naturaleza personal del IS y [sea] más parecido a un impuesto de producto» (en este sentido, Consulta general 1907/2002, de 4 de diciembre –NFC017018–).

³⁶ De nuevo, lo relevante será que las rentas potencialmente sujetas al régimen de TFI tributen de manera efectiva. Entre otras, v. la Consulta general 1907/2002, de 4 de diciembre (NFC017018), y las Consultas vinculantes V0828/2012, de 19 de abril (NFC044319), y V0891/2016, de 9 de marzo (NFC058862).

³⁷ Se debe considerar no solo el importe último de la cuota a ingresar, sino también las posibles retenciones o ingresos a cuenta que haya soportado la SEC en terceros Estados. En este sentido, la Consulta vinculante V2830/2013, de 26 de septiembre (NFC049097); Subías Millaruelo (2002, p. 240), y Torres Diz (2012, p. 9).

³⁸ La LIS simplemente se refiere a que «el importe satisfecho» por la SEC «sea inferior al 75 por ciento del que hubiera correspondido de acuerdo con las normas» de la LIS (arts. 100.1 b) LIS y 91.1 b) LIRPF). La DGT no ha aportado mayor claridad en torno a la recta interpretación de esta regla, y se ha limitado a señalar que «deberán tomarse en consideración las normas reguladoras del Impuesto sobre Sociedades español, lo que alcanza tanto a las normas relativas al tipo de gravamen como a las que afectan al resto elementos del Impuesto (exenciones, imputación temporal de ingresos y gastos, compensación de bases imponibles negativas, deducciones...)» (Consultas vinculantes V0601/2016, de 15 de febrero –NFC058351–, y V4196/2016, de 3 de octubre –NFC062607–).

³⁹ Artículos 100.1 b) de la LIS y 91.1 b) de la LIRPF.

vamen como a las que afectan al resto de elementos del Impuesto (exenciones, imputación temporal de ingresos y gastos, compensación de bases imponibles negativas, deducciones...)⁴⁰.

Se plantean dudas considerables sobre cuál sería el alcance que debería darse a la aplicación de la normativa del IS para efectuar esta comparativa. Por ejemplo: ¿qué tipo de ajustes deberían realizarse?, ¿se podrían compensar los resultados negativos de ejercicios anteriores de la SEC?, ¿deberían utilizarse las normas contables españolas?, ¿deberían cumplirse por la SEC los requisitos formales que establece la LIS para poder deducir los gastos en los que la SEC hubiera incurrido y aplicar créditos fiscales?

La respuesta a algunas de estas cuestiones es más evidente que a otras. Así, en este análisis, deberían tenerse en cuenta las exenciones y deducciones, similares a las reguladas por la LIS, para eliminar la doble imposición respecto de determinadas ganancias de capital o dividendos obtenidos por la SEC⁴¹. También se debería permitir a la SEC compensar las bases imponibles negativas (BIN) procedentes de ejercicios anteriores, a la hora de llevar a cabo esta comparativa y, en particular, para determinar la tributación efectiva que soporta la SEC⁴², sin que debieran resultar relevantes los criterios para el reconocimiento formal de estas pérdidas exigidos por la LIS.

Sin embargo, una remisión al contenido íntegro de la LIS podría conducir a resultados incoherentes con el propio funcionamiento del régimen⁴³. En este sentido, aunque la LIS establece que para el cálculo de la base imponible del IS se atiende al resultado contable de la sociedad calculado de acuerdo con la normativa contable española, tampoco debería resultar exigible que la contabilidad de la SEC deba elaborarse aplicando la totalidad de los parámetros contables españoles de manera estricta. La SEC debería calcular su resultado conforme a la normativa contable que le resultara aplicable en su jurisdicción de residencia, en su caso, ajustada a los principios contables básicos españoles⁴⁴.

⁴⁰ Consultas vinculantes V0601/2016, de 15 de febrero (NFC058351), y V4196/2016, de 3 de octubre (NFC062607).

⁴¹ V. la Consulta general 1150/1999, de 2 de julio (NFC009787).

⁴² Si la SEC hubiera estado sujeta a tributación en España, habría podido aplicar las pérdidas fiscales generadas en anteriores ejercicios con las rentas del ejercicio analizado en los términos de la LIS.

⁴³ Especialmente, si se tuvieran en cuenta ajustes que, en última instancia, no resultarían aplicables para determinar la renta imputable en TFI. Obsérvese que la renta imputable se calcula según los criterios y principios de la LIS (v. epígrafe 4.2), mientras que el requisito de régimen fiscal privilegiado se determina atendiendo a la totalidad de la normativa del IS.

⁴⁴ Una interpretación demasiado amplia de la LIS implicaría entender que hay que aplicar normas contables españolas para calcular el resultado contable de la SEC (v. art. 10.3 LIS). Ello equivaldría a una reformulación completa de la contabilidad de la SEC conforme a la norma contable española. Este ejercicio supondría una carga excesiva para los contribuyentes; debería poder atenderse a la contabilidad de la SEC elaborada conforme a la normativa de su Estado de residencia, en su caso, ajustada a los

Incluso así podrían generarse discordancias en la tributación efectiva de la SEC que obedecieran sencillamente a diferencias en las reglas relativas a la inscripción de ingresos y gastos, por divergencias en los requisitos formales para el reconocimiento de las pérdidas de la SEC⁴⁵, o simplemente por ajustes contables o fiscales que reviertan en ejercicios futuros⁴⁶.

En el ámbito internacional, el Informe OCDE aclara que, por ejemplo, diferencias temporales en la contabilidad o exenciones de determinadas rentas (en particular, dividendos) no deberían activar la aplicación de los regímenes de TFI, al entender, de manera acertada, que no todas las desigualdades de cálculo de la base imponible de la SEC deben ser problemáticas en la determinación del umbral mínimo de tributación efectiva de la SEC.

En palabras de la OCDE, lo determinante es identificar «aquellas diferencias que sean consecuencia de una ventaja fiscal en la jurisdicción de la SEC, en la medida en que la ventaja tenga como único fin atraer capital extranjero, incrementando por tanto el riesgo de traslado de beneficios»⁴⁷.

También en la propuesta *Global Anti-Base Erosion* (GloBE) (OCDE, 2019a, 2019b)⁴⁸ se promueve la búsqueda de soluciones que corrijan situaciones en las que no existiendo una erosión real de las bases imponibles del contribuyente⁴⁹, estos puedan quedar afectados por regímenes de este tipo.

principios contables esenciales de la normativa española. Aunque no existe unanimidad en la doctrina respecto a este extremo, Sanz Gadea (1996, p. 51), entre otros autores, alcanza una conclusión similar.

⁴⁵ Por ejemplo, ¿qué ocurre cuando la SEC no ha podido reconocer las pérdidas en su jurisdicción de residencia al no existir un IS?, ¿o si las reglas formales para su reconocimiento en el Estado de residencia de la SEC son distintas de las españolas?, ¿deberían, en cualquier caso, aplicarse a los resultados positivos obtenidos por la SEC? Una interpretación demasiado amplia de la remisión a las normas del IS podría llevar a considerar que no se cumple con los requisitos formales previstos bajo la norma española para el reconocimiento y compensación de las pérdidas de la SEC. Esta conclusión colisionaría con el objetivo último del régimen de TFI: no se trata de una situación en la que pueda considerarse que la SEC queda sujeta a un régimen fiscal privilegiado; simplemente de unas reglas formales fijadas por la LIS para la declaración de las pérdidas fiscales de sus contribuyentes. Esta es la conclusión a la que llega la DGT en las Consultas vinculantes V0601/2016, de 15 de febrero (NFC058351), y V4196/2016, de 3 de octubre (NFC062607).

⁴⁶ Este sería el caso si, por ejemplo, la legislación del contribuyente dispone la imputación de ingresos por el criterio de devengo, mientras que la de la SEC atiende a un sistema de caja; si se establecen porcentajes de amortización o criterios para deducir pérdidas por deterioro distintos entre ambas normativas contables (o fiscales).

⁴⁷ Informe OCDE (p. 43). Lo contrario supondría incidir en la soberanía tributaria de otros Estados más allá de lo estrictamente necesario para evitar el traslado de bases imponibles españolas y aplicar el régimen de TFI a situaciones distintas a las previstas en la finalidad de la norma.

⁴⁸ El marco inclusivo de BEPS (formado por 137 Estados según el listado actualizado a diciembre de 2019) ha propuesto introducir unas normas de tributación mínima global y, entre ellas, una regla de imputación por las sociedades matrices, en principio, similar en su funcionamiento a los regímenes CFC.

⁴⁹ Para solucionar estos problemas, GloBE propone que se reconozcan los eventuales créditos fiscales de la SEC que se hubieran generado por impuestos satisfechos que superen el umbral de tributación

Por tanto, una remisión general a la normativa del IS podría llevar a la conclusión de que la tributación efectiva de la SEC se situaría por debajo de los umbrales fijados en la LIS por situaciones que no implicarían, materialmente, su sujeción a un régimen fiscal privilegiado.

2.2.2. Comentario crítico

La indeterminación y la ausencia de instrucciones o directrices interpretativas respecto al adecuado método de cálculo del umbral mínimo de tributación de la SEC a efectos de determinar si está sujeta a un régimen fiscal privilegiado de la LIS, además de generar una absoluta inseguridad jurídica, podría llevar a conclusiones incoherentes con la finalidad del régimen de TFI.

Para mitigar estos inconvenientes, la normativa española debería (a), en todo caso, precisar qué ajustes de la normativa del IS deben tenerse en cuenta para determinar si la SEC disfruta de un régimen fiscal privilegiado de acuerdo con la finalidad del régimen de TFI y (b) incluir una lista blanca de jurisdicciones o de regímenes fiscales excluidos de la aplicación del régimen de TFI⁵⁰.

En la determinación del alcance concreto de los ajustes de la normativa del IS aplicables se debe dar una solución a aquellas situaciones en las que no se produzca, realmente, una erosión de bases imponibles y las divergencias en el tipo efectivo que soporta la SEC en un ejercicio determinado obedezcan a meras diferencias temporales que puedan corregirse en ejercicios siguientes. En todo caso, la normativa española debería regular de manera expresa el tratamiento de los ajustes respecto a los que ya existe un consenso tanto a nivel nacional como internacional. Es decir, confirmar la procedencia de (a) los ajustes derivados de los mecanismos para evitar la doble imposición sobre determinadas ganancias de capital y dividendos obtenidos por la SEC y (b) la compensación de BIN obtenidas por la SEC. Además, se debería seguir avanzando en una modificación del régimen de TFI que diera respuesta al correcto tratamiento de cada una de las diferencias que se pudieran ori-

en un ejercicio o que se establezcan mecanismos que permitan la devolución del impuesto pagado por aplicación de los regímenes de TFI en los casos opuestos (impuesto satisfecho por la SEC en un ejercicio inferior al umbral de tributación), cuando en ambos supuestos esta diferencia temporal revierta en el futuro. Estas normas se detallan en el informe sobre el proyecto GloBE, preparado por el Secretariado de la OCDE y aprobado por el marco inclusivo de BEPS (OCDE, 2020).

⁵⁰ De conformidad con el Informe OCDE (p. 35), esta solución no solo aportaría seguridad jurídica de los contribuyentes, que podrán saber con antelación si estarán sometidos o no a las normas de TFI, sino que también facilitaría el trabajo de las Administraciones tributarias a la hora de determinar si las normas de TFI resultan o no aplicables.

Según la información disponible en IBFD (2019), 9 países ya cuentan con una lista blanca de jurisdicciones –entre otros, Argentina, Países Bajos y Noruega–.

ginar por la aplicación de reglas distintas de imputación temporal. Estos ajustes deberían estar completamente alineados con las reglas de cálculo de la renta imputable que deban aplicarse para calcular el importe de renta atribuible en TFI en una fase posterior.

Por su parte, la inclusión de una lista blanca permitiría excluir, de manera directa, a ciertas SEC que cumplan elementos puramente objetivos.

Ambas modificaciones simplificarían el análisis de tributación mínima de la SEC, siendo completamente coherentes con los objetivos⁵¹ del régimen de TFI y con las recomendaciones internacionales existentes en esta materia.

3. Regla de sociedades instrumentales y la Cláusula de Escape UE: aspectos problemáticos y compatibilidad con el Derecho de la UE

3.1. Antecedentes e implicaciones de la reforma de 2015

La reforma de la LIS y de la LIRPF⁵² que entró en vigor a partir del año 2015 modificó sustancialmente el ámbito de aplicación del régimen de TFI español. La propia exposición de motivos que introdujo la LIS reconoció que se estaba llevando a cabo «una importante reforma del régimen de transparencia fiscal internacional» con el objetivo de crear «un conjunto normativo cuyo principal objetivo es atraer a territorio español la tributación de aquellas rentas pasivas, en su mayoría, que se localizan fuera del territorio español con una finalidad eminentemente fiscal»⁵³.

Hasta este momento, tanto en el ámbito de IS como en el del IRPF, las reglas de TFI resultaban aplicables siempre que se verificaran los criterios de control y baja tributación y, además, la SEC obtuviera un importe de «rentas pasivas»⁵⁴ superiores a los límites permi-

⁵¹ Una mayor determinación de los ajustes del IS relevantes para concluir sobre la concurrencia de un régimen fiscal privilegiado ayudaría a diferenciar aquellas SEC que realmente están aplicando incentivos fiscales cuyo objetivo sea erosionar las bases imponibles del contribuyente.

⁵² Estas reformas se introdujeron por la LIS y por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican, entre otras, la LIRPF.

⁵³ Más tímidamente, la modificación de la LIRPF hizo referencia a un refuerzo en los requisitos del régimen de TFI.

⁵⁴ Las que se integran en el listado cerrado establecido en el régimen de TFI, dado que, por su especial naturaleza y fuente de generación, son más fácilmente deslocalizables al extranjero.

sibles. Además, en el IRPF, la aplicación del régimen de TFI se excluía expresamente para las SEC localizadas en la UE.

La reforma de 2015 introdujo, en el ámbito del IS y del IRPF, entre otras modificaciones: a) una regla novedosa de imputación total de rentas en TFI para sociedades carentes de sustancia o «sociedades instrumentales»; b) una extensión del catálogo de rentas pasivas⁵⁵; c) una reducción de los umbrales de rentas pasivas permitidos por la norma⁵⁶; y d) modificaciones de alguno de los supuestos que excluyen la aplicación del régimen de TFI⁵⁷.

En el IRPF, la reforma eliminó la exclusión general respecto a la posibilidad de aplicar el régimen de TFI a las SEC residentes en la UE. Se incorporó una regla similar a la prevista en el ámbito del IS que permitía su aplicación a estas entidades salvo que el contribuyente acredite que la constitución y operativa de la SEC responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades empresariales (la Cláusula de Escape UE).

En este epígrafe, se analizarán fundamentalmente dos cuestiones derivadas de la reforma de 2015: la regla especial para las sociedades instrumentales y la compatibilidad de la Cláusula de Escape UE con el derecho primario europeo.

⁵⁵ El catálogo de rentas pasivas previsto en el régimen de TFI se mantuvo prácticamente inalterado hasta la reforma del año 2015, en el que se amplió su alcance. Históricamente, estaba conformado por rentas procedentes (a) de bienes inmuebles y derechos reales sobre ellos; (b) de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad o de la cesión a terceros de capitales propios en los términos del artículo 25.1 y 2 de la LIRPF; (c) de la transmisión de los activos inmobiliarios o mobiliarios anteriores; y (d) de actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios (excepto los directamente relacionados con actividades de exportación), realizadas, directa o indirectamente, con entidades vinculadas residentes en territorio español, en la medida en que generen gastos fiscalmente deducibles en España. Con la reforma de 2015, el catálogo se engrosó con tres tipologías de rentas adicionales derivadas de (a) las operaciones de capitalización y seguro –y las rentas procedentes de la transmisión de estos derechos– cuya beneficiaria sea la SEC; (b) la propiedad industrial e intelectual, asistencia técnica, bienes muebles, derechos de imagen y arrendamiento o subarrendamiento de negocios o minas, que no procedan de actividades económicas; y (c) instrumentos financieros derivados especulativos (es decir, aquellos que no estén designados para cubrir un riesgo específicamente identificado derivado de la realización de actividades económicas).

⁵⁶ Hasta hoy, la norma excluye la imputación de rentas pasivas cuando se corresponden con gastos fiscalmente no deducibles en entidades residentes en territorio español o cuando su importe total sea inferior al 15 % de la renta total obtenida por la SEC (salvo las rentas generadas por actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios mencionadas).

⁵⁷ Además de modificar la Cláusula de Escape UE en el IRPF, se introduce una nueva exclusión general para las rentas procedentes de instituciones de inversión colectiva armonizadas por la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, constituidas y domiciliadas en algún Estado Miembro (EM) de la UE, salvo aquellas constituidas en países o territorios calificados como paraísos fiscales.

3.2. Sociedades instrumentales⁵⁸

Por primera vez, se incorpora una regla, aplicable a sociedades carentes de sustancia⁵⁹, por la que se exige imputar al contribuyente la totalidad de las rentas obtenidas por la SEC, con independencia de que esta realice operaciones de carácter recurrente y aunque, por su naturaleza, las rentas que obtenga no estén incluidas dentro del catálogo de rentas pasivas de la norma o no se alcancen los umbrales permitidos por el régimen. Además, la regla no excluye de manera expresa a las sociedades instrumentales que desarrollen una actividad económica⁶⁰.

Como contrapeso, se incluyen dos excepciones a la aplicación de esta regla: a) la posibilidad de acreditar la existencia de «medios materiales y personales» en la SEC u otras entidades de su grupo; y b) la justificación de que su constitución y operativa responde a «motivos económicos válidos». A continuación, se elabora un análisis más detallado de ambas exclusiones.

⁵⁸ Lo dispuesto en este epígrafe no es aplicable a entidades *holdings* que perciben dividendos y rentas procedentes de la transmisión de determinadas participaciones en filiales de la SEC. La normativa de TFI regula una exclusión específica para aquellas participaciones que otorguen, al menos, el 5% de su capital y se posean durante al menos un año con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales y su participada no sea considerada como patrimonial.

En relación con la organización de medios materiales y personales exigible para estas entidades *holdings*, debería resultar plenamente aplicable la doctrina de la DGT desarrollada en el ámbito de las entidades de tenencia de valores extranjeros (ETVE). Esta doctrina concluye que, entre otros aspectos, la ETVE dispondría de medios materiales y personales suficientes cuando por lo menos uno de los miembros del órgano de administración de la sociedad, residente fiscal en España, se encarga del día a día de la ETVE, esto es, de la preparación y llevanza de la contabilidad de la ETVE, preparación y presentación de declaraciones fiscales periódicas, movimiento de las cuentas bancarias de la sociedad, ordenando los pagos tanto de los gastos corrientes –salarios, gastos notariales y registrales, etc.– como de los desembolsos no corrientes –inversiones adicionales de fondos en filiales, órdenes de distribuciones de dividendos a los accionistas, etc.– (v. Consultas generales 778/2002, de 22 de mayo –NFC016596–, 1995/2002, de 20 de diciembre –NFC017333–, y 898/2004, de 31 de marzo –NFC034972–; Consultas vinculantes, V0120/2003, de 29 de octubre –NFC018301–, V0411/2012, de 23 de febrero –NFC043768–, V1065/2016, de 16 de marzo –NFC058841–, y V3100/2016, de 5 de julio –NFC061264–).

⁵⁹ De conformidad con los artículos 100.2 de la LIS y 91.2 de la LIRPF «[l]os contribuyentes imputarán la renta total obtenida por la entidad no residente en territorio español, cuando esta no disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales para su realización, incluso si las operaciones tienen carácter recurrente».

⁶⁰ Hasta la reforma de 2015, estos supuestos no tenían cobertura por el régimen de TFI, salvo algún caso aislado en el que se podía provocar una erosión de las bases imponibles españolas vía la asunción de gastos deducibles por las entidades que formaban parte del grupo español (e. g., la realización de actividades crediticias, financieras, aseguradoras o prestaciones de servicios determinantes de un gasto deducible en una entidad vinculada a la SEC residente en España). La regla de las sociedades instrumentales da un paso más allá y no introduce ningún requisito de este tipo.

3.2.1. Los «medios materiales y personales» de la SEC u otras entidades de su grupo⁶¹

La ley no determina qué medios materiales y personales deben considerarse suficientes para que la regla de sociedades instrumentales no resulte aplicable. Como criterio interpretativo se podría atender a las consultas evacuadas por la DGT respecto a la dotación de medios materiales y humanos exigida para las ETVE –aquellos «adecuados para efectuar la dirección y gestión de las entidades participadas [...]»⁶²–.

Una recta extrapolación de esta doctrina al régimen de TFI debería llevarnos a concluir que, para que resulte aplicable esta exclusión, las SEC deberían contar con una dotación de medios materiales y humanos que resultara *adecuada* para el desarrollo de su actividad, lo que se deberá analizar caso por caso⁶³.

Por otro lado, los medios materiales y personales *adecuados* para el desarrollo de la actividad de la SEC podrían verificarse a nivel de grupo⁶⁴. Hay que destacar que esta excepción solo resultaría aplicable cuando los medios pertenezcan a una entidad del grupo no residente en territorio español⁶⁵. No se comprende por qué la exclusión no abarca a los

⁶¹ Resulta llamativa la diferencia que efectúa el legislador a la hora de regular este requisito a nivel de la SEC y de las entidades que forman parte de su grupo: para la SEC, la norma se refiere a que esta «no disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales para su realización», mientras que para el cómputo de los medios a nivel de grupo se requiere la acreditación de que las operaciones llevadas a cabo por la SEC se realicen «con los medios materiales y personales existentes en una entidad no residente». Parecería que, en el primer supuesto, bastaría con que la SEC dispusiera de los medios requeridos con independencia de su efectiva aplicación al desarrollo de su actividad económica, mientras que, en el segundo, claramente el legislador exige una utilización real de dichos medios por la SEC.

⁶² V. Consulta general 0336/1995, de 10 de noviembre.

⁶³ Siendo conscientes de la dificultad de dar una respuesta general, dada la amplia casuística de supuestos que podrían darse en la práctica, cabría demandar una mayor concreción de estos conceptos en el ámbito de TFI. Todo ello en aras de la seguridad jurídica y tomando en consideración las graves implicaciones que la aplicación de esta regla de imputación total acarrea para los contribuyentes.

⁶⁴ En el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.

⁶⁵ La posibilidad de evaluar la existencia de medios materiales y personales a nivel del grupo de entidades no residentes ha sido ratificada por la DGT en la contestación a varias consultas vinculantes (v. V0601/2016, de 15 de febrero –NFC058351–, V2931/2016, de 23 de junio –NFC060771–, o V5234/2016, de 12 de diciembre –NFC063440–). Todas ellas validan la aplicación de esta exclusión cuando en el marco del grupo internacional concurren los medios materiales y personales adecuados para el desarrollo de la actividad de la SEC. La respuesta a la Consulta V0601/2016 (NFC058351) va incluso más allá, al admitir que, eventualmente, se puedan externalizar determinados servicios y, a la vez, cumplir con este requisito.

Echamos en falta que no se hayan utilizado estas consultas para dar un mayor desarrollo y definición a los criterios interpretativos que podrían resultar útiles y válidos para concluir sobre la existencia de medios materiales y personales en la estructura (bien a nivel de la SEC o de su grupo).

medios prestados por una entidad residente en España que forme parte del grupo. Quizás la norma busque combatir cualquier potencial disminución de bases imponibles españolas (e. g., los gastos deducibles que se podrían generar en las sociedades españolas por el aprovisionamiento de estos medios); no obstante, este riesgo ya quedaría cubierto por una correcta aplicación de las reglas de precios de transferencia⁶⁶.

3.2.2. Los motivos económicos válidos de la SEC

Esta exclusión requiere la acreditación por el contribuyente de que la constitución y operativa de la SEC responde a motivos económicos válidos. No queremos dejar de señalar las dificultades a las que deberá enfrentarse el contribuyente para justificar este extremo: es previsible que, en una potencial revisión administrativa, ante una sociedad instrumental que se beneficie de un régimen fiscal privilegiado, prime un sesgo negativo hacia los elementos de la estructura que, en la práctica, dificulte de manera notable (o casi imposibilite) una prueba de motivos económicos válidos por el contribuyente.

Aunque no se regule literalmente en la norma, esta exclusión debería, en todo caso, aplicarse a los supuestos en los que la SEC desarrolle una actividad económica en su lugar de residencia. El desarrollo de una actividad económica debería ser un motivo económico válido suficiente por sí mismo para descartar la aplicación de la regla de sociedades instrumentales. Los casos más evidentes serán aquellos en los que, además, la propia actividad desarrollada por la SEC exija, para su desempeño, su constitución en el país en el que le resulta aplicable un régimen fiscal privilegiado⁶⁷ o un régimen fiscal especial temporal⁶⁸. En

⁶⁶ Que, en términos generales, llevarían a la sociedad española que cede los medios a la SEC a registrar un ingreso tributable en la prestación de servicios.

⁶⁷ Esta parece ser la solución adoptada por la DGT al analizar supuestos de rentas pasivas si existen motivos económicos (distintos a los fiscales) en la constitución de la SEC. Las respuestas a las Consultas V4475/2016, de 18 de octubre (NFC062603), y V0471/2008, de 29 de febrero (NFC028549), textualmente, entienden:

[...] debe analizarse la finalidad de este precepto, que no es otra que incluir en la base imponible aquellas rentas procedentes de la realización de determinadas actividades (financieras, crediticias, aseguradoras o de prestación de servicios) con el objeto de evitar la deslocalización en la realización de actividades por motivos meramente fiscales cuando por la naturaleza de estas actividades pueden ser objeto de prestación efectiva desde cualquier territorio. No es este, sin embargo, el supuesto que se da en este caso concreto, puesto que el gasoducto es un elemento fijo a través del cual se transporta el gas, lo que significa la presencia real, efectiva e imprescindible para la adecuada prestación de este servicio en territorio argelino, servicio de transporte que única y exclusivamente puede ser prestado en ese territorio, sin que sea susceptible de ubicarse en otro distinto. Por tanto, una interpretación finalista de la norma nos llevaría a considerar que las rentas derivadas de la prestación de este servicio a través de un gasoducto situado en Argelia no deben ser objeto de inclusión en el régimen de transparencia fiscal internacional.

⁶⁸ Es frecuente encontrar regímenes fiscales especiales, con carácter temporal, habilitados para sociedades que, por realizar actividades económicas que se consideran estratégicas en su jurisdicción de

estos supuestos, no se está eligiendo el lugar de constitución de la SEC por motivos fiscales y existen motivos económicos válidos y empresariales en la toma de esta decisión.

También se deberían comprender aquellos escenarios en los que la SEC desarrolle una actividad económica utilizando los medios materiales y personales de una entidad de su grupo residente en España o, simplemente, subcontratando en su totalidad los medios para el desempeño de su actividad a un tercero.

De hecho, una interpretación finalista de este precepto, coherente con la naturaleza anti-abuso del régimen de TFI, debería llevar a concluir que, siempre que los motivos existentes no se limiten exclusivamente a la obtención de una ventaja fiscal, deberían considerarse justificaciones válidas a los efectos de la aplicación de esta exclusión. Este es el objetivo que persigue el régimen de TFI y, por tanto, el que debería estar amparado por su regulación.

3.2.3. Comentario crítico

Hoy por hoy, no existen directrices claras respecto al funcionamiento de las exclusiones establecidas en la regla de sociedades instrumentales. No se han desarrollado criterios administrativos o interpretativos en los que el contribuyente pueda «descansar» para asegurar el cumplimiento y la aplicación de estas excepciones.

En todo caso, consideramos que la regla de sociedades instrumentales únicamente debería resultar aplicable a las SEC que no desarrollen actividades económicas⁶⁹. También que el análisis sobre la concurrencia de medios materiales y personales adecuados para la SEC podría conllevar una importante carga de inseguridad jurídica⁷⁰.

Además, no queremos dejar de reiterar las dificultades probatorias a las que deberá enfrentarse el contribuyente a la hora de acreditar la existencia de motivos económicos válidos o la concurrencia de medios adecuados a nivel de grupo. En estos casos, la carga de

residencia y quedan exoneradas de tributación durante los primeros años de actividad; en particular, nos referimos a los comúnmente denominados regímenes de «vacaciones fiscales». Los incentivos fiscales que prevén estos regímenes podrían hacer que las SEC que se acojan a ellos pudieran cumplir formalmente los requisitos de TFI. Además, en un momento cercano a la constitución de la SEC, podría no estar dotada de medios materiales y personales para el desempeño de su actividad y aun así ser claro que su incorporación responde a motivos económicos válidos.

⁶⁹ Este enfoque resultaría más respetuoso con las libertades europeas y más coherente con el propio funcionamiento del régimen de TFI español –que, incluso para determinadas rentas pasivas, excluye su aplicación en los casos en los que la SEC realiza una actividad económica–.

⁷⁰ En nuestra opinión, las conclusiones de Sanz Gadea (1996, pp. 135-136) sobre la exigencia de medios materiales y personales en la definición de «participación empresarial» serían igualmente aplicables en la valoración de este requisito en las sociedades instrumentales a la vista de la similitud entre ambas normas.

la prueba se traslada íntegramente al contribuyente que tiene en su contra una presunción de aplicación de esta regla.

Entendemos que esta regla es innecesaria y únicamente introduce problemas prácticos e interpretativos en el régimen de TFI. Los supuestos que se combaten a través de la regla de sociedades instrumentales⁷¹ ya podrían quedar cubiertos por: a) la aplicación de una norma antiabuso general o b) la atracción de la residencia de la SEC a España (si aquí radicara su sede de dirección efectiva), sin necesidad de que se introdujera en el régimen de TFI una regla de este tipo. Alternativamente, el legislador español podría aprovechar la transposición de ATAD para restringir la aplicación de esta regla a supuestos de abuso en la línea con la regulación de esta directiva⁷².

En conclusión, para que la regla de sociedades instrumentales estuviera alineada con los objetivos del régimen de TFI y con la normativa internacional, debería aplicarse únicamente a situaciones de abuso, en las que las rentas se desvíen artificialmente a la SEC⁷³, introduciéndose un mecanismo más equitativo de distribución de la carga de la

⁷¹ Supuestos en los que se produce una erosión fraudulenta de las bases imponibles españolas a través de la deslocalización de rentas a territorios de baja imposición vía la constitución de la SEC. Sin embargo, el alcance en la aplicación de esta regla de imputación total podría llegar a ser más extenso, ya que únicamente se refiere a la concurrencia de medios materiales y humanos en la SEC o a la existencia de motivos económicos válidos en la estructura como excepciones a su aplicación. Estas exclusiones son más restrictivas que la creación de mecanismos fraudulentos con fines de elusión fiscal como requisito para la aplicación del régimen de TFI.

⁷² De conformidad con ATAD, los EM podrán optar por incluir (a) la regla de sociedades instrumentales (o «mecanismos falseados que se han establecido con el objetivo esencial de obtener una ventaja fiscal» en los términos de ATAD), (b) el catálogo de rentas pasivas o (c) los dos criterios de manera acumulada. El espíritu de la regla de sociedades instrumentales en la redacción de ATAD es muy loable, ya que busca «atrapar» bajo los regímenes de TFI exclusivamente supuestos de abuso y desviación artificial de bases imponibles. Además, no resulta aplicable a los beneficios que hayan sido distribuidos por la SEC ni a las rentas que no hayan sido desviadas artificialmente al extranjero por el contribuyente –la imputación en ATAD se limita a «los importes generados a través de los activos y los riesgos vinculados a las funciones de las personas influyentes ejercidas por la sociedad que realiza el control»–.

Con independencia de lo anterior, no queremos dejar de resaltar que al referirse a criterios subjetivos (e. g., «mecanismos falseados» o «activos y riesgos vinculados a las funciones de las personas influyentes»), la eficacia y el éxito de esta regla como medida antiabuso estará estrechamente vinculado con cómo sea aplicada por las autoridades fiscales de cada uno de los EM que opten por introducirla en su normativa interna.

⁷³ La norma española no requiere la existencia de una estructura falseada que haya sido creada para obtener una ventaja fiscal –el elemento subjetivo del abuso en la jurisprudencia del TJUE–; basta con que no existan medios materiales o personales o no se pueda probar (con las dificultades que esta prueba puede conllevar) la concurrencia de motivos económicos subyacentes en la estructura. Asimismo, tampoco limita su aplicación a las rentas que no hayan sido distribuidas por la SEC ni establece ninguna limitación (asociada a situaciones de abuso provocadas por el contribuyente) al importe de la renta imputable en TFI: se trata de un supuesto de imputación total del beneficio obtenido por la SEC

prueba entre la Administración tributaria y el contribuyente. En su defecto, esta regla se podría directamente eliminar, ya que los casos a los que, eventualmente, resultaría aplicable ya tendrían respuesta en los mecanismos antiabuso generales articulados en el conjunto normativo español.

3.3. Compatibilidad de la Cláusula de Escape UE con el derecho primario europeo

3.3.1. Antecedentes y enfoque de la cuestión

La LIS y la LIRPF prevén una Cláusula de Escape UE que impide aplicar el régimen de TFI a las SEC residentes en la UE siempre que «el contribuyente acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas»

No queremos dejar de resaltar que, aunque el régimen de TFI determine que esta exclusión opera tanto para rentas pasivas como para sociedades instrumentales, en la práctica, solo tendría efectos para las rentas pasivas. En la redacción actual del régimen de TFI, las exclusiones a la regla de sociedades instrumentales pueden abarcar más supuestos que los establecidas en la Cláusula de Escape UE⁷⁴.

En sus inicios, el régimen de TFI no incluía ninguna Cláusula de Escape UE. A partir de 2004, se incluye una referencia de este tipo que impedía expresamente la aplicación del régimen a las SEC residentes en la UE, salvo que estuvieran constituidas en territorios que tuvieran la consideración de paraísos fiscales⁷⁵.

En 2008, y con un alcance limitado al IS, la Cláusula de Escape UE sufre una modificación que elimina la referencia a las SEC constituidas en paraísos fiscales y, directamente, condiciona su aplicación a que se acredite que la constitución y operativa de la SEC responde a motivos económicos válidos y, además, que la SEC realiza actividades empresariales. Ello con independencia del EM de la UE en el que la SEC esté constituida. Según la

que no se ve modulado por ningún elemento que permita excluir la renta que no esté asociada a una situación de abuso.

⁷⁴ Como se ha analizado en el epígrafe 3.2 anterior, las exclusiones a la regla de sociedades instrumentales contemplan aquellas situaciones en las que la SEC (a) cuenta con medios materiales y personales o (b) su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos.

⁷⁵ Esta modificación se introduce en la normativa vigente en el IS y en el IRPF a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, con efectos desde el 1 de enero de 2004.

exposición de motivos de la ley que modifica la Cláusula de Escape UE, este cambio pretendía ajustar la norma al Derecho de la UE⁷⁶.

La introducción y la reforma de la Cláusula de Escape UE vinieron motivadas por varios pronunciamientos del TJUE⁷⁷, anteriores o coetáneos a estas modificaciones, que analizaban la compatibilidad del régimen CFC inglés con el derecho europeo. En 2015, se modificó la Cláusula de Escape UE del IRPF para ajustarla a la redacción que desde el año 2008 estaba vigente en el ámbito del IS.

Desde su origen, la doctrina cuestionó la compatibilidad de la Cláusula de Escape UE con las libertades fundamentales de la UE (Almudí Cid, 2009, pp. 1.006-1.014). Estas dudas persisten y son mayores hoy por hoy, especialmente, si se toman en consideración los posteriores pronunciamientos del TJUE en este ámbito.

En este sentido y en coherencia con su naturaleza de normas antiabuso, los regímenes de TFI deben fundamentarse sobre un elemento objetivo, que evalúe la realidad económica subyacente a la estructura, y un elemento subjetivo, que valore los motivos que impulsan su creación (Marín Benítez, 2019, p. 45). En esta línea, el TJUE considera que los regímenes de TFI solo resultarían compatibles con el Derecho de la Unión cuando permitan al contribuyente descartar su aplicación si la estructura responde a una realidad económica o existen motivos económicos válidos para su constitución⁷⁸.

En este epígrafe se actualizará el análisis sobre la compatibilidad de la Cláusula de Escape UE con el Derecho de la UE y la jurisprudencia del TJUE⁷⁹, proponiendo soluciones para su me-

⁷⁶ La Ley 4/2008, de 23 de diciembre, modifica el apartado 15 del artículo 107 de la LIS entonces vigente. Según la exposición de motivos de la Ley 4/2008, esta modificación «tiene por objeto evitar una posible vulneración del Derecho comunitario en materia de discriminación y de restricción de la libertad de movimiento de capitales». Para ello, se generaliza «la aplicación de determinadas medidas a todos los Estados miembros de la Unión Europea, a condición de que el sujeto pasivo acredite que la constitución de la entidad en este ámbito responde a motivos económicos válidos y, además, realiza actividades empresariales». Esta modificación surte efectos para los periodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2008.

⁷⁷ Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04 (NFJ023535), *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*, y Auto del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 23 de abril de 2008, asunto C-201/05 (NFJ080363), *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation y Commissioners of Inland Revenue*.

⁷⁸ Según la jurisprudencia del TJUE, las normas de TFI podrían suponer una restricción a las libertades de la Unión que solo es compatible con el Derecho de la UE si su objetivo es combatir situaciones de abuso. Es decir, casos en los que se crean montajes puramente artificiales que no reflejan una realidad económica y que están destinados a eludir la aplicación de la legislación de un EM (Sentencia del TJUE [Gran Sala] de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04 –NFJ023535–, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*).

⁷⁹ Entre otras, se podrían plantear las siguientes cuestiones: ¿qué ocurre con aquellas situaciones en las que la SEC residente en UE obtenga rentas pasivas pero su constitución u operativa no responda a motivos

jora. El análisis distinguirá entre SEC residentes en el Espacio Económico Europeo (EEE) y SEC residentes en terceros Estados a efectos de examinar las libertades potencialmente afectadas.

3.3.2. Compatibilidad de los regímenes de TFI europeos con la libertad de establecimiento

Según la jurisprudencia del TJUE, los regímenes de CFC europeos solo podrían resultar aplicables a las SEC establecidas en la UE cuando: a) representaran «montajes puramente artificiales» y b) carecieran de motivos económicos válidos⁸⁰.

En coherencia con la interpretación que da el TJUE, no existirá un «montaje puramente artificial»⁸¹ si la SEC realiza actividades económicas, disponiendo de los medios materiales y personales adecuados, con independencia de que pueda concurrir una motivación fiscal⁸².

Además, ambos requisitos –actividad y sustancia económica– deberían interpretarse de forma amplia. Así, el concepto de actividad económica no se restringe a actividades productivas o comerciales⁸³, sino que abarca otras actividades, como por ejemplo⁸⁴ actividades de financiación intragrupo⁸⁵ o gestión de tesorería –incluso sin son desarrolladas por entidades *holdings* o de cartera⁸⁶–. Por su parte, de conformidad con el TJUE, la sustan-

exclusivamente fiscales?, ¿y si hay razones económicas en la creación de la estructura o la SEC cuenta con una sustancia relevante o realiza actividades económicas?, ¿y si la SEC no es residente en la UE?

⁸⁰ Entre otras, v. Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04 (NFJ023535), *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*.

⁸¹ El TJUE ha utilizado el concepto de «montaje puramente artificial» para referirse a situaciones en las que, atendiendo a elementos objetivos y verificables por terceros, no exista una realidad económica en la estructura, que en términos de la libertad de establecimiento significa una actividad económica e implementación efectiva de la SEC en su jurisdicción de residencia. *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*, párrafo 66.

⁸² En línea con la sentencia en el caso *Cadbury*, el «test de motivos» no es un criterio válido *per se* si no respeta situaciones con presencia y actividad económicas de la SEC. Para un análisis detallado, v. Calderón Carrero (2015) y García Torres (2019).

⁸³ V. Sentencia del TJUE (Sala Segunda) de 29 de marzo de 2007, asunto C-347/04 (NFJ025222), *Rewe Zentralfinanz G, sucesora universal de ITS Reisen GmbH*.

⁸⁴ Con carácter ejemplificativo no limitativo, el TJUE también se ha pronunciado sobre otro tipo de actividades como medios de pago, derechos de crédito, títulos-valores y participaciones o valores patrimoniales análogos (v. Sentencia del TJUE [Sala Primera] de 6 de diciembre de 2007, asunto C-298/05 –NFJ026989–, *Columbus Container Services BVBA & Co, y Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*) o la gestión de bienes en el marco de un fideicomiso (v. Sentencia del TJUE [Sala Primera] de 14 de septiembre de 2017, asunto C-646/15 –NFJ067704–, *Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements y Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*).

⁸⁵ Analizadas específicamente en el ámbito de TFI en el caso *Cadbury Schweppes*.

⁸⁶ V. Ordonnance de la Cour (Sixième chambre) de 14 juin 2018, l'affaire C-440/17, *GS contre Bundeszentralamt für Steuern*.

cia económica adecuada de la SEC debería evaluarse atendiendo a la actividad económica que desarrolle⁸⁷ y a su función dentro del grupo societario⁸⁸. Además, estos medios podrían verificarse a nivel de grupo⁸⁹.

Alternativamente, las normas de TFI deben permitir al contribuyente probar la motivación económica de la estructura⁹⁰. Así, el contribuyente que no pueda probar que existe una realidad económica que excluya la presencia de «un montaje puramente artificial», siempre debería poder acreditar los eventuales motivos comerciales de la SEC y desactivar la aplicación de los regímenes CFC.

3.3.3. Compatibilidad de los regímenes de TFI europeos con la libertad de movimiento de capitales

Los contribuyentes con inversiones en terceros Estados podrían también quedar amparados por la libre circulación de capitales en si el régimen de TFI europeo que le aplique

⁸⁷ García Torres (2019) señala la importancia de la sentencia *Columbus* en este ámbito (Sentencia del TJUE [Sala Primera] de 6 de diciembre de 2007, asunto C-298/05 –NFJ026989–, *Columbus Container Services BVBA & Co*, y *Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*). En palabras del autor, supondría:

[...] una relativización de la sustancia económica, o mejor aún, la superación de un enfoque meramente cuantitativo (recursos humanos y materiales), para imponer una valoración cualitativa, que exige atender a la calidad de la actividad económica real desarrollada, y a una concreta aportación de valor (en la de gestión de cartera, o función financiera efectiva) de estas sociedades intermedias ajustada a su específico objeto social.

⁸⁸ Para ello será necesario tomar en consideración las características organizativas, económicas o de otro tipo del grupo de sociedades, así como sus estructuras y estrategias (v. Sentencia del TJUE [Sala Sexta] de 20 de diciembre de 2017, asuntos acumulados C-504/16 y C-613/16 –NFJ069234–, *Deister Holding AG*, anteriormente *Traxx Investments NV* (C-504/16), *Juhler Holding A/S* (C-613/16) y Bundeszentralamt für Steuern).

⁸⁹ En palabras del TJUE:

[...] el hecho de que la actividad económica de la sociedad matriz no residente consista en la administración de activos de sus filiales o de que los ingresos de esta sociedad matriz solo procedan de esta administración no puede, por sí solo, implicar la existencia de un montaje puramente artificial, carente de toda realidad económica.

El TJUE precisa, además, que el hecho de que no se considere que la administración de activos constituye una actividad económica en el marco del impuesto sobre el valor añadido es irrelevante, dado que el impuesto controvertido en los litigios principales y el impuesto mencionado tienen marcos jurídicos distintos y cada uno de ellos persigue objetivos diferentes. Sentencia del TJUE (Sala Sexta) de 20 de diciembre de 2017, asuntos acumulados C-504/16 y C-613/16 (NFJ069234), *Deister Holding AG*, anteriormente *Traxx Investments NV* (C-504/16), *Juhler Holding A/S* (C-613/16) y Bundeszentralamt für Steuern.

⁹⁰ El elemento subjetivo es condición necesaria pero no suficiente *per se*, v. Marín Benítez (2019) y Smit (2014). Auto del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 23 de abril de 2008, asunto C-201/05 (NFJ080363), *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation* y *Commissioners of Inland Revenue* (párrafo 84), y Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 13 de marzo de 2007, asunto C-524/04 (NFJ024996), *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* y *Commissioners of Inland Revenue* (párrafo 82).

podiera comprender a las SEC no controladas⁹¹, con independencia del porcentaje que se mantenga en esta entidad en el caso concreto⁹².

En este ámbito, el TJUE concluye, por un lado, que las normas de TFI deben permitir a los contribuyentes probar la justificación comercial de la estructura creada en Estados terceros (motivos económicos válidos) para excluir la aplicación del régimen de TFI⁹³ y, por otro, que no se puede presumir la existencia de abuso –a baja tributación de la SEC y la naturaleza pasiva de las actividades que realice no son criterios suficientes para determinar la aplicación de un régimen de TFI⁹⁴–. Consecuentemente, para que un régimen CFC resulte compatible con la libertad de movimiento de capitales debería permitir al contribuyente demostrar, sin verse sometido a cargas administrativas excesivas, las posibles razones comerciales o motivos económicos válidos de su inversión. Ello al menos en todos aquellos casos en los que exista un marco normativo que faculte a las autoridades tributarias a comprobar la realidad de información aportada sobre la SEC a efectos de acreditar el juicio de motivos económicos⁹⁵.

3.3.4. Comentario crítico: compatibilidad de la Cláusula de Escape UE con las libertades europeas

La Cláusula de Escape UE, tal y como está configurada hoy, resultaría incompatible con la libertad de establecimiento, con base en los siguientes motivos:

⁹¹ Concretamente, el TJUE ha analizado la normativa de TFI desde la perspectiva de la libertad de circulación de capitales cuando esta no se restringe exclusivamente a las situaciones en las que la sociedad matriz ejerce una influencia decisiva en la sociedad (v. Sentencias del TJUE [Sala Octava] de 13 de noviembre de 2014, asunto C-112/14, *Comisión Europea contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte* y [Gran Sala] de 26 de febrero de 2019, asunto C-135/17 –NFJ072759–, *X GmbH y Finanzamt Stuttgart – Körperschaften*).

⁹² En el ámbito de mecanismos para evitar la doble imposición de dividendos, el TJUE ha precisado que, en los casos en los que la normativa puede quedar cubierta en ambas libertades, el contribuyente puede invocar la libre circulación de capitales para cuestionar la legalidad de la normativa con independencia de la magnitud de la participación que posea en la sociedad establecida en un tercer Estado en el caso concreto (v. Sentencias del TJUE [Sala Quinta], de 20 de septiembre de 2018, asunto C-685/16, *EV y Finanzamt Lippstadt*, y de 24 de noviembre de 2016, asunto C-464/14, *SECIL – Companhia Geral de Cal e Cimento SA y Fazenda Pública*).

⁹³ V. Sentencias del TJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019, asunto C-135/17 (NFJ072759), *X GmbH y Finanzamt Stuttgart – Körperschaften*, y (Sala Octava) de 13 de noviembre de 2014, asunto C-112/14, *Comisión Europea contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*.

⁹⁴ V. Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019, asunto C-135/17 (NFJ072759), *X GmbH y Finanzamt Stuttgart – Körperschaften* (párrafo 86).

⁹⁵ En palabras del propio tribunal (Sentencia del TJUE [Gran Sala] de 26 de febrero de 2019, asunto C-135/17 –NFJ072759–, *X GmbH y Finanzamt Stuttgart – Körperschaften*):

[...] un marco normativo que establezca, en particular, obligaciones convencionales que faculten a las autoridades tributarias de dicho Estado miembro para comprobar, en caso necesario, la realidad de la información sobre esa misma sociedad aportada para demostrar que la participación de dicho sujeto pasivo en esta última no procede de una estructura artificial.

- a) No se extiende, según el literal de la ley, a las SEC constituidas en el EEE que no sean EM de la UE⁹⁶; y
- b) Exige acreditar, de manera conjunta, (i) el desarrollo de una actividad económica por la SEC y (ii) la concurrencia de motivos económicos válidos en su constitución y operativa.

Atendiendo a la jurisprudencia del TJUE, se podría probar cualquiera de estas circunstancias de manera autónoma y alternativa para desactivar la aplicación del régimen de TFI español⁹⁷.

Además, también resultaría contraria a la libertad de movimiento de capitales⁹⁸ en la medida en que no permite excluir la imputación de rentas pasivas procedentes de SEC residentes en terceros Estados⁹⁹ mediante la acreditación de motivos económicos válidos¹⁰⁰ en la constitución y operativa de la SEC.

Estas deficiencias podrían corregirse mediante: a) la inclusión de una cláusula de escape UE que resultara aplicable, sin limitaciones específicas, para las SEC establecidas en el

⁹⁶ La jurisprudencia del TJUE también puede utilizarse para interpretar la libertad de establecimiento de las SEC residentes en el EEE que no sean parte de la UE (*i. e.*, Noruega, Liechtenstein e Islandia). V. Sentencia del TJUE (Sala Octava) de 13 de noviembre de 2014, asunto C-112/14, *Comisión Europea contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, y Helminen (2019, p. 35). El Proyecto de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal pretende modificar de nuevo esta cláusula para excluir las SEC situadas en el EEE que realicen actividades económicas, sin requerir que se acrediten también los motivos económicos válidos que justifican la constitución y operativa de la SEC.

⁹⁷ La transposición de ATAD no alteraría esta conclusión –v. Ferrer e Irazusta (2018) y Danon (2018)– si bien la modificación propuesta en el Proyecto de Ley permitiría, al menos en parte, salvar la disconformidad de la normativa española con el Derecho de la UE en la medida en que permita excluir a aquellas SEC situadas en el EEE que realizan actividades económicas, sin necesidad de acreditar además que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos.

⁹⁸ Obsérvese que, como se ha mencionado en el epígrafe 2.1, la redacción actual del requisito de control implica que las normas de TFI podrían aplicarse a supuestos en los que el contribuyente no controla materialmente la SEC. Al igual que los regímenes CFC analizados por el TJUE (v. Sentencias del TJUE [Sala Octava] de 13 de noviembre de 2014, asunto C-112/14, *Comisión Europea contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, y [Gran Sala] de 26 de febrero de 2019, asunto C-135/17 –NFJ072759–, *X GmbH y Finanzamt Stuttgart – Körperschaften*), nuestra norma de TFI no se restringe a situaciones en las que el contribuyente ejerce un control *de facto* sobre la SEC y, por tanto, los contribuyentes con SEC en terceros Estados podrían ampararse por la jurisprudencia del TJUE sobre la libre circulación de capitales.

⁹⁹ Al menos, a todas aquellas SEC que sean residentes en un Estado tercero que hayan concluido un acuerdo de intercambio de información o un convenio para evitar la doble imposición con España (CDI) que resulte de aplicación y que incluya cláusula de intercambio de información.

¹⁰⁰ Con independencia de que la SEC realice una actividad económica y, como mínimo, para aquellas SEC residentes en Estados terceros con los que España haya firmado un CDI con cláusula de intercambio de información.

EEE y b) la introducción de una cláusula de escape para las rentas pasivas obtenidas por las SEC no establecidas en el EEE que condicione la aplicación del régimen de TFI español a un juicio de motivos económicos válidos en la constitución y operativa de la SEC.

De este modo, se conseguiría un cumplimiento escrupuloso del régimen de TFI con el Derecho de la UE sin que, en la práctica, se produjera un menoscabo en su ámbito de aplicación; pues las situaciones de abuso que, conforme a la jurisprudencia del TJUE podrían quedar afectadas por la aplicación del régimen de TFI podrían combatirse a través de las cláusulas generales antiabuso de la normativa española¹⁰¹.

Esta solución, además, permitiría un reparto más equitativo de la carga de la prueba entre el contribuyente y la Administración, reduciendo las enormes dificultades prácticas a las que se enfrenta el contribuyente a la hora de acreditar exclusiones del régimen de TFI. Asimismo, esta solución estaría más alineada con el criterio del TJUE. El tribunal, al analizar la compatibilidad con las libertades de la Unión de las normas de distribución de la carga de la prueba en cláusulas antiabuso, ha aclarado que las medidas fiscales que vayan en detrimento de libertades fundamentales no pueden justificarse mediante una presunción general de fraude y abuso; las autoridades tributarias deben proceder a un examen individual del conjunto de la operación de que se trate para concluir sobre la existencia de abuso¹⁰².

4. Renta imputable bajo el régimen de TFI español: incertidumbre en las reglas de cálculo

4.1. Sujetos obligados a soportar la imputación

Están obligadas a soportar la imputación bajo el régimen de TFI las personas físicas o jurídicas residentes a efectos fiscales en territorio español que participen, directa o indirectamente, en la SEC verificando los requisitos de control –la renta imputable debe calcularse computando también la participación indirecta en la SEC¹⁰³–.

¹⁰¹ En particular, por vía de la existencia de conflicto en la aplicación de la norma o simulación, según se regulan en los artículos 15 y 16 de la LGT.

¹⁰² Esto se traduce, en palabras del TJUE, en que «la Administración Tributaria esté obligada a aportar al menos un principio de prueba o indicio del fraude o abuso»; si esto no fuera así, la norma, «excedería de lo necesario para evitar dichos fraude o abuso» (v. Sentencia del TJUE [Sala Sexta] de 7 de septiembre de 2017, asunto C-6/16 –NFJ067536–, *Eqiom y Enka*), párrafos 30-32.

¹⁰³ Artículos 100.7 de la LIS y 91.6 de la LIRPF. Obsérvese que estas normas establecen una cierta jerarquía entre contribuyentes: una persona física que participa indirectamente en una SEC mediante una participación en una sociedad residente en España no estará obligada a imputar rentas en TFI; esta deberá imputarse por la sociedad española.

No resuelve la norma cómo aplicar el régimen de TFI cuando existan sociedades intermedias, entre el contribuyente y la SEC, que estén sujetas a normas de TFI en sus correspondientes jurisdicciones de residencia. ATAD tampoco ofrece una solución al respecto. En el seno de la OCDE, se recomienda que los Estados establezcan algún tipo de jerarquía que determine qué países deberían tener prioridad o, en su defecto, algún mecanismo para eliminar la doble imposición (e. g., crédito fiscal por los impuestos extranjeros resultantes de normas de TFI en jurisdicciones intermedias)¹⁰⁴. A pesar de la recomendación, España no ha dado una solución a este problema; por tanto, se mantiene el riesgo cada vez más alto –la difusión a nivel mundial de las normas de TFI¹⁰⁵ es muy amplia y es especialmente patente en la UE por la transposición de ATAD– de que se generen situaciones de doble imposición imposibles de resolver.

4.2. Reglas de cálculo de la renta imputable

En nuestra experiencia, las indicaciones que incluye el régimen de TFI español a efectos de calcular el importe de la renta susceptible de ser imputada en la base imponible del contribuyente resultan sencillamente insuficientes¹⁰⁶. Sin ánimo de ser omnicomprendivos –la realidad, sin duda, planteará más dudas de las que aquí se exponen–, se han seleccionado y se desarrollarán a continuación algunas de las cuestiones más conflictivas respecto al cálculo de la renta imputable en TFI, y se proponen soluciones de futuro.

4.2.1. Norma aplicable para calcular la renta imputable en TFI

No existe hoy por hoy una respuesta clara a esta cuestión. Los artículos 91.6 de la LIRPF y 100.9 de la LIS se refieren a que el importe de la renta imputable en TFI debe calcularse atendiendo, por un lado, a «principios y criterios» y, por otro, «a las restantes disposiciones» de la LIS. Esta formulación legal tan ambigua despierta un sinfín de dudas prácticas.

¹⁰⁴ Informe OCDE (p. 35).

¹⁰⁵ 53 países cuentan con este tipo de normas según la información disponible en IBFD (2019).

¹⁰⁶ Desde su entrada en vigor, la ley se limita a señalar que:

[...] el importe de la renta positiva a imputar en la base imponible se calculará de acuerdo con los principios y criterios establecidos en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, y en las restantes disposiciones relativas al Impuesto sobre Sociedades para la determinación de la base imponible.

Y aclara simplemente que «se entenderá por renta total el importe de la base imponible que resulte de aplicar estos mismos criterios y principios» y «se utilizará el tipo de cambio vigente al cierre del ejercicio social de la entidad no residente en territorio español».

Lo único que parece claro es que la norma fiscal a la que hay que atender para calcular el importe de la renta imputable en TFI es la LIS. Y, a partir de ahí, todo son cuestiones sin resolver.

La primera es qué se incluye dentro de los «principios y criterios» de la LIS y cómo casa esta referencia con la que se efectúa a renglón seguido a las «restantes disposiciones» de la norma. Parece que «principios y criterios» debe ser algo distinto del conjunto de los ajustes que establece la LIS¹⁰⁷. Asumiendo que esta es la interpretación adecuada, cabe plantearse cuáles son estos principios y criterios¹⁰⁸.

Podríamos transitar por todos los preceptos de la LIS y preguntarnos qué ajustes se corresponden con los «principios y criterios» de la norma sin que exista un criterio normativo o administrativo que conceda una respuesta válida al contribuyente sobre este punto. No existe una mínima indicación sobre los ajustes de la LIS que deben considerarse incluidos dentro de sus «principios y criterios» y aquellos que deberían ignorarse a la hora de calcular la base imponible imputable bajo el régimen de TFI.

Discrepamos con la doctrina que considera que, atendiendo a la naturaleza de las rentas susceptibles de ser imputadas en TFI, debería existir un estrecho margen para la divergencia entre las normas españolas y las extranjeras¹⁰⁹. Esta afirmación podría ser válida

¹⁰⁷ De lo contrario, el legislador no habría hecho ninguna diferenciación, tanto más si se toma en consideración que el Proyecto de Ley original por el que se introducía el régimen de TFI en España se refería exclusivamente al término «normas», que fue matizado en el proceso legislativo –Sanz Gadea (1996, p. 250).

¹⁰⁸ Por ejemplo, desde lo más básico, lo que podríamos considerar como un principio general de la LIS es que la base imponible se obtiene por referencia al resultado contable de la SEC, resultado contable que, a su vez, conforme al artículo 10.3 de la LIS, se determina «de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas».

¿Cómo debe interpretarse el alcance de este principio?, ¿puede el contribuyente basarse en el resultado contable de la SEC calculado conforme a la normativa de su jurisdicción de residencia o debe rehacerse la contabilidad, atendiendo a las normas contables españolas, para poder calcular la renta imputable en TFI de conformidad con los «principios y criterios» de la LIS? A nuestro juicio, se debería respetar la contabilización realizada conforme a la normativa aplicable en el país de residencia de la SEC; no obstante, no se dispone de ninguna aclaración administrativa que confirme este criterio y pueda dar un confort mínimo a los contribuyentes.

La misma cuestión (también sin respuesta) surge respecto al criterio de imputación temporal al que debe atenderse en el registro de los ingresos y gastos. Entendemos que el respeto a la norma contable del país de residencia de la SEC debería llevarnos a una conclusión similar a la apuntada en el párrafo anterior.

¹⁰⁹ Sanz Gadea (1996, p. 250) entendía, a la vista de la redacción original de la norma, que la naturaleza de las rentas susceptibles de inclusión (básicamente, intereses, dividendos, cánones arrendaticios y

en los años noventa, cuando los ajustes de la LIS vigente no estaban tan desarrollados y el régimen de TFI español no contemplaba la regla de imputación total de rentas prevista para sociedades instrumentales o las nuevas fuentes de rentas incluidas en el catálogo de rentas pasivas.

Hoy la diversidad de los ajustes previstos por la LIS y la amplitud de supuestos que se recogen bajo el paraguas de la norma de TFI son tales que se hace necesaria una aclaración normativa que precise qué «principios y criterios» y, en particular, qué ajustes son los relevantes a la hora de determinar el importe de la base imponible imputable en TFI.

La respuesta a nivel internacional tampoco ofrece soluciones concretas a este problema¹¹⁰: el Informe OCDE y ATAD¹¹¹ se limitan a hacer una remisión a la normativa de la jurisdicción del contribuyente como sistema para calcular la renta atribuible en TFI.

Se comprende la enorme dificultad de dar una solución completamente armonizada a nivel internacional a estos problemas –dependerá en gran medida de las particularidades de las distintas leyes nacionales potencialmente aplicables–. Por ello, (si cabe) con más razón, debe apelarse a una respuesta normativa española que dote de seguridad jurídica a los contribuyentes, estableciendo unos criterios claros respecto al modo de aplicar la LIS para calcular la base imponible imputable en TFI.

4.2.2. Determinación del importe de la renta positiva imputable en TFI para las rentas pasivas

La norma establece que «se imputará únicamente la renta positiva que provenga» de cada una de las fuentes de rentas establecidas en el catálogo de rentas pasivas. Por tanto, en el caso de que concurra más de una renta de las catalogadas, deberá realizarse un cálculo independiente de cada una de ellas para determinar su imputación bajo el régimen de TFI (Sanz Gadea, 1996, p. 251; Almudí Cid, 2009, p. 990). En este ejercicio, es inevitable que se plan-

plusvalías) dejaba probablemente un margen muy estrecho para la divergencia entre normas españolas y normas extranjeras.

¹¹⁰ Añaden, eso sí, a la lista de potenciales inconvenientes la realidad del elevado coste que puede suponer al contribuyente el cumplimiento de esta regla. Arnold (2019, p. 6) remarca que este sistema no simplifica los costes administrativos y de cumplimiento del régimen de TFI en comparación con otras opciones disponibles por el legislador para calcular la renta imputable.

¹¹¹ ATAD se remite a la normativa del contribuyente para calcular la renta imputable por las categorías de rentas pasivas. En cambio, establece que la renta imputable por la existencia de «mecanismos falseados» se calcula «de conformidad con el principio de plena competencia», por lo que puede entenderse que los Estados que imputen rentas por esta categoría lo harán según sus normas de precios de transferencia, sin que tengan que considerar otros ajustes del correspondiente IS.

teen problemas, cuya respuesta práctica puede llegar a ser muy compleja, en el desglose de los ingresos y gastos que deben atribuirse a cada una de las categorías de rentas pasivas.

Además, tal y como está configurada la regla, no se podrán compensar categorías de rentas con resultado positivo con aquellas cuyo resultado sea negativo¹¹²; solo cuando el resultado de las distintas categorías de rentas sea positivo se podrán adicionar dichas bases imponibles con el objetivo de obtener la base imponible total imputable en TFI al contribuyente.

No obstante, el régimen prevé un límite: no se podrá imputar como base imponible en TFI «una cantidad superior a la renta total de la entidad no residente». Este límite global, materialmente, tomará en consideración los eventuales resultados negativos de la SEC, al menos, a la hora de establecer un importe máximo de renta imputable.

4.2.3. Pérdidas de la SEC

El análisis será distinto si nos referimos a pérdidas del ejercicio en curso o a pérdidas procedentes de ejercicios anteriores. En relación con las pérdidas del ejercicio, para las sociedades instrumentales significará la inexistencia de renta imputable en TFI al contribuyente; mientras que, para las rentas pasivas, el efecto será el analizado en el epígrafe 4.2.2 anterior, con los límites que allí se señalan.

Las bases imponibles procedentes de ejercicios anteriores deberían, en todo caso, tomarse en consideración; su compensación representa uno de los «criterios y principios» básicos de nuestra LIS¹¹³.

¹¹² Lo que podría disminuir (o incluso neutralizar) la renta global susceptible de ser imputada bajo el régimen de TFI.

¹¹³ Esta conclusión es coherente con las recomendaciones de la OCDE incluidas en el Informe OCDE y con ATAD. Ambos establecen que, aunque las pérdidas de la SEC no puedan imputarse directamente para compensar beneficios de la matriz, sí deberían poder compensar beneficios de ejercicios siguientes. De hecho, el Informe OCDE da un paso más allá y aclara que este debería ser el tratamiento incluso de las pérdidas que se hayan generado con anterioridad a la calificación de la entidad como SEC.

Nos llama la atención el criterio seguido por el Tribunal Económico-Administrativo Central en su Resolución de 12 de septiembre de 2003 (y mantenido por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 10 de noviembre de 2006, rec. núm. 911/2003 –NFJ080522–) –entre otras que analizaban el mismo supuesto en distintos contribuyentes– al negar la posibilidad de compensar pérdidas fiscales cuando la SEC no ha podido declarar tales pérdidas por no estar sujeta a un IS en su jurisdicción.

Este criterio es extremadamente formalista y no se corresponde con una adecuada interpretación de la referencia a los «criterios y principios» de la LIS. En este sentido, compartimos la opinión de Sanz Gadea (1996), que analiza con detalle la posibilidad de compensar pérdidas fiscales, aunque no se encuentren declaradas previamente como BIN.

Y, de nuevo, en este punto vuelven a surgir dudas sobre las reglas que deben regir esta compensación. Por ejemplo, para las sociedades instrumentales será claro que las BIN deben atribuirse a la totalidad de la renta obtenida por la SEC y podrán compensarse con cargo a resultados positivos futuros de la SEC íntegramente. No obstante, cuando la imputación en TFI se origine por las rentas pasivas, es posible que las BIN solo puedan asociarse parcialmente a determinadas fuentes de rentas.

Al igual que ocurre a la hora de determinar los gastos e ingresos relevantes para determinar la «renta positiva» imputable en TFI al contribuyente por cada una de las categorías de rentas pasivas, deberían diseccionarse las BIN generadas por la SEC para determinar en qué importe y con cargo a qué rentas pueden compensarse.

No será una tarea fácil y el régimen no establece el mecanismo a seguir en estos casos. Un sector de la doctrina aboga por asignar las BIN a cada una de las categorías de rentas pasivas en la proporción en que dichas clases de rentas contribuyeron a la generación de la pérdida, pudiendo atribuir cualquier exceso (si lo hubiera) al resto de las fuentes de renta (Sanz Gadea, 1996, p. 255).

Desde una perspectiva internacional, ATAD dispone que las pérdidas «no se incluirán en la base imponible, pero se podrán aplazar, de conformidad con la legislación nacional, y tener en cuenta en periodos fiscales subsiguientes». No se establece que esta disposición sea optativa para los EM; por tanto, la normativa de TFI española debe modificarse para aclarar qué rentas negativas deben tenerse en cuenta para compensar rentas positivas de ejercicios siguientes (Cruz Padial, 2017, p. 95).

La transposición a la normativa española de ATAD, además de confirmar la procedencia de la compensación de BIN en el cálculo de la renta imputable en TFI, debería aprovecharse para aclarar el sistema de asignación y compensación de las BIN procedentes de rentas pasivas.

4.2.4. Comentario crítico

Con tres mínimas instrucciones, la norma española pretende resolver el mecanismo de cálculo de la base imponible en TFI de un contribuyente. Lo cierto es que muchas de las cuestiones que, en la práctica, surgen a la hora de efectuar este cálculo, no se resolverían. La parquedad de estas directrices suscita innumerables dudas respecto a su aplicación y coloca al contribuyente en una situación de incertidumbre.

Sería conveniente la aprobación de criterios formales que concedan un adecuado respaldo jurídico-positivo al régimen y garanticen un mínimo de seguridad jurídica a los contribuyentes españoles. La transposición de ATAD ofrece al legislador español una oportunidad

que debería aprovechar para aclarar extremos tan importantes como el alcance de la aplicación de la LIS a la hora de calcular la renta imputable o confirmar la posibilidad de compensar las BIN de la SEC, regulando un mecanismo para su compensación.

5. Mecanismos para corregir la doble imposición: algunas cuestiones pendientes

5.1. La regla de no integración en la base imponible del contribuyente de los beneficios procedentes de rentas que hayan tributado en TFI¹¹⁴

Como ya se ha dicho, el régimen de TFI es una norma antidiferimiento que supone, en la práctica, una anticipación de la tributación de los beneficios obtenidos por la SEC a través de su imputación en la base imponible del contribuyente en el ejercicio de su obtención¹¹⁵. La propia mecánica del régimen provocará que se genere una doble imposición en el contribuyente cuando la SEC le distribuya los dividendos procedentes de beneficios que ya hayan tributado por aplicación de esta norma.

Para corregir estos supuestos de doble imposición interna, el régimen de TFI dispone que deben eliminarse de la base imponible del contribuyente «los dividendos o participaciones en beneficios en la parte que corresponda a la renta positiva que haya sido incluida en la base imponible»¹¹⁶. La norma extiende este tratamiento a los «dividendos

¹¹⁴ También puede generarse doble imposición interna en la transmisión de la participación. Para evitar esto, la norma de TFI prevé que no se integrará la ganancia que se corresponda con rentas incluidas en TFI. Concretamente, los artículos 100.12 de la LIS y 91.11 de la LIRPF disponen que:

[...] para calcular la renta derivada de la transmisión de la participación, directa o indirecta, el valor de adquisición se incrementará en el importe de los beneficios sociales que, sin efectiva distribución, se correspondan con rentas que hubiesen sido imputadas a los socios como rentas de sus acciones o participaciones en el periodo de tiempo comprendido entre su adquisición y transmisión.

¹¹⁵ Además, el régimen español, a diferencia de lo que sucede mayoritariamente en un análisis de derecho comparado, no excluye su aplicación en los supuestos en los que los beneficios de la SEC sean objeto de distribución a sus accionistas en el ejercicio en el que se obtienen. Resulta completamente coherente con la finalidad de la norma la introducción de una exclusión de este tipo. Es obvio que si la SEC distribuye sus resultados a sus accionistas en el periodo en el que se obtienen, esta renta ya quedaría sujeta a tributación en sede del accionista conforme al régimen general y no existiría ninguna justificación para que se activara una norma antidiferimiento (pues no existiría diferimiento alguno en tal supuesto).

¹¹⁶ Artículos 100.10 de la LIS y 91.9 de la LIRPF. Estas normas hacen referencia a la «renta positiva que haya sido incluida en la base imponible», lo que exigirá una efectiva inclusión. No bastará con que el contribuyente hubiera estado obligado a su inclusión; para que tenga aplicación este precepto habrá sido

a cuenta»¹¹⁷ del beneficio del ejercicio distribuidos por la SEC. Se trata, pues, de una eliminación de la base imponible en TFI de aquellas rentas que ya hayan tributado por aplicación de este régimen en ejercicios anteriores, buscando neutralizar el efecto de una previa imputación anticipada de beneficios de la SEC. En este sentido, la norma aclara que «una misma renta positiva solamente podrá ser objeto de imputación por una sola vez, cualquiera que sea la forma y la entidad en que se manifieste».

Este mecanismo de corrección de doble imposición funciona para los casos en los que la SEC obtuviera beneficios que no distribuya a sus accionistas y que, por tanto, podrían no quedar sujetos a tributación hasta su efectiva distribución en ausencia del régimen de TFI.

No obstante, el régimen actual no daría una adecuada respuesta a supuestos en los que los beneficios del ejercicio se distribuyen a los accionistas de la SEC y no existe, en consecuencia, el diferimiento de rentas o la ventaja fiscal combatida por el régimen de TFI. La norma española debería excluir cualquier situación en la que la SEC distribuye sus beneficios en el ejercicio en el que se obtienen, sin que se produzca el diferimiento perseguido por el régimen.

La solución que se propone es coherente con la regulación de ATAD¹¹⁸. En ATAD, la imputación se restringe a las «rentas no distribuidas» y no está limitada únicamente a distribuciones cuyo beneficiario sea contribuyente, sino que también se aplicaría a distribuciones realizadas a sociedades intermedias (Groot y Larking, 2019, p. 267).

La transposición de ATAD a la normativa española debería corregir el defecto de la norma española con la consecuencia de que el régimen de TFI solo resultara aplicable a situaciones en la que sí exista un diferimiento de rentas, cuya doble imposición se corrija cuando se produzca la distribución de los beneficios que han sido gravados con anterioridad¹¹⁹.

necesaria una efectiva tributación del contribuyente por estas rentas. Asimismo, aclaran que cuando la SEC distribuya reservas, a efectos de la aplicación de esta norma correctora de la doble imposición, se atenderá a la designación contenida en el acuerdo social y, en su defecto, se entenderá que se aplican las últimas cantidades abonadas a dichas reservas.

¹¹⁷ Las cantidades susceptibles de ser distribuidas por las sociedades a cuenta de los beneficios del ejercicio en curso con carácter previo al cierre de sus cuentas anuales (v. art. 277 LSC).

¹¹⁸ La OCDE no aporta ningún análisis a este problema y se limita a recomendar que los Estados incorporen normas que mitiguen el riesgo de doble imposición cuando la SEC distribuya dividendos con carácter general, sin distinguir si los dividendos se distribuyen con cargo al resultado del ejercicio o proceden de rentas de ejercicios anteriores sujetas a TFI.

¹¹⁹ En este sentido, el artículo 8.5 de ATAD establece que el importe distribuido se deducirá de la base imponible cuando se trate de rentas incluidas con anterioridad en la base imponible del contribuyente por aplicación del régimen de TFI.

Esta solución permitiría, además, evitar situaciones que podrían llegar a considerarse incompatibles con el Derecho de la UE. Si no existe diferimiento por haberse distribuido los beneficios de la SEC¹²⁰, tampoco debería existir una necesidad de prevenir el fraude o la evasión fiscal que justificara una restricción de las libertades fundamentales de la UE que pudiera habilitar la aplicación de un régimen de TFI.

5.2. Deducción de los impuestos extranjeros satisfechos por la SEC

Con el objetivo de corregir la doble imposición internacional, el régimen de TFI establece la posibilidad de deducir de la cuota líquida del IS o IRPF los impuestos pagados en el extranjero. En lógica coherencia con las disposiciones generales de ambos impuestos, el alcance de la deducción es distinto para los contribuyentes del IS y los del IRPF. En el primer caso, se permite corregir la doble imposición jurídica y económica; mientras que, en el segundo, la corrección se limita a la jurídica.

En ambos casos, la deducción se puede practicar aun cuando los impuestos correspondan a periodos impositivos distintos a aquel en el que se realizó la inclusión y tiene como límite la cuota íntegra que habría correspondido pagar en España por la renta positiva incluida en la base imponible del contribuyente sujeto al régimen de TFI¹²¹.

Es preciso señalar que la norma no permite la deducción de los impuestos satisfechos en países o territorios calificados como paraísos fiscales. Esta limitación no encuentra ninguna justificación técnica, es incoherente con los mecanismos generales aplicables para la eliminación de la doble imposición internacional vigentes en la normativa española y podría llegar a cuestionarse su constitucionalidad.

También es contraria a la regulación de ATAD que obliga a que los EM permitan la deducción del impuesto pagado por la SEC, sin excluir los impuestos pagados en un paraíso fiscal¹²². En la misma línea, en el Informe OCDE, se recomienda que las normas TFI

¹²⁰ Siempre que esta renta quede sujeta a tributación en sede del contribuyente.

¹²¹ Artículos 100.11 b) de la LIS y 94.10 de la LIRPF. En cualquier caso, la doble imposición debería corregirse cuando la SEC sea residente en un Estado que haya concluido con España un CDI por el mecanismo específico del convenio.

¹²² No es claro si esta obligación incluye también la retención en la distribución de dividendos, practicada y satisfecha por la SEC, pero a cargo del contribuyente, lo que permite a algunos autores concluir que ATAD no regula ningún mecanismo para evitar la doble imposición internacional que puede surgir en este supuesto, si bien destaca la intención de la Directiva de evitar la doble imposición. Casadevall (2018) y Groot y Larking (2019).

incorporen disposiciones que garanticen la eliminación de la doble imposición, sin distinguir los impuestos pagados en paraísos fiscales¹²³. En el mismo sentido, también se recomienda corregir la doble imposición internacional en caso de retención sobre los dividendos pagados.

Por tanto, la norma de TFI española debería eliminar la limitación a la deducción de los impuestos satisfechos en paraísos fiscales para ajustarse a la regulación de ATAD.

5.3. Algunas realidades no resueltas por el régimen de TFI

5.3.1. Cambios de residencia fiscal del accionista de la SEC

Los accionistas de la SEC que trasladen su residencia fiscal a España quedarán sujetos a tributación por el régimen de TFI español con efectos desde el periodo impositivo en el que sean considerados residentes en España conforme a la normativa española. En estos casos, se plantean problemas prácticos en la aplicación del régimen de TFI que no encuentran una respuesta clara en nuestra regulación y que, de no resolverse adecuadamente, podrían generar problemas de doble imposición para el accionista.

Por ejemplo, ¿cuál es el tratamiento fiscal en España de los dividendos que se distribuyan por la SEC que procedan de reservas que hubieran quedado sujetas a tributación por un régimen equivalente al de TFI en el país de residencia anterior del accionista?, ¿y de las rentas que se generen con la transmisión de la SEC que procedan de rentas imputadas previamente al contribuyente en régimen de TFI?

Si los beneficios obtenidos por la SEC ya hubieran quedado sujetos a tributación en sede de un contribuyente por la aplicación de un régimen CFC equivalente y análogo al de TFI ya se habría «imputado» en el impuesto personal del accionista esta «renta positiva», sin que el dividendo pudiera quedar sujeto de nuevo a tributación en España¹²⁴. Entendemos que la misma conclusión es aplicable para las rentas generadas con la transmisión de la SEC¹²⁵.

¹²³ En particular, la OCDE considera que conceder un crédito equivalente al impuesto extranjero pagado por la SEC es el mecanismo idóneo para eliminar este tipo de doble imposición. La referencia al impuesto efectivamente pagado garantiza que no se concederá el crédito en los casos en que el impuesto extranjero sea objeto de devolución o de reclamación de reembolso (Informe OCDE, p. 68).

¹²⁴ La norma de TFI española establece que «no se integrarán en la base imponible los dividendos o participaciones en beneficios en la parte que corresponda a la renta positiva que haya sido imputada», y aclara que «una misma renta positiva solo podrá ser objeto de imputación por una sola vez, cualquiera que sea la forma y la entidad en que se manifieste».

¹²⁵ Con base en una interpretación equiparable a la efectuada para los dividendos, pero extrapolada a los artículos 100.12 de la LIS y 91.11 de la LIRPF.

Materialmente, se estarían cumpliendo todas las premisas para que el mecanismo interno de corrección de doble imposición del régimen de TFI resultara plenamente aplicable. Esta solución sería la más coherente con el funcionamiento del régimen español: de haberse aplicado siempre el régimen de TFI español, estos dividendos nunca habrían quedado sujetos a tributación de nuevo en sede del accionista.

Alternativamente, incluso si se llegara a la conclusión de que el dividendo debería incluirse en la base imponible del contribuyente, se debería permitir, en todo caso, la aplicación de los mecanismos para evitar la doble imposición, bien los previstos en el CDI aplicable¹²⁶, bien en la norma interna española.

La movilidad internacional es una realidad cada vez más común. Ello unido a la gran extensión de los regímenes CFC a nivel internacional genera que, en la práctica, cada vez sea más recurrente que los accionistas de una SEC puedan verse inmersos en problemas de este tipo. Cuanto más se consiga armonizar los regímenes de CFC a nivel internacional, más sencillo será solucionar este tipo de problemas. Entretanto, en beneficio de la seguridad jurídica de los contribuyentes españoles, sería conveniente que se aclarara a nivel interno cuál es la respuesta adecuada para eliminar la doble imposición sobre estas rentas.

5.3.2. Cambios de residencia fiscal de la SEC

La incertidumbre y complejidad del régimen de TFI tienen como consecuencia que muchos contribuyentes se planteen reorganizar su estructura, trasladando la residencia de la SEC a España o a jurisdicciones en las que no exista un régimen fiscal privilegiado.

Al margen de las consecuencias fiscales que esta operación pueda generar en sede del accionista de la SEC, estas reorganizaciones plantean posibles situaciones de doble imposición que podrían no resolverse adecuadamente. Se exponen a continuación algunos ejemplos.

Imaginemos que la SEC traslada su residencia y deja de estar sujeta a un régimen fiscal privilegiado. Parece claro que, a partir del ejercicio en el que no se verifique este presupuesto básico, el régimen de TFI no resultará aplicable. Sin embargo, ¿qué ocurrirá cuando se

¹²⁶ Esta conclusión es independiente al debate histórico sobre la posibilidad de aplicar normas de TFI en una situación regulada por un CDI. Los mecanismos para eliminar la doble imposición solo tendrán sentido cuando se apliquen las normas de TFI en una situación regulada por un CDI (y que, por tanto, se genere doble tributación internacional). Por tanto, aunque no entremos a valorar las sucesivas modificaciones de los comentarios al artículo 1 del modelo de convenio de la OCDE en torno a esta cuestión, simplemente aclaramos que la situación de doble imposición solo tiene sentido cuando el resultado del debate permita aplicar las normas de TFI en el ámbito de un CDI.

distribuyan los dividendos con cargo a rentas que han estado sujetas a TFI y estas rentas queden sujetas a retención en la nueva jurisdicción de residencia de la entidad no residente?

Con base en la regla de no integración de dividendos del régimen de TFI (v. epígrafe 5.1 anterior), esta renta no debería incluirse en la base imponible del contribuyente. Ello evitaría la doble imposición interna, pero ¿cómo se corrige la doble imposición internacional provocada por la retención extranjera? La deducción general para evitar la doble imposición prevista en la LIS y en la LIRPF no resultaría aplicable en estos casos, ya que en la base imponible del contribuyente correspondiente al periodo impositivo en que tiene lugar la distribución no se estará integrando renta alguna (precisamente por la aplicación de la regla de no integración del régimen de TFI). En todo caso, entendemos que debería ser aplicable la regla especial de deducción de impuestos extranjeros prevista en el régimen de TFI. Esta parece ser la solución que más se acomoda a la regulación española, que permite practicar esta deducción de impuestos extranjeros devengados en ejercicios distintos a aquel en el que se realizó la inclusión del beneficio.

Como puede observarse, nuestra normativa de TFI no establece reglas específicas que aporten seguridad jurídica a cuestiones de este tipo. En la práctica, las dudas e inconvenientes que plantean las reorganizaciones que buscan evitar que la filial no residente quede sujeta a un régimen fiscal privilegiado desincentivan estas operaciones o las transforman en objetivos imposibles. Esta complejidad choca con el objetivo del propio régimen de TFI, que, en todo caso, debería fomentar el retorno de activos españoles deslocalizados en el extranjero o, al menos, su tributación bajo regímenes fiscales no privilegiados.

6. Conclusiones

Desde su introducción en la normativa española en los años noventa, el régimen de TFI ha cumplido una función principalmente disuasoria y, salvo por las excepciones analizadas a lo largo de este artículo, no ha experimentado modificaciones sustanciales desde su aprobación original. Además, su escasa aplicación práctica ha resultado en la ausencia de pronunciamientos administrativos o jurisprudenciales relevantes sobre la materia que puedan servir como guía para una adecuada aplicación de este régimen.

A todo ello hay que añadir que, a lo largo de los años, el TJUE ha desarrollado una jurisprudencia aplicable a los regímenes CFC europeos que también resultaría trasladable a la normativa española. Asimismo, la OCDE ha impulsado el análisis internacional de los regímenes CFC proponiendo recomendaciones concretas a los Estados y señalando varios puntos de mejora.

Como resultado de lo anterior, en determinados aspectos, las reglas originales del régimen de TFI habrían quedado obsoletas e insuficientes y sería recomendable que se actua-

lizaran para garantizar su aplicación efectiva y una mejora de la seguridad jurídica de los contribuyentes. Con este fin, se resumen a continuación algunas propuestas que podrían ayudar a alcanzar estos objetivos:

- a) A efectos del requisito de control sobre la SEC, el régimen debería introducir una cláusula de control *de facto* sobre la SEC. Este filtro debería operar (i) de manera acumulada al «test de control objetivo» en los supuestos en los que existan sobre el control material del contribuyente sobre la SEC y (ii) con carácter alternativo al «test de control objetivo», cuando este resulte insuficiente.

De este modo, la aplicación del régimen de TFI quedaría restringida a los supuestos en los que el contribuyente adoptara las decisiones relevantes respecto a la SEC que pudieran resultar en una erosión de bases imponibles españolas.

- b) Con el fin de alcanzar una conclusión satisfactoria sobre la tributación efectiva que soporta la SEC y el mecanismo adecuado para calcular la renta imputable al contribuyente, sería recomendable: (i) incluir una lista blanca de jurisdicciones o de regímenes fiscales excluidos de la aplicación del régimen de TFI y (ii) aclarar qué ajustes de la normativa del IS deben tenerse en cuenta para determinar si la SEC disfruta de un régimen fiscal privilegiado y calcular el importe de renta atribuible al contribuyente por este régimen. En tal aclaración, el legislador debería aprovechar para armonizar los criterios de cálculo utilizados para estimar la tributación efectiva de la SEC y los que, posteriormente, deban aplicarse en la determinación de la renta imputable al contribuyente.

Esta modificación debería estar enfocada a que el régimen de TFI se centrara en los supuestos en los que se produce realmente una erosión de bases imponibles españolas, dejando al margen meros ajustes temporales o requisitos formales. Así, se podría lograr una mejora en la seguridad jurídica del contribuyente y una aplicación más equitativa y precisa del régimen de TFI con sus objetivos.

- c) La imputación de rentas procedentes de sociedades instrumentales debería restringirse a situaciones de abuso. A este fin, se propone bien su eliminación (las situaciones que la norma pretende combatir ya tendrían respuesta en los mecanismos antiabuso generales) o su reconfiguración para que su aplicación quede expresamente limitada a supuestos de abuso, en línea con la regulación de ATAD.
- d) La Cláusula de Escape UE en su redacción actual resultaría incompatible con la libertad de establecimiento y con la libertad de movimiento de capitales y debería ajustarse a lo exigido por el TJUE. Para ello, propondríamos: (i) la inclusión de una cláusula de escape UE que resulte aplicable, sin limitaciones específicas, para las SEC establecidas en el EEE y (iii) la introducción de una cláusula de escape para las rentas pasivas obtenidas por las SEC no establecidas en el EEE

que condicione la aplicación del régimen de TFI español a la existencia de motivos económicos válidos.

- e) La plena corrección de la doble imposición cuando el régimen de TFI resulte aplicable debería ser prioritario. Además de ajustar aquellas disfunciones que puedan plantearse en situaciones concretas, la norma de TFI no debería resultar aplicable cuando los beneficios obtenidos por la SEC se distribuyan a sus accionistas en el ejercicio de su obtención ya que, en estos casos, no existiría el diferimiento de rentas o la ventaja fiscal combatida por el régimen.

El legislador debería aprovechar la transposición de ATAD para introducir estas mejoras y, cualquier otra, que permitiera una aplicación del régimen de TFI alineada con sus objetivos, las recomendaciones de la OCDE y las exigencias del Derecho de la UE.

Referencias bibliográficas

- Almudí Cid, J. M. (2009). Régimen Especial de Transparencia Fiscal Internacional. En J. Galán Ruiz, M. Gutiérrez Lousa (Coord.), *El impuesto sobre la renta de las personas físicas* (pp. 953-1.021). Civitas.
- Arnold, B. J. (2019). The Evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and Beyond. *Bulletin for International Taxation 2019, volumen 73, núm. 12*. Journal Articles & Papers IBFD.
- Calderón Carrero, J. M. (2015). Revisitando la Transparencia Fiscal Internacional al hilo de la sentencia del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio en el caso Olsen. *Quincena Fiscal, 1*.
- Casadevall, J. J. (2018). La transparencia fiscal internacional en la Unión Europea. *Quincena Fiscal, 15-16*.
- Concha Carballido, C. y Sánchez Mercader, M. M. (2017). Acción 3: diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces. En Garrigues, *Plan de Acción BEPS: una reflexión obligada* (pp. 65-93). Fundación Impuestos y Competitividad.
- Cruz Padiel, I. (2017). Transparencia fiscal internacional: una realidad inacabada. *Crónica Tributaria, 166, 71-106*.
- Danon, R. J. (2018). Chapter 10: EU Fiscal Protectionism versus Free Movement of Capital: The Case of the ATAD CFC Categorical Model in European Tax Integration: Law, Policy and Politics. En P. Pistone (Ed.), *European Tax Integration: Law, Policy and Politics*. Books IBFD.
- Ferrer, C. e Irazusta, P. (2018). The Application of Spanish CFC Rules to Investments in EU Alternative Funds: Current Over-

- view and the Impact of the ATAD Directive. *Derivatives & Financial Instruments 2018, volumen 20, núm. 2*. Journal Articles & Papers IBFD.
- Ferrer Vidal, D. (2017). Operaciones vinculadas y Transparencia fiscal internacional (TFI): Análisis de su compatibilidad. Efectos de los ajustes (primario, bilateral y secundario) en escenarios de TFI. *Revista española de Derecho Financiero*, 174.
- García Torres, M. J. (2019). «Motivos económicos válidos» como concepto de referencia en el Impuesto sobre Sociedades. *Quincena Fiscal*, 17.
- Groot, I. y Larking, B. (2019). Implementation of Controlled Foreign Company Rules under the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164). *European Taxation 2019, Volumen 59, núm. 6*. Journal Articles & Papers IBFD.
- Helminen, M. (2019). *EU Tax Law Direct Taxation*. Amsterdam: IBFD.
- Holmes, K. J. (2020). *New Zealand - Corporate Taxation sec. 10*. Country Tax Guides IBFD.
- IBFD. (2019). *BEPS Country Monitor*. Tables IBFD. <https://research.ibfd.org/#/> [consultado el 15 de marzo de 2020].
- Marín Benítez, G. (2019). The European Union, the State Competence in Tax Matters and Abuse of the EU Freedoms. En J. M. Almuñí Cid; J. A. Ferreras Gutiérrez, P. A. Hernández González-Barreda (Eds.), *Combating Tax Avoidance in the EU. Harmonization and Cooperation in Direct Taxation*. AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- OCDE. (2016). *Diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces, Acción 3 - Informe final 2015*. Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Ediciones OCDE. Paris, p. 24. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264267091-es> [consultado el 1 de abril de 2020].
- OCDE. (2019a). *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS*. OECD. Paris. <http://www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm> [consultado el 1 de abril de 2020].
- OCDE. (2019b). *Public consultation document Global Anti-Base Erosion Proposal («GloBE») - Pillar Two 8 November 2019 – 2 December 2019*. <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two.pdf.pdf> [consultado el 1 de abril de 2020].
- OCDE. (2020). *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing. Paris. <https://doi.org/10.1787/beba0634-en> [consultado el 1 de diciembre de 2020].
- Sanz Gadea, E. (1996). *Transparencia Fiscal Internacional*. (1.ª ed.). Centro de Estudios Financieros.
- Sanz Gadea, E. (2005). *Medidas Antielusión Fiscal*. Instituto de Estudios Fiscales.
- Sanz Gadea, E. (2007). *Transparencia Fiscal Internacional*. En T. Cordón Ezquerro (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, volumen II. (3.ª edición) (revisada y ampliada) (pp. 1.693-1.739). Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.
- Smit, D. S. (2014). Substance Requirements for Entities Located in a Harmful Tax Jurisdiction under CFC Rules and the EU Freedom of Establishment. *Derivatives &*



Financial Instruments 2014, volumen 16, núm. 6. Journal Articles & Papers IBFD.

Subías Millaruelo, M. T. (2002). Análisis de la imputación de rentas en transparencia fiscal internacional. En M. Pont Mestres y J. Pont Clemente (Coord.), *Estudios de Fis-*

calidad Empresarial (pp. 233-260). Escola Universitària d'Estudis Empresarials.

Torres Diz, C. J. (2012). *Comentarios en torno a la transparencia fiscal internacional. Carta Tributaria – Monografías* (n.º 11-12 Junio 2012). CISS.



La Reforma Fiscal Global derivada del Proyecto OCDE/G20 BEPS 2.0: el «Blueprint» del Pilar 1

José Manuel Calderón Carrero

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.

Universidad de A Coruña

jose.calderon@udc.es | <https://orcid.org/0000-0001-7973-2869>

Extracto

Este trabajo analiza el estado actual de desarrollo del denominado Pilar 1 del Proyecto OCDE/G20 *Inclusive Framework on BEPS* referido a la adaptación del sistema de fiscalidad internacional a los desafíos de la digitalización de la economía. Por una parte, se examina el *Blueprint on Pillar One* publicado por la OCDE en octubre de 2020, que contiene los elementos técnicos estructurales de las medidas del Pilar 1 que podrían determinar una reforma estructural del sistema fiscal internacional, a efectos de articular la primera fase de este complejo proceso de adaptación del sistema de fiscalidad internacional a la economía digital. La segunda parte de este estudio trata de aportar una serie de reflexiones de fondo sobre el proceso de transformación del sistema de fiscalidad internacional derivado de los Proyectos OCDE/G20 BEPS 1.0 & 2.0, considerando en particular los factores que están propiciando tal transformación, las potenciales implicaciones de las medidas que se están proponiendo en este contexto (*Inclusive Framework on BEPS*), y la propia dirección de las tendencias que pueden determinar la evolución del modelo de imposición del beneficio de las grandes empresas.

Palabras clave: impuesto sobre sociedades; fiscalidad internacional; economía digitalizada; estándares fiscales internacionales; unilateralismo fiscal; globalización.

Fecha de entrada: 15-12-2020 / Fecha de aceptación: 11-01-2021 / Fecha de revisión: 12-02-2021

Cómo citar: Calderón Carrero, J. M. (2021). La Reforma Fiscal Global derivada del Proyecto OCDE/G20 BEPS 2.0: el «Blueprint» del Pilar 1. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 456, 53-100.





The Global Tax Reform resulting from the OECD/G20 BEPS 2.0 Initiative: the Pillar 1 Blueprint

José Manuel Calderón Carrero

Abstract

This paper analyzes the current state of development of the so-called Pillar 1 of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS Project, referring to the adaptation of the international tax system to the challenges of the digitalization of the economy. On the one hand, the «Blueprint on Pillar One» published by the OECD in October 2020 is examined, which contains the technical structural elements of the Pillar 1 measures that could determine a structural reform of the international tax system, in order to articulate the first phase of this complex process of adapting the international tax system to the digital economy. The second part of this study tries to provide a series of in-depth reflections on the transformation process of the international tax system derived from the OECD/G20 BEPS 1.0 & 2.0 Initiatives, considering in particular the factors that are promoting such transformation, the potential implications of the measures that are being proposed in this context, and the very direction of the trends that can determine the evolution of the model for the taxation of profits of large companies.

Keywords: corporate income tax; international taxation; digital economy; international tax standards; fiscal unilateralism; globalization.

Citation: Calderón Carrero, J. M. (2021). La Reforma Fiscal Global derivada del Proyecto OCDE/G20 BEPS 2.0: el «Blueprint» del Pilar 1. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 456, 53-100.





Sumario

1. Introducción
2. Resumen ejecutivo del *Pillar One Blueprint*
3. Desarrollo de los elementos esenciales del *Blueprint* del Pilar 1
 - 3.1. El nuevo derecho de gravamen de las jurisdicciones mercado (*Amount A*)
 - 3.2. El retorno de beneficios fijo para actividades de marketing y distribución referenciadas (*Amount B*)
 - 3.3. Procedimientos de protección y mejora de la seguridad jurídica
 - 3.4. La implementación y administración de las medidas del Pilar 1
4. Algunas reflexiones sobre la configuración e implicaciones de la reforma del sistema de fiscalidad internacional derivadas del *Blueprint* del Pilar 1

Referencias bibliográficas

Bibliografía

Nota: Este estudio se ha realizado en el marco del Grupo de Referencia Competitiva ED431C2020/25, sobre Derecho Público Global.

1. Introducción

A través de este trabajo exponemos de forma básica el estado actual de desarrollo técnico del denominado Pilar 1 del Proyecto *OCDE/G20 Inclusive Framework on BEPS* referido a la adaptación del sistema de fiscalidad internacional a los desafíos de la digitalización de la economía¹.

El *Steering Group of the Inclusive Framework on BEPS (BEPS Steering Group)* durante los últimos meses ha ido desarrollando los aspectos técnicos de los diferentes bloques temáticos identificados en el documento aprobado por el *OECD/G20 BEPS Inclusive Framework* en enero de 2020: «*Outline of the Architecture of a Unified Approach on Pillar One*» (*Outline*) (OCDE, 2020a).

El resultado de los trabajos de desarrollo técnico realizados por el *BEPS Steering Group* a partir de tal marco básico del *Unified approach*, descrito en el referido *Outline* viene dado por el *Pillar One Blueprint*, aprobado por el *Inclusive Framework* (137 países) en su reunión de 8-9 de octubre de 2020 (OCDE/G20 Inclusive Framework on BEPS, 2020; OCDE/G20, 2020 –**Blueprint Pillar 1**–), en línea con el propio acuerdo alcanzado por los ministros de Finanzas del G20 en su reunión de 18 de julio 2020, donde se destacó la necesidad de seguir trabajando en una solución consensuada a nivel global sobre esta materia, instando al *BEPS Inclusive Framework* a presentar a tal efecto los *Blueprints* de los Pilares 1 y 2 para su consideración por el G20 en su reunión de octubre 2020.

El documento que es objeto de este estudio viene dado por el *Blueprint on Pillar One* en su versión de 8-9 de octubre 2020. El referido documento OCDE constituye un *work in progress*, dado que, por un lado, tan solo refleja un desarrollo técnico básico y, además, un cierto número de elementos estructurales de las medidas del Pilar 1 todavía están pendientes de que se alcance un acuerdo político sobre su configuración final; por otro lado, los *Blueprints* de los Pilares 1 y 2 han sido objeto de una consulta pública realizada los días

¹ *Vid.*: OECD Secretary-General (2020), donde se recoge toda la documentación oficial sobre los avances referidos a los Pilares 1 y 2.

14-15 de enero de 2021², con el objetivo de que el *BEPS Inclusive Framework (BEPS IF)* recibiera de forma más ordenada el *input* del sector privado y así disponer de más datos e información para afrontar la ronda final de negociaciones dirigida a alcanzar una solución de consenso sobre la configuración del marco completo y final de los Pilares 1 y 2 de BEPS 2.0, que podrían determinar una reforma estructural del sistema fiscal internacional y el desmantelamiento de las medidas unilaterales que algunos países han puesto en marcha durante los últimos años como solución interina o provisional para gravar determinados modelos de negocios digitales.

Considerando la difícil situación generada a nivel global por la pandemia, así como las interferencias derivadas del proceso y campaña electoral para la elección de presidente de los EE. UU. a efectos de avanzar en las negociaciones del acuerdo multilateral para una solución global para reformar el sistema de fiscalidad internacional, se ha optado por acordar un aplazamiento de las negociaciones finales para la adopción de tal acuerdo o «solución global» hasta mediados del año 2021 (OCDE/G20 Inclusive Framework on BEPS, October 2020, p. 3; Blueprint Pillar 1, p. 9).

La primera parte de este estudio está dedicada a explicar los ejes y principales elementos que conforman el modelo técnico y medidas a través de las que se pretende articular esta primera fase de la adaptación del sistema de fiscalidad internacional a la economía digital; es decir, se trataría de explicar el *Blueprint* del Pilar 1. La segunda parte intenta aportar una serie de reflexiones de fondo sobre el proceso de transformación del sistema de fiscalidad internacional derivado de los Proyectos OCDE/G20 BEPS 1.0 & 2.0, considerando en particular los factores que están propiciando tal transformación, las potenciales implicaciones de las medidas que se están proponiendo en este contexto (*Inclusive Framework on BEPS*), y la propia dirección de las tendencias que pueden determinar la evolución del modelo de imposición del beneficio empresarial de las grandes corporaciones.

² Las principales propuestas y observaciones formuladas en el marco de tal proceso de consulta se refieren a las siguientes cuestiones: a) la necesidad de simplificar determinados elementos esenciales de los Pilares 1 y 2; en particular, resulta bastante recurrente la propuesta de eliminar la segmentación de actividades sobre las que se construye la *Amount A*, toda vez que resulta muy compleja de aplicar y puede determinar una asignación arbitraria del coste de estabilización del sistema; en este sentido, se pone en valor la propuesta alemana de 2020 consistente en eliminar la segmentación y evolucionar hacia un modelo de *scoping* cuantitativo y no cualitativo como el actual, en el sentido de que solo las grandes empresas que cumplieran determinados umbrales cuantitativos en términos de cifra global de ingresos y de beneficio residual (a partir de ratios de rentabilidad por empleado y retorno sobre activos tangibles) estarían sujetas a las reglas de reasignación de una parte de su beneficio residual a las jurisdicciones mercado; b) la conveniencia de mejorar la coordinación entre las reglas de la *Amount A* y la *Amount B*; y c) propuestas de reforzamiento de la seguridad jurídica en la aplicación de las reglas del sistema derivado del Pilar 1 en conexión con el sistema tradicional; se insiste en particular en la articulación de mecanismos de arbitraje obligatorio vinculante para garantizar la eliminación de la doble imposición que puede generarse por diferencias de aplicación del sistema entre las distintas administraciones tributarias. *Vid.*: Finley (2021, January), Johnston (2021, January), Ali (2021, January), Graetz (2021) y Gottlieb y Ali (2021, January).

2. Resumen ejecutivo del *Pillar One Blueprint*

El *Blueprint* sobre el Pilar 1 refleja el consenso alcanzado hasta la fecha sobre la arquitectura fundamental del *Unified approach* que trata de articular una solución de consenso global a la adaptación del sistema de fiscalidad internacional a la economía globalizada. No obstante, tal y como adelantamos, el texto del *Blueprint* destaca que quedan todavía una serie de temas, tanto técnicos como políticos, que están pendientes de consensuar, de manera que el *Blueprint* no representa un marco completo o totalmente terminado, con todo lo que ello conlleva a efectos de determinar sus impactos fiscales y de política tributaria.

El Pilar 1 se centra en la revisión de las reglas de nexo y de imputación de beneficios para garantizar que, en un contexto de alta globalización y digitalización de la economía, la atribución de poder tributario a las distintas jurisdicciones no pivota exclusivamente sobre un criterio de «presencia física». Tal adaptación del sistema de fiscalidad internacional a la transformación de la economía y los modelos de negocios altamente digitalizados requiere «revisar» las tradicionales nociones de establecimiento permanente (EP) y el principio de plena competencia; tal adaptación debe realizarse a través de una cooperación fiscal multilateral que permita articular una solución de consenso global que aporte seguridad jurídica y limite conflictos fiscales y doble imposición.

Existe acuerdo entre los miembros del *BEPS IF* a la hora de reconocer la dificultad de compartimentalizar la economía digital, lo cual conduce a configurar una solución más general en relación con la adaptación del sistema fiscal internacional. Igualmente, hay consenso en que tal solución debe construirse a partir de una serie de principios fiscales: tributación de beneficio neto, practicabilidad, simplificación, seguridad jurídica, entre otros.

Como ya hemos avanzado, el *Blueprint* sobre el Pilar 1 desarrolla los bloques temáticos del *unified approach* consensuado en el *Outline* de enero 2020, pero deja importantes cuestiones técnicas y políticas pendientes de resolver.

La adaptación del sistema de fiscalidad internacional que articula el Pilar 1 a través del *Unified Approach*, trascendiendo pero sin dismantelar las actuales reglas de fiscalidad internacional sobre nexo y *profit allocation* (el concepto de EP del Modelo de Convenio de la OCDE –MC OCDE– y el estándar internacional de plena competencia), tiene como objetivo expandir los derechos de gravamen (o el poder tributario) de las «jurisdicciones mercado» (*market jurisdictions*) que son aquellas donde un grupo multinacional (MNE) vende sus productos o servicios o, en el caso de negocios altamente digitalizados, presta servicios a usuarios o solicita o recoge datos o contribuciones de contenido de los mismos (*users*). Tal expansión de los derechos de gravamen se circunscribe a aquellos casos donde concurre una activa y sostenida participación de una empresa o negocio en la economía de una jurisdicción (mercado) a través de actividades en la misma o dirigidas en remoto a tal jurisdicción. La solución del Pilar 1 comprende igualmente nuevos mecanismos de prevención y resolución de controversias destinados a que la aplicación de las nuevas reglas se

realice con un nivel de seguridad jurídica adecuado. En esta misma línea, la solución global pretende lograr en última instancia un enfoque coordinado a nivel multilateral que determine la retirada de medidas unilaterales relativas al gravamen de negocios altamente digitalizados (v. gr., impuestos sobre servicios digitales o DST); no obstante, no se ha alcanzado acuerdo alguno en esta fase sobre qué medidas unilaterales resultarían afectadas, cuándo se desmantelarían y en qué términos; lógicamente tal falta de acuerdo alcanza igualmente a la retirada de las «contramedidas retaliatorias» por parte de EE. UU. (v. gr. utilización de la política arancelaria o *customs tariffs* como contramedida frente a impuestos sobre servicios digitales calificados como discriminatorios por la Administración americana).

Los elementos esenciales del Pilar 1 en los términos recogidos en el *Blueprint* pueden ser agrupados en tres bloques:

- a) Un nuevo derecho de imposición de las jurisdicciones mercado sobre una parte del beneficio residual calculado a nivel de grupo MNE (o segmento de negocio): la denominada *Amount A*.
- b) Un retorno fijo para ciertas actividades de distribución y marketing de referencia (*baseline marketing & distribution activities*), realizadas físicamente en una jurisdicción, de acuerdo con el estándar de plena competencia: la denominada *Amount B*.
- c) Procedimientos para reforzar la seguridad jurídica a través de mecanismos efectivos de prevención y resolución de los desacuerdos que puedan surgir sobre la imputación de beneficios a las jurisdicciones mercado.

Estos tres grupos de elementos esenciales se desarrollan técnicamente a través de una serie de once «*building blocks*».

El *Blueprint* del Pilar 1 se refiere expresamente a una serie de cuestiones o áreas, que no están completamente desarrolladas al estar pendientes de la adopción de decisiones políticas, entre las que se destacan las siguientes:

- **Ámbito de aplicación (scope).** El *Blueprint* Pilar 1 delimita el ámbito de aplicación del nuevo derecho de gravamen a favor de las jurisdicciones mercado a partir de dos elementos; por un lado, un test de actividad, y, por otro, un umbral cuantitativo. En relación con este último, se maneja un doble umbral que combinaría una cifra de ingresos brutos del grupo que superase 750 millones de euros (umbral CbC R como *global revenue test*), y un determinado umbral de ingresos (*in-scope*) obtenidos en el extranjero por el grupo MNE (*de minimis foreign in-scope revenue test*) cuya cuantía no se ha fijado todavía; la idea subyacente en el doble umbral cuantitativo pasa por limitar la aplicación del nuevo derecho de gravamen a MNE de un cierto tamaño y actividad que compense los costes de control y cumplimiento del mecanismo *Amount A* (*Blueprint* Pillar 1, 2020, pp. 61-64). La

definición del *activity test* pretende capturar únicamente a grupos MNE que participen de forma activa y sostenida en la vida económica de una jurisdicción mercado, sin necesidad de haber articulado una presencia gravable en la misma de acuerdo con el marco fiscal tradicional (pre-BEPS 2.0); al mismo tiempo, el test de actividad comprendería los nuevos modelos de negocio digitales que pueden operar de forma remota. A este respecto, se identifican dos grandes categorías de actividades que quedarían sujetas al nuevo derecho de gravamen creado por el Pilar 1 (*activity test*), a saber: a) los *Automated Digital Services* (ADS), y b) los *Consumer Facing Business* (CFB). El ámbito de aplicación de la *Amount A*, de acuerdo con el test de actividad, comprendería estas dos grandes categorías de negocios o líneas de actividad en el marco de grupos MNE:

- ***Automated Digital Services/ADS***. Este tipo de negocios/actividades se delimitan a través de una definición general que pivota sobre los elementos de automatización y digitalización, y dos listas (una positiva y otra negativa), apareciendo incluidos (*in-scope*) entre otros los siguientes modelos de negocio/actividad: *online advertising services, sale of user data, online search engines, social media platforms, online intermediation platforms, cloud computing services*³, *online gaming*. La utilización de una definición general y dos listas pretende dotar de seguridad jurídica a la hora de determinar la posición de los grupos MNE, de manera que la no inclusión de una actividad en la lista positiva, pero sí en la negativa contribuye a generar certeza jurídica; igualmente, la definición general permite superar las limitaciones de las referidas listas evitando que el surgimiento de nuevos modelos de ADS queden fuera del ámbito de aplicación de este mecanismo. Cabe observar que la lista positiva de ADS supera el ámbito de aplicación objetivo de los *Digital Service Taxes* (DST). Igualmente, resulta reseñable la necesidad de articular reglas específicas para *bundle transactions*, a efectos de poder identificar los elementos que estarían dentro y fuera del ámbito de aplicación del mecanismo (*Amount A*) (Blueprint Pillar 1, 2020, paras. 48 y ss.).
- ***Consumer Facing Business/CFB***. Esta categoría de negocios está definida de forma muy amplia, refiriéndose a aquellos que comúnmente obtienen sus ingresos de la venta de bienes y servicios a consumidores finales; la inclusión de este tipo de negocios en el ámbito de aplicación del nuevo derecho de gravamen se justifica considerando cómo también pueden participar de forma activa y sostenida en la vida económica de las jurisdicciones mercado, entendiéndose que, al igual que los negocios ADS, se benefician de la interacción con los consumidores y usuarios del mercado a través de la

³ Nótese que los *customized cloud services* estarían excluidos del ámbito de aplicación del ADS (Blueprint Pillar 1, 2020, pp. 32-33). *Vid.*: Corwin *et alter* (2020, p. 3).

tecnología y la digitalización económica, lo cual justificaría el gravamen de una parte del beneficio residual por parte de las jurisdicciones mercado. También se argumenta que algunos CFB operan a través de plataformas digitales por medio de las que comercializan productos propios y de terceros, de manera que, en ocasiones, pueden intermediar operando como ADS; dependiendo del caso, la actividad puede ser calificada como ADS o CFB, lo cual no resulta neutral desde la perspectiva de la *Amount A* (Blueprint Pilar 1, 2020, para. 32). Los negocios/actividades CFB se refieren a la venta (cesión, licencia, *leasing*) de bienes o servicios B2C, donde la MNE opera como **propietaria** de los bienes o servicios y tenedor de los intangibles relacionados con los mismos, o bien como **retailer** que se relaciona con el consumidor final. Las franquicias y los franquiciados o licenciarios que comercializan bienes o servicios directamente (o indirectamente) con los consumidores estarían cubiertos por esta categoría de CFB, en tanto que fabricantes y vendedores al por mayor y distribuidores que no se relacionan directamente con los consumidores quedarían excluidos de la misma. En todo caso la calificación de un negocio o segmento/línea de negocio como ADS o CFB podrá verificarse en el marco de los procedimientos de *early tax certainty* que formarán parte del marco regulatorio del Pilar 1. El *Blueprint* dedica, a su vez, comentarios específicos a una serie de sectores y modelos que plantean cuestiones particulares (industria farmacéutica, franquicias, licencias, bienes y servicios de doble uso como vehículos, ordenadores, y productos intermedios y componentes de doble uso como neumáticos o baterías), partiendo de su consideración como *CFBs in-scope* total o parcialmente (Blueprint Pilar 1, 2020, pp. 40 y ss.).

El *Blueprint* del Pilar 1 advierte, no obstante, que todavía no se ha alcanzado un acuerdo en el marco del BEPS IF sobre el ámbito objetivo de la *Amount A*, de manera que se barajan distintas alternativas que van desde una articulación gradual en varias fases que priorizaría la aplicación en primer lugar a los ADS y con posterioridad su extensión CFB, hasta la viabilidad de la aplicación de todo el paquete del Pilar 1 como opcional como *safe harbour* al que podrían acogerse voluntariamente las MNE (propuesta del Departamento del Tesoro EE. UU. 2020) (Blueprint Pilar 1, 2020, p. 60); nótese cómo la propuesta americana que configura la *Amount A* como un *safe harbour*, además de que resulta difícilmente aceptable para los demás países, podría propiciar la expansión de medidas unilaterales como «impuestos sobre servicios digitales» (DST) por parte de los diferentes países.

- **Exclusiones de determinados sectores e industrias del ámbito de aplicación del nuevo derecho de gravamen (*carve-out*).** El *Blueprint* recoge una exclusión general o básica de sectores económicos e industriales del ámbito de aplicación de la *Amount A* atendiendo a **razones de política fiscal** relacionadas con los objetivos del Pilar 1 y considerando cómo muchos

de estos sectores están «regulados» y cómo la propia forma de realizar negocios determina un considerable nivel de tributación a nivel local/mercado:

- a) Recursos naturales (actividades extractivas, forestales, agrícolas, pesqueras) y energías renovables.
 - b) Servicios financieros (negocio bancario y asegurador, negocio de gestión de activos)⁴.
 - c) Construcción de infraestructuras, venta y arrendamiento de propiedad residencial⁵.
 - d) Transporte aéreo y marítimo internacional.
- **Cuantía del beneficio objeto de reasignación (*quantum*)**. El acuerdo sobre la parte o cuantía del beneficio residual (del grupo MNE) que sería eventualmente reasignada con arreglo al nuevo derecho de imposición, que depende de la determinación de diferentes umbrales y porcentajes a los efectos del ámbito de aplicación, nexo e imputación de beneficios (la fórmula), está condicionada a la decisión sobre el ámbito de aplicación del Pilar 1 (*scope issue*). A su vez, algunos miembros del *BEPS IF* consideran que, más allá del beneficio residual, una parte del beneficio rutinario debería ser también asignado a las jurisdicciones mercado en caso actividades remotas de marketing y distribución a través de medios digitales. Todavía no se ha alcanzado un acuerdo en el marco del *BEPS IF* a este respecto.
 - **Mecanismos de seguridad jurídica**. Existen diferencias entre los distintos países sobre los mecanismos a instrumentar para lograr la prevención y resolución de controversias que pueden surgir en la aplicación de la solución global del Pilar 1; particularmente, algunos países en desarrollo rechazan el arbitraje obligatorio y vinculante invocando razones de soberanía fiscal. La decisión sobre estos mecanismos se consensuará en el marco de un acuerdo más global que refleje el equilibrio entre los distintos temas que deben pactarse entre los distintos países miembros del *BEPS IF*.
 - **Alcance de la cantidad B (*scope of Amount B*)**. Algunos países se han mostrado partidarios de extender la solución referida a la cantidad B (beneficio rutinario de actividades de marketing y distribución) a otras actividades. Otros países re-

⁴ Las actividades de Fintech no reguladas podrían no quedar cubiertas por el *carve-out*.

⁵ La exclusión no comprende a intermediarios que obtienen comisiones por servicios de intermediación en el alquiler o venta de los inmuebles o plataformas *online* de intermediación sobre la cesión de los mismos. Otro tipo de negocios relacionados con el funcionamiento de infraestructuras (generación y distribución de electricidad, gas y agua, telecomunicaciones, gestión de puertos, aeropuertos y carreteras y transporte público) podrían quedar igualmente comprendidos en el *carve-out*, pero tal cuestión todavía no se ha analizado en detalle (Blueprint Pillar 1, 2020, p. 58).

claman medidas de simplificación para facilitar la aplicación de la cantidad B. Al igual que en los puntos anteriores, todavía no se ha alcanzado una posición de consenso entre los países miembros del *BEPS IF*.

3. Desarrollo de los elementos esenciales del *Blueprint* del Pilar 1

3.1. El nuevo derecho de gravamen de las jurisdicciones mercado (*Amount A*)

Los principales elementos del nuevo derecho de gravamen vendrían a ser los siguientes:

- a) **Global Revenue test & de minimis foreign in-scope revenue test.** Las reglas del nuevo derecho de gravamen aplicarían en función de la concurrencia de un umbral de ingresos brutos global (consolidado) del grupo MNE, complementado con una regla de exclusión basada en un umbral mínimo de ingresos de fuente extranjera cubierta (**de minimis foreign in-scope revenue**). De cara a evitar que las administraciones experimentaran serias dificultades para aplicar el mecanismo del Pilar 1 se considera que los referidos umbrales podrían fijarse de forma gradual, de manera que inicialmente fueran más altos y con el paso del tiempo fueran reduciéndose. Otra opción que se contempla es fijar los umbrales atendiendo a ingresos cubiertos y no ingresos brutos globales del grupo MNE. Se trataría, por tanto, de que durante los primeros años el nuevo derecho de imposición se aplicara sobre un número muy reducido de MNE (< 2.000), a efectos de permitir que tanto las empresas como las administraciones obtuvieran la experiencia práctica suficiente para extender o generalizar la aplicación del Pilar 1. No obstante, todavía no se ha alcanzado un acuerdo a este respecto.
- b) **Ámbito de aplicación de las reglas del Pilar 1 (*Amount A*).** Como ya hemos indicado más arriba, las reglas de reasignación del beneficio residual de grupos MNE que superaran los umbrales cuantitativos que se establezcan comprendería tanto los negocios/actividades ADS como los CFB, evitando así el *ring-fencing* de los negocios altamente digitalizados, e incluyendo a todos los negocios que pueden desarrollar interacciones activas y sostenidas con clientes finales y usuarios en una jurisdicción mercado.
- c) **Reglas de nexos (*Blueprint Pillar 1, 2020, pp. 65 y ss.*).** El *Blueprint* del Pilar 1 incluye en su capítulo 3 la utilización de una nueva regla de nexos para identificar a las jurisdicciones mercado elegibles para beneficiarse de la *Amount A*. A efectos de delimitar las nuevas reglas de nexos se busca un equilibrio entre los costes de cumplimiento y el diferente tamaño de los distintos mercados. El uso de las nuevas

reglas de nexo para identificar las jurisdicciones mercado beneficiarias del nuevo derecho de gravamen (*Amount A*) viene reforzado y complementado por **detalladas revenue sourcing rules** (recogidas en el capítulo 4) que permiten conectar las ventas de bienes o servicios de las distintas subcategorías de ADS/CFB con una jurisdicción mercado. El *Blueprint (2020)* contiene *sourcing-rules* distintas para los dos tipos de negocios *in-scope* (ADS⁶ & CFB)⁷ y su funcionalidad se limita al establecimiento de una conexión o nexo entre el grupo MNE y la jurisdicción mercado a efectos de la reasignación de una parte del beneficio residual (*in-scope*) de tal grupo; resulta destacable que tales reglas no poseen efectos fiscales más allá de tal funcionalidad en el contexto de la regulación de la *Amount A*, y operan de forma paralela a las reglas de los convenios de doble imposición (CDI); de esta manera, las reglas de *sourcing* del Pilar 1 (y en general la reasignación del beneficio residual) no poseen consecuencias en relación con otros impuestos (aduanas, IVA, etc.) o en un ámbito no tributario (*Blueprint Pillar 1, 2020*, para. 189). Otra cuestión que merece ponerse de relieve pasa por la posibilidad de que en el caso de los CFB se articule una regla de nexo que determine un umbral de conexión territorial más sustantiva o cualificada, considerando cómo la posibilidad de que estos negocios realicen actividades puramente remotas en la jurisdicción mercado es menos pronunciada que en el caso de los ADS. En este sentido, se ha planteado que en el caso de los CFB, junto al criterio de las ventas en mercado (con un umbral cuantitativo potencialmente superior al utilizado en relación con ADS), se exijan *plus factors*, como la existencia de una filial o de un EP del grupo (*new PE group-test*) en el territorio de la jurisdicción mercado, que representen o posean una conexión territorial con las operaciones de venta remota de bienes y servicios (*Blueprint Pillar 1, 2020*, paras. 191 y ss., y paras. 205 y ss.). También se está valorando establecer un umbral de ventas en mercado más bajo para determinados países en desarrollo por debajo de un determinado nivel de producto interior

⁶ El *Blueprint Pillar 1 (2020)*, pp. 73 y ss.) contiene las reglas específicas de *sourcing* referidas a las distintas operaciones comprendidas en el ámbito de negocios ADS. Los indicadores que establecen la conexión de las operaciones de los negocios ADS con el mercado se articulan utilizando una serie de elementos: datos de geolocalización, direcciones IP e VPN, información del perfil del usuario, dirección de facturación o pago, entre otras.

⁷ Las *sourcing rules* referidas a CFB atienden a la jurisdicción de entrega final de los bienes al consumidor, teniendo en cuenta los indicadores de la localización de la tienda donde se ha vendido el bien o la dirección de envío. Se articularán reglas jerarquizadas para determinar la asignación de una venta a una u otra jurisdicción mercado, así como un marco documental que garantice la correcta aplicación de las *sourcing rules* (*Blueprint Pillar 1, 2020*, pp. 71 y ss.). Las distintas *sourcing rules* aplicables a CFB vienen desarrolladas en el capítulo 4 del *Blueprint Pillar 1 (2020)*, pp. 81 y ss.). Se ha puesto de relieve cómo la complejidad, casuismo y dificultad para hacer seguimiento de los criterios de conexión entre la *revenue stream* de cada operación y los consumidores/usuarios, compradores/vendedores no resulta muy realista a efectos de permitir una auténtica comprobación administrativa de la aplicación de las mismas (*Corwin et al.*, 2020, pp. 7-8).

bruto (PIB). La fijación de un requisito temporal (referido al umbral de ventas, por ejemplo) se está valorando a efectos de dotar de más consistencia al nexo en términos de asegurar una conexión con el mercado.

d) Las reglas de determinación de la «base imponible» y de reasignación (formularia) del beneficio residual (Blueprint Pillar 1, 2020, capítulo 5, pp. 100 y ss.). Las jurisdicciones mercado «elegibles» recibirán una porción (X %) del beneficio residual del grupo MNE (beneficios que superen un determinado y acordado nivel de beneficios o rentabilidad (Y %) utilizando una fórmula que se calculará a partir de los **estados financieros consolidados**, al igual que sucede en el Pilar 2. No obstante, será necesario practicar ciertos **ajustes fiscales** sobre la contabilidad financiera, más allá de la segmentación de datos por línea de negocio (*in-scope*). De esta forma, en la práctica la mayoría de las MNE calculará su *Amount A profit* (la «base imponible» correspondiente al beneficio residual del grupo objeto de reasignación) a partir de las cuentas consolidadas (incluyendo los grupos con actividades no cubiertas u *out-of-scope*), pero solo una porción del beneficio del grupo que se corresponda con ingresos de actividades cubiertas (*in-scope*) originados en jurisdicciones mercado (superándose los umbrales acordados) será objeto de asignación a tal jurisdicción (mercado). Se prevé la articulación de un **régimen de carry-forward de pérdidas** (que operaría a nivel consolidado y no individual) para asegurar que no se asigna *Amount A* allí donde el negocio no genera beneficios durante un determinado periodo (Blueprint Pillar 1, 2020, pp. 116 y ss.). Igualmente, para garantizar que la *Amount A* solo aplica beneficio económico real, las MNE (*in-scope*) podrán integrar las pérdidas existentes antes de la introducción de la *Amount A* en el régimen de *carry-forward* que permite compensar pérdidas pretéritas con beneficios futuros a nivel de grupo, sin imputación a jurisdicciones mercado de manera individualizada. La base imponible de la *Amount A* se calcula, por tanto, tanto allí donde se obtienen beneficios netos como pérdidas a nivel del grupo MNE o segmento de negocio allí donde opera tal segmentación (regla de simetría); tal cómputo se realiza igualmente considerando los estados financieros consolidados, después de practicar los correspondientes ajustes (*book-to-tax adjustments*) (Blueprint Pillar 1, 2020, p. 116); nótese que el cómputo de las pérdidas allí donde opera la segmentación de líneas de negocio se calcula de forma específica para cada una de ellas sin que pueda realizarse un *cross-segment blending of profits & losses*. Las pérdidas por segmento de negocio no se imputan a las jurisdicciones mercado, sino que se opta por un sistema de *carry-forward* que opera a nivel de grupo MNE y que permite compensar tales pérdidas con beneficios futuros de manera que no habría tributación en sede de *Amount A* hasta que se compensaran las pérdidas históricas (*earn-out mechanism*). No obstante, se contempla la posibilidad de limitar el periodo de compensación, así como establecer reglas especiales para tomar en consideración los casos de reorganizaciones empresariales y potenciales esquemas abusivos (Blueprint Pillar 1, 2020, p. 119). El *Blueprint* prevé igualmente la utilización de un mecanismo

de *carry-forward* referido a situación de *profit shortfalls*, en el sentido de que las caídas de rentabilidad de una determinada línea de negocio sean tratadas como una «pérdida»; no obstante, no existe consenso suficiente entre los distintos países a la hora de establecer este mecanismo y en tal sentido la decisión sobre su incorporación al marco final de la *Amount A* se adoptará en el futuro.

- El **cálculo de la parte del beneficio residual que es objeto de reasignación** (*Amount A*) es técnicamente complejo y consta de tres pasos, partiendo de una «base imponible global» (*profits before taxes*, PBT/BAI), determinada a partir de las cuentas financieras consolidadas que elabora la matriz o UPE del grupo; la utilización del PBT se considera adecuada por su mayor aproximación a la base imponible del impuesto sobre sociedades (IS) (Blueprint Pillar 1, 2020, p. 106); el Pilar 1 establece una suerte de *PBT standardised* considerando cómo tal medida del beneficio empresarial no está definida en un buen número de marcos contables, estableciéndose una serie de reglas para su determinación uniforme (Blueprint Pillar 1, 2020, pp. 106 y ss.):
 - El punto de partida es el **beneficio consolidado** (P&L), determinado a partir de estados financieros consolidados preparados bajo IFRS o un estándar de *reporting* de información financiera equivalente (*US GAAP*, por ejemplo)⁸.
 - Tal beneficio consolidado es objeto de *book-to-tax adjustments* (eliminación de gastos fiscalmente no deducibles y del gasto por impuesto sobre la renta, y exclusión de dividendos y ganancias/pérdidas derivadas de participaciones), conformando una suerte de **global tax base**⁹.
 - Posteriormente se realiza un proceso de **segmentación de los beneficios (y costes)**¹⁰, asignándolos a tres categorías (ADS, CFB, y *out-*

⁸ La razón para utilizar el beneficio del grupo a nivel consolidado con arreglo a un estándar internacional equivalente a IFRS (*GAAP rules* de Australia, China, Canadá, Japón, Corea, Singapur, India, EE. UU., entre otros) se basa en el amplio uso de este estándar, la fiabilidad de la información financiera (normalmente auditada), y la menor exposición a las operaciones intragrupo considerando cómo el concepto de control a efectos contables resulta más estricto que el concepto fiscal de vinculación a efectos del artículo 9 del MC OCDE, lo cual determina que no se eliminen todas las operaciones vinculadas. *Vid.*: BluePrint Pillar 1 (2020, pp. 103-104).

⁹ No obstante, el Blueprint Pillar 1 (2020, p. 105) deja claro que no se realizarán *book-to-book harmonisation adjustments* que revelan diferencias en los criterios empleados por los distintos estándares contables o en su aplicación a diferentes sectores o industrias y que pueden afectar a la clasificación de activos financieros o a la reversión de deterioros de activos. Se articularán, no obstante, una serie de salvaguardias para monitorizar tales diferencias y su impacto sobre los distintos grupos MNE.

¹⁰ Véase el *segmentation framework* recogido en el capítulo 6 del Blueprint Pillar 1 (2020, pp. 109 y ss.).

of-scope profits: revenue breakdown), de manera que existiría un PBT por segmento de negocio/actividad, aunque solo el beneficio residual de actividades *in-scope* es objeto de reasignación a las jurisdicciones mercado¹¹. Las reglas de segmentación tratan de neutralizar fórmulas que compensen líneas de negocio diferentes con distintos márgenes (altos/bajos) de manera que la «compensación interna» (*averaging*) pueda limitar el impacto de la aplicación de la reasignación de beneficios residuales que superen determinados umbrales de rentabilidad¹². El *Blueprint* contiene un buen número de reglas (incluida la exención de segmentación) que delimitan cómo realizar la segmentación de beneficios a nivel grupo MNE partiendo de los estados financieros consolidados, a partir de una serie de *segmentation hallmarks* que toman en consideración los principios de la IAS 14 y que pueden ser objeto del *tax certainty process*). Se contempla la posibilidad de aplicar una exención respecto de segmentos de negocio con márgenes de beneficios comparables. El problema de los *central/unallocated costs* se «resuelve» a través de una regla de distribución proporcional de los mismos entre los distintos segmentos de negocio utilizando la *allocation key* de los ingresos, de suerte que tal regla aplicaría como presunción que admite prueba en contrario.

- La **fórmula de reasignación (*profit allocation*)**¹³ se articula a través de tres fases o pasos¹⁴:

¹¹ El *Blueprint* Pillar 1 (2020, pp. 101-102) pone de relieve que se articularán fórmulas que permitan flexibilizar la «segmentación», de manera que las MNE con cifra de ingresos inferior a una determinada cuantía a determinar podrán calcular la *Amount A* sin llevar a cabo tal segmentación de la renta neta asignable a las actividades *in-scope*, utilizando una fórmula que se aplicaría sobre el beneficio consolidado. No parece que la segmentación que resulte de aplicar por parte del grupo los criterios IFRS sea en todo caso aceptable a estos efectos considerando la flexibilidad de los principios recogidos en el estándar de información financiera (*vid. Corwin et alter*, 2020, p. 9, y *Blueprint* Pillar 1, 2020, para. 456).

¹² Nótese a este respecto cómo los principales grupos MNE que terminarán siendo afectados por el Pilar 1, en caso de que se estableciera un umbral alto de rentabilidad serían grupos con matriz americana, a la luz de los estudios sobre niveles de rentabilidad de las grandes empresas (*vid.:* Carrol y Mackie, 2020).

¹³ El capítulo 6 del *Blueprint* Pillar 1 (2020) está dedicado a la fórmula de *profit allocation* de la base imponible del grupo relativa a *in-scope activities*. Nótese que los ejemplos recogidos en el anexo B del *Blueprint* parten de la premisa fáctica de que toda la renta del grupo MNE resulta de actividades *in-scope*, pero puede acontecer que la fórmula tenga que aplicarse en otras situaciones y, por tanto, los cálculos sean mucho más complejos.

¹⁴ Estas tres fases o pasos de la fórmula para determinar la cuantía de la *Amount A* pueden ser articulados a través de dos enfoques: a) un enfoque basado en una cuantía de beneficios (10 millones de euros), o b) un enfoque basado en un margen de beneficios respecto de los ingresos (por ejemplo, *PBT/revenue* del 15%). *Vid.:* *Blueprint* Pillar 1 (2020, pp. 123 y ss.).

- **Fase 1 (umbral de rentabilidad o beneficios).** Solo se reasignan beneficios residuales (segmentados) de actividades *in-scope* cuando se supera un ratio fijo de rentabilidad (por ejemplo un 10 % BAI/ingresos), de forma tal que si no se alcanza tal ratio el beneficio residual se continuaría asignando exclusivamente a través del *transfer pricing* convencional. Tal cálculo del umbral de rentabilidad se realiza considerando la base imponible del grupo (calculada con arreglo a las reglas expuestas), deduciendo las pérdidas que pueden ser objeto de *carry-forward*. La utilización de un ratio fijo de beneficios (entre el 8 % y el 25 %) ¹⁵ pretende aislar una parte del beneficio residual del grupo objeto de reasignación minimizando su interacción o solapamiento con las reglas de imputación del beneficio rutinario vía *transfer pricing* convencional. De esta forma, en este paso se parte de la base imponible del grupo MNE (*in-scope profits – losses carry-forward*) y se determina el beneficio residual del grupo a efectos de la *Amount A*, de suerte que solo una parte del mismo será objeto de (eventual) reasignación a mercado.
- **Fase 2 (porcentaje de reasignación del beneficio residual que se imputa a jurisdicciones mercado).** Este aspecto no está completamente cerrado o acordado en su integridad, pero se apunta cómo utilizando un ratio (umbral) de rentabilidad del beneficio del 10 % (*PBT to revenue ratio*) y un 20 % de reasignación del beneficio residual (*in-scope segmented activities*), empleando datos financieros de 2016, se reasignarían a mercado aproximadamente 98 mil millones de dólares; no obstante, se insiste en que solo el 20 % del beneficio residual (*in-scope ADS/CFB*) sería «reasignado» a las jurisdicciones mercado, de manera que el 80 % del beneficio residual de las MNE afectadas continuaría siendo objeto de asignación vía *transfer pricing* convencional.

Nótese que la fórmula de reasignación del beneficio residual del grupo MNE (*in-scope activities's profits*) se calcula a través de un mecanismo formulario, a partir de la aplicación de un porcentaje fijo (v. gr. 20 %) sobre el beneficio residual (*in-scope*) determinado con arreglo al paso anterior. Tal fórmula responde, de forma simplificada y a través de una convención, a la idea de reasignar únicamente una parte del beneficio residual *in-scope* que tiene que ver con los intangibles de marketing, de manera que la parte del beneficio re-

¹⁵ La utilización de un umbral del 10 % *BAI/revenue* determinaría que en torno a 780 grupos MNE sujetos a CbC R quedarían expuestos a una reasignación de beneficio residual *ex Amount A* (35 % de las MNE sujetas a CbC R). Blueprint Pillar 1 (2020, p. 127).

sidual del grupo MNE que se considera imputable a otros factores, activos y riesgos (*trade intangibles, capital & risk, synergies, etc.*) se sigue imputando intragrupo a partir de las reglas del *transfer pricing* convencional, lo cual evidencia cómo el estándar internacional del *arm's length* en modo alguno ha sido desmantelado, aunque sí resulta debilitado; el grado de erosión sistémica del principio de plena competencia dependerá del porcentaje del beneficio residual que resulte objeto de reasignación formularia.

- **Fase 3 (criterios de asignación a mercado, *allocation key*).** Una vez que se ha sido determinada la cuantía de la base imponible (cuantía de beneficio residual *in-scope*) del grupo MNE que corresponde a la *Amount A* con arreglo a los pasos anteriores, se requiere dar un paso más a efectos de asignar tal cuantía (*Amount A*) entre las distintas jurisdicciones mercado elegibles.

Tal asignación pivota sobre los ingresos *in-scope* obtenidos en cada una de las jurisdicciones mercado elegibles. El criterio de asignación se basa en la aplicación de las complejas *source rules* fijadas *ex ante* para actividades ADS y CFB (origen jurisdiccional de ventas + nexo). El capítulo 4 del *Blueprint* Pillar 1 está dedicado precisamente a estas **revenue sourcing rules**, reflejando las particularidades propias de negocios y actividades ADS y CFB. Como ya indicamos más arriba, para determinar la fuente de cada categoría de ingresos comprendidos en el ámbito de aplicación de la *Amount A* y su asignación a mercado se establecerá un principio de origen o fuente para cada tipología de flujo de ingresos cubiertos (*in-scope*), acompañada de una lista de indicadores específicos que los grupos MNE aplicarán para identificar la jurisdicción fuente (mercado) en cada caso. Por ejemplo, para el supuesto de ventas directas de bienes dirigidos a consumidores finales, el principio consistiría en fijar el origen de los ingresos atendiendo a la jurisdicción de entrega final de los bienes al consumidor, y el indicador aceptable sería la jurisdicción donde está establecida la tienda donde se vende, o la dirección de entrega (*Blueprint* Pillar 1, 2020, para. 219). Los indicadores se establecen a través de una lista jerarquizada que el grupo MNE aplica en función de si resultan o no de posible aplicación tales criterios atendiendo a la información disponible y al tipo de operación¹⁶. Las empresas deben justificar y

¹⁶ Los principales indicadores para negocios ADS serían los siguientes: datos de geolocalización, la dirección IP (*Internet Protocol*), uso de una VPN (*virtual private network*), información de perfil de usuario (*cookies*), dirección de facturación, y otras. Los indicadores de los negocios CFB se aplican de forma distinta según la MNE venda o distribuya los bienes o servicios a través de su propia red de tiendas (lo-

documentar las elecciones de los indicadores que llevan a cabo, de manera que ello formará parte del paquete de documentación estandarizada; tal documentación resultará clave a efectos de obtener seguridad jurídica en la aplicación del sistema de la *Amount A*.

Existen varios elementos de la fórmula de imputación del beneficio residual (*in-scope*) del grupo MNE a las jurisdicciones mercado que se han debatido en el marco del *BEPS IF* pero que todavía no se han consensuado: a) la potencial articulación de mecanismos de diferenciación, en el sentido de que, por ejemplo, se eleve el porcentaje de beneficios residuales reasignables en función del mayor nivel de digitalización del negocio atendiendo a los menores costes de explotación derivados de la alta escalabilidad del modelo de negocio; b) la toma en consideración de diferentes ratios de rentabilidad o beneficios en los distintos mercados, de manera que los países donde se obtiene una mayor rentabilidad el negocio no se vea perjudicado mediante la transferencia de una parte del beneficio residual a otras jurisdicciones mercado de menor rentabilidad o retorno de beneficios; c) otras modulaciones derivadas de la asignación de beneficio rutinario a las jurisdicciones mercado en relación con situaciones donde el grupo MNE opera en un mercado de forma puramente remota sin mediar un EP o filial que tributen por el beneficio rutinario de sus actividades en tales mercados (Blueprint Pillar 1, 2020, pp. 130-131). La integración de estos mecanismos de diferenciación a los efectos de la asignación del beneficio residual plantea muchos desafíos técnicos que colisionan con el objetivo de la simplificación del sistema del Pilar 1; ello posiblemente conduzca a limitar su introducción o a reflejarla en el marco de las reglas para eliminar la doble imposición del capítulo 7 del *Blueprint* (Blueprint Pillar 1, 2020, pp. 129-131).

e) Mecanismo de ajuste entre la asignación de beneficios derivada del *transfer pricing* convencional y la *Amount A*. La asignación o reasignación de una parte del beneficio residual del grupo MNE en la cuantía determinada con arreglo a la fórmula de cómputo de la *Amount A* plantea la cuestión del solapamiento con la asignación previa del beneficio residual a las distintas entidades (EP, filiales) del grupo MNE que desarrollen *in-scope activities* en las distintas jurisdicciones mercado elegibles, toda vez que la asignación de la *Amount A* opera de forma superpuesta, paralela y complementaria al sistema de *profit allocation* a través del *transfer*

cation of the storefront), o a través de una tienda virtual (*customer's shipping address*). También se utilizan indicadores distintos para la situación donde la venta se realiza a través de un distribuidor independiente (lugar de consumo final basado en la información proporcionada por el distribuidor). Se han establecido reglas específicas para *consumer-facing services* (lugar de prestación del servicio o de residencia del prestatario en relación con servicios *online*) e ingresos de franquicias y licencias (lugar de localización de consumidores finales). Véase el capítulo 4 del *Blueprint Pillar 1* (2020).

pricing convencional y las retenciones en la fuente. Es por ello que el *Blueprint* del Pilar 1 pone de relieve que se articulará algún tipo de mecanismo que elimine el problema del **double counting** de beneficios en aplicación de la normativa convencional de precios de transferencia y del nuevo derecho de gravamen.

El principal mecanismo que se contempla a efectos de evitar tal *duplicative taxation of the same profits* (beneficio residual consolidado imputado *ex Amount A*/beneficio residual imputado a entidades separadas *ex transfer pricing*) operaría en la fase de aplicación de los mecanismos para evitar la doble imposición; así, de acuerdo con las reglas del capítulo 7 del *Blueprint*, la identificación de la entidad del grupo que se considera pagadora (principal) de la *Amount A* en una jurisdicción se realiza considerando el mayor volumen de beneficios residual que obtiene en tal mercado de acuerdo con la normativa convencional de precios de transferencia, de manera que la eventual asignación de beneficio residual en concepto de *Amount A* se realizará a partir de un «neteo» (*netting-off effect*) que elimina tal solapamiento a través de un mecanismo para evitar tal doble imposición que puede reducir tal asignación de beneficio residual con arreglo al *transfer pricing* convencional (*Blueprint* Pilar 1, 2020, pp. 132-133). Este mecanismo puede operar de forma más directa y simple en el marco de grupos MNE que realicen actividades *in-scope*, cuando operan bajo estructuras o «modelos centralizados», en la medida en que el beneficio residual termina siendo imputado (*ex transfer pricing* convencional) a un grupo limitado de entidades que desarrollan funciones significativas en términos de *value creation*. Sin embargo, el mecanismo opera con mayor complejidad (y riesgos de doble imposición) en casos donde el grupo MNE que realiza *in-scope activities* (ADS, CFB) opera bajo una «estructura descentralizada», de manera que la asignación del beneficio residual resulta muy fragmentada entre un número significativo de entidades del grupo que desarrollan funciones suprarutinarias. A su vez, no puede perderse de vista que existen grupos MNE que operan con «estructuras híbridas» (mixtas) y estarían a medio camino entre los modelos altamente centralizados y los altamente descentralizados, y aquí también surgirían dificultades para evitar la doble imputación (y gravamen) de los beneficios, por no mencionar la complejidad de comparar bases imponibles configuradas bajo normas de determinación de la base imponible distintas (base imponible consolidada del grupo MNE con ajustes vs. bases imponibles individuales). Ciertamente, esta circunstancia pone de relieve la necesidad de reforzar la consistencia en la aplicación de la normativa de precios de transferencia por parte de los grupos MNE que llevan a cabo actividades *in-scope*, particularmente aquellos que operan bajo una estructura descentralizada, considerando las mayores dificultades para evitar el *double counting* de los mismos beneficios, mitigando los riesgos de doble imposición y evitando variaciones significativas del ETR del grupo MNE.

Asimismo, se ha propuesto una suerte de **marketing & distribution profits safe harbour**, como mecanismo complementario para mitigar y minimizar el problema del *double counting*, más allá de los mecanismos para evitar la doble imposición del capítulo 7 del *Blueprint*; este mecanismo no operaría como un *safe harbour* en sen-

tido tradicional, sino como un límite cuantitativo en relación con la imputación a las jurisdicciones mercado del beneficio residual con arreglo a la *Amount A*, allí donde el grupo MNE ya opera en tal mercado (a través de una filial o un EP) y asigna beneficios residuales en aplicación de las reglas de asignación de beneficios basadas en el principio de plena competencia. Es decir, el *safe harbour (cap)* termina partiendo de la premisa de que la asignación del beneficio residual que resulta de la *Amount A* respecto de los grupos MNE que realizan *in-scope activities* puede realizarse con carácter previo a través del sistema tradicional de *profit allocation (transfer pricing)*, de manera que allí donde tal sistema determina una imputación del beneficio residual alineada cuantitativamente con el resultado asignable con arreglo a las reglas de la *Amount A* no procedería asignarse adicionalmente beneficio residual en tal concepto a la jurisdicción mercado de que se trate en relación con tales actividades de marketing y distribución *in-scope*¹⁷.

Este mecanismo (*safe harbour-cap*) coordinaría la imputación de beneficios a la jurisdicción mercado ya realizada con arreglo al estándar de plena competencia con el nuevo derecho de imposición a mercado ex *Amount A*, limitando así la asignación suplementaria vía *Amount A* (beneficio residual) a tal jurisdicción que ya ha gravado a una entidad del grupo MNE (por un importe de beneficios que supera la asignación rutinaria). Es decir, a través de esta fórmula se evitaría el *double counting* a través de un *safe harbour* que operaría como un *cap*, de tal forma que en estos casos el grupo MNE no asignaría más beneficio residual a la jurisdicción mercado que ya sometió a imposición una parte de tal beneficio, en tanto que si se supera la parte de beneficio residual que corresponde a tal jurisdicción mercado resultaría de aplicación un mecanismo para evitar la doble imposición específica que puede resultar de la asignación basada en la *Amount A* y el *transfer pricing* convencional. En este mismo orden de cosas, se ha destacado que resulta crítico para evitar el *double counting* coordinar este mecanismo de la *Amount A (safe harbour-cap)* con la *Amount B*, de manera que esta opere únicamente asignando beneficio rutinario y no residual (USCIB, 2020, pp. 7-8).

Asimismo, no puede perderse de vista que este mecanismo (*safe harbour-cap*) no exime al grupo MNE de calcular la *Amount A*, requiriendo la realización de tal cómputo y su comparación con la cuantía de beneficios ya asignada a cada jurisdicción mercado¹⁸. Este elemento del modelo puede resultar especialmente

¹⁷ Nótese, no obstante, que la imputación de beneficios (rutinarios/residuales) a la jurisdicción mercado en relación con otras actividades (*out-of-scope*) del grupo MNE (fabricación o marketing/distribución relacionada con actividades que no caen en las categorías ADS/CFB) queda extramuros del *safe harbour* y, además, debe realizarse un cálculo segmentado de los beneficios residuales imputables a los dos tipos de actividad (*in/out of scope*). Vid. Blueprint Pillar 1 (2020, p. 134).

¹⁸ El grupo MNE debe comparar el beneficio previamente asignado a las actividades de distribución y marketing *in-scope* con arreglo a la normativa de precios de transferencia con el denominado *safe harbour*

relevante para grupos MNE altamente descentralizados que imputan beneficio residual a un alto número de entidades localizadas en distintas jurisdicciones. La combinación del mecanismo del *safe harbour-cap* con mecanismos cooperativos que validen el sistema de *profit allocation* a mercado de los grupos MNE descentralizados que realizan actividades *in-scope* permitiría reducir las reasignaciones de beneficio residual *ex Amount A*, reduciendo los riesgos de doble imposición y aportando mayor estabilidad al ETR global de estos grupos MNE descentralizados. Asimismo, ello permitiría a las administraciones dedicar más recursos a la aplicación de los mecanismos para evitar la doble imposición del capítulo 7 del *Blueprint*, en relación con grupos MNE centralizados. Con todo, no puede dejar de apuntarse cómo el propio mecanismo del *safe-harbour-cap* que contempla el

return que está compuesto por dos elementos: a) la *Amount A*, calculada con arreglo a la fórmula recogida en el *Blueprint*; y b) un retorno fijo de beneficios referido a las actividades rutinarias de marketing y distribución realizadas en la jurisdicción mercado de que se trate, lo cual puede incluir un *uplift* regional o por industria; tal retorno fijo posiblemente se configure a partir de un porcentaje fijo sobre ventas (*return of sales of 4%*, por ejemplo), que se aplicaría sobre los ingresos de fuente local de actividades *in-scope*; a este respecto, se ha destacado cómo este retorno no tiene por qué coincidir con el que se fije en relación con la *Amount B*, así como que dicho cálculo a partir de un retorno sobre ventas puede plantear problemas a los grupos MNE que utilicen el *Berry ratio* (vid.: De Souza, 2020; y Corwin *et alter*, 2020). Tal *safe harbour return* operaría como límite o *cap* en relación con la cuantía de *Amount A* que procedería asignar a la jurisdicción mercado de que se trate, pudiendo producirse tres situaciones: a) que la asignación del beneficio a las actividades de marketing y distribución (*in-scope*) realizada a través de las reglas de *transfer pricing* sea inferior al «retorno fijo», en cuyo caso el grupo MNE no podrá invocar el *safe harbour*; b) que la referida atribución de beneficios con respecto a las actividades de marketing y distribución con arreglo a la normativa de precios de transferencia sea superior al «retorno fijo», pero inferior al *safe harbour return*, en cuyo caso procedería imputar tal diferencia o déficit de imputación de beneficio residual a través de la *Amount A* con el límite conjunto del *safe harbour*; y c) que la referida atribución de beneficios por parte del grupo MNE en la jurisdicción mercado de que se trate con arreglo a la normativa de precios de transferencia exceda la cuantía del *safe harbour return*, en cuyo caso no procede asignar *ex post* beneficio residual con arreglo a la *Amount A*; no obstante, ello no significa que el grupo MNE quede al margen de los mecanismos propios de la *Amount A*, ya que puede acontecer que parte de ese exceso de asignación de beneficio residual a un mercado (en relación con *in-scope activities*) haya que reasignarlo a otra jurisdicción mercado donde exista un déficit de imputación de beneficio residual. En este sentido, el mecanismo *safe-harbor-cap*, a pesar de estar concebido para limitar los problemas de *double counting* y riesgos de doble imposición, plantea importantes desafíos desde un punto de vista práctico; llama la atención que no se contemple la incidencia de ajustes de precios de transferencia por parte de autoridades fiscales de los diferentes países en los que opere el grupo MNE, particularmente las correcciones que puede realizar el país de residencia de la matriz a efectos de reasignar una parte del beneficio residual que el grupo MNE inicialmente imputó a una jurisdicción mercado o a una entidad localizada en un tercer país. Quizás sería recomendable que el marco regulatorio del Pilar 1 incluyera una regla de suspensión temporal de las actividades de regularización de precios de transferencia sobre los grupos MNE comprendidos en su ámbito de aplicación, cuando menos en relación con aquellos que hubieran solicitado la puesta en marcha de un mecanismo de *pre-filing* en relación con la aplicación de las reglas de la *Amount A*. Otra fórmula para limitar la incidencia de la problemática de los ajustes de precios de transferencia en relación con grupos MNE que caigan en el ámbito de aplicación de la *Amount A* pueden ser los APA (BAPA/MAPA) concluidos con autoridades fiscales de los distintos países involucrados en la aplicación del sistema.

Blueprint del Pilar 1 puede terminar favoreciendo enfoques de *enforcement* por parte de administraciones tributarias de países mercado dirigidos a capturar una parte del beneficio residual de los grupos MNE (centralizados/descentralizados) sin considerar las limitaciones derivadas de la *Amount A*, esto es, proyectando tal enfoque sobre *out-of-scope activities*; ni que decir tiene que ello puede traer consigo una nueva fuente de controversias de precios de transferencia (*beyond Amount A*), que aconseja reforzar la consistencia del modelo de *profit allocation* de los grupos MNE, así como mejorar la efectividad de los mecanismos de prevención y resolución de litigios fiscales transfronterizos.

f) **El mecanismo específico de eliminación de la doble imposición**¹⁹. Este mecanismo consta de dos elementos:

1. La identificación de las entidades pagadoras de beneficio residual.
2. Los métodos para eliminar la doble imposición.

Para **identificar a las «entidades pagadoras»**²⁰ se aplicará un procedimiento que consta de cuatro fases:

1. Un **test de actividades cualificadas** para identificar a las entidades del grupo que realizan actividades que determinan una contribución de valor significativa y sostenida al grupo MNE que fundamenta una asignación relevante de beneficio residual utilizando una lista de indicios *positiva y negativa* a partir de la documentación de precios de transferencia (*CbC R, Master & Local Files*) y un análisis de cadena de valor. En este sentido cabe advertir como la documentación de precios de transferencia en cuanto identifique las principales entidades que desarrollen *DEMPE functions*, o funciones que determinen contribuciones relevantes a efectos del desarrollo de productos y servicios comercializados en los distintos mercados, constituirá la principal fuente para identificar a las entidades pagadoras de la *Amount A*. Ello vuelve a revelar las conexiones materiales entre el estándar de plena competencia y el mecanismo formulario de *profit allocation* que representa la *Amount A*.

La identificación de estas entidades resultará más sencilla en grupos MNE centralizados que en aquellos que operan bajo un modelo descentralizado.

¹⁹ Véase a este respecto el capítulo 7 del *Blueprint* Pilar 1 (2020, pp. 139 y ss.).

²⁰ La parte de beneficios residuales que, con arreglo a la *Amount A*, una «entidad pagadora» transfiere a las jurisdicciones mercado (donde el grupo puede operar a través de una filial o EP) no requiere el pago o transferencia efectiva de la renta, sino que se opera sobre una ficción fiscal de imputación de base imponible a la jurisdicción mercado, que determina la aplicación de una medida de eliminación de la doble imposición en la jurisdicción del país de residencia de la entidad pagadora. *Vid.* *Blueprint* Pillar 1 (2020, p. 139).

El mecanismo de *tax certainty* descrito en el capítulo 9 del *Blueprint*, contempla la posibilidad de identificar *ex ante* las entidades pagadoras en el marco de un procedimiento cooperativo con las administraciones tributarias.

Las actividades que generan la imputación de beneficios residuales a determinadas entidades y que poseen una conexión con las jurisdicciones mercado van más allá de la realización de *DEMPE functions* en relación con intangibles de marketing, incluyendo igualmente la obtención de renta derivada de productos o intangibles tecnológicos que contribuyen a las ventas en los distintos mercados, así como el control y supervisión de actividades de riesgo y decisiones de negocio. No se requiere que medie un flujo de renta derivado de una transacción directa entre la entidad pagadora y la jurisdicción mercado de que se trate. Las actividades de financiación intragrupo y de prestación de servicios rutinaria no se consideran cualificadas a estos efectos.

Nótese a este respecto que la calificación de una entidad como pagadora de *Amount A* en modo alguno resulta neutral, toda vez que ello altera el *profit allocation* y puede generar un cambio en el global ETR del grupo MNE, así como neutralizar estrategias de planificación fiscal.

2. Se aplicará un **test de rentabilidad** para asegurar que las entidades poseen capacidad de pago de la *Amount A*²¹.

Nótese que el test de rentabilidad no se aplica a nivel de grupo MNE sino a nivel de entidades específicas identificadas a partir del test de actividad. La rentabilidad a nivel individual se determinará utilizando la contabilidad financiera de las distintas entidades que los grupos MNE preparan para elaborar las cuentas consolidadas. Tal test pivota a partir de un retorno fijo sobre costes salariales y activos tangibles.

3. Como regla principal, se asignará el beneficio residual *ex Amount A* por parte de las entidades del grupo MNE **conectadas con la jurisdicción mercado elegible**.

Una vez identificadas un conjunto de entidades potencialmente pagadoras de *Amount A* atendiendo a la actividad que realizan y su nivel de rentabilidad, se aplica un test de asignación prioritaria de beneficio residual que opera en función del nivel de conexión de tales entidades con las distintas jurisdicciones mercado. Tal regla de prioridad se establece considerando la conexión más fuerte entre las entidades y las jurisdicciones mercado a partir de las actividades recogidas en el test de actividad que tales entida-

²¹ A los efectos del *Blueprint Pillar 1*, el término capacidad de pago de una entidad se utiliza en el sentido de capacidad para hacer frente al impuesto sin deteriorar la inversión original (p. 116 del *Pillar One BluePrint*, 2020).

des lleven a cabo respecto de las jurisdicciones mercado. La existencia de *IP & trading companies* globales o regionales u otro tipo de entidades intermedias a las que resulte de imputación un beneficio residual o las propias matrices de los grupos MNE representan las entidades pagadoras de *Amount A* por antonomasia. No obstante, la aplicación de la regla de prioridad en función de la conexión más fuerte con las jurisdicciones mercado constituye una decisión subjetiva y no neutral desde el punto de vista de la tributación de los grupos MNE, y desde la propia perspectiva de las *surrendering jurisdictions*, todo lo cual anticipa potenciales controversias que idealmente deberían resolverse con arreglo a los *tax certainty procedures* que contempla en capítulo 9 del *Blueprint*.

4. Si las entidades pagadoras conectadas con el mercado no poseen beneficios suficientes para soportar la transferencia de beneficio residual *ex Amount A*, la parte deficitaria se asignará a **otras entidades no conectadas** con la jurisdicción mercado a partir de una regla proporcional. Nótese que la imputación de *Amount A* a las entidades pagadoras que obtengan beneficio residual y ostenten una conexión suficiente con las jurisdicciones mercado no alcanza a su beneficio rutinario que queda asignado a su jurisdicción de residencia fiscal. De ahí que una vez que se ha agotado la capacidad de contribución o cesión de beneficio residual por parte de estas entidades, se contemple una imputación proporcional asignable al resto de entidades que hayan obtenido beneficio residual.

En este mismo orden de cosas se han planteado dos cuestiones que afectan a la práctica de la asignación de la *Amount A*. Por un lado, el problema que pueden representar ajustes de precios de transferencia practicados con posterioridad a la imputación de la *Amount A* y que afecten a las entidades calificadas como pagadoras, ya reduciendo su beneficio residual, ya recaracterizando su FAR. Este problema no está resuelto en el *Blueprint*, aunque se considera que deben arbitrarse mecanismos para evitar la doble imposición. Por otro, se ha suscitado la cuestión que plantean entidades pagadoras que tienen resultados netos negativos por aplicación de determinadas medidas (amortización de intangibles, por ejemplo), de manera que no soportarían en principio la asignación de *Amount A* en tales circunstancias, sujeto a la aplicación de reglas antiabuso.

Una vez identificadas la entidad o entidades que soportarían la asignación del beneficio residual (*Amount A*), la jurisdicción de residencia de las mismas aplicará un **método de eliminación de la doble imposición (exención/imputación)**. Este segundo elemento del capítulo 7 del *Blueprint* hace referencia a los dos métodos tradicionales para evitar la doble imposición internacional y económica, dejando abierta la posibilidad de que cada jurisdicción de residencia de las entidades pagadoras de *Amount A* opte por la aplicación de uno u otro método. Como se

sabe, la aplicación de uno u otro método no resulta en modo alguno neutral para las jurisdicciones de residencia de las entidades y para los propios grupos MNE; el método de exención permite preservar (e importar) la menor tributación en el Estado de la fuente cuando el tipo de gravamen de este es inferior al del país de residencia de la entidad (*capital import neutrality*), en tanto que el método de imputación instrumenta la *capital export neutrality* y determina un «efecto de recuperación» por parte del Estado de residencia allí donde el gravamen en el Estado fuente es inferior²². El *Blueprint*, sin embargo, parece rechazar la aplicación alternativa de mecanismos de ajustes correlativos como los que resultan del artículo 9.2 del MC OCDE, considerando los problemas colaterales que pueden originarse (retenciones en la fuente y ajustes secundarios, por ejemplo) (*Blueprint Pillar 1, 2020*, pp. 154-155). El *Blueprint* pone de relieve cómo existe un conjunto amplio de cuestiones técnicas sobre la aplicación de estos métodos que todavía falta por desarrollar (*Blueprint Pillar 1, 2020*, p. 158). Aunque el *Blueprint* no hace referencia a esta cuestión, se ha puesto de relieve cómo resulta necesario coordinar los mecanismos de imputación de *Amount A* y de eliminación de la doble imposición con otros mecanismos que impactan sobre la tributación del beneficio residual de los grupos MNE, como puede ser la normativa de TFI/CFC o medidas del Pilar 2 (*Inclusion Rule, GILTI, etc.*) (*Corwin et al.*, 2020, p. 14).

Desde el punto de vista operativo, el *Blueprint* establece que el pago de la *Amount A* a nivel del grupo MNE se residencie y canalice a través de una entidad de coordinación que aplicará las reglas expuestas y asumirá la responsabilidad administrativa derivada de las obligaciones formales y materiales que surjan para el grupo en las distintas jurisdicciones. El pago de la *Amount A* podrá realizarse por tal entidad de coordinación o por una entidad del grupo que se designe al efecto en las distintas jurisdicciones mercado (filial local) (*Blueprint Pillar 1, 2020*, p. 219).

- **Implementación legal.** El nuevo derecho de imposición referido a la *Amount A* sería (eventualmente) implementado a través de cambios en la legislación doméstica, así como por medio de un convenio multilateral complementado con una guía para su aplicación.

3.2. El retorno de beneficios fijo para actividades de marketing y distribución referenciadas (*Amount B*)

El objetivo de la *Amount B* es doble: a) por un lado, pretende simplificar la gestión de los precios de transferencia por parte de las administraciones y reducir el coste de cumplimiento para los contribuyentes; b) por otro, la cantidad B pretende mejorar los niveles de

²² Tal efecto de recuperación depende en gran medida de la fórmula de cómputo del límite: *per jurisdiction* vs. *global*.

seguridad jurídica y reducir las controversias fiscales entre las autoridades fiscales y los contribuyentes en relación con la imputación de beneficios a entidades que desarrollen una serie de actividades de distribución y marketing.

La *Amount B* tiene como objetivo estandarizar la remuneración de los distribuidores vinculados que realizan actividades de marketing y distribución referenciadas en las jurisdicciones mercado. Estas actividades comprenden distribuidores que compran a entidades vinculadas y revenden a partes independientes, y poseen un perfil funcional de distribuidor básicamente rutinario. El sistema de la *Amount B* no está limitado a negocios ADS y CFB²³, sino que operaría sobre todo tipo de sectores, definiendo su ámbito de aplicación a partir de criterios funcionales.

Las actividades cubiertas por la *Amount B* se delimitarían a través de un enfoque estricto a partir de dos listas: a) una **lista positiva** referida a funciones, activos y riesgos propios de distribuidores rutinarios (LRD) en plena competencia; y b) una **lista negativa** de funciones típicas que no deberían ser desarrolladas, o activos no poseídos o riesgos no asumidos en plena competencia por distribuidores de riesgo limitado. Se utilizarán indicadores cualitativos y cuantitativos (análisis de costes) para aplicar tales listas. De hecho, el *Blueprint Pillar 1* (2020) desarrolla con cierto detalle los indicadores cualitativos (actividades cubiertas y no comprendidas a partir de descripciones de funciones, activos y riesgos)²⁴ y cuantitativos (costes asociados a actividades comprendidas y no comprendidas en el ámbito de la *Amount B*)²⁵. Aunque el ámbito de aplicación del mecanismo de la *Amount B* no está completamente definido –existiendo cierto debate sobre la posibilidad de su extensión a otras actividades

²³ A este respecto se ha destacado la dificultad para aplicar este sistema a negocios ADS, ya que estos negocios no realizan actividades de marketing y distribución de la misma forma que los CFB. Los ADS se dedican principalmente a técnicas de investigación de mercados, negociación y generación de ingresos publicitarios, y a actuar como oficina local de conexión con las autoridades regulatorias del país; asimismo, la cadena de suministro de los ADS no se organiza y gestiona de la misma forma que las CFB, y su FAR también se define de manera muy distinta. A su vez, cabe observar cómo los tradicionales modelos de distribución *offline* están evolucionando hacia modelos mixtos como consecuencia de su «digitalización» y el creciente peso de los canales *online*; esta hibridación de los modelos *online* y *offline* plantea desafíos para lograr su encaje en el marco de la *Amount B*, ya que su FAR podría estar evolucionando de tal forma que habría que contemplar tal evolución a los efectos de la aplicación de las reglas de *scoping*, la atribución de beneficios y el *benchmark* de comparabilidad. Vid.: Higinbotham, Srinivasan, Starkov, Mert-Beydilli y Eden (2021).

²⁴ El *Blueprint Pillar 1* (2020, p. 164) delimita el alcance de las funciones, activos y riesgos que realizaría la entidad (filial o EP) que realice actividades de distribución y marketing referenciadas (rutinarias) en el marco de un grupo de empresas MNE, a través de listas positivas y negativas.

²⁵ El *Blueprint Pillar 1* (2020, pp. 166-167) hace referencia a una serie de indicadores cuantitativos relativos a funciones, activos y riesgos cubiertos y no cubiertos en el ámbito de aplicación de la *Amount B*. Por ejemplo, la identificación de costes relativos a *Dempe functions* o actividades de marketing estratégico a nivel local a partir de partidas de costes de I+D o costes de actividades de marketing que superen un determinado umbral de costes totales de distribución sirve para calificar que la entidad distribuidora supera la tipología de actividades de distribuidor rutinario cubiertas por la *Amount B*.

como las de fabricación-, el *Blueprint* ya apunta hacia la incorporación de ciertas flexibilizaciones como la referida a las entidades que realicen múltiples funciones en la medida en que exista posibilidad de segregación de las mismas²⁶; todo apunta a que determinado tipo de estructuras de distribución bastante comunes como los «comisionistas» y «agentes de ventas» (que no adquieren la propiedad de las mercancías, ni siquiera a través de un *flash title*) quedarían extramuros de la *Amount B*²⁷, aunque lógicamente la transformación de las mismas en LRD constituye una evidente alternativa para quedar comprendidas en su ámbito de aplicación (*Blueprint* Pillar 1, 2020, p. 168).

La *Amount B* será determinada de forma que resulte compatible con el estándar de plena competencia; a este respecto, se utilizarán estudios de comparabilidad (*benchmarks*) bajo el método TNMM (a partir de un indicador basado en un retorno sobre ventas), de manera que su cuantía (rangos) podría potencialmente variar por industria y región, siempre que ello estuviera soportado por un análisis de comparabilidad²⁸; igualmente, se considera que podrían fijarse retornos fijos de beneficios en función de la diferente intensidad funcional de la entidad²⁹.

²⁶ En la práctica puede resultar complejo diferenciar entre actividades que están dentro y fuera del ámbito de aplicación del marco de la *Amount B*, ya que puede no resultar fácil (e incontrovertible) calificar o delinear una función de desarrollo y mantenimiento de relaciones con clientes locales (incluida en la lista positiva de *Amount B*), de actividades estratégicas de distribución (ventas) y funciones de marketing en el mercado local; la línea divisoria entre la negociación de precios dentro del marco de directrices comerciales de una MNE (incluida en la *Amount B*) y la negociación de precios y condiciones fuera de tales directrices (excluida de la *Amount B*) puede ser muy difícil de apreciar (*vid.*: Higinbotham, Srinivasan, Starkov, Mert-Beydilli y Eden, 2021).

²⁷ A este respecto, se ha argumentado que dejar a los «comisionistas» y «agentes de ventas» extramuros del ámbito de aplicación de la *Amount B* propiciaría la manipulación del FAR de las estructuras de distribución para dejarlas fuera del sistema que pretende estabilizar y objetivar la asignación de beneficios rutinarios a las jurisdicciones mercado; en este sentido, se propone su inclusión para lograr los objetivos que se pretenden alcanzar con este modelo, aunque se reconoce que haría falta incluir alguna regla objetiva de ajuste para reflejar su singularidad (no adquisición de las mercancías). *Vid.*: Higinbotham, Srinivasan, Starkov, Mert-Beydilli y Eden (2021).

²⁸ A este respecto se ha apuntado que pueden existir dificultades para recabar datos de comparables en determinadas regiones geográficas. *Vid.*: Corwin *et alter* (2020, p. 15). También se ha puesto de relieve cómo la estandarización en la asignación de beneficios a partir de actividades, industrias, regiones y FAR en la práctica no siempre reflejaría la cadena de valor de las actividades de distribución y marketing de muchos grupos MNE donde concurren sinergias más amplias entre las distintas unidades de negocio del grupo fragmentadas y localizadas en diferentes jurisdicciones (*vid.* Higinbotham, Srinivasan, Starkov, Mert-Beydilli y Eden, 2021).

²⁹ En este orden de cosas, se ha puesto de relieve que la asignación de beneficios con arreglo a la *Amount B* no debe superar determinados límites (por ejemplo a partir de retorno sobre ventas), considerando cómo existen importantes estudios (Kpmg, 2020) que evidencian cómo tales funciones, aunque sean desarrolladas en el marco de segmentos industriales muy rentables, vienen siendo remunerados con un bajo retorno rutinario, de suerte que si se supera tal retorno el riesgo de doble imposición por *double counting* sería muy elevado (USCIB). Otros comentaristas se muestran favorables de reflejar la intensidad funcional en los retornos fijados para la *Amount B*, a partir de la toma en consideración de los costes

En este contexto, la existencia de un APA o MAP operan con preferencia sobre esta determinación estandarizada de beneficios sobre este tipo de actividades. Igualmente, el contribuyente puede optar por un método más fiable como el CUP, de manera que la determinación estandarizada que resulta del método simplificado referido a la *Amount B* opera como presunción que el contribuyente puede superar evidenciando un método más adecuado y fiable para establecer un resultado de mercado. Algunos países han puesto de relieve que la configuración del estándar de atribución de beneficios articulado a través de la *Amount B* a partir de una presunción *iuris tantum* plantea problemas de seguridad jurídica y en cierta medida diluye el objetivo perseguido a través de este mecanismo (Blueprint Pillar 1, 2020, p. 161).

La implementación legal de esta metodología estandarizada podría requerir modificaciones de la legislación doméstica e incluso de la red de CDI (arts. 7, 9 y 25). Igualmente, la articulación a nivel global de este mecanismo no solo pasa por la reforma de la legislación doméstica y ciertas adaptaciones de los CDI, sino también por el establecimiento de mecanismos de resolución de controversias internacionales que garantizaran la correcta aplicación de esta metodología a escala multilateral (Blueprint Pillar 1, 2020, p. 172). Tales mecanismos son necesarios dado que la aplicación del mecanismo estandarizado de atribución de beneficios a LRD que establece la *Amount B* puede generar discrepancias entre las administraciones y los contribuyentes sobre un conjunto de cuestiones: la delineación de las operaciones, la realización de actividades que superan el ámbito de aplicación del mecanismo en función de los distintos parámetros FAR que se han definido (por ejemplo, la entidad lleva a cabo *Dempe functions*, o soporta riesgos de inventario superiores a los admitidos, o registra costes de marketing más allá de los admitidos), o hay discrepancia sobre el sector o intensidad funcional de la entidad. Es decir, este mecanismo puede facilitar el cumplimiento con el principio de plena competencia por parte de los contribuyentes y su supervisión por las autoridades fiscales de los distintos países, pero en modo alguno supone una mecanización del *profit allocation* de las estructuras de distribución y marketing utilizadas por los grupos MNE. Cabe apuntar igualmente que la funcionalidad de este mecanismo para modelos de negocio que operen de forma remota sin presencia física en el mercado de que se trate tenderá a ser marginal, salvo que desarrollen una parte de su cadena de valor *offline*. Otra cuestión de fondo que puede plantearse en este contexto pasa por considerar la problemática de las pérdidas que pueden resultar de este tipo de estructuras, considerando desde los problemas de mala gestión que las pueden ocasionar hasta los riesgos de mercado o de crédito que pueden asumir.

Nótese que, aunque existe un buen número de jurisdicciones que consideran que el mecanismo estandarizado de determinación de beneficios referido a actividades de distribución y marketing puede traer ventajas en términos de simplificación de la aplicación de la

operativos; también se considera que la metodología debería contemplar un mecanismo que reflejara ciclos económicos y circunstancias económicas del mercado (*lockdowns*, crisis económicas severas) para evitar que el principio de plena competencia penalice a entidades de un grupo MNE vs. entidades independientes (*vid.*: Higinbotham, Srinivasan, Starkov, Mert-Beydilli y Eden, 2021).

normativa de precios de transferencia en relación con estas actividades rutinarias, lo cierto es que no existe consenso suficiente que garantice su adopción (*Amount B*). Algunos países –notablemente jurisdicciones en vías de desarrollo– consideran que debería ampliarse el ámbito de aplicación de este mecanismo o incluso se propone implementarlo como proyecto piloto a efectos de verificar el nivel de simplificación que resulta del mismo.

3.3. Procedimientos de protección y mejora de la seguridad jurídica

La seguridad jurídica constituye un elemento clave de la arquitectura del Pilar 1 que incluye innovadores mecanismos de prevención y resolución de controversias fiscales. El capítulo 9 del *Blueprint* está dedicado a la «seguridad jurídica en materia tributaria», contemplando un enfoque dual en relación con la articulación y desarrollo de mecanismos y procedimientos dirigidos a prevenir y resolver controversias fiscales internacionales, en función de si se trata de una cuestión que cae en el ámbito del marco del Pilar 1 (*Amounts A & B*)³⁰ o extramuros del mismo; cabría apuntar a este respecto cómo los grupos MNE que estén comprendidos en el ámbito de aplicación del Pilar 1 podrán beneficiarse de mecanismos que aportan mayor seguridad jurídica y garantías de eliminación de la doble imposición (marco obligatorio de resolución de controversias vinculante), posiblemente como contrapartida a los mayores costes de cumplimiento e implicaciones fiscales (sistema tributario dual, riesgos de doble imposición) que derivan del marco que resultará del Pilar 1; los grupos MNE y restantes contribuyentes que realizan operaciones transfronterizas se beneficiarán de las mejoras que la OCDE, el FTA y el *BEPS IF* desarrollarán respecto de los mecanismos de prevención y resolución de controversias ya existentes (ICAP, MAP, BAPA-MAPA, *joint audits*, arbitraje) más allá del marco del Pilar 1, particularmente revisando los términos del estándar mínimo de la acción 14 de BEPS.

A este respecto, el *Blueprint* se refiere en primer término a los mecanismos de prevención y resolución de desacuerdos o discrepancias en la aplicación de los distintos elementos del Pilar 1. En particular, el nuevo derecho de gravamen de la *Amount A* debe ser determinado a través de la aplicación de una fórmula a una base imponible de nueva planta a nivel de grupo MNE, que puede terminar reasignando una parte del beneficio residual de la MNE correspondiente a las actividades cubiertas (*in-scope activities*).

El sistema de gestión tributaria de la *Amount A* pasa por la presentación de una autoliquidación por parte del grupo MNE que realice actividades *in-scope* y supere los umbrales de ingresos y rentabilidad que se terminen fijando. En cierta medida, el sistema de gestión

³⁰ La aplicación de la *Amount B* también vendrá acompañada de mecanismos que permitan una resolución efectiva, obligatoria y vinculante de las potenciales controversias que puedan plantearse en tal contexto (*Blueprint Pillar 1*, 2020, p. 201). Para una exposición más detallada de los mismos *vid.*: Martin y Bettge (2021).

adoptado parte de la experiencia del programa ICAP³¹ y del mecanismo del informe fiscal país por país, incluyendo igualmente elementos de sistemas de *one-stop-shop*. La matriz del grupo MNE, como regla, presentará una autoliquidación única y documentación de soporte en relación con toda la actividad referida a la *Amount A* del grupo, relacionándose con las autoridades fiscales de su jurisdicción de residencia fiscal (*lead tax authority*) que intercambiará la información a todas las administraciones afectadas.

El *Blueprint* contempla mecanismos de *early tax certainty* dirigidos a resolver las diferentes cuestiones que el grupo MNE pueda plantearse en relación con la aplicación del marco de la *Amount A* antes de la presentación de la autoliquidación o incluso tras su presentación³². Básicamente, se ha previsto la articulación de un sistema de paneles de revisión y determinación de la *Amount A* donde se pueden resolver de forma coordinada, obligatoria y vinculante todas las cuestiones que se planteen, de manera que se eliminen los principales riesgos de doble imposición. No obstante, el sistema doble de paneles (*review panel & determination panel*) resulta complejo procedimentalmente y no asegura en todo caso que se eliminen todos los problemas de aplicación que resultan del marco de la *Amount A* para el grupo MNE que haya solicitado *ex ante* o participado *ex post* en estos procedimientos³³. De hecho, la MNE puede considerar que la solución propuesta por los diferentes paneles no es aceptable, pudiendo, por tanto, optar por acudir a los mecanismos de revisión administrativa y judicial domésticos para afrontar las diferencias con las autoridades fiscales respecto de las posiciones fiscales adoptadas en su autoliquidación de *Amount A*. Asimismo, el sistema de prevención y resolución de controversias fijado en relación con la aplicación del marco de la *Amount A* no soluciona los problemas que pueden resultar de ajustes de precios de transferencia *ex post*³⁴, lo cual evidencia cómo el marco del *Blueprint* del Pilar 1 todavía necesita de un mayor desarrollo técnico. Ciertamente, uno de los talones de Aquiles del Pilar 1 pasa por la falta de mecanismos que instrumenten una coordinación efectiva entre las administraciones en términos que garanticen la eliminación de la potencial doble

³¹ En relación con el funcionamiento del programa ICAP puede consultarse: Calderón (2018).

³² Los mecanismos de *early tax certainty* establecidos en el capítulo 9 del *Blueprint* Pilar 1 (pp. 174 y ss.) para resolver todo tipo de cuestiones referidas a la aplicación del marco fiscal de la *Amount A*, como por ejemplo: a) la determinación de si un grupo MNE realiza o no *in-scope activities* o cumple los umbrales que desencadenan la obligación de presentar la autoliquidación para hacer frente al nuevo derecho de gravamen en favor de las jurisdicciones mercado donde opera el grupo; b) la base imponible, en particular cuando media una segmentación por línea de negocio; c) el resultado de la implementación de la fórmula; y d) cualquier otro elemento referido a la cuantía del nuevo derecho de gravamen, incluyendo las entidades pagadoras del mismo y la eliminación de la doble imposición.

³³ Se trata de un sistema (híbrido) que se aleja formalmente de un mecanismo de arbitraje vinculante obligatorio, pero que tampoco representa un MAP en el sentido del artículo 25 del MC OCDE.

³⁴ Tal circunstancia podría aconsejar que los grupos MNE dotaran de mayor consistencia su modelo de *profit allocation* en aplicación del *transfer pricing* convencional, maximizando la utilización de los mecanismos que contribuyen a reforzar la seguridad jurídica en la materia como los APA, BAPA y MAPA.

imposición que puede resultar de regularizaciones de precios de transferencia posteriores a la asignación de la *Amount A* (Martin y Bettge, 2021).

Por otro lado, el marco regulatorio del *Blueprint Pillar 1* (2020, pp. 197 y ss.) establece una segunda línea de medidas de potenciación y desarrollo de la seguridad jurídica en materia tributaria más allá de la *Amount A*, entre las que cabe destacar los APA bilaterales y multilaterales, los mecanismos de arbitraje fiscal y «paneles de determinación» con carácter vinculante, el ICAP, las *joint-audits*, la utilización de *benchmarks* estandarizados respecto de determinadas situaciones de precios de transferencia, o la mejora de los MAP en el marco de la revisión (2020) del estándar mínimo de la acción 14 de BEPS, etc.³⁵ Tales mecanismos se configurarían de forma respetuosa con la soberanía fiscal de las distintas jurisdicciones. No obstante, cabe advertir que no se ha alcanzado todavía un acuerdo definitivo sobre el alcance de los mecanismos de resolución obligatoria y vinculante *beyond Amount A*, dadas las reservas expresadas por un grupo de países en desarrollo en relación con el mecanismo del arbitraje fiscal vinculante.

3.4. La implementación y administración de las medidas del Pilar 1

El último capítulo (10) del *Blueprint* del Pilar 1 está dedicado a la implementación y administración del nuevo derecho de imposición (*Amount A*).

Como ya hemos indicado, la *Amount A* como nuevo derecho de gravamen sobre una parte del beneficio residual de determinados grupos MNE que realizan actividades *in-scope* y cumplan determinados umbrales de rentabilidad y de ingresos globales opera de forma superpuesta y paralela a la aplicación del actual sistema de fiscalidad internacional derivado de la combinación de la legislación fiscal interna de las distintas jurisdicciones³⁶ y la red de CDI y demás tratados internacionales en materia tributaria. En este sentido, la implementación del Pilar 1 (*Amounts A & B*) requiere de una reforma de la legislación interna de las distintas jurisdicciones que eventualmente acuerden la solución global en el marco del *BEPS IF*, así como de la articulación y conclusión por parte de las mismas de un nuevo tratado multilateral que regule el nuevo derecho de imposición, modifique los CDI para permitir su exacción sin contradecir sus disposiciones (v. gr. arts. 7, 9 y 25), y regular los nuevos

³⁵ *Vid.*: Brockman (2020a).

³⁶ La legislación fiscal interna de los distintos países debe seguir un modelo estandarizado fijado por el marco global acordado por el *BEPS IF*, regulando los elementos esenciales del derecho de imposición (hecho imponible, sujeto pasivo, base imponible, tipo de gravamen, etc.), de forma compatible con el principio de legalidad en materia tributaria. La normativa interna también debe regular determinados aspectos de los procedimientos de gestión tributaria aplicables, los mecanismos de prevención y resolución de controversias, y la asistencia administrativa mutua.

mecanismos de prevención y resolución de controversias a los efectos de la aplicación del marco fiscal de las *Amounts A & B*.

Finalmente, el *Blueprint* incluye una declaración en el sentido de que cabe esperar que el acuerdo global sobre el Pilar 1 incluya un compromiso de los países del *BEPS IF* que comprenda el **desmantelamiento de las medidas «unilaterales relevantes», así como la no articulación en el futuro de tales acciones unilaterales** (*Blueprint Pillar 1*, 2020, p. 211). Se indica, no obstante, que todavía no se ha definido el alcance de tal expresión (qué medidas unilaterales están comprendidas), ni la fecha de desmantelamiento de tales medidas y la transición hacia el nuevo sistema.

4. Algunas reflexiones sobre la configuración e implicaciones de la reforma del sistema de fiscalidad internacional derivadas del *Blueprint* del Pilar 1

Ciertamente, en la hora actual resultaría aventurado avanzar una valoración final sobre la reforma del sistema de fiscalidad internacional que podría resultar del *Blueprint* del Pilar 1 (*BEPS 2.0*), toda vez que, como hemos expuesto, estamos ante un modelo inacabado (técnicamente) y que puede ser objeto de múltiples y significativas modulaciones, por no mencionar la incertidumbre sobre su aprobación a nivel global como solución de consenso en el marco del *BEPS IF* (de forma conjunta o separada con el Pilar 2). El hecho de que se haya fijado una «nueva fecha límite» (junio-julio 2021)³⁷ para alcanzar un acuerdo sobre la solución global (o multilateral) sobre la adaptación del sistema fiscal a la economía digitalizada, en términos tales que ha recibido el respaldo del G20 (*G-20 Leaders Declaration*, 2020, para. 20), y se ha aceptado por la Unión Europea (UE) (*ECOFIN*³⁸ y Comisión UE)³⁹ e implícitamente por el resto de los países miembros del *BEPS IF*, mejora las posibilidades para alcanzar tal acuerdo global, considerando en particular la victoria en las elecciones

³⁷ La agenda del G20 incluye una reunión de los ministros de Finanzas de los países miembros G20 el 9-10 de julio de 2021, incluyendo un simposio sobre fiscalidad internacional para esas fechas.

³⁸ *Council Conclusions of fair and effective taxation in times of recovery, on tax challenges linked to digitalisation and on tax good governance in the EU and Beyond* (Brussels, 27 Nov. 2020, 13350/20, FISC 226, ECOFIN 1097).

³⁹ EU Commission, Remarks by Executive Vice-President Dombrovskis at the ECOFIN press conference (Speech/20/2278); y EU Commission, *Joint Communication to the EU Parliament, the European Council, and the Council, A New EU-US agenda for global change*, Brussels, 2.12.2020, JOIN(2020) 22 final). Nótese, no obstante, que la Comisión UE en enero 2021 puso en marcha un proceso de consulta pública sobre la introducción de una *digital levy* para afrontar los desafíos de la economía digital; tras tal proceso de consulta, la Comisión UE elaborará una propuesta de Directiva que presentará al ECOFIN, previsiblemente durante el año 2021 (EU Commission, *A fair & competitive digital economy-digital levy*, 14 January 2021, Ref. Ares (2021) 312667, 14/01/2021).

presidenciales norteamericanas del candidato demócrata J. Biden, más proclive a la gestión multilateral de los grandes temas globales⁴⁰, como demuestran las primeras declaraciones de la secretaria del Tesoro J. Yellen⁴¹.

En este contexto, podría resultar de interés ofrecer algunas consideraciones preliminares sobre el *Blueprint* del Pilar 1, a efectos de empezar a visualizar sus implicaciones prácticas y de política fiscal.

En primer lugar, cabría referirse al **origen y objetivos del Pilar 1**. Ya hemos indicado que lo que se pretende a través de esta reforma del sistema de fiscalidad internacional pasa por una adaptación del mismo a los desafíos de la economía digital, alterando las tradicionales reglas de nexo y atribución de beneficios entre las distintas jurisdicciones, partiendo de la inadecuación de las mismas para someter a imposición modelos de negocio altamente digitalizados (ADB) y una economía en proceso de digitalización⁴². En cierta medida, el Pilar 1 se viene justificando a partir del fracaso del Proyecto OCDE/G20 BEPS 1.0 (2015) que no logró articular una solución de consenso en relación con estos temas en el marco de su acción 1 dedicada a la *Digital Taxation*.

Asimismo, se podrían citar más elementos que constituyen *driving forces* impulsoras de esta segunda reforma del sistema de fiscalidad internacional:

⁴⁰ Vid.: Johnston (2020, October). Destacados comentaristas (Goulder, 2021, y Herzfeld, 2021-Feb) han puesto de relieve las importantes dificultades que existen para que el Departamento del Tesoro de EE. UU. llegue a un acuerdo en el marco del *BEPS IF* en términos que resulten aceptables para el Congreso norteamericano; todo acuerdo que determine un mayor gravamen de las MNE americanas o una pérdida recaudatoria neta para la Hacienda Pública americana tiene pocas posibilidades de ser «sancionado» por el Congreso; un acuerdo global con bajo impacto fiscal podría resultar más fácilmente aceptable, considerando que tal acuerdo desactiva, o cuando menos, aleja una situación de «caos fiscal global», doble imposición sistémica, y altas tensiones comerciales; el impacto del potencial acuerdo sobre China también constituye un factor relevante a estos efectos.

⁴¹ Vid.: Johnston (2021, February) y *Statement from Treasury Department Spokesperson on Secretary Janet L. Yellen's Participation in the G7 Finance Ministers and Central Bank Governors Meeting*, February 12, 2021.

⁴² Ciertamente, no puede perderse de vista cómo el actual sistema de fiscalidad internacional no captura correctamente modelos de negocios de empresas globales y/o altamente digitalizadas, toda vez que los principios sobre el nexo y el *profit allocation* están pensados para una economía y modelos empresariales preglobalización y no digitales; el sistema fiscal que ordena el gravamen de los grupos de empresas opera sobre un modelo binario transaccional y de cadena de valor que pivota igualmente sobre un sistema fiscal bilateral, todo lo cual no encaja con la nueva realidad de grupos multinacionales globales altamente centralizados (Hebous). En este sentido, debe enfatizarse cómo el Pilar 1 de «BEPS 2.0» no tiene como objetivo reducir el *profit shifting* sino estabilizar el sistema a través de una medida de redistribución del poder tributario a nivel internacional que reconoce ciertos desequilibrios del sistema generados por ciertos modelos de negocio altamente digitalizados y la digitalización de la economía (vid.: Eden y Treidler, 2019). No obstante, la combinación de las medidas de los Pilares 1 y 2 traería consigo una limitación del *profit shifting* y la competencia fiscal entre Estados.

- La **nueva geopolítica del siglo XXI** podría estar actuando como catalizadora de una redistribución del poder tributario entre los países más desarrollados industrial y tecnológicamente y los países mercado y en vías de desarrollo, buscando un mayor equilibrio del actual sistema fiscal internacional que tiende a favorecer la asignación de poder tributario y bases imponibles a los primeros.
- Igualmente, las nefastas consecuencias económicas asociadas a las cada vez más **intensas tensiones comerciales** (incluyendo los desequilibrios en las balanzas comerciales de determinados países) y el creciente unilateralismo-protencionismo fiscal (riesgo estructural de doble o múltiple imposición) consecuencia de la disfunción del sistema actual podrían estar favoreciendo los avances en el proceso de coordinación fiscal internacional, considerando que la alternativa a una solución de consenso es el «caos» o «desorden fiscal».
- Tampoco puede perderse de vista cómo la renovada retórica sobre la necesidad de reforzar sustancialmente los niveles de **«justicia fiscal»** del sistema de fiscalidad internacional a partir de medidas que instrumenten principios efectivos de «contribución fiscal justa» (*fair share of tax*) y de tributación mínima de las grandes empresas (particularmente, las MNE tecnológicas) se ha instalado en la agenda política al más alto nivel y bien puede estar favoreciendo este proceso, por más que las consideraciones de fondo subyacentes en tal retórica carezcan de un significado unívoco y puedan canalizar intereses, medidas y políticas muy distintas en cada país⁴³. Ciertamente, como ha puesto de relieve J. Vanderwolk⁴⁴, «*the problem is that fairness, like beauty, is in the eye of the beholder*». En el contexto internacional, la «justicia» o «equidad» del sistema fiscal se basaba en los CDI en

⁴³ Como ha puesto de relieve la profesora Herzfeld (2020, November), la reforma del sistema fiscal internacional no responde al objetivo de introducir mayores cuotas de justicia fiscal a nivel global, sino que refleja una nueva «dinámica de poder» a escala global que no conecta con principios de justicia distributiva. No obstante, los Blueprints Pillar 1 y 2 todavía no reflejan un nivel suficiente de alineamiento o equilibrios entre los intereses políticos de los grandes países OCDE/G20, ni entre estos y los países en desarrollo y emergentes, por no mencionar la limitada consideración de los intereses de los *investment hubs* (Vanderwolk, October 2020, y Brockman 2020b). Las propuestas que resultan del Pilar 1 tampoco parece que determinen una adaptación del sistema de fiscalidad internacional a la economía digitalizada, sino más bien instrumentan una expansión (limitada) del derecho de gravamen de las jurisdicciones mercado sobre una parte del beneficio residual de grandes multinacionales que desarrollan un determinado tipo de actividades; tal «reforma» ni representa realmente una adaptación del sistema a la economía digital, ni es estructural y además puede considerarse poco «paritaria», considerando como establece un sistema dual al que solo quedan sujetas determinadas grandes empresas (*vid.* también Herzfeld, 2021 February).

⁴⁴ Vanderwolk (2020, December) continúa su cuestionamiento de un concepto unívoco de *tax fairness* que considera muy vinculado a concepciones políticas que determinan la normativa tributaria de cada país, añadiendo lo siguiente: «*When it come to taxes, diferent ideas of what's fair will always exist. The political processes of the taxing jurisdiction produce that jurisdiction's tax laws, and those who are subject to the laws are obliged to comply. Whether or not every compliant taxpayer is paying his or her fair share is a political question, not a moral or legal one.*».

la medida en que representaban un consenso internacional sobre el reparto del poder tributario entre los diferentes países que se materializaba a través de una red global de CDI que la mayoría de los países firmaban bilateralmente a partir de unos «modelos de convenio» (OCDE/ONU) que expresaban tal consenso. Más allá de que tales modelos favorecieran de forma prevalente a los países miembros de la OCDE (exportadores de capital, bienes y servicios, tecnología) frente al resto y pudiera cuestionarse que reflejaran un «modelo fiscal justo» a nivel internacional, lo que realmente ha terminado de desencadenar una severa crisis de la «justicia» o *tax fairness* del «sistema fiscal internacional» viene dado por la expansión sin precedentes de modelos de negocio remotos que operan en masa y son desarrollados por grandes MNE tecnológicas, en la medida en que el referido sistema permite que tales MNE operen de forma económicamente muy intensiva en las jurisdicciones mercado sin que los beneficios derivados de tales operaciones en tales mercados resulten capturados por las normas de los CDI que establecen la tributación en la fuente de los beneficios empresariales transfronterizos; ello obedece a que tales modelos de negocio se desarrollan en gran medida sin necesidad de presencia física en los países mercado, de manera que los principios de nexo y asignación de beneficios de los CDI permiten que tales beneficios empresariales escapen a la tributación en la fuente; ello se considera *unfair* por parte de las jurisdicciones mercado (que no solo son países en desarrollo sino también los países miembros de la OCDE)⁴⁵, entre otras cosas porque los competidores domésticos están sujetos a gravamen en el país mercado y pueden surgir diferencias fiscales relevantes entre unos y otros que pueden afectar a las condiciones de competencia y hasta afectar a la viabilidad empresarial de estos últimos (proteccionismo fiscal). Estamos, por tanto, ante una cuestión de naturaleza política (redefinir el reparto internacional del poder tributario de manera que sea aceptable y considerado de nuevo un *fair tax system* por la mayoría de los países)⁴⁶, que posee evidentes deri-

⁴⁵ De hecho, han sido países miembros de la OCDE, como Reino Unido, Australia o incluso EE.UU., los que han erosionado la integridad de los principios del sistema fiscal internacional consensuado en el siglo XX a través de medidas unilaterales (como *Diverted Profit Tax*, el *Multinational Anti-Avoidance Law*, o el *BEAT*, por no mencionar los *Digital Service Taxes* de los países europeos a partir de la propuesta de Directiva de la Comisión de 2018) tratando de «circunvalar» sus principales reglas situándolos al margen de los CDI. *Vid.* Vanderwolk (2020, December).

⁴⁶ Nótese que el nuevo reparto de poder tributario que están reivindicando las jurisdicciones mercado (potenciales *winners* del mismo) también debe ser aceptado por los países sede de las MNE tecnológicas (*losers*) que, en principio, perderían recaudación a partir de un cierto trasvase de bases imponibles (beneficio residual) de «residencia» a «fuente»; de ahí que el Pilar 1 termine incluyendo en su ámbito de aplicación no solo a ADS sino también a CFB, a pesar de que el principal problema que pretendía resolver la acción 1 de BEPS residía en adaptar el sistema a la economía digitalizada; posiblemente, el Pilar 2 también esté pensado para reforzar los derechos de gravamen de los países de residencia de las principales matrices, por la vía de neutralizar la competencia fiscal y minimizar el *profit shifting* residual post-BEPS 1.0. Tal combinación de medidas de Pilar 1 y 2 puede terminar operando como una suerte de «caja de compensación»

vadas o implicaciones técnicas (ajuste de los principios de nexo y *profit allocation* a la economía digitalizada y globalizada en condiciones de seguridad jurídica garantizando de forma suficiente la eliminación de múltiple imposición internacional) a efectos de instrumentar tal nuevo consenso internacional.

Los *Blueprints* de los Pilares 1 y 2, por tanto, no pivotan sobre un debate de principios, sino que su funcionalidad pasa por instrumentar un nuevo consenso internacional sobre la distribución del poder tributario entre los distintos países a partir de la ruptura y superación del consenso internacional alcanzado en el siglo XX en relación con un sistema fiscal que actualmente resulta técnica y políticamente anacrónico. BEPS 2.0 trata de restablecer un nuevo consenso internacional (*basic tax fairness*) como punto de partida para desarrollar o deconstruir un nuevo sistema fiscal internacional para una economía digitalizada y globalizada, ante la insuficiencia de las primeras medidas de BEPS 1.0 (2015) para adaptar el sistema a la digitalización de la economía⁴⁷. Es cierto igualmente que la reforma del sistema de fiscalidad internacional que se está tratando de instrumentar a través del Pilar 1 conlleva una «modulación» del estándar internacional de *profit allocation* basado en el principio de plena competencia, de suerte que la *Amount A* representa una fórmula indirecta de reasignar una parte del beneficio residual a países mercado, circunvalando de forma un tanto tosca una reforma del referido estándar internacional⁴⁸.

De esta forma, consideramos que en gran medida podría afirmarse que el objetivo del Pilar 1 es más político que técnico, y ello impacta claramente sobre su configuración y po-

interna, toda vez que un cierto número de países miembros de la OCDE y UE podrían perder recaudación neta en aplicación de las medidas del Pilar 1 (*Amount A*) tras su extensión a CFB (por ejemplo, podría ser el caso de los países nórdicos o incluso Alemania), de suerte que la imposición efectiva mínima podría compensar en cierta medida tal pérdida recaudatoria para tales países. Con todo, posiblemente el principal factor que podría estar impulsando el desarrollo de la reforma del sistema fiscal internacional a través del proyecto BEPS 2.0 pasa por los negativos efectos que presenta la alternativa al multilateralismo y coordinación fiscal de baja intensidad, a saber: el unilateralismo fiscal, la quiebra del sistema de coordinación fiscal pre-BEPS y el declive institucional de la OCDE como organización internacional guardiana, protectora y reparadora de estándares fiscales internacionales que ha ido catalizando a lo largo de las últimas décadas.

⁴⁷ Cabría mencionar a este respecto la expansión del concepto del EP del artículo 5 del MC OCDE a través de la acción 7, o la modificación de los principios de *profit allocation* que en cierta medida pueden ampliar la imposición en los países fuente/mercado a través de un ensanchamiento del concepto de intangible y la recalibración de funciones (*Dempe*) y actividades desarrolladas en los países de localización de las filiales/EP.

⁴⁸ A este respecto, la profesora Eden ha puesto de relieve cómo el problema del sistema de fiscalidad internacional no viene dado por el estándar de plena competencia (negando un uso abusivo estructural del mismo por parte de las MNE); a su juicio, el sistema fiscal internacional posee un problema estructural de diseño, al permitir un alto nivel de competencia fiscal que favorece o incentiva el *profit shifting* por parte de los contribuyentes, esto es, el aprovechamiento del «arbitraje regulatorio» que forma parte del sistema (*vid.*: Eden, 2020).

sibles consecuencias, debilitando su potencial efecto estabilizador del sistema. El carácter dominante del factor político en la configuración del Pilar 1 impacta negativamente sobre las reglas en torno a las que se articula, al carecer de principios que fundamenten el modelo y su interrelación con el sistema fiscal (actual) subyacente sobre el que se superpone⁴⁹.

En segundo lugar, cabría realizar algunas consideraciones sobre la **configuración del Pilar 1**, en los términos reflejados en el *Blueprint*:

- La primera idea que suscita reside en la **hipercomplejidad del modelo de redistribución de una parte del beneficio residual** que articula⁵⁰. La efectiva implementación y aplicación de este nuevo modelo por parte de las MNE afectadas y las administraciones tributarias no solo incrementará sustancialmente los costes de cumplimiento y de supervisión fiscal, sino que además puede llevar aparejado un alto nivel de divergencias y controversias entre las distintas administraciones afectadas y los contribuyentes, sin que los mecanismos articulados para prevenir y resolver tales situaciones ofrezcan *a priori* suficientes garantías sobre la eliminación de la múltiple imposición que puede generarse. La OCDE, consciente del déficit estructural de cooperación fiscal internacional que resulta de los actuales sistemas de prevención y resolución de controversias fiscales transfronterizas, no solo está tratando de desarrollar mecanismos efectivos que permitan resolver *ex ante* y *ex post* todo tipo de diferencias y disputas en la aplicación de los nuevos sistemas de *profit allocation (Amounts A & B)* del Pilar 1, sino que está situando en el centro de su agenda fiscal un «pilar» dedicado a la **«seguridad jurídica en materia tributaria»** *beyond Pillar 1*, a efectos de mejorar la estabilidad del sistema fiscal internacional actual (pre-BEPS, y BEPS 1.0), así como reducir los problemas

⁴⁹ La reasignación global de los derechos de gravamen con arreglo al Pilar 1 se revela como una cuestión esencialmente política, con escasa base técnica (Herzfeld, 2020, November).

⁵⁰ De hecho, podría afirmarse que los modelos técnicos recogidos en los Blueprints Pilar 1 y 2 son difícilmente implementables en la práctica tanto desde la perspectiva de las administraciones como de los propios contribuyentes. Resulta evidente que es necesaria una simplificación de las distintas piezas de los referidos Pilares para que sean «practicables» y puedan instrumentar mínimamente los objetivos de estabilidad sistémica que se pretenden alcanzar a través de esta importante reforma del sistema. Existe un estudio que, a través de un *software* que mide la «complejidad regulatoria», ha puesto de relieve cómo los «modelos» regulatorios recogidos en los *Blueprints* de los Pilares 1 y 2 poseen una complejidad técnica muy superior a la resultante de las Directrices OCDE/ONU de precios de transferencia. A este respecto, no puede perderse de vista cómo la complejidad regulatoria posee un importante impacto al incrementar los costes de cumplimiento y supervisión y favorecer los incumplimientos normativos; a su vez, un modelo de tal complejidad como esbozado en los *Blueprints* presenta muchos problemas de implementación e interpretación; el propio precedente del MLI revela cómo un sistema que introduce cierta complejidad en la aplicación de la red de CDI no resulta fácilmente implementable de forma uniforme y sincrónica a nivel internacional. *Vid.*: Colliard, Eden y Georg (2021).

de doble imposición que pueden surgir como consecuencia de la eventual interrelación de los dos «sistemas»⁵¹.

- En segundo lugar, el modelo de *profit allocation* subyacente en el Pilar 1 consolida la deriva hacia el reparto formulario de bases imponibles; no obstante, en realidad el Pilar 1 opta por un **hybrid profit allocation model**, al combinar el reparto formulario de una parte del beneficio residual (*Amount A*) con la aplicación del estándar de plena competencia (*Amount B*).

El hecho de que haya desaparecido la *Amount C* del *Blueprint* no significa que la asignación de beneficio residual a las «jurisdicciones fuente o mercado» se haya evaporado, sino que de alguna forma la *Amount A* (parte del beneficio residual del grupo correspondiente a las actividades cubiertas que se redistribuye a través de una fórmula) podría terminar operando como «suelo» en el sentido de base imponible residual mínima asignable a mercado. Lógicamente, ello no significa que las administraciones tributarias de los países fuente/mercado no puedan ir más allá en la asignación de beneficios a las entidades situadas en su territorio aplicando el *transfer pricing* convencional (considerando la aplicación de las nuevas reglas sobre el marco de riesgos, las *Dempe functions*, la delineación efectiva/recharacterizaciones funcionales, o análisis globales de cadena de valor, etc.). Ahora bien, cabe esperar que los mecanismos de prevención y resolución de controversias que forman parte del sistema operen limitando y coordinando el funcionamiento del sistema híbrido (*Amount A* + *Transfer Pricing* convencional).

Ni que decir tiene que cuanto más consistente sea el sistema de *transfer pricing* de una MNE (en términos de *profit allocation* alineada con la cadena de valor), menores serán los riesgos de cuestionamiento del mismo. Las mayores dificultades pueden resultar de la compleja conciliación entre el nuevo sistema formulario (*Amount A*) y el *transfer pricing* convencional⁵², dado que los dos «sistemas» se proyectan sobre el beneficio residual, sin que resulte claro qué parte del beneficio residual se asigna con arreglo al modelo formulario, ni cuáles son sus principios

⁵¹ A este respecto, Brockman (2020a), valora positivamente las nuevas propuestas lanzadas por la OCDE en la consulta sobre el desarrollo de la acción 14 BEPS (OECD consultation document, 18 November 2020). No obstante, este autor pone de relieve cómo el principal mecanismo de resolución de controversias fiscales transfronterizas (el MAP), presenta muchas deficiencias incluso en relación con el alcance de los mecanismos de revisión unilaterales (el tratamiento de los intereses y sanciones queda extramuros del MAP), por no mencionar su «debilidad» estructural a partir de su configuración bilateral y naturaleza no obligatoria para las autoridades competentes a efectos de lograr una solución.

⁵² Cabe puntualizar que la *Amount A* opera sobre el beneficio residual consolidado calculado a partir de una base imponible global del grupo MNE, en tanto que el *transfer pricing* convencional pivota sobre el principio de empresa separada y bases imponibles individuales (o de grupo fiscal) determinadas con arreglo a normativa contable-fiscal local. En este sentido, resulta evidente que la asignación de beneficios con arreglo a unas y otras reglas no estará alineada sino más bien existirá un *mismatch* o asimetría que dependiendo del caso puede generar doble imposición o incluso en algunos casos doble no imposición.

o criterios de asignación en términos de factores de *value creation*⁵³; ello puede plantear problemas para modelizar el *global profit allocation* de las MNE afectadas, aunque es verdad que la regla que excluye la asignación de beneficio residual formularia cuando ya media una asignación de beneficio residual vía *transfer pricing* convencional puede ayudar a mitigar tales problemas.

- En tercer lugar, consideramos **dudoso que la solución que representa el Pilar 1 dote de estabilidad estructural al sistema de fiscalidad internacional del siglo XXI.**

Más allá de lo indicado, cabe destacar que la redistribución del poder tributario que articula el Pilar 1 a favor de los países mercado no está exenta de tensión estructural, dado que tanto los países de residencia de los *headquarters* de las MNE como otros Estados (jurisdicciones intermedias, *investment hubs* y países mercado) competirán por capturar las mismas bases imponibles. A su vez, el limitado ámbito de aplicación del Pilar 1 a dos tipos de actividades y negocios (ADS y CFB), combinado con un amplio *carve-out* (v. gr., sectores extractivos, financiero, construcción de infraestructuras, etc.), crea un «sistema de fiscalidad internacional dual», intensificando su complejidad sin lograr un equilibrio estructural entre países exportadores de capital, tecnología y bienes y servicios y los países fuente-mercado.

En este mismo sentido, no puede perderse de vista que el actual sistema de fiscalidad internacional **requiere de una mejora de sus principios, categorías y reglas fundamentales para hacerlo más «practicable»** por los contribuyentes y gestionable por todo tipo de administraciones tributarias (incluidas las de los países en desarrollo); el modelo de fiscalidad internacional esencialmente bilateral y binario desarrollado históricamente por la OCDE no acaba de encajar con modelos de negocio y cadenas de valor globales o regionales cuyo *profit allocation* se debe articular a escala multi-jurisdiccional y policéntricamente, tal y como ya resulta de algunas de las acciones de BEPS 1.0. Posiblemente, uno de los efectos colaterales del Pilar 1 (en el caso de que se aprobara) vendría dado por un desarrollo del principio de plena competencia, no solo para adaptarlo a las exigencias de simplificación del Pilar 1 (*Amount B*), sino también para adaptarlo a la digitalización de la economía donde, por un lado, la cadena de valor de los grupos de empresas MNE resulta más compleja y fragmentaria, y, por otro, los intangibles y los servicios tecnológicos cada vez tienen más peso y operan de forma más remota diluyendo las necesidades operativas de presencia física en el lugar de prestación del servicio (Schreiber *et alter*, 2020, y Eden, 2020)⁵⁴.

⁵³ Somos conscientes de que el principio de creación de valor y asignación de beneficios al lugar donde se genera tal valor y se realiza la actividad económica carece de contenido concreto y resulta inservible como *benchmark* objetivo para asignar ingresos y gastos en un grupo MNE, más allá de su utilización en sentido negativo (por ejemplo, respecto de *cash boxes*). *Vid.*: Das (2020), Martín Jiménez (2020) y Hey (2020).

⁵⁴ A este respecto, resultan altamente interesantes las recomendaciones formuladas por la profesora Eden para mejorar la practicabilidad del principio de plena competencia.

Un eventual acuerdo global sobre el Pilar 1 (2021), en términos básicamente coincidentes con el *Blueprint* de octubre 2020, **impactaría de diferente forma sobre los distintos negocios, sectores y grupos MNE**, resultando claramente más afectadas las MNE tecnológicas (ADS) y, en menor medida, las que desarrollan CFB (excluyendo los sectores o industrias que se benefician de un *carve-out*). Asimismo, las MNE (*in-scope*) que posean un modelo organizativo y empresarial más marcadamente «descentralizado» posiblemente experimenten un menor impacto en términos de reasignación de su beneficio residual que aquellas MNE que operen más centralizadamente. Lógicamente, el impacto en términos de global ETR (*effective tax rate*) que pueden experimentar los distintos grupos MNE dependerá de las decisiones políticas que se adopten sobre una serie de cuestiones que afectan por ejemplo al *scoping* (actividades/negocios *in-scope*), a las reglas de segmentación de negocios, el umbral de rentabilidad, o el porcentaje de beneficio residual que es objeto del nuevo derecho de imposición; cabe esperar que tal porcentaje sea modesto, pero no puede despreciarse el impacto estructural derivado de los cambios introducidos por el Pilar 1 en combinación con el Pilar 2. A este respecto, cabe esperar que uno de los resultados del proceso de reforma global del sistema de tributación (corporativo) internacional (Pilares 1 y 2) consista en una elevación apreciable de los niveles de tributación efectiva a nivel global de los grupos MNE y una cierta reducción del *profit shifting* y la competencia fiscal (Keen *et aliter*, 2019); esta mayor tributación del beneficio corporativo redimensiona en cierta medida la relevancia sistémica (recaudatoria y como instrumento de política económica) del IS, alterando así la tendencia experimentada durante las últimas décadas que evidenciaba su pérdida de peso recaudatorio y la crisis estructural que subyacía ante las dificultades que existían para gravar a través del mismo el beneficio corporativo de los grupos de empresas en un mundo globalizado; la combinación de las medidas de los Pilares 1 y 2 de BEPS 2.0 anticipan una línea de política fiscal dirigida a articular un mayor gravamen del capital, lo cual posee múltiples derivadas económicas (v. gr., mayor coste de capital para las empresas, reducción del volumen de inversión empresarial y de los flujos de capital, bienes y servicios a escala global).

La OCDE también se ha referido a las **consecuencias recaudatorias de BEPS 2.0** (OECD, 2020; Bradbury *et aliter*, 2020, Hanappi y Gonzalez Cabral, 2020, y Millot *et aliter*, 2020). En particular, los estudios realizados por tal organización internacional han puesto de relieve cómo la implementación de las medidas recogidas en los dos pilares de BEPS 2.0 supondría un incremento neto de las *global tax revenues* en concepto de aumento de la recaudación a escala internacional del IS entre 50 y 80 mil millones de dólares anuales. Tal reforma en combinación con el régimen americano del GILTI determinaría un aumento de la recaudación global por el IS del 4 % aproximadamente. La aplicación de las medidas del Pilar 1 instrumentaría una transferencia de beneficios de 100 millones de dólares a jurisdicciones mercado, que favorecería a *low, middle and high income economies* en detrimento

de *investment hubs*. Las medidas del Pilar 2 traerían consigo un incremento de la recaudación del IS y una reducción de los incentivos que poseen los grupos MNE a transferir beneficios hacia las jurisdicciones de baja tributación. La OCDE considera que la solución global constituida (eventualmente) por medidas basadas en los dos Pilares favorecería la articulación de un mejor marco para la inversión y crecimiento de la economía global en comparación con la alternativa (no acuerdo), ya que así se evitarían tensiones comerciales (*tariff retaliation*) y «caos fiscal» derivado de un déficit de coordinación fiscal y unilateralismo generador de doble imposición sistémica. La OCDE reconoce, sin embargo, que las medidas BEPS 2.0 –que determinan una mayor tributación de los grupos MNE y un mayor coste de capital para las mismas– tendría un efecto negativo sobre el PIB global muy limitado, estimado en menos de un 0,1 % a largo plazo, en tanto que en el peor escenario representado por la generalización del unilateralismo y *tariff retaliation* el PIB global se reduciría en un 1%.

Algunos economistas (Sullivan, 2020b) han realizado observaciones sobre el estudio de impacto económico de BEPS 2.0 publicado por la OCDE, poniendo de relieve las siguientes ideas: a) que tal estudio no toma suficientemente en consideración la más que probable reacción de las MNE a variaciones significativas de cambios en los diferenciales fiscales (Gücery, 2020); b) igualmente, las diferentes jurisdicciones desarrollan en muchos casos políticas fiscales estratégicas, de manera que cabe esperar que los países que posean un tipo de gravamen del IS por debajo del umbral mínimo lo sitúen a tal nivel neutralizando la aplicación de medidas de Pilar 2 que reasignen bases imponibles infragravadas; ello también puede limitar el efecto de reducción del *profit-shifting* que se asocia al Pilar 2; de hecho, hay autores que consideran que el Pilar 2 puede favorecer la transferencia de beneficios hacia jurisdicciones que alineen su imposición corporativa con la tributación mínima (Lammers, 2020; Boidman, 2020, y Herzfeld 2020e); c) desde el punto de vista geopolítico, se considera que los Pilares 1 y 2 favorecerían principalmente a los grandes países industrializados en detrimento de *tax havens* e *investment hubs*, bajo la hipótesis de que estos no alterarían su «modelo fiscal»; d) los grupos de MNE más impactadas serían aquellas que desarrollen actividades ADS y CFB y obtengan una alta rentabilidad de tales negocios, en tanto que otras grandes empresas con menor rentabilidad o que se beneficien de un *carve-out* no se verán afectadas de forma significativa; se considera que el impacto sobre su (*global*) ETR puede alcanzar un aumento del 5%; e) respecto del impacto sobre la inversión, el crecimiento económico, productividad, innovación tecnológica y la creación de empleo se considera que cualquier estimación comparativa de las dos hipótesis (acuerdo global vs. unilateralismo fiscal y tensiones comerciales) resulta poco consistente desde una perspectiva macroeconómica técnica⁵⁵. También se ha criticado, desde organizaciones empresariales, que se utilicen datos pre-BEPS.

⁵⁵ Hammarstedt *et alter* (2020) (enfatisando el potencial alto impacto que las medidas de los Pilares 1 y 2 podrían tener sobre el desarrollo económico, la productividad y los procesos de digitalización y agenda digital europea) y USCIB (2020) (que reivindica la utilización de datos post-BEPS/TCJA argumentando que el nuevo marco que resulta de tales «regulaciones» prácticamente elimina, cuando menos para MNE americanas, que se genere renta sujeta a baja o nula tributación).

Se ha observado que, en el último análisis, el principal argumento de la OCDE que fundamenta el Pilar 1 en los términos definidos en el *Blueprint*, pasa por evitar el colapso del sistema que resultaría de una explosión de unilateralismo fiscal y tensiones comerciales (Herzfeld, 2020e)⁵⁶; sin embargo, tal objetivo se logra a través de medidas que van más allá de la adaptación del sistema a la economía digital y solo tratan de equilibrar los intereses de política fiscal y económica de los países más afectados por tales medidas a partir de la localización de la sede de las grandes MNE tecnológicas (EE. UU. y China) con los de los grandes «países mercado» que carecen de un sector empresarial tecnológico en términos comparables (países europeos, por ejemplo); en este sentido, la adaptación del sistema fiscal internacional a la economía digitalizada (modificando nexos y reglas de atribución de beneficios a jurisdicciones mercado) podría realizarse a través de otro tipo de medidas, partiendo de los principios y reglas del sistema actual; ello evidencia no solo una desconexión entre los objetivos del Pilar 1 y los medios utilizados para lograrlos, sino también que el nuevo sistema post-BEPS 2.0 puede traer consigo una erosión innecesaria y perjudicial de los principios fundamentales del sistema actual (*arm's length*) que termine generando enormes costes de cumplimiento y altos riesgos de múltiple imposición e inseguridad jurídica para las empresas afectadas (Bowie *et alter*, 2020).

En este momento **no puede arriesgarse una posición sobre el futuro** de los Pilares 1 y 2 en relación con la conformación de un consenso global suficiente para su aprobación a nivel político por parte de los 137 países que conforman el *BEPS IF* durante el primer semestre de 2021. No obstante, lo que cada vez resulta más claro es que los factores que están impulsando la revisión del sistema fiscal internacional están logrando catalizar un proceso de coordinación internacional con alto impacto en términos de transformación del sistema; en este sentido, el proyecto BEPS (2015) vendría a representar un punto de inflexión que determinó la puesta en marcha de tal proceso y que ahora continúa a partir de la reforma del sistema que pretende articularse a través de las medidas recogidas en los Pilares 1 y 2 (BEPS 2.0). Ni que decir tiene que todo este proceso de transformación del sistema de fiscalidad internacional posee implicaciones de largo alcance que hacen **aconsejable una reevaluación dinámica de la estrategia fiscal** de las grandes empresas que operan transnacionalmente⁵⁷.

⁵⁶ Nótese que el unilateralismo fiscal no solo genera perjuicios y distorsiones no deseadas para los países donde están situadas las MNE tecnológicas, sino también para otros países, exportadores de bienes y servicios, como Alemania o los países nórdicos, que pueden terminar encontrando una nueva barrera (arancelaria) a la comercialización de sus productos en sus principales mercados (*vid.* Hammarstedt *et alter*, 2020).

⁵⁷ En particular, podría resultar recomendable «modelizar» el impacto de los Pilares 1 y 2 sobre la (re)localización del beneficio residual vs. beneficio rutinario del grupo MNE, la sostenibilidad del *transfer pricing* convencional en un contexto de *step-up enforcement* y de revisión global de la imputación de los beneficios/pérdidas, distribución de costes y desarrollo de funciones a la luz del nuevo marco de precios de transferencia post-BEPS 2015, y de las referidas medidas de redistribución formularia del beneficio residual (Pilar 1), considerando igualmente los límites al aprovechamiento de ventajas e incentivos fiscales (Pilar 2).

Este proceso de transformación del sistema de fiscalidad internacional iniciado a través de los proyectos OCDE/G20 BEPS 1.0 y 2.0 tan solo acaba de empezar; los *Blueprints* de los Pilares 1 y 2 de BEPS 2.0 posiblemente representen un punto de partida que únicamente señalaría la dirección de los «principios» que informarán la transición hacia un sistema tributario internacional distinto (más multilateral regulatoria e institucionalmente que supere el modelo binario fuente-residencia) que podría empezar a cristalizar durante las dos próximas décadas⁵⁸. El sistema de transición se está construyendo a partir de un **modelo de evolución incremental** que se asienta (formalmente) sobre los viejos principios de fiscalidad internacional⁵⁹. Este modelo de transición basado en una reforma incremental generará (eventualmente) problemas de inestabilidad en el sistema, una falta de adaptación

⁵⁸ Ciertamente, como se ha puesto de relieve un modelo de *corporate income taxes market-based* plantea muchos problemas para los países desarrollados que no constituyen grandes mercados, pudiendo generar su «desindustrialización» trasladando las actividades económicas más significativas (I+D+i y fabricación tecnológica) a «países mercado» para facilitar la compensación de ingresos y costes y lograr así una mayor eficiencia fiscal (Fensby, 2020, y Hammarstedt *et alter*, 2020). Igualmente, el mantenimiento de dos sistemas paralelos (pre-BEPS y post-BEPS 2.0) planteará no pocos problemas estructurales a las administraciones y a las empresas, por no mencionar el diferente *timing* de implementación en los distintos países y el desarrollo de enfoques nacionales a tal efecto combinadas con los clásicos e inevitables inercias de competencia fiscal (Larking, 2020).

⁵⁹ No obstante, no puede dejar de señalarse cómo la eventual implementación a escala internacional de las medidas derivadas de los *Blueprints* de los Pilares 1 y 2 traería consigo una más que significativa erosión de los principios democráticos y de soberanía política-fiscal sobre los que se construyen los Estados modernos, sin que la apelación a una regulación multilateral de los problemas generados por la hiperglobalización a efectos de preservar una parte de tales principios resulte suficiente como fundamento o justificación de la misma (*vid.*: Herzfeld, 2020e) siguiendo la tesis de Rodrik que cuestiona la posibilidad de conciliar de forma efectiva tal hiperglobalización económica con el principio democrático y la soberanía política de los Estados-nación. Igualmente, el carácter incremental del modelo de transición se refiere únicamente a que el nuevo sistema no reemplaza completamente los pilares del sistema pre-BEPS 2.0; sin embargo, resulta claro que algunos de los principios fundamentales del actual sistema (territorialidad en el sentido de no gravamen de renta extranjera activa hasta su repatriación, o el propio principio de gravamen de la renta donde se realiza la actividad y la creación de valor) terminan siendo superados a través de mecanismos que representan una ruptura con tal sistema, de suerte que tal ruptura posee implicaciones de política fiscal de largo alcance; así, una política fiscal basada en la territorialidad fiscal y la *capital import neutrality* queda superada por las medidas de Pilar 2 que determinan el gravamen en un país u otro en función del nivel de gravamen por el país de la fuente; lo mismo acontece respecto de la utilización de incentivos fiscales que instrumenten objetivos legítimos de política económica (y canalicen competencia fiscal legítima y transparente) por parte de los países fuente que puede quedar limitada por las medidas del Pilar 2 que exigen una tributación efectiva mínima (Boidman, 2020, y Hammarstedt *et alter*, 2020). Las limitaciones en el uso de los incentivos fiscales por parte de pequeños países con economías abiertas (por ejemplo, países en desarrollo) puede perjudicar a sus economías y crecimiento económico, de suerte que podrían terminar desplazando tales incentivos a otros ámbitos (fiscalidad de los trabajadores o subsidios directos e indirectos dirigidos a la atracción de actividad económica a sus territorios) generando una nueva forma de competencia fiscal (Lammers, 2020, se refiere a este tipo de efectos como el *dark side of BEPS 2.0*; *vid.* también el informe del ECIPE 2020 (2020), y Boidman (2020a), que llega a proponer que la OCDE elimine el Pilar 2).

de sus principios a la nueva realidad económica y geopolítica, y un déficit de coordinación y cooperación multilateral a efectos de garantizar unos niveles mínimos de seguridad jurídica que permitan resolver de forma efectiva los problemas estructurales de doble imposición que resultan del sistema actual⁶⁰.

Los grupos de empresas MNE se enfrentan al gran desafío de alinear sus modelos y estrategia fiscal a un estado de reforma fiscal permanente multinivel, donde coexisten distintas agendas fiscales (internacionales, regionales y nacionales), en un contexto de alta tensión estructural (a nivel político, comercial y financiero) entre las tendencias políticas multilateralistas (coordinación a través de estándares internacionales) y las políticas nacionales (unilateralismo y populismo fiscal).

La dirección y contenido de las medidas que contienen los *Blueprints* de BEPS 2.0 y su ulterior evolución pueden terminar alterando (además del sistema fiscal internacional) la propia gestión global de los impuestos por parte de las empresas MNE, existiendo una necesidad de evaluar sus implicaciones en los términos ya comentados (impacto sobre el global ETR derivado de la eventual reasignación de bases imposables y los impuestos mínimos, los riesgos de doble imposición y de la gestión estratégica de las potenciales nuevas controversias que resultan del nuevo sistema, etc.). Los potenciales impactos que pueden derivar de las medidas que terminen resultando de BEPS 2.0 van más allá del cometido de la propia función fiscal de las grandes empresas, en la medida en que pueden terminar repercutiendo sobre toda la organización; nótese igualmente cómo algunas de las medidas que pueden terminar resultando del nuevo marco fiscal post-BEPS 2.0 afectan a la dinámica aplicativa de la normativa fiscal por parte de las empresas, toda vez que requieren considerar la aplicación del sistema fiscal internacional de forma global a lo largo y ancho de la cadena de entidades que operan a escala multijurisdiccional, superando un modelo aplicativo que pasaba por la aplicación (unilateral o a lo sumo bilateralmente) de las normativas domésticas de las diferentes jurisdicciones donde se realizan negocios o se lleva a cabo la actividad (física o remotamente) (Foong, 2020).

El viento acaba de empezar a soplar y el *statu quo* fiscal ha dejado de representar el marco de referencia a efectos de definir modelos y políticas fiscales (Morris, 2020). El espíritu de los tiempos conecta con un cambio de paradigma fiscal. La política fiscal cada vez es más internacional, como consecuencia de los procesos regionales de integración político-económica y de la propia globalización económica, pero no puede perderse de vista que, en el último análisis, muchos elementos estructurales de las políticas (comerciales, económicas, sociales, fiscales, medioambientales, energéticas, industriales, etc.) de los diferentes países siguen viniendo determinados por factores e intereses nacionales.

⁶⁰ Avi-Yonah y Clausing (2019), Lammers (2020, January), Fensby (2020) y Larking (2020), entre otros.

Referencias bibliográficas

- Ali, H. (2021, January). P&G Tax Heads Push Alternatives to OECD Digital Tax Effort. *Bloomberg Law News*. 2021-01-15T12.
- Avi-Yonah, R. y Clausing, K. (2019). Towards a 21st Century International Tax Regime. *TNI*, August 26.
- Boidman, N. (December 2020). You Want It Darker? *TNI*, 100.
- Bowie, D.; Freeman, B. y Lamszus, J. (2020). The OECD's Digital Taxation Proposal: A Contradiction of the Original BEPS Project? *Bloomberg Law News*. 2020-11-16T11.
- Bradbury, D. *et alter* (2020). Tax challenges from digitalisation: a global two-pillar solution could increase tax revenues and support economic activity. *oecdecoscope*. blog/2020/10/20.
- Brockman, K. (2020a), Global Tax Dispute Resolution: OECD 2020 Review Ahead. *Bloomberg Law News*. 2020-12-08T08.
- Brockman, K. (2020b). Diverging Digital Tax Approaches Present Rocky Road. *Bloomberg Law News*. 2020-11-30T08.
- Calderón, J. M. (2018). The OECD ICAP: Just a new Multilateral and Cooperative Model of tax control for MNEs? *BIT*, 12.
- Carrol, B. y Mackie, J. (2020). The Changing Headquarters Landscape for Fortune Global 500 Companies. *Bloomberg Law News*. 2020.11.18T11.
- Colliard, J.; Eden, L. y Georg, C. (2021). Tax Complexity and Transfer Pricing Blueprints, Guidelines, and Manuals. *Tax Mgmt.Int'l J.*, 50. 02/05/2021.
- Corwin, M. *et alter*. (2020). Kpmg Report: Summary and initial analysis of Pillar One Blueprint. Kpmg.
- Das, R. (2020). The Concept of Value Creation: Is it Relevant for the Allocation of Taxing Rights? *BIT*, 74(3).
- ECIPE 2020. (2020). *Unintended Consequences: The Impact of OECD Pillar I and II Proposals on Small Open Economies*.
- Eden, L. (2020). The Arm's Length Standard: Making it work for a 21st Century world of MNEs and Nation States. *Global Tax Justice*. Oxford University Press.
- Eden, L. y Treidler, O. (2019). Taxing the Digital Economy-Pillar One is not BEPS 2.0. *Bloomberg Tax Insights*.
- Fensby, T. (2020). Why Sweden Should Lobby for a Temporary OECD-Approved DST. *TNI*.
- Finley, R. (2021, January). Delivering on Tax Certainty is Critical to Pillar 1's Success. *TNI*.
- Foong, A. (2020). OECD's Digital Tax Journey: an Unequal Footing. *Daily Tax Report International*.
- G-20 Leaders Declaration. Riyadh Summit, November 21-22, 2020.
- Gottlieb, I. y Ali, H. (2021, January). Digital Tax Talks Calls for Simplification, More Certainty. *Bloomberg Law News (Daily Tax Report)*. 2021-01-12T08.
- Goulder, R. (2021). The BEPS Gambit: Will the OECD Know when to resign? *TNI*, 101.
- Graetz, M. (2021). A Major Simplification of the OECD's Pillar 1. *TNI*, 101.
- Hammarstedt, C. *et alter*. (2020). *Joint Comments by the Confederation of Swedish Enterprise, the Confederation of Finnish Industries, the Confederation of Danish Industry, and the Confederation of Norwegian Enterprise, on the Public Discussion Drafts: Tax Challenges arising from digitalisation-Reports on Pillar One and Two Blueprints 12 October-14 October 2020*.
- Hanappi, T. y Gonzalez Cabral, A. (2020). The impact of the Pillar One and Pillar Two proposals's on MNE's Investment Costs. *OECD Taxation WP*, 50.

- Hebous, S. (2020). *Global Firms, National Corporate Taxes: An Evolution of Incompatibility*. IMF.
- Herzfeld, M. (2020 July). Fair Taxation in the Eye of the Beholder. *TNI*.
- Herzfeld, M. (2020e, December). Are Pillars 1 and 2 Compatible with Sovereignty and Democracy? *TNI*, 100.
- Herzfeld, M. (2021, February). Resetting Expectations for a Digital Deal under Biden Administration. *TNI*, 101.
- Hey, J. (2020). Taxation Where Value is Created and the OECD/G20 BEPS Initiative. *BIT*, 4/5.
- Higinbotham, H.; Srinivasan, N.; Starkov, V.; Mert-Beydilli, N. y Eden, L. (2021). Amount B: Facts and Circumstances Matter – Even for Routine distributors. *Bloomberg Law News*. 2021-02-05T12.
- Johnston, S. (2020, October). OECD Now Aiming for Global Corporate Tax Reform deal by Mid-2021. *TNI*.
- Johnston, S. (2021, January). OECD Navigates Calls for Simplifying Global Tax Reform. *TNI*.
- Keen, M. *et alter*. (2019). Corporate Taxation in the Global Economy. *IMF*.
- Kpmg. (2020). *Transfer Pricing Analysis of Arm's Length Return to Sales, Marketing & Distribution Activities*.
- Lammers, J. (2020a). OECD Unified Approach Leaves Market Jurisdictions in the Cold. *TNI*.
- Larking, B. (2020). OECD Buried Avalanche of Pillar 1 Tax Reform Comments. *TNI*.
- Martín Jiménez, A. (2020). Value Creation: A Guiding Light for the Interpretation of Tax Treaties? *BIT*, 4/5.
- Martin, M. y Bettge, T. (2021). Off the MAP: Dispute Resolution in the BEPS 2.0 Blueprints. *TNI*, 101.
- Millot, V. *et alter*. (2020). Corporate Taxation and Investment of Multinational Firms. *OECD Taxation WP*, 51.
- Morris, W. (2020). The Gathering Storm? The Other side of the Covid Portal. *Bloomberg Law News*. 2020-11-03T07.
- OCDE 2020. (2020). *Tax Challenges Arising From Digitalisation-Economic Impact Assessment*.
- OCDE. (2020a). *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy—January 2020*. OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS. OECD. Paris.
- OCDE/G20 Inclusive Framework on BEPS. (2020). *Cover Statement by the Inclusive Framework on the Reports on the Blueprints of Pillar One and Pillar Two*.
- OCDE/G20. (2020). *Tax Challenges Arising from Digitalisation-Report on the Pillar One Blueprint*. Inclusive Framework on BEPS.
- OECD Secretary-General. (2020). *Tax Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*.
- Rodrik, D. (2011). *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*.
- Schreiber, U. *et alter*. (2020). Why the Arm's length Principle should be maintained. *ITPJ*, 27(6).
- Souza, G. de. (2020). Blueprint on Pillar One – What's new and important. *Bloomberg Law News*. 2020-11-03T03.
- Sullivan, M. (2020, March). OECD BEPS Economic Impact Assessment Made Simple. *TNI*.
- USCIB. (2020). *Comments on the OECD Public Consultation Document on the Reports on the Pillar One and Pillar Two Blueprints*.

Vanderwolk, J. (2020, October). OECD Digitalization Project: Now is the Time for Business to Engage. *Bloomberg Law News*. 2020-12-08T08.

Vanderwolk, J. (2020, December). OECD/Inclusive Framework's Digitalization Project: Politics over Policymaking. *Bloomberg Law News*. 2020-10-20T11.

Bibliografía

Ballvet, L. (2020). Use of non-Arm's Length approaches within the Arm's Length Principle: Heading towards a new standard? *ITPJ*, 27(2).

Barnes, P. y Rosenbloom, D. (2020). A Seat at the Table: Thought Leaders Discuss OECD's Plans on Digital Economy Taxation. *TNI*.

Barton, K. (2020). Why Tax – And will remain at the Epicenter of a Covid-19 Recovery. *Bloomberg Law News*. 2020-10-29T14.

Boumans, D.; Fuest, C.; Krolage, C. y Wohlrabe, K. (2020). Expected effects of the US tax reform on other countries: global and local survey evidence. *International Tax and Public Finance*, 27.

Calderón, J. M. (2020). Corporate Tax Governance 2.0. *BIT*, 74(3).

Carmona Fernández, N.; Calderón, J. M.; Martín Jiménez, A. y Trape Viladomat, M. (2020). *Convenios de Doble Imposición. El Impacto de BEPS. Análisis y Evolución de la red española de tratados fiscales*, CISS.

Chand, V.; Turina, A. y Ballivet, L. (2020). Profit Allocation within MNEs in Light of the Ongoing Digital Debate on Pillar 1. *WTJ*, 12(3).

Cody, B.; Foley, S. y Glunt, P. (2020). Transfer Pricing's Brave New World. *TNI*.

Dechsakulthorn, S. *et al.* (2020). Treatment of Losses Under OECD Pillars 1 and 2. *TNI*.

Finley, R. (2020, November). OECD's Pillar 1 and 2 Impact Assessments Open to Debate. *TNI*.

González Burgos, V. y González de Frutos, U. (2020). Luces y sombras del Impuesto Digital. *Revista de Contabilidad y Tributación*. *CEF*, 451.

Gottlieb, I. (2020a). Global Tax Rewrite to Raise Up to \$80 Billion in New Revenue (1). *Bloomberg Law News (Daily Tax Report International)*.

Gottlieb, I. (2020b). UN Treaty Change Could Fuel Global Digital Tax Discord. *Bloomberg Law News (Daily Tax Report)*. 2020-10-19T02.

Gottlieb, I. (2020c). Digital Tax Talk Deadline Puts Pressure on Biden Treasury. *Daily Tax Report International*.

Gottlieb, I. y Ali, H. (2020a). Digital Tax Revamp Stalls Over Reach of Multinational Rules (1). *Bloomberg Law News (Daily Tax Report)*. 2020-10-14T05.

Gottlieb, I. y Ali, H. (2020b). Companies Could See Tax Certainty under OECD Plan, at a Price. *Bloomberg Law News (Daily Tax Report)*. 2020-10-14T11.

- Gottlieb, I. y Ali, H. (2020c). Multinationals Weigh Options to Simplify Minimum Global Tax. *Bloomberg Law News (Daily Tax Report)*. 2020-10-13T02.
- Gottlieb, I. y Ali, H. (2020d). OECD Digital Tax Talks Look to Close Major Gaps to get Agreement. *Bloomberg Law News (Daily Tax Report)*. 2020-10-05T04.
- Grinberg, I. (2020). Design of Scope Limitations for OECD Pillar 1 Work. *TNI*.
- Güçery (citado por Finley, R. (2020). OECD's Pillar 1 and 2 Impact assessment Open to debate. *TNI*. Nov. 3.
- Herzfeld, M. (2020a, July). Fair Digital Taxation: In the Eye of the Beholder. *TNI*.
- Herzfeld, M. (2020b, October). OECD Pillars: A Bretton Woods Moment? *TNI, 100*.
- Herzfeld, M. (2020c, November). Looking for Cooperative Tax Policy in a Biden Administration. *TNI, 100*.
- Herzfeld, M. (2020d, November). Selling a Digital Brooklyn Bridge. *TNI, 100*.
- Hirst, A.; Eggleston, T.; Vann, R. y Hu, M. (2020). BEPS 2.0 Blueprints: Caught between two stools? *Greenwoods & Herbert Smith Freehills*.
- Johnston, S. (2020a, October). BEPS 5 Years Later: Action 1 and the Quest to Digital Activity. *TNI*.
- Johnston, S. y Strocko, K. (2021 January). US Must Rethink Stance on Global Tax Reform Deal, Harter Says. *TNI*.
- Khare, A. y Devarajan, S. (2020). Covid-19 and Transfer Pricing Implications for Digital Companies. *Bloomberg Law News*. 2020-09-21T08.
- Lamer, E. (2020). Status quo on Digital Taxation Isn't an Option. *TNI*.
- Lamers, J. (2020). The Dark Side of Pillar 2. *TNI, 100*.
- Minor, R. (2020, October). OECD Draft Blueprint Included a Coordinated End to DSTs. *TNI, 100*.
- Minor, R. (2020a, October). ATAF Publishes DST Guidelines for Africa. *TNI, 100*.
- Parks, B. (2020). Arm's Length: Principle or Cult? *TNI, 100*.
- Robertson, R. (2020). The OECD and the Ticking Clock – What a Delay in Global Agreement May Mean. *Daily Tax Report International*.
- Sarfo, N. (2020, November). The Other Pillar 3. *TNI, 100*.
- Song, M. (2021). The Corporate Tax Revolution is Coming-Are we ready? *Bloomberg Law News*. 2021-02-18.
- Vanderwolk, J. (2020, September). The OECD's Two Tax Pillar son Digitalization – A Multilateral Project in Search of a Shared Purpose. *Bloomberg Tax-Transfer Pricing Report*.



Algunas cuestiones en torno a la utilización de los requerimientos individualizados por parte de la Administración

M.^a del Mar de la Peña Amorós

Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario.

Universidad de Murcia

marpe@um.es | <https://orcid.org/0000-0003-3829-1993>

Extracto

Los requerimientos individualizados se convierten en una pieza clave en manos de la Administración para obtener información que posteriormente puede ser utilizada para descubrir y atajar el fraude fiscal. Estos requerimientos plantean en la práctica algunas dudas, consecuencia en muchas ocasiones de la regulación imprecisa de los mismos que no establece qué debemos entender por requerimiento individualizado, ni siquiera qué tipo de información se puede solicitar a través de los mismos, aludiendo como único requisito a la necesidad de que la información tenga trascendencia tributaria. Se dejan pues muchas cuestiones abiertas, lo que puede llevar consigo una cierta discrecionalidad por parte de la Administración en el uso de los mismos y un detrimento de la seguridad jurídica si tomamos como punto de referencia las garantías y derechos con los que cuenta el obligado tributario.

Palabras clave: requerimiento individualizado; deber de información.

Fecha de entrada: 25-06-2020 / Fecha de aceptación: 30-07-2020 / Fecha de revisión: 01-02-2021

Cómo citar: Peña Amorós, M.^a M. de la. (2021). Algunas cuestiones en torno a la utilización de los requerimientos individualizados por parte de la Administración. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 456, 101-140.





Questions about the use of individualized requests by Public Administration

M.^a del Mar de la Peña Amorós

Abstract

Individualized requests have become a key piece for Public Administration in order to obtain information that can later be used to discover and pursue tax fraud. In practice, these requests raise several doubts due to its imprecise legal regulation, which does not establish neither what should be understood by «individualized request», nor the type of information that can be requested, alluding expressly only to the need for the information to have «tax relevance». Thus, many questions remain open and may entail certain discretion on the part of Public Administration in the use of such requests as well as a detriment of legal certainty if we consider the guarantees and rights that the taxpayer.

Keywords: individualized request; duty of information.

Citation: Peña Amorós, M.^aM. de la. (2021). Algunas cuestiones en torno a la utilización de los requerimientos individualizados por parte de la Administración. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 456, 101-140.





Sumario

1. Consideraciones generales
2. Cauces de obtención de información
3. Los requerimientos de información
 - 3.1. Concepto de requerimiento
 - 3.2. Competencia para realizarlos
 - 3.3. Sujetos en relación con los que se solicita información
 - 3.4. Contenido del requerimiento
 - 3.5. Información objeto de requerimiento
 - 3.5.1. Información que puede solicitarse
 - 3.5.2. La trascendencia tributaria
 - 3.5.3. Límite objetivo a la información solicitada
 - 3.6. Los requerimientos: acto administrativo o procedimiento

Referencias bibliográficas



1. Consideraciones generales

El artículo 31.1 de la Constitución española (CE) establece la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con el principio de capacidad económica, mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad y que en ningún caso tendrá carácter confiscatorio. Se fijan de esta forma los principios que deben inspirar al legislador en el momento de configurar el sistema tributario de un país, y cuyo objetivo último es lograr recursos suficientes para cubrir los gastos públicos, considerando imprescindible que esa contribución se haga teniendo como principio inspirador básico el principio de capacidad económica.

Ahora bien, para que ese objetivo se logre es necesario que junto a una configuración adecuada del sistema se vigile también el cumplimiento de las obligaciones fiscales por parte de los contribuyentes. La Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) tiene de este modo como fin último la aplicación efectiva del sistema tributario, teniendo entre sus objetivos estratégicos y fundamentales tanto la prevención como la lucha del fraude fiscal.

En esa lucha contra el fraude es de especial importancia tanto la cantidad como la calidad de la información que tiene la Administración sobre los contribuyentes. Señala el Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2021 que en la prevención del fraude es un aspecto clave la información, y así entre las líneas de actuación prioritaria encontramos las fuentes de información, afirmando expresamente que tras realizar los procesos de depuración y validación, la información es punto de referencia para efectuar un análisis de riesgos, y de esta forma intentar perseguir e inspeccionar a aquellos que no cumplen de forma correcta sus obligaciones tributarias.

La información con la que cuenta la Administración tiene distintas fuentes: de origen interno, derivada de las obligaciones de suministro, la que se obtiene de los modelos tributarios, la que procede de otros organismos públicos, así como la información basada en las obligaciones de información que tienen las personas físicas o jurídicas a través de los requerimientos individualizados de información previstos en el artículo 93 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT). De este modo podemos afirmar que los requerimientos individualizados se convierten en una pieza clave en manos de la Administración para obtener información que posteriormente pueda ser utilizada para descubrir y atajar el fraude fiscal. La información es, pues, un elemento muy preciado, y además si la

misma es tratada adecuadamente a través de los medios técnicos e informáticos existentes puede poner de relieve la existencia de nichos de fraude especialmente perseguibles.

El artículo 18 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece un deber de colaboración de las personas que se concreta básicamente en facilitar a la Administración los informes, inspecciones y otros actos de investigación que requieran para el ejercicio de sus competencias. Este deber de colaboración con la Administración se concreta en el ámbito tributario entre otros en el deber de información.

El deber de proporcionar información constituye de esta forma un «instrumento necesario para la gestión de los tributos que puede imponerse tanto a los sujetos pasivos de las prestaciones materiales como a cualesquiera administrado no sujeto de la obligación tributaria material o principal» (Lago Montero, 1998, pp. 47 y 48). Además el actual sistema de gestión tributaria, caracterizado por afectar a un considerable número de sujetos, se asienta sobre la necesaria colaboración de los administrados, que deben facilitar a la Administración la información que esta precise para poder llevar a cabo una correcta aplicación de los tributos y un adecuado control de las conductas de los particulares (Calvo Vérguez, 2017, p. 7).

Nos centraremos en este trabajo en la obtención de información de forma individualizada a través de los requerimientos, pues los mismos plantean en la práctica algunas dudas consecuencia en muchas ocasiones de la regulación imprecisa de los mismos. Así partiremos de un análisis general de los cauces de información de la Administración para centrarnos después en el estudio de los requerimientos individualizados.

2. Caudes de obtención de información

Señala el artículo 93.2 de la LGT que las obligaciones de información «deberán cumplirse con carácter general en la forma y plazos que reglamentariamente se determinen, o mediante requerimiento individualizado de la Administración que podrá efectuarse en cualquier momento posterior a la realización de las operaciones relacionadas con los datos o antecedentes requeridos».

Se establecen, pues, por el legislador dos modos o vías para llevar a cabo el cumplimiento de esta obligación que son: el suministro y la captación.

Estas se distinguen por primera vez por Mantero Sáez (1986, p. 124) cuando afirma que «la obtención de información por suministro se produce en aquellos casos en los que la norma establece la obligación de proporcionar determinados datos, sin necesidad de que la Administración los requiera», mientras que «la obtención de información por captación supone una actuación singularizada de la Administración, que exige a una persona determinada, que le proporcione unos datos determinados, de forma que, de no exigirse no se proporcionarían».

Estos dos cauces recogidos por la norma son distintos utilizándose en principio en supuestos diferentes. Junto a estos la Administración podrá también obtener información de forma directa, si bien este modo de actuación no está previsto en la LGT¹.

En relación con el uso de cada uno de los cauces, no encontramos en la normativa criterios que determinen cuándo se debe utilizar uno u otro o, incluso, si ambos son o no compatibles, pudiendo solicitarse la misma información de las dos formas.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han hecho eco de esta cuestión. Palao Taiboada (1987, p. 137) fue el primero en ocuparse de esta posible diferenciación señalando que si de lo que se trata es de obtener datos con un interés genérico para la Administración tributaria, deberán los mismos solicitarse a través del establecimiento de un deber concreto de suministro periódico, mientras que los requerimientos se reservarían para aquellos datos que puedan tener consecuencias jurídicas en un procedimiento incoado o por incoar².

La doctrina administrativa por el contrario no ha mantenido una línea uniforme en relación con si el uso de los medios de obtención de información es diferente o no, según el tipo de datos que se quieran obtener, pudiendo la Administración optar por el que prefiera en cada caso. Así el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) en tres Resoluciones de 8 de noviembre de 2007 (RG 1481/2006 –NFJ027027–, 1509/2006 –NFJ027043– y 1512/2006 –NFJ027042–) parecía haber optado por diferenciar el modo de obtención según el tipo de datos, afirmando que el sistema de «captación de datos o informes no puede revestir, como se desprende de la propia expresión citada, un carácter indiscriminado o, lo que es lo mismo, de total extensión y comprensión de la multitud de usuarios de un servicio prestado por la empresa requerida». En las mismas, por tanto, parecía entreverse que el sistema de captación se utilizaría en el caso de supuestos concretos y no con carácter genérico. Sin embargo, en sentido contrario encontramos la Resolución del TEAC de 2 de noviembre de 2017 (RG 963/2014 –NFJ068621–), que afirma «respecto a la obtención de información por captación, la posibilidad de distinguir dos clases de grupos: en primer lugar,

¹ Esta forma de obtención de información no se recoge en los artículos 93 y 94 de la LGT, aludiéndose a la misma en el artículo 55 de Reglamento de Gestión e Inspección de los tributos (Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio –RGGI–), cuando señala expresamente que:

[...] no obstante, cuando las actuaciones de obtención de información se realicen por los órganos de inspección o de recaudación podrán iniciarse inmediatamente, incluso sin previo requerimiento escrito, en caso de que lo justifique la naturaleza de los datos a obtener o de las actuaciones a realizar y el órgano actuante se limite a examinar documentos, elementos o justificantes que deban estar a su disposición.

² En el mismo sentido Juan Lozano (1993, p. 317) señala que existen

unas fronteras lo suficientemente nítidas dentro del deber de información entre los datos susceptibles de ser requeridos individualmente y aquellos cuya obtención necesite el establecimiento de un deber general de suministro. El grado de concreción y determinación que presenten los datos dentro de la categoría de aquellos que revistan trascendencia tributaria sería el criterio distintivo a utilizar.

requerimientos de información a terceros en los que se solicita información concreta respecto de una operación específica o de un concreto obligado tributario»³. Y, en segundo término, requerimientos a terceros en los que se solicita información «con vistas a la detección de actividades u operaciones fraudulentas o para actividades de inspección o recaudación»⁴.

En relación con esta segunda posibilidad señalada por el TEAC afirma Sánchez López (2018, p. 13) que:

[...] puede ser muy arriesgada, dado que permite la obtención «indiscriminada» de información referida a una pluralidad de contribuyentes que, únicamente, en algunos casos dará lugar a la iniciación de un procedimiento redundando, como no podía ser de otra manera, en la vulneración de la esfera jurídica de los obligados tributarios a que dichas actuaciones se refieren, siendo, por otra parte, harto difícil la justificación de dicha petición masiva de datos desde el punto de vista del principio de proporcionalidad.

Tampoco la jurisprudencia ha seguido una línea homogénea⁵, si bien es cierto que las últimas sentencias del Tribunal Supremo (TS) parecen optar por considerar que los requerimientos individualizados no pueden ir a obtener datos generales⁶. Así, entre otras, la Sentencia del TS de 13 de noviembre de 2018 (rec. núm. 620/2017 –NFJ071915–), sobre el requerimiento de datos masivo realizado al Consejo General del Poder Judicial sobre abogados y procuradores relacionados con procedimientos judicial entre 2014 y 2016, señala que al realizarse un requerimiento masivo se pierde el vínculo de proporcionalidad que

³ Afirma la propia resolución que se trata de «la petición más habitual y suele realizarse por los actuarios en el curso de un procedimiento inspector respecto de un obligado tributario».

⁴ En este segundo supuesto se trata de requerimientos efectuados con carácter previo a un procedimiento, dado que precisamente persiguen detectar bolsas de fraude y operaciones de elusión fiscal. Por ello, y dada su naturaleza, no se refieren a operaciones concretas, sino a colectivos de personas u operaciones. Ejemplos de esta clase de requerimientos son los relativos a cesiones de créditos, utilización de billetes de 500 euros como dinero negro, etc. Se trata de «operaciones fundamentales para la detección y lucha contra el fraude fiscal».

⁵ La Sentencia de la Audiencia Nacional (AN) de 26 de julio de 2012 (rec. núm. 357/2009 –NFJ047910–) en un requerimiento a El Corte Inglés en relación con los titulares de la tarjeta de dicho establecimiento que hubieran realizado compras durante el año superiores a 30.000 euros, entendió que el mismo era plenamente ajustado a derecho y a las exigencias del principio de proporcionalidad.

⁶ Señala acertadamente el voto particular de la Sentencia del TS de 15 de diciembre de 2014 (rec. núm. 3565/2012 –NFJ056792–) que:

[...] la Administración no es libre para elegir la forma y el cauce para recabar la información, acudiendo a la vía que le sea más cómoda o aquella que presente menos inconvenientes [...] en la disyuntiva entre la comodidad de la labor de la Administración y la proporcionalidad en el establecimiento de obligaciones de información tributaria a cargo de los ciudadanos deben prevalecer entendemos estas segundas en detrimento de la primera.

permitiría seguir el cauce de la investigación por captación frente a personas sobre las que existían indicios razonables de fraude. Asimismo afirma que «la información por suministro es el medio natural para las tareas de prospección, mientras que la información por captación es el cauce ordinario para constatar los indicios de posibles incumplimientos que hayan llegado a la Administración tributaria»⁷.

A la vista de todo lo reseñado, y pese a que la normativa no establece criterios de diferenciación entre los supuestos de información que deben utilizar el cauce de la información por suministro, y aquellos en los que es adecuado el uso del requerimiento individualizado o por captación, creemos que cuando se trate de datos generales que afecten a un gran número de sujetos lo más adecuado sería establecer una obligación específica de información que suministrará datos de forma periódica, dejando por tanto el requerimiento individualizado para los datos más concretos. La utilización de los requerimientos de información para otros supuestos podría llevar al uso de estos requerimientos como sustitutivos de la modalidad de suministro⁸. Además, su uso de manera masiva no respetaría tampoco el principio de proporcionalidad que debe regir en el desarrollo de las actuaciones de información por parte de la Administración.

Tras afirmar que no existen criterios para que una información se solicite por una u otra vía, nos podemos cuestionar si es posible que información suministrada a la Administración por estar prevista esa obligación expresamente por la norma, pueda solicitarse después también mediante el uso del requerimiento individualizado. Es decir, si es posible utilizar ambas vías de obtención de información de forma simultánea o, por el contrario, en el supuesto en el que la información se solicita al obligado tributario por requerimiento individualizado, tras haber aportado la misma en cumplimiento de su obligación de suministro, puede este alegar que dicha información se encuentra en poder de la Administración tributaria actuante, por lo que no se debe volver a solicitar en aplicación de lo dispuesto en el artículo 34.1 h) de la LGT.

En principio el derecho a no aportar aquellos documentos ya presentados o la información ya aportada no es un derecho ilimitado, y de hecho el supuesto planteado está expre-

⁷ En el mismo sentido la Sentencia del TS de 20 de octubre de 2014 (rec. núm. 1414/2012 –NFJ056360–) declaró que:

[...] los requerimientos individualizados, como en general las actuaciones de información practicadas por la inspección de los tributos, han de ser concretos y singulares, lo que se predica en primer lugar del requerido, pero también del ámbito objetivo de la información reclamada; y que el juego de ambas notas (individualización subjetiva y concreción objetiva) permite rechazar los requerimientos abstractos, genéricos e indiscriminados, pues de otra forma se difuminarían las líneas divisorias entre la información por captación y la información por suministro.

⁸ Destaca el TS en Sentencia de 15 de diciembre de 2014 (rec. núm. 3565/2012 –NFJ056792–), que:

[...] la modalidad de requerimiento individualizado no puede convertirse en sucedáneo del deber reglamentario de información [...]; sería contrario a la disciplina legal practicar un requerimiento individualizado de información para recabar la que debería haberse recogido a través del deber general de información periódica.

samente previsto por el artículo 99.2 de la LGT cuando señala que «se podrá, en todo caso, requerir al interesado la ratificación de datos específicos propios o de terceros, previamente aportados»⁹. Por su parte el TEAC se ha pronunciado sobre esta cuestión entre otras en la Resolución de 9 de febrero de 1994 (NFJ003657) en la que afirma que existe plena compatibilidad entre la información por suministro y que la administración haga a su vez requerimientos individualizados sobre la misma¹⁰.

A la vista de lo establecido tanto por la ley como por la doctrina¹¹ creemos que en efecto no se podrá requerir una información idéntica a la que se suministra en virtud del cumplimiento de la obligación por suministro, pero sí información adicional sobre el mismo supuesto que sirva para aclarar, completar o incluso corroborar los datos con los que ya cuenta la Administración. Afirma así Sánchez López (2001, p. 295) que el carácter complementario debe conducir a

la adecuada coordinación de ambas modalidades de obtención de información de manera que, descansando sobre los deberes de suministro la formación de un censo fiable de contribuyentes que permita una idónea selección y comprobación de los mismos, los requerimientos individualizados de información se encaminen a obtener, sobre la base de los datos previamente suministrados y en atención a las concretas necesidades de un determinado marco de investigación aquella información que en cada momento se considere necesaria.

3. Los requerimientos de información

El artículo 93.2 de la LGT señala que las obligaciones de información se podrán cumplir «mediante requerimiento individualizado de la Administración tributaria que podrá efectuar-

⁹ En igual sentido el artículo 108.4 de la LGT dedicado a las presunciones en materia tributaria señala que:

[...] los datos incluidos en declaraciones o contestaciones a requerimientos en cumplimiento de la obligación de suministro de información recogida en los artículos 93 y 94 de esta ley que vayan a ser utilizados en la regularización de la situación tributaria de otros obligados se presumen ciertos, pero deberán ser contrastados de acuerdo con lo dispuesto en esta sección cuando el obligado tributario alegue la inexactitud o falsedad de los mismos. Para ello podrá exigirse al declarante que ratifique y aporte prueba de los datos relativos a terceros incluidos en las declaraciones presentadas.

¹⁰ En el mismo sentido el TEAC en su Resolución de 9 de octubre de 2001 (RG 2865/1999 –NFJ012242–) establece que el recurrente estaba obligado a cumplir con el requerimiento individualizado de información con independencia del deber de presentar la declaración de operaciones con terceros, porque el contenido de la información no era idéntico.

¹¹ Destacan Lasarte Álvarez y Sánchez Pedroche (1999, p. 500) que «la información por captación se puede configurar como un procedimiento compatible y complementario con la información por suministro».

se en cualquier momento posterior a la realización de las operaciones relacionadas con los datos o antecedentes requeridos». El legislador se limita de esta forma a enunciar el uso de esta forma de obtención de información, señalando que dicho requerimiento parece que debe realizarse *a posteriori*, y no como cauce de mera recopilación de información. Asimismo, recoge este precepto, en su apartado 3, un tipo especial de requerimiento de información que es el que se realiza a las entidades dedicadas al tráfico bancario, en relación con el cual la ley establece algunas especialidades básicamente procedimentales. Por su parte el RGGI en sus artículos 55 a 57 hace un análisis más minucioso de estos requerimientos individualizados para la obtención de información.

Nos centraremos a continuación en el análisis de este cauce de obtención de información y en algunos de los problemas que la difusa regulación del mismo plantea en la práctica, pues la misma no establece qué debemos entender por requerimiento individualizado, ni siquiera qué tipo de información se puede solicitar a través de los mismos, aludiendo como único requisito a la necesidad de que la información tenga trascendencia tributaria. Sí que se fija, sin embargo, el contenido mínimo que deberá aparecer en el acto de requerimiento, y una recomendación en torno al plazo que se debe otorgar para el cumplimiento de la obligación. Se dejan pues muchas cuestiones abiertas, lo que puede llevar consigo una cierta discrecionalidad por parte de la Administración en el uso de los mismos, y un detrimento de la seguridad jurídica si tomamos como punto de referencia las garantías y derechos con los que cuenta el obligado tributario.

En relación con los plazos tampoco el legislador regula expresamente el mismo, y así tan solo el artículo 55.2 del RGGI señala que «en los requerimientos de información se concederá un plazo no inferior a 10 días, contados a partir del día siguiente al de la notificación del requerimiento, para aportar la información solicitada». Se establece pues un mínimo de 10 días, pero en ningún caso se prohíbe que la Administración otorgue un plazo superior para cumplir con la obligación de información solicitada. Tal vez hubiera sido conveniente recoger en el reglamento un plazo exacto no dejando nuevamente a la discrecionalidad de la Administración el establecimiento de uno u otro.

3.1. Concepto de requerimiento

El requerimiento de información supone una actuación individualizada de la Administración por la que se exige a una determinada persona, unos datos específicos señalados en el propio requerimiento, de forma que de no existir el mismo dichos datos no se habrían suministrado.

En cuanto a qué se entiende por actuación individualizada han sido muchos los pronunciamientos jurisprudenciales, según los cuales, «la individualización se requiere en relación a la entidad a la que se dirige el requerimiento y no tanto al número de los datos a la misma

solicitados»¹². De esta forma el carácter individual hace referencia a la identificación del destinatario del requerimiento, por tanto, a que el mismo se dirige a una persona concreta y determinada, con independencia del número de datos que se le solicitan. En relación con los datos únicamente se exige que estén especificados y sean conocidos por aquel al que se le solicitan.

Señala Bernardo Gómez (2015, pp. 166 y 167) que el requerimiento no debe ser indiscriminado ni genérico, sin que ello se refiera al número o indefinición de los sujetos respecto de los que se solicita la información, sino al carácter singular del acto de requerimiento y a la naturaleza del individual del obligado tributario requerido. De esta forma, y tal y como ha establecido el TS¹³, no son admisibles los requerimientos abstractos, genéricos e indiscriminados, pues se difuminarían las líneas divisorias entre la información por suministro y la información por captación.

3.2. Competencia para realizarlos

Otra de las cuestiones a dilucidar es qué órgano puede realizarlos, es decir, si los mismos se realizan únicamente por los órganos de inspección, o también los de gestión o recaudación pueden llevar a cabo este tipo de actuaciones.

Ni la LGT ni el RGGI se refieren en concreto a ningún tipo de órgano, sino que en los preceptos se alude de forma genérica a la Administración tributaria, y no a órganos concretos de la misma, por lo que esto supone que tanto los órganos de gestión, como los de inspección y recaudación están legitimados para realizar este tipo de requerimientos cuando sea necesario para el desarrollo de sus funciones¹⁴.

El RGGI en su artículo 55 afirma expresamente «cuando las actuaciones de obtención de información se realicen por los órganos de inspección o de recaudación...». Esto puede llevarnos a interpretar que tales requerimientos se pueden practicar tanto por los órganos de inspección como por los de recaudación, sin que se establezca nada expresamente para los órganos de gestión. Se plantea en estos casos la duda en torno a si la realización de estos requerimientos de información conlleva la apertura de un procedimiento inspector, a

¹² *Vid.* Sentencia de la AN de 29 de diciembre de 2017 (rec. núm. 111/2016 –NFJ080760–) y Sentencia del TS de 7 de febrero de 2000 (rec. núm. 11291/1991 –NFJ009008–).

¹³ Entre otras en Sentencia de 20 de octubre de 2014 (rec. núm. 1414/2012 –NFJ056360–) y de 5 de noviembre de 2014 (rec. núm. 3733/2013).

¹⁴ En relación con la inspección tributaria señala expresamente el artículo 141 c) de la LGT que «la inspección tributaria consiste en el ejercicio de las funciones dirigidas a: La realización de actuaciones de obtención de información relacionadas con la aplicación de los tributos, de acuerdo con lo establecido en los artículos 93 y 94 de esta ley». Por su parte el artículo 10.2 del Reglamento General de Recaudación recoge que «Los funcionarios que desempeñen funciones de recaudación podrán realizar actuaciones de obtención de información previstas en los artículos 93 y 94 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria».

efecto del cómputo de los plazos, o se consideran actividades en cierta forma preparatorias del mismo, lo que podría suponer un alargamiento de los plazos no previsto por parte de la normativa, cuestión esta sobre la que volveremos en el último apartado de este trabajo.

En relación pues con la posibilidad o no de realizar requerimientos de información por parte de los órganos de gestión¹⁵, debemos afirmar que para estos órganos no existe un reconocimiento general para practicar este tipo de actuaciones, aunque sí se recogen habilitaciones específicas en el marco de procedimientos concretos¹⁶. De esta forma, y frente a lo que sucede en el caso de los órganos de inspección o recaudación, en el ámbito de la gestión tributaria no es posible llevar a cabo actuaciones de obtención de información con carácter autónomo, sino siempre ligadas a un procedimiento de aplicación de los tributos concreto, y con carácter instrumental al fin del mismo¹⁷.

3.3. Sujetos en relación con los que se solicita información

Tras analizar en qué consisten los requerimientos y qué órganos pueden hacerlos nos centraremos ahora en determinar sobre quién se puede requerir la información.

Nos podemos cuestionar si existe discrecionalidad por parte de la Administración en el momento de determinar a las personas sobre las que requiere información, o ha de estar en principio esta petición avalada por lo establecido en los planes de inspección.

Con carácter general a través de estos requerimientos se puede solicitar información tanto de terceros como en relación con obligaciones propias. En cuanto a los primeros señala el artículo 30 del RGGI que podrán realizarse en el curso de un procedimiento de aplicación de los tributos o ser independientes de este. Por el contrario, en el supuesto de los requerimientos sobre obligaciones propias se entenderá siempre que son independientes, y así señala

¹⁵ De hecho, una parte de la Comisión para la reforma de la LGT (*Informe para la reforma de la Ley General Tributaria*. IEF. Madrid. 2001, pp. 119 y 120) propuso que:

[...] en la nueva LGT se excluyera de forma expresa, que los órganos de gestión realicen requerimientos individualizados de obtención de información a terceras personas, ya que no resultan necesarios para la práctica de actuaciones de comprobación limitada. Por ello, esa solicitud de información por captación se reservaría a los órganos de inspección y recaudación, en el ámbito de sus propias competencias.

¹⁶ Sobre el examen particularizado de las actuaciones de obtención de información respecto de terceros en los diversos procedimientos de gestión *vid.* Anibarro Pérez (2010, pp. 80 a 90).

¹⁷ En relación con la anterior comprobación abreviada señala De la Peña Velasco (1996, pp. 78 y 79) que:

[...] parece claro que en la práctica totalidad de los requerimientos deben realizarse al sujeto pasivo y solo en aquellos supuestos en los que subsistan las discrepancias podrá acudir a la posibilidad de requerir información de terceros al amparo del deber de colaboración e información, pero es evidente que ello debe considerarse como una posibilidad excepcional en el procedimiento de comprobación abreviada.

el apartado 4 del propio artículo 30 que cuando se soliciten datos, informes, antecedentes al obligado tributario en el curso de un procedimiento de aplicación de los tributos, no tendrá este la consideración de requerimiento de información a efectos de lo previsto en los artículos 93 y 94 de la LGT. En los supuestos de requerimientos independientes nos encontramos ante actos administrativos formales que no son de mero trámite, por lo que reúnen las características necesarias para ser reclamables en vía económico-administrativa¹⁸. En estos casos la legitimación activa corresponde al ente requerido, y en ningún caso al sujeto al que se refiere la información, pues para este último el requerimiento es un simple acto de mero trámite¹⁹.

En los supuestos en los que los requerimientos de información se producen dentro de un procedimiento en concreto no existen dudas, pues el requerimiento de información tendrá un carácter instrumental respecto al mismo, por lo que será el propio desarrollo del procedimiento el que justifique que se solicite información sobre el contribuyente.

Sin embargo, en aquellos en los que se inicia un requerimiento de información de forma autónoma, y sobre todo en el caso de hacerlo por los órganos de inspección, podemos preguntarnos si pueden estos solicitar a cualquier sujeto los datos que consideren relevantes, o por el contrario han de ajustarse a unas directrices previas marcadas en los planes de inspección. En relación con esta cuestión no se establece limitación alguna por la ley, por lo que podemos afirmar que todos estamos sometidos a ese deber de colaborar con la Administración en la obtención de información, al igual que estamos obligados a contribuir con el pago de los impuestos. Asimismo, el hecho de no limitar los obligados respecto de los cuales se requiere información sería una forma de ayudar a que en el momento de configurar los planes de inspección se hagan sobre aquellos colectivos que, según la información que se ha obtenido por parte de la Administración previamente, supuestamente existen mayores bolsas de fraude.

Frente a lo que sucede en relación con el procedimiento de inspección, en el que el legislador en el artículo 116 de la LGT afirma que «la Administración tributaria elaborará anualmente un Plan de control tributario que tendrá carácter reservado, aunque ello no impedirá que se hagan públicos los criterios generales que lo informen», no encontramos tal previ-

¹⁸ Señala Mochón López (1995, p. 203) que «podríamos considerar que el requerimiento vendría a ser como una liquidación, pues tras su notificación el obligado tributario vendría obligado a realizar la prestación que concreta e individualiza. Y por esta razón se trata de un acto recurrible».

¹⁹ Señala el TEAC en Resolución de 20 de noviembre de 1996 (RG 9290/1993 –NFJ005312–) que:

[...] el acto administrativo que requiere una información de cierta persona natural o jurídica, relevante respecto de otra, no es de trámite, sino reclamable por la destinataria del mismo en vía económico-administrativa. En cambio, sí será un acto de trámite, inscrito en el procedimiento de gestión –caso de que exista– abierto con respecto al contribuyente al que aquella información se refiera, la incorporación al expediente de los datos o antecedentes obtenidos, pero esa incorporación, por sí sola, en modo alguno declara o niega un derecho, porque se limita a la aportación de antecedentes a un expediente administrativo; solo cuando se practique liquidación, fundada en todo o en parte sobre dichos antecedentes, existirá acto modificativo de derecho y, en consecuencia, acto reclamable.

sión a un plan de control por lo que se refiere a los requerimientos de información. No obstante, señala Fenellós Puigcerver (1998, p. 327) que estos requerimientos como el resto de las actuaciones que lleven cabo los órganos de inspección

deben formar parte de los planes y programas de la inspección en que se concretan las estrategias y objetivos generales que comprende la planificación, de forma que se incluyan en los programas de actuación, ámbitos prioritarios y directrices que sirvan para seleccionar a los obligados tributarios sobre los que estas deban realizarse.

Afirma asimismo López Martínez (1992, p. 241) que la planificación de la obtención de información ha de tener en cuenta las futuras líneas de actuación inspectora marcadas por el plan de inspección a medio y largo plazo, con el fin de estructurar un sistema de obtención de información y de elección de las formas de obtención de la misma, que sea la más adecuada para conseguir la efectividad y racionalización de la planificación inspectora.

En el supuesto de los requerimientos de información realizados por los órganos de recaudación, la justificación se encuentra en la existencia de un procedimiento de apremio en curso, o en cualquier otra actuación que los necesite, pudiendo incluso el mismo iniciarse en aquellos supuestos en los que se intuya que existen dificultades para el futuro cobro de la deuda.

De esta forma al determinar los sujetos la Administración ostenta una potestad discrecional²⁰, si bien esta será en cierta forma limitada, ya que el requerimiento de información debe ser motivado, de manera que se garantice que la información que se solicita tiene trascendencia tributaria. Asimismo, el solo hecho de estar entre los colectivos recogidos en el plan de control de la inspección no será suficiente para justificar que la información que se solicita tiene trascendencia tributaria.

3.4. Contenido del requerimiento

En cuanto al contenido del requerimiento, el artículo 55 del RGGI señala un contenido esencial, que en ningún caso puede faltar, y así afirma que los mismos incluirán: a) El nom-

²⁰ Señala Agualló Avilés (1994, pp. 68 y 69) que:

[...] es lícito, encomiable diría yo, defender que sea la Ley y solo la Ley la que determine en cada momento sobre quiénes, con nombres y apellidos, o con signos o caracteres que les hagan plenamente identificables, recaerá la función administrativa de comprobación o/e investigación del cumplimiento de los deberes con la Hacienda Pública. Lícito en la misma medida que utópico; casi tanto como pretender que se controle a todos.

Así pues, concluye el propio autor «un margen de discrecionalidad administrativa, cualquiera que este deba ser, es absolutamente imprescindible, irrenunciable, especialmente cuando sobre el tapete está la lucha contra la evasión de impuestos».

bre y apellidos o razón social o denominación completa y número de identificación fiscal del obligado tributario que debe suministrar la información; b) El periodo de tiempo a que se refiere la información requerida; c) Los datos relativos a los hechos respecto de los que se requiere la información.

Este contenido hace referencia a los datos básicos que habrá que proporcionar al sujeto al que se le requiere la información, para que identifique la misma y pueda cumplir con su obligación. En ningún caso aparece expresamente establecido entre los requisitos la motivación del requerimiento, sin embargo, la misma creemos que será imprescindible²¹. Destaca Sesma Sánchez (2001, p. 142) que el requerimiento de información como todo acto o actuación administrativa debe estar motivado máxime en los supuestos en que estamos en presencia de actos que pueden limitar derechos subjetivos o intereses legítimos y ante el ejercicio de una potestad discrecional²², en la medida en que es la Administración tributaria la que decide ejercer, o no, la potestad, elegir el destinatario y concretar su alcance. Por su parte Sánchez López (2018, p. 4) afirma que dicha motivación redundaría en la protección y salvaguarda de los derechos de defensa y seguridad jurídica del titular de los datos solicitados.

La motivación será pues el requisito necesario para que se considere fundamentado el requerimiento, lo que conllevará que el ejercicio de esta potestad discrecional por parte de la Administración se entienda ajustado a Derecho. Señala Gómez Cabrera (1998, pp. 298 y 299) que la motivación habrá de explicar todos y cada uno de los aspectos discrecionales de la potestad, es decir, por qué se inicia, por qué se dirigen a tal o cual destinatario, por qué se inician con uno u otro ámbito objetivo...

²¹ Señala Sánchez Pedroche (1995, p. 10) que resulta preceptivo que esas peticiones, imperando la colaboración de los obligados tributarios, se motiven adecuadamente para evitar un uso desviado del poder. En el mismo sentido el TEAC en Resolución de 10 de noviembre de 1993 (NFJ003190), afirma que:

[...] el requerimiento de información emitido al amparo del art. 111 de la LGT constituye un acto administrativo con entidad propia, no adictiva, que concreta e individualiza el deber general de suministrar información de terceros, define una obligación de hacer y el propio requerimiento, se convierte en el acto declarativo de esta obligación de informar, que es una obligación principal y autónoma, constituye un acto administrativo de carácter formal, que no puede ser considerado de mero trámite y, en consecuencia, reúne las características precisas para ser calificado como acto reclamable en la vía económico-administrativa, con aceptación jurídica del acto administrativo de requerimiento de información que, ineludiblemente, obliga a exigir la constancia de su justificación o de los motivos por los que se emite para que, así, por los órganos encargados, en su caso, del examen de su adecuación a Derecho, pueda ejercitarse con plenitud su función.

²² Destacan García de Enterría y Fernández Rodríguez (2015, p. 605) que la motivación es fundamental en especial en el tratamiento de los actos discrecionales como medio de control.

Por su parte Navarro González (2017, p. 1.819) considera que:

[...] una adecuada motivación garantiza el cumplimiento de las diferentes funciones que en sí encierra la motivación. Tales finalidades evitan de manera implícita la presencia de una serie de riesgos que atentan a la razón de ser de la motivación y que permiten definirla, a su vez, como un instrumento preventivo de la arbitrariedad y como un claro indicador del vicio de desviación de poder.

La motivación en este tipo de actos deberá en todo caso servir para demostrar que la información que a través del mismo se solicita tiene trascendencia tributaria, requisito este esencial para que el requerimiento se pueda realizar. Así señala el TS de manera reiterada²³ que «el necesario respeto del principio de proporcionalidad [...] pide que la Inspección motive adecuadamente el contenido y el alcance del requerimiento para cotejar si su actuación se ajusta a los designios del legislador»²⁴.

El problema radica en determinar cómo se tiene que fundamentar un acto para considerar que está correctamente motivado, o lo que es lo mismo, qué datos deben recogerse para entender que la información objeto del requerimiento tiene trascendencia tributaria. En este aspecto la jurisprudencia ha sido muy flexible señalando en un principio que «es suficiente motivación del acto la cita de las normas que fundamenten jurídicamente la misma como objeto de requerimiento»²⁵. En el mismo sentido se pronuncia la AN cuando afirma que «ha de entenderse como suficiente motivación del acto, la cita, en el requerimiento, de las normas que fundamentan jurídicamente la obligación de hacer que constituye el objeto del requerimiento»²⁶. Y también el TEAC ha mantenido en un inicio este criterio²⁷.

Sin embargo, en los últimos tiempos parece que los pronunciamientos van en la línea de intentar fundamentar mejor la trascendencia tributaria, no conformándose con la simple mención del precepto en el que la misma se sustenta. Así observamos que tanto la jurispuden-

²³ Entre otras, Sentencia de 29 de enero de 2015 (rec. núm. 1178/2012 –NFJ080745–), de 22 de enero de 2015 (rec. núm. 1889/2012 –NFJ080743–) y de 23 de octubre de 2014 (rec. núm. 593/2012 –NFJ080748–).

²⁴ El TS, en Sentencia de 14 de febrero de 2006 (rec. núm. 7176/2002 –NFJ080749–), establece que:

[...] la motivación exige que la resolución contenga una fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del Derecho a un supuesto específico permitiendo a un observador saber cuáles son las razones que sirven de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad.

Por su parte la Sentencia de 22 de enero de 2015 (rec. núm. 1889/2012 –NFJ080743–) señala que:

[...] la Inspección, cuando efectúa un requerimiento individualizado de información, debe precisar los datos que pide, para conocimiento del requerido, pero también para facilitar el eventual control jurisdiccional del artículo 106.1 CE. Se trata, en fin, de eliminar todo atisbo de arbitrariedad en el ejercicio de esta intensa potestad por parte de la Administración.

²⁵ Sentencias del TS de 26 de septiembre de 2007 (rec. núm. 2028/2002 –NFJ027072–) y de 2 de junio de 2003 (rec. núm. 6649/1998 –NFJ014309–).

²⁶ Continúa la propia Sentencia de 13 de septiembre de 2010 (rec. núm. 233/2009 –NFJ040648–) señalando que «se solicita información respecto de algo cuya trascendencia tributaria es tan evidente que no es necesaria la justificación expresa de la relevancia fiscal de los datos».

²⁷ Así en Resolución de 25 de junio de 2009 (RG 8015/2008 –NFJ035457–), declara que:

[...] no puede encuadrarse la solicitud de información entre los actos que limitan derechos subjetivos, sino que define una obligación de hacer, de forma que el propio requerimiento se convierte en acto declarativo de esa obligación de informar, por lo que ha de entenderse como suficiente motivación del acto, la cita, en el requerimiento, de las normas que fundamentan jurídicamente la obligación de hacer que constituye el objeto del requerimiento...

cia²⁸, como la doctrina administrativa²⁹, diferencian según la utilidad de la información tenga naturaleza directa o indirecta, siendo la motivación diferente según estemos ante una u otra.

Tendrá naturaleza directa si la información solicitada se refiere a hechos imponible, a actividades, titularidades, actos o hechos a los que la ley anuda el gravamen. En estos supuestos será suficiente la mera mención objetiva de los elementos de información que se demandan y de las normas que fundamentan el requerimiento.

Por el contrario, será indirecta la que se refiere a datos colaterales que puedan servir de indicio a la Administración para buscar los hechos imponible presuntamente no declarados o, sencillamente, para guiar después la labor inspectora hacia ciertas y determinadas personas. Son casos en los que la información solicitada puede tener una utilidad potencial, indirecta o hipotética encaminada a la aplicación efectiva de los tributos. En relación con esta clase de datos de incidencia indirecta, la relevancia tributaria no resulta evidente, siendo necesario para ponerla de relieve algo más que su simple relación y la cita de las normas que habilitan a la Inspección para reclamarlos. Así para poder captar esta clase de antecedentes, sin el amparo de una obligación general de suministro, la Administración debe realizar un mayor esfuerzo de motivación, justificando el requerimiento de forma razonada y razonable.

Se observa que en los últimos años se ha ido considerando la motivación uno de los requisitos sustanciales del requerimiento sin el cual podrían incluso considerarse nulo el mismo³⁰. En este sentido hay que destacar la reciente Sentencia del TS de 13 de noviembre de 2018 (rec. núm. 620/2017 –NFJ071915–)³¹, que resuelve el recurso interpuesto por el Consejo General de la Abogacía³² al requerimiento de datos indiscriminados por parte de la

²⁸ Entre otras, Sentencia del TS de 22 de enero de 2015 (rec. núm. 1889/2012 –NFJ080743–), de 29 de enero de 2015 (rec. núm. 1178/2012 –NFJ080745–) y de 23 de octubre de 2014 (rec. núm. 593/2012 –NFJ080748–).

²⁹ Entre otras, Resolución del TEAC de 18 de septiembre de 2018 (RG 7111/2015 –NFJ071394–), de 2 de noviembre de 2017 (RG 963/2014 –NFJ068621–) y de 2 de junio de 2015 (RG 2093/2012 –NFJ058497–).

³⁰ Afirma Martín Rodríguez (2018, p. 261) que «un requerimiento de información por captación necesita en todo caso una motivación singularizada que permita conocer por qué se solicita; en base a ello a quién va dirigido en concreto y, por todo ello, qué información se requiere».

³¹ En el mismo sentido, Sentencia 1628/2018, de 15 de noviembre (rec. núm. 623/2017 –NFJ080518–).

³² El Consejo General de la Abogacía Española interpuso recurso contencioso-administrativo solicitando la nulidad del acuerdo del Consejo General del Poder Judicial y del requerimiento de información, basándose en cinco argumentos:

- a) El requerimiento de obtención de información no estaba suficientemente motivado, pues se trataba de una petición genérica de información relativa a todos los procedimientos de todos los juzgados y tribunales durante un periodo de 3 años.
- b) No se refería a información con trascendencia tributaria, ya que se pedía un gran número de datos entre los que estaban el número de colegiado, o incluso importe en litigio cuando este dato no permite deducir el importe de los honorarios. Al referirse a información tan genérica, no se deducía del requerimiento qué relevancia tributaria podía tener.

AEAT al Consejo General del Poder Judicial sobre los procedimientos llevados por abogados y procuradores durante los ejercicios 2016 y 2017. La motivación del mencionado requerimiento fue únicamente la referencia al Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2016 y 2017, entendiendo el tribunal que la misma no es suficiente³³. El TS estima en este supuesto el recurso interpuesto, principalmente debido a que el requerimiento de la AEAT no justifica de forma razonable los motivos por los que existen suficientes indicios para in-

- c) El requerimiento de obtención de información no respetaba lo establecido en la LGT en lo que respecta a las vías de obtención de la información tributaria por la AEAT, vulnerando la jurisprudencia que interpretaba el alcance del artículo 93 de la LGT.
- d) El requerimiento no se acomodaba a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de cesión de datos entre Administraciones públicas. Al tratarse de un requerimiento masivo e indiscriminado no era conforme con los principios de protección de datos de carácter personal, y constituye una vulneración de ese derecho fundamental. En este sentido, se vulneraban los principios de legalidad, calidad del dato y proporcionalidad.
- e) El requerimiento de obtención de información no se ajustaba a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de protección de datos de carácter personal, no respetando los principios de calidad y proporcionalidad en relación con la finalidad que se perseguía.

³³ Señala expresamente la sentencia que:

[...] los citados Planes 2016 y 2017 no justifican tampoco un requerimiento de información dirigido globalmente a la totalidad del colectivo de la Abogacía como es el que aquí es objeto de controversia; esto es, la lectura de lo que se ha transcrito en ambos Planes pone bien de manifiesto que, para que un requerimiento de información dirigido a uno o varios profesionales pueda considerarse amparado por el Plan, habrá de concurrir individualmente en cada uno de los seleccionados este presupuesto: «[...] signos externos de riqueza en los casos en los que dichos signos no resulten acordes con su historial de declaraciones de renta o patrimonio preexistentes mediante el uso combinado de las múltiples informaciones que existen en la actualidad a disposición de la Administración Tributaria». Siendo de añadir respecto de lo que acaba de señalarse lo siguiente:

(a) Dicho presupuesto lo establece el Plan de 2016 pero rige también en el Plan de 2017, porque, según se ha dicho, se expresa así: «Junto con los ámbitos de control prioritario señalados previamente, existen determinados sujetos, sectores o regímenes tributarios sobre los que la Agencia Tributaria ha desarrollado sus actuaciones de control en años precedentes que deben mantenerse». Y este propósito de mantener lo del año anterior significa la continuidad en el Plan 2017 del presupuesto que el Plan del anterior año 2016 estableció para que se pudiese actuar sobre contribuyentes que presten actividades profesionales.

(b) Los textos de uno y otro Plan permiten diferenciar dos cosas distintas: el presupuesto para actuar contra los contribuyentes que presten servicios profesionales y la actuación que sobre ellos podrá realizar la Administración tributaria; pero sin que sean posibles estas últimas actuaciones si la selección del contribuyente sobre quien se va a reclamar información no se efectuó con observancia de la concurrencia en él del presupuesto que se viene mencionando.

(c) La observancia del tan repetido presupuesto resulta inexcusable para hacer visible que la selección del profesional cuya actividad vaya a ser objeto de un requerimiento de información se ajusta a unas pautas de objetividad; unas pautas que, según ya se dijo, resultan necesarias para asegurar que la actuación de la Administración tributaria observa debidamente el mandato de interdicción de la arbitrariedad que proclama el artículo 9.3 de la Constitución.

vestigar a todos los abogados y a todos los procuradores que han llevado procedimientos en los años señalados. De esta forma considera el alto tribunal que, al realizarse un requerimiento masivo, se pierde el vínculo de proporcionalidad que permitiría seguir el cauce de la investigación por captación frente a personas sobre las que existan indicios razonables de fraude. Así concluye la sentencia que no se cumplen los requisitos necesarios para asegurar que la actuación de la Agencia Tributaria no es arbitraria.

3.5. Información objeto de requerimiento

Con carácter general señala el artículo 93.1 de la LGT la obligación de proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias, o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas. Frente a lo que sucedía en la LGT de 1963, en la que la obligación de informar sobre datos propios se regulaba en un precepto diferente que el deber de informar sobre terceros³⁴, la actual LGT regula en el mismo precepto ambos deberes. Sin embargo, esta regulación unitaria no supone que no existan diferencias en ambos casos en relación entre otros, con la posibilidad de impugnación del requerimiento, posición jurídica en la que se encuentre el sujeto...³⁵

Esta regulación conjunta no se considera acertada por Sánchez López (2010, p. 94) fundamentando tal opinión en dos razones. Primera, que los problemas que plantea la aportación de información por parte de terceros son muy distintos de los que se tienen en el caso de suministro de datos propios, especialmente en lo relacionado con cuestiones como la protección de los derechos fundamentales y el derecho a la intimidad. Y segunda, que no solo el artículo 93 sino también los que le siguen se refieren a cuestiones relativas al deber de aportación de datos por parte de terceras personas. Estamos de acuerdo con esta apreciación pues no surgen los mismos conflictos cuando el sujeto está obligado a aportar información propia que cuando tal información se refiere a terceros. Así mientras al aportar información propia nos podemos cuestionar hasta qué punto está obligado el sujeto a declarar contra sí mismo, en el supuesto de que se solicite información sobre terceros el problema radica en muchas ocasiones en el respeto al principio de intimidad recogido en el artículo 18 de la CE.

3.5.1. Información que puede solicitarse

Nos debemos plantear qué tipo de información están obligados los sujetos a facilitar a la Administración, o dicho de otra forma qué tipo de información puede esta solicitar, y así señala

³⁴ La regulación del deber de informar sobre datos propios se recogía en el artículo 35.2, mientras la obligación de informar sobre datos de terceros se recogía en el artículo 111.

³⁵ *Vid.* Ruiz García (2006, pp. 240 y 241).

el precepto expresamente que existe obligación de proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria.

La inclusión de los datos y antecedentes no planteaba excesivos problemas interpretativos, pues si seguimos el concepto que de los mismos se recoge en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua podemos afirmar que «dato», es «aquel antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de una cosa o para deducir las consecuencias de un hecho», y «antecedente» es «aquella noticia o instrucción que se da de un negocio o suceso o bien de una persona». Así señala López Martínez (1992, p. 56) «que dichas expresiones tradicionales de datos y antecedentes, tenían un referente claro y específico, que era necesario concretar y caracterizar, pero no incluían excesiva confusión a los sujetos obligados a cumplirlos».

Sin embargo, la alusión a los informes plantea más dudas en el momento de determinar qué se entiende por los mismos. Entre las diversas interpretaciones³⁶ creemos que la más correcta es la de Jacobo y Burguillo (1987, p. 15) que afirma, que se entiende como el aporte, no de un conjunto heterogéneo de datos sino de una serie de ellos, facilitados de forma racional y sistemática³⁷.

En torno a esta cuestión señala Sánchez Huete (2018a, p. 381) que datos, informes y antecedentes tienen en común ser unidades informativas de carácter fáctico, ajenos a opiniones, apreciaciones subjetivas y a juicios de valor, y que difieren entre sí en que mientras los datos se refieren a una unidad informativa concreta, objetiva y mínima, los informes son el resultado de una sucesión y conjunto de datos facilitados de forma sistemática. Así estamos de acuerdo con el citado autor cuando considera que la utilización en cierta forma reiterada de conceptos tiene como finalidad acoger supuestos diversos y lo más amplios posibles.

Finalmente, el artículo 93 de la LGT, a diferencia de lo que establecía el artículo 111 de la LGT de 1963, incluye también la obligación de proporcionar justificantes, inclusión que conlleva que no solo existe obligación de informar de los datos, sino que hay que entregar justificantes en los que aparece la identidad y la veracidad del dato del que se informa.

Ahora bien, no hay obligación de proporcionar cualquier dato, antecedente, informe o justificante, sino que el mismo tiene que tener trascendencia tributaria³⁸. Este requisito podría en principio considerarse un límite que restringiera la obligación de aportar información, sin

³⁶ Pulido Coredro (1987, p. 101) entiende por informe la exposición oral o escrita sobre el estado de una cuestión, lo que lleva implícito un matiz subjetivo, un juicio de valor, sobre personas o hechos concretos, que en una materia tan delicada como la fiscal, conlleva una responsabilidad no acorde con la naturaleza de la obligación de la que dimana.

³⁷ En el mismo sentido Hurtado González (2001, p. 88).

³⁸ Señala Palao Taboada (1994, pp. 105 y ss.) en relación con el objeto de la información que han de quedar excluidas las meras solicitudes de datos carentes de toda relación con hechos imponderables conocidos o de probable realización.

embargo, la interpretación de qué debemos entender por «trascendencia tributaria» plantea muchos problemas, ya que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, que en ningún caso ha sido definido expresamente por la legislación.

Señala Olivares Olivares (2017, p. 142) que la citada trascendencia tributaria es una cualidad inherente al dato, y a su vez un elemento diferenciador que permite distinguir la información que es utilizada por la Administración tributaria, de la que usan el resto de las administraciones, circunstancia esta importante, pues posibilita acotar el objeto del derecho fundamental a la protección de los datos personales ante determinadas operaciones, pues de no ser considerados datos con trascendencia tributaria no quedarían amparados por la normativa tributaria que admite exceptuar distintas facultades del titular de los mismos.

3.5.2. La trascendencia tributaria

Con el fin de fijar el elemento objetivo del deber de información es importante precisar qué debemos entender por «trascendencia tributaria», y para ello partiremos de la interpretación que se realiza tanto por la doctrina administrativa, a través de las resoluciones del TEAC, como por parte de los tribunales. Ahora bien, y antes de centrarnos propiamente en determinar el concepto, creemos importante señalar que tanto la jurisprudencia³⁹ como la doctrina han tendido a una interpretación mayoritariamente amplia del mismo, siendo además escasos los avances que se han producido a lo largo de los años en torno a la fijación de los contornos del concepto.

Es el TEAC, en Resolución de 23 de septiembre de 1987 (NFJ000314), el que por primera vez da un concepto afirmando que la trascendencia tributaria de los datos, informes y antecedentes significa que:

[...] estos han de ser susceptibles de tener consecuencias jurídicas de forma directa o indirecta, según señala el artículo 140 d), en la aplicación de los tributos, esto es, en un procedimiento tributario que no es necesario que ya esté iniciado, y por tanto han de ser proporcionadas a los resultados que pueden producir en el referido procedimiento y tienen un carácter instrumental, respecto de las exacción de los impuestos determinados; que tal proporcionalidad y carácter instrumental

³⁹ La interpretación del concepto por parte de la jurisprudencia ha sido excesivamente flexible y así señala el TS, en Sentencia de 29 de julio de 2000 (rec. núm. 7162/1995 –NFJ010787–) que:

[...] la información puede solicitarse en cuanto sirva o tenga eficacia en la aplicación de los tributos, obviamente tomando la frase en términos generales, pues la norma no se refiere a la comprobación o investigación de una determinada relación tributaria, sino que busca habilitar para recabar información, tanto de particulares como de organismos, en cuanto conduzca a la aplicación de los tributos.

entre lo solicitado por la Administración y las consecuencias reales que en el ámbito tributario hayan de producirse, exige que se dé entre ambas, un nexo que no tiene por qué conducir exclusivamente a algún hecho imponible de cualquier tributo sino que puede suministrar una información tendente, en una investigación, al descubrimiento de bases total o parcialmente ocultas por el contribuyente, siendo suficiente que, razonablemente, pueda pensarse en una obligación tributaria.

Del mencionado concepto podemos extraer las características cuya concurrencia determina que nos encontremos ante información con trascendencia tributaria. En primer lugar, los mismos han de ser susceptibles de tener consecuencias jurídicas ya sea directa o indirectamente. Ahora bien, no altera la trascendencia el hecho de que el procedimiento tributario en el que la información tendría consecuencias jurídicas esté, o no, iniciado, pudiendo incluso dicha información ser el origen del inicio del mismo. Y en último término, en relación con el nexo entre los datos y las consecuencias jurídicas que los mismos conllevan es suficiente con que se pueda presumir que existe una obligación tributaria (López Martínez, 1992, pp. 56 y 57, y Ortiz Liñán, 2003, p. 40).

Nos encontramos pues ante un concepto sumamente amplio que lleva casi a afirmar que cualquier dato tiene trascendencia tributaria, lo que puede llevar a solicitar del contribuyente una gran cantidad de información⁴⁰ que la Administración podrá usar en un procedimiento actual o futuro, lo que podría suponer una actuación incluso discrecional en el momento de solicitar la misma.

Ahora bien y en torno a la posible discrecionalidad que se puede producir al utilizar el legislador un concepto tan impreciso, debemos afirmar que a pesar de ese carácter amplio e indeterminado⁴¹ del concepto de trascendencia tributaria es importante tener en cuenta, tal y como hace la AN⁴², que la indeterminación

⁴⁰ Destaca Martín Queralt (2019, p. 4) que:

[...] en una sociedad tan apegada a la generalización de conductas que, vengan o no a cuento, son las habitualmente seguidas, no cabe duda que la generalización de tales requerimientos puede conducir a una burocratización a la que algún día habrá que poner fin.

⁴¹ Señala Gómez Cabrera (1998, p. 293) que:

[...] la definición de la información susceptible de ser requerida por la Administración es, como no podía ser de otro modo, una definición indeterminada, pero, al fin y al cabo, se trata de un concepto normativo cuya interpretación e integración corresponde siempre, en último término, a los Tribunales. La inspección por tanto podrá valorar discrecionalmente la oportunidad de requerir o no información, de solicitar mayor o menor cantidad, pero, en todo caso, la información que demande ha de ser aquella que tenga trascendencia tributaria, circunstancia que debe ser valorada por la jurisdicción. No hay de esta forma, discrecionalidad alguna respecto de la determinación del tipo o clase de información que puede ser requerida.

⁴² Sentencia de 9 de febrero de 2012 (rec. núm. 155/2009 –NFJ045808–).

no entraña el ejercicio por la Administración de una potestad discrecional que le otorgue un margen de apreciación sobre si la información posee o no trascendencia tributaria que sea inmune o exonerado del control jurisdiccional [...]. En todo caso, lo esencial, es que la noción de trascendencia tributaria no es ilimitada ni de libre apreciación por la Administración, sino que debe ser encauzada en los términos estrictamente jurídicos, [...], de donde se infiere que esa pretendida relevancia fiscal de la información debe ser objeto de una interpretación razonable y moderada de su virtual amplitud y generalidad, que no puede quedar en las exclusivas manos de la Administración; así debe ser concebida como la necesidad directamente conexas con obligaciones precisas y no meramente potenciales. Se trata, por tanto, de una potestad esencialmente reglada, que obliga a la Administración a encontrar la correcta y única aplicación justa de la norma en atención a la naturaleza de los datos que quiere recopilar y de los sujetos a quienes se los reclama.

También el TS se ha pronunciado sobre esta posible discrecionalidad, y así en Sentencia de 22 de enero de 2015 (rec. núm. 1889/2012 –NFJ080743–), afirma que:

[...] la calificación de unos datos como de «trascendencia tributaria» no entraña la atribución a la Administración de una potestad discrecional, en cuyo ejercicio disponga de un mayor o menor margen de maniobra que le permita optar entre indiferentes jurídicos, quedando, por lo tanto, su elección exenta de control jurisdiccional. Se trata, por el contrario, de una potestad esencialmente reglada, que obliga a la Administración a encontrar la correcta y única aplicación justa de la norma en atención a la naturaleza de los datos que quiere recopilar y de los sujetos a quienes se los reclama, pues no en vano, el artículo 93.1 de la LGT se refiere a datos con trascendencia tributaria relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas.

A la vista de lo antes reseñado creemos, tal y como señala Sesma Sánchez (2001, p. 43) que:

[...] sería deseable que la propia ley propiciara una explicación más concreta de esta expresión y que, en todo caso, exigiera la motivación y justificación suficiente de cualquier requerimiento o deber periódico de información para demostrar su pertinencia y permitir la revisión judicial de los requerimientos desproporcionados o excesivos.

Tanto la AN como el TS optaron desde el inicio por una interpretación amplia del concepto de trascendencia tributaria. Así en Sentencia de la AN de 8 de marzo de 1994 (rec. núm. 207118/1990 –NFJ003556–) se afirma que la «trascendencia tributaria», se puede entender como la cualidad de aquellos hechos o actos que pueden ser útiles a la Administración para, con respeto a los derechos fundamentales, y de acuerdo con la ley, averiguar si ciertas personas cumplen o no con la obligación establecida en el artículo 31.1 de la CE de

contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, y poder, en caso contrario, obrar en consecuencia. La utilidad directa se consigue cuando la información solicitada se refiere a hechos imponible, es decir, a actividades, titularidades, actos y hechos a los que la ley anuda el gravamen. La utilidad indirecta se produce cuando el requerimiento afecta solo a datos colaterales que pueden servir de indicio a la Administración para averiguar después hechos imponible presuntamente no declarados o, sencillamente, para guiar después la labor inspectora⁴³.

Por su parte, el TS, en Sentencia de 12 de noviembre de 2003 (rec. núm. 4783/1998 –NFJ015687–), define la trascendencia tributaria, como:

[...] la cualidad de aquellos hechos o actos que pueden ser útiles a la Administración para, con respeto a los derechos humanos, averiguar si ciertas personas cumplen o no con la obligación establecida en el artículo 31.1 de la Constitución [...]. Y esa utilidad puede ser directa (cuando la información solicitada se refiere a hechos imponible, o sea, a actividades, hechos o actos a los que la Ley anuda el gravamen) o indirecta (cuando la información solicitada se refiere solo a datos colaterales, que pueden servir de indicio a la Administración para buscar después hechos imponible no declarados o sencillamente para guiar después la labor inspectora [...] hacia ciertas y determinadas personas⁴⁴.

Esta interpretación amplia del concepto de trascendencia tributaria es la que se ha venido manteniendo a lo largo de los años, de forma que podría permitirse la obtención de prácticamente cualquier dato. Así observamos que en Resolución del TEAC de 18 de septiembre de 2018 se parte de ese concepto amplio al afirmar que:

[...] la trascendencia tributaria se puede definir como la cualidad de aquellos hechos o actos que puedan ser útiles a la Administración para averiguar si ciertas personas cumplen o no con la obligación establecida en el artículo 31.1 de la Constitución

⁴³ En el mismo sentido anteriormente en su Sentencia de 16 de mayo de 1990 optaba también por una interpretación amplia del concepto de trascendencia tributaria señalando que:

[...] la trascendencia tributaria ha de ser interpretada como la cualidad de aquellos hechos o actos que pueden ser útiles a la Administración para, con respeto a los derechos humanos, averiguar si ciertas personas cumplen o no con la obligación establecida en el artículo 31.1 de la Constitución de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica y poder, en caso contrario, obrar en consecuencia.

Sin embargo, en la Sentencia de la propia AN de 15 de noviembre de 1990 (NFJ000813), se consideraba que para entender que cierta información tenía trascendencia tributaria era necesario que la misma fuera actual, es decir, que el dato fuera relevante para la determinación de un hecho imponible ya producido, nunca futuro.

⁴⁴ En el mismo sentido, entre otras, Sentencia del TS de 14 de marzo de 2007 (rec. núm. 1320/2002 –NFJ026273–) y Sentencia de la AN de 22 de noviembre de 2012 (rec. núm. 441/2009 –NFJ080761–).

de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, y poder, en caso contrario, actuar en consecuencia, de acuerdo con la Ley. Y esa utilidad puede ser «directa» (cuando la información solicitada se refiere a hechos imponderables, o sea, a actividades, titularidades, actos o hechos a los que la Ley anuda el gravamen) o «indirecta» (cuando la información solicitada se refiere solo a datos colaterales, que puedan servir de indicio a la Administración para buscar después hechos imponderables presuntamente no declarados o, sencillamente, para guiar después la labor inspectora –que no se olvide, no puede alcanzar a absolutamente todos los sujetos pasivos, por ser ello materialmente imposible hacia ciertas y determinadas personas.

A la vista de lo establecido tanto por las resoluciones del TEAC como por los tribunales de justicia, así como por la distinta doctrina emanada sobre el concepto de trascendencia tributaria, analizaremos a continuación algunos de los requisitos que estimamos debían cumplirse para encontrarnos ante información en la que concurra tal trascendencia tributaria.

Tres son las notas que deben apreciarse para que nos encontremos ante una información con trascendencia tributaria: que su relevancia sea actual y no meramente potencial; que la relevancia de los datos solicitados sea directa o indirecta; y que la información pedida guarde una relación de proporcionalidad e idoneidad con el fin perseguido en la investigación.

En primer lugar, la relevancia tributaria tiene que ser actual y no meramente potencial. Esto significa que los requerimientos de información deben realizarse acerca de hechos efectivamente realizados⁴⁵ y que guarden conexión con un concreto hecho imponible⁴⁶. Así señala expresamente el legislador en el artículo 93.2 de la LGT que el requerimiento «podrá efectuarse en cualquier momento posterior a la realización de las operaciones relacionadas con los datos o antecedentes requeridos». Es cierto que este carácter actual y no meramente potencial se da con mayor claridad en el caso de la información solicitada por requerimiento individualizado, pues si la información se obtiene vía suministro periódico tal requisito es necesario que concurra⁴⁷.

⁴⁵ Afirma la Sentencia del TS de 30 de abril de 2015 (rec. núm. 1287/2012 –NFJ058342–) que:

[...] la «trascendencia tributaria» tiene como sustrato la certeza de la existencia de una obligación tributaria, presuntamente incumplida o defectuosamente cumplida por el propio contribuyente, de ahí que el deber de información tienda a cumplir el citado interés público; de forma que, el requerido de información puede oponerse en el supuesto de que dicho requerimiento no cumpla esas condiciones, al haberse desfigurado esa trascendencia tributaria por la indeterminación y generalidad de la información solicitada.

⁴⁶ Herrera Molina (1993, p. 108) entiende la trascendencia tributaria como «la cualidad de los datos necesarios para la inspección o para el procedimiento de apremio, que reflejen de modo actual la existencia de obligaciones o deberes tributarios o de bienes o derechos susceptibles de embargo».

⁴⁷ Señala Sánchez López (2010, p. 106):

[...] carácter actual que el legislador tributario refiere, acertadamente a nuestro juicio, exclusivamente a los requerimientos y no al suministro periódico de información siendo así que, en este

En torno al carácter actual de la relevancia tributaria señala la AN en Sentencia de 15 de julio de 2010 (rec. núm. 442/2007 –NFJ039483–) que «"la trascendencia tributaria" es un valor anterior a la información requerida, y no un resultado de la información obtenida, pues si dicha trascendencia tributaria se aprecia con posterioridad el requerimiento adolece de su esencial requisito»⁴⁸. Asimismo la propia AN en Sentencia de 9 de febrero de 2012 (rec. núm. 155/2009 –NFJ045808–) afirma que:

[...] no cabe presumir tal trascendencia tributaria por el simple hecho de haberse solicitado la información, debiendo concurrir una justificación o motivo específicamente suficiente que fundamente el requerimiento de la misma, pues conceputar el requisito legal de la trascendencia tributaria de forma abstracta o genérica equivaldría en la práctica a negar virtualidad a su exigencia, dado que difícilmente puede colegirse en algún supuesto concreto de información, que sea, en todo caso y circunstancia, directa o indirectamente, tributariamente intrascendente.

Si bien es cierto que en la última sentencia citada no se habla directamente de su relación con el hecho imponible, sí que se pone de relieve los problemas que se pueden suscitar si se entiende que existe trascendencia tributaria de forma abstracta, pues esto sería tanto como afirmar que la Administración tiene potestad para solicitar cualquier información.

Sin embargo el TS, en Sentencia de 26 de junio de 2012 (rec. núm. 5200/2009), parece ampliar hasta límites infinitos el concepto de trascendencia tributaria al señalar que:

[...] la obligación general de facilitar información, en los términos del art. 93 LGT permite amparar todo requerimiento que venga referido a datos de contenido económico que, de forma directa o interrelacionado con otros revelen signos de

último caso, en ocasiones se solicita información sobre datos que no tienen relevancia tributaria actual pero que, indiscutiblemente la tendrán en el futuro.

⁴⁸ En el mismo sentido la Sentencia de la AN de 8 de marzo de 1994 (rec. núm. 207118/1990 –NFJ003556–) señaló que los datos solicitados por la Administración no tenían trascendencia tributaria afirmando expresamente que:

[...] el requerimiento del nombre del beneficiario de las pólizas de seguro, en tanto no se produzca el hecho imponible para el mismo, es innecesario para la Administración. Hasta aquel momento, el dato carece de trascendencia tributaria respecto de cualquier figura impositiva, pues no va a proporcionar ninguna utilidad directa o indirecta a los órganos inspectores. Solo cuando el hecho imponible se haya realizado será procedente la información, por tener, desde ese momento, trascendencia tributaria el dato que se solicita. Por esto, también, se afirma que no es necesario el nombre del beneficiario para determinar correctamente la eventual cuota tributaria del tomador, en cuanto que la posible deducción de la misma por razón de las primas satisfechas es hipotética y cabe la posibilidad de que no se realice.

capacidad económica que puedan desencadenar en el futuro, actuaciones de comprobación por parte de la Administración⁴⁹.

Esto llevaría casi a afirmar que desde el momento en que los datos solicitados por la Administración tienen contenido económico podemos entender que tienen relevancia tributaria y, por tanto, pueden ser requeridos por la Administración al cumplirse el requisito objetivo, en virtud del cual los datos solicitados tienen que tener trascendencia tributaria⁵⁰. Asimismo, la citada sentencia señala que los datos pedidos puedan desencadenar en el futuro actuaciones de comprobación, lo cual conlleva que los deberes de información no se limitan al momento actual sino a datos que puedan conllevar cualquier comprobación en el futuro, alusión esta que consideramos demasiado general, pues lleva consigo una interpretación muy amplia del concepto indeterminado de trascendencia tributaria.

En segundo término, la relevancia o trascendencia tributaria puede ser directa o indirecta, tal y como ha señalado en repetidas ocasiones la jurisprudencia. Así se entenderá que la misma tiene trascendencia directa cuando su mera descripción fuera reveladora de la realización del hecho imponible. Señala Olivares Olivares (2017, p. 148) que el ejemplo más habitual de la trascendencia directa del dato es la información que los sujetos deben comunicar a la Administración tributaria, en virtud de las obligaciones de suministro. Sin embargo, esto no significa que no se pueda apreciar dicha trascendencia directa en el caso de los requerimientos individuales de información, así *v. gr.* se aprecia en el caso de los requerimientos de información sobre cuentas bancarias a entidades financieras⁵¹.

⁴⁹ En sentido contrario se manifiesta el propio TS en Sentencia de 7 de febrero de 2000 (rec. núm. 11291/1991 –NFJ009008–) al señalar que «no cabe información de quiénes sean los beneficiarios (hasta su determinación "ex contractu" o hasta que hayan adquirido la suma o sumas previstas en la póliza), por mor de que ello no tiene trascendencia tributaria actual».

⁵⁰ Señala el TS en Sentencia de 20 de octubre de 2014 (rec. núm. 1414/2012 –NFJ056360–) que:

[...] no aceptamos la equivalencia mimética entre datos económicos y datos con trascendencia tributaria, pues aludimos a todo requerimiento que venga referido a datos de contenido económico que, de forma directa o interrelacionados con otros, revelen signos de capacidad económica que puedan desencadenar en el futuro, actuaciones de comprobación por parte de la Administración.

⁵¹ Así sucede, entre otras, en la Sentencia del TS de 30 de abril de 2015 (rec. núm. 1287/2012 –NFJ058342–), que afirma que:

[...] hemos de asumir la existencia de datos que, per se, reúnen trascendencia tributaria, pues dicha cualidad queda patentizada por su mera descripción; la alcanzan de manera «directa». Es el caso de los saldos de cuentas en entidades financieras o de las operaciones de caja en bancos con billetes de 500 euros.

Por ello, en Sentencias de 28 de noviembre de 2013 (rec. núm. 5692/2011 –NFJ053146–), de 7 de febrero de 2014 (rec. núm. 5688/2011 –NFJ053631–) y de 17 de marzo de 2014 (rec. núm. 5149/2010), «hemos concluido que, en relación con esas operaciones, resulta suficiente la mera mención objetiva de los elementos de información que se demandan y de las normas que fundamentan el requerimiento».

Por su parte se admite también la posibilidad de requerir información con trascendencia indirecta, entendiendo que estamos en este supuesto cuando la información solicitada se refiere a datos colaterales, que pueden servir de indicio para rastrear hechos imponible presuntamente no declarados o, sencillamente, para guiar después la labor inspectora hacia determinadas personas⁵².

En relación con la posibilidad de solicitar información directa e indirecta estamos de acuerdo con Sánchez López (2010, p. 107) cuando afirma que al margen de lo que se establece normativamente considera que el concepto de trascendencia tributaria habría que acotarlo a partir de la relevancia directa de los datos requeridos⁵³. Las razones en las que apoya tal opinión son: de un lado porque

tanto el carácter indirecto de la trascendencia tributaria como la relevancia tributaria sin más limitaciones deja el camino abierto, según se ha tenido ocasión de comprobar, en orden a solicitar cualquier clase de información y, por otro, porque cuando mayor sea el grado de indeterminación de los datos requeridos más difícil resultará emitir un juicio acerca de la idoneidad y proporcionalidad de los mismos así como de la necesidad de la medida, circunstancia que puede conducir a desvirtuar la función de la obtención de información en el seno del procedimiento de aplicación de los tributos.

En último término debemos destacar que la información debe guardar una relación de proporcionalidad e idoneidad con el fin perseguido en la investigación. Destacan Lasarte Álvarez y Sánchez Pedroche (1999, p. 500) que:

[...] la locución trascendencia tributaria exige relacionar el dato solicitado con el fin de la investigación, que además deberá someterse al principio de proporcionalidad o de interdicción de la excesividad, reconocido como principio general del Derecho por la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982.

⁵² Pueden consultarse en este mismo sentido las Sentencias de 14 de marzo de 2007 (rec. núm. 1320/2002 –NFJ026273–), de 3 de noviembre de 2011 (rec. núm. 2117/2009 –NFJ045402–) y de 28 de noviembre de 2013 (rec. núm. 5692/2011 –NFJ053146–).

⁵³ En torno a la solicitud de información que directa o indirectamente conduzca a la aplicación de los tributos señala Ruiz Garijo (2003, p. 2) que la expresión «que directa o indirectamente conduzcan a la aplicación de los tributos», vulnera el principio de reserva de ley, pues en ningún momento, la LGT permite que se busque información, con carácter general, que directa o indirectamente conduzca a la aplicación de los tributos. Esta interpretación trae su causa de la Resolución del TEAC de 23 de septiembre de 1987 (NFJ000314), y en relación con la misma destaca la citada autora que, el hecho de hablar de trascendencia tributaria potencial, indirecta o hipotética, constituye una *contraditio in terminis*. Los datos solicitados deben tener efectos tributarios concretos y reales dentro de un procedimiento también concreto y real. No se comprende cómo la información puede tener consecuencias jurídicas en un procedimiento que no es necesario que esté iniciado y, posteriormente, se afirme que han de ser proporcionales a los resultados que pueden producir en el referido procedimiento (que es inexistente).

Ahondado en esta idea destaca Juan Lozano (1993, p. 315) que:

[...] la finalidad perseguida con este tipo de actuaciones adquiere un relieve muy particular, de forma que llega a imbricarse de tal modo con el elemento objetivo de esta actuación que los datos a requerir deben ser intrínsecamente aptos para alcanzarla, como presupuesto para que pueda nacer el deber de comunicación.

Por tanto, la finalidad perseguida por la investigación en la que se enmarca la obtención de información será tomada en cuenta en el momento de apreciar, o no, si los datos solicitados tienen trascendencia tributaria, siendo necesario que exista una cierta proporcionalidad entre la información que se solicita y el fin que se persigue con la misma⁵⁴.

De esta forma la aplicación del principio de proporcionalidad al ámbito de los deberes de información sirve, de una parte, para excluir aquellas actuaciones que no se consideren adecuadas para la satisfacción del interés perseguido en el procedimiento, y de otra, para ponderar en cada caso el interés público perseguido y la intromisión en el ámbito de los derechos y libertades⁵⁵.

El alcance de la aplicación del principio de proporcionalidad se pone también de relieve por parte de la jurisprudencia. Así el TS en Sentencia de 22 de enero de 2015 (rec. núm. 1889/2012 –NFJ080743–) afirma la importancia del principio de proporcionalidad en el ámbito de los deberes de información, en el sentido de que solamente han de pedirse aquellos extremos que sirvan al objeto de la norma, esto es, a la aplicación estricta de los tributos, quedando proscritas las injerencias arbitrarias y desproporcionadas⁵⁶. De esta forma el res-

⁵⁴ Sánchez López (2019, p.10) señala que el principio de finalidad directamente relacionado con el principio de proporcionalidad exige que únicamente se recojan y manipulen los datos estrictamente necesarios para llevar a cabo fines determinados y legítimos, sin que sean tratados posteriormente de forma incompatible con dichos fines, debiéndose adoptar, por ende, la medida menos restrictiva en relación con el objetivo previsto.

⁵⁵ Señala Sánchez López (2001, p. 135) que:

[...] el examen de la relación de idoneidad entre la trascendencia tributaria y la finalidad que se pretende conseguir como el necesario proceso de ponderación que conlleva toda actuación pública, que suponga una intromisión en el ámbito de los derechos y libertades, debe encontrarse presidido por la aplicación del principio de proporcionalidad. Principio bajo cuya perspectiva no solamente debe encontrar justificación la petición de datos con trascendencia tributaria sino, además, la eventual limitación de la esfera de libertad de los sujetos afectados por las mismas y que, según ha manifestado mayoritariamente la doctrina alemana, reclama el cumplimiento de los requisitos de idoneidad, en cuanto aptitud cualitativa de las medidas para alcanzar, por su propia naturaleza el fin previsto, necesidad de la limitación, o elección de la alternativa menos gravosa, y proporcionalidad en sentido estricto, que se aplica en el proceso concreto de ponderación de los bienes en conflicto.

⁵⁶ Señala Navarro Egea (2019, p. 18) que el principio de proporcionalidad contribuye a delimitar la trascendencia tributaria de los datos, pues añade el matiz de necesaria utilidad de la información, lo que

peto del principio de proporcionalidad no solo opera a la hora de valorar la intromisión por este cauce en la esfera protegida del honor y la intimidad personal y familiar, sino que también pide que la inspección motive adecuadamente el contenido y el alcance del requerimiento para cotejar si su actuación se ajusta a los designios del legislador⁵⁷.

3.5.3. Límite objetivo a la información solicitada

En relación con el ámbito material de la información el legislador alude no solo al tipo de información que puede solicitarse, sino que también establece un límite objetivo al señalar que la información solicitada tiene que estar relacionada con el «cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias o deducidas de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas».

Se recogen, por tanto, dos tipos de información diferente, una la que el contribuyente tiene por el cumplimiento de sus propias obligaciones, y otra, la información sobre terceros, que es en relación con la que se establece que la deben conocer por algunas de las relaciones mencionadas en el texto legal.

En cuanto al segundo de los supuestos, el de las obligaciones con terceros, destaca López Martínez (1992, p. 59) la amplitud de los términos utilizados al señalar que «el vocablo deducidos amplía, más que limita el referente material de los datos que hay que aportar»⁵⁸. En otro sentido Sánchez López (2019, pp. 7 y 8) opta por un criterio más restrictivo del verbo «deducir», pues destaca que el mismo no cubre aquella información que exige realizar labores de

hace necesario poner en relación la petición de los datos con los fines, que han de ser determinados y explícitos. Así concluye afirmando que la información solicitada no puede tampoco suponer un esfuerzo desproporcionado para el obligado tributario.

⁵⁷ Por su parte el TS en Sentencia de 22 de abril de 2015 (rec. núm. 4495/2012 –NFJ058337–), tras considerar que en el supuesto objeto de recurso no hay conculcación del principio de proporcionalidad, afirma que:

[...] el carácter masivo, indiscriminado o genérico del requerimiento no le hace incurrir en una prohibida falta de proporcionalidad, en tanto que existe correspondencia entre los medios empleados o exigidos y el fin propuesto, pues este es ponderado por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en términos de gran amplitud, siendo de añadir, en relación con esta cuestión, que ni la demanda ni el recurso de casación indican, para sustentar el motivo, qué otros medios serían idóneos, de forma preferente, para lograr el mismo objetivo de obtención de información.

⁵⁸ Continúa López Martínez (1992, p. 59) señalando que:

[...] uno de los caracteres del dato era el de su concreción, lo que significaba, entre otras matizaciones, que no debe estar fundamentado en opiniones subjetivas; deducción según la Real Academia de la Lengua Española, significa sacar consecuencias de un principio, proposición o supuesto, o bien inferir, sacar consecuencias de una cosa; ambas dicciones engloban un componente subjetivo que debemos alejar del ámbito material del deber de información que venimos analizando.

indagación⁵⁹. Por su parte Calvo Vérguez (2019, p. 26) al hilo del estudio de la obligación de información establecida en el artículo 54 ter del Real Decreto 1070/2017⁶⁰ afirma que se impone una obligación de información sobre datos que no se derivan de su tráfico habitual y que aquel ha de poseer como consecuencia de su relación económica con el cedente y el cedido⁶¹.

Entre las distintas interpretaciones la más adecuada sería la más estricta al limitar en cierta forma la actuación de obtención por parte de la administración, ya que de optar por la interpretación amplia cualquier dato puede ser objeto de petición, obligando incluso a tener que hacer indagaciones.

El artículo 111 de la anterior LGT, precedente del actual artículo 93, circunscribía la base del deber de aportar los datos a las relaciones económicas. Sin embargo, la reforma del mismo por la Ley 10/1985 incluyó las relaciones profesionales y financieras, suponiendo esta modificación una ampliación del ámbito material del deber de información⁶².

Esta última dicción del artículo se mantiene en el artículo 93 de la actual LGT. Es cierto que supone ampliar el ámbito material de información la inclusión de las relaciones financieras y profesionales, aunque también lo es que las relaciones financieras pueden ser encuadradas dentro de las relaciones económicas⁶³. En cuanto a las relaciones profesionales normalmente conllevan relaciones económicas, aunque el ejercicio de cualquier actividad profesional puede y suele desbordar el marco de las relaciones jurídicas y económicas subyacentes. Así es relativamente frecuente que el profesional conozca datos que vayan más allá de las propias relaciones profesionales y económicas que mantiene con el cliente. Estos datos tal vez debían estar protegidos por el secreto profesional, sin embargo, nos encontramos con un ámbito muy pequeño de aplicación de este tipo de secreto. Señala a este respecto el artículo 93.5 de la LGT que:

⁵⁹ En el mismo sentido Sánchez Huete (2018b, p. 11).

⁶⁰ Obligación de información que ha sido anulada y dejada sin efecto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS en su Sentencia de 23 de julio de 2020 (rec. núm. 80/2018 –NFJ078496–).

⁶¹ Mediante Auto de 10 de octubre de 2018 (rec. núm. 80/2018 –NFJ072034–), terminó resolviendo el Alto Tribunal que el coste derivado de la adaptación a las obligaciones de información de los intermediarios en la cesión de uso de viviendas con fines turísticos no justifica la suspensión del artículo 54 ter del RGAT. En efecto, el Alto Tribunal, aceptando los argumentos alegados por la Abogacía del Estado y valorando las circunstancias concurrentes, denegó la suspensión de la ejecutividad del apartado once del artículo primero del Real Decreto 1070/2017, de 29 de diciembre, por el que se introdujo en el Real Decreto 1065/2007 un nuevo artículo 54 ter encargado de regular esta obligación de informar sobre la cesión de uso de viviendas con fines turísticos, que había sido solicitada como medida cautelar.

⁶² *Vid.*, sobre esta cuestión, Sánchez Serrano (1985, pp. 197 y ss.); Mantero Sáez (1985, pp. 106 y ss.).

⁶³ Señala Calvo Vérguez (2014, p. 99) que:

[...] quizás hubiese sido suficiente con indicar que los datos deben derivar de relaciones de carácter económico, ya que cualquier relación profesional o financiera ha de tener un contenido económico, sin el cual la trascendencia de la misma quedaría claramente en entredicho.

[...] la obligación de facilitar información con trascendencia tributaria por parte de los profesionales no alcanza a los datos privados no patrimoniales que conozca por razón del ejercicio de su actividad cuya revelación atente contra el honor o la intimidad personal y familiar. Tampoco alcanza a aquellos datos confidenciales de sus clientes de los que tenga conocimiento como consecuencia de las prestaciones de servicios profesionales de asesoramiento o defensa.

Destaca la Sentencia del TS de 15 de diciembre de 2014 (rec. núm. 3565/2012 –NFJ056792–), que cuando se trata de acopiar datos de los obligados tributarios a través de terceras personas, mediante requerimiento individualizado [...] supone un deber disciplinado de proporcionar datos con trascendencia tributaria obtenidos de relaciones económicas, profesionales o financieras habidas, como dice expresamente el artículo 93.1 de la LGT, «con otras personas», y sin que puedan entenderse limitadas estas relaciones a las que se tengan con los obligados tributarios.

Se plantea en esta sentencia una nueva duda en relación con los requerimientos de obtención de información, pues se cuestiona si el requerido puede declinar su obligación de asistencia a la administración a pesar de poseer la información, al no ser titular de una relación económica, profesional o financiera directa con el obligado tributario⁶⁴. En la citada sentencia la Administración solicita al «Sistema 4B SA», datos sobre aquellos sujetos que durante los ejercicios 2006 y 2007 hubiesen hecho gastos con las tarjetas por importe superior a 30.000 euros. Ante la misma el sistema considera que carece de lazos contractuales con el titular de la tarjeta, pues actúa como cámara de compensación entre la entidad bancaria y el establecimiento en el que se realiza el gasto.

El tribunal de manera mayoritaria⁶⁵ afirma que el deber de información tributaria sobre datos ajenos afecta tanto a los que pueden considerarse como depositarios de primer nivel

⁶⁴ En torno a esta cuestión destaca Sánchez López (2019, p. 6) que:

[...] cualquier obligación de información que se imponga a un sujeto y vaya más allá de la relación que le une al titular de la misma se situaría al margen del artículo 93.1 de la LGT, no encajando, por tanto, en el tenor del precepto citado suponiendo, además, y como consecuencia una penetración ilegítima en la esfera jurídica del obligado a aportar la información por cuanto los datos obtenidos no solamente carecen de amparo normativo, según exige el artículo 8.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de datos personales y garantía de derechos digitales, sino que vulneran, además, las exigencias del principio de finalidad de la información.

⁶⁵ A pesar de ser esta la postura mantenida por el tribunal la misma recoge un voto particular que discrepa de la opinión mayoritaria al destacar que ese deber solo incumbe a las personas que disponen de datos fiscalmente relevantes de otras como consecuencia de las relaciones económicas, profesionales o financieras que han mantenido con ellas. Continúa el mismo afirmando que pese a la fórmula empleada en el precepto no es la más afortunada, una lectura literal y sistemática de la norma no puede conducir a otro desenlace. El legislador ha precisado y ha querido que esos datos ajenos se deduzcan de las relaciones profesionales, económicas y financieras, relaciones que, dada la estructura del precepto, no pueden ser otras que las sostenidas con el titular de los mismos. La norma no establece la obligación de suministrar

como a los depositarios de datos de ulterior nivel, siempre que el conocimiento proceda de relaciones económicas, profesionales o financieras y no de relaciones de otra índole.

En efecto la postura del tribunal amplía las relaciones económicas, profesionales o financieras, no limitándose a la información que el requerido tiene por sus relaciones directas sino también a las que posee como depositario de datos de ulterior nivel. Creemos que a pesar de que la literalidad de la ley no es clara sería más acertada la postura mantenida en el voto particular, pues, aunque no lo diga expresamente parece que la interpretación más adecuada es que aquel al que se le requiere la información debe conocer la misma como consecuencia de sus relaciones directas con el titular de la información⁶⁶.

3.6. Los requerimientos: acto administrativo o procedimiento

Uno de los problemas que nos podemos plantear en relación con los requerimientos de información es si los mismos se consideran actos administrativos o son un procedimiento en sí. Ante esta cuestión pensamos que los requerimientos de información constituyen en la mayor parte de supuestos actuaciones independientes⁶⁷. Señala Navarro Egea (2019, p.11) que «este tipo de requerimiento de información constituye un acto administrativo con entidad propia, no adjetiva, que concreta e individualiza el deber general de suministrar información». Se podría incluso considerar, aunque el legislador no lo haya regulado como tal⁶⁸, un pro-

datos relevantes para la Hacienda «relacionados con el cumplimiento de las propias obligaciones o de las ajenas que se deduzcan de las relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas», sino que, con mayor precisión, habla de la obligación de una personas de facilitar elementos de información «relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas», lo que, a nuestro entender, obliga a concluir que la carga alcanza solo a aquellos datos relativos a un tercero de los que se dispone como consecuencia de las relaciones entabladas con él.

⁶⁶ Sánchez López (2017, pp. 122 y 123) afirma que, en la disyuntiva entre la comodidad de la labor de la Administración y la proporcionalidad en el establecimiento de las obligaciones de información tributaria a cargo de los ciudadanos, se entiende, a juicio de los magistrados, que debe prevalecer la primera en detrimento de la segunda. Defiende pues como más razonable la postura mantenida por el magistrado en el voto particular al considerar que la proporcionalidad es uno de los principios que ha de tenerse en cuenta cuando se establecen obligaciones de información a cargo de los ciudadanos.

⁶⁷ Señala Rodríguez Álvarez (2008, p. 235) que:

[...] los requerimientos de obtención de información son actos de trámite cualificados, que tienen un carácter definitivo, en la medida en que concluyen con la obtención de la información, aunque, como más adelante se verá, en numerosas ocasiones se asocian a procedimientos de comprobación e inspección, aunque sean procedimientos y funciones independientes.

⁶⁸ Del Moral González (2009, p. 127) afirma que la LGT no configura las actuaciones de información como un procedimiento tributario, y tampoco lo hace el Reglamento General de Aplicación de los tributos que no incluye como uno más dentro de los procedimientos de gestión que detalla, ni como un procedimiento de

cedimiento de aplicación de los tributos⁶⁹ que es autónomo respecto de los procedimientos de comprobación e investigación, aunque a veces pueda tener respecto de estos últimos un carácter instrumental⁷⁰. García-Ovies Sarandeses (2004, p. 493) define estos requerimientos de información como cuasiprocedimientos, con la única diferencia de que, en los mismos, frente a lo que sucede en el procedimiento de inspección, su realización no implica la práctica de liquidación alguna.

De esta forma y a pesar de que creemos que hubiera sido más conveniente que tales requerimientos de información se hubiesen recogido como procedimiento *ac hoc*, no es esto lo que ha sucedido, por lo que tales requerimientos se consideran simplemente actuaciones administrativas. Esta circunstancia plantea un gran número de interrogantes en relación con los efectos que los mismos tienen en los supuestos de prescripción, recargos extemporáneos, e incluso si podrían ser consideradas un modo de iniciación de un posterior procedimiento inspector. Analizaremos a continuación uno a uno estos supuestos.

En relación con si los requerimientos de información interrumpen el cómputo del plazo de prescripción, debemos partir de que el plazo de prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria se puede interrumpir por cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del obligado tributario, conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento y liquidación de todos o parte de los elementos de la obligación tributaria que proceda. Para aclarar si los requerimientos interrumpen o no este plazo, diferenciaremos según los mismos sean de los que solicitan información a terceros o los que se hacen al propio obligado tributario. En el primero de los supuestos estos se pueden llevar a cabo tanto en el curso de un procedimiento de aplicación de los tributos como de forma independiente, y así en ambos casos, tal y como afirma Juan Lozano (1993, p. 35), consideramos que «un acto de personas ajenas a un procedimiento no puede tener en ningún caso efectos interruptivos del plazo

inspección. Al aludir al requerimiento simplemente lo mencionan como una facultad más de la Administración tributaria en general y de los órganos de inspección y recaudación en general. Sin embargo, el propio autor señala que a pesar de que estas actuaciones no se definen por la ley como un procedimiento tributario,

al ser el objeto fundamental de su regulación la limitación de las facultades de la Administración tributaria y de los fines y utilización de las mismas, y el objeto de su realización comprobar el cumplimiento por el requerido de sus propias obligaciones tributarias, pueden definirse como un cuasi procedimiento de comprobación e investigación.

⁶⁹ Sánchez Blázquez (2014, p. 140) señala que «podría decirse que constituyen un procedimiento autónomo o independiente que se iniciaría con el requerimiento y que finalizaría con la contestación al mismo, al menos si tenemos en cuenta una concepción amplia del procedimiento administrativo».

⁷⁰ Ruiz Zapatero (2011, p. 381) afirma que:

[...] la regulación reglamentaria parece considerar el procedimiento de requerimiento individualizado como un procedimiento autónomo propio de una autotutela administrativa instructiva, que podría cobrar autonomía y dar lugar a actuaciones originarias, es decir, ajenas a cualquier procedimiento tributario previo de naturaleza declarativa o ejecutiva.

para liquidar». En cuanto a los requerimientos a los propios obligados se harán siempre de forma independiente⁷¹, y por tanto la finalidad de los mismos no puede entenderse que sea la liquidación o recaudación de la deuda, por lo que creemos que los mismos en ningún caso interrumpirán el cómputo del plazo de prescripción⁷². En relación con esta cuestión se pronuncia el TEAC, en Resolución de 26 de abril de 2012, afirmando expresamente que:

[...] ha de tenerse en cuenta que las actuaciones referentes al requerimiento de información cuya atención se enmarca en el ámbito del cumplimiento de las obligaciones tributarias formales reguladas en el artículo 29.2 f) LGT, en ningún caso interrumpirán el plazo de prescripción del derecho de la Administración a practicar liquidación en relación con las obligaciones del contribuyente.

Por otra parte, qué sucederá en los supuestos en los que el obligado tributario recibe un requerimiento de información, siendo consciente en ese momento que el cumplimiento del mismo va a poner de manifiesto el incumplimiento de una obligación tributaria, y como consecuencia decide regularizar su situación antes de iniciarse el procedimiento correspondiente por parte de la Administración tributaria. En este caso ¿sería aplicable el recargo por declaración extemporánea sin requerimiento previo del artículo 27.3 de la LGT, o por el contrario entendemos que el requerimiento de información es un requerimiento de la Administración por lo que no concurren los requisitos necesarios para la aplicación del mismo?

Para resolver esta cuestión partiremos de que se entiende por requerimiento previo cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del obligado tributario conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento o liquidación de la deuda tributaria⁷³. En el supuesto planteado la actuación administrativa

⁷¹ Señala el artículo 30.4 del RGGI que:

[...] la solicitud de datos, informes, antecedentes y justificantes que se realice al obligado tributario en el curso de un procedimiento de aplicación de los tributos de que esté siendo objeto, de acuerdo con las facultades establecidas en la normativa reguladora del procedimiento, no tendrá la consideración de requerimiento de información a efectos de lo previsto en los artículos 93 y 94 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Esto supone que los requerimientos de información que estamos analizando se realizarán de forma independiente al procedimiento de aplicación de los tributos, pues de hacerlos en el curso del mismo no se considerarán requerimientos de información.

⁷² Es doctrina reiterada del TS (Sentencias de 14 de diciembre de 1993 [rec. núm. 180/1990], de 8 de febrero de 2002 [rec. núm. 7832/1996], de 29 de junio de 2002 [rec. núm. 3676/1997 –NFJ012567–], de 13 de febrero de 2007 [rec. núm. 8094/2002 –NFJ080773–] y de 17 de marzo de 2008 [rec. núm. 5697/2003 –NFJ029009–]) que solo interrumpe el plazo de prescripción la actividad administrativa en la que concurren las siguientes notas: 1.ª) actividad real dirigida a la finalidad de la liquidación o recaudación de la deuda tributaria; 2.ª) que sea jurídicamente válida; 3.ª) notificada al sujeto pasivo; y 4.ª) precisa en relación con el concepto impositivo de que se trata.

⁷³ Definido, entre otras, por la Sentencia del TS de 30 de marzo de 2011 (rec. núm. 483/2007 –NFJ080771–).

no tiene como fin la regularización o la comprobación, por lo que no existe requerimiento previo, y por tanto el sujeto podrá aplicar los recargos del artículo 27 de la LGT, con las ventajas que ello conlleva en cuanto a intereses de demora y sanciones⁷⁴. En relación con esta cuestión señala Sánchez Blázquez (2014, p. 147) que:

[...] en la medida en la cual se utilicen estos requerimientos de información relacionados con el cumplimiento de las propias obligaciones tributarias para la obtención de justificantes que de manera directa o indirecta revelan incorrecciones en las autoliquidaciones de los obligados tributarios requeridos se estará dando la oportunidad en la práctica a dichos obligados tributarios de que regularicen su situación tributaria mediante la presentación de autoliquidaciones complementarias con la aplicación del régimen favorable de las regularizaciones espontáneas.

Otra cuestión que se ha venido planteando, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina administrativa, es qué sucede en aquellos supuestos en los que se realizan requerimientos de información al obligado tributario que coinciden sustancialmente con el objeto y contenido del posterior procedimiento de inspección. Existen distintos pronunciamientos⁷⁵ que afirman que estos requerimientos de información se pueden considerar el inicio del procedimiento inspector por lo que el plazo máximo en el que se debe desarrollar el mismo debe computarse desde esa fecha. Sin embargo, la normativa existente en la actualidad es contraria a esta respuesta, y así señala expresamente el artículo 30.3 del RGGI que «los requerimientos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones tributarias propias de la persona o entidad requerida no suponen, en ningún caso, el inicio de un procedimiento de comprobación o investigación».

La Resolución del TEAC de 23 de enero de 2014 (RG 471/2012 –NFJ053605–) se pronunciaba expresamente sobre esta cuestión afirmando la «independencia de los requeri-

⁷⁴ En el mismo sentido se pronuncia el TS en su Sentencia de 8 de abril de 2019 (rec. núm. 4632/2017 –NFJ073149–) afirmando que:

[...] los requerimientos de información no tienen el efecto de impedir la aplicación del régimen de recargos por pago voluntario extemporáneo, y además no interrumpen la prescripción tributaria. En efecto, el requerimiento de información no tiene la condición de requerimiento previo a los efectos de los recargos que prevé el art. 27 de la LGT, cuando prevé que a «[...] los efectos de este artículo, se considera requerimiento previo cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del obligado tributario conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento o liquidación de la deuda tributaria». Y los requerimientos de información no tienen tal objeto. Y, por otra parte, los requerimientos previos de información no interrumpen la prescripción, de conformidad con lo dispuestos en el art. 681.a) de la LGT.

⁷⁵ La Sentencia de la AN de 3 de diciembre de 1996 (rec. núm. 1402/1991 –NFJ005479–) indica que la actuación inspectora «comienza con un requerimiento concreto de información, a los efectos de comprobar la situación tributaria del contribuyente». En el mismo sentido encontramos distintas Resoluciones del TEAC de 10 de septiembre de 2013, de 13 de enero de 2016 y de 2 de marzo de 2016.

mientos de información formulados al amparo del artículo 93 LGT de los procedimientos de comprobación o inspección que ulteriormente, en su caso, se inicien». De esta forma concluía que la utilización en los procedimientos de comprobación o inspección posteriores de los datos y los justificantes, obtenidos en virtud del requerimiento de información, no adelantan el inicio de estos procedimientos al momento de la toma de datos ni al de la aportación de la documentación.

Sin embargo y a pesar de que podría parecer una cuestión prevista por la propia normativa y que no plantea duda, la misma no está plenamente resuelta, y así el TS en Auto de 19 de enero de 2018 (rec. núm. 4632/2017 –NFJ069272–) admite un recurso de casación para la formación de la jurisprudencia sobre la siguiente cuestión:

[...] determinar si los requerimientos de obtención de información dirigidos a los obligados tributarios y relativos al cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias suponen el inicio de un procedimiento inspector, si se tiene en cuenta el resultado para acordar dicho procedimiento o, por el contrario, se está en presencia de actuaciones distintas y separadas, operando los plazos de duración del procedimiento inspector de modo autónomo e independiente.

Se quiere fijar con claridad la frontera entre los requerimientos de información previstos en el artículo 93 de la LGT y el procedimiento de inspección⁷⁶. Este recurso ha sido resuelto por el TS en su Sentencia de 8 de abril de 2019 (rec. núm. 4632/2017 –NFJ073149–), en la que señala que fija como doctrina de interés casacional que:

[...] los requerimientos de obtención de información dirigidos a los obligados tributarios y relativos al cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias no supone el inicio de un procedimiento inspector, aunque se tenga en cuenta el resultado del requerimiento de información para acordar el posterior procedimiento de investigación o comprobación, ya que se está, por regla general, en presencia de actuaciones distintas y separadas. En consecuencia, los plazos de duración del procedimiento inspector operan de modo autónomo e independiente de la fecha en que se hubiera cursado el requerimiento de información.

⁷⁶ En torno a esta cuestión establece Sánchez Blázquez (2014, pp. 145 y 146) que:

[...] en la medida en que unas actuaciones de obtención de información se excedieran de la finalidad de conocimiento de datos relevantes para la selección de sujetos y obligaciones a comprobar en un eventual procedimiento de comprobación o investigación posterior y pasen a ser actuaciones preparatorias de un cierto procedimiento de comprobación o investigación que se realizará, se estaría incurriendo en una desviación de poder.

Concluyendo el propio autor que «esto supondría evitar la aplicación de las normas reguladoras de los plazos máximos de resolución de dichos procedimientos de comprobación o investigación, en un evidente supuesto de actuación de la Administración tributaria realizada en fraude de ley».

Ahora bien y a pesar de la compatibilidad que se establece como regla señala el propio tribunal que:

[...] la compatibilidad entre el requerimiento de información y la posterior actividad en un procedimiento de investigación, aunque ambos tengan el mismo objeto, tan solo podría excluirse, con la consecuencia de entender iniciado el procedimiento de investigación en la fecha del requerimiento de información, si pudiera concluirse que a través de los requerimientos de información se pretende incurrir en un fraude de ley y la consecuencia por tanto debe ser la aplicación de la norma defraudada, esto es, la limitación temporal de la actividad de investigación a doce meses, ampliables bajo determinadas circunstancias o de la de comprobación, que en tales supuestos deberá ser aplicada. Ahora bien, para ello será preciso que se constate esa finalidad de incurrir en fraude de la limitación temporal legalmente establecida, lo que no se aprecia en el presente litigio.

A la vista de las múltiples dudas que se suscitan en torno a estas actuaciones creemos que hubiera sido conveniente que el legislador hubiese establecido un procedimiento *ad hoc* en relación con la obtención de información, evitando de esta forma muchos de los problemas que se plantean⁷⁷.

Referencias bibliográficas

Aguallo Avilés, A. (1994). *El contribuyente frente a los planes de inspección*. Marcial Pons.

Anibarro Pérez, S. (2010). La obtención de información de terceros por los órganos de gestión tributaria. En AA.VV., *Tratado de la Ley General Tributaria* (pp. 77-95). Aranzadi.

Bernardo Gómez, M. C. (2015). Análisis de la jurisprudencia reciente relativa a los requerimientos individualizados de información sobre terceras personas. *Crónica Tributaria*, 155, 159-168.

Calvo Vérguez, J. (2014). Alcance de la obligación de facilitar información con trascendencia tributaria: la particular situación de

⁷⁷ Ya en 1992 y en relación con los artículos 111 y 112 de la antigua LGT, que prácticamente se reproducen con alguna pequeña matización por la LGT vigente, López Martínez (1992, p. 277) señalaba:

[...] la imperiosa necesidad del establecimiento de un específico procedimiento de obtención de información, que regule las enormes lagunas existentes, en el que se contengan de forma diferenciada, el régimen jurídico de los deberes de información de terceros y el del resto de deberes de colaboración que son exigidos en las actuaciones de obtención de información, y se especifique con toda claridad las condiciones de ejercicio de una u otra forma de obtención de información.

- las entidades financieras. *Crónica Tributaria*, 153, 93-132.
- Calvo Vérguez, J. (2017). La obligación de facilitar información con trascendencia tributaria por parte de las entidades financieras. *Documentos de Trabajo IEF*, 3, 1-94.
- Calvo Vérguez, J. (2019). La obligación de información específica prevista en el ámbito tributario para las llamadas «plataformas colaborativas» que intermedien en la cesión del uso de viviendas con fines turísticos. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 434, 5-40.
- Fenellós Puigcerver, V. (1998). *El Estatuto del contribuyente*. Editorial Trotta.
- García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R. (2015). *Curso de Derecho Administrativo*. Thomson-Civitas.
- García-Ovies Sarandeses, I. (2004). Procedimiento de inspección. En R. Calvo Ortega, *La nueva Ley General Tributaria* (pp. 489-498). Thomson-Civitas.
- Gómez Cabrera, C. (1998). *La discrecionalidad de la Administración tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de la Inspección*. McGraw-Hill.
- Herrera Molina, P. (1993). *La potestad de información tributaria sobre terceros*. La Ley.
- Hurtado González, J. F. (2001). *El deber de colaborar con la Administración tributaria facilitando información sobre terceros*. Lex Nova.
- Jacobo y Burguillo, J. M. (1987). *La información tributaria en España*. Ministerio de Economía y Hacienda.
- Juan Lozano, A. M. (1993). *La inspección de Hacienda ante la Constitución*. Marcial Pons.
- Lago Montero, J. M. (1998). *La sujeción a los diversos deberes y obligaciones tributarios*. Marcial Pons.
- Lasarte Álvarez, J. y Sánchez Pedroche, J. A. (1999). La gestión tributaria. Relaciones entre Hacienda y los ciudadanos en los procedimientos de aplicación de los tributos. En J. Lasarte, *Manual General de Derecho Financiero* (pp. 497-515). Comares.
- López Martínez, J. (1992). *Los deberes de información tributaria*. IEF-Marcial Pons.
- Mantero Sáez, A. (1985). Comentarios a la Ley 10/1985, de 26 de abril. *Carta Tributaria*, 6, 98- 109.
- Mantero Sáez, A. (1986). El deber de información tributaria. Los artículos 111 y 112 de la LGT. *Crónica Tributaria*, 53, 112-132.
- Martín Queralt, J. (2019). La demasía de los requerimientos de información y la positiva labor jurisprudencial. *Carta Tributaria*, 46, 1-17.
- Martín Rodríguez, J. M. (2018). ¿Puede la agencia tributaria solicitar la cesión indiscriminada de datos de abogados y procuradores a los tribunales? Análisis de la STS 1611/2018, de 13 de noviembre de 2018. *Nueva fiscalidad*, 4, 249-262.
- Mochón López, J. (1995). *Actos reclamables en el procedimiento económico-administrativo*. Marcial Pons.
- Moral González, A. del. (2009). Requerimientos de información sobre datos del propio obligado tributario. *Impuestos* (pp. 117-138). Tomo II.
- Navarro Egea, M. (2019). El requerimiento de la AEAT al CGPJ sobre datos de abogados y procuradores: deber de contribuir y protección de datos personales. *Revista Técnica Tributaria*, 125, 13-33.
- Navarro González, R. (2017). La motivación de los actos administrativos. En E. Gamero Casado (Dir.), S. Fernández Ramos y J. Valero Torrijos (Coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y régimen jurídico básico del sector público* (pp. 1.814-1.823). Tirant lo Blanch. Tomo II.

- Olivares Olivares, B. (2017). *La protección de los datos tributarios de carácter personal durante su obtención en España*. Aranzadi.
- Ortiz Liñán, J. (2003). *Régimen jurídico de la información en poder de la Hacienda Pública*. IEF.
- Palao Taboada, C. (1987). La potestad de obtención de información de la Administración tributaria y sus límites. *Gaceta fiscal*, 45, 128-143.
- Palao Taboada, C. (1994). Algunas consideraciones sobre el secreto profesional frente a la Hacienda Pública. *Crónica Tributaria*, 72, 105-112.
- Peña Velasco, G. de la. (1996). La liquidación provisional de oficio y la comprobación abreviada (el artículo 123 de la LGT). *Impuestos* (pp. 61-84). Tomo I.
- Pulido Coredro, J. (1987). La bolsa y los deberes de información tributaria. *Estudios sobre tributación bursátil*. Editorial Civitas.
- Rodríguez Álvarez, J. (2008). Requerimientos individualizados para la obtención de información. *Manual de aplicación de los tributos* (pp. 1-15). IEF.
- Ruiz García, J. R. (2006). Los principios generales de la aplicación de los tributos. En AA. VV., *Estudios de la Ley General Tributaria* (pp. 235-247). Lex Nova.
- Ruiz Garijo, M. (2003). El preocupante concepto de «trascendencia tributaria» del artículo 111 de la LGT. *Jurisprudencia Tributaria*, 11, 1-8.
- Ruiz Zapatero, G. (2011). Comentario al artículo 55. *El Reglamento de Gestión e inspección de los tributos comentado* (pp. 379-393). La Ley.
- Sánchez Blázquez, V. M. (2014). Los requerimientos de información relacionados con el cumplimiento de las propias obligaciones tributarias y los procedimientos de comprobación posteriores que utilizan la información obtenida. *Revista Contabilidad y Tributación CEF*, 377-378, 136-148.
- Sánchez Huete, M. A. (2018a). Las nuevas obligaciones informativas en la cesión de uso de viviendas con fines turísticos». En J. Pedreira Menéndez, *Fiscalidad de la colaboración social* (pp. 365-387). Aranzadi.
- Sánchez Huete, M. A. (2018b). ¿Existe un deber tributario a obtener datos ajenos? La información en la cesión de uso de viviendas turísticas. *Quincena Fiscal*, 14, 1-12.
- Sánchez López, E. (2001). *Los deberes de información tributaria desde la perspectiva constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sánchez López, E. (2010). El obligado a aportar información con trascendencia tributaria. En AA. VV., *Tratado de la Ley General Tributaria* (pp. 90-105). Aranzadi.
- Sánchez López, E. (2017). La justicia en la obtención de información de terceros. Su repercusión en el sistema tributario justo. *V Encuentro de Derecho Financiero y Tributario* (pp. 114-125). IEF.
- Sánchez López, E. (2018). Algunas cuestiones controvertidas en relación con los requerimientos de información. *Quincena Fiscal*, 9, 1-18.
- Sánchez López, E. (2019). Reflexiones en torno al deber de información impuesto a los intermediarios de alquileres turísticos. *Quincena Fiscal*, 14, 1-25.
- Sánchez Pedroche, J. A. (1995). El deber de motivación en los procedimientos administrativos en materia tributaria. *Quincena Fiscal*, 5, 9-30.
- Sánchez Serrano, L. (1985). Modificación parcial de la LGT. *Comentarios a las leyes tributarias y financieras* (pp. 195-209). Edersa.
- Sesma Sánchez, B. (2001). *La obtención de información tributaria*. Aranzadi.

La reducción de la base imponible del ISD en casos de adquisición de empresas familiares a través de pactos sucesorios con eficacia de presente

Análisis de las Consultas de la [DGT V1788/2020](#), [V1790/2020](#) y [V1792/2020](#), de 5 de junio

Pilar Álvarez Barbeito

*Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de A Coruña*

Extracto

El presente comentario analiza las consecuencias que pueden derivarse de tres consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos, de las cuales se deduce, en contra del criterio manifestado hasta entonces por el centro directivo, que las adquisiciones de empresas familiares a través de pactos sucesorios con entrega de presente no podrán beneficiarse de la reducción sobre la base imponible prevista en el artículo 20.2 c) de la Ley del impuesto sobre sucesiones y donaciones.

1. Supuesto de hecho

El artículo 20 de la Ley del impuesto sobre sucesiones y donaciones (LISD), en el que se regulan las reducciones del impuesto, prevé sendas reducciones sobre la base imponible para la adquisición de las llamadas empresas familiares, beneficio fiscal que el artículo 20.2 c) se encarga de regular para las adquisiciones *mortis causa*, y el artículo 20.6 para las realizadas *inter vivos*.

De ese modo, el apartado 2 c) del artículo 20 de la LISD será aplicable cuando la sucesión se haya producido tras la realización del hecho imponible previsto en el artículo 3.1 a) de dicha ley, relativo a «la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio», mientras que el apartado 6 de aquel precepto se aplicará cuando el contribuyente haya realizado el hecho imponible previsto en el apartado b) del citado artículo 3.1, referido «a la adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito, “intervivos”».

Sin embargo, existen algunos tipos de transmisiones gratuitas cuya clasificación, como actos *inter vivos* o *mortis causa*, plantea problemas, ya que presentan una naturaleza híbrida, pudiendo apreciarse en ellas características propias de ambos tipos de transmisiones. Este es el caso de determinados pactos sucesorios aceptados por algunos derechos civiles forales y especiales que permiten a una persona ordenar los bienes de su herencia adelantando su transmisión a algún momento previo a su fallecimiento, de forma que el instituido puede adquirir la propiedad de aquellos en vida del instituyente.

Esto sucede, precisamente, con el pacto sucesorio previsto en el derecho civil de las Islas Baleares, denominado «finiquito de legítima», al que se refieren las Consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos (DGT), V1788/2020 (NFC076763), V1790/2020 (NFC076764) y V1792/2020 (NFC076765), todas de 5 de junio.

Pues bien, en tales resoluciones el centro directivo introduce un importante matiz respecto del criterio que venía aplicando hasta entonces, matización que deriva en la imposibilidad de aplicar el beneficio fiscal regulado en el artículo 20.2 c) de la LISD, cuando la transmisión de la empresa familiar se realiza a través de uno de tales pactos sucesorios. Ello es así porque, tras considerar que ese ha de ser el precepto aplicable a las citadas transmisiones –y no, por tanto, el apartado 6 del citado art. 20, aplicable en supuestos de adqui-

siones *inter vivos*–, la DGT interpreta literalmente los requisitos a los que aquel precepto subordina la aplicación de la reducción sobre la base imponible, considerando que uno de ellos es el fallecimiento físico del causante lo cual, al no producirse en pactos sucesorios con eficacia de presente, provoca la inviabilidad de la aplicación del citado beneficio fiscal.

2. Doctrina de la DGT

La DGT determina en las consultas objeto de análisis que, teniendo en cuenta la naturaleza híbrida de los pactos sucesorios con eficacia de presente, como el finiquito de legítima balear, la normativa que les resulta aplicable es la prevista para las adquisiciones *mortis causa*, conclusión que sustenta, básicamente, sobre dos argumentos. En primer lugar, ateniendo a lo dispuesto en el artículo 11 del Reglamento del impuesto sobre sucesiones y donaciones que, a efectos de ese impuesto, califica como títulos sucesorios, además de la herencia y el legado, entre otros, a los contratos o pactos sucesorios. Y, en segundo lugar, porque el propio Tribunal Supremo (TS), en su Sentencia de 9 de febrero de 2016 (rec. núm. 325/2015 –NFJ061892–), ha determinado que los pactos sucesorios –todos ellos– son adquisiciones patrimoniales lucrativas consecuencia de un negocio jurídico por causa de la muerte de la persona; sin que su naturaleza jurídica sufra porque el efecto patrimonial se anticipe a la muerte del causante.

Teniendo en cuenta lo anterior, el centro directivo concluye que los requisitos exigidos para la aplicación de la reducción de la base imponible en el caso de adquisiciones de empresas familiares mediante pactos sucesorios de presente, como es el caso objeto de consulta, han de ser los establecidos en el artículo 20.2 c) de la LISD.

Pues bien, teniendo en cuenta que –en opinión de la DGT–, uno de los requisitos establecidos para la aplicación de dicho precepto se traduce en la exigencia de que el causante sea una persona fallecida, el centro directivo concluye que la reducción regulada en el artículo 20.2 c) de la LISD no resultará aplicable a los llamados pactos sucesorios de presente, como el «finiquito de legítima», al no haberse producido en esos casos el fallecimiento del causante o instituyente del pacto sucesorio.

A este respecto –añade–, no cabe interpretar que, dada la especial naturaleza de los pactos sucesorios de presente, deberían aplicarse las condiciones y requisitos de las adquisiciones lucrativas *inter vivos*, debido a que en estos pactos sucesorios el causante de la adquisición aún no ha fallecido, ya que en su opinión ello implicaría un recurso a la analogía vetado por la Ley General Tributaria.

Por otra parte –continúa argumentando el centro directivo–, tampoco cabe presumir que se trate de un olvido del legislador, pues si este hubiera querido establecer una regla especial y extender la aplicación de la reducción prevista en el artículo 20.2 c) de la LISD a los llamados pactos sucesorios de presente, el legislador lo habría hecho expresamente.

3. Comentario crítico

Con el criterio mantenido en las consultas citadas, el centro directivo modifica su doctrina anterior, en virtud de la cual venía entendiendo que, en el ámbito del ISD, los pactos sucesorios con eficacia de presente –incluyendo los que tengan por objeto una empresa familiar– deben gravarse de igual modo que el resto de adquisiciones *mortis causa*. Dicha premisa, tal y como ha sostenido la Administración tributaria –entre otras, en las Consultas vinculantes V2404/2006, de 29 de noviembre (NFC023741); V0138/2007, de 22 de enero (NFC023973); V1731/2008, de 24 de septiembre (NFC030981); V1940/2009, de 4 de septiembre (NFC035520); V2233/2012, de 20 de noviembre (NFC045886); V2948/2014, de 3 de noviembre (NFC052796), o V2235/2019, de 20 de agosto (NFC073440)–, puede predicarse «tanto en lo referente a la aplicación de las reducciones como en lo relativo a todos los demás elementos del impuesto (hecho imponible, base imponible, base liquidable, tipo de gravamen, deuda tributaria, sujeto pasivo, etc.)», con la salvedad relativa al devengo del impuesto en esos casos ya que, en virtud de lo previsto en el artículo 24 de la LISD, tras su modificación en 2004, en los supuestos de contratos o pactos sucesorios el devengo se entenderá producido «el día en que se cause o celebre dicho acuerdo».

Por tanto, en los supuestos de adquisiciones *mortis causa* de la empresa familiar, la DGT ha sido proclive a aplicar –v. gr. Consulta vinculante V1731/2008, de 24 de septiembre (NFC030981)– el beneficio fiscal que, en forma de reducción sobre la base imponible, contempla la LISD en su artículo 20.2 c).

Sin embargo, en las consultas objeto de este comentario, y tras confirmar efectivamente que el precepto aplicable en esos casos, a efectos de determinar los beneficios fiscales aplicables, es el artículo 20.2 c) de la LISD, la DGT realiza un análisis literal de los requisitos legales exigidos en él para la aplicación de la citada ventaja fiscal, destacando a esos efectos la referencia que hace dicho precepto a «la persona fallecida», o al «fallecimiento» del causante. Ello conduce al centro directivo a considerar que el fallecimiento físico del causante es una condición *sine qua non* para aplicar la ventaja fiscal recogida en el citado precepto, lo cual, por tanto, impide su aplicación en el caso de las adquisiciones realizadas mediante pactos sucesorios como el finiquito de legítima, en los que precisamente no concurre la aludida circunstancia.

Con ese razonamiento el centro directivo sitúa a las adquisiciones de empresas a través de los pactos analizados en una especie de «limbo», claramente perjudicial para dichos negocios jurídicos y, en última instancia, para garantizar la sucesión de las empresas familiares en nuestro país. Así, por un lado, se cierra el paso a la aplicación del artículo 20.6 porque tales transmisiones patrimoniales no pueden considerarse realizadas *inter vivos* y, por otro lado, impide la aplicación del artículo 20.2 c), en este caso porque, aun cuando se trata de un precepto en principio aplicable a las transmisiones *mortis causa* como las realizadas a través de los pactos que nos ocupan, la imposibilidad de constatar el fallecimiento físico del causante imposibilita su aplicación.

Esta situación es consecuencia, a nuestro juicio, de una labor interpretativa centrada en la estricta literalidad del artículo 20.2 c), que conlleva ignorar tanto las particularidades que rodean a la institución del pacto sucesorio con entrega de presente, como la propia finalidad del precepto –traducida en la reducción de la carga tributaria para favorecer el relevo intergeneracional de los negocios familiares–. En ese sentido, el propio TS se ha caracterizado por defender una interpretación finalista de las normas en las que se recogen beneficios fiscales previstos para la empresa familiar, huyendo de formalismos que pudieran obstaculizar la finalidad que subyace en un beneficio fiscal patrocinado desde la Unión Europea, y que no es otra que la de favorecer y facilitar la continuidad de las empresa familiares.

Por ello, y ante las dudas que han surgido de la mano de la última interpretación de la DGT, parece necesaria una solución que arbitre una salida a la situación generada por dicho criterio interpretativo. En ese sentido, y teniendo en cuenta la necesaria seguridad jurídica que debería presidir la cuestión que nos ocupa, entendemos que sería deseable una manifestación expresa por parte del legislador que permitiese solucionar una cuestión que afecta de manera relevante a la viabilidad de la sucesión intergeneracional de la empresa familiar, sobre todo en algunas comunidades autónomas donde este tipo de pactos sucesorios se utilizan frecuentemente con esa finalidad.

En ese sentido –y aunque podría modificarse el art. 20.2 c) de la LISD, para sustituir la referencia al «fallecido» por otra que, como el término «causante», evite los referidos problemas que suscita la interpretación literal del precepto–, la solución podría pasar por una modificación normativa que permitiese expresamente aplicar los requisitos previstos en el artículo 20.6 de la ley, también en los casos en que las empresas familiares se transmitan a través de un pacto sucesorio de presente.

Esa ha sido la opción por la que se ha decantado, por ejemplo, la comunidad autónoma gallega. Es concretamente el Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado –que en su art. 8.Seis regula la reducción por la adquisición de bienes y derechos afectos a una actividad económica, de participaciones en entidades y de explotaciones agrarias en los pactos sucesorios– el que ha establecido expresamente que:

[...] en caso de los hechos imponibles contemplados en el apartado a) del artículo 3.1 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del impuesto sobre sucesiones y donaciones, en los que no se produjese el fallecimiento del transmitente, los requisitos para la aplicación de la reducción por la adquisición de bienes y derechos afectos a una actividad económica, de participaciones en entidades y de explotaciones agrarias serán los establecidos para las adquisiciones inter vivos.

Además, cabe recordar que también en el ámbito estatal se ha modificado la normativa para aplicar determinados aspectos previstos para las transmisiones *inter vivos* a las ope-

raciones realizadas mediante pactos sucesorios. Así, por ejemplo, tal y como ya comentamos, en 2004 el legislador estableció respecto de ellos la aplicación, en materia de devengo, del criterio propio de las transmisiones *inter vivos*. En el mismo sentido, el Proyecto de ley contra el fraude fiscal, actualmente en tramitación, contempla la modificación del artículo 30 de la LISD, que regula la acumulación de donaciones, para incluir en él los supuestos de contratos y pactos sucesorios que produzcan adquisiciones en vida del causante, resolviendo así una cuestión que ha generado una nutrida controversia debido a la ya aludida naturaleza híbrida de tales pactos.

Por otra parte, entendemos que la referida propuesta de modificación legislativa planteada aquí vendría a solucionar un conflicto interpretativo que se ha suscitado a raíz de un cambio de criterio administrativo, y no tanto a dar respuesta a un «olvido» del legislador. Coincidimos así con la afirmación de la DGT, en virtud de la cual entiende que «tampoco cabe presumir que se trate de un olvido del legislador», aunque dicha coincidencia obedece a razones diferentes a las esgrimidas por el centro directivo. Este alude a la ausencia de olvido por parte del legislador para argumentar que, si este hubiera querido establecer una regla especial y extender la aplicación de la reducción prevista en el artículo 20.2 c) a los llamados pactos sucesorios de presente, lo habría hecho expresamente, del mismo modo que estableció una regla especial para el devengo de este tipo de pactos sucesorios en el último inciso del artículo 24.1 de la Ley 29/1987. A nuestro juicio, sin embargo, no existió olvido por parte del legislador, sino de una falta de concreción respecto de una materia que, teniendo en cuenta la línea de interpretación seguida hasta la publicación de las referidas Consultas de la DGT de 5 de junio de 2020, parecía no necesitar aclaración.

Así pues, el cambio normativo propuesto no vendría a solucionar un defecto de regulación intencionado, sino más bien a dar seguridad jurídica a una cuestión que, ahora sí, está necesitada de aclaración, al haberse modificado la interpretación que venía sosteniendo la Administración tributaria. De lo contrario, las transmisiones de empresas realizadas mediante pactos o contratos sucesorios de presente, únicamente podrían beneficiarse de las reducciones previstas a estos efectos en la legislación fiscal de aquellas comunidades autónomas en las cuales, o bien se haya optado por utilizar en tales normas el término «causante», en lugar de la palabra «fallecido» –como sucede en Cataluña (art. 11 Ley 19/2010, de 7 de junio, de regulación del impuesto sobre sucesiones y donaciones)–, o bien sus administraciones sostengan una interpretación de su propia normativa más acorde con la ya reiterada finalidad de las reducciones analizadas.

De lo pertinente en el intercambio de información tributaria

Análisis de la [STJUE de 6 de octubre de 2020, asuntos acumulados C-245/19 y C-246/19](#)

Alejandro Jiménez López

Abogado

Doctorando en Derecho Financiero y Tributario.

Universidad de Barcelona

Extracto

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2020, sobre decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Luxemburgo constituye uno de los escasos pronunciamientos relativos a la cooperación administrativa e intercambio de información tributaria.

En el caso objeto de esta sentencia se entiende cumplida la norma de la «pertinencia previsible» en la solicitud de intercambio de información al indicar esta la identidad de las personas involucradas y el periodo al que se refiere la investigación.

El concepto de la «pertinencia previsible» no se define de manera explícita en la legislación europea aplicable al caso, ni tampoco el tribunal entra a definirlo, sino que lo delimita haciendo referencia a la concreción e individualización de los datos sin realizar más precisiones.

Como es un término susceptible de interpretación y que atiende especialmente a las circunstancias fácticas del supuesto, la pertinencia debe analizarse caso por caso y por ello pueden surgir discrepancias entre autoridad requerente y autoridad requerida.

Al tratarse de un concepto indeterminado, este ha de modularse para así ofrecer una definición más clara y que sea uniforme con el fin de evitar conflictos entre Estados miembros dotando así al sistema de una mayor seguridad jurídica.

1. Supuesto de hecho

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 6 de octubre de 2020 (asuntos acumulados C-245/19 y C-246/19 –NFJ079140–) resuelve la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Luxemburgo en el caso *État luxembourgeois v B*.

En el presente caso la Administración tributaria española solicitó a la Administración tributaria luxemburguesa el suministro de información sobre una persona física residente en España. Dicha solicitud de información viene amparada por la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011.

El Tribunal Supremo de Luxemburgo plantea dos cuestiones prejudiciales; la primera de ellas acerca de la interpretación de los artículos 7, 8 y 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en relación con el artículo 47 de dicha Carta sobre la exclusión de la posibilidad de recurrir por parte del tercero poseedor de la información contra la resolución que le obliga a facilitar información.

La segunda cuestión prejudicial, sobre la que se centra el presente comentario, versa sobre la forma en que debe formularse la solicitud en relación con las personas afectadas, con el fin de que las autoridades tributarias requeridas puedan valorar la «pertinencia previsible» de la información solicitada para el procedimiento tributario en el otro Estado miembro, ya que solo la información que «previsiblemente, guarde relación» es objeto de la directiva.

2. Doctrina del tribunal

El tribunal señala (párrafo 112) que quien evalúa la «pertinencia previsible» de la información que se solicita es la autoridad requirente, según las circunstancias del caso, a la cual

se le otorga cierto margen de discrecionalidad, aunque matiza que no puede solicitarse información que carezca absolutamente de pertinencia. Señalando a continuación (párrafo 113) la imposibilidad de emprender investigaciones aleatorias, como ya anuncia el considerando 9 de la Directiva 2011/16/UE, y acogiendo la doctrina apuntada en la Sentencia del TJUE de 16 de mayo de 2017, asunto C-682/15 (NFJ066518), Berlioz Investment Funds SA y Directeur de l'administration des contributions directes (asunto Berlioz).

Seguidamente, indica que quien debe controlar la motivación de dicha solicitud de intercambio de información es la autoridad requerida (párrafo 115). En el caso de que el tercero que reciba la decisión de requerimiento interponga recurso, será el órgano jurisdiccional el encargado de controlar tanto la motivación de la decisión de requerimiento como la solicitud de intercambio de información (párrafo 116) y, si no se cumple el requisito de la pertinencia previsible, el órgano jurisdiccional nacional puede anular el acto administrativo aplicando el Derecho de la Unión.

Un aspecto que destaca la Sala es que la solicitud se realiza durante la fase preliminar de la investigación «cuyo objeto es recabar información de la que la autoridad requirente, por principio, no tiene un conocimiento completo y preciso» (párrafo 121).

Por último, concluye (párrafo 118) que tanto la decisión de requerimiento de información como la solicitud de intercambio de información consideradas conjuntamente no carecen de la pertinencia previsible exigida por la Directiva 2011/16/UE puesto que se identifica al contribuyente investigado, el periodo al que se refiere esa investigación y la identidad del tercero en cuyo poder se halla la información. En este sentido, acaba señalando que «no carece manifiestamente de toda pertinencia previsible, si en tal decisión se indica la identidad de la persona que posee la información de que se trate, la del contribuyente sometido a la investigación que ha originado la solicitud de intercambio de información y el periodo al que se extiende esta última, y si se refiere a contratos, facturas o pagos que, aunque no se identifiquen con precisión, se delimitan mediante criterios» (párrafo 124).

Esto es, si se refiere a contratos, facturas o pagos, se delimitan según unos criterios:

- Que fueron celebrados o efectuados por la persona que posee la información;
- Que se formalizaron durante el periodo al que se refiere la investigación; y
- En su relación con el contribuyente investigado.

3. Comentario crítico

Los intercambios de información tributaria, tanto entre Estados miembros (EM) de la Unión Europea como con Estados terceros, han ido incrementando su trascendencia hasta

ser un instrumento recurrentemente utilizado por las Administraciones tributarias nacionales debido a la creciente globalización y el marcado carácter transfronterizo de las operaciones.

Este mecanismo facilita el control de las transacciones con elementos de internacionalidad y permite realizar una investigación encaminada a la aplicación correcta de los tributos. Por este motivo, la normativa responde al interés de los Estados y como señala de Miguel Arias (2012, p. 61) deja «al margen las circunstancias de los sujetos cuyos datos se solicitan».

Es decir, la obtención de información por parte de la Administración tributaria es indispensable para su actividad, y si bien estas solicitudes de información pueden atentar contra la privacidad de los contribuyentes, la invasión se entenderá justificada si se atiende al principio de proporcionalidad¹.

El TJUE no ha emitido muchas sentencias sobre el concepto de la pertinencia previsible en el ámbito de los requerimientos de información entre EM, más bien podemos señalar que son escasos los pronunciamientos. Estos se limitan únicamente a dos, uno es objeto del presente comentario (asuntos acumulados C-245/19 y C-246/19 –NFJ079140–) y otro anterior, el asunto C-682/15, *Berlioz Investment Funds SA*, de 16 de mayo de 2017 (NFJ066518). Si bien, hay una petición de decisión prejudicial pendiente de resolución, el asunto C-437/19, de 31 de mayo de 2019, planteado por el mismo Tribunal Supremo de Luxemburgo.

En ambos pronunciamientos se han planteado parecidas cuestiones prejudiciales, prestando especial atención a la cuestión relativa al derecho a la tutela judicial efectiva y la posibilidad de interponer un recurso directo contra una decisión por la que se requiere la comunicación de información a la Administración tributaria.

En relación con la segunda cuestión prejudicial, esta versa acerca de la pertinencia previsible en los requerimientos de información. El TJUE indica que quien evalúa dicha pertinencia es la autoridad requirente según las circunstancias del caso, pero que quien debe controlar la motivación de la solicitud es la autoridad requerida.

Es decir, la autoridad requirente dispone de cierto margen de apreciación, aunque antes de efectuar el requerimiento debe hacer un test de proporcionalidad para no extralimitarse en la solicitud de información, ya que la autoridad requerida puede y debe comprobar la motivación de la solicitud². A pesar de esta facultad, coincidiendo con Fernández Marín

¹ Si bien, deben respetarse los límites establecidos en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (Reglamento general de protección de datos –RGPD–) para no atentar contra los derechos y libertades protegidos en este.

² En este sentido, la sentencia del TJUE sobre el asunto *Berlioz*, en su párrafo 82, señaló que la autoridad requerida puede evaluar las necesidades de la documentación solicitada haciendo ver la necesidad de motivación de la solicitud por parte de la autoridad requirente.

(2018, p. 25) la autoridad requerida no puede sustituir la valoración de la autoridad requirente, pues es esta quien conoce las circunstancias del caso, viéndose así limitada dicha facultad revisora.

En esta línea, el abogado general Melchior Wathelet, en sus conclusiones presentadas el 10 de enero de 2017, al asunto *Berlioz* afirmó con acierto que:

[...] antes de adoptar una decisión de requerimiento, la autoridad requerida debe estar en condiciones de determinar si la información solicitada es previsiblemente pertinente para alcanzar el objetivo descrito por la autoridad requirente, es decir, si afecta a la situación fiscal del contribuyente de que se trate y puede ayudar a la autoridad requirente a determinar correctamente la cuota tributaria adeudada (párrafo 109).

Aquí podemos encontrarnos ya con una primera confrontación entre ambos Estados, pues como señalan Debelva y Diepvens (2016, p. 300) en ciertos casos el estándar relativo a la relevancia en el Estado requirente puede no darse en el Estado requerido. Este extremo evidencia, en primer lugar, la necesidad de acotar este concepto jurídico indeterminado que debe ir modulándose por la jurisprudencia comunitaria con la finalidad de evitar posibles conflictos.

En segundo lugar, ha de esclarecerse hasta dónde llega la previsibilidad en aras de ofrecer seguridad jurídica limitando el concepto, garantizando así la protección de la esfera jurídica del titular de la información.

Sin embargo, el tribunal no ofrece una interpretación del concepto de la pertinencia previsible, sino que se limita a enumerar una serie de criterios que, si se cumplen, se garantiza el estándar de la pertinencia previsible. Tal y como se ha señalado en párrafos anteriores, la ausencia de claridad en relación con este concepto puede llevar a divergencias entre EM en este punto.

En relación con el criterio de la pertinencia previsible, la abogada general Juliane Kokott en sus conclusiones presentadas el 2 de julio de 2020 presta atención a dos objetivos:

- a) Control limitado de la pertinencia previsible en el Estado miembro requerido para facilitar el intercambio de información. En este punto las conclusiones de la abogada general coinciden con el criterio del tribunal. Señalando que «la autoridad requerida no puede sustituir la apreciación de la utilidad eventual de la información solicitada» (párrafo 129).
- b) Prohibición de investigaciones aleatorias. Aquí con acierto se hace referencia al considerando 9 de la Directiva 2011/16/UE que a través del criterio de la «perti-

nencia previsible» se pretende evitar que se inicien investigaciones aleatorias o se solicite información que probablemente no sea pertinente.

Un aspecto que se plantea en la segunda cuestión prejudicial y no se resuelve por parte del tribunal es el relativo a si los artículos 1, apartado 1, y 5 de la directiva deben interpretarse teniendo en cuenta el carácter evolutivo del artículo 26 del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición internacional en materia de renta y patrimonio y prevenir la evasión fiscal elaborado por el Comité de Asuntos Fiscales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y sus Comentarios (MC OCDE).

Según mi opinión, y remarcando que si bien no existe un automatismo jurídico en relación con la aplicación de los comentarios del MC OCDE³, sí que podrían traerse a colación estos, así como sus modificaciones y adaptaciones para aportar una interpretación complementaria. No sería la primera vez que lo hace el tribunal, puesto que así lo ha hecho con el concepto de «beneficiario efectivo» en la Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2019 (asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16 –NFJ072658–)⁴.

En el presente asunto, y al igual que sucede con el que se acaba de citar, ambos conceptos, regulados cada uno en su respectiva directiva, se inspiran en el MC OCDE y tanto las modificaciones de este como sus comentarios son pertinentes para la interpretación de la directiva.

En este sentido, la Directiva 2014/107/UE del Consejo, de 9 de diciembre de 2014, que modifica la Directiva 2011/16/UE, en su considerando 13 señala que los EM deben utilizar los comentarios de la OCDE como fuente de ilustración e interpretación⁵.

Por tanto, a mi parecer hubiese sido interesante que el tribunal se pronunciase acerca de si se pueden aplicar o no los comentarios al MC OCDE y su interpretación evolutiva.

Incido en este aspecto, debido a que por ejemplo en los comentarios al artículo 26 del MC OCDE, concretamente en los apartados 6 y siguientes, se establece una lista ejemplifi-

³ Así lo señala la abogada general Juliane Kokott en el párrafo 122 de sus conclusiones en los asuntos acumulados C-245/19 y C-246/19.

⁴ Esta sentencia señala que como la Directiva 2003/49/CE, de intereses y cánones, aplicable al supuesto examinado se inspira en el artículo 11 del MC OCDE, el concepto de «beneficiario efectivo» regulado en los convenios de doble imposición que se ajustan al MC OCDE, y en consecuencia las modificaciones que se van introduciendo al modelo y a los comentarios, son un instrumento pertinente para la interpretación de dicha directiva.

⁵ Según la opinión de Rosembuj Erujimovich este reconocimiento explícito de inspiración en los comentarios de la OCDE denota «la sumisión del derecho comunitario a la vinculación derivada del contenido OCDE aprobado» en Rosembuj (2017).

cativa no cerrada que podría trasladarse adaptándola a las necesidades del marco normativo de la Unión Europea con el fin de emplearla a nivel comunitario entre los EM.

En este punto, cabe señalar que en el seno de la OCDE existe el Modelo de Acuerdo de Intercambio de Información Tributaria (MAIT o MTIEA)⁶ el cual dispone de sus respectivos comentarios, y que como señala Zapatero Gasco (2019, p. 351), en relación con la pertinencia previsible, el apartado 5 del artículo 5 del MTIEA precisa la información que debe incluir una solicitud de información a otro Estado para dar correcto cumplimiento de este estándar.

Además, la OCDE dispone del *Manual on the implementation of Exchange of Information provisions for tax purposes*, el cual incluye toda una serie de medidas relativas por ejemplo a garantizar la observancia y protección de derechos y garantías procedimentales, o confidencialidad de la información recibida. Esto es, la aplicación del manual puede ofrecer una mayor protección y seguridad jurídica en relación con datos personales conforme al RGPD. Puesto que puede existir una injerencia en la esfera de derechos y privacidad tanto del sujeto que dispone de la información como del titular, es necesario acotar la pertinencia previsible dotando así de seguridad jurídica a todas las partes.

El concepto de la pertinencia previsible adoptado en la legislación europea puede ponerse en relación con el término acuñado en la legislación española que es el de la trascendencia tributaria.

La trascendencia tributaria es un concepto jurídico indeterminado que alberga la normativa española en el artículo 93.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) y que ha venido interpretándose por el Tribunal Supremo (TS) desde antiguo hasta una jurisprudencia más reciente. Resulta de interés relacionar ambos conceptos, que pese a no ser homónimos sí que demuestran cierta conexión, además la jurisprudencia a nivel nacional es más abundante⁷ y podría ayudar a la hora de interpretar la «pertinencia previsible».

En primer lugar, como hemos indicado, el TJUE exige que la decisión de requerimiento de información de la autoridad requirente no puede encaminarse a realizar una investigación aleatoria, puesto que una «información que haya sido solicitada para que se proceda a tal investigación "aleatoria" en ningún caso podría considerarse como una información previsiblemente» (párrafo 114).

Esto es, incide en la prohibición de las conocidas como *fishing expeditions*. Este aspecto casa con la Sentencia del TS 1231/2020, de 1 de octubre (rec. núm. 2966/2019

⁶ Modelo de TIEA, *Tax Information Exchange Agreement*, en inglés (MTIEA) y Modelo de Acuerdo de Intercambio de Información Tributaria en castellano (MAIT).

⁷ El TS ha ido modulando este concepto desde hace tiempo a raíz de diversos pronunciamientos como la Sentencia de 12 de noviembre de 2003 (rec. núm. 4783/1998 –NFJ015687–) o la Sentencia de 14 de marzo de 2007 (rec. núm. 1320/2002 –NFJ026273–), entre otras.

–NFJ079139–) que establece para la entrada y registro en un domicilio la necesidad de un procedimiento inspector abierto y notificado, no bastando la mera «corazonada o presentimiento [...]» o con un «propósito meramente prospectivo o indeterminado, por si acaso».

En segundo lugar, hace referencia al control limitado de la pertinencia previsible que puede realizar el estado requerido, limitándose a la motivación, otorgando así un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad requirente.

En cambio, el TS lo acota mucho más al indicar que la «noción de trascendencia tributaria no es ilimitada ni de libre apreciación por la Administración, sino que debe ser encauzada en los términos estrictamente jurídicos con que hemos acotado el concepto en las sentencias reseñadas, de donde se infiere que esa pretendida relevancia fiscal de la información debe ser objeto de una interpretación razonable y moderadora de su virtual amplitud y generalidad, que no puede quedar en las exclusivas manos de la Administración» (Sentencia del TS de 20 de octubre de 2014, rec. núm. 1414/2012 –NFJ056360–)⁸.

Además, esta sentencia señala los requisitos que debe cumplir la información solicitada:

1. «Que exista relevancia fiscal de la información solicitada;
2. Que la información se haya solicitado previamente al sujeto pasivo y solo si resulta imposible obtener los datos, sea obligado recurrir al tercero con dicho fin;
3. Que los datos solicitados deben estar en posesión del tercero; y
4. Que dichos datos no estén ya en posesión de cualquier Administración o que el mismo requerido no haya suministrado ya los datos a la Inspección por otra vía procedimental».

Por tanto, para que exista esa trascendencia tributaria en la información solicitada, deben cumplirse una serie de requisitos y que dicha información sea útil para la aplicación de los tributos. Asimismo, hay que señalar que no puede hablarse de que los datos gocen de trascendencia tributaria por el mero hecho de que los solicite la Administración tributaria, pues como bien indica el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) en su Resolución de 4 de diciembre de 2018 (RG 5521/2015 –NFJ072114–) el requisito de la motivación debe ir ligado al de trascendencia tributaria. Es decir, si dicha trascendencia «no resulta ostensiblemente del expediente», el requerimiento deberá motivarse suficientemente para demostrar dicha trascendencia y que se entienda así cumplido el requisito legal.

⁸ Según la Sentencia del TS de 13 de noviembre de 2014 (rec. núm. 266/2012 –NFJ056749–) se cumple el requisito de la trascendencia tributaria si los datos tienen utilidad para la aplicación de los tributos, que es lo que justifica la realización del requerimiento.

Además, el TS se hizo eco de este deber de motivación expresado por el TEAC, pues la Sentencia del TS 1611/2018, de 13 de noviembre (rec. núm. 620/2017 –NFJ071915–) decretó la nulidad de un requerimiento de información por falta de justificación y motivación al tratarse de un requerimiento masivo y generalizado que atenta contra el principio de proporcionalidad⁹.

Un aspecto relevante y que señala la Sentencia del TS de 20 de octubre de 2014 antes citada es que no cabe la «equivalencia mimética entre datos económicos y datos con trascendencia tributaria», lo que nos hace volver a la necesidad de motivar y justificar la relación entre los datos requeridos y su potencial capacidad económica o relación con la aplicación de los tributos.

En consecuencia, debe hacerse hincapié en que por el mero hecho de que la información solicitada se refiera a datos económicos, no por ello tendrá trascendencia tributaria, concurriendo la necesidad de aludir a obligaciones tributarias precisas y no meramente potenciales susceptibles de manifestar capacidad económica.

En este sentido, la Sentencia del TS de 23 de octubre de 2014 (rec. núm. 2182/2012 –NFJ056333–) relativa a requerimientos de información sobre informes efectuados a sociedades tasadoras donde señala que la tasación «no siempre y necesariamente se encuentra vinculada a una operación que, mediata o inmediatamente, haya de tener trascendencia fiscal».

En cambio, la Sentencia del TS de 18 de febrero de 2015 (rec. núm. 3479/2012 –NFJ079886–) admite una referencia genérica al carácter económico de la información para justificar la trascendencia sin ser necesaria una motivación específica al tratarse de un deber general y no un requerimiento individualizado. Esto es, parece ser que, si bien la Sala no lo reconoce de manera explícita, sí que exige un mayor esfuerzo en la motivación, cuando no es genérico, debiendo así justificar el requerimiento de forma razonada y razonable para cumplir con el deber legal¹⁰.

En conclusión, el TJUE debe acometer una mayor labor interpretativa con tal de definir más ampliamente la pertinencia previsible; ya que desde mi punto de vista el concepto se ha delimitado en torno a la idea de concreción e individualización de los datos.

⁹ Criterio posteriormente reiterado en la Sentencia del TS 1628/2018, de 15 de noviembre (rec. núm. 623/2017 –NFJ080518–) y acogido por el TEAC en su Resolución de 14 de febrero de 2019 (RG 6507/2017 –NFJ072625–).

¹⁰ En este sentido se pronuncian los magistrados Huelín Martínez de Velasco y Montero Fernández en el voto particular, al cual nos adherimos, y que aluden a la necesidad de motivar específicamente caso por caso según las necesidades concretas. En el caso objeto de debate, señalan que un requerimiento meramente formulario no explica ni justifica la trascendencia tributaria, para acabar señalando la necesidad de demostrar la relación entre los datos solicitados y su aplicación en el concreto ámbito impositivo.

Acogiendo el criterio del TS relativo a que no cualquier información o dato de contenido económico tendrá trascendencia tributaria, este extremo podría extrapolarse a la exigencia de una mayor motivación de la necesidad o adecuación de la información requerida en la solicitud relativa a contratos, facturas o pagos que examina el TJUE y no ceñirse meramente al cumplimiento de los criterios de determinación e individualización, puesto que por mucho que se concrete un dato, este no tendrá *per se* trascendencia tributaria o gozará de la pertinencia previsible.

El aspecto de la necesaria motivación de la solicitud debe hacerse caso por caso y no darse por cumplido por la mera individualización del requerimiento o por referirse a información concreta y precisa, puesto que han de analizarse las circunstancias de cada caso, y más aún en el ámbito europeo que al intervenir dos EM, con sus respectivas autoridades tributarias, ambos deberán examinar la pertinencia desde el punto de vista fáctico adecuándose al supuesto concreto sobre un marco concreto que dé seguridad jurídica.

Por ende, se hace patente la necesidad de unificar el criterio a nivel europeo con el fin de evitar conflictos por la disparidad de criterios a la hora de interpretar la pertinencia. Para ayudar a la resolución de estos posibles conflictos, el TJUE podría aplicar tanto el MC OCDE como sus comentarios, puesto que pueden arrojar luz y aportar criterios para conseguir una interpretación uniforme del concepto.

Ya que los intercambios de información son un instrumento muy utilizado, y que se prevé en alza, cabe esperar que los conflictos en torno a este concepto se repitan. Por ello, es seguro que el tribunal emitirá futuros pronunciamientos donde podrá ampliar y orientar su doctrina hacia una definición más clara de la «pertinencia previsible».

Referencias bibliográficas

Debelva, F. y Diepvens, N. (2016). Exchange of information. An Analysis of the Scope of Article 26 OECD Model and its requirements: In search for an efficient but balanced procedure. *Intertax*, 44(4), 298-306.

Fernández Marín, F. (2018). El Derecho de defensa y el intercambio de información tributaria en el Derecho de la UE. *Studi Tri-*

butari Europei – European Tax Studies, 8, 25-95.

Miguel Arias, S. (2012). Los derechos de los obligados tributarios ante los requerimientos de información entre Estados miembros de la Unión Europea en la Directiva 2011/16/UE. *Revista española de Derecho Financiero*, 156, 61-89.

Rosembuj Erujimovich, T. R. (2017). El intercambio de información tributaria. *El Fisco*. <http://elfisco.com/articulos/el-intercambio-de-informacion-tributaria#_ftnref11> [consultado el 5 de noviembre de 2020].

Zapatero Gasco, A. (2019). *El Intercambio internacional de información tributaria y su injerencia en los derechos de los obligados tributarios*. (Tesis doctoral). <<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/29130>> (consultado el 31 de octubre de 2020).

Error judicial en el contencioso-tributario apreciado en amparo: las notificaciones defectuosas no interrumpen la prescripción

Análisis de la [STC 160/2020, de 16 de noviembre](#)

Begoña Sesma Sánchez

*Catedrática de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Oviedo*

Extracto

La Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) 160/2020, de 16 de noviembre, aprecia en amparo un error judicial cometido por la Audiencia Nacional (AN) al otorgar validez a una notificación edictal de una liquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones. Aunque la Administración había notificado la liquidación en el domicilio identificado en la autoliquidación y en el de los causantes, el TC reprocha a la AN que no hubiera advertido la falta de diligencia de la Administración para consultar en sus bases y registros fiscales, o en los datos deducidos de otras declaraciones, el verdadero domicilio fiscal de la contribuyente antes de haber acudido a la notificación por comparecencia mediante la publicación de anuncios en un boletín oficial. No se justifica, además, por qué las providencias de apremio se practicaron en el domicilio fiscal de la interesada que, por otra parte, era el que figuraba en sus declaraciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas, en el padrón municipal y en su documento nacional de identidad. Una confirmación más, en este caso de origen constitucional, del derecho a una buena administración en la práctica de notificaciones de actos tributarios.

Si bien la apreciación de error judicial puede resultar excesiva en el caso examinado –como sorprendente resulta la admisión a trámite del recurso de amparo–, esta sentencia reafirma el carácter subsidiario y excepcionalísimo de la notificación edictal al imponer a la Administración, antes de acudir a esta vía, el deber de localizar un domicilio razonablemente idóneo y fácilmente identificable, y en todo caso el domicilio fiscal, que pueda deducirse de las bases o registros fiscales o declaraciones presentadas, para alcanzar el objetivo de que el acto llegue a conocimiento formal del interesado. Descartada así la validez de la notificación edictal practicada, se reafirma asimismo la doctrina jurisprudencial que niega eficacia interruptiva de la prescripción tributaria a las notificaciones infructuosas.

1. Supuesto de hecho

Érase una vez una contribuyente que, tras aceptar la herencia de sus padres en mayo de 2004, presentó como única heredera la correspondiente autoliquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD) en junio de 2004. La Administración tributaria autonómica competente (Madrid) regularizó dicha autoliquidación a través de un procedimiento de verificación de datos cuya liquidación se notificó por comparecencia, mediante anuncio en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, después de intentar la notificación personal tanto en el domicilio (Barcelona) que constaba en la escritura de manifestación de la herencia, como en el domicilio familiar de sus padres (Madrid) que constaba en la autoliquidación presentada.

Como la interesada «no estuvo atenta» al Boletín Oficial, ante la ausencia de pago en periodo voluntario de las liquidaciones, la Administración inició la vía ejecutiva notificando las providencias de apremio en octubre de 2008, que esta vez sí fueron recepcionadas por la interesada porque se practicaron en su domicilio fiscal (Madrid), que constaba tanto en su documento nacional de identidad (DNI), como en el padrón municipal y en sus declaraciones del IRPF.

En este contexto, tras el correspondiente periplo (lento, por supuesto) de recursos y reclamaciones económico-administrativas (en sede regional la reclamación fue estimada por falta de notificación personal apreciándose prescripción, pero el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) la anuló en noviembre de 2014 tras admitirse el recurso de alzada interpuesto por el director general de tributos de la Comunidad de Madrid), la recurrente impugnó en sede jurisdiccional ante la Audiencia Nacional (AN) las providencias de apremio invocando su invalidez por la previa falta de notificación de la deuda en periodo voluntario y alegando, adicionalmente, dado que consideraba

defectuosa la notificación edictal practicada, la prescripción del derecho de la Administración a exigir el gravamen sucesorio regularizado. No tuvo éxito.

La Sentencia de la AN de 10 de octubre de 2016 (rec. núm. 127/2015 –NFJ065602–) validó la procedencia del gravamen exigido en vía ejecutiva considerando (1) que la presentación de la autoliquidación del ISD interrumpió la prescripción y que también lo hicieron los intentos de notificación del inicio del procedimiento de verificación de datos; (2) que los intentos de notificación debían considerarse válidos porque se hicieron en el domicilio que constaba en la autoliquidación del ISD e incluso en el de sus padres, de modo que la notificación por comparecencia mediante anuncio en el diario oficial se habría practicado una vez acreditada la imposibilidad de la notificación personal en el domicilio señalado por la contribuyente y (3) que las dificultades de notificación no se habrían producido si esta hubiera cumplido con su obligación de poner en conocimiento de la Administración su domicilio fiscal.

La interesada prosiguió su lucha. El recurso casacional fue inadmitido (Auto del Tribunal Supremo –TS– de 15 de marzo de 2017) por carencia de

interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (art. 90.4 d) LJCA) y por referirse sustancialmente a cuestiones de hecho excluidas de la casación en virtud del artículo 87 bis LJCA cuya apreciación y valoración en la instancia se discute en cuanto determinó el fallo.

Agotada esta vía, la interesada recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional (TC) quien, en esta relevante Sentencia 160/2020, de 16 de noviembre (NCJ065195), que comentamos, finalmente apreció una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en derecho considerando, en síntesis, que:

1. El derecho a la tutela judicial efectiva se vulnera cuando la resolución judicial parte de un razonamiento equivocado, siempre que el error sea verificable de forma incontrovertible y sea determinante de la decisión adoptada.
2. En el fallo de la AN se acudió a una interpretación errónea e irrazonable pues no cabía apreciar una falta de diligencia del contribuyente –en tanto que su domicilio fiscal constaba a efectos de otros registros y documentos–, sino de la Administración y, de hecho, esta pudo identificar otro domicilio sin especial esfuerzo para notificar la providencia de apremio, lo que demostraría que la Administración no actuó con la debida diligencia y, además, trató de obtener un beneficio de su actuación irregular.
3. La sentencia recurrida, al otorgar validez a la notificación defectuosa, determinó una respuesta judicial sustentada en un criterio equivocado sobre la prescrip-

ción alegada vulnerando así el derecho fundamental del demandante a la tutela judicial efectiva.

Desde luego, la batalla emprendida por la contribuyente confirma la sabiduría popular que encierra el refrán «el que la sigue, la consigue» porque su perseverancia para pleitear durante 12 años en todas las vías de recurso posibles para defender su derecho ha tenido recompensa. Como impresión general, este fallo provoca también la satisfacción de un pronunciamiento materialmente justo, aunque muy tardío, que permite albergar esperanzas en el tortuoso camino de la tutela judicial efectiva en el ámbito tributario. Es evidente que, con carácter general, no es fácil, sino todo lo contrario, acceder en amparo en materia tributaria. Como tampoco lo es alcanzar el amparo invocando el derecho a la tutela judicial efectiva a partir de la acusación de un error judicial de índole esencialmente fáctica y probatoria, máxime después de haber sido inadmitida la vía casacional como último recurso jurisdiccional ordinario para remediarlo. En fin, es notorio el éxito de esta victoria conseguida en vía de amparo¹.

También esta sentencia encierra una relevante llamada de atención del TC a la Administración tributaria, un reproche a su falta de diligencia para practicar notificaciones tributarias al alejarse de los estándares de la buena administración, en tanto que sustancialmente el TC le impone el deber de, sino agotar, al menos acudir a todas las posibilidades de identificar lugares hábiles y eficaces de notificación con el objetivo de que los actos tributarios –y no solo los sancionadores– lleguen al conocimiento formal y efectivo de sus destinatarios a fin de que puedan ejercer su derecho de defensa. Es obvio que de este pronunciamiento se confirma, una vez más, que las notificaciones por comparecencia mediante anuncios deben ser excepcionalísimas y subsidiarias de cualquier otro medio que permita identificar un domicilio idóneo del destinatario para recibir las notificaciones entre los que, desde luego, el domicilio fiscal sigue siendo preferente.

Ahora bien, también creo que es conveniente manifestar un optimismo moderado con relación a este fallo porque, en mi opinión, no parece probable que pueda reputarse materialmente inconstitucional el sistema de notificación por comparecencia ni, por supuesto, que todos o muchos de los (supuestos) errores procesales y judiciales en el contencioso-

¹ Como es sabido, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, la admisión a trámite de un recurso de amparo exige la apreciación por parte del TC de una «especial trascendencia constitucional», requisito flexible e incierto que limita el acceso a esta vía de las meras lesiones de derechos fundamentales o libertades públicas, con independencia de su gravedad, cuando no se acredita o aprecia por el TC dicho extremo. En el caso particular de las lesiones del derecho a la tutela judicial efectiva en materia tributaria se ha denegado el recurso de amparo en supuestos cuando, ante una valoración de pruebas controvertidas, la decisión jurisdiccional no ha sido arbitraria ni irrazonable aun cuando la decisión incidiera en el principio de capacidad económica y en la prohibición de confiscatoriedad, *vid.*, Auto del TC 149/2020, de 26 de noviembre (NCJ065214) y un comentario crítico y certero al mismo en Martín Queralt (2021).

tributario que se producen (inadmisión de recursos insuficientemente motivada, incongruencias omisivas, minusvaloración de ciertos medios de prueba...) puedan ser corregidos en vía de amparo, especialmente cuando se trata de pronunciamientos judiciales controvertidos que versan sobre una cuestión fáctica o probatoria.

2. Doctrina del tribunal

La demanda en amparo denunció que la sentencia de la AN había provocado una vulneración del derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva al haberle causado indefensión, por un doble motivo. De un lado, por haber incurrido en un error manifiesto, patente, claro y notorio sobre los presupuestos fácticos que sirvieron para resolver el asunto, ya que en las declaraciones del IRPF de los ejercicios 2006, 2007 y 2008 servirían para acreditar que la recurrente sí había comunicado el cambio de domicilio como lo acreditaría el hecho de que las providencias de apremio le fueron notificadas posteriormente en su verdadero domicilio fiscal. Además, se sostenía que la Comunidad de Madrid debía conocer este domicilio pues es el que figuraba en las escrituras públicas a efectos de las cuotas liquidadas del impuesto sobre transmisiones patrimoniales, es el que figuraba en el padrón municipal y en el DNI de la recurrente. Por ello,

como consecuencia de este palmario error, soporte único y fundamental de la decisión judicial adoptada por la Audiencia Nacional, la contribuyente no pudo alegar en vía administrativa frente a las liquidaciones ni invocar la prescripción del derecho de la Administración a girar las liquidaciones efectuadas.

Además, se alegó también el «defecto en la motivación del juicio de valoración de la prueba en el que incurre la sentencia, la cual omitió toda referencia a los medios de prueba aportados, pese a resultar de carácter trascendental en el caso controvertido».

La «especial trascendencia constitucional» se justificó asimismo invocando la indebida inadmisión de su recurso de casación contra la sentencia de instancia pues

[...] antes y también tras la reforma del recurso por la Ley Orgánica 7/2015 se pueden denunciar errores en la valoración de la prueba para que el alto tribunal pueda apreciar hechos y extremos acreditados en autos que no han sido tenidos en cuenta y que ponen de manifiesto la vulneración normativa, jurisprudencial y del derecho de defensa del art. 24 CE.

Al respecto, consideraba la recurrente que la inadmisión de la casación privaría de cualquier defensa al administrado en supuestos en los que no se haya valorado la prueba o se haya valorado erróneamente y en los que dicha omisión o error conduzcan a un resultado contrario a la norma y a la Constitución (CE).

El Ministerio Fiscal, por su parte, se mostró favorable al amparo señalando que, si bien la práctica de la notificación de la liquidación se había acomodado a lo previsto en el artículo 112 de la Ley General Tributaria (LGT), en tanto que se trataba de un procedimiento seguido a instancia del interesado en cuyo caso el lugar de notificaciones sería el domicilio señalado o, en su defecto, el domicilio fiscal, señaló que la inobservancia del deber de comunicar el cambio de domicilio no puede desnaturalizar el derecho fundamental a no sufrir indefensión «señaladamente por el emplazamiento por edictos constituye un remedio último de carácter supletorio y excepcional según la doctrina constitucional, debiendo extremarse las gestiones en la averiguación del paradero de los destinatarios, incluso cuando estos no hayan actuado con la diligencia debida».

El TC admite y estima el recurso de amparo, limitando su pronunciamiento a la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN. Esto es, no se pronuncia sobre la inadmisión (infundada a juicio de la recurrente) del recurso de casación², y hay que lamentarlo que no lo hiciera, ni sobre la hipotética indefensión causada en vía administrativa (reposición y económico-administrativa) ya que –alega– no se trataba de la notificación de una resolución sancionadora sino de la notificación de una liquidación y de un recargo de apremio que, como es sabido –en palabras del TC– no siempre implican una sanción (Sentencia del TC 291/2000, de 30 de noviembre –NFJ010684–). El fallo, como digo, se proyecta única y exclusivamente sobre el fundamento del pronunciamiento de la AN.

Interesa precisar también que, aunque la recurrente denuncia la vulneración del derecho a no padecer indefensión (art. 24 CE)³, el TC «reconstruye» de oficio el fundamento de su demanda de amparo y lo reconduce a la infracción del derecho a obtener una resolución fundada en derecho considerando que la sentencia de la AN fue errónea, irrazonable y equivocada. Esto es, el fallo de la AN se examina no desde el derecho a no padecer indefensión (puesto que la recurrente no fue privada de un trámite de alegaciones o de prueba), ni tampoco desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción (pues pudo acceder a la tutela judicial por la vía de la impugnación indirecta de la notificación de la li-

² El TC descarta pronunciarse sobre esta cuestión, inadmisión indebida de la casación, porque de haberse vinculado a este motivo la trascendencia constitucional, la demanda de amparo resultaría inadmisibles por haberse incumplido el requisito del necesario agotamiento de la vía judicial previa (art. 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional –LOT–), en concreto, por la falta de interposición contra la providencia del TS, del incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

³ Señala el TC que esa faceta de la tutela judicial efectiva «no es aquí la concernida, pues la demanda no afirma que se le hubiere privado de algún trámite de alegación o de prueba durante el proceso, o que no se le hubiera notificado aquella sentencia impidiéndole recurrirla». Tampoco considera afectado el derecho de acceso a la jurisdicción puesto que, a la postre, «la falta de notificación personal en las fases administrativas previas al dictado de las providencias de apremio no ha impedido a la demandante acceder a los tribunales e impugnar la liquidación controvertida» (FJ tercero).

quidación a través del recurso contra la providencia de apremio), sino desde el derecho de a obtener una sentencia «correcta».

3. Comentario crítico

3.1. Sobre la admisión de la demanda de amparo referida a un pronunciamiento judicial sobre notificaciones defectuosas

La primera observación a destacar de este fallo es la propia admisión del recurso del amparo. Como señalamos anteriormente, dado el escaso éxito de los recursos de amparo en materia tributaria, la simple admisión –teniendo en cuenta además que venía referida a un error judicial sustentado en una cuestión fáctica (si la notificación edictal había sido correcta o no)– es ya un éxito destacable. Al respecto, el TC señala que acordó admitirlo a trámite apreciando que existe en él especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque «puede dar ocasión al tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna (STC 155/2009, FJ 2b)». Hay algo de críptico en esta afirmación (escueta y genérica), puesto que la aclaración o cambio de doctrina no sabemos si se refiere a la propia admisión del recurso, a la doctrina sobre las notificaciones por comparecencia de actos no sancionadores o al alcance del derecho a obtener una resolución fundada en derecho. Sorprende, por otro lado, esa justificación que conduce a una interpretación generosa y amplia de la «especial trascendencia constitucional», viniendo referida al razonamiento jurisdiccional acerca de una cuestión eminentemente fáctica como es la práctica de una notificación supuestamente «defectuosa» aunque, ciertamente, en el caso examinado, al otorgar validez a la liquidación edictal, convirtiéndola en firme, se limitaron materialmente las posibilidades de defensa de la recurrente.

Es sorprendente ya la admisión en amparo porque, en otras ocasiones sustancialmente próximas, el TC ha inadmitido supuestos muy similares. Así, entre otros, en el Auto del TC 261/2002, de 9 de diciembre (NCJ065313), referido a la notificación de una resolución sancionadora en el local (casino) de la empresa infractora, en vez de haberse dirigido al domicilio del representante de la entidad, facilitado a efectos de notificaciones, aún tratándose de una resolución sancionadora y estando en juego el acceso a la jurisdicción, el TC no apreció la especial trascendencia constitucional. Consideró, de una parte, que no toda irregularidad procedimental referida a notificaciones defectuosas implica necesariamente una vulneración del artículo 24.1 de la CE, siendo preciso acreditar la efectiva concurrencia de un estado de indefensión material o real y, de otra, rechazó que tanto del auto dictado por el juzgado contencioso-administrativo como la sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) inadmitiendo el recurso hubieran incurrido en un error judicial patente que solo sería apreciable si «la notificación fue realizada de forma defectuosa y generó una indefensión material que merezca ser amparada por este Tribunal». A mi juicio, que una resolución sancionadora deficientemente no-

tificada que impidió acceder a la vía jurisdiccional no fuera revisable en amparo y sí lo sea, en este caso, una liquidación tributaria que no pudo recurrirse porque se notificó en el lugar señalado en la autoliquidación, como digo, constituye una sorpresa, eso sí, bienvenida⁴.

3.2. Sobre la apreciación de error judicial

Sobre la apreciación de un error judicial, la primera observación que procede señalar es que si bien en este caso particular ha tenido éxito la demanda de amparo fundamentada en un error de enjuiciamiento (acaso excesivo, a mi juicio, como se expone seguidamente), existían otros cauces procesales y procedimentales para combatir una resolución judicial que se considera errónea⁵. Dejando aparte la opción de aclaración y la solicitud de complemento de sentencia (arts. 267 LOPJ y 215 Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC–) para supuestos de incongruencia omisiva, trámite requerido para acceder a casación por este motivo cuando, en síntesis, se demanda la subsanación o aclaración de sentencias o autos que hubieran omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas –supuesto aquí no apreciable en la sentencia de la AN–⁶, la interesada podría haber instado el incidente de nulidad de actuaciones (art. 240 LOPJ) y el procedimiento para declarar el error judicial como pasos previos para reclamar la responsabilidad patrimonial frente a la Administración de justicia por haber dictado un pronunciamiento erróneo.

Ciertamente, en el supuesto aquí enjuiciado, ante la inadmisión del recurso de casación⁷, la interesada podía haber instado el incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ) o haber formulado una demanda por error judicial (art. 293 LOPJ), cauces hábiles también –aunque con matices– para invocar una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva

⁴ Se alinea, no obstante, con el pronunciamiento que comentamos, la Sentencia del TC 112/2019, de 3 de octubre (NCJ064313), que igualmente declaró nula una sentencia del TSJ de la Región de Murcia que erróneamente había inadmitido un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra un acto que no agotaba la vía administrativa, pese a su notificación defectuosa.

⁵ Con relación al concepto de error judicial, el TS señala –en línea con lo apreciado igualmente por el TC– que:

[...] no toda posible equivocación es susceptible de conceptuarse como error judicial, sino que esta calificación ha de reservarse a supuestos especialmente cualificados en los que se advierta en la resolución judicial un error craso, patente, indubitado, incontestable, flagrante, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas.

Vid., la Sentencia del TS de 9 de julio de 2015 (rec. núm. 35/2014 –NFJ080922–).

⁶ Al respecto *vid.*, entre otros, el Auto del TS 1450/2017, de 1 de marzo, y el trabajo del letrado coordinador del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Escribano Testaut (22 de enero de 2019).

⁷ Inadmisión previsible si el recurso se hubiera basado únicamente en la incongruencia omisiva de la sentencia y no se hubiera presentado antes el escrito de solicitud de complemento de sentencia

y habilitar el ejercicio de una eventual pretensión de responsabilidad patrimonial (art. 296 LOPJ). Ahora bien, ni hubieran sido sendas fáciles ni, previsiblemente, habrían alcanzado éxito. Dado que la interesada ya había formulado su recurso denunciando, de fondo, la indefensión material asociada a la notificación incorrecta, el incidente de nulidad de actuaciones no tenía sentido. Por otro lado, de haberse instado el procedimiento de declaración de error judicial la recurrente solo habría obtenido legitimación para instar una acción de responsabilidad patrimonial, esto es, una vuelta a la casilla de reclamaciones y recursos administrativos y contenciosos de difícil éxito. Además, respecto de la acción de responsabilidad patrimonial frente a la Administración de Justicia –descartada la acción directa frente a los jueces y magistrados–, vía subsidiaria frente a la posibilidad de corregir el error judicial, es harto improbable que hubiera prosperado dado que exigiría acreditar el «dolo o culpa grave del Juez o Magistrado» «en sentencia o en resolución dictada por el Consejo General del Poder Judicial conforme al procedimiento que este determine. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido y la existencia o no de intencionalidad». Amén de que, como han señalado otros autores, «corregir errores judiciales, cuando ello es posible, resulta siempre más eficiente que hacer responder al Estado por los daños que estos hayan ocasionado»⁸, el caso aquí analizado está muy lejos de cumplir los requisitos de este instituto indemnizatorio. Por ello, en definitiva, la vía alternativa del recurso de amparo, siendo arriesgada, ofrecía la ventaja de anular o dejar sin efecto la sentencia errónea recuperando o «resucitando» el proceso jurisdiccional original para habilitar una modificación del fallo.

¿Cuándo un error de jurisdicción vulnera el derecho a obtener una resolución fundada en derecho (art. 24.1 CE)? Recopilando su doctrina, el TC (STC 6/2018, de 22 de enero, FJ 5) señala que:

[...] un error del órgano judicial sobre las bases fácticas que han servido para fundamentar su decisión es susceptible de producir una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables, si bien no cabe otorgar relevancia constitucional a toda inexactitud o equivocación, sino que es necesario que concurran determinados requisitos. Así, el derecho a la tutela judicial efectiva se vulnera cuando la resolución judicial sea el producto de un *razonamiento equivocado*, que no se corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial *en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asiente su decisión*, produciendo *efectos negativos* en la esfera jurídica del ciudadano, siempre que se trate de un *error verificable, de forma incontrovertible, a partir de las actuaciones judiciales*, y que sea determinante de la decisión adoptada, constituyendo el *soporte único o básico (ratio decidiendi)* de forma que no pueda saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no

⁸ Vid., Domenech Pascual (2016, p. 207).

haber incurrido en dicho error (entre otras, SSTC 245/2005, de 10 de octubre, FJ 4, y 118/2006/de 24 de abril, FJ 3).

Desglosando este razonamiento, cuyos elementos fundamentales he destacado en cursiva, son varias las observaciones que podrían formularse: ¿Realmente puede tildarse de error judicial verificable, incontrovertible y patente la decisión de la AN de otorgar validez a la notificación edictal efectuada tras haberse intentado la notificación en el domicilio señalado por la contribuyente en su autoliquidación del ISD y en el domicilio de los causantes? Tengo mis dudas.

En el caso examinado el TC considera que la sentencia recurrida incurre en un error manifiesto sobre los presupuestos fácticos que sirvieron para resolver el asunto y que en la motivación de la valoración de la prueba se omitió toda referencia a los medios de prueba aportados. A juicio del TC, la AN erró al no considerar que las notificaciones habían sido defectuosas incurriendo, con ello, en la vulneración de dictar una resolución fundada en derecho porque a partir de ese error se sostuvo un criterio equivocado sobre la prescripción alegada. Pero ¿realmente puede considerarse que las notificaciones habían sido defectuosas?

El artículo 110 de la LGT dispone que «En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar señalado a tal efecto por el obligado tributario o su representante o, en su defecto, en el domicilio fiscal de uno u otro». Por su parte, el artículo 112 establece que:

Quando no sea posible efectuar la notificación al interesado o a su representante por causas no imputables a la Administración tributaria e intentada al menos dos veces en el domicilio fiscal, o en el designado por el interesado si se trata de un procedimiento iniciado a solicitud del mismo, se harán constar en el expediente las circunstancias de los intentos de notificación. Será suficiente un solo intento cuando el destinatario conste como desconocido en dicho domicilio o lugar. En este supuesto se citará al interesado o a su representante para ser notificados por comparecencia por medio de anuncios que se publicarán, por una sola vez para cada interesado, en el «Boletín Oficial del Estado»⁹.

⁹ En el ámbito administrativo común, el artículo 41.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) dispone una regla diferente señalando que:

En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará por el medio señalado al efecto por aquel. Esta notificación será electrónica en los casos en los que exista obligación de relacionarse de esta forma con la Administración.

Quando no fuera posible realizar la notificación de acuerdo con lo señalado en la solicitud, se practicará en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.

Solamente si la notificación se efectuara en el domicilio del interesado, en el ámbito administrativo común (art. 42.2 LPAC) se establece que:

En el caso examinado, la notificación se practicó no solo en el lugar señalado por la recurrente en la autoliquidación del ISD, referido al domicilio que figuraba como el de la actora en la escritura de manifestación de la herencia (Barcelona), sino que también se intentó en otro en Madrid (el de sus padres). El artículo 110 de la LGT citado no exige que la notificación se practique en el «lugar señalado por el interesado» y, si no se consigue, en el domicilio fiscal del mismo o de su representante. Lo que preceptúa –en apariencia– es que, si no existe un lugar designado expresamente por el interesado a efectos de notificaciones, «en su defecto» se practique en el del domicilio fiscal. Pero aquí, insisto, sí existía ese lugar señalado por la interesada en la autoliquidación presentada, lo que sucedió es que en ese lugar no se localizó a la interesada y por ello se acudió a la notificación edictal. Lo que el TC reprocha a la AN es que no contemplara el deber de la Administración de haber intentado, además, la notificación en el domicilio fiscal de la interesada, lugar en el que posteriormente se practicarían las notificaciones de la providencia de apremio y cuyo conocimiento estaba fácilmente a su alcance a la vista de otros registros fiscales y declaraciones presentadas por la interesada. En este sentido, es relevante destacar que esta sentencia del TC eleva el estándar de validez de las notificaciones edictales pues, en procedimientos iniciados a instancia del interesado, ya no basta con el intento de notificación en el domicilio designado por el interesado, sino que procede en todo caso, averiguar e intentar la notificación en el domicilio fiscal.

Debe advertirse que la notificación por comparecencia se supedita así, no solo al fracaso de la notificación «por causa no imputable a la Administración», aun habiéndose intentado en el domicilio asignado por el interesado, sino al requisito, adicional, de haberse intentado al menos dos veces en el domicilio fiscal. Por ello se reprocha a la Administración que, sin desplegar una mínima comprobación de sus registros, fracasada la notificación en el domicilio que constaba en la autoliquidación del ISD y en el domicilio de los causantes, quizás después de presumir que el domicilio que figuraba en la autoliquidación era el domicilio fiscal de la interesada, no intentara la notificación domiciliaria sin desplegar una mínima averiguación acerca de este.

Es cierto que a la reclamante no se le podía imputar falta de diligencia por no haber notificado su cambio de domicilio (art. 48. 3 LGT) porque donde residía habitualmente era el do-

Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente este en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona mayor de catorce años que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. En caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación. Si el segundo intento también resultara infructuoso, se procederá en la forma prevista en el artículo 44.

micilio declarado en el IRPF en los ejercicios 2006, 2007 y 2008, cauce idóneo para identificar y comunicar su cambio de domicilio fiscal¹⁰; era, además, el domicilio de empadronamiento y el que figuraba en su DNI. En este contexto, estima el TC que la Administración incurrió en una falta de diligencia y desatendió su deber de comprobar si el domicilio que constaba en la autoliquidación correspondía o no con el domicilio fiscal y de indagar si en sus registros y bases de datos figuraba otro domicilio alternativo. El error fue de la Administración, que incurrió en una práctica contraria a la buena administración¹¹, pero el TC aprecia que la AN desatendió en su enjuiciamiento la comprobación de este elemento fáctico, fundamento de la desestimación del recurso y, a su vez, de la no apreciación de la prescripción.

Ahora bien, también procede señalar, en descargo de la actuación administrativa y del pronunciamiento de la AN, que la gestión del IRPF corresponde a la AEAT mientras que la del ISD corresponde a la administración tributaria autonómica, de modo que esta podía ra-

¹⁰ Conforme a lo establecido en el artículo 17.2 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RGGI):

Tratándose de personas físicas que no deban figurar en el Censo de Empresarios, Profesionales y Retenedores, la comunicación del cambio de domicilio se deberá efectuar en el plazo de tres meses desde que se produzca mediante el modelo de declaración que se apruebe, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente.

En el ámbito de competencias del Estado, la comunicación del cambio de domicilio deberá efectuarse de acuerdo con lo previsto en el párrafo anterior. No obstante, si con anterioridad al vencimiento de dicho plazo finalizase el de presentación de la autoliquidación o comunicación de datos correspondiente a la imposición personal que el obligado tributario tuviera que presentar después del cambio de domicilio, la comunicación deberá efectuarse en el correspondiente modelo de autoliquidación o comunicación de datos, salvo que se hubiese efectuado con anterioridad.

En la actualidad, dado que también la comunicación del cambio de domicilio a través de las declaraciones o autoliquidaciones arrojaba problemas referidos al momento a partir del cual debían surtir efectos (*vid.*, por todas, Sentencia del TSJ de Cataluña de 28 de enero de 2020, rec. núm. 631/2018 –NFJ077737–), la aplicación informática para presentar la declaración del IRPF obliga a confirmar o denegar expresamente la identificación del domicilio.

¹¹ En el asunto examinado, el TC utiliza el principio de buena administración, también presente en un amplio número de pronunciamientos recientes del TS. Al respecto *vid.*, por todos, Marín-Barnuevo Fabo (2020). Procede apuntar, no obstante, que ya en materia de notificaciones edictales defectuosas, el TS había invocado la versión «clásica» de este principio, esto es, la buena fe. Así, en la Sentencia del TS de 5 de mayo de 2011 (rec. núm. 5824/2009 –NFJ043871–), señalaba expresamente que:

La buena fe, sin embargo, no solo resulta exigible a los administrados, sino también a la Administración. En particular, esta buena fe obliga a la Administración a que, aun cuando los interesados no hayan actuado con toda la diligencia debida en la comunicación del domicilio (bien porque no designaron un domicilio a efectos de notificaciones, bien porque los intentos de notificación en el indicado han sido infructuosos), antes de acudir a la notificación edictal o mediante comparecencia, intente la notificación en el domicilio idóneo, bien porque esta consta en el mismo expediente...

zonablemente presumir que el domicilio fiscal de la contribuyente era el que figuraba en la autoliquidación del ISD (Barcelona) sin verse compelida a practicar más averiguaciones para saber, realmente, donde residía. Esto es, a mi juicio, la supuesta equivocación de la AN quizás no resulta tan manifiesta, flagrante o evidente como para apreciar una vulneración del derecho a obtener una resolución fundada en derecho. Es indudable, por otra parte, que la contribuyente contribuyó al error (e incluso podría sospecharse de una estrategia procesal interesada) al consignar un domicilio de notificaciones en el ISD que no era su domicilio fiscal y situado además en otra comunidad autónoma cuando ya era residente desde hacía años en Madrid. Como han señalado otros autores:

[...] la Audiencia Nacional no cometió ningún error grosero e inmediatamente constatable sin necesidad de apreciaciones jurídicas, lo que realizó fue una interpretación muy rigurosa e irrazonable de las notificaciones personales intentadas por la Administración, considerado suficiente intentos fallidos de notificación en domicilios que efectivamente constaban en las actuaciones, pero sin agotar otros posibles domicilios de notificación que estaban fácilmente a su alcance (DNI, padrón, otras declaraciones fiscales), antes de acudir a la publicación edictal¹².

3.3. Sobre el carácter residual y excepcionalísimo de la notificación edictal

La notificación constituye, como ha señalado repetidamente el TS, el acto de comunicación formal del acto administrativo de la que depende su eficacia, pero en ningún caso su validez¹³. El objetivo que persiguen las notificaciones es que lleguen a conocimiento formal de su destinatario para evitar cualquier situación de indefensión. Aplicadas estas consideraciones al caso que nos ocupa, la debida notificación de la liquidación tributaria era preceptiva para que la recurrente pudiera impugnarla y además para que surtiera efectos como acto válido interruptivo de la prescripción, con independencia de su validez o invalidez material, que aquí no se cuestiona.

Pues bien, tanto el TS como el TC han subrayado el carácter excepcional, residual, supletorio y subsidiario de la notificación por edictos. Aquel ha señalado –aplicando la normativa administrativa al ámbito tributario– que constituye «el último remedio cuando fracasan las notificaciones en el domicilio elegido por el recurrente, procediendo solamente si, además, concurren los presupuestos que la configuran: desconocimiento o ignorancia del domicilio del interesado»¹⁴. Asimismo ha precisado que se quiebra la presunción de que el acto ha llegado

¹² Vid., Baño León (2021).

¹³ Vid., entre otras, Sentencia del TS de 28 de junio de 2012 (rec. núm. 564/2010 –NFJ048298–).

¹⁴ Vid., entre otras, Sentencia del TS de 20 de enero de 2003 (rec. núm. 275/1998 –NFJ013549–).

a conocimiento tempestivo del interesado, pese a haber cumplido todas las formalidades de la notificación, cuando la Administración tras intentar la notificación en el domicilio designado por el interesado

acude directamente a la vía edictal o por comparecencia, pese a que resultaba extraordinariamente sencillo acceder, sin esfuerzo alguno, al nuevo domicilio, bien porque este se hallaba en el propio expediente, bien porque cabía acceder al mismo mediante la simple consulta en las oficinas y registros públicos (o incluso, en las propias bases de datos de la Administración actuante¹⁵.

Desde antiguo, como digo, ha sido esta una postura mantenida por el TS¹⁶, por mucho que la legislación haya avanzado buscando vías que habiliten sistemas de comunicación ágiles y alternativos a la notificación domiciliaria infructuosa.

El régimen de las notificaciones por comparecencia mediante anuncios en el BOE solo procede para las infructuosas –no para las rechazadas–, esto es, cuando los interesados en el procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o, intentada esta, no se haya podido practicar siempre que, además, no conste el domicilio del interesado. A estos efectos, como es conocido, el TS ha hecho especial hincapié en la exigencia de que se practiquen las notificaciones domiciliarias en franjas horarias distintas¹⁷. En todo caso, lo que resulta evidente tras este pronunciamiento es que la notificación por comparecencia es subsidiaria no solo de la notificación intentada en el lugar señalado por el interesado o su representante, sino y sobre todo, tras el intento de la notificación domiciliaria por dos veces.

El TC, por su parte, también ha señalado que la notificación por comparecencia tiene un carácter supletorio y excepcional, debiendo ser reputada como el último remedio, por lo que únicamente es compatible con el artículo 24 de la CE si existe la certeza o, al menos, la convicción razonable de la imposibilidad de localizar al demandado¹⁸. En particular ha afirmado que:

¹⁵ *Vid.*, Sentencias del TS de 12 de mayo de 2011 (recs. núms. 142/2008 –NFJ043361– y 2697/2008) y de 26 de mayo de 2011 (rec. núm. 5838/2007 –NFJ043361–).

¹⁶ Así lo revelaba ya el trabajo de Rodríguez Moro (1960, p. 162), señalando que:

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1956 se declara la improcedencia e ineficacia de las notificaciones hechas por medio del «Boletín Oficial» cuando los interesados y sus domicilios son conocidos, pues ello supone una infracción esencial del procedimiento que lleva consigo la nulidad por cuanto ha afectado gravemente a la defensa de los derechos de los reclamantes.

En el ámbito tributario *vid.*, entre otros, el clásico trabajo Lejeune Valcárcel (1991, pp. 1.549-1.554).

¹⁷ *Vid.*, Sentencia del TS de 10 de noviembre de 2004 (rec. núm. 4/2003).

¹⁸ *Vid.*, entre otras, Sentencias del TC 20/2000, de 31 de enero (NCJ052194); 55/2003, de 24 de marzo (NCJ042149); 43/2006, de 13 de febrero (NCJ041195); 2/2008, de 14 de enero (NSJ025545), y 128/2008, de 27 de octubre (NCJ046835).

[...] cuando del examen de autos o de la documentación aportada por las partes se deduzca la existencia de un domicilio o de cualquier otro dato que haga factible practicar de forma personal los actos de comunicación procesal con el demandado debe intentarse esta forma de notificación antes de acudir a la notificación por edictos¹⁹.

Incluso el TEAC ha señalado que el procedimiento económico-administrativo siendo iniciado a instancia del interesado, que tiene la obligación de facilitar a la Administración un «domicilio», si no tiene éxito la notificación en el designado en principio por aquel, «deberá acudir(se) a efectuar la notificación al nuevo domicilio no comunicado por el interesado, cuando resulte sencillo acceder, sin esfuerzo alguno, a ese nuevo domicilio, bien porque este se hallaba en el propio expediente, bien porque cabía acceder al mismo mediante la simple consulta en las oficinas o registros públicos o en las propias bases de datos de la Administración actuante»²⁰.

En definitiva, el objetivo de toda notificación debe ser procurar el conocimiento formal del obligado tributario (si habláramos de notificaciones electrónicas, de tener la constancia formal de la puesta a disposición) y, para ello, es exigible a la Administración la mínima diligencia para averiguar el lugar hábil e idóneo para tal fin y, en particular, la exigencia de que lo practique en el domicilio fiscal del contribuyente, en defecto, esto es, tras el fracaso de la notificación en el lugar señalado por el interesado. Con todo, a mi juicio, el problema es determinar hasta dónde alcanza la diligencia de la Administración para indagar la certeza y veracidad de un domicilio fiscal. Ciertamente, existe un procedimiento de comprobación del domicilio fiscal (arts. 48.3 LGT y 148 y ss. RGGI), pero no parece razonable exigir esta actuación, máxime tratándose, por ejemplo, de personas (supuestamente) no residentes, para acreditar esa diligencia que habilite la notificación edictal.

3.4. Sobre la interrupción de la prescripción como consecuencia de notificaciones defectuosas

El TS ha declarado en varias ocasiones que las notificaciones defectuosas resultan insuficientes para interrumpir la prescripción de la potestad liquidatoria de la Administración²¹. Con sus palabras:

¹⁹ *Vid.*, Sentencias del TC 291/2000, de 30 de noviembre (NFJ010684); 43/2006, de 13 de febrero (NCJ041195); 223/2007, de 22 de octubre (NCJ042509), y 2/2008, de 14 de enero (NSJ025545).

²⁰ *Vid.*, Resolución del TEAC de 25 de febrero de 2016 (RG 7511/2015 –NFJ061987–).

²¹ Así lo ha considerado, por ejemplo, respecto de las notificaciones defectuosas de resoluciones económico-administrativas (*vid.*, Sentencias del TS de 20 de abril de 2007, rec. núm. 2270/2002 –NFJ025929–, y de 28 de junio de 2010, rec. núm. 4883/2006 –NFJ080926–).

[...] la notificación consiste en una comunicación formal del acto administrativo, de la que se hace depender su eficacia, constituyendo una garantía para el administrado o, en este caso, del contribuyente, en cuanto hace posible el exacto conocimiento de su contenido y permite a aquel actuar frente a la decisión administrativa que comparta a través del ejercicio de su oportuna defensa [...] Una notificación defectuosa, salvo que se convalide –y entonces solo desde la convalidación– no surte efectos, impidiendo la validez de las actuaciones administrativas subsiguientes si se han desarrollado sin que el administrado o contribuyente tenga oportunidad de ejercer la defensa procedente, como consecuencia del defecto apreciado en el acto de comunicación²².

En el caso examinado no se trataba de una notificación defectuosa efectuada al límite de vencimiento de un plazo con el consiguiente efecto que ello provocaría en materia de prescripción al no considerarse interrumpida la misma por todo lo actuado y hasta la nueva y correcta notificación de un acto posterior²³. Para evitar estos fatales efectos, como es sabido, tanto la LGT como la LPAC contemplan que el mero intento de una sola notificación es válido «a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos»²⁴. En el supuesto aquí enjuiciado se trataba de considerar si una notificación edictal defectuosa (en tanto que no se había intentado su práctica en el domicilio fiscal de la contribuyente) podía tener o no virtualidad interruptiva de la prescripción tributaria.

²² *Vid.*, Sentencia del TS de 10 de enero de 2008 (rec. núm. 3466/2002 –NFJ080924–). En la misma línea *vid.*, Sentencias del TS de 20 de octubre de 2010 (rec. núm. 3349/2005 –NFJ040871–), de 15 de abril de 2011 (rec. núm. 282/2007 –NFJ080929–) y aplicando la misma teoría a la interrupción del plazo para exigir el reintegro de subvenciones públicas *vid.*, Sentencia del TS de 30 de marzo de 2012 (rec. núm. 3731/2009).

²³ A estos efectos conviene destacar que el TS tiene admitida en casación la cuestión de determinar:

[...] la fecha a la que ha de estarse para comprobar si la potestad de la Administración para determinar la deuda tributaria ha prescrito una vez constatada la inexistencia de interrupción de la prescripción por el exceso del plazo legalmente previsto para la tramitación del procedimiento inspector. En particular, ha de discernirse si ha de fijarse ese momento en la notificación de la liquidación o en la ulterior interposición de un recurso o reclamación frente a este acto por parte del interesado. (Auto del TS de 2 de julio de 2020, rec. núm. 1060/2020 –NFJ078380–).

²⁴ Al respecto *vid.*, por todas, Sentencia del TS de 3 de diciembre de 2013 (rec. núm. 557/2011 –NCJ058209–). El TS ha señalado además como criterio interpretativo para las notificaciones practicadas a una tercera persona en un lugar distinto al señalado por el obligado tributario o por su representante, y que tampoco sea el domicilio fiscal de uno u otro:

[...] que ha de presumirse que el acto no llegó a conocimiento tempestivo del interesado y le causó indefensión; que esta presunción admite prueba en contrario cuya carga recae sobre la Administración; y que la prueba habrá de considerarse cumplida cuando se acredite suficientemente que el acto llegó a conocimiento del interesado.

Vid., Sentencia del TS de 11 de abril de 2019 (rec. núm. 2112/2017 –NFJ073158–).

Es doctrina consolidada del TS que para que las actuaciones de la Administración interrumpen la prescripción es necesario que se notifiquen al sujeto, que se realicen con el «conocimiento formal» del mismo, que sean jurídicamente válidas y precisas con relación al concepto impositivo de que se trate –esto es, descartadas las actuaciones y diligencias argucia²⁵– y que revelen «una actividad real dirigida a la finalidad de la liquidación o recaudación de la deuda tributaria»²⁶. Si no concurren estas circunstancias, la notificación no tiene capacidad para interrumpir la prescripción²⁷.

Es más, conviene retener que tanto el Consejo de Estado como el TS han apreciado, en varias ocasiones, la nulidad de pleno derecho de actos tributarios indebidamente notificados, bien al amparo de la causa de la letra a) del artículo 217 de la LGT (en la medida en que la notificación defectuosa ha producido una indefensión material), bien al amparo de la letra e) del mismo precepto (en casos especialmente graves por manifiestamente erróneos, considerando que la notificación defectuosa es asimilable a una ausencia total de procedimiento)²⁸. Así, el Consejo de Estado ha dictaminado favorablemente en distintos supuestos en favor de la revisión de oficio de liquidaciones y sanciones tributarias, defectuosamente notificadas, en tanto que la Administración no había desplegado una mínima comprobación para identificar un domicilio idóneo para localizar al obligado tributario ponderando, la (poca) diligencia para notificar los actos derivados del procedimiento de aplicación de los tributos frente a la cuidada atención desplegada para notificar (con acierto) las providencias de apremio y demás actos ejecutivos. Singular sensibilidad ha demostrado el alto órgano consultivo para invalidar, de hecho, las notificaciones de actos tributarios a no residentes cuando la Administración tenía a su alcance medios sencillos para realizar esa comprobación, incluida la asistencia internacional para la averiguación de un domicilio idóneo para practicar la notificación²⁹.

²⁵ *Vid.*, Sentencia del TS de 13 de noviembre de 2014 (rec. núm. 1884/2012 –NFJ080930–).

²⁶ *Vid.*, entre otras, Sentencias del TS de 13 de enero de 2011 (rec. núm. 164/2007 –NFJ042033–) y de 24 de mayo de 2012 (rec. núm. 2324/2009 –NFJ048043–). No obstante, los órganos jurisdiccionales no siempre aprecian estos requisitos. Como es sabido, en el ámbito tributario existe una importante conflictividad acerca de la notificación de los actos hábiles o aptos para interrumpir la prescripción tributaria (diligencias argucia, peticiones de información dirigidas a otras administraciones incomunicadas al obligado tributario, declaraciones de resúmenes anuales, notificaciones de obligaciones conexas, actos referidos a un procedimiento de aplicación que afectan al cómputo de la prescripción sancionadora, notificaciones electrónicas que, referidas al mismo procedimiento, se practican al mismo tiempo que notificaciones por correo ordinario, notificaciones en centros de trabajo recepcionadas por personas distintas al destinatario...).

²⁷ A mi juicio, además, es necesario que se trate de actuaciones válidas y por ello he defendido que las liquidaciones anuladas, sean por causa de nulidad absoluta o de mera anulabilidad, no tienen por sí mismas virtualidad interruptiva de la prescripción como tampoco la tendrían los recursos o reclamaciones dirigidos, precisamente, a obtener dicha nulidad. *Vid.*, Sesma Sánchez (2017a, pp. 125 y ss.).

²⁸ Sobre la nulidad de las liquidaciones tributarias por defectos en su notificación, como causa de anulabilidad o de nulidad radical, me he ocupado en Sesma Sánchez (2017b, pp. 226 y ss.).

²⁹ Así, entre otros muchos, en el Dictamen 655/2019, de 26 de septiembre, señala el Consejo de Estado que:

En el presente caso, es claro que las notificaciones se intentaron únicamente en la dirección que constaba en la base de datos de la AEAT como domicilio fiscal de D., así como en

Por su parte, si bien no es habitual, también en ocasiones el TS ha apreciado la nulidad radical de actos tributarios por defectos de notificación. Así, por ejemplo, el TS ha declarado la nulidad de pleno derecho de la liquidación dirigida a un no residente que no se personó en las actuaciones una vez que le fue comunicado el inicio de la inspección, pero consideró que tal circunstancia no permitía llegar a la conclusión de que, de haberse notificado correctamente las actuaciones posteriores, el resultado hubiera sido el mismo. En tal supuesto,

la falta de notificación de actos esenciales del procedimiento de liquidación, produciendo al interesado una efectiva indefensión material, debe equipararse a la omisión total del procedimiento legalmente establecido y cabe subsumir esta situación en la causa de nulidad prevista en el art. 217.1 e) Ley General Tributaria, debiendo declararse también la nulidad de pleno derecho del acto liquidatorio³⁰.

En definitiva, ante la notificación edictal defectuosa de una liquidación tributaria a la que se otorga validez, cabe intentar el camino empleado por la recurrente en el proceso que ha dado lugar a esta Sentencia del TC 160/2020, que comentamos, esto es, atacarla a través de la impugnación de la providencia de amparo haciendo valer la nulidad de ambas y, en caso de no prosperar esta demanda, persiguiendo la tutela judicial efectiva, incluso en amparo, para hacer valer la doctrina constitucional sobre el carácter residual y excepcionalísimo de las notificaciones edictales. Pero también cabe instar, con las ventajas que puede arrojar en términos de plazos, la acción de nulidad de pleno derecho para conseguir invalidar las actuaciones ejecutivas sustentadas sobre una liquidación notificada edictalmente de forma indebida.

alguna otra dirección del territorio español, pero no se intentaron en la dirección en Francia del obligado tributario que les fue comunicada por el hijo de este al inicio de las actuaciones inspectoras [...] En este sentido, y a la vista de los hechos descritos en antecedentes, no cabe duda de que los intentos de notificación realizados cumplieron formalmente los requisitos exigidos por los artículos 110 y siguientes de la Ley General Tributaria para acudir a la notificación edictal. Pero de esta circunstancia no cabe deducir sin más la corrección del recurso a dicha notificación edictal, toda vez que los hechos evidencian que la Administración tributaria no actuó en la vía inspectora con la misma diligencia que empleó para efectuar las notificaciones correspondientes a la vía de apremio (que sí se verificaron en Francia) [...] En consecuencia, no cabe sino concluir que en el presente caso la Administración tributaria no ha actuado con toda la diligencia debida en tanto debiera haber intentado las notificaciones en el domicilio del interesado en Francia, del que tuvo conocimiento al inicio de las actuaciones inspectoras; y que ello ha dado lugar a una situación de indefensión material que determina la nulidad de pleno derecho de la notificación de la liquidación practicada y de todas las actuaciones que de ella se derivan, incluido el procedimiento sancionador y, en su caso, las actuaciones correspondientes a la vía de apremio.

En similares términos *vid.*, entre otros, los Dictámenes 138/2020, de 19 de marzo; 140/2020, de 19 de marzo, y 188/2020, de 21 de mayo.

³⁰ *Vid.*, Sentencia de la AN de 18 de diciembre de 2018 (rec. núm. 420/2017 –NFJ072605–).

3.5. Consideraciones finales

La Sentencia del TC 160/2020, de 16 de noviembre, permite alcanzar unas consideraciones finales:

- Que es posible recurrir en amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando un pronunciamiento judicial contiene un razonamiento equivocado por haber incurrido el órgano judicial en un error *patente* –no tanto, en este caso, a mi juicio– en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asiente su decisión, produciendo efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano.
- Que el error notorio e incontrovertible apreciado en este caso fue desconocer que la notificación edictal es claramente subsidiaria, no solo de la intentada en el domicilio designado por el interesado, sino también respecto del domicilio fiscal, lo que impone el deber a la Administración de desplegar una mínima diligencia para consultar en sus bases y registros fiscales, o en los datos deducidos de otras declaraciones, un domicilio idóneo para practicar la notificación personal antes de acudir a la publicación de edictos.
- Que a la luz de esta doctrina constitucional será necesario «reinterpretar» tanto el artículo 48.3 de la LGT, que impone a los obligados tributarios el deber de comunicar el domicilio fiscal, como el artículo 112 de la LGT, que regula la notificación por comparecencia a los efectos de considerar que esta vía solamente es lícita cuando la Administración ha sido diligente en la búsqueda e indagación del domicilio fiscal del interesado, al margen de que hubiera señalado otro a efectos de notificaciones. Y para ello la Administración tiene a su alcance el acceso a registros y declaraciones y documentación presentada por los interesados. De este modo, frente a la voluntad (en muchos casos, estrategia) del interesado de seleccionar un domicilio a efectos de notificaciones, e incluso su falta de diligencia para comunicar un cambio de domicilio, se impone el deber de la Administración de perseguir (razonablemente) un domicilio hábil para notificar el acto, sea o no sancionador.
- Que el «principio de buena administración» referido a la diligencia exigible a la Administración para perseguir la notificación del acto se consolida como parámetro de enjuiciamiento para examinar el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en derecho. Dicho de otro modo, que tampoco los órganos jurisdiccionales pueden desconocer o ignorar esa diligencia y buen actuar exigible a la Administración al enjuiciar las actuaciones tributarias.
- Que está por ver, aún, cómo se articulan garantías similares ante la generalización de las notificaciones electrónicas obligatorias donde, por el momento, si bien el

sistema general ha sido validado por los tribunales –con alguna notoria excepción³¹–, parece evidente que existe una merma de garantías y derechos de los obligados tributarios (sistema de avisos, circunstancias imprevistas, sucesos de difícil prueba...) frente a una Administración tributaria que despliega un esfuerzo mínimo en la notificación electrónica de sus actos³².

Referencias bibliográficas

- Baño León, J. M. (2021). Notificaciones defectuosas e interrupción de la prescripción. <<https://banoleon.com/es/blog/notificaciones-tributarias-defectuosas-e-interrupcion-de-la-prescripcion/>>. Consultado el 3 de febrero de 2021.
- Domenech Pascual, G. (2016). El error de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial. *Revista de Administración Pública*, 199.
- Escribano Testaut, P. (22 de enero de 2019). Doctrina jurisprudencial sistematizada sobre la nueva regulación del recurso de casación. (4.ª ed.). Tribunal Supremo. <<http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/ACUERDOS%20y%20ESTUDIOS%20DOCTRINALES/FICHERO/20200217%20Doctrina%20jurisprudencial%20sobre%20la%20nueva%20regulaci%C3%B3n%20del%20Recurso%20de%20Casaci%C3%B3n%20-%205Edici%C3%B3nV2.pdf>>.
- Lejeune Valcárcel, E. (1991). Las notificaciones defectuosas: arts. 122, 123 y 125. En VV.AA., *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma: libro-homenaje al profesor Dr. Fernando Sainz de Bujanda/Fernando Sainz de Bujanda (hom.)* (pp. 1.549-1.554). Vol. 2.
- Marín-Barnuevo Fabo, D. (2020). El principio de buena administración en materia tributaria. *Revista española de Derecho Financiero*, 186.
- Martín Queralt, J. M. (2021). Amparo constitucional: una rara avis. *Carta Tributaria*, 71.
- Navarro Egea, M. (2020). Las notificaciones obligatorias de los actos tributarios. *Revista Técnica Tributaria*, 130.
- Rodríguez Moro, N. (1960). Las notificaciones defectuosas. *Revista de Administración Pública*, 31.

³¹ Como fue el caso de la notificación electrónica de una liquidación tributaria dirigida a la Mutualidad General de la Abogacía, anulada porque apartándose del contenido y formato de anteriores notificaciones, comenzaba con una página en blanco, *vid.*, Sentencia del TS de 16 de noviembre de 2016 (rec. núm. 2841/2015 –NFJ064636–).

³² Al respecto, sobre los problemas y limitaciones que plantean las notificaciones electrónicas para los obligados tributarios *vid.*, en particular, Navarro Egea (2020).

Sesma Sánchez, B. (2017a). La interrupción de la prescripción tributaria por liquidaciones nulas o anulables: una jurisprudencia contradictoria. *Quincena fiscal*, 5.

Sesma Sánchez, B. (2017b). *La nulidad de las liquidaciones tributarias*. Thomson-Reuters Aranzadi.



Un impulso a la revelación del capital intelectual de las empresas

Isidoro Guzmán Raja

*Profesor titular del Departamento de Economía, Contabilidad y Finanzas.
Universidad Politécnica de Cartagena*

isidoro.guzman@upct.es | <https://orcid.org/0000-0001-8208-3433>

Manuela Guzmán Raja

*Doctora en Administración y Dirección de Empresas.
Universidad Politécnica de Cartagena*

manoli.guzman@upct.es

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Santiago Durán Domínguez, don Pablo de Andrés Alonso, doña Silvia Gómez Ansón, don Francisco Javier Martínez García, doña Araceli Mora Enguidanos, doña Esther Ortiz Martínez y don José Pla Barber.

Extracto

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la relevación de información del *capital intelectual* de las empresas como elemento capaz de generar ventajas competitivas que fortalecen su actuación en el mercado, y forjan su capacidad para mantener beneficios sostenidos en el futuro. En este sentido, a partir del análisis del concepto de *capital intelectual* en sus diferentes acepciones, se establece su relación con el vigente modelo contable, que encuadra dicho concepto dentro de la categoría de *activos intangibles*, a pesar de lo cual se observan severas restricciones para su activación, lo que se traduce en una deficiente información sobre este tipo de recursos estratégicos en los estados financieros de las compañías, y su consecuente falta de utilidad para los inversores y directivos, aunque la propia normativa contable establece pautas para poder incluir este tipo de información.

En el contexto descrito, y al amparo de la reciente legislación en materia de secretos empresariales, cuyo objetivo básico es servir de soporte jurídico para animar y reforzar la innovación empresarial, en el estudio se propone la adopción de un modelo informativo específico sobre el *capital intelectual* de las empresas, con el fin de cuantificar su creación de valor en términos de flujo de efectivo.

Palabras clave: capital intelectual; activos del conocimiento; activos intangibles.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Guzmán Raja, I. y Guzmán Raja, M. (2021). Un impulso a la revelación del capital intelectual de las empresas. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 456, 179-204.





A boost to the revelation of the intellectual capital of companies

Isidoro Guzmán Raja

Manuela Guzmán Raja

Abstract

The objective of this work is to analyze the revelation of information of the intellectual capital of companies, as a capable element of generating competitive advantages that strengthen their performance in the market and forge their ability to maintain sustained profits in the future. In this sense, based on the analysis of the concept of intellectual capital in its different meanings, its relationship with the current accountant model is established, what frames the previous concept within the category of intangible assets, despite severe restrictions for its activation. The mentioned situation results in a poor information on this type of strategic resources in the financial statements of companies, and its consequent lack of utility for investors and managers, although the accountant regulations themselves establish guidelines to be able to include this type of information.

In the context described, and under the protection of the recent legislation on business secrets, whose basic objective is to serve as legal support to encourage and reinforce business innovation, the study proposes the adoption of a specific informative model about the intellectual capital of companies, in order to quantify their value creation in terms of cash flow.

Keywords: intellectual capital; knowledge assets; intangible assets.

Citation: Guzmán Raja, I. y Guzmán Raja, M. (2021). Un impulso a la revelación del capital intelectual de las empresas. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 456, 179-204.





Sumario

1. Introducción
 2. La innovación en el capital intelectual: concepto y relación
 - 2.1. El concepto de innovación
 - 2.2. La protección de la innovación en el ordenamiento jurídico español: la Ley de secretos empresariales
 3. Perspectiva contable del capital intelectual: una propuesta de revelación de información
 - 3.1. La contabilidad tradicional y la relevación de información
 - 3.2. Una alternativa a la revelación de información financiera y creación de valor: el Informe de Recursos Estratégicos y Consecuencias
 - 3.3. La creación de valor bajo el enfoque del IREC
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Uno de los principales factores que puede garantizar la supervivencia de las empresas se sustenta en sus inversiones en el *capital intelectual*, las cuales evidencian su capacidad para la obtención de ventajas competitivas en un mercado cada vez más complejo, sujeto al riesgo de posibles prácticas desleales como consecuencia de la globalización, el aumento del uso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, y el alargamiento de la cadena de suministros, entre otras cuestiones.

El término de *capital intelectual*, utilizado generalmente en la gestión empresarial y en la esfera legal, ha sido objeto de diversas denominaciones, tales como, entre otras, la de *activos del conocimiento* empleada por los economistas, o la de *activos intangibles* acuñada por los contables (Lev, 2003), por lo que conviene precisar su delimitación en aras de una ordenada comprensión de su significado.

Aunque son diversas las definiciones del término *capital intelectual*, el mismo puede identificarse como la combinación e interacción directa entre el capital humano, el capital estructural y el capital relacional (De la Hoz *et al.*, 2017). En este sentido, el *capital humano* atañe a las actitudes, aptitudes y capacidades de los directivos y empleados de la empresa, correspondiendo al *capital estructural* el conocimiento que la empresa ha podido internalizar y que permanece en la propia organización, incluso tras la jubilación de sus empleados, mientras que el *capital relacional* se refiere al valor que para una empresa tiene el conjunto de relaciones que mantiene con el exterior (De la Hoz *et al.*, 2017; Martos *et al.*, 2008; Sánchez Medina *et al.*, 2007).

Para entender de una manera más amable el concepto complejo al que nos referimos, Edvinsson y Malone (1999) proponen la siguiente ficción:

[...] Una corporación es como un árbol. Hay una parte visible, las hojas, ramas y frutos, y otra que está oculta, las raíces. Si solamente nos preocupamos por recoger las frutas y tener las ramas y hojas en buen estado, olvidando las raíces, el árbol puede morir. Para que el árbol crezca y continúe dando frutos, las raíces deben estar sanas y nutridas. Esto también es válido para las empresas: si solo nos preocupamos de los resultados financieros e ignoramos los valores ocultos, la empresa no sobrevivirá en el largo plazo.

Si transportamos esta ficción al campo de la empresa, es fácil identificar que los frutos son los resultados que proceden del capital financiero, mientras que las raíces son el *capital intelectual*, por lo que las actuaciones de los directivos no deberían concentrarse solo en la cuenta de resultados, ignorando los valores escondidos, porque en ese caso la com-

pañía no subsistirá en el largo plazo. Incluso Edvinsson y Malone (1997) llegan a afirmar que el *capital intelectual* representa la diferencia entre el valor de mercado y el valor en libros de la empresa, no constituyendo «una partida del activo, sino que es una partida del pasivo, pues se toma prestada de los interesados, es decir, los clientes, empleados...etc.».

En el contexto descrito, la gestión del *capital intelectual*, soportado en activos sin sustancia física, se muestra como una tarea de especial relevancia para la empresa, a fin de garantizar su sostenibilidad, lo que de alguna manera tiene una relación directa con el cumplimiento del principio contable de empresa en funcionamiento recogido en la legislación contable, el cual presupone que «la gestión de la empresa continuará en un futuro previsible...» (Plan General de Contabilidad 2007, Parte 1.ª, Principios contables [RD 1643/2007, de 16 de noviembre] –en adelante PGC 2007–).

Por otra parte, la normativa contable señala que el *inmovilizado intangible* recoge aquellos «activos no monetarios sin apariencia física susceptibles de valoración económica», pudiendo distinguirse a partir de dicha conceptualización dos categorías (gráfico 1) según el siguiente detalle:

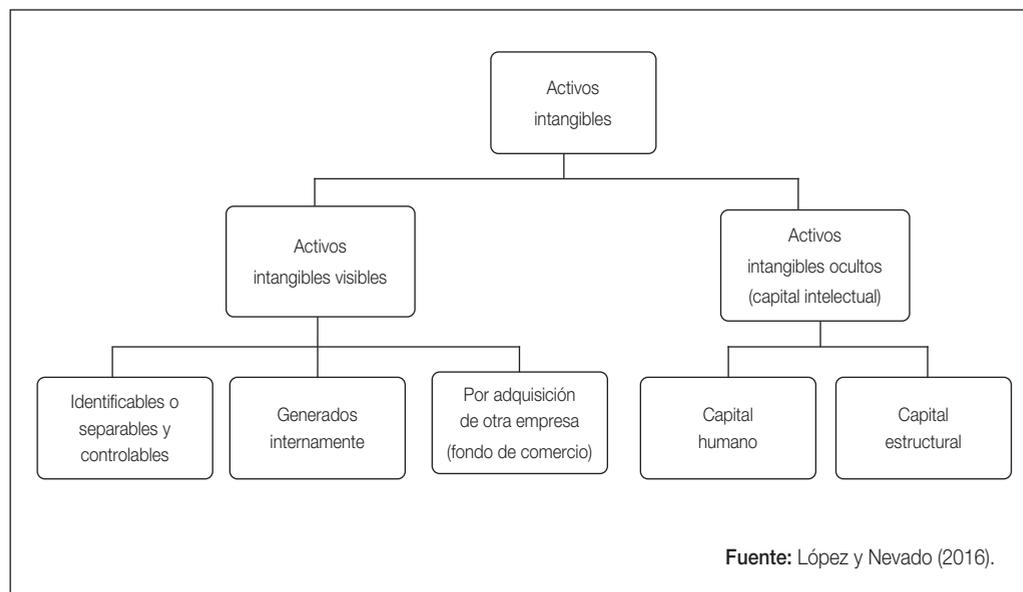
- Categoría 1: Recoge los denominados *activos intangibles visibles*, que en todo caso se registran en los estados financieros de la empresa, y que están representados por aquellos elementos que son identificables o separables y controlables, pudiendo ser adquiridos a terceros o generados internamente. Ejemplo de este tipo de elementos patrimoniales son los derechos de propiedad industrial, la propiedad intelectual, las franquicias y los gastos de investigación y desarrollo, además del fondo de comercio, que si bien no es identificable *a priori*, la norma contable prescribe su obligatorio registro cuando la compañía sea objeto de una combinación de negocios¹.
- Categoría 2: Aglutina los llamados *activos intangibles ocultos*, es decir, aquellos que la contabilidad no registra en los estados financieros, y que tienen la cualidad de no ser identificables o separables, reconociéndose como tales los generados internamente por la empresa, que generalmente se dividen en *capital humano* y *capital estructural* (Skandia, 1995)².

¹ Respecto al reconocimiento y valoración del *fondo de comercio*, la normativa contable señala lo siguiente:

Es el exceso, en la fecha de adquisición, del coste de la combinación de negocios sobre el correspondiente valor de los activos identificables adquiridos menos el de los pasivos asumidos. En consecuencia, *el fondo de comercio solo se reconocerá cuando haya sido adquirido a título oneroso*, y corresponda a los beneficios económicos futuros procedentes de activos que no han podido ser identificados individualmente y reconocidos por separado (PGC 2007, Parte 5.ª, Definiciones y relaciones contables. Cuenta 204). (Cursiva añadida).

² A diferencia de otros enfoques, el modelo Skandia Navigator no considera expresamente el término de capital relacional.

Gráfico 1. Clasificación de los activos intangibles



Resulta evidente que la identificación y valoración del *capital intelectual* se presenta como una cuestión de especial relevancia para cualquier empresa y, en este aspecto, sería muy conveniente la creación de un inventario de *activos intangibles* con el fin de identificar los que posee la compañía, y documentar, en su caso, aquellos otros que puedan no estar registrados, aplicando para ello los procedimientos necesarios (documentos escritos o audiovisuales, e inscripciones contables), al tiempo de realizar las acciones oportunas para su adecuada protección, con el fin de evitar copia, plagio o uso indebido sin autorización expresa (OEPM, 2012).

Tras lo expuesto debemos precisar que, a los efectos del presente trabajo, el concepto de *capital intelectual* se asimila al de *activos intangibles ocultos*, que se identifican por la triple cualidad de carecer de sustancia física, generar ventajas competitivas y no estar activados en el balance, y que por tanto equivaldrían desde un punto de vista cuantitativo a la diferencia entre el valor de mercado de la empresa y su valoración contable en términos de principios de contabilidad generalmente aceptados (López y Nevado, 2016).

El resto del trabajo se estructura de la siguiente forma: en el epígrafe 2 se delimita, en primer lugar, el concepto de innovación a partir de su relación con el *capital intelectual*, y posteriormente se analiza su protección de acuerdo con la normativa vigente, con especial referencia a la Ley de secretos empresariales, de reciente publicación. El epígrafe tercero analiza la normativa contable desde la perspectiva de la política de prohibiciones en cuanto

a la activación de activos intangibles y sus repercusiones sobre los usuarios de la información financiera, al tiempo de buscar soluciones para procurar la producción de información alternativa con la relevancia necesaria. Por último, el epígrafe cuarto recoge las principales conclusiones del trabajo.

2. La innovación en el capital intelectual: concepto y relación

2.1. El concepto de innovación

La innovación es un término complejo que puede abordarse desde diversas perspectivas, tales como la mejora de los sistemas de gestión, la implementación de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC), la reorganización de los recursos humanos, o los procesos de producción de productos o servicios, aspectos todos ellos que han derivado en una cierta falta de claridad sobre la delimitación del propio concepto.

El término innovar proviene del latín *innovare*, y se relaciona con cambios o alteraciones de las cosas introduciendo novedades (Medina y Espinosa, 1994), remontándose sus reminiscencias al siglo XVIII, cuando Adam Smith (1776) reconocía los beneficios de la división del trabajo como elemento propiciador de la mejora de las facultades de producción y, posteriormente, a comienzos del siglo XIX, Ricardo (1817) se hacía eco de los descubrimientos científicos como ejes vertebradores de las mejoras en la producción. Ya en el siglo XX, Schumpeter (1935) se refiere a la innovación sin una definición precisa del término, haciendo referencia genérica a la misma al considerar determinadas actuaciones de la empresa sobre los productos o procesos, como el uso de nuevas fuentes de materias primas, la introducción de nuevos productos en el mercado, las diferentes formas de comercialización o la incorporación de métodos de producción no experimentados (Formichella, 2005).

Entre los autores que han definido la innovación encontramos la propuesta de Freeman (1974), quien la conceptualiza como «el proceso de integración de la tecnología existente y los inventos para crear o mejorar un producto, un proceso o un sistema», señalando Drucker (1985) que la innovación es «el medio con el cual explotar el cambio como una oportunidad para un negocio diferente...», mientras que Trillo y Pedraza (2007) afirman que «constituye un activo intangible, algo más que mero conocimiento, que influye directamente en el *capital intelectual* de la empresa, y por tanto en la creación de valor de la misma...». La Comisión Europea (2003) también se ha pronunciado sobre dicho concepto, indicando que «la innovación consiste en producir, asimilar y explotar con éxito la novedad en los ámbitos económico y social».

En síntesis, las anteriores definiciones coinciden en que la innovación radica en la creación o mejora de algún producto o conocimiento técnico, que produce una oportunidad o ventaja para el mercado, por lo que se puede considerar dentro del *capital intelectual* de

las empresas, tal y como reconocen los diferentes modelos que analizan dicho concepto (Trillo y Pedraza, 2007). No obstante, conviene precisar que los inventos en sí mismos no conllevan de forma directa la innovación, dado que muchos de ellos son desconocidos al no ser sometidos a procesos de comercialización, por lo que el invento debe someterse a un proceso de socialización para que sea capaz de generar ventajas competitivas en los mercados, pasando así a ser considerado una innovación como tal.

Con base en todo lo anterior, se podría afirmar que el componente habitual de la innovación está directamente relacionado con los términos de progreso, avance y mejora continuos, y, en ese sentido, las empresas que desisten de ser innovadoras ponen su supervivencia en peligro, dado que sus competidores les recortarán su cuota de mercado si no están dispuestas a invertir en factores que les reporten ventajas competitivas, como pueden ser las derivadas de sus nuevos productos, o mediante cambios en procesos para producir más barato y más rápido.

Se pueden distinguir una gran diversidad de tipos de innovación, entre los cuales se encuentran los propios modelos de negocio, las alianzas estratégicas o los procesos clave y de soporte al negocio, así como la relacionada con productos, servicios, canales de distribución, marca y experiencia de usuario (Barba, 2012), enfatizando Freeman (1974) que en una gran mayoría de casos de empresas innovadoras, el éxito se ha producido cuando estas se preocupan por determinar las exigencias y requerimientos futuros del mercado.

2.2. La protección de la innovación en el ordenamiento jurídico español: la Ley de secretos empresariales

Las innovaciones suponen «la introducción de un nuevo, o significativamente mejorado, producto (bien o servicio), de un proceso, de un nuevo método de comercialización o de un nuevo método organizativo, en las prácticas internas de la empresa, la organización del lugar del trabajo o las relaciones exteriores» (OCDE y EUROSTAT, 2005), por lo que se puede afirmar con un alto grado de probabilidad que dentro del *capital intelectual* de las empresas se encuentran los *activos ocultos* de mayor relevancia, cuya gestión se muestra especialmente importante, tanto desde el punto de vista de su rentabilización, como desde la perspectiva de su protección ante la posible existencia de prácticas desleales.

Sin embargo, la falta de un ordenamiento jurídico acorde a la protección del *capital intelectual* puede tener efectos negativos, al propiciar cierta reticencia en el tejido empresarial para invertir en innovación, impidiendo por tanto «que los secretos empresariales puedan liberar su potencial como estímulos del crecimiento económico y del empleo», de lo que se deduce, *a contrario sensu*, que «una seguridad jurídica reforzada contribuiría a aumentar el valor de las innovaciones que las organizaciones tratan de proteger como secretos empresariales, ya que se reduciría el riesgo de apropiación indebida» (Ley de secretos empresariales, 2019, Introducción –en adelante LSE–).

En este sentido, según la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) (2012), la protección de un activo intangible «supone tomar medidas o emprender acciones encaminadas a evitar su pérdida y a disuadir, prevenir e impedir su copia, su utilización indebida o su rentabilización ilegítima por parte de terceros», proponiendo la siguiente clasificación de las innovaciones desde el punto de vista de su salvaguarda:

- **Innovaciones tecnológicas**, relacionadas con nuevos productos o procedimientos de fabricación.
- **Innovaciones de diseño estético**³ de un producto (sin cambio tecnológico).
- **Innovaciones de imagen corporativa** o de producto.
- **Innovaciones de modelo de negocio**, de tipo organizativo, administrativo o de gestión.

Desde el punto de vista de la protección jurídica, las innovaciones tecnológicas, de diseño e imagen se pueden preservar a través de los Registros de la Propiedad Industrial en España, mientras que la innovación en el modelo de negocio únicamente es protegible si se adopta la figura del «secreto empresarial»³.

Abundando en los conceptos de innovación anteriormente expuestos, los derechos de propiedad industrial nacen con el registro, en el sentido de que es titular del derecho quien primero lo realiza, para lo cual debe presentarse la correspondiente documentación ante la OEPM, dependiente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, cuya operatoria está centralizada a nivel nacional en Madrid; en cuanto a los derechos de propiedad intelectual, los mismos corresponden al autor de la obra, sin que en este caso sea necesario realizar ningún tipo de registro para su protección, aunque, no obstante, se podría arbitrar su inscripción en los Registros de la Propiedad Intelectual, dependientes del Ministerio de Cultura, que operan de forma descentralizada a través de sus oficinas en las distintas capitales de provincia españolas⁴.

En cuanto a la protección de los secretos empresariales, identificados básicamente por la tenencia por parte de las empresas innovadoras de informaciones valiosas de carácter técnico, comercial o estratégico, en España no existía hasta hace relativamente poco tiempo ninguna norma específica a tal fin, aunque, no obstante, su difusión fraudulenta se calificaba como competencia desleal, estando tipificada en la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, que en su artículo 13.1, referido a la violación de secretos, consideraba desleal «la

³ Con la excepción de Estados Unidos bajo la premisa de considerarse una «invención» (OEPM, 2012).

⁴ Los dominios de internet no se consideran propiedad intelectual ni industrial, puesto que al comprarlos al organismo correspondiente se adquiere en exclusiva su uso, aunque, no obstante, si la empresa considera que puede asimilarse a un diseño distintivo, sería conveniente su registro como «marca» para su adecuada protección (OEPM, 2012).

divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso...»⁵.

Asimismo, la protección del secreto empresarial se encuentra recogida en el Código Penal, y más concretamente en la sección 3.^a del capítulo XI concerniente a «Los delitos relativos al mercado y a los consumidores», señalando el artículo 278.1 que:

El que, para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197⁶, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Se eleva la pena de prisión de 3 a 5 años en el que caso de difusión, revelación o cesión a terceros de los secretos empresariales correspondientes (art. 279 Código Penal). En síntesis, la normativa reseñada tenía como cometido proteger a las empresas ante conductas delictivas que pudieran atacar directamente sus activos estratégicos, lo que en definitiva se podría traducir en una pérdida de competitividad en el mercado.

A la situación descrita no ha sido ajena la doctrina jurídica internacional y, en este sentido, tras diversos esfuerzos legislativos previos, la Unión Europea ha tomado postura sobre la revelación ilegítima de secretos empresariales mediante la aprobación de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, norma que a la postre ha obligado al legislador español a la aprobación de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, que de esta manera cubre de forma más precisa estos activos intangibles, de especial relevancia para las empresas con vistas a su actuación en el mercado.

⁵ La disposición adicional 2.^a de la LSE ha modificado la redacción de este artículo para precisar que actuará como ley especial respecto a la previsión que en su día hizo la Ley 3/1991, habiendo quedado redactado el mismo en los términos siguientes: «se considera desleal la violación de secretos empresariales, que se regirá por lo dispuesto en la legislación de secretos empresariales».

⁶ El artículo 197.1 del Código Penal señala lo siguiente:

El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

La citada legislación define el concepto de *secreto empresarial* en los términos siguientes (art. 1 LSE):

A efectos de esta ley, se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

- a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;
- b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y
- c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto⁷.

Estos tres requisitos son los que establece también la Directiva europea anteriormente citada, eliminando así las notables diferencias existentes entre las legislaciones de los distintos países europeos. En este sentido, la normativa pone de manifiesto que para que las empresas puedan hacer valer sus derechos ante los tribunales, estarán obligadas a demostrar que disponen de protocolos de protección no solo técnicos, sino también organizativos y jurídicos, para preservar esta información confidencial, ya que serán los jueces los que dictarán sentencia sobre la validez de las medidas adoptadas (El Economista, 2019).

De esta forma, la nueva normativa da visibilidad a la regulación de la protección de activos intangibles (marcas, patentes, así como otros derechos de propiedad industrial inscritos en registros públicos al efecto), considerando el incremento porcentual alusivo al valor de las entidades empresariales, que según los últimos estudios ha oscilado entre el 50 % y el 80 % del total de su valor (Expansión, 2019).

Además, esta ley se ocupa de la protección legal del otro tipo de intangibles, clave en la proyección del futuro empresarial, que no se registran contablemente y cuya valoración es secreta, tales, como metodologías, fórmulas, información sobre proveedores y clientes, entre otros, es decir, los secretos empresariales (Expansión, 2019), que no figuran como un derecho exclusivo, como sucede con las patentes registradas, no teniendo, por tanto, la empresa potestad para prohibir que un tercero haga uso indebido de su secreto empresarial si lo obtiene de forma lícita. Al respecto, el capítulo II de la LSE, referido a la «Obtención, utilización y revelación de secretos empresariales», tipifica las diferentes formas en que puede ser obtenido un secreto empresarial de forma lícita (art. 2.1 LSE):

⁷ Del contenido de la LSE se deduce que la norma identifica el concepto de «secreto» con el de innovación, por lo que cabe inferir que la citada legislación regula la protección del capital intelectual en los términos definidos en el presente trabajo.

1. La obtención de la información constitutiva del secreto empresarial se considerará lícita cuando se realice por alguno de los medios siguientes:

- a) El descubrimiento o la creación independientes;
- b) La observación, estudio, desmontaje o ensayo de un producto u objeto que se haya puesto a disposición del público o esté lícitamente en posesión de quien realiza estas actuaciones, sin estar sujeto a ninguna obligación que válidamente le impida obtener de este modo la información constitutiva del secreto empresarial;
- c) El ejercicio del derecho de los trabajadores y los representantes de los trabajadores a ser informados y consultados, de conformidad con el Derecho europeo o español y las prácticas vigentes;
- d) Cualquier otra actuación que, según las circunstancias del caso, resulte conforme con las prácticas comerciales leales, incluidas la transferencia o cesión y la licencia contractual del secreto empresarial.

En este caso, la protección tiene alcance sobre el uso o divulgación del secreto empresarial por aquellos a los que hemos permitido el acceso, con el compromiso de confidencialidad sobre el mismo, contemplando también el espionaje industrial, por lo que sería recomendable que las empresas implementen un plan de formación interno dirigido al personal y los colaboradores que estén en contacto con la información sensible de la empresa (El Economista, 2019). No obstante, la ley determina que, en todo caso, no procederán acciones y medidas previstas en la misma cuando se dirijan contra actos de obtención, utilización o revelación de un secreto empresarial que hayan tenido lugar en cualquiera de las circunstancias que se detallan a continuación (art. 2.3 LSE):

- a) En ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información recogido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluido el respeto a la libertad y al pluralismo de los medios de comunicación;
- b) Con la finalidad de descubrir, en defensa del interés general, alguna falta, irregularidad o actividad ilegal que guarden relación directa con dicho secreto empresarial;
- c) Cuando los trabajadores lo hayan puesto en conocimiento de sus representantes, en el marco del ejercicio legítimo por parte de estos de las funciones que tienen legalmente atribuidas por el Derecho europeo o español, siempre que tal revelación fuera necesaria para ese ejercicio;
- d) Con el fin de proteger un interés legítimo reconocido por el Derecho europeo o español...

La normativa española va más allá de la semejanza con la norma europea, regulando en su capítulo III el secreto empresarial como objeto del derecho de propiedad, contemplando

su transmisibilidad (cesión o licencia) y su posible cotitularidad (LSC, 2019). En este sentido, debemos precisar que aunque es cierto que la transmisión entre empresas del *know how* estaba ya contemplado legalmente en nuestro país, sin embargo, es la LSE la que impone normas concretas aplicables a la cotitularidad, licencia y transmisión que son de obligado cumplimiento, y otras normas que podrían activarse a falta de acuerdo entre las partes intervinientes (Expansión, 2019).

Si bien en el capítulo I se recoge en qué consiste la violación de los derechos empresariales, el capítulo IV comprende las distintas medidas al alcance del titular del secreto empresarial para reclamar la restitución de sus derechos lesionados, determinando que en función de la actividad infractora se podrá exigir la declaración de la violación del secreto, la cesación y prohibición de los actos de violación, la incautación de las mercancías que se hayan fabricado utilizando ese secreto, y hasta su posible atribución a la propiedad, adicionando la pertinente indemnización por daños y perjuicios a que hubiera dado lugar la violación de derechos, proporcionalmente al perjuicio soportado, considerando los económicos, el lucro cesante, los daños morales, e incluso los posibles gastos de investigación soportados para llevar a cabo la investigación que le otorga las pruebas de la violación de sus secretos empresariales (Expansión, 2019).

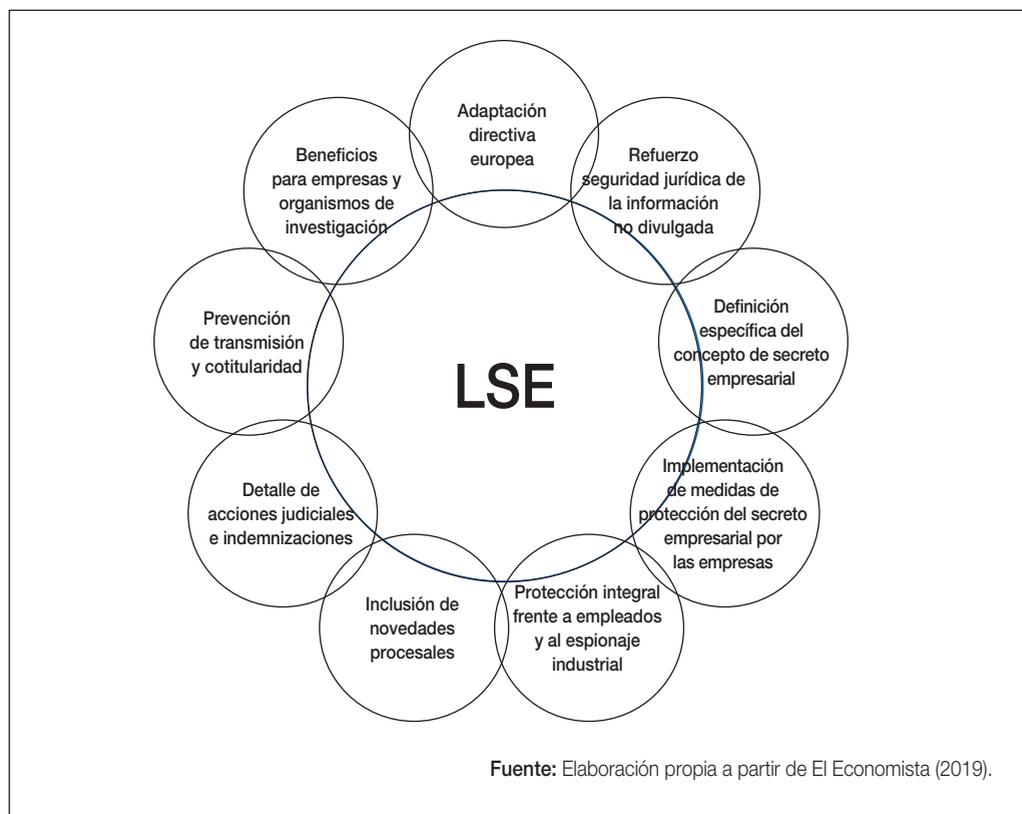
La última parte de la norma propone en su capítulo V un nuevo procedimiento ante los juzgados mercantiles, con la finalidad de perseguir las infracciones que violen la confidencialidad de los mencionados secretos, detallando las medidas de comprobación de hechos y aseguramiento de prueba, junto con un catálogo de medidas cautelares que protejan los derechos lesionados ante una posible sentencia condenatoria (Expansión, 2019). Al respecto, entre las novedades procesales debemos destacar las siguientes (El Economista, 2019):

- a) Restricción de acceso a las pruebas o a las vistas en los juzgados y tribunales, ya que todas las personas que lo tengan quedan sujetas a la obligación de confidencialidad.
- b) Delimitación de las diligencias susceptibles de solicitud por parte del titular del secreto empresarial para su defensa (diligencias de comprobación de hechos, el acceso a fuentes de prueba o medidas de aseguramiento de la prueba).
- c) Regulación de las medidas cautelares para paralizar rápidamente el uso ilícito del secreto.

Finalmente cabría indicar que la LSE actúa como ley especial, pero teniendo en cuenta que la violación del secreto también implica un acto de competencia desleal, siendo, por tanto, aplicable además la Ley de competencia desleal como ley general, en cuanto no se oponga a la LSE (El Economista, 2019).

En el gráfico 2 se recogen de forma sintética los aspectos más destacados de la LSE:

Gráfico 2. Aspectos fundamentales de la LSE



3. Perspectiva contable del capital intelectual: una propuesta de revelación de información

3.1. La contabilidad tradicional y la relevación de información

Desde sus inicios, la contabilidad financiera tradicional ha tenido como objetivo principal ser un sistema de información para la toma de decisiones por parte de los directivos de las empresas, además de dar cumplimiento al requisito legal de llevanza obligatoria de contabilidad⁸, gozando su regulación de un alto nivel de uniformidad a nivel mundial, lo que *a priori*

⁸ El artículo 25.1 del Código de Comercio (RD de 22 de agosto de 1885) señala lo siguiente:

Todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración

podiera considerarse beneficioso. En este sentido, el Marco Conceptual de la Contabilidad en España señala que los estados financieros de las empresas deben suministrar información comprensible y útil a los usuarios de la información financiera para la toma de sus decisiones económicas, debiendo mostrar *la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa*, de conformidad con las disposiciones legales (PGC 2007, MCC, 1.º).

En concreto, en lo referente al reconocimiento de *activos intangibles*, el PGC 2007 indica en su norma de registro y valoración 5.^a, apartado 1, que será necesario cumplir los siguientes requerimientos:

- a) Requisitos para el reconocimiento de un activo: control por parte de la empresa, probable obtención de beneficios y valoración fiable.
- b) Requisito de identificabilidad, para lo cual el activo debe satisfacer alguno de los siguientes criterios:
 - Que sea separable, esto es, susceptible de ser separado de la empresa y vendido, cedido, entregado para su explotación, arrendado o intercambiado.
 - Que surja de derechos legales o contractuales, con independencia de que tales derechos sean transferibles o separables de la empresa o de otros derechos u obligaciones.

Adicionalmente la citada norma apostilla que en ningún caso se reconocerán como inmovilizados intangibles los siguientes: gastos ocasionados con motivo del establecimiento⁹, marcas, cabeceras de periódicos o revistas, los sellos o denominaciones editoriales, las listas de clientes u otras partidas similares, que se hayan generado internamente.

Por otro lado, la parte 3.^a del PGC 2007, relativa a la confección de las Cuentas Anuales, recoge el «modelo de memoria» correspondiente al formato normal, en el que se puede leer el siguiente contenido en lo concerniente a las «bases de presentación de los estados financieros», así como en lo que se refiere a «otra información» a facilitar con carácter voluntario por las empresas en la medida en que lo crean oportuno.

Respecto a las bases de presentación, el apartado 2.3 del modelo de memoria normal recoge lo siguiente:

periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las Leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario.

⁹ La Resolución del ICAC sobre inmovilizado intangible indica que tampoco se podrán registrar como intangibles los gastos de inicio de una nueva línea de actividad relativos a honorarios, gastos de viaje y otros para estudios previos de naturaleza técnica y económica; publicidad de lanzamiento; captación y formación del personal (Resolución ICAC 2013, Norma 2.^a 2).

3. Aspectos críticos de la valoración y estimación de la incertidumbre.

a) Sin perjuicio de lo indicado en cada nota específica, *en este apartado se informará sobre los supuestos clave acerca del futuro*, así como de otros datos relevantes sobre la estimación de la incertidumbre en la fecha de cierre del ejercicio, siempre que lleven asociado un riesgo importante que pueda suponer cambios significativos en el valor de los activos o pasivos en el ejercicio siguiente.

Respecto de tales activos y pasivos, se incluirá información sobre su naturaleza y su valor contable en la fecha de cierre. (Cursiva añadida)

Asimismo, el apartado 24, punto 4, del modelo de memoria normal anteriormente mencionado prevé la recogida de información sobre los siguientes aspectos:

24. Otra información

La naturaleza y el propósito de negocio de los acuerdos de la empresa que no figuren en balance y sobre los que no se haya incorporado información en otra nota de la memoria, así como su posible impacto financiero, siempre que esta información sea significativa y de ayuda para la determinación de la posición financiera de la empresa. (Cursiva añadida)

Asimismo, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RDLeg. 1/2010, de 2 de julio [en adelante TRLSC]) recoge en su artículo 253 que los administradores de las sociedades mercantiles deberán formular las cuentas anuales en el plazo de tres meses contados desde el cierre del ejercicio, debiendo asimismo elaborar el «informe de gestión», cuyo contenido no exhaustivo es el siguiente (art. 262, apdos. 1 y 2, TRLSC):

El informe de gestión habrá de contener una exposición fiel sobre *la evolución de los negocios y la situación de la sociedad*, junto con una descripción de los *principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta*.

La exposición consistirá en un análisis equilibrado y exhaustivo de la evolución y los resultados de los negocios y la situación de la sociedad, teniendo en cuenta la magnitud y la complejidad de la misma.

En la medida necesaria para la comprensión de la evolución, los resultados o la situación de la sociedad, este análisis incluirá tanto indicadores clave financieros como, cuando proceda, de carácter no financiero, que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial concreta...

Al proporcionar este análisis, el informe de gestión incluirá, si procede, referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en las cuentas anuales.

Informará igualmente sobre los acontecimientos importantes para la sociedad ocurridos después del cierre del ejercicio, la evolución previsible de aquella, *las actividades en materia de investigación y desarrollo* y, en los términos establecidos en esta ley, las adquisiciones de acciones propias. (Cursivas añadidas)

Por lo expuesto en cuanto a la normativa mercantil y contable se refiere, se podría asumir que las compañías tienen a su disposición un amplio espacio legal para informar de aquellas cuestiones que sean de especial relevancia, con el fin de dar a conocer a los inversores las políticas y estrategias incorporadas por la dirección, siempre con el sigilo adecuado para no perjudicar sus propios intereses, aunque, paradójicamente, no parece que esta venga siendo la pauta de actuación observada en lo que se refiere, al menos, a los activos estratégicos de los que dependen sus principales ventajas competitivas, y que por tanto son de especial relevancia en todos sus aspectos, al servir de garantía para su supervivencia futura en el mercado. Si a esto añadimos el extenso plazo de seis meses concedido por la legislación mercantil para la aprobación de cuentas (art. 164 TRLSC), las decisiones basadas en los estados financieros resultan en la práctica lo mismo que conducir un vehículo por el espejo retrovisor, obviando el futuro (Blasco, 2018).

Probablemente la situación anteriormente descrita proviene en buena parte de los problemas de evolución de la normativa contable, que han derivado en un cierto grado de inmovilismo que no está permitiendo alcanzar el hito de informar adecuadamente sobre la imagen fiel y riesgos en los que se ven inmersas las empresas, pues aunque han existido algunos esfuerzos en el último medio siglo para adaptar las normas contables a la nueva realidad empresarial, no parece haberse conseguido, sobre todo en los últimos años en los que han aparecido las llamadas «industrias conceptuales» (Blasco, 2018), lo que en definitiva se está traduciendo en la incapacidad del sistema contable para dar respuesta a los nuevos paradigmas empresariales, que han pasado del *modelo tradicional* con factores productivos identificados en *activos tangibles*, al *modelo actual* soportado en flujos de información y *activos intangibles*, gran parte de ellos no aflorados por la contabilidad, que pueden llegar a representar cerca del 80 % del valor de la empresa (OEPM, 2012), y que cada día se muestran en una progresión muy elevada, como lo demuestra un estudio realizado por Toshiba (2018), en el que el 86 % de los directivos de empresas españolas grandes y medianas tenían previsto elevar su inversión en tecnología en los próximos 12 meses, lo que colocaba al empresario español por encima de países como Bélgica (76 %), Alemania (74 %) o Francia (74 %).

A pesar de lo expuesto en los párrafos precedentes, es un hecho que la contabilidad financiera sigue planteando importantes dificultades para el registro en el balance de activos estratégicos relacionados con el *capital intelectual* (procesos de empresa, creación de marcas, innovaciones tecnológicas –big data, inteligencia artificial–, captación de clientes, etc.), que generalmente se contabilizan como gastos del ejercicio en el que se devengan de acuerdo a las exigencias de la propia normativa contable, lo que implica que la compañía no recoja dentro de su estructura económica la totalidad de sus inversiones, algunas de ellas de especial importancia para su estabilidad futura, hecho que además deriva en que la cuenta de resultados arroje valores erróneos, todo lo cual pone en tela de juicio la utilidad de los estados financieros.

Ante esta toma de postura por los organismos responsables de la emisión de normas contables, se plantea la necesidad de proponer medidas evolutivas que puedan paliar la situación expuesta, con el objetivo de ofrecer a los inversores la información relevante que la contabilidad no facilita, y que motiva que el contenido de los estados financieros no sea

suficiente para enjuiciar la capacidad de actuación de los directivos ni la futura sostenibilidad del modelo de negocio (Lev y Gu, 2017).

3.2. Una alternativa a la revelación de información financiera y creación de valor: el Informe de Recursos Estratégicos y Consecuencias

Probablemente el problema fundamental del modelo contable tradicional es que no aborda en toda su extensión el tratamiento de la incertidumbre en la que se ven inmersas las empresas, por lo que es necesario implementar nuevos modelos de análisis para evaluar de una forma ordenada y coherente las potencialidades de los proyectos empresariales soportados en el *capital intelectual*, de forma que permitan tanto al empresario como a los inversores analizar las posibilidades de éxito periódicamente, dado que las circunstancias del mercado son cambiantes, y, por tanto, las ventajas competitivas de las compañías deben ser revisadas de forma permanente ante las amenazas que puedan depararse.

En este sentido, el *Informe de Recursos Estratégicos y Consecuencias* (en adelante IREC) propuesto por Lev y Gu (2017) es una herramienta capaz de revelar la información necesaria para poder evaluar inversiones valiosas de las empresas, al tiempo de suplir el vacío informativo derivado del actual sistema contable. En este sentido, a efectos de la confección del IREC, se entiende por *recursos estratégicos* aquellos que siendo susceptibles de crear valor, presentan como principales características las de ser valiosos, únicos y difíciles de imitar, perteneciendo por lo general a la categoría de *activos intangibles ocultos* al no estar registrados en los estados financieros de la compañía.

La información que el IREC previene registrar se desglosa básicamente en los siguientes apartados:

- **Activos calificados como recursos estratégicos.** En este ítem se insertan las características y valoración de los recursos estratégicos de la compañía, con independencia de su registro contable o no como activos en balance.
- **Inversiones dirigidas a la formación o creación de recursos estratégicos.** Este punto contiene las inversiones directas en I+D, así como aquellas otras que permiten el control de empresas que poseen activos estratégicos de interés para el desarrollo del modelo de negocio de la compañía.
- **Riesgos que pueden afectar a los activos estratégicos.** El contenido de este apartado está referido a cambios legislativos, innovaciones disruptivas¹⁰, o vul-

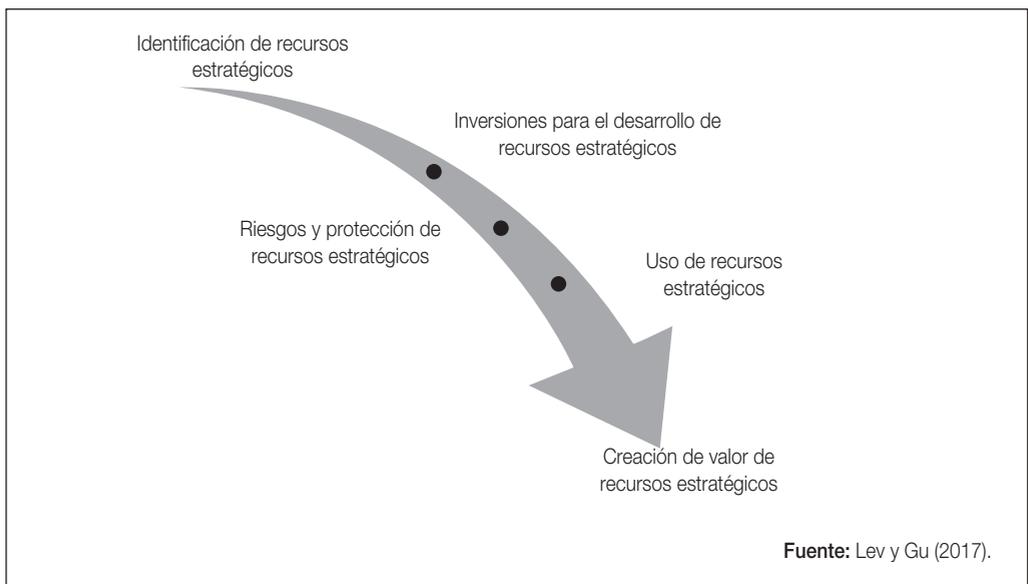
¹⁰ La *innovación disruptiva* es un término acuñado en la década de los noventa por Clayton Christensen, profesor de la Universidad de Harvard, que se refiere a tecnologías que conllevan cambios rotundos,

neración de derechos sobre el *capital intelectual*, incluyendo además aquellas medidas que la empresa considere necesarias para su protección, siendo recomendable en este aspecto la adopción de modelos de *compliance*¹¹.

- **Uso de los recursos estratégicos para obtener su valor.** Este apartado recoge las estrategias aplicadas por los directivos, siendo relevante que esta información no se exige por el modelo contable actual, por lo que quedan supeditadas a su revelación a criterio de la dirección de la empresa.
- **Cuantificación de la creación de valor (consecuencias).** Tras recopilar en los puntos anteriores la identificación, formación, uso y protección de los recursos estratégicos, en este apartado se determinará su «creación de valor» a partir del concepto de flujo de efectivo, considerando además la incorporación del coste de capital propio junto al registro de los intangibles como activos en balance, todo ello al margen de los criterios contables.

El gráfico 3 recoge de forma sintética el contenido del IREC:

Gráfico 3. Contenido del Informe de Recursos Estratégicos y Consecuencias (IREC)

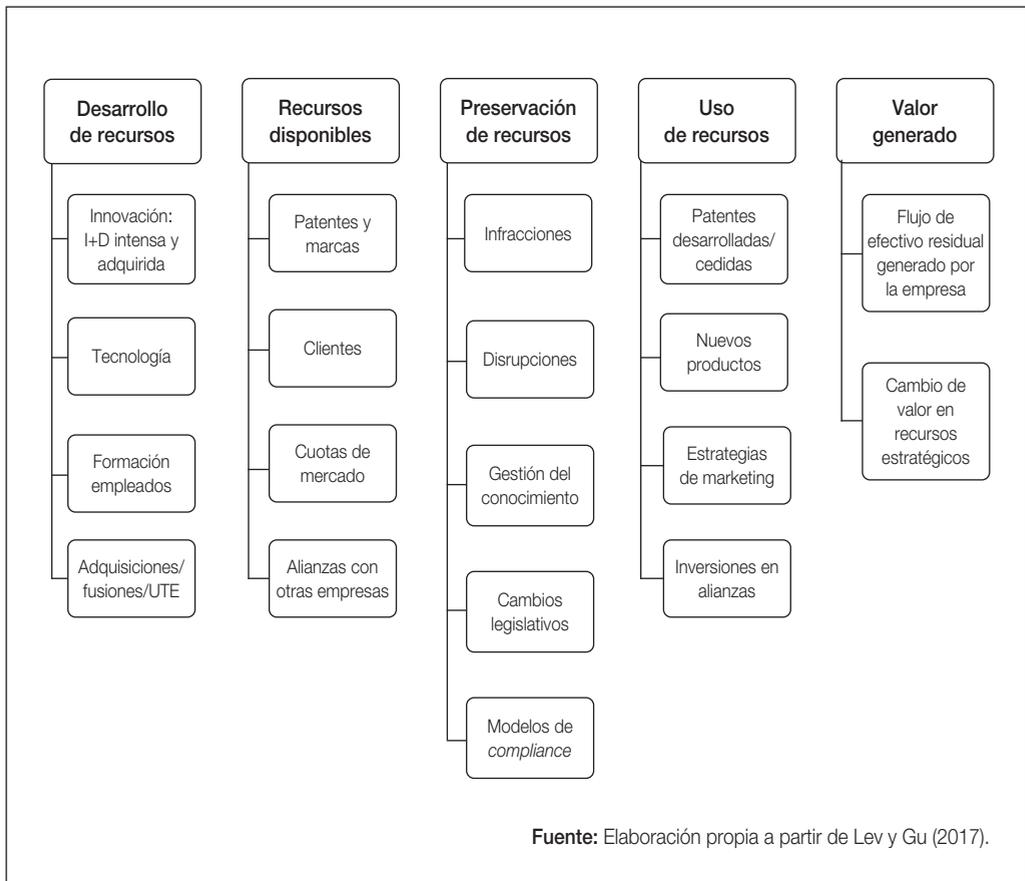


con el consiguiente descenso radical de servicios o productos que ya se encuentran posicionados en el mercado (Rockcontent, 2020).

¹¹ Aunque los modelos de *compliance* en España se identifican generalmente con la prevención de prácticas corruptas, también pueden contribuir a mejorar el control de riesgos sobre recursos estratégicos (Durand Espejo, 2019).

El diseño del IREC contiene básicamente los cinco apartados reseñados, en cada uno de los cuales se incluye información de tipo cualitativo o cuantitativo según los casos, con el fin de dar una información completa de los recursos estratégicos de la empresa desde el punto de vista de su identificación, desarrollo, protección, uso y generación de valor, aunque, no obstante, el desarrollo concreto del informe dependerá en buena medida del sector empresarial al que pertenezca la empresa. El gráfico 4 detalla de forma más precisa la composición no exhaustiva de cada uno de apartados a incluir en el IREC:

Gráfico 4. Composición por apartados del IREC



Las principales discordancias del actual modelo contable para el registro de los activos estratégicos de las empresas y su creación de valor en términos del IREC se exponen de forma sintética en el gráfico 5:

Gráfico 5. Discrepancias de criterios entre el modelo contable y el IREC



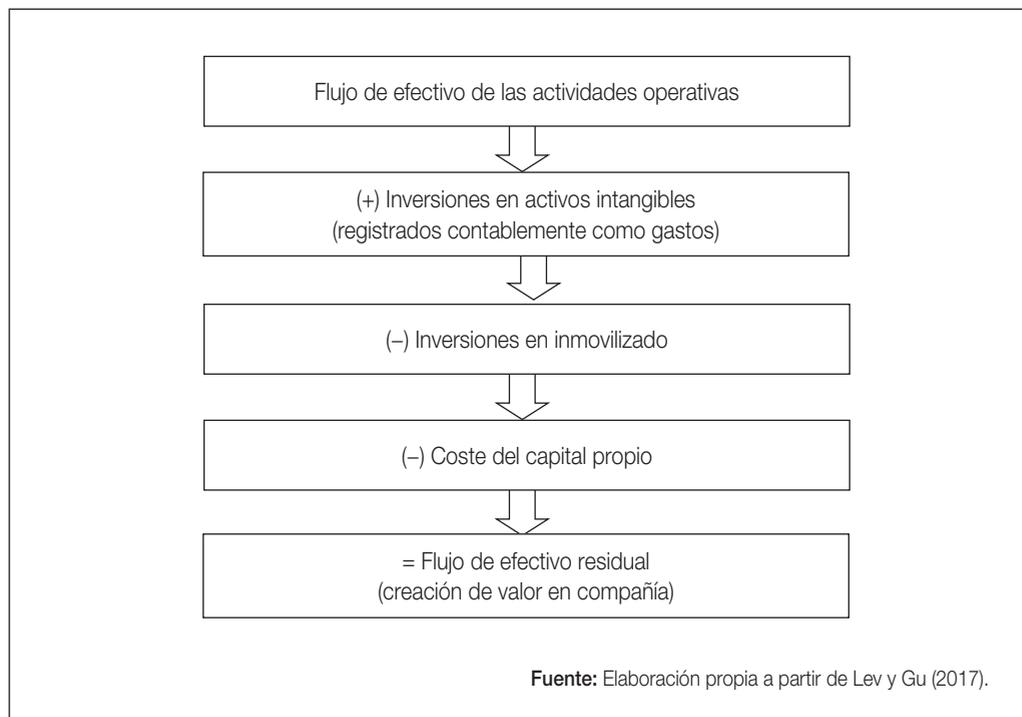
3.3. La creación de valor bajo el enfoque del IREC

Para cuantificar la creación de valor de los recursos estratégicos, y con el fin de evitar uno de los principales problemas del actual modelo contable, cual es la injerencia de las estimaciones de los directivos en la cuenta de resultados, el IREC obvia los gastos e ingresos incluidos en la cuenta de resultados de la compañía, y parte directamente de la cifra de *flujos de efectivo de las actividades operativas*, que puede obtenerse del estado de flujos de efectivo, la cual se debe ajustar de acuerdo con los siguientes criterios:

- Adición de inversiones en *activos intangibles*, tales como I+D, tecnología o marcas no registradas, que el sistema contable obliga a reconocer como gastos, lo que implica la doble consecuencia de su ausencia en balance, junto con la distorsión de la cuenta de resultados.
- Deducción de importes aplicados a *inversiones en el inmovilizado* de la empresa, considerando la media de los últimos tres a cinco años para compensar el deterioro y amortización eliminados del flujo de efectivo operativo.
- Deducción del *coste del capital propio*.

El gráfico 6 sintetiza la obtención de la cifra del *flujo de efectivo residual* equivalente a la creación de valor de los activos estratégicos de la empresa:

Gráfico 6. Cálculo del «flujo de efectivo residual» del IREC



De acuerdo con la información ofrecida por los gráficos 4 y 6, se puede afirmar que el IREC es un sistema que informa y describe las actuaciones llevadas a cabo por la empresa sobre su modelo de negocio, junto con sus consecuencias (creación de valor), evaluación que no ofrece la normativa contable en vigor, y que por tanto se debería poner a disposición de los inversores desde el punto de vista de la relevancia que este tipo de información reporta, dado que recoge una representación íntegra de la estrategia de la empresa y su puesta en práctica.

Desde un punto de vista escéptico, podría pensarse que la utilidad del flujo de efectivo residual dista de la de otros parámetros que ofrece la contabilidad financiera, como, por ejemplo, la cuenta de pérdidas y ganancias, aunque, sin embargo, se ha demostrado que en los últimos años es aquella variable (flujo de efectivo residual) la que mejor predice los rendimientos de las empresas (Lev y Guv, 2017, p. 346).

En resumen, es más que obvio que el análisis practicado a través del IREC difiere ampliamente del procedente de los estados financieros que anualmente confeccionan obligatoriamente las firmas, que basados en principios de contabilidad generalmente aceptados, analizan fundamentalmente su actuación empresarial pasada, mientras que el nuevo estado aborda la cuestión con una perspectiva de futuro, basado en los activos estratégicos de la

compañía, que a nuestro juicio deben recibir el trato especial que merecen, y que el IREC les otorga, al ser los portadores de las ventajas competitivas que podrán asegurar la sostenibilidad de la empresa en los años venideros. Por dicho motivo, proponemos la implementación del citado informe estratégico en la documentación mercantil de las empresas por la relevancia de la información que el mismo aporta.

4. Conclusiones

En un mundo cada vez más globalizado, los empresarios son conscientes de la necesidad de diseñar estrategias de negocio que les permitan obtener fortalezas competitivas, que encuentran su fundamento en el *capital intelectual* de las empresas.

Sin embargo, el actual modelo contable dificulta la información que sobre el *capital intelectual* deberían facilitar los estados financieros de las compañías, hecho motivado por las restricciones que la propia normativa contable impone a la activación de los llamados *activos intangibles ocultos*, elementos de especial relevancia al tener la capacidad de generar beneficios sostenidos que garantizan el futuro de la empresa, lo que de alguna manera pone en tela de juicio la utilidad de la información contable para los directivos e inversores, y en general para los usuarios de la información financiera. Así, mientras que la cuenta de pérdidas y ganancias informa del resultado final derivado de los activos de la empresa, sin embargo, no detalla las estrategias aplicadas para llegar al resultado empresarial, es decir, el inversor está huérfano de datos para conocer cómo se ha generado la creación de valor.

La situación descrita es en cierto modo paradójica, por cuanto la normativa mercantil prevé la inclusión de dicha información en los estados financieros de las compañías, y en ese sentido, las bases de presentación reguladas por la norma contable admiten expresamente en el modelo de memoria que las empresas puedan informar sobre aspectos clave respecto del futuro de la compañía, así como en el informe de gestión, que por otra parte debe contener explícitamente una exposición fiel sobre la evolución de los negocios, junto con la situación de la sociedad y los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta.

No obstante, se podría argumentar que no es posible revelar cierta información sensible para los negocios, por el recelo que suscita su posible robo, plagio o uso indebido, aunque, sin embargo, la reciente LSE ha venido a reforzar la seguridad jurídica de los modelos de negocio innovadores, por lo que quizás sea este el momento más propicio para que las empresas se decanten de forma comprometida por facilitar la información que sus inversores demandan. En este aspecto, sería muy recomendable que se realizasen inventarios sobre los secretos empresariales, para conocer el *know how* máspreciado en poder de las empresas, cuestión que ya no estaría reservada como se piensa para las grandes compañías, sino que debería extenderse también a las medianas y pequeñas empresas, que se supone tendrían que poner énfasis en conocer y analizar su modelo de negocio para saber qué parte del valor añadido que generan procede de su *capital intelectual*.

En consecuencia, nuestra propuesta es que la empresa se centre en el conocimiento profundo de los recursos estratégicos que pueda tener disponibles, e informe de forma sostenida y coherente sobre ellos a sus inversores, para lo cual deberán estar específicamente identificados, mantenidos y protegidos, siendo recomendable en este último caso el establecimiento de modelos de *compliance* que garanticen de forma efectiva su protección, dada la relevancia de estos activos para las compañías.

Bajo esta perspectiva, una posible forma de revelar información sobre los activos estratégicos se plasma en el *Informe de Recursos Estratégicos y Consecuencias*, que a nuestro juicio reúne sobradamente los requisitos esenciales para conocer la generación de valor procedente del *capital intelectual*, y que debería ser tenido en cuenta por la normativa mercantil, cuando menos, como complemento de la información contable facilitada en los estados financieros tradicionales, lo que permitiría cubrir la legítima demanda de información que cualquier proyecto de inversión necesita para su evaluación presente y futura.

Referencias bibliográficas

- Barba, E. (2012). *Los diez tipos de innovación. El ejemplo de Red Bull*. <<http://www.enricbarba.com/2012/11/los-10-tipos-de-innovacion-el-ejemplo-de-red-bull/>> (último acceso: 13/04/2020).
- Blasco, J. L. (2018). *El fin de la contabilidad y el camino a seguir*. <https://www.tendencias.kpmg.es/2018/11/contabilidad-informes-corporativos/?utm_source=email&utm_medium=newsletter&utm_campaign=15-11> (último acceso: 01/04/2020).
- Comisión de las Comunidades Europeas. (2003). *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Política de la innovación: actualizar el enfoque de la Unión en el contexto de la estrategia de Lisboa*. Bruselas.
- Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas.
- Drucker, P. (1985). *La innovación y el empresario innovador*. Editorial Ediciones Apóstrofe.
- Durand Espejo, C. (2019). *La protección de los secretos empresariales a través de las buenas prácticas de compliance*. <<https://www.enfoquederecho.com/2019/10/31/la-proteccion-de-los-secretos-empresariales-a-traves-de-las-buenas-practicas-de-compliance/>> (último acceso: 15/04/2020).
- Edvinsson, L. y Malone, M. S. (1997). *Intellectual Capital. Realizing your company's true value by finding its hidden brainpower*. (1.^a ed.). Editorial Harper Collins Publishers.
- Edvinsson, L. y Malone, M. S. (1999). *El Capital Intelectual*. Editorial Gestión 2000.
- El Economista. (2019). *Un análisis de la nueva normativa que regula los secretos empre-*

- sariales. <<https://www.economista.es/opinion-legal/noticias/9758960/03/19/Un-analisis-de-la-nueva-normativa-que-regula-los-secretos-profesionales.html>> (último acceso: 22/04/2020).
- Expansión. (2019). *La nueva Ley de Secretos Empresariales*. <<https://www.expansion.com/juridico/opinion/2019/02/22/5c6fcb6446163fd7b38b45cb.html>> (último acceso: 22/04/2020).
- Formichella, M. M. (2005). *La evolución del concepto de innovación y su relación con el desarrollo*. Monografía, Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria.
- Freeman, C. (1974). *La teoría económica de la innovación industrial*. Editorial Alianza Universidad.
- Hoz Suárez, A. de la.; Revilla Nava, Y. y Hoz Suárez, B. de la. (2017). Reconocimiento, medición contable y presentación en los estados financieros del capital intelectual. *Revista Venezolana de Gerencia*, 22(79). <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=29055964007>> (último acceso: 31/03/2020).
- Lev, B. (2003). *Intangibles: medición, gestión e información*. Editorial Deusto.
- Lev, B. y Gu, F. (2017). *El final de la contabilidad*. Editorial Profit.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
- Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (texto consolidado, última actualización 2 de marzo de 2019). <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>> (último acceso: 14/04/2020).
- López Ruiz, V. R. y Nevado Peña, D. (2016). Modelo de control estratégico desde la perspectiva del valor de los intangibles. Método y aplicación. *Revista Innovar*, 26(59), 9-20. DOI: 10.15446/innovar.v26n59.54319.
- Martos, M. S.; Fernández Jardón, C. M. y Figueroa, P. F. (2008). Evaluación y relaciones entre las dimensiones del capital intelectual. *Intangible Capital*, 4(2), 67-101.
- Medina Salgado, C. y Espinosa Espindola, M. (1994). *La innovación en las organizaciones modernas*. Unidad Azcapotzalco, División de Ciencias Sociales y Humanidades, Departamento de Administración Universidad Autónoma Metropolitana. <<http://www.azc.uam.mx/publicaciones/gestion/num5/doc06.htm>> (acceso: 13/04/2020).
- Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM). (2012). *Instrucciones para la realización del inventario de activos intangibles*. Versión 2.0. Ministerio de Industria, Energía y Turismo.
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y Oficina de Estadísticas de las Comunidades Europeas (EUROSTAT). (2005). *El Manual de Oslo: Guía para la realización de mediciones y estudios de actividades científicas y tecnológicas*. Traducción española Grupo Tragsa. (3.ª ed.).
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio (texto consolidado, última actualización 29 de diciembre de 2018). <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627>> (último acceso: 14/04/2020).
- Real Decreto 1643/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad. <<https://www.boe.es/eli/es/rd/1990/12/20/1643>> (último acceso: 31/03/2020).
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (actualización 29 de diciembre de 2018, entrada en vigor 30 de diciembre

- de 2018). <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>> (último acceso: 14/04/2020).
- Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), de 28 de mayo de 2013, por la que se dictan normas de registro, valoración e información a incluir en la memoria del inmovilizado intangible.
- Ricardo, D. (1817). *Principios de economía, política y tributación*. Ed. Fondo de Cultura Económica.
- Rockcontent. (2020). *Innovación disruptiva: ¿qué repercusión tiene en las relaciones de consumo?* <<https://rockcontent.com/es/blog/innovacion-disruptiva/>> (último acceso: 15/04/2020).
- Sánchez Medina, A. J.; Melián González, A. y Hormiga Pérez, E. (2007). El concepto de capital intelectual y sus dimensiones. *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, 13(2), 97-111.
- Schumpeter, J. (1935). *Análisis del cambio económico*. Ed. Fondo de Cultura Económica, <<http://eumed.net/cursecon/textos/schump-cambio.pdf>> (último acceso: 11/04/2020).
- Skandia (1995). *Visualizing Intellectual Capital in Skandia*. Supplement to 1994 Annual Report. <<http://capitalintelectual.egc.ufsc.br/wp-content/uploads/2016/05/7-edv-insson.pdf>> (último acceso: 13/04/2020).
- Smith, A. (1776). *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones (1776)*. Fondo de Cultura. <<http://ceiphistorica.com/wp-content/uploads/2016/04/Smith-Adam-La-Riqueza-de-las-Naciones.pdf>> (último acceso: 01/04/2020).
- Toshiba. (2018). *Invertir en innovación*. Economía de hoy. <<https://www.economiadehoy.es/noticia/33411/tecnologia/el-86-de-las-empresas-espanolas-aumentara-sus-inversiones-en-ti-durante-los-proximos-12-meses-superandoen-10-puntos-la-media-europea.html>> (último acceso: 01/04/2020).
- Trillo Holgado, M. A. y Pedraza Rodríguez, J. A. (2007). La influencia de la innovación en el capital intelectual de la empresa. Propuesta de un modelo. En J. C. Ayala Calvo (Coord.), *Conocimiento, innovación y emprendedores: camino al futuro*. Universidad de La Rioja, 1.419-1.431.



La reforma del Plan General de Contabilidad en materia de instrumentos financieros y reconocimiento de ingresos

Juan Manuel Pérez Iglesias

*Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales
Licenciado en Derecho*

María Dolores Urrea Sandoval

*Licenciada en Ciencias Económicas y Empresariales
Licenciada en Derecho*

Extracto

El pasado 30 de enero de 2021 el Gobierno publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 1/2021, de 12 de enero, por el que se modifica el Plan General de Contabilidad y sus disposiciones complementarias con la finalidad de adaptar la normativa contable española a dos normas internacionales de contabilidad adoptadas por la Unión Europea, la NIIF-UE 9, «Instrumentos financieros», y la NIIF-UE 15, «Ingresos procedentes de contratos con clientes», que entraron en vigor en los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2018 para la formulación de las cuentas anuales consolidadas de las sociedades con valores admitidos a negociación. El objetivo de este artículo consiste en desgarnar los cambios más relevantes, con las limitaciones que implica abordar el análisis desde una perspectiva general.

Palabras clave: modelo de negocio; instrumentos financieros; reconocimiento de ingresos; control; primera aplicación.

Cómo citar: Pérez Iglesias, J. M. y Urrea Sandoval, M.^aD. (2021). La reforma del Plan General de Contabilidad en materia de instrumentos financieros y reconocimiento de ingresos. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 456, 205-252.





The reform of the General Accounting Plan regarding financial instruments and revenue recognition

Juan Manuel Pérez Iglesias

María Dolores Urrea Sandoval

Abstract

On January 30, 2021, the Government published in the Official State Gazette the Royal Decree 1/2021, of January 12, which modifies the General Accounting Plan and its complementary provisions in order to adapt the Spanish accounting regulations to two international accounting standards adopted by the European Union, IFRS-EU 9, «Financial instruments», and IFRS-EU 15, «Income from contracts with customers», which entered into force in the accounting years beginning after the 1st January 2018 for the formulation of the consolidated annual accounts of the securities companies admitted to trading. The objective of this article is to describe the most relevant changes, with the limitations of approaching the analysis from a general perspective.

Keywords: business model; financial instruments; revenue recognition; control; first-time adoption.

Citation: Pérez Iglesias, J. M. y Urrea Sandoval, M.^a D. (2021). La reforma del Plan General de Contabilidad en materia de instrumentos financieros y reconocimiento de ingresos. *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 456, 205-252.





Sumario

1. Introducción
 2. La reforma en materia de instrumentos financieros
 - 2.1. La simplificación de la contabilidad de los instrumentos financieros
 - 2.1.1. Los nuevos criterios de clasificación y valoración para los activos financieros
 - 2.1.2. Los nuevos criterios de clasificación y valoración de los pasivos financieros. La reestructuración de deudas
 - 2.1.3. Novedades en la regulación de los casos particulares. Los instrumentos financieros híbridos
 - 2.2. El deterioro de valor de los créditos y los valores representativos de deuda. La renta derivada de la modificación de los flujos de efectivo de un crédito
 - 2.3. Las operaciones de cobertura
 - 2.4. La primera aplicación de la reforma a los instrumentos financieros
 3. La reforma en la contabilización de las ventas y la prestación de servicios
 - 3.1. La sistematización de los criterios de reconocimiento y valoración
 - 3.2. La primera aplicación de la reforma en el área de reconocimiento de ingresos
 4. Otros cambios
 5. Las modificaciones en el PGC de Pymes, las NOFCAC y las Normas de adaptación del PGC a las entidades sin fines lucrativos
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

La Unión Europea aprobó la reforma de las normas internacionales de información financiera adoptadas (NIIF-UE) mediante el Reglamento (UE) 2016/1905 de la Comisión, de 22 de septiembre de 2016 (modificado posteriormente por el Reglamento (UE) 2017/1987 de la Comisión, de 31 de octubre de 2017) sobre reconocimiento de ingresos ordinarios procedentes de contratos con clientes (NIIF-UE 15), y el Reglamento (UE) 2016/2067 de la Comisión, de 22 de noviembre de 2016, en materia de instrumentos financieros (NIIF-UE 9).

Ambas normas entraron en vigor en los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2018, a los exclusivos efectos de formular las cuentas anuales consolidadas de los grupos cotizados y son el resultado de los trabajos en paralelo del Comité de Normas Internacionales de Contabilidad –International Accounting Standards Board (IASB)– y el Comité de Normas de Contabilidad Financiera –Financial Accounting Standards Board (FASB)– para lograr un conjunto de disposiciones contables comunes en las citadas áreas.

El pasado 30 de enero de 2021, el Gobierno publicó en el BOE el Real Decreto 1/2021, de 12 de enero, por el que se modifica el Plan General de Contabilidad (PGC) y sus disposiciones complementarias para adaptar nuestro derecho contable interno a la mencionada normativa internacional con efectos para los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2021.

El objetivo de este artículo es desgranar los cambios más relevantes, con las limitaciones que implica abordar el análisis desde una perspectiva general. En este sentido, nuestro propósito no es entrar en un pormenorizado examen de todas las implicaciones sino ofrecer una panorámica al lector para que, más adelante, si lo considera oportuno, pueda completar esta visión con un estudio más detallado mediante la lectura de los trabajos que previsiblemente se irán publicando en las próximas semanas.

El real decreto introduce nuevas exigencias de información en la memoria en el área de instrumentos financieros (sobre todo en lo que atañe a la jerarquía del valor razonable y la información cuantitativa y cualitativa sobre los riesgos de la empresa, en línea con la NIIF 7, «Instrumentos financieros: Información a revelar»), así como respecto al área de ingresos por operaciones de tráfico donde la información a proporcionar en la memoria se incrementa de manera considerable como lógico contrapunto de los numerosos juicios y estimaciones que se deben realizar en esta área. El examen que vamos a realizar no se extiende a estos aspectos.

2. La reforma en materia de instrumentos financieros

Las modificaciones introducidas en la norma de registro y valoración (NRV) 9.^a del PGC las analizaremos agrupadas en torno a las tres líneas de actuación que se fijó el IASB cuando inició la reforma de la NIIF-UE 9: a) la simplificación de la contabilidad de esta disciplina; b) la mejora y la sistematización de los criterios aplicables para reconocer el deterioro de valor de los créditos y valores representativos de deuda, y c) avanzar en la flexibilización de la contabilidad de coberturas.

2.1. La simplificación de la contabilidad de los instrumentos financieros

2.1.1. Los nuevos criterios de clasificación y valoración para los activos financieros

El PGC introdujo en el año 2008 un sistema de registro y valoración contable de los instrumentos financieros basado en la gestión o modelo de negocio de la entidad. Ello trajo consigo la clasificación de los activos y pasivos financieros en categorías en función de ese propósito, y la aparición del valor razonable como paradigma de la imagen fiel.

La nueva clasificación aprobada por el Real Decreto 1/2021, con carácter general, no introduce cambios notorios, pero en una lectura detenida afloran algunos aspectos reseñables. Las ideas clave del nuevo esquema de clasificación y valoración para los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2021 son las siguientes:

- 1.^a Salvo que proceda su clasificación en otras carteras, todos los activos financieros se deben valorar a valor razonable y las variaciones de valor presentarse en la cuenta de pérdidas y ganancias.

La finalidad que se persigue con este principio es clara; trasladar al balance y a la cuenta de resultados de la entidad una fiel representación de la rentabilidad y de los riesgos que conllevan las decisiones de los gestores del negocio, bajo la consideración de que el valor de mercado es el mejor modelo de medida para tener una idea nítida de los flujos de efectivo que puede recuperar la empresa en caso de realizar la inversión.

El PGC excepciona de la regla a los instrumentos que, atendiendo a sus características, en principio, deberían presentar menos volatilidad y para los que el modelo de negocio de la empresa sea, con carácter general, percibir sus flujos de efectivo contractuales.

La relevancia y la fiabilidad son el anverso y el reverso del valor razonable. Por ello, el artículo 38 bis.2 del Código de Comercio expresa que los instrumentos finan-

cieros que no puedan valorarse de manera fiable a valor razonable se valorarán al coste. También se deben o pueden (en el caso de la normativa internacional) valorar al coste las inversiones en empresas del grupo, multigrupo y asociadas.

Pues bien, a partir de estas ideas generales, las excepciones al valor razonable reguladas en la NRV 9.^a del PGC son las siguientes:

- a) Los activos financieros que posean los rasgos de un préstamo ordinario o común se incluirán en la categoría de «Activos financieros a coste amortizado» cuando la empresa mantenga la inversión con el objetivo de percibir los flujos de efectivo derivados de la ejecución del contrato (aunque esté admitido a negociación en un mercado organizado).

A los efectos de aplicar los nuevos criterios, la NRV 9.^a 2.2 dispone que un contrato tiene las características de un acuerdo básico de préstamo cuando otorgue al inversor exclusivamente el derecho a la devolución del principal y, en su caso, a recibir el cobro de intereses fijos o variables.

- b) Las inversiones en empresas del grupo, multigrupo y asociadas, las aportaciones realizadas como consecuencia de un contrato de cuentas en participación, los préstamos participativos cuyos intereses tengan carácter contingente (en ambos casos, por asimilación con las primeras en algunos de sus rasgos económicos) y cualquier otra inversión llamada inicialmente a clasificarse en la cartera de «Activos financieros a valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias» para la que no esté disponible un valor razonable fiable.

- 2.^a En caso contrario, esto es, cuando el modelo de negocio de la empresa para ese activo o conjunto de activos similares fuese más amplio (cobrar o vender) y distinto al que llevaría a calificarlo como cartera de negociación (gestión activa o recurrente), la empresa lo incluirá en la categoría de «Activos financieros a valor razonable con cambios en el patrimonio neto».

De acuerdo con lo anterior, la segunda etapa en la clasificación de los préstamos ordinarios implica un previo análisis sobre el modelo de negocio de la entidad. Para facilitar este análisis, en la NRV 9.^a 2.2 se precisa que:

[...] la gestión de un grupo de activos financieros para obtener sus flujos contractuales no implica que la empresa haya de mantener todos los instrumentos hasta su vencimiento; se podrá considerar que los activos financieros se gestionan con ese objetivo aun cuando se hayan producido o se espere que se produzcan ventas en el futuro. A tal efecto, la empresa deberá considerar la frecuencia, el importe y el calendario de las ventas en ejercicios anteriores, los motivos de esas ventas y las expectativas en relación con la actividad de ventas futuras.

Es decir, se especifica que la gestión que realiza la empresa de estas inversiones es una cuestión de hecho y no depende de sus intenciones para un instrumento individual. Por ello, se concluye que:

[...] una empresa podrá tener más de una política para gestionar sus instrumentos financieros, pudiendo ser apropiado, en algunas circunstancias, separar una cartera de activos financieros en carteras más pequeñas para reflejar el nivel en que la empresa gestiona sus activos financieros.

Además, sin perjuicio del literal empleado por la NRV 9.^a 2.3 del PGC, en nuestra opinión, cuando los préstamos ordinarios se gestionen en grupo o junto con una cartera de pasivos financieros, también se deberían valorar a valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias de conformidad con lo dispuesto en la NRV 9.^a 3.2.b.2).

Los créditos por operaciones comerciales son los activos financieros que suelen lucir en casi todos los balances de las empresas españolas. También está generalizada la práctica de mantener líneas de descuento en entidades de crédito, o la de adelantar el cobro de las facturas por medio de operaciones de *factoring*. Cuando estas operaciones impliquen la baja del derecho de cobro de balance cabría preguntarse, ¿cuál es el modelo de negocio que sigue la empresa?

Como se ha visto, la cuestión no es baladí porque si se concluyese que la gestión no se corresponde con la práctica de cobrar los flujos de efectivo contractuales, el impacto de la reforma sería, cuando menos, inquietante, porque implicaría que la empresa se viese en la obligación de cuantificar el valor razonable de su cartera de créditos, al menos, en la fecha de cierre del ejercicio y reconocer las variaciones de valor directamente en el patrimonio neto.

En nuestra opinión, esa interpretación no debería prosperar. Las ventas de créditos asociadas a las necesidades de financiación del ciclo de la explotación son inherentes a la actividad ordinaria de la empresa, por lo que no debería identificarse en ella el modelo de negocio consistente en «cobrar y vender» inherente a la gestión de un conjunto de inversiones.

- 3.^a Los instrumentos de patrimonio se incluirán, por lo tanto, en la cartera de «Activos financieros a valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias». Sin embargo, en la práctica las empresas podrán seguir manteniendo el registro contable que venían aplicando (en la categoría de «Activos financieros disponibles para la venta»).

El PGC establece la posibilidad (opción contable) de que la entidad designe el instrumento de patrimonio en la fecha de reconocimiento inicial para incluirlo de manera irrevocable en la categoría de «Activos financieros a valor razonable con cambios en el patrimonio neto», en los mismos términos que estipula la NIIF-UE 9

(sin perjuicio de que el PGC incluya las participaciones en fondos de inversión en la categoría de instrumentos de patrimonio). No obstante, a diferencia de la norma internacional, en caso de deterioro o baja del activo financiero, la renta acumulada en el patrimonio neto se seguirá reclasificando a la cuenta de pérdidas y ganancias.

Mantener *de facto* el tratamiento de los «Activos financieros disponibles para la venta» es evidente que no contribuye a simplificar el registro contable porque la identificación del deterioro de valor en un instrumento de patrimonio es una tarea compleja, a pesar de las aclaraciones que introdujo la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) de 18 de septiembre de 2013 sobre la aplicación de la regla del descenso significativo o prolongado del 40 % o el año y medio, respectivamente.

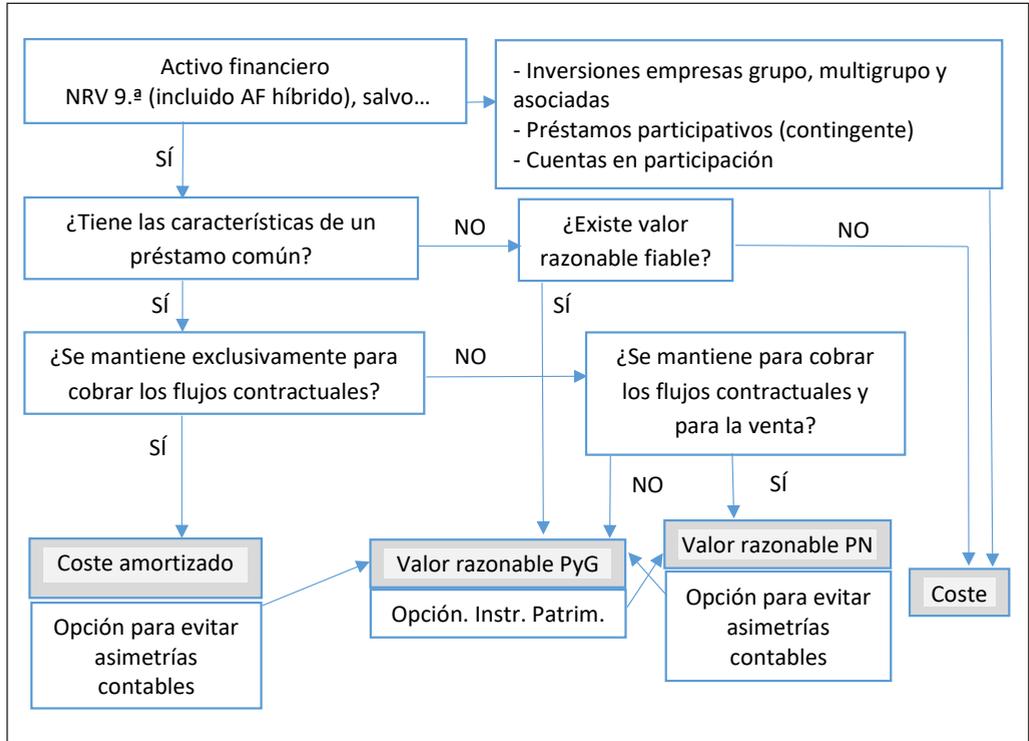
Dicho lo anterior, no es menos cierto que, al menos, se ha evitado incorporar el criterio poco afortunado de la NIIF-UE 9 y de previsible escaso recorrido (frente a la propuesta que se publicó en octubre de 2018 coincidente con la fórmula elegida por el FASB para sociedades cotizadas). Un criterio evidentemente contrario al objetivo de imagen fiel por sustraer de la cuenta de resultados el fruto de la gestión empresarial, con la única justificación de evitar la volatilidad.

La reducción de la volatilidad es un argumento recurrente de los preparadores de la información financiera que suele esgrimirse para evitar contabilizar las inversiones a valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias, y evitar con ello el impacto que pudiera originar en los resultados ordinarios de una empresa los cambios frecuentes y poco previsibles en el valor de las inversiones realizadas.

Sin embargo, el objetivo de la normativa contable no es preservar la estabilidad de los beneficios de las empresas sino trasladar a los usuarios de las cuentas anuales la imagen fiel del patrimonio y de los resultados con el objetivo de que puedan juzgar la rentabilidad y el riesgo de su inversión. Desde esta perspectiva, no cabe ninguna duda de que hoy por hoy la cuenta de pérdidas y ganancias sigue siendo el estado principal que acapara la atención de los interesados en medir el resultado de una empresa y juzgar así las decisiones de los responsables de la entidad.

- 4.^a Para completar este análisis, es necesario advertir que la NRV 9.^a también mantiene la opción del valor razonable para evitar asimetrías contables de tal suerte que, en todo caso, una empresa podrá, en el momento del reconocimiento inicial, designar de forma irrevocable un activo financiero con las características de un préstamo ordinario como medido al valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias, y que en caso contrario se hubiera incluido en otra categoría, si haciéndolo elimina o reduce significativamente una incoherencia de valoración o asimetría contable que surgiría en el caso de la valoración de los activos o pasivos sobre bases diferentes.

A modo de resumen, los criterios expuestos se pueden estructurar en el siguiente árbol de decisión:



La aplicación de este esquema en la práctica en las entidades que aplican el PGC (considerando que se haga uso de la opción de valorar los instrumentos de patrimonio a valor razonable con cambios en el patrimonio neto) conduciría a la siguiente clasificación:

Cartera	Activo financiero
1. Valor razonable de pérdidas y ganancias	Derivados (salvo instrumentos de cobertura de flujos de efectivo o inversiones netas en el extranjero), activos financieros híbridos (salvo que proceda valorarlos a coste amortizado porque tengan las características de un préstamo ordinario; por ejemplo, créditos con derivados de protección no apalancados que establecen una cierta variabilidad en el tipo de interés).
2. Coste amortizado	Clientes, créditos no comerciales, pagarés y valores representativos de deuda no cotizados con retribución fija o variable (también cotizados si se mantienen con el exclusivo propósito de recibir los flujos contractuales).



Cartera	Activo financiero
▶	
3. Valor razonable de patrimonio neto	Acciones cotizadas, participaciones en fondos de inversión, bonos cotizados o cualquier activo con las características de un préstamo ordinario si se mantiene con el propósito de cobrar los flujos contractuales o proceder a su venta.
4. Coste	Inversiones en empresas del grupo, multigrupo y asociadas, préstamos participativos con retribución contingente, cuentas en participación y activos financieros que no tengan los rasgos de un préstamo ordinario ni un valor razonable fiable (acciones y participaciones no cotizadas).

Al igual que la versión anterior, la nueva NRV 9.^a contempla la posibilidad de que se produzcan reclasificaciones entre las diferentes carteras. La revisión de las novedades pone de manifiesto que el logro de la simplificación en esta área se ha traducido en una mayor flexibilidad de los criterios de reclasificación si se comparan con las reglas tasadas de la versión anterior.

En la siguiente tabla se muestra un resumen de los cambios permitidos para que la contabilidad de la empresa pueda ajustarse a los cambios en el modelo de negocio de la entidad:

PGC 2021	Coste amortizado	VR con cambios en PyG	VR con cambios en PN	Coste
Coste amortizado		Cualquier ganancia o pérdida que surja, por diferencias entre el costo amortizado y el valor razonable, se reconocerá en PyG.	Cualquier ganancia o pérdida se reconocerá en PN. La tasa de interés efectiva no se modifica.	
VRPyG	Su valor razonable en la fecha de reclasificación pasa a ser su nuevo valor en libros. NO APLICA EN OPCIÓN VR.		El activo financiero se continúa midiendo a valor razonable. NO APLICA A LOS INST. PATRIMONIO NI OPCIÓN VR.	El VR en esa fecha pasa a ser su nuevo valor en libros (coste).
VRPN	Las ganancias o pérdidas acumuladas ajustan el valor razonable del activo financiero que se medirá en la fecha de reclasificación como si siempre se hubiera medido al coste amortizado.	El activo se continúa midiendo a valor razonable. La ganancia o pérdida acumulada se reclasificará desde patrimonio a PyG como un ajuste de reclasificación. NO INST. PATRIMONIO.		El VR en esa fecha forma parte del coste de la inversión. Los ajustes previos se mantienen en PN hasta que proceda reconocer un deterioro o reversión.



PGC 2021	Coste amortizado	VR con cambios en PyG	VR con cambios en PN	Coste
▶				
	Coste	Se mide a VR y la diferencia se reconoce en PyG.	Se mide a VR y la diferencia se reconoce en PN.	

2.1.2. Los nuevos criterios de clasificación y valoración de los pasivos financieros. La reestructuración de deudas

La reforma del apartado 3, «Pasivos financieros», de la NRV 9.^a del PGC se caracteriza por los siguientes aspectos:

- La continuidad en los criterios que se venían aplicando en materia de clasificación y valoración, bajo una nueva denominación y agrupación de carteras. No se introduce, por lo tanto, el criterio de la NIIF-UE 9 relativo al tratamiento del propio riesgo de crédito en los pasivos financieros a valor razonable.
- La incorporación de algunas interpretaciones del ICAC incluidas en su Boletín, como la relativa al registro y valoración de los préstamos participativos (consulta 1 del BOICAC n.º 78, de junio de 2009 –NFC034008–) o la consulta 1 publicada en el BOICAC n.º 76, de diciembre de 2008 (NFC031498) sobre el impacto contable de la aprobación de un convenio de acreedores.

En la siguiente tabla se muestra una comparativa entre las carteras existentes hasta la fecha y las recogidas en el nuevo texto.

PGC 2008	PGC 2021
1. Débitos y partidas a pagar. Englobaba los pasivos a coste amortizado y las deudas a coste; a saber, las cuentas en participación y los préstamos participativos con retribución contingente.	1. Pasivos financieros a coste amortizado. Se mantiene el criterio aplicable a cuentas en participación y préstamos participativos, pero ambos contratos se excluyen de esta cartera.
2. Pasivos financieros mantenidos para negociar.	2. Pasivos financieros a valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias.



PGC 2008

PGC 2021



3. Otros pasivos financieros a valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Incluye, con idéntico tratamiento, los pasivos financieros que se clasificaban en dos carteras en aplicación del PGC 2008.

Otro aspecto a destacar en la contabilización de los pasivos es la introducción de un análisis cualitativo en el test de la baja del pasivo y de una aclaración acerca de cómo tratar los costes de transacción a tales efectos. Por lo demás, el test de la baja se mantiene en los mismos términos que se venía aplicando, sin que por lo tanto se haya optado por adoptar el cambio de la NIIF-UE 9 (aclaración a juicio del IASB) relativo al reconocimiento obligatorio de la renta derivada de las reestructuradas de deudas en función de la nueva corriente de flujos y el tipo de interés efectivo original, aunque no se supere el test de la baja.

Test del 10 % + test cualitativo

Tratamiento contable

La reestructuración se califica como sustancial cuando el valor actual de los flujos de efectivo del nuevo contrato, incluida cualquier comisión pagada, neta de cualquier comisión recibida, difiera al menos en un 10% del valor actual de los flujos de efectivo remanentes del contrato original, actualizados ambos importes al tipo de interés efectivo de este último.

Novedad. La reestructuración también se califica como sustancial, aunque la diferencia apuntada no supere el umbral del 10 %, cuando se acuerde un cambio de tipo de interés fijo a variable en la remuneración del pasivo, la reexpresión del pasivo a una divisa distinta o cuando un préstamo a tipo de interés fijo se convierte en un préstamo participativo, entre otros casos.

Reestructuración sustancial

Se registra la baja del pasivo financiero original y se reconoce el nuevo pasivo financiero que surja del acuerdo por su valor razonable.

Los costes de transacción o comisiones en que se incurra se contabilizan en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Reestructuración no sustancial

El pasivo financiero original no se da de baja. Cualquier coste de transacción o comisión incurrida ajustará el importe en libros del pasivo financiero y se recalcula el tipo de interés efectivo según las nuevas condiciones.

2.1.3. Novedades en la regulación de los casos particulares. Los instrumentos financieros híbridos

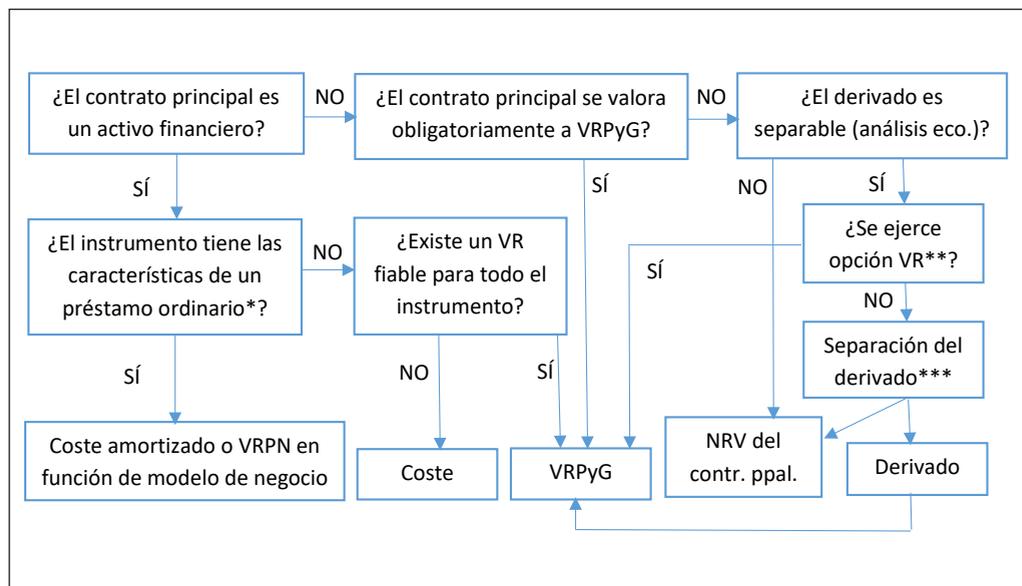
El apartado 5, «Casos particulares», de la NRV 9.^a tiene un contenido muy similar al de la versión inicial del PGC 2008. Los cambios más reseñables se aprecian en la regulación de los instrumentos financieros híbridos, que pasamos a detallar.

La definición de instrumento financiero híbrido incluye como novedad la precisión de que el derivado implícito no debe tener una contraparte distinta a la del instrumento (debemos entender a la del contrato principal), porque en caso contrario es claro que no estaríamos ante un solo instrumento sino ante dos contratos independientes que no podrían ser tratados, en su conjunto, a valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias tal y como se prevé para los híbridos que cumplen determinados requisitos.

Además, en sintonía con la modificación incluida en la NIIF-UE 9, los contratos híbridos con un activo financiero como contrato principal (sería el caso de unos bonos referenciados al precio de unas acciones o a la evolución de un índice bursátil; o un depósito estructurado que otorgue una rentabilidad asociada a la evolución del precio de una o varias acciones; o de un préstamo a tipo de interés variable con un tipo máximo, un tipo mínimo o un tipo máximo y mínimo, no apalancados; esto es, cuya exclusiva función sea proteger a la empresa de la variabilidad de los flujos y no incorporar un elemento especulativo) se excluyen de su alcance con el objetivo de simplificar el registro contable de estos instrumentos. Estos activos seguirán el régimen general aplicable a cualquier activo financiero.

Y, por otro lado, se incluyen (también en línea con la NIIF-UE 9) otros contratos cuyo componente principal sea un acuerdo que no cumpla la definición de instrumento financiero; por ejemplo, un contrato de adquisición de materias primas o mercaderías en moneda extranjera a un tipo de cambio fijo, o en una moneda que difiera de la funcional de las partes y que tampoco sea la moneda en la que habitualmente se fijan los precios de ese producto. No sería el caso, sin embargo, de un contrato de arrendamiento que previese una cláusula de ajuste a la inflación siempre y cuando lo fuese a los cambios en el índice del entorno económico en el que opera la empresa.

El resto del apartado incluye ligeros cambios de redacción, sin relevancia sustantiva, o aclaraciones que también cabría haber considerado en aplicación de la norma que ahora se sustituye. El siguiente árbol de decisión refleja el itinerario a seguir:



Notas:

* Un préstamo con un tipo de interés variable con un tipo máximo, un tipo mínimo o un tipo máximo y mínimo, en principio, tendría los rasgos de un préstamo ordinario porque la NRV 9.^a 2.2 del PGC estipula que: «... sería consustancial con tal acuerdo un bono con una fecha de vencimiento determinada y por el que se cobra un tipo de interés de mercado variable, pudiendo estar sujeto a un límite».

** La NRV 9.^a 5 no permite el ejercicio de la opción del valor razonable si se da alguna de las siguientes circunstancias: a) el derivado o derivados implícitos no modifiquen de manera significativa los flujos de efectivo que, de otra manera, habría generado el instrumento, o b) al considerar por primera vez el instrumento híbrido, sea evidente que no esté permitida la separación del derivado o derivados implícitos, como sería el caso de una opción de pago anticipada implícita en un préstamo que permita a su tenedor reembolsar por anticipado el préstamo por aproximadamente su coste amortizado.

*** La NRV 9.^a 5 dispone que si la empresa no pudiera determinar con fiabilidad el valor razonable del derivado implícito sobre la base de sus propias características, dicho valor se estimará por diferencia entre el valor razonable del instrumento híbrido y el del contrato principal si ambos pudieran ser determinados con fiabilidad; si ello tampoco es posible, ya sea en la fecha de adquisición o en otra posterior, la empresa tratará el contrato híbrido en su conjunto como un instrumento financiero a valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias.

2.2. El deterioro de valor de los créditos y los valores representativos de deuda. La renta derivada de la modificación de los flujos de efectivo de un crédito

El modelo de deterioro de valor de los créditos y valores representativos de deuda ocupó un lugar destacado en el debate contable internacional durante la redacción de la NIIF 9, al entender algunos usuarios de la información financiera que el denominado enfoque de la pérdida incurrida (que requiere la existencia de un evento de pérdida como presupuesto para el registro de un gasto por deterioro) podía haber sido un factor que agravó las dificultades del sistema financiero.

A la vista de la experiencia acumulada, la NIIF-UE 9 incorporó un modelo de reconocimiento gradual de las pérdidas esperadas en el ciclo económico mediante un esquema de tres etapas sucesivas.

El reconocimiento de la pérdida por deterioro comienza en la misma fecha de reconocimiento inicial del crédito (pérdidas esperadas por los incumplimientos que se esperen en los próximos 12 meses). Si se produce un incremento significativo del riesgo de crédito, la empresa debe cuantificar la pérdida en función de la probabilidad de incumplimiento a largo de toda la vida del instrumento. El modelo concluye con el registro de la pérdida esperada, en sentido estricto, del crédito deteriorado. En este último escenario, el incumplimiento se ha materializado y, por lo tanto, ya no es preciso hacer uso del cálculo de probabilidades para cuantificar su importe, sin perjuicio de que en un análisis colectivo del riesgo de crédito se puedan emplear tasas de pérdidas basadas en modelos estadísticos.

En nuestro país, la normativa contable de las entidades de crédito adaptó en el año 2018 el tratamiento contable del riesgo de crédito a la terminología de la NIIF-UE 9, introduciendo ajustes en un modelo en el que ya afloraban rasgos del enfoque de «pérdida esperada», como la obligación de provisionar el denominado riesgo genérico, normal, subestándar o en vigilancia especial.

Las denominaciones han ido variando a lo largo del tiempo, pero la esencia de la metodología se ha mantenido¹ fundada en la afirmación de que el riesgo de crédito es un fenómeno holístico e inherente a cualquier cartera de activos financieros, estando este claramente influido por la evolución de los ciclos económicos, circunstancia que requiere que en la fase expansiva del crédito en el que la concesión puede sujetarse a estándares más bajos, es necesario iniciar la acumulación de «provisiones» que permitan en el futuro con-

¹ Sobre esta materia considérese el excelente trabajo de Saurina y Trucharte (2017).

trarrestar el efecto negativo que el incumplimiento de algunos acreditados tendrá en el patrimonio de la entidad.

En consecuencia, una vez que el desarrollo contable del Código de Comercio para el sector de las entidades de crédito ha incorporado los requerimientos de la NIIF-UE 9, el Gobierno parece haber decidido, de manera acertada en nuestra opinión, no modificar el actual modelo de registro en el PGC, desarrollado en la Resolución de 18 de septiembre de 2013, ICAC, por la que se dictan normas de registro y valoración e información a incluir en la memoria de las cuentas anuales sobre el deterioro del valor de los activos.

Sea como fuere, es preciso advertir que, al igual que las anteriores versiones de la normativa contable de las entidades de crédito, en la Resolución del ICAC también afloran rasgos del modelo ahora adjetivado como de pérdida esperada; por ejemplo, la posibilidad de identificar eventos de pérdida diferentes al mero incumplimiento de un acreditado, la facultad de utilizar fórmulas o métodos estadísticos en el cálculo del deterioro, como, por ejemplo, los denominados calendarios de morosidad ajustados a la realidad del mercado y las especificidades de la entidad, e incluso la presunción de pérdida por deterioro del 3 % sobre el conjunto de la cartera de créditos comerciales que contempla la Resolución del ICAC.

La NIIF-UE 9 también incorporó algunas precisiones sobre la aplicación del criterio del coste amortizado, en particular, acerca del tratamiento contable en el acreedor de las modificaciones en los flujos de efectivo de un instrumento de deuda por causa de las dificultades financieras para atender el pago (aclarando que el deudor y el acreedor deben tratar de manera simétrica el hecho económico; a este punto ya nos hemos referido al hilo del examen efectuado sobre la reestructuración de pasivos).

Desde la perspectiva del deudor, la precisión que introduce la NIIF-UE 9 lleva a considerar la existencia de tres rentas asociadas a un instrumento de deuda. El interés devengado de acuerdo con el método del tipo de interés efectivo que toma como base de cálculo el valor en libros del crédito (sin computar el deterioro), la pérdida por deterioro cuantificada a partir del modelo de pérdida esperada (en función de la probabilidad de incumplimiento, la pérdida en caso de incumplimiento y el valor temporal del dinero) y la renta por «modificación de flujos» a reconocer, de manera episódica, cuando se otorgue al deudor facilidades de crédito en forma de un periodo de carencia, menores intereses o un alargamiento en el plazo de devolución del principal.

La renta por modificación en las condiciones de un préstamo regulada en la NIIF-UE 9 (y también en la normativa contable española de las entidades de crédito) se calculará por la diferencia entre el valor en libros del activo financiero, sin considerar las pérdidas por deterioro acumuladas, y el valor actual de los nuevos flujos descontados al tipo de interés efectivo inicial.

Pues bien, sobre esta cuestión, en el preámbulo del real decreto se indica que tampoco se ha considerado oportuno introducir cambios porque en el contexto del coste amortizado la naturaleza del «resultado por modificación» que regula la NIIF-UE 9, en contraposición con el resultado por baja y el resultado por deterioro, no es del todo evidente. Y que, por el contrario, el criterio en vigor que analiza la renta por modificación como parte de la comprobación por deterioro permite trazar una línea divisoria clara para contabilizar la operación descrita (sobre este punto repárese en las consideraciones formuladas en el preámbulo de la Resolución del ICAC de 18 de septiembre de 2013).

Como se indicado, este criterio es el previsto en el punto 5 del apartado 2, «Deterioro de valor en activos financieros valorados al coste amortizado», de la Norma Cuarta, «Deterioro de valor de los activos financieros», de la Resolución del ICAC de 18 de septiembre de 2013, en el que se precisa el impacto que una revisión de las condiciones contractuales tiene a efectos del cálculo del deterioro de valor, en los siguientes términos: «5. Cuando se renegocien o modifiquen las condiciones de los instrumentos de deuda a causa de dificultades financieras del deudor, se utilizará el tipo de interés efectivo antes de la modificación del contrato».

Así las cosas, la única novedad que se advierte en la NRV 9.^a 2.2.3 del PGC relativa al deterioro de valor de los activos financieros contabilizados a coste amortizado es la incorporación del criterio publicado en la consulta 1 del BOICAC n.º 90, de julio de 2012 (NFC044620), «sobre el reconocimiento y valoración de un crédito con garantía hipotecaria cuyo deudor y garante se encuentran declarados en concurso de acreedores», en la que se aclaró que: El reconocimiento de intereses en los activos financieros con deterioro crediticio seguirá las reglas generales, «[...] al margen de que de manera simultánea y precisamente a la vista de la situación descrita, la empresa deba evaluar si dicho importe será objeto de recuperación y, en su caso, contabilice la correspondiente pérdida por deterioro».

Lógicamente, el reconocimiento de intereses y el subsiguiente deterioro se mantiene hasta que se contabilice la baja del crédito como fallido, sin perjuicio del título jurídico que retenga el acreedor.

Además, también se aprecia la incorporación en este apartado de la presunción que hasta la fecha se ubicaba en la norma relativa a las inversiones mantenidas hasta el vencimiento en el sentido de que, como sustituto del valor actual de los flujos de efectivo futuros, se pueda utilizar el valor de mercado del instrumento, siempre que este sea lo suficientemente fiable como para considerarlo representativo del valor que pudiera recuperar la empresa.

Para los acuerdos básicos de préstamo que se contabilicen a valor razonable con cambios en el patrimonio neto, la NRV 9.^a 2.3.3 mantiene la redacción vigente hasta la fecha por lo que, en este punto, tampoco se atisban cambios relevantes.

2.3. Las operaciones de cobertura²

La reforma de la NIIF-UE 9 en el tratamiento de las coberturas contables ha ido dirigida a permitir que el resultado de las cuentas anuales refleje la gestión del riesgo en la empresa, introduciendo para ello una mayor flexibilidad en los requisitos a cumplir cuando la cobertura financiera se quiere tratar como una cobertura contable.

Hasta la fecha, la normativa ha sido restrictiva en cuanto al número de instrumentos de cobertura a emplear y a las partidas susceptibles de ser cubiertas. Además, la medición de la efectividad de la cobertura se ha basado en una regla objetiva para determinar si se podía seguir aplicando esa técnica o, si por el contrario debía interrumpirse y los dos elementos de la cobertura, instrumento y partida cubierta, volver a contabilizarse siguiendo los criterios generales de valoración.

En la nueva redacción, en sintonía con la normativa internacional, se han relajado esos cánones. Sea como fuere, con el objeto de no introducir costes de adaptación en las empresas, es oportuno adelantar que el Gobierno ha considerado conveniente permitir que las entidades españolas sigan aplicando el modelo anterior que, por otra parte, daba una respuesta contable más que suficiente a las principales operaciones que pueden identificarse en muchas empresas (como la cobertura del riesgo de tipo de cambio de operaciones de tráfico o la cobertura del riesgo de tipo de interés de un préstamo emitido a tipo de interés variable).

Antes de entrar en el examen de las novedades es oportuno resaltar que en el preámbulo del real decreto se indica que en ausencia de un desarrollo reglamentario específico sobre esta materia, la empresa deberá aplicar los nuevos criterios sobre contabilidad de coberturas desarrollados en la normativa contable de las entidades de crédito incluidos en la Circular 4/2017, de 27 de noviembre, del Banco de España, con las necesarias adaptaciones para tener en cuenta los criterios de clasificación de instrumentos financieros del PGC.

Las novedades más reseñables de la NRV 9.^a 6 del PGC son las siguientes:

- 1.^a En primer lugar, la norma estipula que el registro y valoración de la cobertura no cesa en caso de que la empresa revoque la designación si se siguen cumpliendo el resto de los requisitos.
- 2.^a Además, como se ha señalado, la NRV 9.^a 1 amplía el elenco de instrumentos financieros que pueden designarse como instrumentos de cobertura a los activos y

² Este apartado contiene un simple esbozo de las modificaciones aprobadas. Para tener una visión completa de la incidencia de la reforma en este ámbito se recomienda consultar el minucioso examen de Morales Díaz y Zamora Ramírez (2019).

pasivos financieros, en su conjunto o en un determinado porcentaje, si se valoran a valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias, así como a una combinación de derivados o a una proporción de estos y de no derivados o a una proporción de estos, incluyendo aquellos casos en los que el riesgo o riesgos que surgen de algunos instrumentos de cobertura compensan los que surgen de otros.

Adicionalmente, la lectura de la Circular 4/2017 permite identificar aspectos relevantes para poder completar la aplicación de estos criterios (Norma 31.^a, apartados 4 y 29; en función de que se siga el nuevo modelo o el anterior, respectivamente; las referencias se realizarán en adelante a las novedades aprobadas).

En concreto, la posibilidad de separar el valor intrínseco y el valor temporal de una opción, para designar como instrumento de cobertura el componente de cambio en el valor intrínseco de la opción, y no el componente de cambio en el valor temporal. La de segregar el elemento a plazo y el elemento al contado de un contrato a plazo, y designar como instrumento de cobertura solo el componente de cambio en el valor del elemento al contado, y no el cambio de valor del elemento a plazo; de forma similar, la Circular indica que en los instrumentos financieros puede separarse el diferencial de base del tipo de cambio y excluirse de la designación como instrumento de cobertura (este criterio, a diferencia de las dos primeras posibilidades que se han citado, sí que constituye una novedad del nuevo esquema de coberturas contables).

La razón de esta forma de operar radica en que en ocasiones la variación en la partida cubierta en que se materializa el riesgo que se quiere cubrir no incluye un valor temporal o a plazo por lo que en tales casos si no se separase dicho componente de la variación de valor del instrumento de cobertura, se originaría una ineficacia estructural. Este sería el caso, por ejemplo, si se decide cubrir el riesgo de tipo de cambio de un activo reconocido en el balance con un contrato a plazo, en la que la partida cubierta solo se ve afectada por las variaciones en el tipo de cambio a contado.

Sin embargo, cuando tanto la partida cubierta como el instrumento de cobertura se viesen afectadas por un factor temporal, como por ejemplo en la cobertura de la compra prevista en moneda extranjera con un seguro de cambio, cabría preguntarse sobre el fundamento en que se sostiene el ejercicio de la opción contable que permite la citada separación cuando, en todo caso, la variación de valor del derivado debe calcularse tomando como referencia el cambio en los tipos a plazo y el correspondiente descuento financiero.

Sea como fuere, en relación con el registro de los componentes excluidos de la cobertura, la Circular establece las siguientes pautas en los apartados 25 y 26 de la Norma 31.^a, inspirada en la noción de «coste de la cobertura» (enfoque que constituye una novedad) para fijar el criterio de registro de las variaciones de valor a las que nos estamos refiriendo.

El cambio en el valor razonable del valor temporal de la opción se reconocerá en otro resultado global en la medida en que se relacione con la partida cubierta y se acumulará en un componente separado del patrimonio neto. Con posterioridad, si la opción cubre una partida referida a una transacción (adquisición de un activo no financiero o una venta prevista), la entidad eliminará el importe del componente separado del patrimonio neto y lo incluirá directamente en el coste inicial u otro importe en libros del activo, o cuando tenga lugar la venta prevista. No obstante, si se espera que todo o parte de ese importe no se recupere en uno o más ejercicios futuros, la Circular dispone que esa parte se deberá traspasar de forma inmediata al resultado del ejercicio, en concepto de ajuste por reclasificación.

Si la opción cubre una partida referida a un periodo de tiempo, el valor temporal en la fecha de designación de la opción como instrumento de cobertura, en la medida en que se relacione con la partida cubierta, se amortizará de forma sistemática y racional a lo largo del periodo durante el cual el ajuste de la cobertura por el valor intrínseco de la opción pueda afectar al resultado del ejercicio (este sería el caso, por ejemplo, de la prima pagada por una opción que garantice a la empresa un tipo de interés máximo en un préstamo a tipo de interés variable).

Para el caso del elemento a plazo de un contrato a plazo y del diferencial de base entre dos divisas, la Circular introduce la opción de tratarlos siguiendo el criterio que se ha descrito para las opciones, o llevarlos directamente a la cuenta de pérdidas y ganancias.

Además, la normativa de las entidades de crédito también recuerda que, como sucedía hasta la fecha, un instrumento de cobertura no puede ser designado por una parte de su cambio en el valor razonable que proceda únicamente de una porción del periodo durante el cual el instrumento de cobertura se mantiene vigente.

- 3.^a Al igual que sucede con los instrumentos de cobertura, en el apartado 2 de la NRV 9.^a se amplía el número de posibles partidas cubiertas.

Las novedades descansan en la posibilidad de permitir la cobertura de posiciones agregadas (esto es, un préstamo en moneda extranjera a tipo de interés fijo y una permuta financiera en la que se recibe el interés fijo y se paga un interés variable en moneda funcional, que se decida cubrir con otra permuta financiera en la que se reciba la tasa variable y se pague una tasa fija en moneda funcional).

También es novedosa la posibilidad de cubrir determinados componentes de riesgo (como sería el caso de una transacción prevista de compra de combustible en la que se cubre el componente de riesgo relacionado con la variación del precio del petróleo o del gasoil) y componentes de un importe nominal o niveles (por ejemplo, los próximos flujos de efectivo, por importe de 10 unidades mone-

tarias, procedentes de las ventas denominadas en una moneda extranjera después de superarse las primeras 20 unidades monetarias) así como la posibilidad de permitir designar posiciones netas.

Este sería el caso de una sociedad A (moneda funcional euro) que el 1 de octubre de 20X0 tuviese previsto incurrir el 31 de diciembre de 20X0 en un gasto en el extranjero por un importe de 100.000 dólares que se pagará en esa misma fecha (tipo de cambio a contado al cierre 1 euro = 1,25 dólares). La empresa también tiene previsto realizar ventas en la misma moneda extranjera el 30 de enero de 20X1 por un importe de 80.000 dólares (tipo de cambio a contado en esa fecha es de 1 euro = 1,2 dólares). En este escenario, para cubrir el riesgo de tipo de cambio la sociedad designa el 1 de octubre de 20X0 como instrumento de cobertura de la posición neta (gasto menos ingreso) un seguro de cambio para adquirir 20.000 dólares el 31 de diciembre de 20X0 a un tipo de cambio a plazo de 1 euro = 1 dólares.

Pues bien, en tal caso, el desembolso se contabilizaría al cierre del ejercicio 20X0 por el contravalor al tipo al contado, ajustado por la variación en el valor del derivado y en la que se hubiera producido en la venta prevista, de tal suerte que el gasto se muestre al tipo de cambio asegurado. La contrapartida del ajuste asociado al importe de la venta luciría en el patrimonio neto hasta la fecha en que esta se produzca, momento en el que se reclasificará a la cuenta de pérdidas y ganancias, como un mayor importe de la venta. La solución en forma de asientos sería la siguiente:

31-12-20X0. Por el gasto incurrido en moneda extranjera:

Código	Cuenta	Debe	Haber
62x	Servicios exteriores	80.000	
573	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, moneda extranjera (100.000/1,25)		80.000

31-12-20X0. Por la liquidación del derivado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
62x	Servicios exteriores	4.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros [(20.000/1) - (20.000/1,25)]		4.000



31-12-20X0. Por el ajuste del gasto al tipo de cambio asegurado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
62x	Servicios exteriores	16.000	
1340	Cobertura de flujos de efectivo [(80.000/1) – (80.000/1,25)]		16.000

30-1-20X1. Por la venta en moneda extranjera:

Código	Cuenta	Debe	Haber
573	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, moneda extranjera (80.000/1,2)	66.666	
700	Ventas		66.666

30-1-20X1. Por la transferencia del ajuste acumulado en el patrimonio neto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1340	Cobertura de flujos de efectivo	16.000	
70x	Ventas, ajuste cobertura flujos de efectivo		16.000

No es preciso reseñar que este tipo de estrategias de cobertura deben ir acompañadas de una clara identificación de las transacciones previstas, así como del momento concreto en que la empresa prevé que la correspondiente partida se impute a la cuenta de pérdidas y ganancias.

- 4.^a La nueva NRV 9.^a 4 expresa que la documentación de una relación de cobertura debe incluir: a) la identificación del instrumento de cobertura y de la partida cubierta, b) la naturaleza del riesgo que se va a cubrir, y c) la forma en que la empresa evaluará si la relación de cobertura cumple los requisitos de eficacia, junto con un análisis de las causas de ineficacia de la cobertura y el modo de determinar la ratio de cobertura, que se define como sigue:

$$\text{Ratio de cobertura} = \frac{\text{Cantidad (IMPORTE) de la partida cubierta}}{\text{Cantidad (IMPORTE) del instrumento de cobertura}}$$

En concreto, para que la cobertura se califique como eficaz se deben cumplir los siguientes requisitos: a) existe una relación económica entre la partida cubierta y

el instrumento de cobertura, b) el riesgo de crédito no debe ejercer un efecto dominante sobre los cambios de valor resultantes de esa relación económica, y c) la ratio de cobertura de la relación de cobertura contable debe ser la misma que la ratio de cobertura que se emplee a efectos de gestión, sin que esa designación pueda reflejar un desequilibrio que pueda dar lugar a un resultado contable contrario a la finalidad de la contabilidad de cobertura, que cabe recordar no es otra que compensar las variaciones de valor de la partida cubierta con las variaciones del instrumento de cobertura.

La norma aclara que el efecto que ejerza el riesgo de crédito en la variación de valor del instrumento de cobertura o de la partida cubierta no puede ser preponderante. Es decir, no puede ser el factor más relevante en el cambio de valor de ambos elementos porque en tal caso la variación de valor tendencial de signo contrario y mismo importe de los elementos de la cobertura se podría ver distorsionada por el impacto que el citado riesgo de crédito pudiera tener.

En este punto conviene aclarar que en las coberturas de transacciones previstas y compromisos en firme en que se utiliza un derivado hipotético para juzgar la eficacia de la cobertura, lógicamente, la variación de valor del derivado hipotético debe calcularse sin considerar el riesgo de crédito para que se pueda apreciar el mencionado efecto.

Sea como fuere, el aspecto ciertamente novedoso es la previsión de que si, en la medición retrospectiva de la eficacia se advierte que la relación deja de cumplir la ratio de cobertura declarada en la documentación, pero se mantiene inalterado el objetivo de gestión del riesgo para esa relación, la empresa ajustará la ratio de cobertura de forma que cumpla de nuevo los criterios. La norma se refiere a esta forma de operar como el reequilibrio de la cobertura. En este punto se aprecia con nitidez la mayor flexibilidad de los nuevos criterios:

PGC 2008 (eficacia retrospectiva)	PGC 2021
$80\% < \frac{\text{Cambios VR o FE Partida. Cub.}}{\text{Cambios VR o FE Instr. Cob.}} < 125\%$	Desaparece la regla del intervalo.
Si no se cumple, se interrumpe la cobertura.	Reequilibrio.

El denominado «reequilibrio» consiste en la necesidad de introducir un ajuste de la ratio de cobertura, para recuperar el objetivo de la técnica que se está aplicando.

Así, por ejemplo, en una cobertura cuya ratio inicial fuese 1 al haberse declarado que un determinado importe de una partida cubierta se pretende cubrir con un derivado sobre el mismo importe nominal, en el supuesto de que la medición

de la eficacia retrospectiva mostrase que la variación en el valor de la partida cubierta y en el instrumento de cobertura fuese de 6.000 um y 8.000 um, respectivamente, el reequilibrio debería articularse como sigue:

$$\text{Ratio inicial} = \frac{100.000 \text{ PC}}{100.000 \text{ IC}} = 1 \Rightarrow \text{Eficacia retrospectiva} = \frac{6.000}{8.000} = 0,75$$

PGC 2008	PGC 2021
Se interrumpe la cobertura.	Se reduce el IC a 75.000 um. Nueva ratio 1,33.

En relación con este punto es oportuno hacer varias precisiones. La comprobación de la eficacia debe hacerse, como mínimo, al cierre del ejercicio o cuando se produzca un cambio significativo en las circunstancias que pudieran afectar al objetivo de la contabilidad de coberturas (NIIF-UE 9.B.6.4.12). También es conveniente aclarar que no todo cambio en el alcance de la compensación debe llevar a un ajuste de la ratio de la cobertura, por lo que ligeras fluctuaciones en torno a la ratio inicial pueden ser aceptables (NIIF-UE 9.B.6.5.11). Por último, también hay que tener en cuenta que, cuando el reequilibrio sea necesario, la ineficacia de la cobertura se determina y reconoce de forma inmediata antes de ajustar la relación de la cobertura (NIIF-UE 9.B.6.5.8).

- 5.^a Por último, en el apartado 4 de la NRV 9.^a se reproducen sin cambios la tipología y el tratamiento contable de las coberturas reguladas en la versión inicial del año 2008, y se incluyen algunas aclaraciones en las dos primeras modalidades (el tratamiento de la cobertura de una inversión neta de un negocio en el extranjero mantiene la redacción anterior).

La precisión más destacable tal vez sea la relativa a cómo tratar el ajuste acumulado en el patrimonio neto por causa de la cobertura del riesgo de tipo de cambio asociado a la adquisición de una empresa del grupo, multigrupo o asociada. El PGC aclara que en este supuesto la ganancia o pérdida acumulada debe ajustar el precio de adquisición del activo financiero, resolviendo así la duda que pudieran haber planteado estas transacciones en el pasado.

2.4. La primera aplicación de la reforma a los instrumentos financieros

La reforma entra en vigor para los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2021. Los aspectos más destacables incluidos en la disposición transitoria primera (DT 1.^a) y se-

gunda (DT 2.^a) del Real Decreto 1/2021, de 12 de enero, para abordar la primera aplicación de los nuevos criterios de clasificación y valoración de los instrumentos financieros son los siguientes:

- 1.º Las empresas deberán aplicar retroactivamente los nuevos criterios de acuerdo con lo previsto en la NRV 22.^a, «Cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables», del PGC, pero sin obligación de expresar de nuevo la información comparativa del ejercicio anterior.

En todo caso, la fecha de la primera aplicación será el comienzo del primer ejercicio que se inicie a partir del 1 de enero de 2021, pero si se suministra información comparativa adaptada la fecha de transición será la de inicio del ejercicio anterior.

Adicionalmente, nótese que la NRV 22.^a del PGC expresa que:

Quando se produzca un cambio de criterio contable, que solo procederá de acuerdo con lo establecido en el principio de uniformidad, se aplicará de forma retroactiva y su efecto se calculará desde el ejercicio más antiguo para el que se disponga de información.

- 2.º La DT 2.^a se ocupa de los criterios de primera aplicación en materia de clasificación y valoración de instrumentos financieros. Así, entre otras simplificaciones que faciliten la aplicación retroactiva, en esta DT 2.^a se especifica que el juicio sobre la gestión que realiza la empresa a los efectos de clasificar los activos financieros, y la designación o revocación de la opción del valor razonable, se realizará en la fecha de primera aplicación sobre la base de los hechos y circunstancias existentes en esa fecha. La clasificación resultante deberá aplicarse retrospectivamente.

La DT 2.^a no detalla la cuenta de contrapartida de los ajustes porque ese criterio ya viene expresado en la NRV 22.^a, en los siguientes términos:

El ingreso o gasto correspondiente a ejercicios anteriores que se derive de dicha aplicación motivará, en el ejercicio en que se produce el cambio de criterio, el correspondiente ajuste por el efecto acumulado de las variaciones de los activos y pasivos, el cual se imputará directamente en el patrimonio neto, en concreto, en una partida de reservas salvo que afectara a un gasto o un ingreso que se imputó en los ejercicios previos directamente en otra partida del patrimonio neto. Asimismo, se modificarán las cifras afectadas en la información comparativa de los ejercicios a los que le afecte el cambio de criterio contable.

Es decir, de acuerdo con esta previsión, parece claro que las cuentas de contrapartida serían las mismas que se apuntan en la DT 2.^a, punto 6 (ver más adelante), para la opción de aplicación prospectiva.

Así, por ejemplo, la reclasificación desde el criterio del coste amortizado al valor razonable se contabilizará en una cuenta de reservas (si la cartera de destino es «Activos financieros a valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias») o directamente en el patrimonio neto (si se clasifica como «Activos financieros a valor razonable con cambios en el patrimonio neto»).

Los activos clasificados hasta la fecha en la cartera de «Activos financieros disponibles para la venta» se tratarán como sigue:

Préstamos ordinarios que deban incluirse en la cartera de «Activos financieros a coste amortizado»: el valor en libros se reducirá o aumentará en el importe de la ganancia o pérdida, respectivamente, acumulada en el patrimonio neto.

Instrumentos de patrimonio: si la empresa no ejerce la opción de mantenerlos valorados a valor razonable con cambios en el patrimonio neto, la ganancia o pérdida acumulada se reclasificará a una cuenta de reservas.

Entre el resto de las categorías no es previsible que se produzcan reclasificaciones.

- 3.º Sin perjuicio de lo anterior, en la DT 2.ª 6 se regula una opción de aplicación prospectiva que no conlleva, lógicamente, una nueva expresión de la información del ejercicio inmediato anterior. Esta solución se articula con el objetivo de atenuar los costes de la puesta en práctica de los nuevos criterios. A tal efecto, la fecha de primera aplicación también es el comienzo del primer ejercicio que se inicie a partir de 1 de enero de 2021.

La aplicación prospectiva se sujeta a las siguientes reglas:

- 1.ª El juicio sobre la gestión que realiza la empresa a los efectos de clasificar los activos financieros, y la designación o revocación de la opción del valor razonable, se realizará en la fecha de primera aplicación sobre la base de los hechos y circunstancias existentes en esa fecha. La clasificación resultante deberá aplicarse prospectivamente.
- 2.ª La empresa podrá asumir el valor en libros de los activos y pasivos al cierre del ejercicio anterior como nuevo coste amortizado, coste o coste incrementado al inicio del ejercicio en que resulten de aplicación los nuevos criterios. En su caso, las ganancias y pérdidas acumuladas directamente en el patrimonio neto se ajustarán contra el valor en libros del activo.

La referencia a este último ajuste parece ir referido a los activos financieros que tengan los rasgos de un préstamo ordinario clasificados en la categoría de «Activos financieros disponibles para la venta» y que, de acuerdo con el modelo de negocio en la fecha de primera aplicación, proceda reclasificar a la categoría de coste amortizado. Para esta categoría, la regla de primera aplicación es equivalente a la

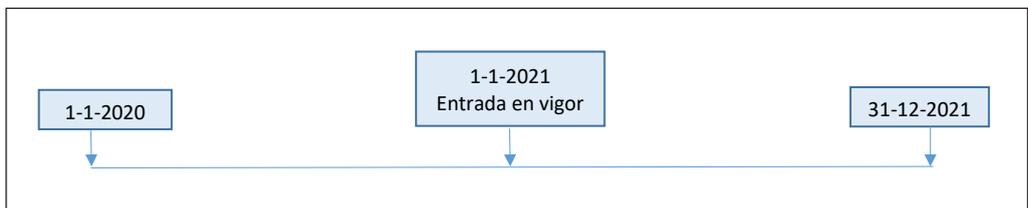
prevista en la nueva NRV 9.^a del PGC para reclasificar un activo financiero entre ambas carteras.

- 3.^a Para los activos y pasivos financieros valorados por primera vez a valor razonable, este importe se calculará al inicio del ejercicio. Cualquier diferencia con el valor en libros al cierre del ejercicio anterior se contabilizará en una cuenta de reservas o como un ajuste por cambio de valor si el activo se incluye en la categoría de activos financieros a valor razonable con cambios en el patrimonio neto.

De acuerdo con el análisis efectuado en el epígrafe 2.1, no será habitual que se produzca esta reclasificación, salvo que se ejerza la opción del valor razonable o en aquellos supuestos en que la empresa hubiese separado el derivado implícito cuyo contrato principal ahora deba reclasificarse a la cartera de «Activos financieros a valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias». Si este fuera el caso, parece claro que el valor en libros del derivado en ese momento debería darse de baja e incorporarse al valor en libros del activo financiero híbrido.

- 4.^a Los instrumentos de patrimonio incluidos en la cartera de activos financieros mantenidos para la venta se reclasificarán a la categoría de activos financieros a valor razonable con cambios en el patrimonio neto, salvo que la empresa decida su incorporación a la categoría de activos financieros a valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias, en cuyo caso la ganancia o pérdida acumulada se contabilizará en una cuenta de reservas.

En el siguiente diagrama se muestran las posibilidades que se han descrito (para una empresa cuyo ejercicio económico coincida con el año natural):



Retroactiva	Prospectiva
<ul style="list-style-type: none"> Se toma el modelo de negocio a 1 de enero de 2021 y se aplica retroactivamente (NRV 22.^a). El impacto se calculará desde el ejercicio más antiguo para el que se disponga de información. No es obligatorio presentar la información comparativa adaptada. 	<ul style="list-style-type: none"> Se toma el modelo de negocio a 1 de enero de 2021 y se aplica prospectivamente. Las reclasificaciones se tratan, con carácter general, de acuerdo con lo previsto en la NRV 9.^a. Los cambios derivados del cambio a la cartera de «Activos financieros a valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias» se imputan a reservas.

Adicionalmente, la DT 1.^a estipula que en la nota de la memoria sobre las «Bases de presentación de las cuentas anuales» correspondiente a las cuentas anuales del primer ejercicio iniciado a partir del 1 de enero de 2021, la empresa deberá incluir un adecuado desglose y explicación de los impactos de la reforma (siguiendo el esquema que se analiza en el siguiente ejemplo).

Ejemplo 1. Primera aplicación del real decreto para las carteras de activos financieros.

La sociedad Alfa (cuyo ejercicio económico coincide con el año natural) presenta a 31 de diciembre de 2020 los saldos que se muestran en la siguiente tabla, en la que también se detalla el modelo de negocio aplicado en esa fecha:

Carteras (31-12-2020)	VL	Modelo de negocio
1. Préstamos y partidas a cobrar. <ul style="list-style-type: none">• Créditos comerciales• Créditos no comerciales• Otros	1.000	La empresa suele mantener los créditos en balance hasta su vencimiento sin perjuicio de que también tiene contratada una línea de descuento en una entidad de crédito para cubrir necesidades puntuales de financiación.
2. Inversiones mantenidas hasta el vencimiento. <ul style="list-style-type: none">• Valores representativos de deuda	600	La empresa gestiona dos subcarteras. La primera con un valor en libros de 200 um que tiene intención de mantener hasta el vencimiento y una segunda (con un valor en libros de 400 um y un valor razonable de 500 um) que está disponible para la venta, pero que todavía se retiene porque aún no se ha concretado una determinada de inversión.
3. Mantenidos para negociar. <ul style="list-style-type: none">• Valores representativos de deuda.• Instrumentos de patrimonio.• Derivados.	150 550	Los valores clasificados en esta cartera son bonos soberanos de alta liquidez que la entidad gestiona de forma activa y recurrente en función de las expectativas de rentabilidad que ofrece el mercado. La inversión en derivados cubre riesgos en coberturas financieras que se ha decidido no tratar como coberturas contables.
4. Otros a VR PyG.		



Carteras (31-12-2020)	VL	Modelo de negocio
▶		
5. Grupo, multigrupo y asociadas.		La sociedad Alfa posee la totalidad de las acciones de la sociedad Beta desde su constitución.
• Grupo	3.000	
• Multigrupo		
• Asociadas		
6. Disponible para la venta.		La empresa tiene inversiones en bonos corporativos, que mantiene disponibles para la venta, con la finalidad de cubrir un determinado coeficiente de liquidez con un valor en libros de 100 um. El resto de la inversión se posee con la finalidad de mantenerla hasta el vencimiento, pero la empresa no la ha clasificado en dicha cartera para evitar la reclasificación de la ganancia o pérdida acumulada ante una posible necesidad de venta de un porcentaje de la inversión (esta subcartera tiene un valor en libros de 400 um y acumula una ganancia en el patrimonio neto de 50 um).
a) Valor razonable:		La inversión de 1.200 um en instrumentos de patrimonio se corresponde con un paquete de acciones cotizadas y participaciones en el fondo de inversión sobre los que no se aplica una gestión activa y recurrente.
• Valores representativos de deuda.	500	
• Instrumentos de patrimonio.	1.200	
b) Coste:		La sociedad también posee el 5% de las acciones de una sociedad no cotizada que tiene contabilizadas al coste (300 um).
• Instrumentos de patrimonio.	300	
TOTAL VL antes: 6.700	7.300	

La sociedad Alfa decide aplicar los nuevos criterios de clasificación y valoración aprobados por el real decreto de forma prospectiva siguiendo las reglas reguladas en el apartado 6 de la DT 2.^a.

A tal efecto, teniendo en cuenta su modelo de negocio en la fecha de primera aplicación, el resultado de la reclasificación a las nuevas categorías sería el siguiente:

Carteras (31-12-2020)	Primera aplicación
1. Préstamos y partidas a cobrar.	La cartera de clientes tiene los rasgos de un préstamo ordinario y se mantiene, con carácter general, para cobrar los flujos de efectivo contractuales. Por lo tanto, se reclasificará a la cartera de «Activos financieros a coste amortizado (AFCA)».



Carteras (31-12-2020)	Primera aplicación
▶	
2. Inversiones mantenidas hasta el vencimiento.	<p>La subcartera con un valor en libros de 200 um que la empresa tiene intención de mantener hasta el vencimiento, por las razones apuntadas en el epígrafe anterior, también se reclasificará a la cartera de «AFCA».</p> <p>La segunda (con un valor en libros de 400 um y un valor razonable de 500 um) tiene los rasgos de un préstamo ordinario, pero atendiendo al modelo de negocio con la que se gestiona debería reclasificarse a la categoría de «Activos financieros a valor razonable con cambios en el patrimonio neto (VRPN)». La reclasificación origina un impacto en el patrimonio neto de 100 um (ajuste por cambio de valor) que se mostrará en la subagrupación A-2 del patrimonio neto.</p>
3. Mantenidos para negociar.	<p>Las inversiones que se mantienen en esta categoría no cumplen los requisitos para clasificarse como a coste amortizado, valor razonable con cambios en el patrimonio neto ni coste. Adicionalmente, cumplen la definición de cartera de negociación. Por lo tanto, se reclasificarán a la categoría de «Activos financieros a valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias (VRPyG)».</p>
4. Otros a VRPyG.	
5. Grupo, multigrupo y asociadas.	<p>La inversión en Beta, en todo caso, se incluirá en la cartera de «Activos financieros al coste».</p>
6. Disponible para la venta.	<p>La subcartera de 100 um disponible para la venta se reclasificará a la categoría de «VRPN» porque los valores tienen las características de un préstamo ordinario.</p> <p>La que se posee con la finalidad de mantener hasta el vencimiento (que también tiene los rasgos de un acuerdo básico de préstamo) se reclasificará a la cartera de «AFCA». El cambio origina un ajuste de 50 um en el valor en libros de la inversión que se reduce hasta las 350 um.</p> <p>La inversión en acciones y fondos de inversión se reclasifica a la categoría de «VRPN», pero el valor en libros no se modifica. Los ajustes reconocidos directamente en el patrimonio neto también se mantienen porque el nuevo criterio de contabilización es el mismo que se venía aplicando. No obstante, para seguir</p>



Carteras (31-12-2020)	Primera aplicación
▶	
6. Disponible para la venta (<i>cont.</i>).	este tratamiento, la empresa debe hacer una designación expresa en la fecha de primera aplicación. En caso contrario, toda la cartera se clasificaría en la categoría de «VRPyG» y el ajuste acumulado en el patrimonio neto se debería imputar a reservas. La inversión en el 5 % de las acciones de una sociedad no cotizada se reclasifica a la cartera de «Activos financieros a coste» en la medida en que no se disponga de un valor razonable fiable.

A la vista de este análisis, la información a incluir en la nota «Bases de presentación de las cuentas anuales» de la memoria correspondiente a las cuentas anuales del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2021, sería la siguiente:

a) *Una conciliación en la fecha de primera aplicación entre cada clase de activos y pasivos financieros, con la siguiente información.*

El real decreto no especifica un determinado formato, pero consideramos que la citada información podría modelizarse como se muestra en la siguiente tabla:

Carteras Valor en libros	VL antes	Coste amortiz.	VRPN	VR PyG	Coste	VL después	Difer.
1. Préstamos y partidas a cobrar.							
• Créditos comerciales	1.000	1.000				1.000	
• Créditos no comerciales							
• Otros							
2. Inversiones mantenidas hasta el vencimiento.							
• Valores representativos de deuda	600	200	500			700	100
3. Mantenidos para negociar.							
• Valores representativos de deuda.							
• Instrumentos de patrimonio.	150			150		150	
• Derivados.	550			550		550	
4. Otros a VRPyG.							



Carteras Valor en libros	VL antes	Coste amortiz.	VRPN	VR PyG	Coste	VL después	Difer.
▶							
5. Grupo, multigrupo y asociadas.							
• Grupo	3.000				3.000	3.000	
• Multigrupo							
• Asociadas							
6. Disponible para la venta.							
a) Valor razonable:							
• Valores representativos de deuda.	500	350	100			450	-50
• Instrumentos de patrimonio.	1.200		1.200			1.200	
b) Coste:							
• Instrumentos de patrimonio.	300				300	300	
TOTAL VL antes	7.300	1.000	2.500	700	3.300	7.350	50

b) Información cualitativa que permita a los usuarios de las cuentas anuales comprender como la empresa ha aplicado los nuevos criterios de clasificación de los activos financieros.

En este punto se debería incluir un resumen del análisis efectuado que se ha incluido en la tabla Primera aplicación.

c) Una descripción de los criterios que ha seguido la empresa en aplicación de la DT 2.^a del real decreto y los principales impactos que tales decisiones hayan producido en su patrimonio neto.

La empresa debería advertir que ha optado por la aplicación del apartado 6 de la DT 2.^a y que los principales impactos que ha producido esa decisión en el patrimonio neto son los siguientes:

a) Valor en libros al cierre del ejercicio anterior (31-12-2020)	7.300
b) Ajustes positivos:	100
1. Reclasificación de valores representativos de deuda desde «Inversiones mantenidas hasta el vencimiento (IMVcto)» a VRPN	100
c) Ajustes negativos:	50
1. Reclasificación de valores representativos de deuda desde AFDV a «Activos financieros a coste amortizado»	50
Valor en libros en la fecha de primera aplicación (a + b - c)	7.350

El asiento en el libro diario el 1 de enero de 2021 sería el siguiente:

01-01-2021. Por la reclasificación desde IMVcto a VRPN:

Código	Cuenta	Debe	Haber
251	Valores representativos de deuda a largo plazo	100	
133	Ajustes por valoración en activos financieros a valor razonable con cambios en el patrimonio neto*		100

* Nótese que el artículo primero del real decreto ha introducido cambios en las denominaciones de algunas cuentas para alinear el registro con la terminología utilizada para identificar las nuevas categorías.

01-01-2021. Por la reclasificación desde AFDV a la cartera de «Activos financieros a coste amortizado»:

Código	Cuenta	Debe	Haber
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	50	
251	Valores representativos de deuda a largo plazo		50

Ninguno de estos dos apuntes tiene consecuencias en la imposición corriente (sí en la imposición diferida, circunstancia que requeriría el registro del correspondiente pasivo por impuesto diferido en el primer caso y la baja del que se hubiese reconocido en el segundo).

En este sentido, hay que recordar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17.1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, las variaciones de valor originadas por la aplicación del criterio del valor razonable solo tienen implicaciones fiscales cuando se presentan en la cuenta de pérdidas y ganancias (o en una cuenta de reservas si así lo establece una disposición legal o reglamentaria; este último inciso se incorporó en el art. 17.1 LIS para cubrir el tratamiento de los instrumentos de patrimonio en la cartera de VRPN sin posterior reclasificación de la renta a pérdidas y ganancias incorporado en la Circular 4/2017 del Banco de España, en línea con la NIIF-UE 9; como se ha visto anteriormente, el PGC exige en todo caso la reclasificación de la renta al resultado del ejercicio).

Sea como fuere, en el supuesto de que la transición implicase un cargo o abono a reservas por la reclasificación de algún instrumento a la cartera de «Activos financieros a valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias» o por la reclasificación de un ajuste de valor acumulado en el patrimonio neto por el mismo motivo, en principio, ese cargo o abono tendría efectos fiscales, sin perjuicio de las diferentes limitaciones a la deducibilidad de pérdidas previstas en la LIS relacionadas con la contabilización de instrumentos financieros. Sobre este particular, considérese lo indicado en el ejemplo de transición en el área de ingresos por operaciones con clientes.

3. La reforma en la contabilización de las ventas y la prestación de servicios

Los cambios introducidos en la NRV 14.^a del PGC también han sido la consecuencia del proyecto conjunto del IASB y el FASB para sistematizar y mejorar la contabilización de los ingresos ordinarios procedentes de las actividades con los clientes, sin perjuicio de que ambos organismos hayan introducido matizaciones a la hora de pronunciarse sobre cómo se deberían resolver determinadas cuestiones.

En paralelo al desarrollo de la normativa internacional, el marco de información financiero español también ha ido evolucionando desde la aprobación del PGC en el año 1990. A tal efecto, la aportación del ICAC en la resolución a numerosas consultas ha sido muy valiosa para identificar las implicaciones del principio de devengo en el reconocimiento de ingresos y gastos por operaciones de tráfico.

A modo de ejemplo, en el preámbulo del real decreto se menciona la obligación de la empresa de identificar los componentes de una transacción y asignar el correspondiente precio para reconocer el ingreso asociado a cada intercambio cuando el hecho económico ocurra (esto es, cuando se produzca la transferencia del control del producto al cliente).

Esta forma de operar, a la que se hacía incluso referencia en consultas publicadas en aplicación del PGC 1990, tiene su fundamento en el preceptivo análisis de fondo económico al que se refiere el artículo 34.2 del Código de Comercio y, más concretamente, en la previsión recogida en la NRV 14.^a 1 del PGC en vigor desde el año 2008, en el sentido de que componentes identificables de una misma transacción deban reconocerse aplicando criterios diversos, como una venta de bienes y los servicios anexos.

En este sentido, la interpretación del ICAC publicada en la consulta 1 del BOICAC n.º 61, de marzo de 2005 (NFC020672), ya concluía que cuando una empresa se compromete a desarrollar dos actividades (venta y servicio de mantenimiento), la imputación de los ingresos y de los gastos de cada compromiso asumido debe realizarse de conformidad con el principio de devengo, es decir, en el momento en que se produzca la corriente real de bienes y servicios que los mismos representan y con independencia del momento en que se produzca la corriente financiera. Y que la asignación del importe recibido a cambio se debía efectuar de forma proporcional a los valores de mercado de ambas actividades.

En desarrollo del PGC del año 2007, esta cuestión también se recogió en varias normas aprobadas por el ICAC como la Resolución de 1 de marzo de 2013, relativa al inmovilizado material y las inversiones inmobiliarias, al hilo del análisis que en su exposición de motivos se realiza sobre el tratamiento contable de la cesión de activos a los clientes, y la Resolu-

ción de 28 de mayo de 2013, acerca del inmovilizado intangible, en relación con el tratamiento contable de la explotación de obras audiovisuales.

La consulta 4 del BOICAC n.º 96, de diciembre de 2013 (NFC049793), sobre el tratamiento contable de los contratos de «servicios energéticos», la consulta 5 del BOICAC n.º 98, de junio de 2014 (NFC051265), sobre el adecuado tratamiento contable de un programa de fidelización de clientes mediante la entrega de vales regalo y puntos canjeables por descuentos en ventas futuras y la consulta 2 del BOICAC n.º 100, de diciembre de 2014 (NFC053271), sobre la cesión gratuita de instrumentos de análisis clínico a cambio de la compra de reactivos, apuntan en la misma dirección.

Sea como fuere, aprovechando el envite internacional, el Gobierno ha dado un paso decisivo en beneficio de la claridad y sistemática de la norma. La Resolución de 10 de febrero de 2021, del ICAC, por la que se dictan normas de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para el reconocimiento de ingresos por la entrega de bienes y la prestación de servicios, es sin duda el complemento necesario para que se pueda tener una percepción nítida de cómo se concretan los principios y criterios generales aprobados.

3.1. La sistematización de los criterios de reconocimiento y valoración

El principio general en la materia se enuncia en el apartado 1 de la NRV 14.^a, «Ingresos por ventas y prestación de servicio», del PGC como sigue:

Una empresa reconocerá los ingresos por el desarrollo de su actividad ordinaria cuando se produzca la transferencia del control de los bienes o servicios comprometidos con los clientes. En ese momento, la empresa valorará el ingreso por el importe que refleje la contraprestación a la que espere tener derecho a cambio de dichos bienes o servicios.

Este párrafo sintetiza las dos preguntas que suele formularse una empresa a la hora de contabilizar el ingreso derivado de una entrega de bienes o la prestación de un servicio; a saber, ¿cuándo se contabiliza el ingreso? y ¿por qué importe se valora?

Para dar una adecuada respuesta a esas cuestiones, la nueva redacción de la NRV 14.^a apunta, en un enfoque analítico, a la necesidad de recorrer cinco etapas sucesivas: a) Identificar el contrato (o contratos) con el cliente, en tanto que fuente de derechos y obligaciones; b) Identificar los compromisos de transferir bienes o prestar servicios que asume la empresa (obligaciones a cumplir; por ejemplo, la venta de bienes y la obligación de proporcionar servicios de mantenimiento durante la vida útil del activo); c) Determinar el pre-

cio de la transacción; d) Asignar el precio de la transacción a las diferentes obligaciones a cumplir; y, por último, e) Reconocer el ingreso por actividades ordinarias cuando (a medida que) el cliente obtiene el control de ese bien o servicio (y, en consecuencia, se cumple con la obligación asumida).

El apartado 1 de la NRV 14.^a concluye con una referencia a la prohibición de que se reconozcan ingresos: «... en las permutas de elementos homogéneos como las permutas de productos terminados, o mercaderías intercambiables entre dos empresas con el objetivo de ser más eficaces en su labor comercial de entregar el producto a sus respectivos clientes», en lo que más bien parece una concreción de la misma regla que se enunciaba en ese apartado hasta la fecha con otra redacción, consistente también en negar la posibilidad de que se contabilizasen ingresos: «... por la permuta de bienes o servicios, por operaciones de tráfico, de similar naturaleza y valor».

La nueva redacción del apartado 2 de la NRV 14.^a incluye los elementos normativos que permiten dar una adecuada respuesta a la primera de las preguntas que nos hemos formulado. La empresa reconocerá los ingresos derivados de un contrato cuando (o a medida que) se produzca la transferencia al cliente del control sobre los bienes o servicios comprometidos.

A tal efecto, como sucedía en el marco sustituido, se plantea la disyuntiva entre dos posibilidades: el compromiso asumido se cumplirá a lo largo del tiempo o en un momento determinado.

Los ingresos derivados de los compromisos (la norma aclara que, con carácter general, se refiere en este punto a las prestaciones de servicios) que se ejecutan a lo largo del tiempo se reconocerán en función del grado de avance o progreso de la actividad ejecutada. Esto es, de manera equivalente al método del porcentaje de realización del resultado por todos conocido y que se ha venido aplicando para reconocer ingresos por prestación de servicios de larga duración, al menos, desde el año 1993 (adaptación sectorial del PGC a las empresas constructoras, aprobada por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 27 de enero de 1993).

En definitiva, el esquema que se infiere de estos requerimientos debe llevar a la empresa a plantearse una nueva pregunta, ¿el cumplimiento de la obligación se produce a lo largo del tiempo? Si la respuesta es positiva, se aplicará el método del porcentaje de realización y si es negativa se seguirán los criterios que hasta el momento se venían aplicando a las entregas de bienes.

En la siguiente tabla se muestra una comparativa entre la redacción original de la NRV 14.^a y el nuevo texto, asumiendo que, con carácter general, las reglas a seguir en la prestación de servicios y la entrega de bienes serán las ahora previstas para el cumplimiento en el tiempo y en un momento determinado, respectivamente:

PGC 2008	PGC 2021
Ingresos por prestación de servicios	Cumplimiento a lo largo del tiempo
<p>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. En consecuencia, se deberán cumplir todas y cada una de las siguientes condiciones:</p> <p>1.^a El importe de los ingresos y de los costes ya incurridos o los que quedan por incurrir pueden valorarse con fiabilidad.</p> <p>2.^a El grado de realización de la transacción, en la fecha de cierre del ejercicio, puede ser valorado con fiabilidad.</p> <p>3.^a Es probable que la empresa reciba los beneficios o rendimientos económicos derivados de la transacción.</p>	<p>1.º El cliente recibe y consume de forma simultánea los beneficios derivados de la actividad de la empresa como sucede en algunos servicios recurrentes (seguridad o limpieza).</p> <p>2.º La empresa produce o mejora un activo (tangible o intangible) que el cliente controla a medida que se desarrolla la actividad (por ejemplo, un servicio de construcción efectuado sobre un terreno del cliente).</p> <p>3.º La empresa elabora un activo específico para el cliente (con carácter general, un servicio o una instalación técnica compleja o un bien particular con especificaciones singulares) sin un uso alternativo y la empresa tiene un derecho exigible al cobro por la actividad que se haya completado hasta la fecha (por ejemplo, servicios de consultoría que den lugar a una opinión profesional para el cliente).</p>
Ingresos por ventas	Cumplimiento en un momento determinado
<p>Solo se contabilizarán los ingresos cuando se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones:</p> <p>1.^a La empresa ha transferido al comprador los riesgos y beneficios significativos inherentes a la propiedad de los bienes, con independencia de su transmisión jurídica.</p> <p>2.^a La empresa no mantiene la gestión corriente de los bienes vendidos en un grado asociado normalmente con su propiedad, ni retiene el control efectivo de los mismos.</p> <p>3.^a El importe de los ingresos y de los costes incurridos o a incurrir en la transacción pueden valorarse con fiabilidad.</p> <p>4.^a Es probable que la empresa reciba los beneficios o rendimientos económicos derivados de la transacción.</p>	<p>1.º El cliente asume los riesgos y beneficios significativos inherentes a la propiedad del activo.</p> <p>2.º La empresa ha transferido la posesión física del activo.</p> <p>3.º El cliente ha recibido (aceptado) el activo a conformidad de acuerdo con las especificaciones contractuales.</p> <p>4.º La empresa tiene un derecho de cobro por transferir el activo.</p> <p>5.º El cliente tiene la propiedad del activo.</p>

Los nuevos criterios, a su vez, se acompañan de una serie de aclaraciones:

- 1.^a La posesión física puede no coincidir con el control de un activo. Así, por ejemplo, en algunos acuerdos de recompra y en algunos acuerdos de depósito, un

cliente o consignatario puede tener la posesión física de un activo que controla la empresa cedente de dicho activo y, por tanto, el mismo no puede considerarse transferido. Por el contrario, en acuerdos de entrega posterior a la facturación, la empresa puede tener la posesión física de un activo que controla el cliente. En este mismo sentido, considérense la interpretación publicada por el ICAC en la consulta 1 del BOICAC n.º 101, de marzo de 2015 (NFC054141), sobre el tratamiento contable de la venta de una mercancía con entrega posterior, y en la consulta 6 del BOICAC n.º 106, de junio de 2016 (NFC059920), sobre los acuerdos de recompra.

- 2.^a Si una empresa puede determinar de forma objetiva que se ha transferido el control del bien o servicio al cliente de acuerdo con las especificaciones acordadas, la aceptación de este último es una formalidad que no afectaría a la determinación sobre la transferencia del control. Por ejemplo, si la cláusula de aceptación se basa en el cumplimiento de características de tamaño o peso especificadas, la empresa podría determinar si esos criterios se han cumplido antes de recibir confirmación de la aceptación del cliente.

Además, se aclara que cuando se entregan productos (bienes o servicios) a un cliente en régimen de prueba o evaluación y este no se ha comprometido a pagar la contraprestación hasta que venza el periodo de prueba, el control del producto no se ha transferido al cliente hasta que este lo acepte o venza el citado plazo sin haber comunicado su disconformidad.

- 3.^a Si la empresa conserva el derecho de propiedad solo como protección contra el incumplimiento del cliente, esta circunstancia no impediría al cliente obtener el control del activo. En estos mismos términos se pronunció el ICAC en la consulta 1 publicada en el BOICAC n.º 39, de septiembre de 1999 (NFC010005).

Adicionalmente, en el apartado 2 se aprecia otra aclaración de un criterio que ya se enunciaba en el último párrafo de la NRV 14.^a 3, en el sentido de que: «Cuando el resultado de una transacción que implique la prestación de servicios no pueda ser estimado de forma fiable, se reconocerán ingresos, solo en la cuantía en que los gastos reconocidos se consideren recuperables».

Ahora, la norma lo expresa en unos términos similares y advirtiendo con claridad que en tales supuestos no estamos ante el reconocimiento de existencias por el coste acumulado, sino ante un derecho a la contraprestación que determina el reconocimiento de un activo cuyo tratamiento contable se asimila al previsto para los créditos ordinarios (en términos similares al derecho a la contraprestación por la obra ejecutada pendiente de certificación previsto en la adaptación de empresas constructoras).

En concreto, la norma se expresa como sigue:

Cuando, a una fecha determinada, la empresa no sea capaz de medir razonablemente el grado de cumplimiento de la obligación (por ejemplo, en las primeras etapas de un contrato), aunque espere recuperar los costes incurridos para satisfacer dicho compromiso, solo se reconocerán ingresos y la correspondiente contraprestación en un importe equivalente a los costes incurridos hasta esa fecha.

Tras un análisis comparativo con la norma aprobada en el año 2008 no parece que debieran alterarse los criterios que se venían aplicando porque en lo que atañe a la prestación de servicios las nuevas especificaciones más bien parecen los indicadores que permiten identificar la prestación de un servicio en términos económicos; esto es, el servicio como hecho económico que permite identificar la creación de valor añadido en la empresa en forma de contraprestación recibida o pendiente de recibir, o a título de derecho a la contraprestación.

En lo que respecta a la entrega de bienes, se aprecia la eliminación del inciso que se refería a su «control efectivo» como un elemento determinante del reconocimiento del ingreso. La empresa no debe reconocer un ingreso si retiene el control efectivo de los bienes. La nueva NRV 14.^a eleva de categoría el concepto (de control) y lo sitúa en el centro del análisis. No obstante, cabe recordar que la interpretación publicada por el ICAC en la consulta 1 del BOICAC n.º 99, de septiembre de 2014 (NFC052097), sobre el tratamiento contable de la adquisición de un inmueble sometido a condición, ya apuntaba en esa dirección.

En concreto, en su respuesta, el ICAC sostiene que la calificación de un elemento como un activo se fundamenta en dos requisitos constitutivos: a) La idea de control, inherente al uso o aprovechamiento del elemento a lo largo de su vida económica, así como a la facultad de disposición; y b) La idea de recuperación, consustancial con la nota de proyección económica futura. Para continuar afirmando que:

Ambas características integran el núcleo de los riesgos y ventajas del elemento patrimonial. Con carácter general, cuando la empresa se desprende o se ve privada de alguno de los citados atributos es cuando puede concluirse que procede la baja o la corrección de valor del activo. En contraposición, no procede el registro de un activo si no se cumplen ambos requisitos.

Una vez que se ha dado una respuesta a la primera cuestión quedaría por atender la segunda, ¿por qué importe debe reconocerse el ingreso?

Para ello, en el apartado 3 de la NRV 14.^a se recoge el principio general de valoración que se ha venido aplicando desde la aprobación de la NRV 14.^a del PGC del año 2008. Esto es, valorar el ingreso por el importe monetario obtenido o, en su caso, por el valor razonable de la contrapartida recibida o que se espera recibir. Además, se mantiene la opción de contabilizar el ingreso por el valor nominal del crédito otorgado al cliente, si el vencimiento no es superior a un año, no existe un tipo de interés contractual y el efecto de no actualizar los flujos no resulta significativo.

Como novedad, pero también relativa, cabe mencionar la referencia que se efectúa al requisito a cumplir para incluir en la valoración del ingreso la contraprestación variable que, en su caso, se hubiese pactado. La norma aclara que solo se incluirá la mejor estimación de tal concepto si es altamente probable que se vaya a recibir.

Es evidente que esta regla enlaza con uno de los requisitos previstos hasta la fecha para reconocer un ingreso por la entrega de bienes o la prestación de servicios, tal y como se ha mostrado en la tabla comparativa; a saber: «Es probable que la empresa reciba los beneficios o rendimientos económicos derivados de la transacción».

La sustitución del inciso «probable» por «altamente probable» no debe interpretarse como la exigencia de un mayor grado de probabilidad, próxima a lo prácticamente cierto o seguro que se reclama para el reconocimiento de activos contingentes en el área de provisiones y contingencias. El cambio obedece a que el FASB y el IASB venían atribuyendo un significado diferente al término «probable», circunstancia que ha llevado a que en el seno del proyecto de convergencia entre FASB e IASB, ambos organismos decidiesen homogeneizar los términos utilizados para expresar la misma idea (que se deberían haber considerado hasta la fecha, al menos en lo que atañe a la interpretación de la norma interna, al amparo del principio de prudencia).

Por otro lado, opinamos que la sustitución de la referencia general a la probabilidad en la obtención de ganancias, por la más concreta ceñida a la incorporación de la contraprestación variable en la valoración del ingreso, no es óbice para seguir considerando en vigor algunas de las derivadas que se inferían del citado requisito. Por ejemplo, la de entender que las ventas en moneda extranjera a un cliente radicado en un país con un estricto régimen de control cambiario no deberían reconocerse hasta que no se apruebe la salida de divisas por la autoridad administrativa competente del país que recibe los productos.

Donde sí se aprecia un desarrollo novedoso es en el tratamiento de los ingresos por cesión de licencias, en los que el precio se fija total o parcialmente como una participación en las ventas (como es habitual) o en el uso de los activos cedidos. La NRV 14.^a 3 expresa que en tal caso:

[...] el ingreso solo se reconocerá cuando (o a medida que) ocurra el que sea posterior de los siguientes sucesos: a) Tenga lugar la venta o el uso posterior; o b) La obligación que asume la empresa en virtud del contrato y a la que se ha asignado parte o toda la contraprestación variable ha sido satisfecha (o parcialmente satisfecha).

No cabe duda de que este párrafo requiere una breve explicación porque, *a priori*, la pregunta acerca de cuándo se debería reconocer un *royalty* sobre ventas llevaría a señalar, en todo caso, la fecha de generación del correspondiente ingreso por el licenciataria en tanto que base acordada para aplicar el canon.

Para comprender el alcance de la norma es necesario a su vez traer a colación la RICAC de ingresos de 10 de febrero de 2021, en cuyo artículo 29.5 se diferencia entre licencias que otorgan al cliente un derecho de acceso a la propiedad intelectual, tal como evolucione a lo largo del periodo de cesión, y licencias que confieren un derecho de uso a la propiedad intelectual en los exclusivos términos en que se encuentre en la fecha del contrato.

Es fácil, con estas concreciones, identificar desde una perspectiva económica en la primera tipología contractual una prestación de servicios cuyos ingresos deben reconocerse a lo largo del tiempo (por ejemplo, la cesión del derecho de uso del logotipo de una marca que requiere una inversión considerable en publicidad en apoyo del intangible) y en la segunda una entrega de bienes (por ejemplo, la concesión del derecho a exhibir una película a un operador de salas que solo requiere una inversión puntual en publicidad por parte del distribuidor para su promoción durante unos días).

De pactarse una retribución variable en función de los ingresos obtenidos por el licenciario, el tratamiento sería el siguiente:

- a) Derecho de acceso: la contraprestación fija que se pudiera haber acordado se reconocerá a lo largo del tiempo (porcentaje de realización) y la variable solo cuando se produzcan las ventas del cliente. No se incluye, por lo tanto, como parte del presupuesto a reconocer como ingresos en función del grado de avance del servicio.
- b) Derecho de uso: la contraprestación fija se reconocería en el momento inicial, puesta a disposición de la licencia al cliente, y la variable cuando el cliente haya vendido sus productos.

A la vista de estos antecedentes, en el PGC se aclara que, si la venta del cliente se produce antes de que la empresa haya cumplido con la obligación de ceder la propiedad intelectual, el reconocimiento del *royalty* debe postergarse hasta este segundo momento. La duda que pudiera suscitar este esquema sería la siguiente: ¿en qué casos el cliente puede vender sus productos sin que la titular del intangible haya cumplido con su obligación? Sin duda, no serán muy numerosos por lo que cuando el PGC alude a la venta en relación con este criterio, cabría entender que también se está refiriendo a los anticipos recibidos por el cliente.

3.2. La primera aplicación de la reforma en el área de reconocimiento de ingresos

La disposición transitoria quinta (DT 5.^a) se ocupa de los criterios de primera aplicación de las modificaciones del PGC en materia de reconocimiento de ingresos por ventas y prestación de servicios. Las reglas aprobadas siguen un esquema similar al ya visto en el área de instrumentos financieros y que se pueden resumir como sigue:

- 1.^a Los nuevos criterios se aplicarán de forma retroactiva de conformidad con lo previsto en la NRV 22.^a del PGC, pero sin la obligación de presentar información comparativa. La fecha de la primera aplicación será el comienzo del primer ejercicio que se inicie a partir del 1 de enero de 2021 (para aquellas empresas cuyo ejercicio económico coincida con el año natural, esa fecha será el 1 de enero de 2021).
- 2.^a La DT 5.^a contempla una serie de simplificaciones, en línea con la NIIF-UE 15, para aplicar los nuevos criterios de forma retroactiva, tanto si se opta por presentar información comparativa como si se decide no hacerlo. Estas facilidades versan sobre cómo tratar las modificaciones que se hubiesen producido en los contratos antes del inicio del ejercicio anterior y qué criterio aplicar a los contratos ya finalizados en la fecha de primera aplicación y a la contraprestación variable.
- 3.^a Sin perjuicio de lo anterior, como solución práctica alternativa, la DT 5.^a prevé que la empresa pueda optar por seguir los criterios en vigor hasta el 31 de diciembre de 2020 en los contratos que no estén terminados en la fecha de primera aplicación (esto es, el 1 de enero de 2021 para una empresa cuyo ejercicio económico coincida con el año natural).
- 4.^a Adicionalmente, de acuerdo con lo previsto en la DT 1.^a 3.3, en las primeras cuentas anuales que se formulen, la empresa deberá incorporar en la nota de «Bases de presentación de las cuentas anuales» la siguiente información: a) El importe por el que cada partida de los estados financieros se ve afectada por la primera aplicación de los nuevos criterios; y b) Una explicación de las razones de los cambios significativos que se hayan identificado.

El siguiente ejemplo ilustra las reglas contenidas en la DT 5.^a del real decreto.

Ejemplo 2. Primera aplicación del real decreto en el área de reconocimiento de ingresos.

La sociedad Beta entrega, sin contraprestación, pequeños dispositivos electrónicos a sus clientes para que consuman un determinado servicio. Con los importes cobrados en la facturación del servicio la sociedad recupera el coste de los productos entregados más un margen adecuado.

El ejercicio económico de Beta coincide con el año natural. A 31 de diciembre de 2020 los saldos de la cuenta de pérdidas y ganancias relacionados con los contratos que mantiene con sus clientes y la previsión de ingresos y gastos para los próximos dos años (periodo de vinculación que deben respetar los clientes para no tener que compensar a la empresa por el uso de los equipos y mantenerlos en su propiedad al término de ese plazo) son los que se muestran en la siguiente tabla.

PGC 2008	31-12-2020	31-12-2021	31-12-2022	Total
Ingresos por servicios	1.400	1.400	1.400	4.200
Coste servicios	-1.225	-1.000	-1.000	-3.225
Coste activo entregado	-150			-150
Resultado ejercicio	25	400	400	825

La información relevante que se ha tenido en cuenta para llegar a estos importes es la siguiente:

- 1.^a Los ingresos del ejercicio 2020 reflejan la facturación por prestación de servicios a los clientes, que se prevé constante en los dos próximos ejercicios.
- 2.^a Los costes de la sociedad por prestación de servicios incluyen en el ejercicio 2020 el desembolso abonado a los agentes comerciales por la captación de clientes durante ese periodo (225 um).
- 3.^a Todos los flujos se cobran o pagan en efectivo.

La aplicación retroactiva de los nuevos criterios arroja las siguientes magnitudes:

PGE 2021 (retroactiva)	31-12-2020	31-12-2021	31-12-2022	Total
Ingresos por servicios	1.340	1.340	1.340	4.020
Ingresos por ventas	180			180
Coste servicios	-1.075	-1.075	-1.075	-3.225
Coste activo entregado	-150			-150
Resultado ejercicio	295	265	265	825

Para llegar a estas cifras, la empresa ha considerado las siguientes hipótesis y razonamientos:

- 1.^o La identificación de los componentes del contrato ha llevado a identificar dos objetos contractuales distintos: la prestación de un servicio y la entrega de un bien. El precio de mercado que se asigna a los equipos entregados en el año 2020 asciende a 180 um. Este importe se minorra, en partes iguales, de la cifra de ingresos por prestación de servicios que estaba previsto obtener en los tres periodos.

El uso de ese plazo obedece a que la experiencia de la empresa pone de manifiesto que al finalizar el periodo de vinculación la rotación de clientes aumenta de manera significativa.

- 2.^o Adicionalmente, se concluye que el desembolso incurrido por el pago de comisiones a los agentes de la red comercial se debería periodificar en tres años por tratarse de un coste incremental relacionado con la generación de ingresos futuros (coste de adquisición de los contratos).

A la vista de lo anterior, la primera aplicación de los nuevos criterios originaría el siguiente apunte contable al inicio del ejercicio 2021:

01-01-2021. Por el reconocimiento del impacto de la primera aplicación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
430	Clientes	120	
480	Gastos anticipados	150	
1130	Reservas, primera aplicación PGC 2021		270

Adicionalmente, en el supuesto de que la sociedad optase por expresar de nuevo la información comparativa del ejercicio 2020, debería ajustar las siguientes magnitudes:

- Reducción ingreso por prestación de servicios: -60.
- Ingreso por ventas: +180.
- Eliminación del gasto por las comisiones de ventas: +150.
- En el balance de cierre del ejercicio 2020 se incluirá el derecho de cobro por 120 um y el ajuste de periodificación por importe de 150 um.

En nuestra opinión, si la empresa optase por seguir aplicando a los contratos en curso los criterios que se venían aplicando hasta la fecha, la solución no variaría porque el tratamiento que se ha propuesto ya había sido asumido por el ICAC en sendas resoluciones (en este sentido, además de las referencias ya apuntadas en el apartado 3 anterior, considérese el criterio establecido para las comisiones por ventas en la Norma Séptima de la Resolución de 14 de abril de 2015, sobre los criterios para determinar el coste de producción), así como en algunas consultas publicadas.

Esta afirmación, a su vez, obliga a plantearse cuál debería ser la repercusión en el impuesto sobre sociedades del ejercicio 2021 del impacto del abono en las reservas. Sobre este particular, es oportuno recordar que, si bien a efectos contables el tratamiento contable de la subsanación de un error coincide con el registro establecido para el cambio de criterio contable, desde un punto de vista fiscal en el artículo 11.3 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, se diferencia entre ambos supuestos:

3. 1.º No serán fiscalmente deducibles los gastos que no se hayan imputado contablemente en la cuenta de pérdidas y ganancias o en una cuenta de reservas si así lo establece una norma legal o reglamentaria, a excepción de lo previsto en esta Ley respecto de los elementos patrimoniales que puedan amortizarse libremente o de forma acelerada.

Los ingresos y los gastos imputados contablemente en la cuenta de pérdidas y ganancias o en una cuenta de reservas en un periodo impositivo distinto de aquel en el que proceda su imputación temporal, según lo previsto en los apartados anteriores, se imputarán en el periodo impositivo que corresponda de acuerdo con lo establecido en dichos apartados [...]

2.º Los cargos o abonos a partidas de reservas, registrados como consecuencia de cambios de criterios contables, se integrarán en la base imponible del periodo impositivo en que los mismos se realicen.

No obstante, no se integrarán en la base imponible los referidos cargos y abonos a reservas que estén relacionados con ingresos o gastos, respectivamente, devengados y contabilizados de acuerdo con los criterios contables existentes en los periodos impositivos anteriores, siempre que se hubiesen integrado en la base imponible de dichos periodos. Tampoco se integrarán en la base imponible esos gastos e ingresos contabilizados de nuevo con ocasión de su devengo, de acuerdo con el cambio de criterio contable.

De acuerdo con lo anterior, en el supuesto de que los hechos descritos se calificasen como un error contable, cabría concluir que la empresa omitió el reconocimiento de un ingreso de 120 um y reconoció gastos por anticipado en un importe de 150 um. En consecuencia, en principio, la subsanación del error traería consigo la obligación de rectificar la liquidación efectuada en el ejercicio anterior incrementando el resultado contable en 270 um.

La base imponible solo aumentaría en 150 um en la medida en que pudiera considerarse aplicable la previsión recogida en el artículo 11.4 de la LIS para las operaciones a plazo, en cuya virtud: «En el caso de operaciones a plazos o con precio aplazado, las rentas se entenderán obtenidas proporcionalmente a medida que sean exigibles los correspondientes cobros, excepto que la entidad decida aplicar el criterio del devengo».

Por el contrario, si los hechos analizados se tratasen a efectos fiscales como un cambio de criterio, la base imponible del ejercicio 2021 se debería ajustar como sigue:

- El abono de 150 um en reservas por causa del reconocimiento de los gastos periodificados a imputar en los ejercicios 2021 y 2022 no tributaría, pero su posterior registro en la cuenta de pérdidas y ganancias tampoco sería deducible.
- En relación con el abono de 120 um por el ingreso no reconocido, en principio, debería incluirse en la base imponible salvo que pudiese considerarse aplicable lo previsto en el artículo 11.4 de la LIS.

4. Otros cambios

La reforma contable aprobada por el Real Decreto 1/2021, de 12 de enero, se completa con otros cambios de menor calado. El artículo primero del real decreto introduce varias modificaciones en el PGC. En primer lugar, se revisa el apartado 2 del Marco Conceptual de la Contabilidad relativo a la definición del valor razonable, en línea con la NIIF-UE 13, «Valoración del valor razonable». Con ello se introduce una ordenación del valor razonable en una escala de mayor a menor fiabilidad en función de la fuente de información utilizada para obtener dicho importe. La empresa deberá informar en la memoria sobre la clasificación de sus valoraciones en esos tres niveles, así como del cambio que se haya producido entre dichas categorías.

Asimismo, siguiendo la NIC-UE 2, «Existencias», se ha introducido el criterio del valor razonable menos los costes de venta en la NRV 10.^a, «Existencias», para los intermediarios que

comercializan con materias primas cotizadas. Esto es, respecto a las materias primas cotizadas cuando estos activos se adquieren con el propósito de venderlos en un futuro próximo y generar con ello ganancias por la intermediación o por las fluctuaciones de precio, es decir, cuando se tienen existencias de *commodities* destinadas a una actividad de *trading*.

El objetivo que se persigue es evitar que se puedan producir «asimetrías contables» como la que surgiría si la empresa posee existencias físicas y hubiese contratado un derivado financiero que originase el reconocimiento de una pérdida en caso de incremento del valor razonable de las existencias. Con el nuevo criterio, el ajuste a valor razonable de las existencias compensará la pérdida incurrida en el derivado.

Del mismo modo, la posibilidad de valorar los anticipos y compromisos de compra o venta de activos no monetarios a valor razonable incluida en la NRV 9.^a 5.3 guarda conexión con el citado cambio. Pero en relación con estos últimos, es oportuno recordar que el ejercicio de la opción del valor razonable solo será posible si el contrato se puede liquidar por diferencias, se designa al inicio y siempre y cuando con ella se elimine o reduzca de forma significativa una «asimetría contable» que surgiría en otro caso por no reconocer ese contrato a valor razonable.

El cambio que se opera en la NRV 11.^a, «Moneda extranjera», es exclusivamente terminológico, derivado de la sustitución de la cartera de «Activos financieros disponibles para la venta» por la cartera de «Activos financieros a valor razonable con cambios en el patrimonio neto».

Y por la misma razón, se han revisado algunas normas para la elaboración de las cuentas anuales (NECA), y los modelos de balance, estado total de ingresos y gastos reconocidos y cuenta de pérdidas y ganancias; en este último caso con el objetivo de mostrar un mayor desglose en la partida 14, «Variación de valor razonable en instrumentos financieros», diferenciando entre los instrumentos incluidos en la cartera de negociación, los designados en el ejercicio de la opción del valor razonable y los restantes instrumentos financieros que deban valorarse a valor razonable.

Por último, el artículo primero también introduce dos aclaraciones en la NECA 6.^a 9 y en la NRV 9.^a 2.6 ya recogidas en los artículos 8.2 y 31.3 de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019 relativas al tratamiento contable de los aumentos de capital y el reparto de dividendos en el socio, respectivamente, que, con carácter general, tampoco suponen un cambio de criterio.

5. Las modificaciones en el PGC de Pymes, las NOFCAC y las Normas de adaptación del PGC a las entidades sin fines lucrativos

El artículo segundo modifica el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas (PGC de Pymes) con la finalidad de mantener una sistemática entre PGC y PGC de Pymes en aspectos que parecen considerarse de índole general. Es el caso de la defi-

nición de valor razonable del Marco Conceptual de la Contabilidad, para alinearla a la introducida en el PGC, y las dos aclaraciones a las que se ha hecho referencia en el último párrafo del apartado anterior (aumentos de capital y reparto de dividendos). Además, en la NECA 8.^a 2 se introduce una mejora técnica relacionada con la reforma que introdujo el Real Decreto 602/2016, de 2 de diciembre.

El artículo tercero incorpora cambios en las Normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas, en línea con las modificaciones incluidas en las cuentas individuales; básicamente, para revisar los modelos de estados principales a raíz de la eliminación de la cartera de «Activos financieros disponibles para la venta» y con el objetivo de introducir los mismos requerimientos de información que se han establecido a nivel individual en relación con el tratamiento contable de los instrumentos financieros y el reconocimiento de ingresos por ventas de bienes y prestación de servicios.

Finalmente, el artículo cuarto modifica el Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y el modelo de plan de actuación de las entidades sin fines lucrativos, con el exclusivo propósito de adaptar los modelos de cuentas anuales a los cambios introducidos en las NRV del PGC.

6. Conclusiones

La reforma contable del PGC y sus disposiciones complementarias siguen la estrategia iniciada en el año 2007 tras la aprobación de 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.

El Gobierno modificó el PGC en el año 2010 para revisar el tratamiento contable de las operaciones de adquisición de un negocio, en línea con los cambios aprobados por el IASB para la NIIF-UE 3. El impulso de la posterior reforma del año 2016 se produjo a raíz de la modificación operada en la directiva contable y se centró en la simplificación de las obligaciones de las pequeñas y medianas empresas, además de reintroducir la amortización del fondo de comercio.

En esta ocasión, sin perjuicio de que la enmienda de la NIIF-UE 9 y la NIIF-UE 15 han venido acompañadas de un largo debate internacional, el Gobierno ha efectuado una revisión ponderada, una vez puestos en relación el beneficio que supone la adaptación a los criterios internacionales y los costes que conlleva el detalle en el tratamiento contable de los hechos económicos.

La consecuencia es que, en lo sustancial, no se aprecian grandes alteraciones en los criterios de clasificación y valoración de activos financieros, ni, en general, en el conjunto de la NRV 9.^a a excepción de las introducidas en las operaciones de cobertura.

La revisión de las memorias de las cuentas consolidadas de los grupos cotizados no financieros del ejercicio 2018 arroja la evidencia de que los impactos de la NIIF-UE 9 fueron escasos, sin perjuicio de que muchas compañías optaron por seguir a partir de ese momento los nuevos requerimientos en materia de operaciones de cobertura, previsiblemente por la mayor flexibilidad que conllevan.

Esta conclusión también podría extenderse al examen de cómo ha afectado la NIIF-UE 15 a los grupos españoles. Los cambios declarados han sido escasos sin perjuicio de que en algunos de ellos el detenido estudio de los componentes de un contrato haya llevado a identificar la necesidad de reconocer ingresos por anticipado, en comparación con el criterio que se venía aplicando.

No obstante, la redacción de la NRV 14.^a del PGC y, fundamentalmente, la Resolución de desarrollo publicada recientemente, es una excelente ocasión para que todas las empresas efectúen una revisión crítica de las políticas contables que venían siguiendo. Además, es evidente que para facilitar el registro contable la empresa debería abordar un ajuste entre su base contractual y el fondo económico de los acuerdos, porque operar de otro modo puede implicar un seguimiento complejo de las operaciones.

Para concluir es necesario señalar que, sin perjuicio de la demora acumulada en la incorporación de los cambios en el PGC, en comparación con la fecha en que el ICAC finalizó su trabajo y fueron anunciados (octubre de 2018), el hecho de que finalmente se disponga de un texto en línea con las normas internacionales de referencia en esas materias es una buena noticia para los usuarios de la información financiera y, también es oportuno decirlo, para el propio ICAC que recoge de esta forma el fruto de la difícil tarea de tener que conciliar las exigencias de información de las diferentes entidades obligadas a seguir el PGC que, cabe recordar, no son solo las sociedades cotizadas, ni las grandes empresas.

Referencias bibliográficas

Morales Díaz, José y Zamora Ramírez, Constanancio. (2019). *Contabilidad de Derivados y Coberturas bajo NIIF*. Memento Experto. Francis Lefebvre.

Saurina Salas, Jesús y Trucharte Artigas, Carlos. (2017). *Las provisiones contracíclicas del Banco de España, 2000-2016*. Banco de España.



Novedades del nuevo Reglamento de auditoría de cuentas: mayor seguridad para afianzar la calidad de las auditorías

Enrique Rubio Herrera

Interventor y auditor del Estado

Auditor inscrito en el ROAC

Presidente de ICAC (hasta febrero de 2020)

enruhe@gmail.com

Extracto

El pasado 30 de enero se ha publicado en el Boletín Oficial de Estado (núm. 26) el Real Decreto 2/2021, de 12 de enero, por el que se aprueba el nuevo Reglamento de auditoría, que viene a desarrollar la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas. Con ello y con algún matiz, se completa la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas, dotando dicho marco de mayor seguridad jurídica, en aras de afianzar la calidad de las auditorías para servir a la función de interés público que desempeña.

En este artículo se expondrán los distintos aspectos que se modifican, y que van desde el acceso al ejercicio de la actividad hasta su régimen de supervisión, pasando por los diferentes aspectos relacionados con el propio desempeño de la auditoría. No puede dejar de resaltarse que la mayor importancia de la nueva regulación se produce respecto al régimen del deber de independencia (en aspectos como los conflictos de intereses, causas de incompatibilidad, normas de limitaciones de honorarios, procedimientos para su identificación, todo en aras de preservar la independencia); a la organización interna y del trabajo (incluyendo los deberes de conservación y documentación); a las consideraciones específicas incorporadas por razón de tamaño; al informe de auditoría; y a las auditorías de estados consolidados, entre otros.

Palabras clave: auditoría; Reglamento de auditoría de cuentas; Ley de auditoría de cuentas; independencia; ICAC.

Cómo citar: Rubio Herrera, E. (2021). Novedades del nuevo Reglamento de auditoría de cuentas: mayor seguridad para afianzar la calidad de las auditorías. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 456, 253-274.





New implementation regulation of audit act

Enrique Rubio Herrera

Abstract

On January 12, 2021, the Council of Ministers approved Royal Decree 2/2021, which approves the new Regulation that develops the Law 22/2015, of July 20, on auditing, published in the Official Gazette of State num. 26). With this in general terms, the regulations governing the activity of auditing accounts are completed, providing said framework with greater legal certainty, in order to strengthen the quality of the audits to serve the function of public interest that it performs.

This article will expose the different aspects that are modified, ranging from access to the exercise of the activity to its supervision regime, passing through the different aspects related to the performance of the audit itself. It cannot be overlooked that the greater relevance of the new regulation deals with the regime of the duty of independence (in aspects such as conflicts of interest, incompatibility causes, fee, procedures to identify, evaluate and address threats to compliance with independence); internal organization and working papers (including conservation and documentation duties); specific considerations by reason considerations by size; the audit report; and group audits, among others.

Keywords: account audit; audit regulation; audit law; independence; ICAC.

Citation: Rubio Herrera, E. (2021). Novedades del nuevo Reglamento de auditoría de cuentas: mayor seguridad para afianzar la calidad de las auditorías. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 456, 253-274.





Sumario

1. Introducción
 2. Antecedentes y contexto
 3. Principales aspectos regulados
 - 3.1. Delimitación de la actividad
 - 3.2. Aspectos relativos a la realización efectiva de la actividad
 - 3.2.1. Régimen del deber de independencia
 - 3.2.2. Organización interna de los auditores
 - 3.2.3. Documentación del trabajo de auditoría
 - 3.2.4. Auditorías de estados consolidados
 - 3.2.5. Informe de auditoría
 - 3.2.6. Contrato de auditoría
 - 3.2.7. Auditoría conjunta
 - 3.2.8. Formación continuada
 - 3.2.9. Garantía financiera
 - 3.3. Aspectos previos al inicio del ejercicio
 - 3.3.1. Acceso al ejercicio: requisitos de formación teórica y práctica
 - 3.3.2. Registro Oficial de Auditores de Cuentas
 - 3.4. Auditores de entidades de interés público
 - 3.5. Consideraciones por razón de tamaño
 - 3.6. Aspectos posteriores a la realización del ejercicio: supervisión
 4. Entrada en vigor
 5. Reflexiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

El Real Decreto 2/2021 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (en adelante, Reglamento de auditoría) incorpora a nuestro ordenamiento jurídico las disposiciones necesarias para dar efectivo cumplimiento al mandato del legislador, permitiendo así disponer de un marco normativo susceptible de aplicarse de una forma eficaz e íntegra en aras de asegurar la calidad de las auditorías para cumplir con la función de interés público que desempeñan. A efectos de exponer y coadyuvar mejor a entender la entidad, oportunidad y dimensión de la nueva regulación, el capítulo II, «Antecedentes y contexto», hace referencia al origen y proceso del que trae causa el nuevo Reglamento de auditoría. En el capítulo III, «Principales aspectos regulados», se resaltan las novedades más destacables respecto al régimen actual, incluyendo aquellos que aclaran conceptos cuyo alcance no estaba del todo claro en la Ley de auditoría de cuentas, así como los que vienen a introducir mejoras técnicas aconsejadas por la experiencia acumulada. El capítulo IV, «Entrada en vigor», aclara las fechas, ejercicios e hitos que condicionan o determinan la aplicación y exigencia del reglamento, habida cuenta de que –se anticipa– incorpora una entrada en vigor diferida y escalonada. Finalmente, en el capítulo V, «Reflexiones», se pone en valor la importancia de disponer de la presente regulación clara y completa, que contribuirá a afianzar la función que desempeñan los auditores, de interés para el correcto funcionamiento de la economía.

2. Antecedentes y contexto

La actividad de auditoría de cuentas se caracteriza por la **relevancia pública** que desempeña al prestar un servicio, no solo a la entidad revisada, sino también a los terceros que mantengan o puedan mantener relaciones con la misma, cuyos intereses pueden resultar afectados. Dicha cualidad la caracteriza frente a otras actividades –no es, por tanto, una actividad cualquiera– y justifica su regulación. Así, con la finalidad de regular y establecer las garantías suficientes para que las cuentas anuales o cualquier otra información económico-financiera que sea verificada por un tercero independiente –auditor– sea aceptada con plena confianza, dicha actividad se sujeta a regulación y supervisión públicas.

En España, la **Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas** (en adelante, Ley 22/2015), protagonizó la reforma de mayor calado en auditoría, incorporando los mandatos contenidos en la Directiva 2014/56/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modificaba la citada Directiva 2006/43/CE, y concretando las opciones que otorgaba a los Estados miembros el Reglamento (UE) n.º 537/2014, del

Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público. Dicho reglamento constituía una novedad frente a la anterior normativa, viniendo a consagrar la existencia de un marco normativo diferenciado para auditores de entidades de interés público, para el que se exigen requisitos más restrictivos que al resto. La normativa comunitaria introdujo cambios sustanciales, con el **fin de recuperar la confianza** de los usuarios en la información económico-financiera que se audita¹, en especial la de las entidades de interés público, incorporando medidas que pretendían **afianzar la calidad de las auditorías**².

Para alcanzar dicho fin, la citada ley –al igual que la normativa comunitaria– perseguía los siguientes **objetivos** planteados a su vez con la idea de resolver las deficiencias detectadas en el ámbito europeo durante la crisis:

- 1.º Incrementar la *transparencia en la actuación de los auditores, clarificando la función que desempeña la auditoría* para así reducir la denominada *brecha de expectativas* entre lo que espera un usuario de una auditoría y lo que realmente es. En este sentido, entre otros, se incorporaban nuevos contenidos del informe de auditoría, mayores en el caso de los emitidos en relación con las entidades de interés público, mejorando la información sobre la entidad auditada, a los inversores y demás interesados, cuya regulación se ha completado con la modificación de las normas internacionales de auditoría adaptadas para su aplicación en España³.
- 2.º Reforzar la *independencia de los auditores*, en cuanto soporte fundamental en que reside la confianza que se deposita en el informe de auditoría. De esta forma, se sentaban las bases para evitar los conflictos de intereses motivados, principalmente, por prestar servicios de auditoría de forma muy prolongada en el tiempo y/o servicios distintos de auditoría.
- 3.º *Abrir y dinamizar el mercado de auditoría* para tratar de paliar los problemas detectados en relación con la estructura del mercado caracterizado por el alto grado de

¹ En aquel momento, se pretendía recuperar la confianza en un entorno caracterizado por una crisis de confianza en la información económico-financiera y en el papel del auditor, derivada de la crisis financiera.

² El considerando 31 de la Directiva 2014/56/UE describe como objetivo «reforzar la confianza de los inversores en la veracidad y la imparcialidad de los estados financieros publicados por las empresas a través de la mejora de la calidad de las auditorías legales en la Unión», objetivo que resalta «no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros». A su vez, el Reglamento (UE) n.º 537/2014 hace referencia a «la finalidad de mejorar el nivel de confianza del público en los estados financieros» (considerando 1), a la necesidad de garantizar «un elevado nivel de protección los consumidores e inversores» (considerando 5) y «alcanzar un elevado nivel de confianza de los inversores y consumidores en el mercado interior» (considerando 22).

³ Resolución de 23 de diciembre de 2016, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), por la que se publica la modificación de determinadas Normas Técnicas de Auditoría y del Glosario de Términos.

concentración y las dificultades de expansión de los auditores de menor tamaño. Así, junto a las normas que evitaban imponer la selección del auditor por terceros o incentivan la designación conjunta de auditores, se incorporaba el principio de aplicación proporcionada de las normas a la complejidad y dimensión de la actividad del auditor o de la entidad auditada, así como disposiciones específicas por razón de tamaño.

- 4.º Se refuerzan las *competencias de la autoridad supervisora pública*, se incrementa la transparencia en su actuación, y se fortalecen los mecanismos de cooperación nacional e internacional. Y ello con el fin de lograr un mayor grado de armonización en el ámbito de la Unión Europea, no solo en las normas que rigen la actividad, sino en las que la vigilan y disciplinan.

Asimismo, conviene recordar que se incorporaban *otras medidas para afianzar la calidad* de las auditorías, como las que exigen aplicar de forma fundada el juicio profesional, mantener una actitud de escepticismo profesional en todo momento, así como una organización interna sólida, todo ello con el fin de garantizar que los informes que se emitan sean conformes a la normativa y resultado de un trabajo de calidad.

Estos objetivos y disposiciones legales son desarrollados y complementados por el nuevo reglamento, al mismo tiempo que se incorporaran algunas mejoras aconsejadas por la experiencia acumulada.

3. Principales aspectos regulados

Siguiendo la sistemática de la Ley 22/2015, el nuevo Reglamento de auditoría regula y desarrolla del régimen de acceso al ejercicio de la actividad de auditoría; los requisitos que deben observarse durante su efectiva realización –referidos a la independencia, emisión del informe, organización interna y del trabajo, entre otros–; y el régimen de supervisión pública.

Como se ha señalado, junto al régimen general, concurre un régimen más restrictivo y separado para auditores de entidades de interés público contenido en el Reglamento (UE) n.º 537/2014, y completado por las disposiciones específicas recogidas en la Ley 22/2015 en las que se ejercían y precisaban las opciones que aquel reglamento comunitario otorgaba a los Estados miembros. Al igual que la ley que desarrolla el nuevo reglamento dedica un capítulo específico que precisa el alcance de algunas de estas opciones para estos auditores. Se recuerda que a estos auditores les es de aplicación el régimen fijado para los auditores de cuentas en general en aquello que no esté previsto por el citado régimen específico.

En el nuevo Reglamento de auditoría podrían destacarse las siguientes modificaciones, presentadas según el momento al que se refieren respecto al ejercicio de la actividad, una vez expuestas las que se incorporan en relación con la delimitación de la actividad que se regula:

3.1. Delimitación de la actividad

El nuevo reglamento «positiviza» el criterio ya publicado por el ICAC⁴ en cuya virtud queda incluido en el ámbito legal de aplicación de la ley determinadas auditorías de cuentas o estados formulados por entidades cuya normativa estatutaria no contempla un marco normativo de información financiera aplicable, pero que en cambio bien exige que dichas cuentas o estados muestren la imagen fiel o bien existe la obligación de presentar esas cuentas auditadas.

De acuerdo con ello, por ejemplo, quedarían incluidas en dicho ámbito de aplicación las auditorías de cuentas formuladas por las asociaciones no declaradas de utilidad pública y los colegios profesionales.

En cambio, quedarían excluidas las auditorías de comunidades de propietarios o de bienes. La razón de dicha exclusión se sustenta en que, siendo esta actividad regulada por su relevancia pública, no cabe sujetar a su regulación a aquellas entidades en las que su propia norma estatutaria o de creación no consideró relevante instituir un régimen de contabilidad o fijar las cuentas o estados a formular sin ningún parámetro a seguir.

La delimitación tiene su relevancia tanto por los efectos que supone someter dichos trabajos a la supervisión pública como por las implicaciones que tiene para poder identificarse como auditor de cuentas en el informe emitido y el trabajo como de auditoría de cuentas. La normativa pretende evitar que dichos trabajos excluidos revistan la naturaleza de auditoría con el efecto que ello supondría frente a terceros y la confusión que se generaría sobre los procedimientos realizados y la opinión técnica emitida.

3.2. Aspectos relativos a la realización efectiva de la actividad

Constituyen estos las modificaciones más relevantes incorporadas en la nueva norma siendo los cuatro primeros que se citan los que mayor controversia han suscitado en el sector supervisado durante el proceso de elaboración:

3.2.1. Régimen del deber de independencia

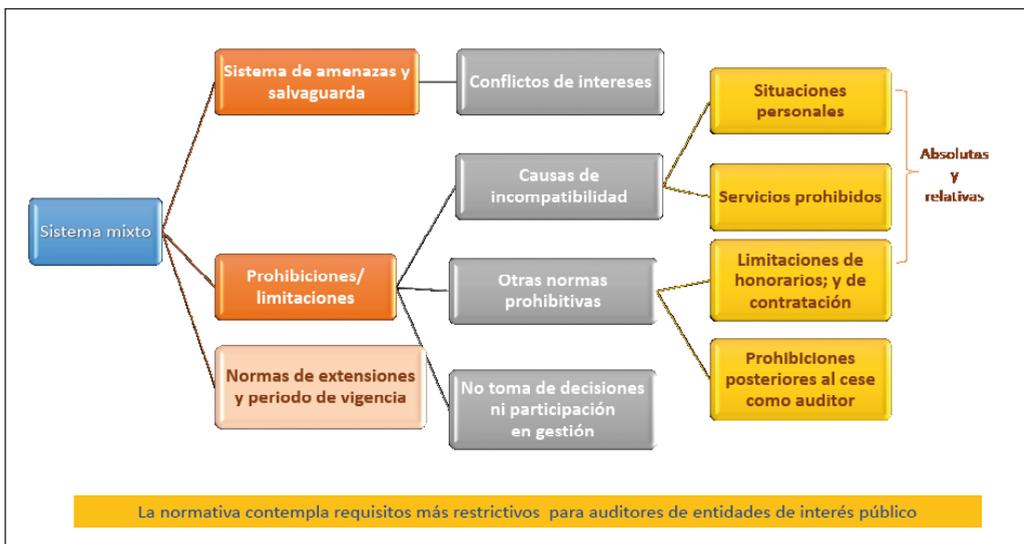
Como se ha comentado, observar una actitud de independencia es un **pilar clave** dado que la confianza que se deposita en el informe de auditoría se basa en la premisa de que dicho informe ha sido realizado, no solo por quien está habilitado legalmente para ello, sino

⁴ Consultas 1 publicadas en BOICAC n.º 110/junio 2017 (NFC065767), «En relación con la auditoría de las cuentas anuales de determinadas entidades (asociaciones no declaradas de interés público, colegios profesionales), en las que la normativa que les resulta de aplicación, según su naturaleza jurídica, no establece de forma expresa un marco normativo de información financiera para su elaboración y presentación», y 105/marzo 2016 (NFC058498), «Auditoría de cuentas de estados financieros correspondientes a determinadas entidades que carecen de marco normativo de información financiera establecido para su elaboración».

por quien es independiente de la entidad auditada. En este punto, conviene recordar que la independencia es una actitud mental inobservable, que no puede medirse; por esta razón, las regulaciones optan por fijar una serie de circunstancias, situaciones o relaciones que, de concurrir en relación con la entidad auditada, determinan *iuris et de iure* –sin prueba en contrario– que los auditores no gozan de independencia respecto a una entidad determinada, debiendo, por tanto, no realizar el trabajo de auditoría. La regulación que se completa protege así el **principio de ser y parecer ser independiente** que obliga también al auditor a evitar situaciones que un tercero pudiera concluir que no se observaría la actitud imparcial y objetiva que se necesita para realizar la auditoría.

Pues bien, el nuevo reglamento pretende lograr mayor seguridad jurídica al señalar, de un lado, las **actuaciones que debe realizar para preservar su independencia**, y precisar, de otro, mediante **circunstancias objetivas y observables** el alcance de las distintas situaciones, relaciones y servicios definidos legalmente que suponen falta de independencia del auditor de cuentas. Ambos aspectos configuran el régimen legal mixto basado, por una parte, en la enunciación de un principio general de independencia que obliga a todo auditor a abstenerse de actuar cuando se viera comprometida su objetividad en relación con la información económico-financiera a auditar aplicando para ello, de acuerdo con su juicio profesional, procedimientos para identificar amenazas a la independencia (derivadas de intereses o relaciones comerciales, laborales, familiares o de otra índole) y, en su caso, aplicar medidas para atenuarlas o eliminarlas; y por otra, en la fijación de situaciones y relaciones que, si concurren con respecto a la entidad auditada, determinan la incompatibilidad para realizar la auditoría de las cuentas de esa entidad.

Gráfico 1. Régimen legal del deber de independencia de los auditores



Pues bien, en el nuevo reglamento se concretan en términos generales:

- a) Las situaciones prohibidas por suponer una participación por el auditor en la gestión o toma de decisiones en la entidad auditada.
- b) Los conflictos de intereses que deben analizarse y evitarse por el auditor, salvo los que puedan derivar en beneficios o perjuicios de valor insignificante.
- c) Las situaciones personales prohibidas, que fueron incorporadas a la Ley 22/2015 por mandato comunitario; algunas con carácter absoluto (esto es, cualquiera que sea su importe), como sucede con la posesión o realización de operaciones con instrumentos financieros de la entidad auditada; otras solo están prohibidas si son significativas. Para este segundo grupo, se definen parámetros objetivos para entender cuándo se entiende que lo son (esto es, cuándo cumplen el llamado el «test de significatividad») y, por tanto, para generar incompatibilidad. Así, se diferencia según la naturaleza de la situación incompatible:
 - La posesión de instrumentos financieros en las vinculadas a la auditada será incompatible si supera el 10 % del patrimonio personal del auditor, el 5 % del capital social de derechos de voto o la capacidad de influir en la gestión de la auditada o resultado de la auditoría.
 - La concesión, aceptación o mantenimiento de préstamos o garantía a/de la entidad auditada, incompatibiliza si su valor supera el 10 % del patrimonio personal del auditor.
 - El mantenimiento de relaciones empresariales o comerciales está prohibido si los honorarios correspondientes superan el 10 % del patrimonio personal del auditor, las cifras de importancia relativa o materialidad fijadas por el auditor para la realización de la auditoría o el 3 % del activo total o 5 % del importe neto de la cifra de negocios (para relaciones comerciales), o el 3 % del importe neto de la cifra de negocios (para relaciones empresariales), según los importes que figuren en las cuentas de la entidad afectada.
 - La cesión o intercambio de personal clave está prohibido si los valores o cantidades afectadas superan las cifras de importancia relativa fijadas por el auditor, el 3 % del activo total o el 5 % del importe neto de la cifra de negocios, y siempre y cuando aquel personal desempeñe funciones con efecto significativo en la información económico-financiera de cualquiera de las dos entidades.
- d) Los servicios incompatibles por ser significativos, como los servicios de abogacía y de valoración, que lo serán cuando las cantidades o valores afectados superen las referidas cifras de importancia relativa fijadas por el auditor, el 3 % del activo, o el 5 % del importe neto de la cifra de negocios, que luzcan en las cuentas anuales de la entidad auditada o afectada.

La fijación de esta *doble vara* responde a razones de seguridad jurídica, en la medida en que los niveles de materialidad correspondientes al trabajo de auditoría –que eran los únicos aplicables hasta ahora– podrían no estar fijados en el proceso de evaluar la aceptación de un trabajo de auditoría (en el que debe identificar, evaluar y, en su caso, eliminar situaciones o relaciones que fueran incompatibles con la obligación de ser independiente), siendo por consiguiente necesario incorporar unos parámetros contrastables que guiaran al auditor en dicho proceso.

Por otra parte, y en relación con los servicios prohibidos que lo son con carácter absoluto (esto es, que no admiten excepción por razón de su importancia o por quién toma la decisión, como los referidos a la contabilidad), y los que lo son con ciertos matices, por asumir básicamente la responsabilidad la entidad auditada (como los servicios de auditoría interna y los de diseño y puesta en práctica de procedimientos de control interno o de gestión de riesgos, o del diseño o aplicación de los sistemas informáticos) o por ser significativos (como los servicios de abogacía y de valoración), el nuevo reglamento mantiene la regulación actual que básicamente determina los elementos que definen la naturaleza de estos servicios.

- e) Las llamadas normas de extensión de incompatibilidades, esto es, las circunstancias que pueden concurrir en determinadas personas relacionadas con el auditor de cuentas (por vínculos de parentesco, profesional y pertenencia a red) y en relación con la auditada y con las vinculadas a esta, que pueden afectar a la incompatibilidad del auditor para realizar la auditoría de dicha entidad. Estas normas no se aplican de forma absoluta, sino que contemplan excepciones o se suavizan según la intensidad o grado en que concurren determinados criterios, a saber: el grado de participación en el trabajo de auditoría, el tipo de relación de la vinculada con la entidad auditada, el grado de familiaridad y el carácter significativo de los instrumentos financieros que se posean o de las operaciones con instrumentos que se realizan.

En aras de dar seguridad jurídica, la nueva norma concreta aquellas excepciones o graduaciones incorporando las circunstancias objetivas antes señaladas, según el tipo de situación personal o servicio prestado que concorra.

Por lo demás, el nuevo texto delimita el concepto de red, tratando de resolver las dudas que su aplicación práctica ha generado.

- f) Las actuaciones a realizar en relación con los intereses financieros que se adquieren de forma sobrevenida con posterioridad a la aceptación del trabajo para evitar la incompatibilidad.
- g) El «perímetro» o ámbito del que pueden proceder las amenazas que puedan afectar a la independencia.
- h) Las normas sobre honorarios. Destacar los siguientes cambios:

- Los incorporados para evitar concentraciones especiales para auditores de pequeña dimensión⁵. Así, los honorarios percibidos por estos de una misma entidad no podrán superar el 35 % del total de sus ingresos totales, si es auditor persona física, o del importe neto de la cifra de negocios, si es sociedad de auditoría; frente al 30 % que se exige con carácter general, y al 15 % para auditores de entidades de interés público. Estos mismos cálculos y porcentajes deben verificarse añadiendo los honorarios percibidos por servicios prestados por la red del auditor a las entidades vinculadas a la auditada.
- Las normas de limitaciones a la concentración de los honorarios respecto a una entidad persiguen evitar la dependencia financiera real o aparente de la entidad auditada que pudiera mermar la objetividad del auditor al realizar la auditoría de las cuentas anuales formuladas por aquella. Se dice aparente, en el sentido de que un tercero pudiera no confiar en el informe de auditoría si conociera y entendiera que existe un porcentaje de concentración indebidamente elevado y no adecuado para mantener dicha objetividad.
- La mitigación o evitación del llamado *efecto cascada*. Dicho efecto se puede producir en aquellos casos en que el auditor debe abstenerse de realizar la auditoría de una entidad por percibir honorarios de esta en un porcentaje superior al legal mínimo permitido (con carácter general, el 30 %). En tal caso, al perder esa auditoría, podría darse el supuesto –normalmente en auditores de menor tamaño– en que ese auditor superara con respecto a otras entidades auditadas ese porcentaje de forma sucesiva o en cadena con la consiguiente pérdida de auditorías en esas entidades. Para evitar dicho efecto (llamado así cascada o dominó), se da mayor margen y periodo, de forma que con ello se pueda favorecer su recuperación.
- La obligación de que los honorarios se fijen en función del llamado *esfuerzo de auditoría*, según los medios, recursos, cualificación y especialización requeridos en cada trabajo, conforme resulten de su complejidad y dimensión, y no por otras consideraciones como, por ejemplo, por prestarse otros servicios distintos. Lo anterior responde a la obligación de la Ley 22/2015 de disponer de recursos suficientes y adecuados para poder realizar el trabajo de auditoría correspondiente, y asegurarse que se empleen los me-

⁵ Serán los auditores individuales y las sociedades que cumplan la definición legal del artículo 3.19 de la Ley 22/2015:

Entidades pequeñas: las entidades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:

- a) Que el total de las partidas del activo no supere los cuatro millones de euros.
- b) Que el importe total de su cifra anual de negocios no supere los ocho millones de euros.
- c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta. [...]

dios que permitan poder proporcionar fiabilidad a la información auditada y cumplir la función de interés público encomendada. Difícilmente podría alcanzarse tales fines, si no se procuran tales recursos y medios.

- Y la prohibición de que dichos honorarios se modifiquen en los ejercicios siguientes, salvo que se modifiquen las condiciones que sirvieron de base para su realización, y así se justifique documentalmente. Con ello, se pretende evitar variaciones «temerarias» impuestas y no justificadas en tales condiciones que pudieran mermar la calidad de la auditoría. Nuevamente, no se está ante cualquier actividad, sino ante una cuyo resultado se plasma en un informe que se publica y sirve de base para tomar decisiones por terceros, cuyos intereses deben protegerse.

3.2.2. Organización interna de los auditores

La ley, siguiendo el mandato europeo, exige que los auditores dispongan de una sólida organización interna, que comprenda procedimientos administrativos contables sólidos, procedimientos eficaces de gestión de riesgos que afecten a la actividad de auditoría de cuentas, mecanismos que aseguren el control de los sistemas informáticos y un sistema de control interno.

El nuevo reglamento establece los **principios rectores y criterios de organización** que deben establecer los auditores, para impulsar la responsabilidad proactiva que impone la normativa europea con el fin de prevenir y, en su caso, detectar riesgos de incumplimientos en relación con dicha actividad –incluyendo los necesarios para salvaguardar la independencia–, y asegurando que dicha actividad se realice con integridad y actitud crítica y rigurosa.

Se precisa que serán los auditores, de acuerdo con su criterio y en el uso de la autonomía empresarial, quienes diseñen e implementen los concretos procedimientos o políticas a aplicar y que sean proporcionados y adecuados a su estructura y dimensión del auditor y a la complejidad de los trabajos de auditoría a realizar. Por ello y en su caso, podrán aplicar políticas de comunicación y documentación menos formales y más simples.

Destaca en este punto los **principios que las políticas del sistema de control interno** deben cumplir en aras de asegurar un trabajo de calidad. Sobre dichos principios, cabría señalar:

- Que responden a la necesidad de concretar los requisitos de la ley y que no están contemplados en la norma de control de calidad con el mismo carácter imperativo, así como de incorporar mejoras aconsejadas por la práctica.
- Que se refieren a las políticas a seguir en relación con la gobernanza y responsabilidades de liderazgo de la calidad; ética e independencia; revisiones de con-

trol de calidad; políticas retributivas; actividades externalizadas; seguimiento; y archivo.

- Y que deberán desarrollarse en la Norma de Control de Calidad Interno que deberá adaptarse por el ICAC.

Podría decirse, sin riesgo a equívoco, que este aspecto es el único que requiere completarse con un posterior desarrollo normativo.

3.2.3. Documentación del trabajo de auditoría

Una de las novedades que incorpora el nuevo reglamento, y en sintonía con el entorno más «sostenible» que se reclama y las facilidades que proporcionan el actual «entorno digitalizado», es que toda la documentación deberá compilarse en un **archivo electrónico**, cualquiera que sea el formato de origen. Para ello, los auditores deberán disponer de sistemas informáticos que cuenten con los debidos controles para asegurar su custodia y salvaguarda, al mismo tiempo que permita una identificación única del archivo generado.

3.2.4. Auditorías de estados consolidados

En consonancia con la responsabilidad plena del auditor del grupo exigida por la normativa europea, se precisa el **alcance de las obligaciones** del citado auditor de documentar las tareas de revisión y evaluación del trabajo de auditoría realizado por los auditores de las entidades de las componentes del grupo, fijándose su contenido mínimo que dependerá de las características y circunstancias del conjunto consolidable y de la importancia relativa de cada una de sus entidades integrantes, así como de los riesgos de incorrecciones materiales que pueden incorporarse en las cuentas consolidadas. De esta manera, se aclaran las dudas surgidas puestas de manifiesto en la práctica.

Dicha regulación responde al mayor alcance recogido en la Ley 22/2015, de acuerdo con el mandato mínimo contenido en la Directiva 2014/56/UE, respecto al previsto en las normas internacionales de auditoría, adaptadas para su aplicación en España.

3.2.5. Informe de auditoría

La modificación más relevante que se incorpora aquí se produce respecto a la actuación del auditor en relación con el **informe de gestión** al precisar que dicha actuación será igual tanto si el informe de gestión se emite de forma obligatoria como voluntaria. Esto es, deberá verificar la congruencia de su contenido con el de las cuentas anuales auditadas a las que

acompaña, y si su contenido y presentación cumplen con la normativa correspondiente (es decir, llevar a cabo un «test de congruencia y de completitud o integridad»)⁶. Dicha modificación incorpora el criterio ya publicado por el ICAC⁷.

3.2.6. Contrato de auditoría

Son cuatro los cambios a destacar:

- Los dos primeros, relacionados con el propio contenido del contrato. De un lado, la prohibición de incluir en el contrato cualquier cláusula que pudiera limitar la responsabilidad del auditor por los daños y perjuicios por incumplimiento de sus obligaciones o que fuera asumida por la entidad auditada; es la llamada **cláusula de indemnidad**. Dicha prohibición tiene su justificación en el propio régimen legal de responsabilidades de los auditores, además de que no sería consistente con la debida diligencia y carácter crítico con que deben aplicarse las normas de auditoría por los efectos que tiene frente a terceros.

De otro lado, se obliga a incluir en el contrato los criterios de determinación de los honorarios fijados en función del **esfuerzo de auditoría**, al que se ha hecho referencia anteriormente.

- Las otras dos modificaciones se proyectan sobre el proceso de aceptación en los casos de **designación de auditor por el registrador mercantil u órgano judicial**, al establecer que, si no se presta garantía en pago de honorarios solicitada por el auditor, este podrá renunciar a aceptar el trabajo. Igualmente, para este tipo de designaciones, se eleva el plazo de aceptación a 10 días hábiles para que el auditor pueda evaluar, antes de aceptar el trabajo, su capacidad para desarrollarlo, así como el cumplimiento de la necesaria independencia y de los restantes requisitos establecidos en la normativa reguladora de la auditoría de cuentas.

⁶ En el texto publicado no figura la que se contenían en el texto sometido a audiencia pública, relativa a la **información no financiera** e información sobre diversidad a divulgar por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. Ahora bien, se ha mantenido en el preámbulo del real decreto que en tal caso el auditor, por excepción a la regla general, solo debía comprobar que se ha facilitado el estado de información no financiera, que forma parte del informe de gestión, estando obligado a reflejar en el informe de auditoría si dicho estado no figuraba.

A pesar de ello, dicha actuación es la que debería entenderse aplicable a la luz del criterio publicado por el ICAC en la consulta 2 del BOICAC n.º 113/marzo 2018 (NFC068408), «Sobre la actuación del auditor de cuentas en relación con la información no financiera y sobre política de diversidad y otros aspectos que se incluye en determinados casos en el informe de gestión».

⁷ Consulta 2 del BOICAC n.º 118/junio 2019 (NFC072277), «Sobre la actuación del auditor de cuentas y la emisión de su informe de auditoría en relación con el informe de gestión cuando este se presenta de forma voluntaria junto a las cuentas anuales».

3.2.7. Auditoría conjunta

La ley, al igual que la normativa europea, contemplaba esta modalidad como incentivo para abrir y dinamizar el mercado. Sin incorporar novedades sustanciales, el reglamento incorpora los principios que deben seguir los auditores nombrados conjuntamente hasta ahora contenidos en la norma técnica de auditoría sobre «relación entre auditores»⁸. Así se prevé cómo proceder en caso de discrepancia sobre la opinión técnica a emitir (cada auditor presentará su opinión en un párrafo distinto del informe de auditoría en el que expondrá los motivos de la discrepancia); la prohibición de que los auditores nombrados conjuntamente pertenezcan a la misma red; la obligación de comunicarse cualquier circunstancia que afecte a su independencia; y la responsabilidad conjunta en la custodia y documentación del trabajo de auditoría.

Más allá de elevar de jerarquía normativa la citada regulación, la nueva norma no incorpora otras medidas que incentiven su uso⁹, distintas de ciertas aclaraciones sobre cómo operar cuando se ha extendido la duración máxima legal de contratación de 10 años (para auditores de interés público) mediante la prórroga permitida de hasta 4 años si se designan conjuntamente el auditor ya nombrado junto con otro nuevo, y de no exigir a uno de los dos auditores conjuntos los requisitos prescritos para quienes auditan entidades de interés público.

3.2.8. Formación continuada

Al margen de algunas otras mejoras técnicas aconsejadas por la práctica, el reglamento facilita la entrada de otros centros (en particular, a los centros de formación superior reconocidos por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación u órgano autonómico equivalente) para que puedan organizar e impartir estas actividades de formación,

⁸ Publicada por Resolución del ICAC de 20 de marzo de 2014.

⁹ El Reglamento (UE) n.º 537/2014, en su considerando 20, decía:

La designación de más de un auditor legal o sociedad de auditoría por las entidades de interés público favorece el ejercicio del escepticismo profesional y contribuye a aumentar la calidad de la auditoría. Además, esta medida, combinada con la presencia de sociedades de auditoría más pequeñas en el mercado de auditoría, permitiría a estas últimas desarrollar sus capacidades, lo cual contribuiría a ampliar las posibilidades de elección de auditores legales y sociedades de auditoría que tienen las entidades de interés público. Por tal motivo, las entidades de interés público deben ser alentadas e incentivadas a designar más de un auditor legal o sociedad de auditoría que lleve a cabo su auditoría legal.

A su vez, el Informe de la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (IPN/CNMC/007/19), considera que el futuro Reglamento de la Ley de Auditoría «debe hacer uso del mecanismo de auditorías conjuntas» como mecanismo de fomento de la competencia, y de entrada de operadores de tamaño pequeño y mediano y de nuevos operadores, atribuyendo como ventaja el incremento de la calidad de las auditorías.



flexibilizando las que pueden realizar los grupos de auditores. En todo caso, se asegura la calidad y adecuación de la formación a impartir al tener que cumplir los requisitos y criterios que se definan por la Resolución del ICAC, como se viene haciendo hasta la fecha.

3.2.9. Garantía financiera

La novedad que habría que resaltar consiste precisamente en el incremento del importe mínimo de garantía financiera exigida, que no había sido actualizada desde su redacción originaria (1991), lo que resulta justificada para asegurar una mayor protección de terceros de forma adecuada y proporcionada al crecimiento en la facturación experimentada desde entonces. No cabe esperar que suponga un coste significativo para los auditores, puesto que en la mayoría de los casos las pólizas colectivas suscritas a través de las corporaciones representativas de auditores cuentan con una cobertura mayor al mínimo exigido que se incrementa.

3.3. Aspectos previos al inicio del ejercicio

3.3.1. Acceso al ejercicio: requisitos de formación teórica y práctica

Únicamente cabe destacar dos novedades que flexibilizan los requisitos actuales:

- Por una parte, y al igual que para impartir formación continuada, el hecho de que los cursos de formación teórica exigidos para el acceso se puedan impartir también por los centros de formación superior acreditados por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación u organismo equivalente del ámbito autonómico, siempre que sean reconocidos por el ICAC, y de acuerdo con los criterios que este fije mediante resolución necesarios para garantizar la calidad e idoneidad de la formación a impartir.
- Por otra parte, se permite incrementar el tiempo de formación práctica que pueda realizarse antes de la terminación del programa de enseñanza teórica, a efectos del cómputo exigido para el referido acceso.

3.3.2. Registro Oficial de Auditores de Cuentas

La novedad más destacable que incorpora se refiere a que este registro público informará de aquellos auditores de cuentas y sociedades de auditoría que auditen las cuentas anuales o estados financieros de las entidades de interés público.

Por otra parte, se prevé que los listados de auditores que el ICAC debe remitir a efectos de designaciones por registrador mercantil u órgano judicial, incluyan, además de las socie-

dades de auditoría, a aquellos auditores de cuentas ejercientes que hayan manifestado expresamente su voluntad de estar incluidos en las citadas relaciones y que estén en situación que les permita ejercer la actividad de auditoría de cuentas (a diferencia del régimen anterior en el que se aplicaba el consentimiento tácito, cambio justificado por la normativa de protección de datos personales).

3.4. Auditores de entidades de interés público¹⁰

Con motivo de la **mayor relevancia económica** que comportan estas auditorías, de la necesidad de mayor protección de los usuarios, y en sintonía con el régimen diferenciado impuesto por la normativa europea, en el nuevo reglamento se imponen, entre otros, requisitos más restrictivos en relación con el deber de independencia (que se concretan con mayores parámetros incorporados para superar el «test de significatividad»); se precisa el contenido del informe anual de transparencia que deben publicar (ya obligatorio desde 2011, al precisar el detalle de ciertos servicios y honorarios a informar); se enumeran las actuaciones a realizar con las comisiones de auditoría; se precisa el plazo en el que deben cumplimentarse las obligaciones de comunicación a las autoridades supervisoras de las entidades de interés público; y se desarrollan los requisitos mínimos que debe reunir su estructura organizativa, si bien estos no se configuran como requisitos que deban cumplirse para poder ser autorizado *ex ante* para realizar este tipo de auditoría.

3.5. Consideraciones por razón de tamaño

Siguiendo la normativa comunitaria, la ley ya contemplaba ciertas habilitaciones para reducir los costes de transacción de la actividad. Ahora bien, la concreción de dichas ha-

¹⁰ Con la nueva regulación, se califican como entidades de interés público:

- a) Las entidades de crédito, las entidades aseguradoras, así como las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores sometidas.
- b) Las empresas de servicios de inversión y las instituciones de inversión colectiva que, durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, tengan como mínimo 5.000 clientes, en el primer caso, o 5.000 partícipes o accionistas, en el segundo caso, y las sociedades gestoras que administren dichas instituciones.
- c) Los fondos de pensiones que, durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, tengan como mínimo 10.000 partícipes y las sociedades gestoras que administren dichos fondos.
- d) Las fundaciones bancarias, los establecimientos financieros de crédito, las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico.
- e) Aquellas entidades distintas de las mencionadas en los párrafos anteriores cuyo importe neto de la cifra de negocios y plantilla media durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, sea superior a 2.000.000.000 de euros y a 4.000 empleados, respectivamente.
- f) Los grupos de sociedades en los que la sociedad dominante sea una de las entidades contempladas en las letras anteriores.

bilitaciones debía sujetarse a un análisis ponderado de equilibrio entre la simplificación pretendida para el ejercicio de la actividad auditora y la función de interés público de esta actividad. Sobre la base del mayor peso de esta función, se han incorporado medidas en relación con la organización interna de los auditores (cuyos procedimientos y documentación pueden ser proporcionados y adecuados a su estructura y dimensión del auditor, y acorde con las características, volumen y complejidad de los trabajos de auditoría, pudiendo ser menos formales), con las normas de concentración de honorarios (con normas especiales para los auditores de nuevo acceso y auditores pequeños) y las inspecciones a realizar por el ICAC (no exigiéndose periodicidad mínima en su realización para quienes auditen solo entidades pequeñas o de auditoría voluntaria).

3.6. Aspectos posteriores a la realización del ejercicio: supervisión

En materia de supervisión pública, podrían agruparse las modificaciones que se incorporan en tres grupos en función de la razón principal que la justifica.

- a) Así, destacan las siguientes modificaciones incorporadas por razones de *transparencia*:
 - Se regula el contenido del informe de inspección que puede publicar el ICAC en relación con las inspecciones realizadas sobre los auditores de entidades de interés público, lo que permitirá dar a conocer al público el compromiso y nivel de calidad contrastado de los procedimientos que aplican estos auditores.
 - Se eleva a cinco años el periodo de publicidad de las sanciones, para ajustarse al mínimo previsto en la Directiva 2014/56/UE.
- b) En el segundo grupo se destacan las incluidas por motivos de *seguridad jurídica*, principalmente en el régimen de infracciones y sanciones.

En particular, se concretan los elementos que integran algunas de las conductas tipificadas legalmente como infracciones, principalmente aquellas que se incorporaron *ex novo* en la Ley 22/2015. Así, entre otras, se delimitan las circunstancias en las que se considera que el informe adicional para la Comisión de Auditoría de la entidad auditada y el informe anual de transparencia publicado por los auditores de entidades de interés público tienen un contenido sustancialmente incorrecto o incompleto (infracciones muy graves o graves en función de los criterios legales fijados); las circunstancias en las que se considera que la información remitida al ICAC es sustancialmente incorrecta o incompleta (infracción grave); así como las situaciones en las que se considera incumplida la obligación de comunicar a las

entidades supervisoras de las entidades auditadas determinadas circunstancias (infracción grave).

Asimismo, y para reforzar el cumplimiento de la obligación de la ley de disponer de recursos necesarios y adecuados para realizar el trabajo de auditoría según su complejidad y dimensión, se precisa que su ausencia podría ser un incumplimiento de las normas de auditoría con posible efecto significativo en el informe de auditoría (infracción grave).

c) Y finalmente, el tercer grupo, en el que se resaltan las que se recogen para una *mejora en las labores de supervisión* del ICAC, tales como las que siguen:

- La obligación de que las comunicaciones de los auditores con el ICAC se realicen de forma telemática a través de las respectivas direcciones electrónicas habilitadas únicas.
- La información anual a remitir por los auditores al ICAC, pieza fundamental para poder planificar adecuadamente la función supervisora. A destacar, el mayor detalle de información a proporcionar en relación con los servicios prestados a las entidades vinculadas a la entidad auditada por quienes pertenecen a la red del auditor, así como con los servicios que se prestan entre auditores.
- La facultad del ICAC para exigir información actualizada a los efectos de, por un lado, elaborar la lista de auditores que debe publicar para el proceso obligatorio de selección de auditor y, por otro, preparar los informes de evolución de mercado, cuestiones ambas exigidas por el Reglamento (UE) n.º 537/2014.
- Mecanismos que refuerzan la colaboración del ICAC con la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que permita el intercambio de la información necesaria, en particular, para el ejercicio de las funciones atribuidas a esta Dirección en relación con el nombramiento de auditores y fijación de honorarios (que corresponde al registrador mercantil en los casos de designación por este) y para permitir el acceso al ICAC a la información de la base de datos de titularidad real. También se contiene una habilitación normativa para la encomienda de gestión para la tramitación de los expedientes sancionadores por el incumplimiento de la obligación de depósito de cuentas¹¹ que tiene atribuida legalmente el ICAC en favor de la citada Dirección.

¹¹ La disposición adicional undécima del Real Decreto que aprueba el Reglamento, sobre el régimen sancionador aplicable al incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas anuales en el Registro Mercantil, precisa el plazo para la tramitación del procedimiento sancionador, que será de 6 meses (frente a los 3 actuales), y los criterios para la imposición de las sanciones por tal incumplimiento.

4. Entrada en vigor

El reglamento contempla una entrada en vigor que comenzó el pasado 1 de febrero. Sin embargo, para gran parte de los aspectos que se incorporan como novedosos, se difiere esta entrada en vigor a fechas concretas o a hitos determinados, permitiendo así un periodo de tiempo que facilite el tránsito al nuevo marco, necesario en gran medida para diseñar e implementar los procedimientos y mecanismos nuevos exigidos. Así:

- A partir de *1 de julio de 2021*, será aplicable la nueva cuantía mínima exigida de garantía financiera.
- A partir de *1 de julio de 2022*, y en relación con las auditorías de cuentas anuales correspondientes a ejercicios económicos cerrados con posterioridad a dicha fecha –es decir, considerando que coincidiera con el año natural, a *las auditorías de las cuentas anuales del ejercicio 2022*–, serán exigible las normas referidas a la organización interna, a los sistemas para la conservación de la documentación y generación del archivo electrónico y a la estructura organizativa de auditores de entidades de interés público.
- Las normas sobre informe de auditoría, contrato de auditoría, auditorías de cuentas consolidadas e independencia, que modifiquen el régimen anterior, se aplicarán a las auditorías que se realicen sobre las cuentas anuales correspondientes a ejercicios económicos cerrados con posterioridad a la entrada en vigor; esto es, considerando que coincidiera con el año natural, a *las auditorías de las cuentas anuales del ejercicio 2021*.
- Finalmente, hasta que no se firmen nuevos contratos de auditoría o se prorroguen con posterioridad a la entrada en vigor, no se aplicarán las normas sobre estimación de honorarios en función del esfuerzo de auditoría y de prohibición de afectación por servicios distintos.

Por consiguiente, se matiza y suaviza tan *repentina* entrada en vigor en la medida en que la regulación postergada coincide precisamente con aquella que incorpora los cambios más relevantes.

5. Reflexiones

Con la nueva norma se pretende dotar de mayor seguridad jurídica a la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas, de modo que contribuya a afianzar su calidad y a una mayor protección del interés público al que sirve. Viene así a completar el citado marco jurídico, con la única excepción –no por ello, menos importante– en relación con la

organización interna, para lo que habrá que esperar a las resoluciones del ICAC que complementen las disposiciones legales y reglamentarias¹².

El Dictamen 417/2020 del Consejo de Estado emitido sobre el proyecto

[...] valora muy favorablemente el proyecto de Reglamento de desarrollo de la LAC, [...]. El proyecto de Reglamento viene a introducir aspectos positivos en relación con la transparencia y la credibilidad de la información financiera y clarifica, en gran medida, buena parte del articulado de la Ley 22/2015 [...].

Dicha reforma es deseada por esperada y necesaria, porque va a permitir una efectiva e íntegra aplicación de las exigencias derivadas de la Ley 22/2015 y, por ende, de la normativa comunitaria. Ello permitirá asegurar que las auditorías se realicen con calidad, y con ello, recuperar la confianza de la información que se audita. Precisamente, en el actual contexto, va a ser necesario contar con información fiable y transparente, para recuperar la confianza en un entorno pleno de incertidumbre y para facilitar una mejor toma de decisiones que favorezca la recuperación.

El nuevo reglamento va a poder permitir que los auditores cumplan con su función de interés público en la generación de confianza y en la resolución de los problemas y retos derivadas de la situación generada por la pandemia, contribuyendo a poner en **valor su rol y servicio a la economía y sociedad en general**. No debe olvidarse que, junto con la opinión que recogen en los informes de auditoría sobre si las cuentas anuales auditadas reflejan la imagen fiel de la situación y resultados de la entidad, los auditores también realizan útiles aportaciones para la mejora de su gestión al comunicar las debilidades en los sistemas de control interno que detectan. Las correcciones o remediaciones de mejora que incorporan las entidades, a raíz de la actuación de los auditores, fortalecen los sistemas internos de las empresas en su función de identificar y evitar incorrecciones, mejorando su solidez. Al mejor y más eficaz cumplimiento de estas acciones, contribuirán sin duda alguna las distintas medidas que, junto con la Ley 22/2015, incorpora el reglamento recién aprobado.

¹² Dichas resoluciones deberían estar aprobadas con la antelación suficiente para garantizar que los auditores puedan tener implementados sus sistemas una vez finalizado el periodo transitorio que otorga el reglamento.

Referencias bibliográficas

Real Decreto 2/2021, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

Dictamen 417/2020 del Consejo de Estado. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2020-417>.

Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

Directiva 2014/56/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modificaba la citada Directiva 2006/43/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo.

Reglamento (UE) n.º 537/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público.

Informe de la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas. <https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc00719-1>.

Consulta 2 publicada del BOICAC n.º 118/junio 2019, «Sobre la actuación del auditor de cuentas y la emisión de su informe de auditoría en relación con el informe de gestión cuando este se presenta de forma voluntaria junto a las cuentas anuales» (NFC072277).

Consulta 2 publicada del BOICAC n.º 113/marzo 2018, «Sobre la actuación del auditor de cuentas en relación con la información no financiera y sobre política de diversidad y otros aspectos que se incluye en determinados casos en el informe de gestión» (NFC068408).

Consulta 1 publicada en BOICAC n.º 110/junio 2017, «En relación con la auditoría de las cuentas anuales de determinadas entidades (asociaciones no declaradas de interés público, colegios profesionales), en las que la normativa que les resulta de aplicación, según su naturaleza jurídica, no establece de forma expresa un marco normativo de información financiera para su elaboración y presentación» (NFC065767).

Consulta 1 publicada en el BOICAC n.º 105/marzo 2016, «Sobre auditoría de cuentas de estados financieros correspondientes a determinadas entidades que carecen de marco normativo de información financiera establecido para su elaboración» (NFC058498).



Segundo ejercicio resuelto de las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo Superior de Inspectores de Seguros del Estado

Javier Romano Aparicio

Profesor de CEF.- UDIMA

(Segundo ejercicio resuelto de las pruebas selectivas para el acceso al Cuerpo Superior de Inspectores de Seguros del Estado, convocado por Resolución 19 de noviembre de 2019 [BOE de 25 de noviembre]).

Sumario

- Caso 1. Contabilidad financiera superior.** Liquidación del impuesto sobre sociedades y registro contable. Pagos contingentes del inmovilizado. Activos financieros a coste amortizado.
- Caso 2. Contabilidad de sociedades.** Reparto del resultado. Pago de dividendos con elementos patrimoniales distintos del efectivo. Dividendo de empresas del grupo. Emisión y amortización de obligaciones convertibles con relación de canje variables. Operaciones con acciones propias. Reducción de capital social para constituir reservas voluntarias. Reserva por capital amortizado.
- Caso 3. Análisis económico, financiero y patrimonial de estados financieros.** Periodo medio de venta. Necesidades operativas de fondos. Fondo de maniobra. Aceptación de un pedido.
- Caso 4. Consolidación de estados financieros.** Integración global: socios externos, fondo de comercio y reservas en sociedades consolidadas. Puesta en equivalencia: participaciones puestas en equivalencia, reservas de sociedades puestas en equivalencia y participación en beneficios de sociedades puestas en equivalencia.



Caso práctico núm. 1

Contabilidad financiera superior

Responda a las cuestiones que se indican a partir de la siguiente información. Cada una de las cuestiones son independientes, sin que la información de una cuestión afecte a las otras. Excepto en el punto 1, no se tiene en cuenta el efecto impositivo ni el IVA.

Cuestión 1. Contabilidad del impuesto sobre sociedades

La sociedad Arosa presenta la siguiente información a efectos de contabilizar el impuesto sobre sociedades en el X1:

- Resultado contable antes de impuestos del año X1: 3.000 um.
- Las únicas diferencias entre el resultado contable antes de impuestos y la base imponible del ejercicio X1 es la que se puede derivar de la siguiente información:
 - En enero del año X0, la sociedad adquirió un inmovilizado por importe de 500 um que en contabilidad amortiza linealmente en 5 años. Fiscalmente, el inmovilizado está sujeto a libertad de amortización, habiéndose deducido fiscalmente toda la amortización en el X0.
 - En el ejercicio X1, la sociedad ha pagado sanciones por importe de 700 um que no son deducibles, ni en el ejercicio ni en otro ejercicio.

El tipo impositivo aplicable es del 25%. En el ejercicio X1 la empresa no ha generado deducciones de la cuota. Las retenciones y pagos a cuenta soportados en el ejercicio X1 son de 70 um.

Se pide:

En relación con el ejercicio X1:

- a) Calcular la cuota a pagar o devolver del impuesto sobre sociedades.
- b) Anotaciones contables relativas al impuesto sobre sociedades.
- c) Importe del gasto por impuesto sobre sociedades que recoge la cuenta de pérdidas y ganancias de X1, e indique su desglose en gasto corriente y gasto diferido.



- d) Indicar el importe de los activos por impuestos diferidos o pasivos por impuesto diferido que se pueden derivar de la información anterior.

Cuestión 2. Pagos contingentes en inmovilizado

A principios de julio del año X1, la sociedad Erosa adquiere unas instalaciones. El precio comprende un importe de 30.000 um al contado y los dos pagos contingentes siguientes al inicio de julio de X2:

- Pago contingente 1: Un pago de entre 6.000 y 12.000 um, si algunos componentes del activo funcionan de acuerdo con unos estándares preestablecidos.
- Pago contingente 2: Un pago adicional de 500 um si la sociedad alcanza un determinado nivel de ventas.

En la fecha de la adquisición, la sociedad considera que ambos pagos son probables, y que la mejor estimación del valor actual del importe a pagar es: 10.000 um para el pago contingente 1 y de 490 um para el pago contingente 2.

El tipo de interés incremental de Erosa para las deudas a 1 año es del 2 % anual.

El inmovilizado se amortiza en 5 años.

En julio del año X2 se abona el pago contingente 1, siguiendo el importe definitivo de 9.000 um. No se cumplen las condiciones para realizar el pago contingente 2.

Se pide:

En relación con el ejercicio X1:

- e) Anotación contable en julio de X1 para el registro inicial del activo.
- f) Anotaciones contables al cierre de X1.
- g) Anotaciones contables en el año X2.

Cuestión 3. Activo financiero a coste amortizado

En enero de X1, la sociedad Irosa adquiere un instrumento financiero por importe de 91.669,63 um. Dicho instrumento financiero se contabiliza según el método del coste amor-



tizado, siendo el tipo de interés efectivo del 6 %. Se estima que va a producir únicamente dos flujos de caja positivos: 50.000 um al final del año X1 y 50.000 um al final del año X2.

Se pide:

Considerando redondeo de las cifras a dos decimales:

- h) Anotaciones contables del año X1.
- i) Importe por el que aparece contabilizado el activo en el balance del año X1.
- j) Anotaciones contables del año X2.

Solución

Cuestión 1

Apartado a)

Liquidación de impuesto sobre sociedades en X1:

Beneficio antes de impuestos	3.000
+/- Ajustes	
Libertad de amortización (1)	+100
Sanciones (2)	+700
Base imponible	3.800
Tipo de gravamen	25%
Cuota íntegra	950
Deducciones	0
Cuota líquida	950
Retenciones y pagos a cuenta	-70
Cuota diferencial	880

Notas:

- (1) La libertad de amortización es un beneficio fiscal que permite deducir fiscalmente la inversión realizada en el inmovilizado en el ejercicio de su adquisición, dando lugar a ajustes en la determinación de la base imponible del impuesto sobre sociedades. Los ajustes de esta operación se muestran en la siguiente tabla.

Años	Gasto contable (500/5 = 100)	Gasto fiscal	Ajuste en la base imponible	479, «Pasivos por diferencias temporarias imponibles»
X0	100	500	-400	100 H
X1	100	0	100	25 D
X2	100	0	100	25 D
X3	100	0	100	25 D
X4	100	0	100	25 D
	500	500		

En el año actual procede un ajuste de positivo de 100 que da lugar a la reversión de la cuenta 479, «Pasivos por diferencias temporarias imponibles», por importe de $100 \times 25\% = 25$.

- (2) La sanción es un gasto contable que no es deducible fiscalmente y que a efectos del cálculo de gasto del impuesto sobre sociedades es una diferencia permanente.

Apartado b)

Por el impuesto corriente:

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente	950	
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta		70
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre sociedades		880



Por la diferencia temporaria de la libertad de amortización:

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles (100 × 25 %)	25	
6301	Impuesto diferido		25

Regularización:

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	25	
129	Resultado del ejercicio	925	
6300	Impuesto corriente		950

$$\text{Resultado del ejercicio} = 3.000 - 925 = 2.075$$

Apartado c)

Beneficio antes de impuestos	3.000
(-) Impuesto corriente	-950
(+) Impuesto diferido	+25
Resultado del ejercicio	2.075

Apartado d)

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
		PASIVO NO CORRIENTE	
		Pasivos por diferencias temporarias imponibles (300 × 25 %)	75
		PASIVO CORRIENTE	
		Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre sociedades	880

Cuestión 2

Apartado e)

La Resolución de 1 de marzo de 2013, de la presidenta del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), por la que se dictan normas de registro y valoración del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias, indica en relación con los pagos contingentes que, en aquellos casos en que el precio acordado incluya un importe contingente, la valoración inicial del inmovilizado material incluirá la mejor estimación del valor actual de la citada contraprestación.

No obstante, los pagos contingentes que dependan de magnitudes relacionadas con el desarrollo de la actividad, como la cifra de ventas o el resultado del ejercicio, en todo caso se contabilizarán como un gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias a medida que se incurran.

Por tanto, el pago contingente 1 será mayor importe del activo y el pago contingente 2, relacionado con las ventas, será gasto del ejercicio en el que se produzca.

En el mismo apartado la Resolución del ICAC señala que las deudas por compra de inmovilizado se valorarán de acuerdo con lo dispuesto en la norma de registro y valoración sobre instrumentos financieros del Plan General de Contabilidad.

1 de julio de X1. Adquisición de las instalaciones y reconocimiento de la deuda por los pagos contingentes:

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
215	Otras instalaciones	40.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		30.000
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		10.000

Apartado f)

Con posterioridad a su reconocimiento inicial, los elementos del inmovilizado material se valorarán por su precio de adquisición o coste de producción menos la amortización acumulada y, en su caso, el importe acumulado de las correcciones valorativas por deterioro reconocidas.



Amortización de las instalaciones:

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	4.000	
2815	Amortización acumulada de otras instalaciones [(40.000/5) × (6/12)]		4.000

Actualización de la deuda:

Los pasivos financieros incluidos en la categoría de débitos y partidas a pagar se valorarán por su coste amortizado. Los intereses devengados se contabilizarán en la cuenta de pérdidas y ganancias, aplicando el método del tipo de interés efectivo.

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas (10.000 × 2% × 6/12)	100	
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		100

Apartado g)

1 de julio de X2. Amortización, actualización y pago del pago contingente 1:

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material [(40.000/5) × (6/12)]	4.000	
2815	Amortización acumulada de otras instalaciones		4.000

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas (10.000 × 2% × 6/12)	100	
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		100

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo (10.000 + 100 + 100)	10.200	



Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
▶			
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		9.000
212	Instalaciones técnicas		1.200

La minoración del pago contingente supone menor coste del activo y, en nuestra opinión, no procede corregir las amortizaciones, ya que no es aplicable la norma de registro y valoración 22.^a, «Cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables», puesto que no estamos ante un cambio de criterio o error, por lo que a partir de esta fecha se calculará una nueva cuota de amortización.

El pago contingente 2 no procede según datos del enunciado.

31 de diciembre de 20X2

El importe de la nueva cuota de amortización es el siguiente:

Valor contable al 1 de julio de X2 (40.000 – 4.000 – 4.000 – 1.200)	30.800
Vida pendiente desde el 1 de julio de X2	4 años
Nueva cuota anual (30.800/4)	7.700

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material (7.700 × 6/12)	3.850	
2815	Amortización acumulada de otras instalaciones		3.850

Cuestión 3

El coste amortizado de un instrumento financiero es el importe al que inicialmente fue valorado un activo financiero o un pasivo financiero, menos los reembolsos de principal que se hubieran producido, más o menos, según proceda, la parte imputada en la cuenta de pérdidas y ganancias, mediante la utilización del método del tipo de interés efectivo, de la diferencia entre el importe inicial y el valor de reembolso en el vencimiento y, para el caso de los activos financieros, menos cualquier reducción de valor por deterioro que hubiera sido reconocida, ya sea directamente como una disminución del importe del activo o mediante una cuenta correctora de su valor.



El tipo de interés efectivo es el tipo de actualización que iguala el valor en libros de un instrumento financiero con los flujos de efectivo estimados a lo largo de la vida esperada del instrumento, a partir de sus condiciones contractuales y sin considerar las pérdidas por riesgo de crédito futuras; en su cálculo se incluirán las comisiones financieras que se carguen por adelantado en la concesión de financiación.

Apartado h)

La evolución del coste amortizado a lo largo de la vida de la operación, en función de los datos del supuesto, es el siguiente:

Años	Intereses 6 %	Cobros	Amortización	Coste amortizado
0				91.669,63
1	5.500,18	50.000	44.499,82	47.169,81
2	2.830,19	50.000	47.169,81	0

1 de enero. Adquisición del instrumento financiero:

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
-	Activo financiero a corto plazo	44.499,82	
-	Activo financiero a largo plazo	47.169,81	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		91.669,63

31 de diciembre. Por los ingresos financieros devengados en función del tipo de interés efectivo del 6 %:

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
-	Activo financiero a corto plazo	5.500,18	
76	Ingresos financieros		5.500,18

Y por el cobro del primer flujo de caja:

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	50.000	





Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
▶			
-	Activo financiero a corto plazo		50.000

Además, también procede la reclasificación a corto plazo de la parte del activo financiero que tendrá vencimiento dentro de un año:

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
-	Activo financiero a corto plazo	47.169,81	
-	Activo financiero a largo plazo		47.169,81

Apartado i)

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
ACTIVO CORRIENTE			
Activo financiero a corto plazo	47.169,81		

Apartado j)

Anotaciones contables del año X2:

Con fecha 31 de diciembre procede realizar el devengo de los intereses del segundo año y el cobro del segundo flujo de caja.

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
-	Activo financiero a corto plazo	2.830,19	
76	Ingresos financieros		2.830,19

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	50.000	
-	Activo financiero a corto plazo		50.000



Caso práctico núm. 2

Contabilidad de sociedades

Realiza las anotaciones que se indican a partir de la siguiente información. Cada uno de los puntos son independientes, sin que la información de una cuestión afecte a las otras. No se tiene en cuenta el efecto impositivo ni el IVA.

Cuestión 1. Aplicación de resultado

El patrimonio neto de la sociedad Ario presenta a 31 de diciembre del año X0 la siguiente composición:

Capital social	500.000
Reserva legal	8.000
Reservas voluntarias	5.000
Resultados negativos de ejercicios anteriores	-12.000
Resultado del ejercicio	1.000
Ajustes por cambios de valor	-1.500
Total	500.500

En marzo de X1, tras la aprobación de las cuentas anuales del año anterior, la sociedad acuerda aplicar el resultado de X0, destinando al reparto de dividendos el importe máximo que permite la normativa. El dividendo se pagará en julio de X1.

En julio de X1 paga el dividendo, mediante la entrega de un inmovilizado material que tiene un valor contable de 100 um, si bien su valor razonable se corresponde con el importe del dividendo aprobado. Se asume que no se realizan retenciones a los socios para el pago de impuestos.

Se pide:

- Contabilidad en marzo de X1 de la aplicación del resultado y acuerdo de reparto del dividendo.
- Contabilidad del pago del dividendo en julio de X1.

- c) Contabilidad del dividendo recibido en un socio que había adquirido el 100 % de las acciones de Ario cuando el patrimonio neto de Ario era capital social 500.000, reservas 20.000, sabiendo que desde la adquisición la sociedad Ario no ha repartido dividendos.

Cuestión 2. Obligaciones con conversión obligatoria

En enero del año X1, la sociedad Brio emite unas obligaciones con las siguientes características:

- Valor nominal y de emisión: 1.000.000 de um.
- Intereses: 10 % anual, que se acumula al valor del empréstito.
- Reembolso: el 31 de diciembre de X1 las obligaciones se convierten obligatoriamente en acciones de Brio.
- Valoración de reembolso: a efectos de la conversión, las obligaciones se valoran al valor nominal más los intereses acumulados. Las acciones se valoran al valor de cotización del cierre del día previo. Se entrega un número de acciones que igual es el valor de las obligaciones:

Se pide:

- d) Anotaciones contables derivadas de las obligaciones antes de la conversión.
- e) Contabilidad de la conversión, sabiendo que la cotización de las acciones al cierre del día previo es de 25 um, siendo su valor nominal de 20 um.

Cuestión 3. Operaciones con acciones propias. Reducción de capital

En noviembre del año X1 la sociedad Crio adquiere 8.000 acciones propias a 1,8 um/acción, siendo los gastos de la operación de 150 um. Pagos al contado.

En diciembre de X1, Crio vende 3.000 acciones propias a 2 um/acción. Los gastos de la venta ascienden a 70 um. Los cobros y pagos son al contado. La sociedad no tiene otras acciones propias diferentes a las adquiridas en noviembre.

En diciembre de X1, la sociedad Crio acuerda la reducción de su capital social en 100.000 um, mediante la reducción del valor nominal de las acciones en 0,2 um/acción sin devolu-



ción de aportaciones, y mediante la constitución de una reserva indisponible de conformidad con lo dispuesto en el artículo 335 c) de la Ley de sociedades de capital.

Se pide:

- f) Anotación contable correspondiente a la adquisición de acciones propias.
- g) Anotación contable correspondiente a la venta de acciones propias.
- h) Anotación contable relativa a la reducción de capital. (Nótese que esta operación no está relacionada por la adquisición de acciones propias).

Solución

Cuestión 1

Apartado a)

Para realizar la distribución del máximo dividendo posible hay que analizar dos límites.

El primer límite lo establece el artículo 273 del texto refundido de la Ley de sociedades de capital cuando indica que una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, solo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social.

El cálculo de patrimonio neto se realiza según lo establecido en el artículo 36 del Código de Comercio:

[...] A los efectos de la distribución de beneficios, de la reducción obligatoria de capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas de acuerdo con lo dispuesto en la regulación legal de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo. También a los citados efectos, los ajustes por cambios de valor originados en operaciones de cobertura de flujos de efectivo pendientes de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias no se considerarán patrimonio neto.



Capital social	500.000
Reserva legal	8.000
Reservas voluntarias	5.000
Resultados negativos de ejercicios anteriores	-12.000
Resultado del ejercicio	1.000
Ajustes por cambio de valor	-1.500
Patrimonio neto contable	500.500
+/- Ajustes	0
Patrimonio neto mercantil a efectos del reparto del resultado	500.500
Capital social	500.000
Límite	500

El segundo límite lo establece el concepto de beneficio distribuable desarrollado en el artículo 3.5:

5. Beneficio distribuable: es el agregado del resultado del ejercicio, de acuerdo con el balance aprobado, y los siguientes ajustes:

a) Positivos.

1.º Las reservas de libre disposición, y

2.º El remanente.

b) Negativos.

1.º Los resultados negativos de ejercicios anteriores. No obstante, el exceso de estos resultados sobre los ajustes positivos solo se incluirá como ajuste negativo en la parte en que no estén materialmente compensados con el saldo del importe de la reserva legal y de las otras reservas indisponibles preexistentes, y

2.º La parte del resultado del ejercicio en que deba dotarse la reserva legal y las restantes atenciones obligatorias establecidas por las leyes o los estatutos.

A los exclusivos efectos de cuantificar el beneficio distribuable, el resultado del ejercicio deberá incrementarse en el importe de los gastos financieros contabilizados al cierre del periodo en concepto de dividendo mínimo o preferente.



La prima de emisión y la prima de asunción constituyen patrimonio aportado que puede ser objeto de recuperación por los socios, en los mismos términos que las reservas de libre disposición, y las aportaciones de los socios reguladas en el artículo 9.

En todo caso la distribución de resultados o la devolución de las aportaciones indicadas en el párrafo anterior estará sujeta al cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 28.

Beneficio distribuible:

+	Resultado del ejercicio		1.000
+	Ajustes positivos		5.000
	Reservas voluntarias	5.000	
-	Ajustes negativos		-5.100
	Resultados negativos de ejercicios anteriores (*)	-5.000	
	Reserva legal (10% x 1.000)	-100	
	Beneficio distribuible		900

(*) Resultados negativos de ejercicios anteriores:

Saldo inicial	-12.000
Compensación con ajustes positivos	5.000
Saldo no compensado con ajustes positivos	-7.000
Compensación con reserva legales	8.000
Reserva legal efectiva	1.000

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	1.000	
112	Reserva legal		100
526	Dividendo activo a pagar		500
121 o 113	Resultados negativos de ejercicios anteriores o Reservas voluntarias		400

Apartado b)

Cuando la sociedad acuerde el pago de un dividendo mediante la entrega de un elemento patrimonial o grupo de elementos patrimoniales distintos del efectivo, si el valor contable por el que están contabilizados los citados elementos es inferior al valor razonable de la deuda reconocida con el socio, en el momento de la baja se registrará un beneficio por la diferencia entre ambos importes (art. 28.7 de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019).

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
526	Dividendo activo a pagar	500	
21	Inmovilizado material		100
771	Beneficios procedentes del inmovilizado material		400

Apartado c)

El apartado 2.8 de la norma de registro y valoración 9.^a del Plan General de Contabilidad y el artículo 31.1 de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019 señalan que, cuando los dividendos distribuidos procedan inequívocamente de resultados generados con anterioridad a la fecha de adquisición porque se hayan distribuido importes superiores a los beneficios generados por la participada desde la fecha de adquisición hasta el momento en que se acuerde el reparto, no se reconocerán como ingresos, y minorarán el valor contable de la inversión.

Patrimonio en el momento de la compra	520.000
Capital social	500.000
Reservas	20.000
Patrimonio en el momento de la distribución de dividendos	500.500

Por el reconocimiento del dividendo:

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
545	Dividendo a cobrar	500	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo		500



Y por el cobro del dividendo:

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
21	Inmovilizado material	100	
113	Reservas voluntarias	400	
545	Dividendo a cobrar		500

Cuestión 2

Apartado d)

Las obligaciones convertibles en acciones de la propia empresa, mediante una relación de canje variable se registran como pasivo financiero en su totalidad, ubicándose en la categoría de pasivos financieros de débitos y partidas a pagar. Los pasivos financieros incluidos en esta categoría se valorarán inicialmente por su valor razonable, que, salvo evidencia en contrario, será el precio de la transacción, que equivaldrá al valor razonable de la contraprestación recibida ajustado por los costes de transacción que les sean directamente atribuibles. La valoración posterior es por su coste amortizado. Los intereses devengados se contabilizarán en la cuenta de pérdidas y ganancias, aplicando el método del tipo de interés efectivo.

Inicio X1. Por la emisión de las obligaciones:

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	1.000.000	
501	Obligaciones y bonos convertibles a corto plazo		1.000.000

31 de diciembre de X1. Intereses devengados por las obligaciones:

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
661	Intereses de obligaciones y bonos	100.000	
501	Obligaciones y bonos convertibles a corto plazo		100.000



Por la amortización de las obligaciones:

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
501	Obligaciones y bonos convertibles a corto plazo	1.100.000	
5091	Obligaciones y bonos convertibles amortizados		1.100.000

Apartado e)

Valor de las obligaciones	1.100.000
Valor de 1 acción	25
Número de acciones a emitir (1.100.000/25)	44.000

Emisión de las acciones:

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas	1.100.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción (44.000 acciones x 25)		1.100.000

Suscripción y entrega de las acciones:

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
5091	Obligaciones y bonos convertibles amortizados	1.100.000	
190	Acciones o participaciones emitidas		1.100.000

Inscripción en el Registro Mercantil de la ampliación de capital:

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	1.100.000	
100	Capital social (44.000 x 20)		880.000
110	Prima de emisión o asunción (44.000 x 5)		220.000



Cuestión 3

Apartado f)

La adquisición derivativa de acciones o participaciones propias clasificadas como instrumentos de patrimonio se registrará en el patrimonio neto por su valor razonable, como una variación de los fondos propios. Los gastos derivados de estas transacciones se registrarán directamente contra el patrimonio neto como menores reservas.

Por la adquisición de 8.000 acciones propias:

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
108	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales (8.000 acciones × 1,8)	14.400	
113	Reservas voluntarias	150	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		14.550

Apartado g)

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros (3.000 acciones × 2)	6.000	
108	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales (3.000 acciones × 1,8)		5.400
113	Reservas voluntarias		600

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	70	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		70

Apartado h)

La reducción del capital para la constitución de una reserva disponible se contabilizará, previo cumplimiento de las exigencias legales previstas a tal efecto, minorando el capital social e incrementando la correspondiente reserva.



Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
100	Capital social	100.000	
113	Reservas voluntarias		100.000

Además, si se desea evitar la oposición de los acreedores:

Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	100.000	
1142	Reserva por capital amortizado		100.000

Caso práctico núm. 3

Análisis económico, financiero y patrimonial de estados financieros

La contabilidad de la sociedad Adorna, SA presenta la siguiente información financiera al cierre de los ejercicios 2018 y 2019.

Concepto	Unidades monetarias		Unidades	
	31-12-2018	31-12-2019	31-12-2018	31-12-2019
Ventas	100.000	110.000	1.000	1.100
Compras de materia prima M	60.000	66.000	1.200	1.200
Existencias de materias primas M	15.000	25.850	300	470
Existencias de productos en curso	7.560	6.010	120	100
Existencias de productos terminados T	12.750	8.900	150	100
Amortización del inmovilizado material	36.750	36.750	-	-
Clientes	30.000	35.000	-	-





Concepto	Unidades monetarias		Unidades	
	31-12-2018	31-12-2019	31-12-2018	31-12-2019
▶				
Proveedores	10.000	14.000	–	–
Deudas a corto plazo con bancos	20.000	18.000	–	–
Tesorería	5.000	6.500	–	–
Coste de la producción terminada	ND	93.450	ND	1.050

Se pide:

Responda a las cuestiones que se indican a continuación, teniendo en cuenta las siguientes especificaciones:

- En los cálculos utilice una precisión de 2 decimales.
- En los cálculos de magnitudes referidas a días se utilizará el año civil.
- Las cuestiones se refieren a la situación A lo largo del ejercicio y no solo al asistente en la fecha de cierre, por lo que puede ser necesaria la utilización de promedios.
 - a) Número de días que comprende el periodo medio de venta del ejercicio 2019.
 - b) Necesidades operativas de fondos (NOF) durante el ejercicio 2019 (realice el cálculo sin considerar la tesorería operativa).
 - c) Fondo de maniobra (FM) existente durante el ejercicio 2019, ¿qué relación existe entre las NOF y el FM de la empresa Adorna, SA?
 - d) En el ejercicio 2020 ha sido prohibida la venta en España del producto terminado. La empresa espera que esta limitación desaparezca en el 2021. En el 2020 la empresa ha recibido desde el extranjero un pedido de 1.150 unidades a un precio de venta de 70 um/unidad. A partir de la información contenida en sus estados previsionales, la empresa estima para el 2020 el coste variable unitario en 55 um y los costes fijos unitarios en 30 um. ¿Debería aceptar dicho pedido? Razone la respuesta, sin considerar la producción en curso terminada a 31 de diciembre de 2019.
 - e) La materia prima M que usa Adorna, SA es adquirida a una empresa del grupo. Los costes fijos y variables para la obtención de la materia prima M, ambos en términos unitarios, ascienden a 15 um y 35 um, respectiva-

mente, para una producción de 10.000 unidades de M. El precio de venta interno se ha fijado en 55 um/unidad.

Con objeto de mejorar la rentabilidad del grupo, el director financiero de la empresa matriz se plantea, para los ejercicios a partir del 2020, reducir la producción interna de la materia prima M y que Adorna, SA compre las unidades necesarias de esta directamente en el mercado asiático, siendo el precio de mercado de 25 um/unidad. A su vez, los costes de transportes de España ascenderán a 12 um/unidad. Desde el punto de vista del grupo empresarial, ¿qué decisión debería adoptar la matriz teniendo en cuenta que la empresa Adorna, SA presenta unas necesidades anuales de materia prima M en torno a 1.200 unidades? Razone la respuesta, sin considerar las existencias de materias primas, reproduce terminados y en curso que Adorna, SA mantiene al inicio del ejercicio y prescindiendo de las consideraciones que pudieran realizarse desde el punto de vista fiscal, incluidos los precios de transferencia.

Solución

Apartado a)

Se obtiene dividiendo el saldo medio de productos terminados entre el coste de ventas diario:

$$\text{Saldo medio de clientes} = (12.750 + 8.900)/2 = 10.825$$

$$\text{Coste de ventas diarios} = 97.300/365 = 266,57$$

$$10.825/266,57 = 40,60 \text{ días}$$

Apartado b)

Las NOF (necesidades operativas de fondos) se obtienen a partir del activo circulante operativo menos el pasivo circulante operativo.

(+) Existencias de materias primas M	20.425
(+) Existencias de productos en curso	6.785
(+) Existencias de productos terminados	10.825





(+) Clientes	32.500
(-) Proveedores	-12.000
Necesidades operativas de fondos	58.535

Apartado c)

(+) Existencias de materias primas M	20.425
(+) Existencias de productos en curso	6.785
(+) Existencias de productos terminados	10.825
(+) Clientes	32.500
(+) Tesorería	5.750
(-) Proveedores	-12.000
(-) Deudas a corto plazo con bancos	-19.000
Fondo de maniobra	45.285

Dado que las NOF son superiores al FM existe un déficit de financiación en el corto plazo que implica un aumento de la deuda neta financiera. La sociedad debe mejorar esta relación y revertirla para que las necesidades operativas de fondos sean menores que el fondo de maniobra y haya superávit de financiación.

Apartado d)

El pedido debe aceptarse siempre que el margen de cobertura sea superior a los costes fijos.

Precio de venta unitario	70
Coste variable unitario	55
Margen de cobertura unitario	15
Costes fijos (1.150 × 30)	34.500



Ventas (1.150 × 70)	80.500
Costes variables (1.150 × 55)	-63.250
Margen de cobertura	17.250
Menos costes fijos	-34.500
Resultado	-17.250

El resultado de aceptación del pedido es negativo por lo que no parece razonable su aceptación, aunque, si no lo realiza, la pérdida será de 34.500, que es el importe de los costes fijos.

Apartado e)

Dado que la decisión es a nivel del grupo, no debemos considerar el margen de transferencia interno para tomar la decisión:

Adquisición al exterior [1.200 × (25 + 12)]	44.400
Adquisición en el grupo [1.200 × (15 + 35)]	60.000

Dado que no se considera el margen interno de transferencia, tenemos que es más interesante comprarlas en el grupo a 35 um que en el mercado asiático que salen a 37 um.

Caso práctico núm. 4

Consolidación de estados financieros

Cuestión 1. Balances de situación consolidado

En enero del año X1 la sociedad M adquiere el 60 % de capital de F por importe de 26.000 um.

En la fecha de adquisición, el valor razonable de los elementos identificables de F coincidía con su valor contable, excepto un inmovilizado material no amortizable que tenía unas



plusvalías de 10.000 um. En dicha fecha las partidas de patrimonio neto del balance de F eran: capital 5.000 um, reservas 5.000 um.

Si surge fondo de comercio se considera que este se amortiza linealmente en 10 años.

Se asume que no hay operaciones internas entre las sociedades del grupo, y que F no ha repartido dividendos. Se prescinde del efecto impositivo.

En el año 4 el balance individual de las sociedades es como sigue:

Balance de situación 31-12-X4	M	E	Agregado
Intangible	4.000	3.000	7.000
Inmovilizado material	3.000	11.000	14.000
Inversión en filial	26.000		26.000
Activo corriente	5.000	13.000	18.000
Total activo	38.000	27.000	65.000
Capital	15.000	5.000	20.000
Reservas	12.000	14.000	26.000
Resultado del ejercicio	8.000	1.000	9.000
Deudas	3.000	7.000	10.000
Total patrimonio y pasivo	38.000	27.000	65.000

Se pide:

Indicar el importe, explicando su cálculo de las siguientes partidas:

- Socios externos en el balance consolidado de enero del año X1.
- Fondo de comercio en el balance consolidado de enero del año X1.
- Socios externos en el balance consolidado del año X4.
- Fondo de comercio en el balance consolidado del año X4.
- Inmovilizado material en el balance consolidado del año X4.

- f) Reservas en el balance consolidado del año X4 (incluyendo las de M y las reservas en sociedades consolidadas).
- g) Resultado atribuido a la sociedad dominante del año X4 (incluyendo las de M y el que genera la consolidación).

Cuestión 2. Método de puesta en equivalencia

El grupo GM adquirió el 40 % del capital de A en enero del año X1 por 250. Dicha participación otorga a M influencia significativa sobre A.

En la fecha de adquisición el valor contable de los activos identificables y pasivos asumidos por A se corresponde con su valor razonable, excepto un inmovilizado no amortizable que tiene una plusvalía de 100 no reconocida en la contabilidad de A.

Se asume que no hay operaciones internas entre las sociedades del grupo y la sociedad A. Se prescinde del efecto impositivo. Desde la inversión del grupo GM en la sociedad A, dicha sociedad no ha repartido dividendos.

El grupo considera una amortización anual del 10 % de los fondos de comercio.

La evolución del patrimonio neto de A es como sigue:

Patrimonio neto A. Diciembre año X0	Enero X1	Diciembre X4
Capital social	100	100
Reservas	400	900
Resultado del ejercicio		300
Total	500	1.300

Se pide:

Indicar el importe, explicando su cálculo, de las siguientes magnitudes de las cuentas anuales consolidadas del grupo GM en el año X4:

- a) Participaciones puestas en equivalencia
- b) Reservas en sociedades puestas en equivalencia.
- c) Participación en beneficios (pérdidas) de sociedades puestas en equivalencia.



Solución

Cuestión 1

Apartado a)

Patrimonio neto al 1 de enero de X1		10.000
Capital social	5.000	
Reservas	5.000	
Plusvalías activo no amortizable 1 de enero de X1		10.000

$$\text{Socios externos al 1 de enero de X1} = 40\% \times (10.000 + 10.000) = 8.000$$

Apartado b)

(+) Contraprestación transferida (coste de la combinación de negocios)	26.000
(-) Valor razonable de los activos identificables netos de pasivos asumidos al 1 de enero de X1	-12.000
(=) Fondo de comercio de consolidación en E a 1 de enero de X1	14.000

El valor razonable de los activos identificables netos de pasivos asumidos al 1 de enero de X1 se obtiene como sigue:

Capital social E	5.000
Reservas E	5.000
Patrimonio neto E	10.000
+/- Ajustes	
Plusvalía activo no amortizable	10.000
Total	20.000
Parte correspondiente a la adquirente	12.000

Apartado c)

Patrimonio neto al 1 de enero de X4	20.000
Capital social	5.000
Reservas	14.000
Resultado del ejercicio	1.000
Plusvalías activo no amortizable 1 de enero de X1	10.000

Intereses de socios externos al 31 de diciembre de X4 = $40\% \times (20.000 + 10.000) = 12.000$

En el importe anterior se ha incluido el resultado del ejercicio, si se hace de forma separada el importe sería $40\% \times 29.000 = 11.600$.

Apartado d)

Importe fondo de comercio al 1 de enero de X1	14.000
Amortización de los años X1, X2, X3 y X4 (1.400×4)	-5.600
Fondo de comercio 31 de diciembre de X4	8.400

Apartado e)

El valor contable del inmovilizado material en el balance consolidado será de 36.000 que provienen de 26.000 en el balance agregado más la plusvalía de 10.000.

Apartado f)

El importe de reservas en sociedades consolidadas será $60\% \times (14.000 - 5.000) = 5.400$, por lo que el total de reservas en balance consolidado será:

Reservas M según balance	12.000
Menos disminución por amortización del fondo de comercio (1.400×3 años)	-4.200
Más reservas en sociedades consolidadas	5.400
	13.200



Para una mejor comprensión de los apartados anteriores se incluyen a continuación las eliminaciones a efectuar en el balance para obtener la elaboración de los estados consolidados a 31 de diciembre de X4.

Por la plusvalía del activo:

Cuenta	Debe	Haber
Inmovilizado material	10.000	
Reservas E		10.000

Eliminación inversión neto:

Cuenta	Debe	Haber
Capital social E	5.000	
Reservas E (14.000 + 10.000)	24.000	
Fondo de comercio de consolidación	14.000	
Participación en E		26.000
Socios externos		11.600
Reservas en sociedades consolidadas		5.400

Amortización del fondo de comercio:

Cuenta	Debe	Haber
Reservas M (1.400 × 3)	4.200	
Resultado del ejercicio M	1.400	
Amortización acumulada del fondo de comercio		5.600

Atribución de resultados al grupo y a los socios externos:

Cuenta	Debe	Haber
Resultado del ejercicio M	6.600	





Cuenta	Debe	Haber
▶		
Resultado del ejercicio E	1.000	
Resultado atribuido a la dominante $(8.000 - 1.400 + 1.000 \times 60\%)$		7.200
Resultado atribuido a los socios externos $(1.000 \times 40\%)$		400

Cuestión 2

Cálculos y anotación previos:

1 de enero de X1

(+) Contraprestación transferida (coste)	250
(-) 40% Valor razonable de los activos identificables netos de pasivos asumidos [$40\% \times (500 + 100)$]	-240
(=) Fondo de comercio de sociedades puestas en equivalencia (implícito)	10

El valor razonable de los activos identificables menos los pasivos asumidos se obtiene de la siguiente forma:

Capital social	100
Reservas	400
Patrimonio neto	500
+/- Ajustes	
Plusvalía de activo no amortizable	100
Total	600

1. Por la amortización del fondo de comercio de consolidación implícito en sociedades puestas en equivalencia. Por analogía a la contrapartida empleada en integración global, se lleva contra reservas y resultado del ejercicio de la sociedad inversora.



Balance agregado

Cuenta	Debe	Haber
Reservas M (3 años × 1)	3	
Resultado del ejercicio (1 año × 1)	1	
Participación de sociedades puestas en equivalencia		4

Pérdidas y ganancia agregada

Cuenta	Debe	Haber
Participación en beneficios de sociedades puestas en equivalencia	1	
Saldo M		1

2. Por la actualización del valor de la participación en sociedades puestas en equivalencia (primera puesta en equivalencia y evoluciones en patrimonio neto de la asociada atribuibles al grupo):

Cuenta	Debe	Haber
Participación en sociedades puestas en equivalencia	570	
Participación en A		250
Reservas en sociedades puestas en equivalencia [40% × (900 – 400)]		200
Resultado del ejercicio atribuido a M (40% × 300)		120

Pérdidas y ganancia agregada

Cuenta	Debe	Haber
Saldo M	120	
Participación en beneficios de sociedades puestas en equivalencia (40% × 300)		120

Apartado a)

Participaciones puestas en equivalencia: $-4 + 570 = 566$.



Apartado b)

Reservas en sociedades puestas en equivalencia: 200.

Apartado c)

Participación en beneficios de sociedades puestas en equivalencia: $-1 + 120 = 119$.

FE DE ERRATAS

Advertido error en la página 93, nota *, del análisis jurisprudencial «Non bis in idem y derivación de la responsabilidad por expedición de facturas falsas al sancionado por su utilización. (Análisis de la STS de 17 de septiembre de 2020, rec. núm. 325/2019)» de don Carlos Palao Taboada, publicado en el número 455 de la *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, se procede a efectuar la oportuna rectificación:

Página 93, nota *, donde dice:

«* Este trabajo se ha realizado en el marco de un contrato predoctoral correspondiente a la «Convocatoria de Contratos Predoctorales para formación de Personal Investigador 2019 (FPI-UAM)» y del Proyecto de Investigación PGC2018-099982-B-100, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y el FEDER».

Debe decir:

«* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación «Fiscalidad Empresarial (GI-19/1)» de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (Plan Nacional I+D+i) (número de identificador: A-81618894-GI-19/1), del que es IP María del Carmen Cámara Barroso».

Advertido error en la página 13, último párrafo, del estudio «Novedades IVA 2021» de don Antonio Longás Lafuente, publicado en el número 455 de la *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, se procede a efectuar la oportuna rectificación:

Página 13, último párrafo, donde dice:

«Nuevamente, debe indicarse que el régimen de tributación relativo a prestaciones de servicios realizadas para empresarios o profesionales establecidos en Irlanda del Norte o recibidas de los mismos se mantiene en vigor, dándose el mismo tratamiento que al resto de la Unión, por lo que, de tener esta condición tanto el prestador como el destinatario, deberán declararse por el empresario o profesional en el modelo 349, además de tener la obligación de suministrar el NIF a efectos de IVA.

Referido al resto del territorio de Reino Unido, en tanto deja de ser territorio de la Unión:»

Debe decir:

«A diferencia de las operaciones con entregas de bienes, el régimen de tributación relativo a prestaciones de servicios realizadas para empresarios o profesionales establecidos en el Reino Unido e Irlanda del Norte, o recibidas de los mismos, tiene un tratamiento único, de forma que todo el territorio pasa a tener de la condición de Estado tercero y las operaciones referidas a servicios tendrán el tratamiento de comercio exterior.

En tanto todo el territorio del Reino Unido deja de ser territorio de la Unión:»

Consejo de redacción

Normas de publicación

La *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF (RCyT. CEF)* editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1138-9540 (en versión impresa) e ISSN-e: 2531-2138 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a los estudiosos y profesionales de las materias conectadas con las áreas tributaria y contable del Derecho que pretende ser un medio al servicio de aquellos que, a través de sus trabajos de investigación y opinión, desean ofrecer al lector su aportación doctrinal o profesional sobre temas controvertidos y de interés.

La *RCyT. CEF* tiene una periodicidad mensual e incluye estudios de naturaleza académica de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Contabilidad y Tributación. También incluye artículos que analizan las disposiciones normativas y resoluciones judiciales y doctrinales de actualidad tributaria y contable más relevantes. Asimismo, destina un espacio al análisis de cuestiones de controvertida aplicación práctica tributaria y contable.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revista@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del/de la autor/a del trabajo seguidos de un guión y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: EDT (estudios doctrinales tributarios), EDC (estudios doctrinales contables), AJDT (análisis jurisprudencial y doctrinal tributario), ADC (análisis doctrinal contable), EPT (estudios profesionales tributarios), EPC (estudios profesionales contables), CPT (caso práctico tributario) o CPC (caso práctico contable).

Los trabajos destinados a la sección «Estudios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a la sección «Análisis jurisprudencial y doctrinal») han de estar encabezados por:
 - Título en español e inglés.
 - Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5), en español e inglés.
 - Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
 - Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábica, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2...).

El análisis jurisprudencial y doctrinal ha de estar encabezado por:

- Título en español.
- Extracto de no más de 20 líneas en español.
- Estructura: 1. Supuesto de hecho, 2. Doctrina del tribunal, y 3. Comentario crítico (se trata de un análisis crítico y no descriptivo. Tiene que ser más del 60% del total), que utilizará la numeración arábica, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2...) en el caso de que fuera necesario.

3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:
 - Estudios doctrinales tributarios o contables: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
 - Análisis jurisprudencial y doctrinal tributario o contable: mínimo 5 y máximo 10 páginas.
 - Estudios profesionales tributarios o contables: máximo 25 páginas.
 - Casos prácticos: máximo 25 páginas.
4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<www.normacef.es>). Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto. No se utilizará letra cursiva para las citas. Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). *Vid.* ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm>>.
6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo. No ocuparán más de 3 páginas. Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.ª ed.). *Vid.* ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm>>.
7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm>>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por la editorial, lo que no implicará su aceptación.
- Remisión de originales al Consejo de redacción. La editorial remitirá el trabajo al Consejo de redacción de la revista, que lo analizará y decidirá su aceptación, su admisión condicionada a la introducción de cambios por el/los autor/es o su rechazo. En cualquiera de los casos, la decisión adoptada será comunicada al/a los autor/es.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de redacción. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.

CEF.-



TELEPRESENCIAL | ONLINE

Cursos de formación a medida para empresas *(in company)*

Nos adaptamos a las necesidades formativas de la empresa

Escuchamos las necesidades formativas de pequeñas, medianas y grandes empresas para ofrecer una propuesta global a medida, trabajando en estrecha colaboración para que sus planes de formación alcancen la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales. Adaptamos para ello los contenidos según sus necesidades específicas, atentos siempre a los horarios y ubicaciones geográficas que demanden.

Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente o, incluso, desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a lo largo del año.

Nuestros datos desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA.

+ 4.100

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 67.500

Profesionales formados

+ 74.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa

Más información en www.cef.es/empresas

CEF.-

INICIO
marzo y abril
2021

Cursos de Contabilidad y Tributación

TELEPRESENCIAL | ONLINE

Curso sobre la Modificación del Plan General de Contabilidad y sus Disposiciones Complementarias | Curso de Especialización en Gestión de Pymes con Sage 50cloud | Curso de Contabilidad Avanzada | Curso de Contabilidad Práctica | Curso de Consolidación de Estados Financieros | Curso sobre las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF/NIC) | Curso de Contabilidad de Costes | Curso de Control de Gestión | Curso de Power BI | Curso Superior de Tributación | Curso de Tax Compliance: Empresa y Obligaciones Fiscales | Curso de Tributación Práctica | Curso de Especialización en Procedimientos Aduaneros e Impuestos Especiales | Curso del Impuesto sobre Sociedades | Curso sobre el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) | Curso sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF)

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es/cursos