

DEF.-

Contabilidad y Tributación

Comentarios y Casos Prácticos

ISSN: 1138-9540

Revista mensual núm. 310

Enero 2009



- **¿Tributa lo contrario a Derecho?**
- **Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales**
- **Procedimiento de declaración de responsabilidad tributaria solidaria**
- **Recurso de alzada del Director de Departamento: extemporaneidad**
- **Papillon o retorno a Marks & Spencer**
- **Valoración de la inversión empresarial**
- **Contabilidad del arrendamiento financiero**
- **Activos intangibles**
- **Consultas planteadas al ICAC**
- **Caso práctico de Contabilidad**

CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

Viriato, 52
28010 MADRID

Gran de Gràcia, 171
08012 BARCELONA

Alboraya, 23
46010 VALENCIA

Ponzano, 15
28010 MADRID

www.cef.es

902 88 89 90

info@cef.es

ENERO 2009 – NÚMERO 310

DIRECTOR

Roque de las Heras Miguel

COORDINADORES

M.^a José Leza Angulo

Javier Romano Aparicio

CONSEJO ASESOR

- Sotero Amador Fernández
(Profesor del Centro de Estudios Financieros)
- Juan Arrieta Martínez de Pisón
(Vicedecano de Postgrado de la Facultad de Derecho y Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. UAM)
- Eduardo Bueno Campos
(Catedrático de Economía de la Empresa. UAM)
- Inocencio Carazo González
(Socio Director de INSEA & Abogados)
- José Luis Cea García
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. UAM)
- Manuel García-Ayuso Covarsí
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Sevilla)
- Lorenzo de las Heras Miguel
(Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España)
- Luis Alberto Malvárez Pascual
(Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Huelva)
- Alfonso Martínez García Monco
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Alcalá)
- Juan Monterrey Mayoral
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Extremadura)
- Francisco Palacio Ruiz de Azagra
(Vocal del Tribunal Económico-Administrativo Central)
- Carlos Palao Taboada
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. UAM)
- José Ramón Ruiz García
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de La Coruña)
- J. Andrés Sánchez Pedroche
(Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Castilla-La Mancha)
- Eduardo Sanz Gadea
(Inspector de Hacienda del Estado. Ministerio de Economía y Hacienda)
- Enrique Villanueva García
(Profesor Titular de Economía Financiera y Contabilidad. UCM)

SUMARIO

	Página
TRIBUTACIÓN	
1/2009 El gravamen de lo ilícito. Aplicación práctica de la solución propuesta a los distintos impuestos desde nuestro Derecho positivo. ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2008 (Nuria Puebla Agramunt)	3
2/2009 Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales: el informe OCDE 2008. (José Manuel Calderón Carrero)	51
3/2009 El procedimiento de declaración de responsabilidad tributaria solidaria. (Juan Calvo Vérguez)	85
4/2009 Extemporaneidad del recurso ordinario de alzada del director del Departamento de Inspección Financiera de la Agencia Tributaria. ¿Cuestión resuelta? (Jesús María Calderón González)	87
5/2009 Papillon o retorno a Marks & Spencer. (Stella Raventós Calvo)	99
CONTABILIDAD	
6/2009 La valoración de la inversión empresarial, las opciones reales y la simulación de Monte Carlo. Propuesta y aplicación de un modelo. (Susana Alonso Bonis, Valentín Azofra Palenzuela y Gabriel de la Fuente Herrero)	111
7/2009 La contabilidad del arrendamiento financiero en los nuevos planes de contabilidad. (Pedro Sevilla Romero)	155
8/2009 Activos intangibles identificables. ¿Se ha logrado alcanzar una convergencia internacional en su tratamiento contable? (Yolanda Ramírez Córcoles y Ángel Tejada Ponce)	169
9/2009 Consultas planteadas al ICAC. (Inmaculada de Benito Cámara)	185
10/2009 Supuestos propuestos en la Oposición para Técnicos de Hacienda del Gobierno de Navarra. (Fernando Vallejo Torrecilla)	197
RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS	253

Solo disponible en versión digital

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

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

- REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

C/ Viriato, 52 - 28010 MADRID

Telf.: 902 88 89 90

- EDITA:

Centro de Estudios Financieros, S.L.

- IMPRIME:

Artes Gráficas Coyve, S.A.

C/ Destreza, 7

Polígono Industrial «Los Olivos»

28906 Getafe (Madrid)

- DEPÓSITO LEGAL: M-1947-1981

- SUSCRIPCIÓN ANUAL (2009): 134,62 € (IVA no incluido)

Comprende dos volúmenes:

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

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

- SUSCRIPCIÓN ANUAL (2009) 201,93 € (IVA no incluido)

(Comprende los dos volúmenes indicados anteriormente y al final de cada año se recopilan en Tomos independientes: Legislación y Jurisprudencia Tributaria).

- NÚMEROS SUELTOS (Completo):

– Suscriptores 14,43 € (IVA no incluido)

– No suscriptores 19,24 € (IVA no incluido)

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

© CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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

EL GRAVAMEN DE LO ILÍCITO. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA SOLUCIÓN PROPUESTA A LOS DISTINTOS IMPUESTOS DESDE NUESTRO DERECHO POSITIVO

NURIA PUEBLA AGRAMUNT

*Máster en Tributación/Asesoría Fiscal por el CEF
Doctora en Derecho y Profesora Asociada del Departamento de
Derecho Financiero y Tributario de la UCM*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2008** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Carlos PALAO TABOADA, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, doña M.^a José LEZA ANGULO, don Alfonso MARTÍNEZ GARCÍA MONCO, don FRANCISCO PALACIO RUIZ DE AZAGRA y don José Ramón RUIZ GARCÍA.

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

Extracto:

EL trabajo que el lector tiene en sus manos aborda la cuestión de la tributación de los actos ilícitos, respondiendo a la pregunta de si un acto, contrato o negocio contrario a Derecho y declarado nulo debe tributar. Sin desconocer que muchas voces se han alzado para sostener que las operaciones ilícitas, los actos antijurídicos o las actividades contrarias a Derecho, como reveladoras de riqueza, deben someterse a gravamen, y sin prescindir de los principios como el de igualdad y el de generalidad, con base en los cuales se ha afirmado que todos, y no solo los ciudadanos honrados, deberían contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, la autora realiza un planteamiento distinto. Y así, tras un imprescindible examen previo del concepto de ilicitud, que conecta con el más amplio de invalidez, para evitar que la respuesta tributaria al problema fuese incongruente con lo establecido en otros órdenes del Derecho, aporta una teoría de la que deriva una solución práctica, que hace referencia a los distintos impuestos de nuestro sistema tributario, que está cuajada de citas doctrinales y jurisprudenciales, y que viene a decir que en un Ordenamiento jurídico único no puede sostenerse que lo contrario a unas normas, y declarado por ello sin efectos, debe tributar.

Palabras clave: tributación de actos ilícitos, invalidez, ilicitud, capacidad económica y unidad del Ordenamiento jurídico.

Sumario

- I. Primera Parte
 1. Planteamiento del problema y delimitación del objeto de estudio: ¿debe tributar lo contrario a Derecho?
 2. La solución al problema basada en los principios: argumentos que se contraponen.
 3. El punto de partida: los conceptos mismos de *tributo* y de *ilícito* y la conexión de este último con la *invalidéz*.
 4. La detección de la ilicitud: la distinta solución tributaria si hay apariencia de validez o si la ilicitud es manifiesta.
- II. Segunda Parte: los casos de apariencia de validez: gravamen prescindiendo de los vicios y devolución si los efectos se deshacen.
 5. La irrelevancia de los vicios de invalidez de los actos a efectos de su gravamen.
 6. La declaración de nulidad de los actos sometidos a gravamen.
 7. La relevancia tributaria de la declaración de nulidad y cesación de efectos: la necesidad del reintegro del impuesto ingresado.
 8. La naturaleza de la devolución.
 9. Mecanismos legales para obtener el reintegro del impuesto satisfecho por el acto anulado.
- III. Tercera Parte: los casos en que no hay apariencia de validez: no sujeción.
 10. No sujeción a gravamen por haber indicios de delito.
 11. No sujeción a gravamen por ser el objeto absolutamente ilícito.
- IV. Conclusiones.

El presente trabajo se divide en tres partes. En la primera de ellas se plantea el problema, se delimita el objeto de estudio, se descartan las soluciones dadas al mismo hasta ahora y se propone una solución. La solución, siendo única en lo sustancial, difiere en lo procedimental, y por ello se desglosa en dos. Al desarrollo de la primera vía de solución dedicamos la segunda parte, y al desarrollo de la segunda, la tercera parte de este trabajo.

I. PRIMERA PARTE

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: ¿DEBE TRIBUTAR LO CONTRARIO A DERECHO?

A nadie se le escapa que, en su mayoría, los negocios ilegales, las operaciones ilícitas, los actos antijurídicos o las actividades contrarias a Derecho, de un modo u otro revelan riqueza, en el sentido de que con ellas se mueve dinero. Tampoco puede obviarse que precisamente uno de los motivos que conducen a la comisión de delitos o infracciones es la expectativa de obtener con ello un beneficio en términos monetarios. Por eso es comprensible que, desde distintos foros y con base en argumentos de justicia material, se haya pretendido que estas actividades, operaciones o actos se sometan a gravamen, porque son enormes las sumas de dinero que, por ilegales, quedan al margen de la tributación.

En el presente estudio nos preguntamos exactamente esto, si un acto, contrato o negocio contrario a Derecho debe tributar. Se trata de un asunto sobre el que se están vertiendo cada vez más opiniones, españolas y extranjeras, y que sin embargo a día de hoy y a pesar de su trascendencia práctica, no podemos afirmar que esté resuelto de manera unánime, ni en la doctrina ni en la legislación ni en la jurisprudencia.

Ciertamente, la consagración de principios de justicia tributaria como el de igualdad y el de generalidad significaría que todos, y no solo los honrados, deberían contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Pero ¿es este argumento válido o encierra un sofisma? Porque lo primero que deberá analizarse es si dicho razonamiento se asienta en una premisa cierta; y solo posteriormente podrá resolverse la cuestión, verificando si la conclusión alcanzada es verdaderamente acorde con los principios de justicia e igualdad o si, en realidad, atenta contra la esencia del Derecho. Porque, ¿no es el fin último del mismo el mantener un orden y, por tanto, la restitución de ese orden cuando ha sido violado, con la reposición de las cosas al estado en que se encontraban antes de la comisión del ilícito y con la reparación del daño causado con este? Aceptar el gravamen definitivo sobre lo ilícito, ¿no significa entonces aceptar la infracción? El ente público que lo percibe, ¿no se convierte, al exigir el tributo, en autor de un delito de receptación, por hacerse con una parte de los beneficios del delincuente? Consentir que se graven conductas castigadas penalmente, ¿no convertiría al tributo en una sanción más, impuesta de plano y sin las garantías procesales consagradas en la Constitución?

Estamos ante un problema que puede enfocarse desde un punto de vista interdisciplinar, pero al que trataremos de dar una respuesta desde planteamientos de Derecho tributario, y no desde la filosofía del Derecho, desde el Derecho penal o desde el Derecho constitucional, ni tampoco desde la ética, la moral o la economía.

Ya dentro del Derecho tributario, muy diversas son las situaciones que, encuadrables en el problema del gravamen de lo ilícito y en la imaginación de quien estudia, pueden querer resolverse con una solución única. Nosotros limitaremos la investigación a los **tributos que hay establecidos sobre los propios actos, transacciones económicas o negocios jurídicos, cuando estos son contrarios a Derecho**, y dejaremos fuera de nuestro estudio la tributación de los posibles beneficios del que comete una ilegalidad, la deducibilidad del gasto en el que se ha incurrido para llevar a cabo la misma y otras cuestiones conexas. Nos ceñiremos, además, a los impuestos, y no entraremos a analizar las particularidades que la cuestión entraña en el resto de figuras tributarias.

Por otro lado, no pretendemos ofrecer al problema una solución universal, sino que nos limitaremos a intentar encontrar **una respuesta práctica, para y desde el Derecho tributario español**. Nos centraremos, por tanto, en nuestro Derecho positivo, sin por ello dejar de ser conscientes del necesario auxilio del Derecho comparado para obtener luz en cuestiones puntuales.

En efecto, somos conscientes de que en Alemania se ha sostenido por la jurisprudencia que la imposición se basa en la capacidad contributiva y que esta también existe cuando es obtenida de forma contraria a la ley o a las buenas costumbres, así como que el principio de igualdad exige que la carga tributaria se reparta por igual entre los contribuyentes, tanto si la capacidad económica se manifiesta jurídica como fácticamente ¹. Conscientes de que en Estados Unidos, aunque no se habla de capacidad económica, la obligación de contribuir por las rentas obtenidas de actividades ilícitas se fundamenta en el control real sobre los fondos de origen ilegal de quien no tiene intención de devolverlos y disfruta de su valor económico ². Y conscientes de que en Italia existe una norma que permite el gravamen de las rentas ilícitas, norma que surgió en plena operación *mani pulite* y que significó la justificación de la intervención legislativo-tributaria como instrumento que podía operar con mayor eficacia que el penal respecto de un fenómeno criminal que tuvo implicaciones económicas absolutamente dramáticas ³.

Pero las soluciones ofrecidas hasta ahora, dicho con el debido respeto, no nos satisfacen. Consideramos necesario realizar un planteamiento distinto de raíz, que basado en la teoría aporte soluciones prácticas a los problemas concretos. Que no se base únicamente en los principios que inspiran los sistemas tributarios, y que no se justifique en su eficacia o utilidad para alcanzar un resultado. Que tenga una base sólida en el Derecho tributario positivo, y que resista cualquier análisis que desde el mismo se haga, sin olvidar que si bien este constituye una disciplina y una rama autónoma, pertenece a un Ordenamiento jurídico único.

¹ Véase M.^a Ángeles GARCÍA FRÍAS: «Comentario a la decisión del BverfG, de 12 de abril de 1996 sobre la tributación de los ingresos procedentes de la explotación de un burdel», *REDF*, n.º 98, pág. 275.

² Véanse las sentencias *Rutkin v. United States*, de 1952, y *James v. United States*, de 1961.

³ Norma contenida en el artículo 14.4 de la Ley 537/1993, de 24 de diciembre.

Por eso **resulta imprescindible, previo a todo análisis sobre su posible sometimiento a gravamen, comprender qué significa en esencia que un acto sea ilícito y qué consecuencias tiene su declaración de ilicitud**, porque el Derecho es un todo interrelacionado, un conjunto armónico de normas que pretende ofrecer soluciones válidas, y la solución que alcancemos en el plano tributario no puede ir en contra de lo establecido en el Derecho civil, penal o administrativo, por mucha preponderancia que queramos darle al principio de capacidad económica. Una respuesta válida no puede ser incongruente, y permitir la tributación de lo que legalmente no debe existir supone una contradicción interna en un Ordenamiento que debería ser coherente.

Partiremos de un concepto amplio de contrariedad a Derecho, que se conecta con la invalidez: desde la que se da en el Derecho civil hasta la que se declara cuando se comete un delito ⁴. Entendida la ilicitud como una causa de invalidez basada en la contrariedad a Derecho de los actos, anunciamos que descartamos de nuestro estudio los actos contrarios al Ordenamiento comunitario, esto es, a aquellos supuestos en que los actos sean ineficaces o inválidos por contravenir normas de Derecho Comunitario primario o derivado ⁵.

Tampoco incluiremos los impuestos propios de las Comunidades Autónomas, escasos y prácticamente irrelevantes en cuanto a potencial recaudatorio, ni analizaremos la cuestión en las Comunidades que se rigen por los sistemas de convenio o concierto, pero no por ello obtendremos conclusiones que no sean aplicables en dichos ámbitos. Sí haremos referencia a los tributos cedidos, porque en ellos se observa sin dificultad la aplicación de nuestra solución al problema. Y en cuanto a tributos locales, trataremos alguna figura impositiva en la que se verá plasmada nuestra propuesta.

2. LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA BASADA EN LOS PRINCIPIOS: ARGUMENTOS QUE SE CONTRAPONEN

¿Debe tributar lo ilícito? Intuitivamente viene a la mente una primera respuesta, y es que la consecuencia natural a la ilicitud debe ser la sanción y no el tributo: no se puede exigir impuestos por algo que merece un reproche y que debe dejar de existir. Ahora bien, desde otro ángulo, los actos contrarios a Derecho, en la medida que expresen riqueza, no deberían sustraerse a la tributación ⁶.

⁴ No se plantea la cuestión con los ilícitos tributarios, pues no puede concebirse, lógicamente, la tributación de la defraudación tributaria misma; el no ingreso de un tributo o la no declaración de un ingreso nunca serán constitutivos del hecho imponible de un impuesto, sino que servirán de base, en su caso, para la imposición de una sanción por constituir en sí mismos un ilícito tributario.

⁵ No porque a ellos no sea aplicable la solución que ofreceremos, sino porque las especialidades de este Ordenamiento nos impiden hablar con las mismas categorías y conceptos que las empleadas en nuestro Derecho propio. No obstante, sobre la cuestión puede consultarse Rafael NAVAS VÁZQUEZ, «La devolución de ingresos indebidos ante el Derecho comunitario», *Noticias CEE*, núm. 54/1989, págs. 139-142 y Fernando CASANA MERINO, *La devolución de ingresos indebidos en materia tributaria*, La Ley, Madrid, 1992, pág. 39, entre otros.

⁶ Una buena exposición de los principios a favor y en contra de la tributación de lo ilícito puede leerse en Clara JIMÉNEZ: «Tributación de los rendimientos ilícitos: STS 21/12/1999, una nueva lectura del artículo 31 de la Constitución. Pronunciamiento sobre una cuestión pendiente de desarrollo en la jurisprudencia y doctrina españolas», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 204, abril 2000, Madrid.

En efecto, aunque lo declarado contrario a Derecho debe considerarse que nunca ha existido, lo cierto es que los principios tributarios clásicos, destacadamente el de capacidad económica y el de igualdad, justificarían la imposición de quienes actúan de forma contraria a Derecho, con argumentos tan lógicos como –al menos en apariencia– sólidos: capacidad económica, ¿no significa, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional, «buscar la riqueza allá donde esta se encuentra»⁷?

Con base en el primero de estos principios se ha dicho que si el sujeto que actúa de forma contraria a Derecho obtiene un beneficio en términos económicos, la imposición estaría justificada. Sintéticamente enunciado y reducido a su mínima expresión, este sería el principal argumento esgrimido a favor de la tributación de las actividades ilícitas, que ya FORTE, GIANNINI y BERLIRI sostuvieron allá por los años 50⁸.

En la misma línea se colocan quienes sostienen su postura a favor de la tributación de lo ilícito pero con base en el principio de igualdad ante el impuesto, pues este ¿no prohibiría un trato más favorable a quien viole el Derecho que a quien lo respete? Esta argumentación ha sido utilizada por los tribunales para someter a gravamen rentas de origen delictivo. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha afirmado que un impuesto en que rige el principio de generalidad como el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) *no permite que se hagan diferencias según se trate de una entrega legal o ilegal, pues el principio de igualdad ante el impuesto prohíbe un tratamiento fiscal más favorable a quien viole el derecho que a quien lo respete*⁹. Y nuestro Tribunal Supremo ha sostenido la existencia de un delito contra la Hacienda Pública en quien había defraudado las cuotas tributarias correspondientes a su «*efectivo nivel de ingresos*, procedente de una pluralidad de fuentes, que incluye tanto ingresos derivados de actividades lícitas como otros derivados de modo directo o indirecto de actividades ilícitas»¹⁰.

No puede negarse que es sugerente la interpretación del principio de igualdad, ya mítica en la doctrina, que viene a decir que si el artículo 31 de la Constitución dice «todos contribuirán», eso significa todos y no solo los honrados o los que ajustan su conducta a Derecho, pues atentaría contra este principio el que una norma eximiera de tributar una renta solo porque es fruto de una actividad ilícita y sin embargo la sometiera a imposición si hubiese sido honestamente obtenida¹¹.

⁷ Es inevitable traer a colación la expresiva argumentación del Tribunal Constitucional, «Capacidad económica, a efectos de contribuir a los gastos públicos, significa tanto como la incorporación de una exigencia lógica que obliga a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra», de su Sentencia 27/1981, de 20 de julio, fundamento jurídico 4.

⁸ Francesco FORTE, «Sul trattamento fiscale delle attività illecite», *Riv. Dir. Fin.* 1952, pág. 120. GIANNINI, A.D., *Istituzioni di Diritto Tributario*, Giuffrè, Milano, 1951, pág. 324; BERLIRI, *Principi di Diritto Tributario*, Giuffrè, Milano, vol II, Tomo I, 1957, pág. 229.

⁹ Asunto 294/82 Einberger, sentencia de 28 de febrero de 1984. Holanda estaba a favor de que las entregas de estupefacientes tributarán por IVA. El Tribunal da su respuesta basándose en una interpretación del artículo 2.1 de la Sexta Directiva Comunitaria.

¹⁰ STS, Sala de lo Penal, de 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999, ante el recurso de casación núm. 1174/1998-P, recaída en el conocido «Caso Roldán», del que fue ponente Cándido Conde Pumpido (Ref. RJ 1999/9436). La sentencia recoge el argumento empleado por la Audiencia Nacional en el caso Nécora: «el principio de igualdad ante el impuesto prohíbe un tratamiento fiscal más favorable a quien viole el derecho que a quien lo respete». Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 27 de septiembre de 1994, rollo núm. 17/90, Juzgado Central de Instrucción n.º 5, sumario 13/90.

¹¹ M.ª Teresa SOLER ROCH, en «La tributación de las actividades ilícitas», *Revista de Derecho Financiero*, n.º 85, enero/marzo 1995, pág. 10, afirmó: «no es admisible la lectura de una norma como la contenida en el artículo 31.1 de nuestra Constitución en los siguientes términos: *todos, pero solo los ciudadanos honrados*, contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos».

Sin embargo, otros razonamientos han sido puestos sobre la mesa como argumentos en contra de la tributación de los actos ilícitos, principalmente con referencia a los principios técnico-jurídicos de unidad y coherencia del Ordenamiento. En virtud de los mismos, se dice, el gravamen de lo contrario a Derecho supondría convertir al Estado en cómplice de los autores del ilícito ¹² o incluso en autor de un delito de receptación ¹³. Planteamientos menos radicales pasan por afirmar que un mismo hecho, al que un sector del Ordenamiento priva de todo efecto, no puede resultar en otro fuente de derechos y obligaciones, sin atentar contra la racionalidad y la no contradicción que subyace en la calificación de los actos ¹⁴, pues como decía Kelsen, es imposible captar la naturaleza del Derecho limitando nuestra atención a la regla aisladamente considerada ¹⁵.

Además, la máxima del *non bis in idem*, que lleva a la incompatibilidad entre tributo y sanción, niega toda cabida al tributo sobre el acto contrario a Derecho y merecedor de reproche jurídico. Asimismo, la incompatibilidad ente el tributo y las obligaciones de reparación derivadas del delito, impediría el gravamen de lo ilícito, pues con la restitución y el decomiso desaparece la posible capacidad económica que se hubiera adquirido mediante el acto delictivo.

3. EL PUNTO DE PARTIDA: LOS CONCEPTOS MISMOS DE *TRIBUTO* Y DE *ILÍCITO* Y LA CONEXIÓN DE ESTE ÚLTIMO CON LA *INVALIDEZ*

Era tentador argumentar que porque en los actos ilícitos existe fáctica y apriorísticamente capacidad económica, debe haber tributación, pero a la vista está que hay otros principios que juegan con la misma intensidad, y que no es posible encontrar una teoría, válida para todos los impuestos, fundada en este principio. Por eso entendimos que quizás el problema debería enfocarse, no tanto con base en los principios, como atendiendo al concepto mismo de *tributo* y su función, y al concepto de *ilicitud*.

Tráigase a colación la expresión de BERLIRI «el tributo no constituye la sanción de un acto ilícito», clásica en la definición de tributo. El enunciado no es, a pesar de lo que a primera vista parece, argumento que niegue de por sí la tributación de los actos contrarios a Derecho, pues, como se ha advertido en nuestro país, no es lo mismo afirmar que los tributos no suponen la sanción de un acto ilícito que afirmar que los tributos siempre gravan hechos lícitos ¹⁶. Lo que sí es cierto es que el tributo tiene un fin propio, esencial, que es la recaudación o la obtención de ingresos para financiar el gasto público,

¹² Federico BELLINI: «Fatto illecito ed imposizioni tributaria», *Bolletino Tributario*, 14, 1985, pág. 1.112.

¹³ ¿Qué impide considerar al Estado como autor de un delito de receptación si se hace con un porcentaje del botín del delincuente?, se pregunta Silvina BACIGALUPO, en *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, Ceura, Madrid, 2002, págs. 22 y 23, refiriéndose al delito tipificado en el artículo 298 del Código Penal.

¹⁴ Entre tantos, Alessandro GIOVANNINI: *Provento illecito e presupposto dell'imposta personale*, Giuffrè editore, Milano, 2000, pág. 105.

¹⁵ Palabras de su *Teoría general del Derecho* que transcribe el profesor FERREIRO para afirmar que «el Derecho financiero no es un conjunto de normas aisladas, sino un conjunto de normas que se funden con la totalidad de un ordenamiento, forzosamente uno, inescindible como la realidad social que regula»: José Juan FERREIRO LAPATZA: *Curso de Derecho financiero español*, Instituciones, 25.ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2006, pág. 35.

¹⁶ Nuria PUEBLA AGRAMUNT, en Documento del IEF, n.º 11/02, págs. 316 a 321.

y que este fin no puede ser identificado con lo que constituye el objetivo básico de las sanciones, que es el de castigar un ilícito en la idea de tratar de restablecer las cosas a su estado originario, es decir, a como se encontraban antes de que el Ordenamiento jurídico se hubiese quebrantado ¹⁷.

Si la sanción surge como consecuencia a una violación de una norma jurídica, el tributo por el contrario nace precisamente por la realización del presupuesto de hecho de una norma. La sanción es la reacción del Ordenamiento a una previa vulneración del mismo, y persigue la represión de ese ilícito y el restablecimiento del orden social alterado. Sin embargo, el tributo se fundamenta en la capacidad económica que se considera debe ser llamada a contribuir a los gastos públicos. Siguiendo a nuestro Tribunal Constitucional, el tributo constituye una prestación patrimonial coactiva que se satisface, directa o indirectamente, a los entes públicos, con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos, y que grava un presupuesto de hecho revelador de capacidad económica; siendo esto lo que distingue a los tributos de las sanciones: que aun cuando tienen carácter pecuniario y el producto de las mismas contribuye a engrosar las arcas del erario público, ni tienen como función el sostenimiento de los gastos públicos o la satisfacción de necesidades colectivas, ni se establecen como consecuencia de la existencia de una circunstancia reveladora de riqueza, sino única y exclusivamente para castigar a quienes cometen un ilícito ¹⁸.

Por otro lado, la capacidad económica es un presupuesto de la imposición, pero razonamientos que exijan el gravamen con exclusivo fundamento en este principio son incorrectos en su planteamiento, pues «al sistema tributario no están sujetas las capacidades económicas, por muy evidentes que sean, sino los hechos imponible» ¹⁹. El argumento de si lo ilícito puede ser manifestación de capacidad económica, como único argumento a efectos de determinar su tributación, es un sofisma.

El otro concepto que debe analizarse, pues, antes de procurar dar una respuesta a la pregunta planteada, es el de *ilicitud*. Lo *ilícito* es lo no permitido legal o moralmente, según puede encontrarse en el diccionario de la Real Academia. Pero esta definición poco ayuda. Creo que en un intento por tratar de elaborar un concepto que abarcara todas aquellas conductas de quienes se comportan contrariamente a las normas establecidas, se inventó el sustantivo *ilicitud*, pero, como ocurre con cualquier otro sustantivo, una vez elaborado el concepto, se hace necesario llegar a un acuerdo acerca de cuál es su significado, alcance y límites. Dejando al margen la contrariedad a normas que no sean jurídicas, ¿qué significa *ilicitud*, qué conductas se tipifican como tales y cuál es la razón de su establecimiento y de sus consecuencias?

Téngase presente que la solución que alcancemos en el plano tributario no puede ir en contra de lo establecido en otras ramas del Derecho, si este constituye un todo interrelacionado y con coherencia interna. Porque **si entendemos por tributo un ingreso definitivo**, y no provisional, a la Hacienda

¹⁷ José Juan FERREIRO LAPATZA: *Curso... op. cit.*, pág. 543, expresa esta idea: el Derecho quiere un determinado orden social y para ello establece determinadas pautas de conducta bajo la amenaza normalmente de una sanción; cuando alguien quebranta esas normas, el ordenamiento prevé, generalmente, una reacción, que trata de restablecer, salvaguardar y procurar el orden social por él querido.

¹⁸ STC 276/2000, de 16 de noviembre, fundamento jurídico 4.

¹⁹ Ramón FALCÓN Y TELLÁ, «De nuevo sobre las primas únicas y los bonos austríacos: pronunciamientos recientes de la Audiencia Nacional y los TEA», *Quincena Fiscal*, 14/1999, págs. 5 a 8.

da Pública (precisión que vendría avalada por la propia existencia legal de ingresos «indebidos», tanto *ab initio* como sobrevenidos ²⁰), **y si no queremos atentar contra el principio de unidad, un acto que por aplicación de la ley dejara de existir y cuyos efectos se hubieran deshecho, no debería gravarse**. En definitiva, que la solución al dilema de si los actos ilícitos deben tributar pasa por tener claro qué significa en esencia que un acto tenga defectos, o mejor, **cuál es la consecuencia que el Ordenamiento apareja a esa ilicitud, y ello no ya como un fin en sí mismo, sino para evitar incongruencias con el resto de órdenes jurídicos** al ofrecer una respuesta tributaria.

Tan pretencioso sería intentar definir la ilicitud como expresar un concepto de Derecho, pues la ilicitud es un supraconcepto que abarca una heterogeneidad de supuestos que lo que tienen en común es precisamente su contrariedad a las normas jurídicas. No sería posible detallar los límites y características del concepto, pues en función de la rama del Derecho que se entienda vulnerada, encontraremos actos o hechos delictivos, actos que suponen infracción de normas administrativas, de normas laborales, tributarias, así como actos o negocios jurídicos con vicios, para cada uno de los cuales el Ordenamiento ha previsto una consecuencia jurídica distinta. Para lo que queremos dilucidar aquí, esto es, su sometimiento o no a gravamen, lo que orientaría nuestra respuesta sería, quizás, como acabamos de adelantar, saber cuál es la consecuencia aparejada a la ilicitud: si es la nulidad de lo actuado o su ineficacia, si es la sanción o castigo, si es la obligación de reparación del daño, si es la restitución de lo entregado... Piénsese que, de actuar alguna de estas consecuencias, la posible riqueza llamada hipotética e intuitivamente a tributar con base en los principios de justicia tributaria, quedaría anulada. Por tanto, al no haber capacidad económica, no habría lugar para la tributación.

Pues bien, del análisis de muy variados y distintos supuestos de ilicitud y sus consecuencias, observamos que parece haber un denominador común: **todas las modalidades de contrariedad a Derecho necesitan ser detectadas para producir algún efecto, y una vez esto ocurre, la consecuencia suele ser la desaparición de lo actuado del mundo jurídico y la pretendida ausencia de efectos en el mundo de lo fáctico**.

Ya no es tan importante, a los efectos tributarios que nos ocupan, el porqué de la ilicitud o qué normas se vulneran, como **la conexión de la contrariedad a Derecho con la invalidez**. En efecto, existe una íntima relación entre lo ilícito y lo inválido, de forma que la salida normal a algo que es contrario a Derecho es su nulidad y la cesación de sus efectos. Pero nótese que no siempre la consecuencia que el Derecho quiere para la ilicitud es la sanción, la ineficacia o la invalidez de lo realizado, con la consiguiente retroacción de las cosas a su estado originario, pues a veces el Ordenamiento prefiere la conservación de lo actuado a su declaración de nulidad; o dicho de otro modo, **un acto no será inválido si el Ordenamiento, a pesar de su ilegalidad o ilicitud, tiene interés en conservarlo** ²¹, y el juzgador debe extremar su prudencia a la hora de formular declaración

²⁰ Sobre el concepto de ingresos indebidos, César GARCÍA NOVOA: *La devolución de ingresos tributarios indebidos*, IEF-Marcial Pons, Madrid, 1993. A su juicio, el momento en que se produce la contradicción con el ordenamiento es indiferente, y tanto si se produce en el momento del pago como si se da posteriormente, se debe configurar este como un supuesto de ingreso indebido (pág. 156).

²¹ «La invalidez es la calificación que debe otorgarse no ya cuando exista un desajuste estructural entre el acto y la norma, sino cuando el Derecho considera que ese desajuste no debe ser protegido» (...) «el acto no es que sea inválido pero eficaz, sino que será simplemente válido» (Margarita BELADÍEZ ROJO: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 54-56).

expresa de nulidad, pese a la infracción legal ²². Desde esta perspectiva, **consideramos la ilicitud de un acto como un motivo de su invalidez**, en el bien entendido de que no toda contrariedad a Derecho acarrea esta consecuencia. De ahí que, si bien toda invalidez procede de una ilegalidad, no todas las ilegalidades acarrearán necesariamente la invalidez ²³.

De todo lo anterior se deduciría que, si como consecuencia de su ilicitud, el acto fuese anulado o declarado sin efectos, no cabría tributo. Y cuando la nulidad no fuese declarada ni desapareciesen los efectos de lo realizado, a pesar de su ilicitud, la capacidad económica del acto seguiría intacta y, por tanto, cabría gravamen. Pues **solo debería tributarse por lo que legalmente debe existir, o mejor, por lo que el Ordenamiento consienta de manera definitiva**.

4. LA DETECCIÓN DE LA ILICITUD: LA DISTINTA SOLUCIÓN TRIBUTARIA SI HAY APARIENCIA DE VALIDEZ O SI LA ILICITUD ES MANIFIESTA

Sostenemos que **lo inválido, y, por tanto, lo ilícito, no tributa, siempre que de la ilicitud se derive la desaparición de los efectos de lo realizado**, y sostenemos que **cundo algo se grava es porque, en realidad, es válido**; bien porque el Ordenamiento lo consiente, convalida o conserva, bien porque no se ha demostrado que proceda del delito y por tanto es lícito. Un acto no es inválido ni sus efectos desaparecen por el mero hecho de ser ilícito, sino que ello se producirá tras una valoración sobre el alcance de su contrariedad a Derecho.

Pues bien, a nuestro juicio, va a ser determinante saber cómo se llega a esa detección de la ilicitud y a la consecuencia de anular o dejar sin efecto lo actuado. Ya que, como veremos, **la solución tributaria va a ser distinta**, si no en el fondo (que seguirá siendo que solo se tribute por lo que legalmente deba existir), sí en cuanto al procedimiento, y **va a depender de la apariencia** que presente el acto ²⁴, **siendo una si debe observarse la presunción de validez** de que gozan los actos en un sistema jurídico como el nuestro de control a posteriori de la legalidad, y **siendo otra si la contrariedad a Derecho es evidente o manifiesta, o si juegan las reglas imperativas de la prejudicialidad penal**.

²² En numerosas sentencias (desde la de 1 de enero de 1958 –ref. Aranzadi 554– y en idéntico sentido las de 8 de abril de 1958 –Ar. 1.467–, de 8 de octubre de 1963 –Ar. 4.072–, de 22 de marzo de 1965 –Ar. 1.904– y varias más) el Tribunal Supremo ha venido sosteniendo que no toda disconformidad a Derecho implica nulidad. Más recientemente, SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 3 octubre 1997, Recurso contencioso-administrativo núm. 128/1994 (Ref. JT 1997/1360): «tiene declarado el Tribunal Supremo, al interpretar el artículo 6.3 del Código Civil, que no es posible admitir que toda disconformidad con una ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de la nulidad».

²³ Alejandro NIETO, Estudio preliminar a la monografía de Margarita BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, apenas citada, págs. 10 y ss.

²⁴ La apariencia constituye una de las nociones fundamentales del Derecho y se aplica tanto en Derecho civil como en Derecho mercantil y administrativo (M.J. DE SOTO: *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, Bernard, Paris, 1941, págs. 62 y 63), aunque ciertamente es en este último donde triunfa la teoría de la evidencia (*Evidenztheorie*). En Derecho administrativo, esta teoría delimita los supuestos de nulidad a partir de la acumulación de dos elementos: la especial gravedad de la irregularidad del acto y su evidencia o carácter manifiesto. La teoría nace en Alemania, y tiene la virtualidad de la inmediatez entre la infracción que afecta al acto y la conciencia social de la misma, que justifica la excepción a la regla general de la eficacia. Véase Javier GARCÍA LUENGO: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 121 a 123.

En Derecho administrativo se afirma rotundamente el **dogma de la eficacia provisional del acto administrativo ilegal o de la presunción de validez de los actos administrativos**. En **Derecho privado también se manifiesta este principio, aunque de forma más restringida**, dado que expresamente solo se desprende del articulado del Código Civil una presunción de licitud, que no de validez, de los actos y contratos ²⁵. En cualquiera de los dos órdenes, por tanto, **la licitud y la validez, salvo que haya evidencia de lo contrario o indicios de relevancia penal, se presumen, y la nulidad no se produce sin más, sino que debe ser declarada** ²⁶.

Con arreglo a ello, mientras no sea evidente lo contrario, un acto se presume válido desde que nace y, sea válido o no, se conserva hasta que se le priva formalmente de su existencia. Como se ha expresado, los actos jurídicos tienen una *pretensión de vigencia* o una *vocación de supervivencia o eternidad*, que les hace resistirse a su eliminación hasta que no aparece otra fuerza de signo contrario. Partiendo de esta idea, todos los sistemas jurídicos se han configurado como sistemas de control a posteriori (y no de control previo o preventivo) de legalidad ²⁷, y así, un acto no es inválido por sí mismo, sino porque a consecuencia de su ilicitud, se declara su nulidad y la cesación de sus efectos.

Tanto en Derecho privado como en Derecho administrativo se ha venido diciendo que una nulidad absoluta es aquella que existe *ab initio* sin necesidad de intervención (judicial o administrativa) alguna, y que implica ausencia de efectos. Sin embargo, la realidad demuestra que **tanto un contrato privado como un acto administrativo producen efectos a pesar de adolecer de vicios de invalidez que acarrearían una nulidad absoluta** ²⁸. Esta realidad ha llevado a civilistas y administrativistas a negar relevancia a la distinción entre ineficacia e invalidez y a afirmar que siempre que se pretenda la nulidad y la consiguiente privación de efectos de un acto, será necesaria su impugnación; excepto si adolece de una ilicitud evidente, **un acto se presume válido mientras no se declare lo contrario**. En definitiva, **acto inválido es aquel sobre el que pesa una declaración de ilegalidad o contrariedad a Derecho relevante realizada por un órgano legitimado para ello** ²⁹.

²⁵ La presunción de validez del acto administrativo se recoge en el artículo 57.1 de la LRJPAC. La presunción de licitud civil la encontramos en los artículos 1.277 del Código Civil (la causa en los contratos se presume que existe y que es lícita) y en el 1.261 del mismo cuerpo legal (requiere implícitamente una causa lícita para que haya contrato). Y en los artículos 1.254, 1.255, 1.256 y 1.258 se encuentra *implícita la presunción de validez* de los contratos, a los que se considera productores de los efectos jurídicos pretendidos por sus autores, entre ellos y ante los registros públicos.

²⁶ En la doctrina civil seguimos a Luis Díez PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. I. Introducción*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 446 y ss., y en el ámbito administrativo a Ramón PARADA: *Derecho administrativo I, parte general*, undécima edición, Marcial Pons, 1999, pág. 144.

²⁷ Margarita BELADÍEZ ROJO, *Validez...*, op. cit. pág. 42, explica que la razón de que el Derecho permita la existencia de actos inválidos es eminentemente práctica, ya que la única forma de evitarlo sería estableciendo un control previo de legalidad, control que sería incompatible con las necesidades propias del tráfico jurídico. Aunque este sistema, explica la autora, tiene la desventaja de permitir que situaciones contrarias a Derecho puedan conservarse por falta de impugnación, los efectos negativos que de ello se derivan siempre serán menores que los que derivarían de un control previo de legalidad.

²⁸ STS de 10 de diciembre 1996 [RJ Aranzadi 1996\8846], que afirma: «En principio, la consecuencia de la nulidad, según el artículo 1.303 del Código Civil, es la de "quod nullum est, nullum effectum producit", pero no ha de olvidarse que los contratos, aun siendo nulos, han sido ejecutados –como resulta del hecho de haber existido determinados rendimientos cuya tributación precisamente está en la base del presente litigio–».

²⁹ La anulación no siempre y necesariamente acompaña a la ilegalidad. Tanto en los supuestos de nulidad como en los de anulabilidad, debe ser declarada formalmente, por lo que «Después de leer el libro de Margarita BELADÍEZ hay que abandonar para siempre las cómodas, aunque vacías, muletillas de la nulidad *per se*, los efectos *ex tunc* de su declaración (...) y tantas otras». Alejandro NIETO, Estudio preliminar a la obra de BELADÍEZ ya citada, págs. 16, 21, 22.

Aclarados estos términos, avanzamos ahora la solución al problema que nos ocupa: a nuestro juicio, **la presunción de validez de los actos que rige en nuestro Ordenamiento jurídico** y que impide que un acto sea expulsado del mismo sin pronunciamiento formal y expreso, es lo que permite y **fundamenta que, de principio o de momento y mientras esa declaración no se produzca, ese acto sea sometido a gravamen**. La norma que permite el gravamen de los actos *con apariencia de válidos* pero aquejados de vicios de invalidez e ilicitud, se recoge en nuestro Derecho positivo en el artículo 13 de la Ley 58/2003, General Tributaria ³⁰, que contiene la **regla de la irrelevancia de los vicios** que puedan afectar al acto que conforma el hecho imponible de un impuesto.

Ahora bien, lo anterior no significa que lo ilícito tribute definitivamente. Como veremos, **si esa apariencia es destruida, el gravamen no puede ser definitivo, o mejor, si se declara la nulidad y, en consecuencia, se deshacen los efectos, entonces el impuesto satisfecho debe devolverse**. Piénsese en un contrato que se declara nulo. La consecuencia típica de la nulidad es la restitución de las prestaciones establecidas en el artículo 1.303 del Código Civil: los contratantes deben restituirse recíprocamente prestaciones, esto es, por una parte, las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y, por otra, el precio, con sus intereses, con la excepción de si fuese ilícita la causa u objeto del contrato ³¹. Por ello es por lo que la devolución del impuesto deberá operarse cuando se declare la nulidad, porque al operar la restitución se privará de efectos a lo realizado y se hará como si el acto nunca hubiera existido. Al haber desaparecido el acto, no puede haber gravamen sobre el mismo.

Como vemos, la Ley tributaria prohíbe, a quien liquide, indagar sobre las posibles causas de invalidez en el ámbito extratributario, caso de que se den. Ordena liquidar el impuesto y, en consecuencia, **se tributa porque se acepta que los actos o negocios son en apariencia válidos** ³². Pero si esa apariencia se rompe (por una declaración de nulidad) y se restituyen las prestaciones, o de cualquier otra manera se deshacen los efectos de lo realizado, el tributo no tiene razón de ser. Al desarrollo de esta solución y su aplicación práctica dedicaremos la segunda parte de este trabajo.

Sin embargo, **todo acto que no goce de dicha apariencia de validez, bien por ser evidente su ilicitud, bien por contener indicios de delito, no debe ser gravado**. Porque el artículo 13 de la LGT solo habla de gravar negocios con vicios que pudieran afectar a su validez, no de gravar negocios evidentemente nulos. Dicho de otro modo, si la Administración tributaria se encuentra ante actos o hechos sobre cuya declaración de nulidad no es competente o si no puede ampararse en la apariencia de validez de esos actos (porque la ilicitud o el vicio sea evidente, como la venta de droga fuera del circuito autorizado), la solución ya no puede venir de la regla de la prescindencia de los vicios. Cuando la Administración no puede abstraerse de los defectos de los actos, no debe liquidar haciendo abs-

³⁰ En su última redacción hasta su derogación por la Ley 58/2003, se encontraba en el artículo 28.2 de la misma.

³¹ La restitución ha de hacerse preferentemente *in natura*, y si no se puede devolver la cosa por haberse perdido, se devolverá el valor de la misma con sus intereses (1.307 CC). La obligación de restitución es recíproca y de cumplimiento simultáneo (1.308 CC). Las excepciones a la restitución se contienen en los artículos 1.305 y 1.306 CC y se deben a una razón clara: la causa ilícita supone una conducta de alguna manera culpable, y por ello acarrea una sanción complementaria: la de que *nemo auditur suam turpitudinem allegans* y que *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* o que ninguna de las partes, si ambas eran culpables, tiene acción frente a la otra, y que la culpable no puede reclamar lo que hubiera entregado ni pedir el cumplimiento de lo pactado. La regla tiene un gran arraigo y ha sido acogida en muchos ordenamientos, como en el inglés, donde los tribunales establecieron el «he who comes to equity must come with clean hands».

³² Con referencia al ITP, Fernando VICENTE-ARCHE DOMINGO, «Contribución al análisis de la imposición española sobre el tráfico patrimonial», *REDF*, n.º 2, 1974, pág. 266.

tracción de los mismos. Y esto ocurrirá tanto **cuando lo realizado sea algo absolutamente ilícito y no presente siquiera apariencia de validez**, como **cuando pudiera ser constitutivo de delito**.

En el primer caso, porque «si la ilicitud de la conducta y, por tanto, la imposibilidad de que produzca efectos, resulta evidente, es claro que no tiene sentido exigir un impuesto que posteriormente haya de devolverse»³³. Además, porque cuando los bienes sean de ilícito comercio, el Estado no puede tener un interés fiscal sobre los mismos.

En el segundo caso, porque la Administración tributaria no solo no es competente para declarar este tipo de ilicitud, sino que, por las reglas de la prejudicialidad penal, debe abstenerse de continuar el procedimiento y pasar el tanto de culpa. La solución, por tanto, aquí, es en sustancia la misma, no habiendo tampoco lugar a la tributación de lo ilícito, pero procedimentalmente la contraria: en estos casos, la Administración tributaria, en un principio no puede gravar. Terminado el proceso penal se estará a lo que en el mismo se resuelva: **si se estima que existe delito, se procederá contra el patrimonio criminal con las medidas del Derecho penal y no cabrá gravamen**; y, sin embargo, **si no hubiera delito, entonces se hará tributar al acto si pudiera subsumirse en algún hecho imponible**, pero nótese, habrá imposición sobre un acto que ya no será ilícito, sino válido. Por eso, la respuesta a si deben o no someterse a gravamen estos actos dependerá de la consecuencia ordenada en la sentencia³⁴. El desarrollo de esta solución se abordará en la tercera parte de este estudio.

II. SEGUNDA PARTE: LOS CASOS DE APARIENCIA DE VALIDEZ: GRAVAMEN PRESCINDIENDO DE LOS VICIOS Y DEVOLUCIÓN SI LOS EFECTOS SE DESHACEN

5. LA IRRELEVANCIA DE LOS VICIOS DE INVALIDEZ DE LOS ACTOS A EFECTOS DE SU GRAVAMEN

Sobre la base de ser ciertos los planteamientos expresados en la primera parte de este estudio, reformulamos ahora la pregunta inicial: ¿deben someterse a gravamen los actos ilícitos, más en concreto, *aquellos que encierran en su seno un posible motivo de nulidad de lo actuado, pero que son en apariencia válidos*?

La respuesta es clara: si cualquier operador jurídico, en un sistema de control de la legalidad a posteriori, debe respetar la *apariencia de validez* que presentan los actos, no hay duda de que el aplicador de los tributos **deberá prescindir de los vicios y defectos que contaminen el acto, y con base en esa apariencia, gravar el mismo**. Esto es lo que preceptúa con carácter general el artículo 13 de la LGT, que establece que «las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma

³³ Ramón FALCÓN Y TELLA, «La posibilidad de gravar los hechos constitutivos de delito: SAP Madrid 24 enero 1998 (sic)», *Quincena Fiscal* n.º 11, junio 1999, pág. 5.

³⁴ Véase Eduardo RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE: «Ganancias de origen (ilícito) delictivo y fraude fiscal», *Revista de Derecho financiero y de Hacienda Pública*, vol. LII, núm. 265, jul-sept. 2002, pág. 593.

o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez».

El precepto, además de resolver un problema de calificación, ya suficientemente tratado por la doctrina y que no es objeto de nuestro estudio, contiene otro mandato que no debe pasar desapercibido: el mandato de prescindir de los defectos o *principio de prescindencia de los defectos*³⁵, lo que se ha venido a denominar *la regla de la irrelevancia de la ilicitud*³⁶, o el principio de abstracción de la ilicitud, el *principio de marginación de la invalidez*³⁷, *principio de indiferencia tributaria en relación a la validez o invalidez de los negocios jurídico-privados*³⁸ o el *principio de preterición de los vicios de invalidez*³⁹. **El artículo ordena que las obligaciones tributarias se exijan con independencia de los defectos que pudieran afectar a la validez de lo realizado.** Con ello, el legislador trata de resolver el problema al que se enfrenta el aplicador de las normas tributarias cuando se encuentra ante actos o negocios de cuya validez o eficacia duda, y lo hace imponiéndole la obligación de hacer abstracción de los defectos de lo realizado.

El origen de la norma, hoy recogida con carácter general en el artículo 13 de la LGT, se remonta, con toda probabilidad, a una norma que fue pensada y concebida para un impuesto en particular, el impuesto que grava las transmisiones patrimoniales, actualmente conocido como Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPyAJD), en el que constituye, sin duda, una norma clásica. Clásica aunque, curiosamente, **en el primer Reglamento de Derechos Reales**, que data de 1873, **los actos o documentos que el liquidador considerara nulos no estaban sujetos al impuesto**⁴⁰.

El artículo 72 del citado Reglamento, que establecía que no se exigiría el impuesto por el documento o acto que adoleciera de vicios de nulidad, fue derogado por Real Orden de 7 de marzo de 1878, porque «la disposición envolvía una confusión de atribuciones» y porque por medio de la misma «siempre se podía poner en duda la eficacia de los documentos, mientras no se declarase la validez por la autoridad competente»⁴¹. Desde entonces, nunca más se ha vuelto a enervar el mandato de prescindir de los vicios para los casos de nulidad, aunque hay quien en la doctrina afirma que en los casos de nulidad absoluta no debería operar la norma⁴².

³⁵ Eusebio GONZÁLEZ GARCÍA, en su «Comentario al artículo 25 de la LGT», en la obra colectiva dirigida por Narciso AMORÓS RICA, *Comentarios a las Leyes tributarias y financieras*, Tomo I, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1992, pág. 205.

³⁶ Eugenio SIMÓN ACOSTA en la voz «tributo» de la *Enciclopedia Jurídica Básica* de Civitas (vol. IV), Madrid, 1995: «No se trata de que el hecho imponible haya de ser lícito, sino de que a efectos tributarios es irrelevante su ilicitud».

³⁷ Referido a los Impuestos sobre Sucesiones y Transmisiones, así lo denomina Mario CONDE y CONDE en «El principio de calificación. Análisis global del hecho imponible y de las técnicas para su calificación», en *Impuestos sobre Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Estudios de Hacienda Pública, IEF, Madrid, 1977, pág. 282.

³⁸ Ernesto LEJEUNE VALCÁRCCEL: «La devolución de ingresos tributarios en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales por causa de nulidad, rescisión o resolución de actos y contratos», comunicación española presentada en las VII Jornadas Hispano-Luso-Americanas de estudios tributarios, *Memoria de la Asociación Española de Derecho Financiero* de 1980, pág. 309.

³⁹ Carlos DE PABLO VARONA en *La preterición de los vicios de invalidez del hecho imponible*, Tema de especialidad presentado para concursar a una plaza de Profesor Titular de la Universidad de Cantabria, Santander, 2003 (inédito).

⁴⁰ Eusebio GONZÁLEZ GARCÍA, «Comentario...», *op. cit.* pág. 205.

⁴¹ Véase Salvador ROCAFULL Y CASTRO: *Manual de la legislación del Impuesto de Derechos Reales y Transmisión de Bienes*, Librería de M. Murillo, 2.ª ed., Madrid, 1881, pág. 175.

⁴² GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Manuel: «Los actos contrarios a las normas y su significado en el ordenamiento tributario», *REDF*, n.º 9, 1976 y VILASECA MARCET: «La base jurídica de los impuestos de Derechos Reales y del Timbre», *RDFHP*, n.º 35, 1959.

Nosotros estamos con quienes consideran que **no se puede excluir de entrada la imposición de los actos con vicios o incluso nulos, pues estos**, a pesar de lo que en apariencia prescribe el brocado *quod nullum est nullum producit effectum*, también **producen efectos**, porque **no siempre la sanción de nulidad lleva aparejada la desaparición retroactiva de los efectos** del negocio celebrado, y porque **la Administración tributaria o el particular no son quienes para declarar la nulidad** del acto sometido a imposición, luego no podrán abstenerse de liquidar con la justificación de que el acto puede ser nulo. Confirma esta idea el hecho de que no viera la luz una enmienda en la tramitación parlamentaria de la LGT de 1963, que pretendía dejar fuera de la aplicación del artículo 26 del proyecto presentado por el Gobierno a los actos nulos de pleno derecho.

El Reglamento provisional para la administración y realización del Impuesto de Derechos Reales y Transmisiones de Bienes de 31 de diciembre de 1881 recogió y refundió las disposiciones existentes sobre la materia. Contemplaba solo el mandato que obliga a *exigir el impuesto conforme a la verdadera naturaleza del acto o contrato liquidable, cualquiera que fuese la denominación que las partes le hubieren dado*; hay que esperar al Real Decreto de 1 de septiembre de 1886 para ver, en su artículo 34, la incorporación del mandato que obliga también a liquidar *prescindiendo de los defectos de validez y eficacia de los actos* ⁴³.

El precepto pasa sin variaciones al Reglamento para la aplicación de la Ley de los Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes de 1927 ⁴⁴, y posteriormente la norma se incorpora al Reglamento del Impuesto de 1932 ⁴⁵. En su artículo 41 se recogía una norma casi idéntica a la del actual artículo 13 de la LGT. Se añadía, eso sí, que *esos defectos podían ser tanto de forma como intrínsecos*, y la norma pasó al Impuesto de Derechos Reales de 1941 ⁴⁶ y posteriormente al de 1947 ⁴⁷, y se incorpora en los mismos términos en el Reglamento del Impuesto de 1959 ⁴⁸.

El legislador de 1963 consideró que esta norma, aunque en un principio había sido concebida para los impuestos que gravaban las transmisiones patrimoniales, bien podía ser aplicable a otros supuestos en que se apreciaran vicios o defectos en el acto sometido a tributación y por ello **incorporó en la ley general un precepto de una ley especial** ⁴⁹.

⁴³ «El impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado y prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia».

⁴⁴ Por Real Decreto n.º 581 se aprueba el Texto Refundido de 28 de febrero de 1927, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de los Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes. Publicación de la Biblioteca Oficial Legislativa, volumen XXII, Ed. Reus, Madrid, 1927.

⁴⁵ Repertorio de Legislación de Aranzadi, referencia 935 del tomo correspondiente a 1932, pág. 758 y ss.

⁴⁶ Decreto de 29 de marzo de 1941, del Ministerio de Hacienda, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley, Reglamento y Tarifa del Impuesto de Derechos Reales. Puede consultarse en el Repertorio de Legislación de Aranzadi, referencia 739 del tomo correspondiente a 1941, pág. 476 y ss.

⁴⁷ Decreto de 7 de noviembre de 1947, del Ministerio de Hacienda, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley y Reglamento del Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes, publicado en el BOE de 24 de febrero de 1948. Repertorio de Legislación de Aranzadi, referencia 229 del tomo correspondiente a 1958, pág. 218 y ss.

⁴⁸ Puede consultarse en el Repertorio de Legislación de Aranzadi, referencia 273 del tomo correspondiente a 1959, pág. 206 y ss.

⁴⁹ Lo cuenta ALBIÑANA, como ponente que fue del anteproyecto de la LGT de 1963: CÉSAR ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, prólogo al *Manual del ITP y AJD*, de Antonio MARTÍNEZ LAFUENTE, Marcial Pons, en su edición de 1996, pág. 10 y ss.

El artículo 13 de la LGT establece una regla general para todos los hechos imponible, y aunque proviene de un impuesto típicamente jurídico como es el ITP, debemos entender que se aplica a todos los hechos imponible y no solo a los conocidos típicamente como jurídicos⁵⁰. Y aunque pudiera pensarse que la norma comprende todo tipo de defectos, la norma no se refiere a todo grado de ilicitud, sino que tiene relevancia cuando estamos ante vicios de validez y especialmente jurídico-privados. Las razones que nos conducen a esta afirmación son, de entrada, que entendemos que cuando la ilicitud es penal no se puede decir que el acto tenga un mero *vicio* o *defecto*, y que por lo tanto, la ley, cuando habla de *prescindir de los vicios y defectos*, está pensando en los únicos que pueden calificarse como tales, esto es, los civiles o administrativos⁵¹. Porque en Derecho se habla de *vicios* cuando se está ante carencias del negocio jurídico privado o ante defectos del acto administrativo, pero no cuando se habla de un acto delictivo. Y además, porque cuando se sospeche que el problema es penal, se debe pasar el tanto de culpa. Con base en el 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «si la Inspección descubre dinero o bienes procedentes de un posible delito, no podrá practicar liquidación alguna, porque tiene obligación de denuncia»⁵².

Aunque el artículo 13 de la LGT es de aplicación general, el mandato de prescindir de los vicios y defectos se encuentra en muchas de las Leyes de los impuestos de nuestro sistema fiscal, explícita en la Ley del propio ITPyAJD⁵³ y en el Arancel Aduanero Comunitario⁵⁴, e implícita en el hecho imponible de otros como el IVA⁵⁵, los Impuestos Indirectos sobre el Juego (IJJ)⁵⁶, o el Impuesto municipal sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO)⁵⁷. Estos últimos son especialmente interesantes y paradigmáticos de cómo la teoría que sostenemos encaja en la práctica.

⁵⁰ Pero además, como resume SOLER ROCH, «si esta es la solución adoptada en un impuesto cuyo hecho imponible se ajusta a las llamadas reglas de calificación iusprivatista, tanto más ocurrirá en aquellos impuestos cuyo hecho imponible no se ajusta a dicha calificación» (M.^a Teresa SOLER ROCH, «La tributación...», *op. cit.*, pág. 18).

⁵¹ En contra, HERRERA MOLINA piensa que el precepto no se refiere solo a los ilícitos civiles, sino a las infracciones administrativas y a la antijuridicidad penal (*Fiscalidad de los actos ilícitos. La antijuridicidad en los supuestos de hecho de la obligación tributaria*, Colección Estudios Jurídicos, IEF, Madrid, 2004, pág. 49).

⁵² Ramón FALCÓN Y TELLA, «La posibilidad de gravar...», *op. cit.*, pág. 6.

⁵³ Artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que establece el mandato de prescindir de vicios y defectos de *validez* pero también de *eficacia* de los actos.

⁵⁴ Artículo 212 del Reglamento (CEE) núm. 2913/1992, de 12 de octubre, del Consejo, que aprueba el Código Aduanero Comunitario, que dice: «La deuda aduanera contemplada en los artículos 201 a 205 y 209 a 211 se originará incluso si se refiere a una mercancía que sea objeto de una medida de prohibición o de restricción a la importación o a la exportación, cualquiera que fuere su naturaleza».

⁵⁵ El artículo 4 de la Sexta Directiva del Consejo 1977/388/CEE, de 17 de mayo, establece que: «Serán considerados como sujetos pasivos quienes realicen con carácter independiente, y cualquiera que sea el lugar de realización, alguna de las actividades económicas mencionadas en el apartado 2, cualesquiera que sean los fines o los resultados de esa actividad». En la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, se recoge una cláusula en sentido similar, aunque referida al hecho imponible en las operaciones interiores: el artículo 4, apartado Tres, establece que «la sujeción al impuesto se produce con independencia de los fines o resultados perseguidos en la actividad empresarial o profesional o en cada operación en particular».

⁵⁶ Englobamos entre los IJJ a todas aquellas figuras tributarias establecidas sobre el juego que, habiendo sido calificadas por el legislador español como tasas, son consideradas por nuestra doctrina y tribunales como auténticos impuestos. Nos referimos a las «tasas» que gravan los juegos de suerte, envite o azar, establecidas por el Real Decreto-Ley 16/1977, de 25 de febrero, por el que se regulan los aspectos penales, administrativos y fiscales del juego, y a las «tasas» sobre apuestas y combinaciones aleatorias, que fueron introducidas por el Decreto 3059/1966, de 1 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de las Tasas Fiscales.

⁵⁷ Artículo 100 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, de las Haciendas Locales.

En los IJ por que la regla de la irrelevancia de la ilicitud puede entenderse implícita en la descripción del hecho imponible, que está constituido por «la autorización o, en su defecto, por la organización o celebración, de juegos de suerte, envite o azar», lo que viene a significar que la falta de autorización administrativa para la organización o celebración de un juego de azar no impide la tributación por este impuesto. En el ICIO por que su hecho imponible consiste en la realización de una obra «para la que se exija la obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística, se haya obtenido o no dicha licencia». Entendemos que cuando la ilicitud no fuera evidente o no se hubiera detectado, procedería el gravamen por ser una obra, instalación o construcción para la que normalmente se exige licencia, se haya esta obtenido o no. Esto es, que debe entenderse, a mi juicio, que entre las obras para las que sí se exige licencia, es decir, entre las obras sujetas al impuesto, se encuentran las obras que no suponen una ilicitud tan grave que no pueda subsanarse. Sin embargo, cuando sea evidente la ilicitud, no sería posible otorgar licencia y desde un principio, la obra o la construcción no debería someterse a gravamen, porque no podría entenderse realizado el hecho imponible; no se trata de una obra para la que se exija licencia, sino de una obra absolutamente ilegal para la que no puede exigirse licencia, y para lo que procede, si se ha realizado, es su demolición o la sanción administrativa que corresponda.

Este mandato de abstraerse de los vicios de los actos a la hora de liquidar el tributo no es exclusivo del Ordenamiento jurídico español, sino que podemos encontrarlo, por ejemplo, en la Ordenanza Tributaria alemana, cuyo artículo 40 establece que «a efectos tributarios es irrelevante que una conducta, que cumple total o parcialmente el supuesto de hecho de una ley tributaria, infrinja un mandato o prohibición legales o atente contra las buenas costumbres»⁵⁸. En otros países europeos como Portugal también se recoge este principio de irrelevancia⁵⁹, y además se recoge en los Modelos de Código Tributario para América Latina y en Ordenamientos de países latinoamericanos como Brasil, Venezuela o Costa Rica⁶⁰.

6. LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LOS ACTOS SOMETIDOS A GRAVAMEN

Como hemos expuesto, la norma del artículo 13 de la LGT pretende significar, no solo la autonomía calificadora del Derecho tributario y el mandato de prescindir de los defectos de validez, con la consiguiente posibilidad de que tributen actos o negocios a pesar de ser inválidos o ineficaces para otros sectores del Ordenamiento, sino además, y como consecuencia de lo anterior, que **la Administración tributaria no puede instar la invalidez o ineficacia de un negocio celebrado entre las partes, como por otro lado tampoco los sujetos pueden alegar la invalidez o ineficacia de un negocio para con ello eludir el pago del impuesto**⁶¹.

⁵⁸ Traducción de Carlos PALAO TABOADA de la *Ordenanza Tributaria Alemana*, IEF, Madrid, 1980.

⁵⁹ En el artículo 10 de su *Lei Geral Tributária*, que entró en vigor el 1 de enero de 1999.

⁶⁰ Da cuenta de ello Pedro M. HERRERA MOLINA en *Fiscalidad...*, *op. cit.*, pág. 45.

⁶¹ En realidad, el propio legislador tributario también sería destinatario de esta norma, pues la ley fiscal no puede regular la validez o invalidez civil de un negocio. En un conocido trabajo sobre la relación Derecho civil-Derecho fiscal, RAMALLO da cuenta de una SAT de Palma de Mallorca de 10 de abril de 1968; la Ley del Timbre del Estado sancionaba un defecto de nulidad no previsto en las leyes civiles. Tal motivo de nulidad civil, previsto en la Ley del Timbre, «representa una verdadera y singular intromisión o injerencia del Derecho fiscal en el propio Derecho civil sustantivo» («RAMALLO MASSANET, Juan: «Derecho fiscal frente a Derecho civil: discusión en torno a la naturaleza del derecho fiscal entre L. Trotabas y F. Geny», *Revista de la Facultad de Derecho de la UCM*, Madrid, Vol. XVII, núm. 46. 1973, pág. 24).

Llegados a este punto, es imprescindible destacar que **no es la Administración la que tiene que declarar la invalidez del negocio celebrado entre las partes**, sino el juez competente, porque **la misión de la Administración tributaria no es juzgar sobre los defectos de los negocios, sino aplicar los tributos**.

El Tribunal Supremo ya ha explicado, hace más de medio siglo, que **la Administración tributaria no es quien tiene que declarar la nulidad del acto que se somete a gravamen**. En un principio había determinado que la inexistencia de un acto o negocio jurídico suponía la no sujeción al impuesto ⁶², pero posteriormente afirmó (y esta vez para unificación de doctrina) que la Administración no era quien para declarar la nulidad o inexistencia de un contrato, y que lo que procedía era liquidar el impuesto. Fue en Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo, de 29 de marzo de 1949, en la que el alto tribunal tuvo que valorar si una donación de inmuebles en documento privado era donación a efectos fiscales, y afirmó que, aunque la donación fuese nula de pleno derecho, «no es el Liquidador del Timbre del Estado el llamado a definir y declarar tal nulidad, ya que su función es esencial y meramente fiscal» ⁶³.

De hecho, si se ha establecido la regla de la irrelevancia de la invalidez en el artículo 13 de la LGT, es porque **la Administración tributaria no tiene potestad para declarar la validez o invalidez de un acto**. Piénsese que, «de colocarse al liquidador para que juzgue sobre defectos de forma o de fondo, se colocaría al mismo en situación de un juzgador» ⁶⁴. Y **la Administración no es juez, sino liquidadora** ⁶⁵, por lo que «lógicamente los órganos de Hacienda no pueden declarar tales vicios» ⁶⁶.

El principio de que la Administración no puede ser juez de la ilicitud o no de la operación que se somete a liquidación puede encontrarse también en el Derecho comparado ⁶⁷, donde, con base en el mismo, se afirma que no debe hacerse distinción, a la hora de la tributación, entre las operaciones lícitas y las ilícitas, no obstante el eventual derecho a la restitución de lo ingresado si la venta se anula con arreglo al Código Civil.

Si la Administración tributaria no puede calificar de inválidos o ineficaces los actos o negocios jurídicos, tampoco los tribunales administrativos tienen competencia para ello, como el propio TEAC viene reconociendo reiteradamente ⁶⁸.

⁶² STS de 5 octubre de 1948 (Ref. Aranzadi 1.148).

⁶³ Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi, referencia 45, año 1949. La tesis del Ministerio Fiscal es que la donación inter vivos de bienes inmuebles efectuada en documento privado es liquidable sin perjuicio, en su caso, de la devolución de lo ingresado por la liquidación si se llegase a declarar la ineficacia del documento generatriz de ella.

⁶⁴ José M.^a RODRÍGUEZ VILLAMIL, refiriéndose al Impuesto de Transmisiones, en *Legislación del Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisión de Bienes*, 2.^a ed., Madrid, 1948, pág. 286.

⁶⁵ Luis CORRAL GUERRERO, *El derecho del contribuyente a la devolución de impuestos*, Edersa, Jaén, 1977, págs. 360 y 361.

⁶⁶ Ramón FALCÓN Y TELLA, «Interpretación económica y seguridad jurídica», *Crónica tributaria*, n.º 68, 1993, pág. 29.

⁶⁷ En Bélgica existe jurisprudencia consolidada en este sentido: «Le Fisc sortirait de son rôle si, s'érigeant en Juge, il cherchait à faire la distinction des actes licites ou illicites, valables ou nuls»; «L'Administration n'a pas à s'ériger en juge»; «L'Administration n'est pas juge de la nullité des conventions» [*arrêt du 24 novembre 1924 de la Cour de Cassation*; el *arrêt du 18 mars 1976* y la Decisión administrativa de 28 de julio de 1975 (Revue n.º 22, n.º 534, pág. 303); Alain BOLLY, *La taxation des revenus illicites*, Ministère des finances, Ecole Nationale de Fiscalité et des Finances, junio 1989, págs. 12 y ss.].

⁶⁸ Véase la Resolución de 8 de mayo de 1955, citada por Antonio MARTÍNEZ LAFUENTE en *Derecho tributario, Estudios sobre la jurisprudencia tributaria*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 500.

De lo expuesto se deduce que la Administración, **al actuar prescindiendo de los defectos de validez e ilicitud del acto o negocio que se somete a tributación, está realizando un acto de liquidación que, de acuerdo con la presunción de legalidad** que rige en general para todos los actos de la Administración ⁶⁹, **permite calificar al ingreso de debido**.

Y si no puede la Administración tributaria declarar los vicios de los contratos, «menos aún pueden hacerlos valer —exclusivamente frente a la Hacienda, a efectos de evitar el gravamen— los particulares que dieron lugar a ellos» ⁷⁰. Esto es, **tampoco los particulares podrán alegar que el negocio está viciado para con ello intentar eludir el pago del tributo**. De permitirse que los particulares alegaran su propio error o sus propios defectos, se podría conseguir el efecto de fomentar la celebración de actos nulos o anulables o en general ineficaces para que con ello las partes evitaran su gravamen ⁷¹. Y es que «lo que se pretende con esta norma es sencillamente evitar que el nacimiento de la obligación tributaria quede al arbitrio de las partes, mediante el sencillo expediente de concluir un negocio con un defecto de forma o de sustancia que podría determinar su anulación, la cual, sin embargo, no llega a producirse al no ejercitarse la correspondiente acción» ⁷². «Si tales vicios fueran determinantes de la calificación desde la norma tributaria, a nadie se le escapa que podrían servir como medio para impedir el gravamen en manos de sujetos pasivos» ⁷³.

7. LA RELEVANCIA TRIBUTARIA DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD Y CESACIÓN DE EFECTOS: LA NECESIDAD DEL REINTEGRO DEL IMPUESTO INGRESADO

De la norma que recoge el principio de preterición de los vicios de invalidez a efectos de gravamen, se deriva, necesaria y lógicamente, la posibilidad de que tributen actos o negocios a pesar de que puedan ser inválidos o ineficaces para otros sectores del Ordenamiento. Si se declara la nulidad, la norma tributaria habrá unido el nacimiento de la obligación tributaria a la existencia de un negocio que, jurídicamente, no ha tenido vida. Por eso nos preguntamos lo siguiente: la regla de la irrelevancia de la ilicitud, ¿realmente significa que al Derecho tributario le es irrelevante el que un hecho que se va a someter a gravamen sea contrario al Ordenamiento o no produzca efectos?

Claramente la respuesta es negativa, porque no puede afirmarse que lo que es nulo en Derecho privado o administrativo puede servir como existente en Derecho tributario ⁷⁴. El principio de marginación de los vicios y defectos no puede significar que al Derecho tributario le es indiferente que un negocio sea válido, inválido, produzca efectos o sea nulo. Lo que la norma implica es que **mien-**

⁶⁹ Antes específicamente en el artículo 8 de la LGT de 1963; ahora solo en el 57 de la Ley 30/1992, LRJPAC.

⁷⁰ Ramón FALCÓN Y TELLA, «Interpretación económica...», *op. cit.*, pág. 29.

⁷¹ Un sujeto puede preferir firmar un contrato viciado para evitar el devengo del impuesto: Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1949, Ref. Ar. 451.

⁷² Fernando PÉREZ ROYO: *Derecho financiero y tributario*, parte general, undécima edición, Civitas, Madrid, 2001, pág. 98.

⁷³ Rafael NAVAS VÁZQUEZ: «Interpretación y calificación en Derecho Tributario», en *Comentarios a la LGT y líneas para su reforma, homenaje a F. Sainz de Bujanda*, Madrid, IEF, 1991, pág. 403.

⁷⁴ Parece evidente que si el negocio no ha existido, tampoco puedan unírsele a su realización los efectos tributarios. Matías CORTÉS: *Ordenamiento tributario español I*, cuarta edición, Civitas, Madrid, 1985, págs. 136-137.

tras la nulidad no sea declarada, el acto con apariencia de válido deberá gravarse como si fuera válido. Ahora bien, una vez que la nulidad se declare, y se anulen jurídicamente los efectos del negocio producidos, los efectos tributarios que se hubieran anudado a la realización del mismo, también deben deshacerse. «Una vez declarada por sentencia firme la existencia del vicio, con la consiguiente rescisión o anulación del acto, ello conlleva la devolución del impuesto ⁷⁵».

Por ello podemos afirmar **que la regla de la irrelevancia de los vicios del acto gravado se completa con la de la relevancia tributaria de los efectos que se derivan de una declaración de nulidad**, y así, si por aplicación de la ley se deshacen los efectos de lo realizado y desaparece la capacidad económica que se quería gravar, no puede exigirse ni mantenerse la exigencia del tributo, so pena de socavar también el principio de no contradicción. Porque «lo que el Ordenamiento tributario desconoce es la nulidad no declarada», pues cuando esa nulidad es oportunamente declarada surte efectos, procediendo la devolución del impuesto ⁷⁶. En definitiva, que **«en ningún caso son irrelevantes los defectos de invalidez o ineficacia. En realidad, lo único que se produce es un desplazamiento de su tratamiento, desde el plano de la calificación al de la devolución»** ⁷⁷.

Se trata de un supuesto en el que el ingreso realizado ha perdido su fundamento o razón de ser y se ha convertido en injusto e ilegítimo, con la obligada consecuencia de que esta situación debe ser corregida por el Ordenamiento. La solución que hemos propuesto es, por tanto, que si hay apariencia de validez se aplique inicialmente el impuesto y posteriormente se devuelva si el acto o negocio se anula ⁷⁸, o que lógicamente, si no fue ingresado, la liquidación efectuada se deje sin efecto ⁷⁹.

Esta es la solución que también ofrece la Ordenanza Tributaria alemana, en cuyo artículo 41 se establece que, en defecto de ley tributaria expresa en contrario, «la ineficacia originaria o sobrevenida de un negocio jurídico es irrelevante a efectos tributarios», pero solo es irrelevante, nótese, «en la medida y durante el tiempo en que las partes, a pesar de tal ineficacia, permitan que se produzca y subsista el resultado económico de dicho negocio».

Es una **solución ajustada a los principios de generalidad e igualdad**, porque todos los actos van a tributar, con independencia de los vicios de que adolezcan, por el efecto económico producido. Este efecto económico, en virtud del respeto a la apariencia creada, será amparado por el Ordenamiento hasta que se declare la nulidad del acto. No se vulnera la igualdad porque, en tanto un acto o negocio no sea declarado nulo, para la Administración tributaria es absolutamente idéntico al acto válido. El principio de generalidad solo se violaría si, una vez producida la declaración de nulidad,

⁷⁵ Ramón FALCÓN Y TELLA: «Interpretación...», *op. cit.*, pág. 29.

⁷⁶ Ernesto LEJEUNE VALCÁRCEL: «La devolución...», *op. cit.*, pág. 312.

⁷⁷ O dicho de otra forma, «no se trata de no tomar en consideración los fenómenos de invalidez o ineficacia, sino de desplazar su consecuencia en el orden tributario desde la fase de calificación a la de devolución». Mario CONDE y CONDE: «El principio...», *op. cit.*, págs. 284 y 285.

⁷⁸ Es la idea sostenida por Ramón FALCÓN Y TELLA en «La posibilidad de gravar los hechos constitutivos de delito: SAP Madrid 24 enero 1998 (sic)», *Quincena Fiscal*, n.º 11, junio 1999, pág. 5.

⁷⁹ La Resolución del TEAC de 21 de octubre de 1992, en un caso del artículo 60.1 del TR de la Ley del ITPyAJD, exige que bien se devuelva lo ingresado, bien se deje sin efecto alguno la liquidación, si no se hubiese ingresado. Citada por MARTÍNEZ LAFUENTE en su *Manual del ITP* (edición de 1996, citada), pág. 628.

la ley no dispusiera de un mecanismo legal para restaurar la desigualdad no inicial, sino sobrevenida, existente entre el tratamiento tributario recibido por el acto aparentemente válido y el que definitivamente ha sido declarado ineficaz. Y tal mecanismo existe ⁸⁰.

Por otro lado, una regla que obliga a liquidar basándose en una presunción de validez, pero que en correspondencia, obliga a restaurar la situación originaria si se declara la nulidad con efectos retroactivos **no rompe la unidad del Ordenamiento**, sino que, al contrario, lo que hace precisamente es respetar lo establecido por este, reforzando la coherencia del sistema. Lo que sería incoherente y rompería la unidad sería que la Administración declarase la nulidad civil de un negocio jurídico.

Y con esta solución, **se respeta además el principio de capacidad contributiva**, que impide que se graven capacidades económicas jurídicas o económicamente inexistentes. Como afirma PÉREZ ROYO, «el respeto al principio de capacidad económica y a las meras reglas de la lógica jurídica exige que si los defectos presentes en el acto dan lugar a su anulación, desaparezca igualmente el gravamen» ⁸¹. Si de la declaración de nulidad no se derivara una retroacción de efectos (restitución, demolición...), entonces se mantendría la exigencia del tributo. Por tanto, esta norma es perfectamente compatible con el principio de capacidad económica.

En definitiva, si para buscar la capacidad económica atendemos a la exigencia lógica del Tribunal Constitucional de buscar la riqueza allí donde esta se encuentre, deduciremos que allá donde no pueda encontrarse capacidad económica, porque el acto gravado no se entiende productor de efectos jurídicos, no podrá haber tributo. Podemos decir que **el principio de marginación de los vicios de invalidez se completa con la necesidad de dar relevancia tributaria a los efectos que derivan de una declaración de nulidad**, en el sentido de que **si por mandato del Ordenamiento** (en la idea de restablecer el orden jurídico violado y volver las cosas a su estado originario que supone la restitución de las prestaciones que se ordena con la declaración de nulidad) **desaparece la capacidad económica que pretendía gravarse, no puede exigirse tributo**.

Resaltamos que la desaparición de la capacidad económica debe venir ordenada por el Ordenamiento jurídico, pues lo que defendemos es **que no se tribute cuando legalmente se dispone la eliminación de la capacidad económica**. Así, por ejemplo, si se ordena la demolición de una obra ejecutada sin licencia, desaparece jurídicamente, y no como una mera cuestión de hecho o circunstancial, la capacidad económica que quería gravarse con el ICIO; o si se condena a la devolución de la prestación recibida en un contrato de compraventa, en virtud de la declaración de nulidad del mismo, habrá desaparecido por aplicación de la ley la capacidad contributiva que pretendía gravarse. Si no es la ley la que impone la privación de la capacidad económica, sino que esta se pierde por una situación de hecho, no se excluye, de principio, el gravamen.

En síntesis, nuestra postura es **que solo se tribute de forma efectiva por los efectos que el Derecho consiente de forma definitiva**. El reintegro o la devolución es el restablecimiento de una situación anterior y constituye la solución jurídicamente congruente, ya que es lo que da lugar a repo-

⁸⁰ Ernesto LEJEUNE VALCÁRCEL, «La devolución...», *op. cit.*, págs. 314 y 315.

⁸¹ Fernando PÉREZ ROYO: *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 98.

ner la situación patrimonial previa al ingreso ⁸². La propia noción de **tributo implica el cumplimiento definitivo de una obligación**. Y pienso que no puede mantenerse la exigibilidad del mismo cuando por aplicación de la ley ha desaparecido la capacidad económica que era su sustrato o base. La devolución es el correlativo necesario del ingreso contrario al Ordenamiento ⁸³.

8. LA NATURALEZA DE LA DEVOLUCIÓN

Ciertamente, debe reconocerse que esta devolución, cuyo fundamento lógico y material creemos ya evidenciado, no está prevista en la LGT. Ello ha servido a algunos para caracterizarla como una *devolución específica*, que necesita reconocimiento expreso y que solo opera cuando el legislador así lo manifieste expresamente ⁸⁴. De ahí que se haya intentado por algunos aplicar aquí la institución civil del **cobro de lo indebido**, para inclinarse por la aplicación de un principio general del Derecho que impide el enriquecimiento sin causa como justificación del derecho a la devolución en las hipótesis no previstas ⁸⁵, y que por otros se haya definido este supuesto como de **devolución de ingresos indebidos**. La argumentación que sustenta esta última tesis ciertamente es tentadora. Sin embargo, como enseguida veremos, desde un análisis profundo, sistemático y literal de la ley, se llega a la conclusión de que **debe rechazarse**.

Este supuesto de devolución ha sido calificado como de *devolución de impuestos legales que devienen injustos*, en la idea de que el pago impositivo realizado en su momento era legítimo, no indebido, sino conforme a Derecho, aunque la aparición de un *hecho sobrevenido*, a saber, la invalidez del negocio jurídico, lo ha convertido en injusto. Es interesante destacar cómo su autor considera que **el hecho posterior sobrevenido no altera la presunción de legalidad de la liquidación tributaria** y que **la obligación impositiva sigue siendo legítima** ⁸⁶.

Años más tarde, VICENTE-ARCHE encaja el supuesto de devolución del ITP por ineficacia sobrevenida del acto gravado entre los casos en que el legislador prevé una *revisión de la cuantificación de la obligación tributaria*. Entiende que **si un acto o negocio resulta ineficaz no por ello desaparece el efecto tributario que en su momento provocó, consistente en el nacimiento de la obligación tributaria. La aparición de la ineficacia del acto o negocio nunca significa que el presupuesto objetivo no se haya realizado, ni priva de fundamento a la liquidación que se hubiera practicado con anterioridad** ⁸⁷.

⁸² Rafael NAVAS VÁZQUEZ: *La devolución...*, *op. cit.* pág. 15: «Todo ingreso ilegal no debe, en principio, consolidarse».

⁸³ Véase Rafael NAVAS VÁZQUEZ, *La devolución...*, *op. cit.*, pág. 58.

⁸⁴ En este sentido, Luis CORRAL GUERRERO: *El derecho...* *op. cit.*, págs. 282 y 283: «El derecho subjetivo a esta devolución requiere de un reconocimiento expreso y caso por caso por parte del ordenamiento, porque al tratarse de un impuesto legal, su devolución es excepcional».

⁸⁵ El artículo 1.895 del CC sería el fundamento de la devolución de ingreso indebido en Derecho tributario. Entre otros, Antonia PRAENA REQUENA: «Los expedientes de devolución de ingresos indebidos», *Hacienda Pública Española*, n.º 16, 1972, págs. 265 y ss. Algunas sentencias han aplicado esta justificación, como SAN (Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 1 de julio de 1999 (JT 1999\1847).

⁸⁶ Luis CORRAL GUERRERO, *El derecho...*, *op. cit.*, págs. 282 y ss. y págs. 364 y ss.

⁸⁷ Fernando VICENTE-ARCHE DOMINGO, «Contribución al análisis...», *op. cit.*, págs. 267 y 268.

Con posterioridad, se entiende que el pago realizado se mantiene legal, pero como consecuencia de la declaración de ineficacia deviene *injusto e ilegítimo*⁸⁸, y años después se mantiene la misma postura en cuanto a la legalidad del procedimiento, pero dando un paso más, entendiendo que **si se declara la nulidad de un acto habrá que entender que el hecho imponible no se ha realizado materialmente**. En esta idea, **esa declaración de nulidad afectará al hecho imponible, pero no a la legalidad del procedimiento de liquidación seguido, que es perfectamente válido**⁸⁹.

Y hay quien dice que este supuesto lo es de un *ingreso indebido*⁹⁰. Introducen un matiz quienes dicen que el supuesto de devolución del ITPyAJD es un caso de devolución de ingresos indebidos, en el que aunque la magnitud formal del hecho imponible se ha realizado, no se ha verificado el índice de capacidad contributiva⁹¹. A nuestro juicio, el supuesto no puede calificarse de ingreso indebido. Tradicionalmente se ha considerado que el ingreso indebido es el ilegal o ilegítimo, concebido como una entrega hecha a la Hacienda Pública sin que esta tenga derecho a percibirla por motivo de ilegalidad⁹², y esta noción de indebido no puede acoger en su seno el supuesto de declaración de nulidad que sobreviene al gravamen, dado que el artículo 13 de la LGT es contundente al obligar a liquidar los actos aun con vicios de invalidez. **Lo legal, lo exigible, y en ese sentido lo debido, es ingresar**, aunque luego proceda la devolución. Solo de considerarse que el ingreso indebido lo sería (indebido) por razones sustantivas, el supuesto que analizamos podría encajar en este concepto⁹³. Porque **si el artículo 13 de la LGT precisamente obliga a liquidar, el ingreso legalmente no es indebido**. Ello no obstante, hay tribunales que han accedido a la devolución, solicitada como de ingresos indebidos, porque *en realidad se trata de la misma cosa*⁹⁴.

Por este mismo motivo **no podemos considerar estos supuestos como de no sujeción**, pues su concepción como tal chocaría con la obligación de someter a gravamen los actos con independencia de sus vicios que preceptúa **el artículo 13 de la LGT, que es precisamente el mandato que establece su sujeción**. La contradicción solo podría salvarse haciendo una distinción entre sujeción material y sujeción formal, según la cual un acto o negocio estaría formalmente sujeto a pesar de su

⁸⁸ Ernesto LEJEUNE VALCÁRCEL, «La devolución de ingresos...», *op. cit.*, págs. 315 a 318.

⁸⁹ Fernando SERRANO ANTÓN, «Las devoluciones en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», *Impuestos II*, 1995, pág. 63. Y en su monografía *Las devoluciones tributarias*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 387.

⁹⁰ Rafael NAVAS VÁZQUEZ, *La devolución...*, *op. cit.*, pág. 16. Rafael ACOSTA ESPAÑA, «Comentario al artículo 60», en *Comentarios a las leyes Tributarias y Financieras, Tomo VII-2º, Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, (dir. N. AMORÓS RICA), Edersa, Madrid, 1991, pág. 1.496.

⁹¹ César GARCÍA NOVOA, *La devolución...*, *op. cit.* pág. 146. También en págs. 36 y 37.

⁹² Luis CORRAL GUERRERO, *El derecho del contribuyente...*, *op. cit.*, pág. 130 y ss. y págs. 332 y 333.

⁹³ Entre los supuestos de devolución de ingresos indebidos incluye el que analizamos Antonio MARTÍNEZ LAFUENTE, *Derecho tributario, estudios...*, *op. cit.*, págs. 495 y ss. María Teresa SOLER ROCH («La tributación...», *op. cit.*, pág. 17) habla de la obligación de devolver «el ingreso tributario indebido».

⁹⁴ STSJ Cataluña núm. 766/2002 (Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 26 de septiembre (*Westlaw JUR 2003\17312*): «El fundamento legal de la demanda se encuentra en el contenido del artículo 57.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993 (...) Por ello, la parte demandante inició el procedimiento de devolución de ingresos indebidos (...) En principio, no estamos antes un supuesto de devolución de ingresos indebidos, por la sencilla razón de que cuando el pago del impuesto se produjo, en este caso (y cabe decir en cualquier otro) el ingreso era debido (...) Pero una vez acreditada la imposibilidad (...) devino irrealizable el hecho imponible, lo que constituye el supuesto anteriormente mencionado de devolución de la cantidad ingresada».

intrínseca ilicitud, ineficacia o invalidez, pero devendría materialmente no sujeto cuando esa ilicitud o contrariedad a Derecho fuese detectada y en consecuencia el acto se anulara y se deshicieran sus efectos *ab initio*, pues habría desaparecido la capacidad económica que sustantivamente constituía su fundamento. De hecho, la Ley del ITPyAJD ha suprimido el apartado que decía que si la liquidación nunca hubiera sido ingresada se declararía la no sujeción ⁹⁵.

Y por este motivo, **el procedimiento para recuperar el ingreso no puede ser un procedimiento de revisión**, porque si la liquidación es correcta no hay ningún acto que revisar. Dado el mandato de liquidar prescindiendo de los defectos, **el impuesto será un ingreso debido, el acto de liquidación correcto, y la declaración de ineficacia no romperá la presunción de legalidad de la liquidación tributaria, de ahí que *stricto sensu* este no deba considerarse un supuesto de devolución de ingresos indebidos** ⁹⁶. En definitiva, que podrá afirmarse que **la obligación de devolución que incumbe a los órganos de la Administración tributaria no supone revisar ningún acto anterior sino comprobar, declarar y ejecutar una nueva obligación** ⁹⁷.

En este sentido, ***el ingreso es debido, irrepetible, porque era exigible conforme a la legalidad vigente***. Lo que ocurre es que existen en Derecho situaciones posteriores al nacimiento de la obligación tributaria que provocan la restitución del impuesto satisfecho aun en el caso de una liquidación definitiva, como es el caso que nos ocupa. **Esta obligación de devolución es una obligación autónoma, y el derecho a la devolución que tiene el sujeto es un derecho autónomo, jurídicamente independiente** de la relación tributaria que tuvo lugar por el pago del impuesto.

Ciertamente interesante es la tesis de GARCÍA NOVOA, que afirma la posibilidad de que estemos ante un ***ingreso indebido sobrevenido***. A su juicio, no cabe distinguir jurídicamente entre devolución de ingresos indebidos y devolución de ingresos debidos, entendiendo que los primeros serían aquellos en que el ingreso es indebido en el momento del pago y los segundos aquellos en que la contradicción del pago con el Ordenamiento jurídico se produce con posterioridad. Porque la configuración del indebido es igual en ambos casos, la contradicción del pago con la determinación legal de la obligación tributaria, siendo indiferente para su régimen jurídico el momento en que esa contradicción se produce ⁹⁸.

Su idea ha recibido el apoyo en la doctrina, con argumentos aparentemente convincentes, pero que a mi modo de ver se resquebrajan. En opinión de VARONA, el pago inicial de la deuda tributaria

⁹⁵ En el Reglamento de Derechos Reales de 1900, la norma decía en su apartado 4 que «si el importe de la liquidación no hubiere sido ingresado en el Tesoro, podrá utilizarse, al objeto de rectificarla o declarar la no sujeción el procedimiento establecido en (...) para la subsanación de errores materiales».

⁹⁶ También LEJEUNE VALCÁRCEL, en «La devolución...», *op. cit.*, pág. 316; SERRANO ANTÓN, «Las devoluciones...», *op. cit.*, pág. 63.

⁹⁷ Así lo ha reconocido el TEAC en recurso extraordinario de alzada para unificación de criterio: «la anulación judicial de un contrato no autoriza a anular la previa liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales; en todo caso dará lugar a la devolución de lo ingresado» (Resolución del TEAC n.º 185 de 29 de enero de 1992).

⁹⁸ César GARCÍA NOVOA, *La devolución...*, *op. cit.*, pág. 68. Citando a POTITO en su trabajo *La ripetizione dell'indebito in materia finanziaria*, Morano, Napoli, 1970, dice que podría incluirse en lo que la doctrina italiana ha denominado «superveniencia de una falta de hecho imponible». Véase sobre los *indebiti sopravvenuti* la pág. 122. Sobre la indiferencia del momento en que debe darse la contradicción con el Ordenamiento, págs. 155 y 156. Su concepto de indebido, en las págs. 100 a 105.

será un ingreso indebido, puesto que «los efectos invalidantes se retrotraen al momento en que se dictó el acto de liquidación», afirmación que no encuentra, a nuestro juicio, cobertura legal. Para el profesor, el acto afectado de nulidad y que constituyó el hecho imponible de un tributo, no podrá producir efectos tributarios porque, al ser inválido el presupuesto integrante del hecho imponible, no se puede considerar realizado este, ni en consecuencia estimar que exista la capacidad económica que el mismo manifiesta. Y no existiendo hecho imponible no pudo surgir deuda tributaria; por ello, el pago es indebido ⁹⁹.

Entiendo, sin embargo, que una cosa es que el Derecho civil declare que un acto es nulo, incluso con efectos *ex tunc*, y otra que ello impida que el hecho imponible se realizara; que una cosa es el hecho de cuya realización surge o nace la obligación tributaria y otra distinta el negocio jurídico privado que se declara inválido ¹⁰⁰; y que **el acto de liquidación no es inválido porque el acto del que dimana lo sea**. No obstante, debe reconocerse que el Tribunal Supremo lo ha sostenido en alguna ocasión ¹⁰¹.

El hecho de que el reintegro de los tributos ingresados por actos declarados inválidos no esté expresamente recogido en ninguna norma general, ni pueda calificarse legalmente como de indebido, no es obstáculo para considerar que debe producirse, en la idea de que obtener la devolución del impuesto satisfecho es un derecho cuyo fundamento material se encuentra en los principios de justicia y de capacidad económica, y cuya existencia no depende de su reconocimiento expreso por las normas ¹⁰².

9. MECANISMOS LEGALES PARA OBTENER EL REINTEGRO DEL IMPUESTO SATISFECHO POR EL ACTO ANULADO

Correspondería ahora analizar las posibilidades de obtener el reintegro de lo ingresado que ofrece nuestro Ordenamiento jurídico tributario. En este punto podemos decir que solo las normas reguladoras de los impuestos indirectos e instantáneos contienen una previsión expresa en este sentido, la cual no se recoge en la LGT. Ello hace que la solución no sea única para todos los impuestos y que haya varias posibilidades de restablecer la justicia y la capacidad económica del que

⁹⁹ Juan Enrique VARONA ALABERN: *El crédito tributario en la quiebra*, Lex Nova, 2000, págs. 237, 238.

¹⁰⁰ La cuestión entronca con la polémica entre si lo que se grava son los hechos o situaciones de hecho o los conceptos o situaciones de Derecho. Aceptamos el planteamiento que en nuestra doctrina se considera dominante, el de la significación fáctica del hecho imponible aun en los impuestos de corte más puramente jurídico, y recomendamos la lectura del trabajo de Juan RAMALLO: «Derecho fiscal frente a Derecho civil...», *op. cit.*, pág. 22 y ss., así como los ensayos de TROTABAS y GENY traducidos por el profesor. «La nulidad de un acto jurídico como tal no suprime una situación de hecho que puede ser objeto de un gravamen», dice GENY.

¹⁰¹ STS de 25 de marzo de 1972: «la liquidación se encuentra viciada de la misma nulidad que afecta al acto administrativo del que dimana (...) es procedente estimar el recurso declarando la nulidad de la liquidación practicada a la demandante con la obligada consecuencia de la devolución de su importe por parte de la Administración».

¹⁰² Ya en el siglo XIX se afirmaba en nuestro país que, cuando no haya disposición escrita, la devolución procederá entonces por el principio de que el impuesto exigido por la Hacienda siempre tiene la condición de reintegrable cuando el acto o contrato no ha producido sus efectos. Salvador ROCAFULL Y CASTRO, *Manual de la legislación...*, *op. cit.*, pág. 175.

ingresó un tributo por un acto que ha sido declarado nulo y del que se han hecho desaparecer los efectos económicos.

En los impuestos periódicos la posibilidad es **tener en cuenta la pérdida en el ejercicio en que la nulidad se declare**. Ello puede tener cabida en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) o en el Impuesto sobre Sociedades (IS), en los que se admite por diversas vías la introducción de partidas negativas de la base imponible. En este sentido, ya ha manifestado nuestro Tribunal Supremo que en impuestos como el de Sociedades (refiriéndose a impuestos periódicos), en lugar de procederse a la devolución cuando se declara la nulidad del acto que generó en su momento un resultado positivo que se incluyó en la base imponible del ejercicio correspondiente, **debe contabilizarse esa declaración judicial de nulidad en el ejercicio en que la misma adquiera firmeza** ¹⁰³. Como puede apreciarse, esta solución solo puede arbitrarse para impuestos periódicos, y además, no habría propiamente una devolución de lo ingresado, pues dado su carácter eminentemente progresivo (ciertamente menor en el IS y en el nuevo IRPF con su base del ahorro a tipo fijo) la minoración en base en un ejercicio no tiene necesariamente que conseguir el reintegro exacto de la cantidad ingresada.

En la Ley del IRPF la solución puede venir de la regla especial que, frente a la general de imputación temporal de ingresos y gastos, establece que cuando no se hubiera satisfecho la totalidad o parte de una renta, por encontrarse pendiente de resolución judicial la determinación del derecho a su percepción o su cuantía, los importes no satisfechos se imputarán al período impositivo en que aquella adquiera firmeza ¹⁰⁴. Esta norma prevé la **suspensión de la obligación de contribuir en caso de litigio pendiente sobre el hecho imponible**, y por tanto, supondría una excepción a la regla general de irrelevancia de la ilicitud o de los vicios de invalidez, al permitir al sujeto no declarar una renta sobre cuya existencia, cantidad o titularidad duda, obviamente siempre que se cumplan los dos requisitos: que exista un litigio ante los tribunales y que este lo sea acerca del derecho a la percepción o a la cuantía de una renta.

Dado que la solución para estos impuestos directos y periódicos no está claramente expresada en nuestro Derecho positivo, aquí puede ser especialmente interesante traer a colación las respuestas del Derecho comparado. En Francia, dada la prevalencia, en los impuestos directos de carácter periódico, del principio de *annualité de l'impôt*, **la restitución del impuesto satisfecho puede hacerse en el ejercicio en que la operación es declarada nula**, de manera simétrica a la operación inicial: si se había gravado como ganancia patrimonial se le permite al contribuyente, en el ejercicio de la anulación, computarse una pérdida en una cantidad equivalente a la renta gravada originariamente ¹⁰⁵.

¹⁰³ Esta doctrina jurisprudencial puede considerarse fuente por reiterada, dado que al menos nos constan dos sentencias en este mismo sentido: Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, 27 de marzo de 1999 (Ref. Aranzadi RJ 1999\2957) y de 14 de abril de 2000 (Ref. Aranzadi RJ 2000\4272).

¹⁰⁴ Artículo 14.2.a) de la Ley 35/2006, del IRPF.

¹⁰⁵ Carlos DE PABLO VARONA: *La preterición de los vicios...*, op. cit., págs. 195 y ss. En Francia la jurisprudencia ha rechazado que la invalidez pueda tener efectos retroactivos en el ámbito de los impuestos sobre la renta. La regla se consagra con la sentencia del Consejo de Estado francés de 11 de octubre de 1974 (n.º 85.117), en la que un contribuyente había impugnado la inclusión por parte de la Administración de una ganancia patrimonial en su declaración de renta porque la

En los Estados Unidos, para los ilícitos no penales, la restitución de la renta obtenida y gravada como consecuencia de la declaración de su invalidez no impide, al igual que en Francia, que se mantenga el gravamen original, permitiéndose la **deducción de la cuantía reintegrada en el ejercicio en que se lleve a cabo la restitución**. Pero dado que este reintegro no necesariamente restaura al contribuyente en su situación originaria, la sec. 1341 del *Internal Revenue Code* ofrece dos opciones al contribuyente, de manera que se le pueda garantizar el reembolso de lo que abonó originariamente; ambas alternativas consisten en deducciones en el impuesto del ejercicio de la restitución, con lo que **en ningún caso se rectifica la declaración originaria** y por lo tanto no se devuelven intereses ¹⁰⁶.

En Italia, el principio de irrelevancia de la invalidez ha sido aplicado a las **rentas ilícitas**, y con base en el mismo, estas **se sujetan a imposición directa**, sea en el caso de delito, sea en caso de contrariedad a normas sancionadas con la nulidad civil ¹⁰⁷. Aunque la doctrina y la jurisprudencia ya lo habían adelantado, y aunque para algunos la solución ya podía inferirse del Ordenamiento tributario ¹⁰⁸, lo cierto es que la norma somete por primera vez expresamente la tributación de los actos ilícitos a los impuestos sobre la renta, **con una importante salvedad, consistente en verificar si ha habido secuestro o comiso penal** (aunque no menciona la restitución) ¹⁰⁹. **Si se dan estas medidas**, la solución propuesta por el legislador italiano es la **no sujeción a gravamen**.

Dando paso a los impuestos indirectos, debemos decir que **la obtención de la devolución tiene lugar porque una norma expresa así lo prevé**, y ello se da en el ITPyAJD para todas sus moda-

venta del inmueble estaba afectada de vicios graves y se encontraba por ello recurrida antes los tribunales. El Consejo de Estado apeló a la *regla de la irrelevancia de los vicios del contrato* de cara a su tributación, y afirmó que la anulación ulterior de la compraventa por los tribunales no le permitiría obtener una devolución cuestionando el fundamento del gravamen establecido previamente, aunque sí le permitiría deducir de sus rentas gravables correspondientes al ejercicio de la resolución judicial esa pérdida patrimonial resultante de la anulación. La solución dada por el *Conseil d'Etat* ha sido consagrada por el CGI respecto de las plusvalías empresariales. Y la doctrina francesa ha aclarado que la regla sentada por el Consejo de Estado tiene carácter general, para toda clase de rentas. Así que deben declararse los rendimientos a pesar de su posible invalidez, y si esta se declara, la restitución se imputa sobre rendimientos de la misma categoría (como rendimientos negativos) del año en que se produce tal declaración de nulidad. El criterio se ha extendido al reembolso de las sumas y bienes procedentes de delitos como hurto o estafa. Tales cantidades han de incluirse en la categoría de *bénéfices non commerciaux* (categoría residual), y una eventual condena a restituir permitiría computar un rendimiento negativo en el mismo concepto de renta.

¹⁰⁶ Carlos DE PABLO VARONA: *La preterición...*, *op. cit.*, pág. 201: la devolución que se practicará al contribuyente será la menor de dos cantidades: el gravamen correspondiente a dicho año una vez practicada la deducción, o bien una cuantía igual al impuesto del ejercicio sin la deducción, minorada en la reducción del impuesto que hubiera resultado en el ejercicio en que se percibió la renta de haberse excluido la renta reintegrada en el ejercicio. Así es posible que la deducción practicada el año de la restitución sea más beneficiosa para el contribuyente, por ejemplo porque ese año su tipo marginal fuese superior al que tuvo el año en que obtuvo la renta.

¹⁰⁷ Artículo 14.4 de la Ley 537/1993, de 24 de diciembre, para los impuestos sobre la renta.

¹⁰⁸ Una de las cuestiones más debatidas por la doctrina y la jurisprudencia italianas ha sido la de la naturaleza innovadora o interpretativa de la norma. Como un mero ejemplo de la abundante doctrina y jurisprudencia, véase Gioacchino IZZO, en «La Cassazione civile si pronuncia contro le Sezioni Unite penali sui proventi illeciti», *Il Fisco* 20, 1995, págs. 4.958 y 4.959. Comentario a la sentencia de la casación civil n.º 4381 de 1995.

¹⁰⁹ El hecho de que no se mencione legalmente la restitución o el resarcimiento del daño como un supuesto más de no sujeción al lado del comiso y el secuestro penal, ha sido muy criticado por la doctrina italiana. Entre tantos, Loris TOSSI: «La tassazione dei redditi da attività delittuose», *Rivista di Diritto Tributario*, núm. 2, 1994, págs. 107-120, denuncia que la ley no hable de las medidas reparatorias cuando el artículo 185 del Código Penal preceptúa que cada delito obliga a la restitución según leyes civiles.

lidades ¹¹⁰, en el del Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU) y en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISyD). Así, en el artículo 57.1 del Texto Refundido de la Ley del ITPyAJD, se establece la devolución para ciertos supuestos de nulidad: «Cuando se declare o reconozca judicial o administrativamente, por resolución firme, haber tenido lugar la nulidad, rescisión o resolución de un acto o contrato, el contribuyente tendrá derecho a la devolución de lo que satisfizo por cuota del Tesoro, siempre que no le hubiera producido efectos lucrativos y que reclame la devolución en el plazo de prescripción». En el IIVTNN la devolución se prevé en casi idénticos términos ¹¹¹.

Ya hemos visto que la norma que establecía la irrelevancia de los vicios a efectos de la imposición, tiene una larga tradición en nuestro Ordenamiento, siendo su antecedente un precepto del Acuerdo de la Dirección General de Contribuciones de 22 de marzo de 1867. Pero no fue hasta el Reglamento aprobado con carácter provisional por el Real Decreto de 10 de abril de 1900 cuando se agregó **el derecho a la devolución**. Desde entonces se mantiene la exigencia del tributo sobre un acto a pesar de sus vicios, *sin perjuicio del derecho a la devolución* en los casos en que proceda, derecho que, sin embargo, no está previsto expresamente en la LGT. En otros países de nuestro entorno, como Italia, se contempla de forma muy similar ¹¹².

A la luz de la norma, pueden destacarse como esenciales, a la hora de solicitar la devolución, algunos requisitos. En primer lugar, se impone taxativamente que **la resolución, rescisión o nulidad del contrato ha de declararse por resolución judicial o administrativa firme** antes de que el sujeto pueda solicitar la devolución del impuesto: ello primero porque, lógicamente, solo la jurisdicción correspondiente podrá declarar la nulidad (no así si fuera un caso de mera ineficacia contractual) y además porque, de aceptarse que fuera suficiente que los particulares alegaran su propio error o sus propios defectos, se podría entender que la norma fomenta la celebración de actos anulables para que las partes, con ello, evitaran su gravamen. Como se observó acertadamente ya por la primera doctrina, las normas que permiten o impiden la devolución son rígidas, pero ello es así «porque así lo exige la prevención contra el fraude» ¹¹³.

¹¹⁰ La mayor parte de las cuestiones que se han sometido a los tribunales han sido por la modalidad TPO, pero no faltan devoluciones por otras modalidades. Por ejemplo, STSJ Castilla-La Mancha, de 26 de octubre de 1999, por escritura de préstamo hipotecario, o Resolución del TEAC de 21 de octubre de 1992, devuelve el impuesto en un supuesto de anotación preventiva de demanda.

¹¹¹ Artículo 109.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

¹¹² Ley del Impuesto de Registro se consiente la devolución (*restituzione*) del impuesto en casos de ventas forzosas de inmuebles cuando una sentencia pronunciada en juicio contradictorio, y que haya devenido firme, declare que la venta es nula. El artículo 14 de la Ley del Impuesto «consente la restituzione dell'imposta che siasi riscossa sugli atti che siano poi dichiarati nulli con sentenza pronunciata in contraddittorio tra i contraenti e passata in giudicato per un vizio radicale che, indipendentemente dalla volontà e dal consenso delle parti induca la nullità dell'atto fin dalla sua origine». En el artículo 12 se determina que no procede la devolución si se trata de resolución, rescisión, o del efecto de una condición resolutoria. Véase Achille Donato GIANNINI: *I concetti fondamentali del Diritto Tributario*, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1956, pág. 189.

¹¹³ Federico BAS y RIVAS: «Impuesto de Derechos reales y sobre Transmisión de Bienes», Ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1960, pág. 817. Por su parte, José M.^a RODRÍGUEZ VILLAMIL, *Legislación del Impuesto...*, op. cit., pág. 319 dice que «la aparente dureza de este precepto está justificada por las facilidades que a la defraudación daría el poder simular nulidades, con la consiguiente devolución del impuesto, sin la garantía de que es real y efectiva, dada por declaración judicial o administrativa».

En definitiva, que no debe extrañarnos que la norma exija resolución judicial, pues la devolución solo procede en casos de invalidez, y esta no puede ser declarada por las partes. Porque una cosa es la *invalidez* de un contrato declarada por el órgano correspondiente en razón a estar su celebración en contradicción con el Ordenamiento jurídico y otra muy distinta el caso de un contrato que siendo inicialmente válido es posteriormente declarado *ineficaz* y dejado sin efecto *por la sola voluntad de las partes* ¹¹⁴. Pero no solo es necesaria resolución judicial o administrativa, sino que la devolución ha de **reclamarse en plazo** y además **el acto o contrato no debe haber producido efectos lucrativos**; si ha habido efecto lucrativo se procederá a la *rectificación* de la liquidación. Y no se producen efectos lucrativos, dice el legislador, **cuando el contribuyente se vea obligado**, a consecuencia de la declaración de nulidad, **a devolver o restituir conforme a la legislación civil** los bienes objeto del contrato anulado ¹¹⁵.

A pesar de su confusa redacción, lo que establece el precepto es que **si el contrato anulado hubiera producido efectos lucrativos, porque las partes no se restituyen cosa y precio son sus frutos, este efecto realmente producido debe tributar**, como ocurriría, por ejemplo, con un contrato de compraventa de un inmueble que ha sido anulado unos años después de su perfección. En efecto, es posible que, aunque el obligado se vea obligado a restituir la cosa objeto del contrato, haya disfrutado de la misma. Ese aprovechamiento determina que se rectifique la liquidación inicial y se sustituya por otra que tome como base el usufructo temporal. En puridad, la exigencia de que no se hayan producido efectos lucrativos no es más que la realidad de que detrás de toda categoría jurídica se encierra una realidad económica que es la que preocupa al legislador tributario, en cuanto que es índice de capacidad económica ¹¹⁶.

Si bien puede parecer a primera vista que en todo caso en que se ha prescindido de los vicios de invalidez y eficacia (conforme al art. 2 del Texto Refundido de la Ley) debe proceder la devolución señalada en el artículo 57 de la misma ley, **no puede darse la devolución en todo tipo de ineficacia, sino que la misma coherentemente solo procede en casos de nulidad en que haya obligación de restituir las prestaciones** del acto o contrato celebrado; **la devolución no procede en casos de ineficacia en sentido estricto** (casos de desistimiento unilateral, mutuo disenso, incumplimiento contractual) ¹¹⁷, lo que nos parece correcto, pues en ellos ya no es la ley la que ha determinado la cesación de efectos, sino el particular. Es más, **la resolución de mutuo acuerdo se considerará como un acto nuevo sujeto a tributación**. Esto es, que en este caso no solo no se anulan los efectos tributarios del negocio resuelto, sino que se realiza un nuevo acto sujeto a gravamen ¹¹⁸. En países como Italia y

¹¹⁴ Por ello el 57.5, que excluye la devolución si la resolución se produce de mutuo acuerdo, dice LEJEUNE acertadamente que está fuera de lugar, porque es un supuesto totalmente distinto al de la invalidez declarada por sentencia o resolución judicial firme: LEJEUNE VALCÁRCEL, «La devolución...», *op. cit.*, pág. 329.

¹¹⁵ El precepto solo menciona las recíprocas devoluciones del 1.295 del CC, pero deberían haberse mencionado las del 1.303. No, sin embargo, los casos del 1.306, pues aquí existe la posibilidad de retener lícita y válidamente algo para lo que no se tenía título jurídico de adquisición de propiedad. Tampoco en el caso del 34 de la Ley Hipotecaria, pues el adquirente de buena fe no tiene obligación de restituir.

¹¹⁶ Mario CONDE y CONDE, «El principio...», *op. cit.*, pág. 292: «Siendo este el más puro concepto de impuesto de base jurídica, tiene una dimensión económica que juega un importante papel».

¹¹⁷ Recuérdese que en Derecho civil la ineficacia se conecta con vicios extrínsecos al contrato y que se produce precisamente por mutuo disenso, desistimiento unilateral, resolución o rescisión por incumplimiento, es decir, aquellos casos en que precisamente la Ley del ITPyAJD niega la devolución.

¹¹⁸ Nuestros tribunales no dudan en aplicar esta norma. Por ejemplo, STSJ del País Vasco de 29 de diciembre de 1992 y STSJ de Baleares de 11 de mayo de 1999.

Francia, esta misma es la solución adoptada para los supuestos de resolución consensual de contratos.

Tampoco procederá la devolución cuando, a pesar de haber sentencia en que se declare haber lugar **la resolución**, esta se haya **declarado por incumplimiento de las obligaciones del contratante fiscalmente obligado al pago del impuesto**, pues así lo establece el apartado 4.º del artículo 57 de la Ley del ITPyAJD. Es decir, para que proceda la devolución, es necesario **que la resolución del acto o contrato no traiga causa del incumplimiento de las obligaciones del propio contribuyente** ¹¹⁹. También aquí la excepción a la devolución se fundamenta en la evitación de la evasión fiscal que se podría canalizar a través de esta vía ¹²⁰. Y también encaja en la tesis que sostenemos, pues a pesar de lo que a primera vista pudiera parecer, no se trata de que tribute algo ilícito. En efecto, en la **resolución por incumplimiento**, el que no se pueda obtener la devolución del impuesto satisfecho no viene de que el acto por el que se ha tributado sea ilícito; **el contrato era lícito y la adquisición válida, y por eso tributó. La ilicitud viene después de celebrado el contrato y no afecta al contrato mismo ni a la adquisición**, que se hizo válidamente, y por eso el impuesto no se devuelve. Estamos con quien afirma que a los casos de ilicitud o nulidad nunca les será de aplicación el 57.4 de la Ley del ITPyAJD ¹²¹.

Esta norma, **aunque prevista en un impuesto en particular, tiene carácter general y podría aplicarse por analogía a otros tributos semejantes**. La posibilidad de aplicar analógicamente la norma contenida en los artículos 57 de la Ley del ITPyAJD y 109.2 de la Ley de Haciendas Locales, es perfectamente posible por no vulnerar la prohibición legal de analogía de la LGT ¹²² y viene avallada por el hecho de que el origen del actual ITPyAJD fue la integración de una pluralidad de tributos de distinta naturaleza en un único impuesto. Refuerza esta idea el hecho de que el Decreto del Ministerio de Hacienda 1018/1967 ¹²³, reconociera el derecho a la devolución entre sus principios generales, como una norma aplicable no ya solo al ITPyAJD, al que tradicionalmente había sido anudada, sino también al de Sucesiones ¹²⁴.

El reintegro puede producirse también a través de la propia mecánica del impuesto. Así, en el seno del IVA, en lugar de establecerse una devolución, **se permite la modificación de la base imponible por el propio contribuyente a través de un procedimiento de rectificación de factu-**

¹¹⁹ Ya se contempla esta circunstancia para denegar la devolución en STS de 17 de enero de 1946; más recientemente, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 24 de mayo de 1990 (RJ 1990/4258).

¹²⁰ Ernesto LEJEUNE VALCÁRCEL: «La devolución...», *op. cit.*, pág. 328. En el mismo sentido GONZÁLEZ SÁNCHEZ, en «Los actos contrarios a las normas...», *op. cit.*, pág. 55.

¹²¹ Juan Enrique VARONA ALABERN: *El crédito tributario...*, *op. cit.*, pág. 244.

¹²² El artículo 14 de la Ley 58/2003 solo prohíbe la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales.

¹²³ Decreto de 6 de abril, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre las Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

¹²⁴ El artículo 7 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del ISyD también prevé que «*El impuesto se exigirá (...) prescindiendo de los defectos intrínsecos o de forma que puedan afectar a su validez y eficacia, sin perjuicio del derecho a la devolución en los casos que proceda*». Antes de que este impuesto se regulara de forma separada con respecto al de Transmisiones Patrimoniales, el mecanismo de devolución era expresamente el de este último.

ras. Al ser un impuesto que grava el consumo, y ser este su fundamento, los ingresos que por él se realizan al Tesoro Público tienen cierta condición de provisionalidad, existiendo todo un perfecto mecanismo de deducciones y devoluciones que impiden que el ingreso sea definitivo. Y por ello, es la propia lógica del impuesto la que conlleva la obligatoriedad de la devolución del mismo si el consumo no se ha producido en la práctica ¹²⁵. De ahí el juego de combinado de los preceptos de modificación de la base imponible y de rectificación de cuotas repercutidas.

El artículo 80.Dos de la Ley 37/1992 establece que «Cuando por resolución firme, judicial o administrativa, o con arreglo a Derecho o a los usos de comercio queden sin efecto total o parcialmente las operaciones gravadas o se altere el precio después del momento en que la operación se haya efectuado, la base imponible se modificará en la cuantía correspondiente». El artículo 89 de la ley establece el deber de los sujetos pasivos de efectuar la *rectificación de las cuotas impositivas repercutidas* cuando se produjera alguna de las circunstancias que dan lugar a la modificación de la base imponible previstas en el artículo 80 de la ley. La rectificación del IVA repercutido deberá efectuarse en el momento en que se produzca la causa de modificación de la base imponible, siempre que no hayan transcurrido cuatro años desde entonces. Y el sujeto que repercutió IVA debe rectificar la cuota repercutida desde el momento que quede sin efecto, por su contrariedad a Derecho, la operación gravada.

La principal razón por la que se opta por este método de reintegro es que el mecanismo del impuesto, que solo grava el valor añadido en cada operación, así lo permite. De hecho, en su predecesor, el Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas, se preveía la devolución ¹²⁶. Creo probable que el hecho de que este impuesto persiga esta finalidad y se inspire en este principio de neutralidad ¹²⁷, es lo que **permite que se den devoluciones que no se admitirían en el Impuesto sobre Transmisiones** o lo que hace que la norma sea menos rígida y gravosa que la de aquel impuesto. Y en efecto, la norma es menos rígida porque basta con una «cesación de efectos», expresión desde luego más amplia que la de declaración o reconocimiento judicial o administrativo firme de nulidad del acto o contrato que emplea la Ley del ITPyAJD; menos restrictiva porque en el IVA cabe entender que puede obtenerse el reintegro aun cuando la ineficacia no venga de motivos estructurales o intrínsecos, como sí es necesario en el ITPyAJD; y menos gravosa pues en aquel había de tributarse por el efecto realmente producido, mientras que aquí, si ese efecto no constituye hecho imponible, no tributa. Ahora bien, para que se produzca una declaración de ineficacia judicial o administrativa, ¿no será necesario que exista una causa legal para ello y que se devuelvan las recíprocas prestaciones, como era necesario en el ITP? Esto es, **el juez que declare la ineficacia de la operación habrá debido hacerlo porque exista causa legal para ello**. Y habrá ordenado la devolución del bien y del precio. Solo en este caso el adquirente tendría derecho a que su proveedor le devolviera el IVA repercutido en la venta. Esta circunstancia, que puede considerarse sobrentendi-

¹²⁵ Rafael NAVAS VÁZQUEZ, en *La devolución...*, op. cit., pág. 114.

¹²⁶ Artículo 37 del Decreto 3314/1966, de 29 de diciembre, contemplaba como un supuesto de devolución el que las operaciones quedaran sin efecto por resolución firme o con arreglo a Derecho.

¹²⁷ Véase Montserrat BALLARÍN ESPUÑA: «La modificación de la base imponible en el Impuesto sobre el Valor Añadido: aspectos materiales», *Gaceta Fiscal*, n.º 198, 2001, págs. 74 y 75. La sentencia del TJCE de 24 de octubre de 1996 (Asunto *Eismann Alto Adige Srl/Ufficio IVA di Bolzano*, C-217/1994) confirma que el principio que inspira la modificación de la base imponible en caso de anulación de la operación gravada es el principio de neutralidad.

da en la norma, ha sido señalada por la Dirección General de Tributos (DGT) ¹²⁸. Es más, si dicha circunstancia no se produce, lo que existe es una reventa, que por constituir otra operación sujeta debe someterse a imposición ¹²⁹. **No se debe admitir como causa de modificación de la base imponible la resolución por mutuo disenso**, ya, cuando ambas partes deciden desistir de un contrato se origina un nuevo contrato, no la ineficacia del anterior ¹³⁰.

Entiendo, sin embargo, que podría admitirse la modificación de la base imponible en ciertos casos de resolución de mutuo acuerdo de las partes: en particular, cuando ello sea consecuencia de la aplicación de las cláusulas o condiciones del contrato, del Derecho o de los usos del comercio. Es decir, siempre que exista una causa de resolución del contrato amparada en una norma, legal (por ejemplo, el art. 336 del Código de Comercio) o contractual (una condición resolutoria) o en un uso del comercio que ampare la devolución (por ejemplo, las devoluciones que son práctica comercial habitual o que son consecuencia de que la mercancía es defectuosa o se encuentra en mal estado), y **que no se trate de una devolución de la cosa objeto del contrato por mera voluntad**. Esta es la interpretación que puede extraerse de las resoluciones de los tribunales económico-administrativos ¹³¹ y de la doctrina de la Administración ¹³².

En caso de que la resolución lo sea de un contrato de compraventa de vivienda, la diferencia entre si es mutuo disenso o resolución con arreglo a Derecho tiene una importante trascendencia práctica, puesto que si la causa de la ineficacia viene de la ley, conforme a lo establecido en el artículo 20.Uno.22 de la Ley del IVA, la transmisión efectuada por el promotor que ha recuperado el inmueble como resultado de la resolución de la compraventa será considerada primera entrega, por tanto, sujeta y no exenta, dado que la compraventa que se resuelve será considerada inexistente, y este podrá llevar a cabo la modificación de la base imponible. Si en lugar de producirse la resolución por causa fundada en Derecho, esta fuera consecuencia del mutuo disenso, no solo no procedería la modificación de la base imponible, sino que la devolución del inmueble sería una reventa, que sería considerada segunda entrega, sujeta y exenta, y que tributaría por TPO ¹³³.

Por otro lado, si bien es cierto que basta con que las operaciones queden sin efecto, este «queden sin efecto» debe ser un requisito efectivo, es decir, que **no operaría la modificación de la base imponible en caso de que no fuera posible la restitución de las prestaciones** objeto del contrato porque la operación ya no pudiera deshacerse. Piénsese, por ejemplo, en que el servicio ya se haya prestado y sea imposible devolverlo, como ocurre en un contrato de alquiler que es rescindido ¹³⁴, o en que la mercancía no se pueda restituir porque se hubiera vendido a un tercero. O también, en las

¹²⁸ Resolución DGT de 20 de marzo de 1989.

¹²⁹ Resolución DGT de 28 de mayo de 1990.

¹³⁰ Resolución DGT 829/01, de 25 de abril, y 1382/98, de 24 de julio.

¹³¹ Resolución TEAC de 23 de julio de 1991 (en *Normacef*).

¹³² Resolución DGT a Consulta de 15 de noviembre de 1989.

¹³³ Carlos DE PABLO VARONA, *La preterición...*, op. cit., págs. 187 a 191. Véase la Contestación a Consulta de la DGT de 28 de mayo de 1990. Más recientemente, en el mismo sentido, la Resolución del mismo órgano directivo núm. 1382, de fecha 11 de julio de 2000 (*Westlaw JUR 2001/211118159*).

¹³⁴ STSJ de Cataluña, en sentencia núm. 742/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 26 de junio (ref. JT 2004\131).

cosas que se hacen irreivindicables por haber sido adquiridas en un establecimiento comercial abierto al público ¹³⁵. La DGT ha exigido el requisito de la efectiva devolución de la prestación para acceder al reintegro del IVA ingresado ¹³⁶, lo que nos parece lógico, dado que la Ley del IVA lo único que exige es precisamente que la operación quede sin efecto.

El caso del contrato anulado y dejado sin efecto con arreglo a Derecho implicará una rectificación a la baja del IVA repercutido por el sujeto pasivo. Pues bien, la ley señala que si la rectificación de la cuota repercutida implicara una minoración de las inicialmente repercutidas, cabe que quien soportó la repercusión inicie el procedimiento de devolución de ingresos indebidos, o bien que el sujeto que repercutió el IVA que resulta improcedente regularice su situación en la declaración-liquidación correspondiente al período en que deba efectuarse la rectificación o en las posteriores hasta el plazo de un año, a contar desde que debió efectuar la rectificación. En este último caso deberá reintegrar al destinatario de la operación el importe de las cuotas repercutidas en exceso.

Aunque la Ley del IVA señala como alternativas ambas opciones y dice que el sujeto podrá optar por cualquiera de las dos, quizás debiera interpretarse que para que sea aplicable el procedimiento de devolución de ingresos indebidos debe darse la premisa esencial de que el ingreso sea indebido, y el caso de que las operaciones queden sin efecto por resolución judicial o administrativa firme no lo es; en línea con lo sostenido por la mayoría de la doctrina, se afirma que «el ingreso es indebido solo cuando las cuotas de IVA repercutido se hubiesen determinado incorrectamente desde el principio» ¹³⁷. Esta interpretación del precepto es además la interpretación que ha dado de forma generalizada la DGT en reiteradas contestaciones a consultas ¹³⁸.

Sin embargo, podría responderse que donde la ley no distingue no debe distinguir el aplicador o el intérprete, y que no está justificada la exclusión de la aplicación del procedimiento de devolución de ingresos indebidos por una interpretación sistemática de la norma que va en contra de su interpretación literal. Esto es, si el legislador ofrece en la Ley del Impuesto esta posibilidad puede ello significar que quiere *expresamente* permitir la utilización de este procedimiento, aunque conforme al concepto material o legal de ingreso indebido el ingreso efectuado no lo sea. **Quizás no se trate, pues, de reiterar o recordar esta posibilidad de utilizar el procedimiento para el caso de que el ingreso sea indebido, sino de definir legalmente este como un caso más de ingreso indebido.**

Además, creo probable que se den supuestos en que el sujeto no pueda optar por el mecanismo de la regularización en la autoliquidación, porque, por ejemplo, haya dejado de ser sujeto pasivo.

¹³⁵ Artículo 85 del Código de Comercio.

¹³⁶ Resolución DGT a núm. 2279/1999, de 2 de diciembre (ref. *Westlaw* JUR 2001/216108): lo importante es «que efectivamente se devuelva la cosa vendida», prueba de lo cual corresponde aportarla al sujeto pasivo que pretenda la modificación de la base imponible.

¹³⁷ Eulalia HERNANDO RIVERA y Fernando VELAYOS JIMÉNEZ, «IVA: repercusiones de cuotas superiores improcedentes. Análisis de la nueva "opción": modificación de la autoliquidación o solicitud de devolución de ingresos indebidos», *Crónica Tributaria*, núm. 81, 1997, pág. 81.

¹³⁸ Resoluciones DGT núm. 418/97, de 6 de marzo de 1997; DGT núm. 1518/98, de 17 de septiembre de 1999 y núm. 1519/98, de 17 de septiembre de 1999; DGT núm. 1323/2001, de 25 de junio; DGT núm. 1687/02, de 7 de noviembre.

Basta recordar que para ser sujeto pasivo del IVA no es necesaria la habitualidad, y que una única operación puede convertir a quien la realiza en sujeto pasivo de este impuesto ¹³⁹. Piénsese también en el caso del empresario sujeto pasivo de IVA que hubiera cesado en su actividad y que por tanto no pueda regularizar su situación en la autoliquidación correspondiente al momento en que deviene firme la sentencia declarativa de la nulidad de la operación realizada y por la que repercutió el impuesto. En estos casos en que no sea posible obtener el reintegro por el mecanismo de la regularización debería admitirse la devolución de ingresos indebidos ¹⁴⁰.

Piénsese por último que **el procedimiento de ingresos indebidos siempre puede aplicarse, aunque el ingreso no sea indebido conforme al concepto legal de tal, en su vertiente procedimental**: la sentencia declarativa de la nulidad de pleno derecho de la operación gravada junto con el documento en que el sujeto pasivo habrá rectificado la cuota impositiva repercutida, serán suficiente reconocimiento del derecho a la devolución, del que solo restará su ejecución, la cual por tanto podrá efectuarse por el procedimiento de indebidos.

Debe tenerse en cuenta que al igual que las rectificaciones que analizamos implican una minoración del IVA repercutido, por el otro lado suponen una minoración también del IVA soportado deducible, de forma que, como establece el artículo 114 de la Ley del IVA, los sujetos repercutidos ¹⁴¹ cuando no haya mediado requerimiento previo, **podrán rectificar las deducciones practicadas cuando el importe de las cuotas haya sido objeto de rectificación** en la declaración-liquidación correspondiente al período en que el sujeto reciba el documento justificativo del derecho a deducir en el que se rectifiquen las cuotas inicialmente soportadas.

Las normas anteriores podrían aplicarse por analogía a otros tributos. Así, para obtener el reintegro de impuestos que funcionen, como el IVA, por el sistema de repercusión y de deducibilidad del impuesto soportado, se aplicará el mecanismo de reintegro de dicho impuesto; así, en el Impuesto sobre las Primas de Seguros, impuesto indirecto que pretende también gravar el consumo, y que establece la obligatoriedad de la repercusión. Dado que por expresa decisión legal, esta repercusión se lleva a cabo por el mismo mecanismo que el previsto en la Ley del IVA ¹⁴², la DGT ha entendido que debe aplicarse también el mismo mecanismo previsto en esta ley para cuando las operaciones quedan sin efecto ¹⁴³.

¹³⁹ Véase la interesante Resolución de la Subdirección General de Operaciones Financieras núm. 1035/97, que plantea el supuesto en el Impuesto sobre las Primas de Seguros, en el que no hay obligación de declarar en los períodos en que no se han llevado a cabo operaciones gravadas. El órgano directivo dice que la devolución se tramitará como un expediente de devolución de ingresos indebidos. Parte de esta Resolución la transcribimos en el epígrafe dedicado al Impuesto sobre las Primas de Seguros.

¹⁴⁰ Admite la devolución por el procedimiento de devolución de ingresos indebidos el Tribunal de Justicia de Cataluña en sentencia núm. 1153/2003, de fecha 12 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

¹⁴¹ La ley dice sujetos pasivos, pero creo que se refiere a los que soportaron la repercusión, pues son los que deberán rectificar las deducciones practicadas.

¹⁴² El 12.10 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, establece la obligatoria repercusión del impuesto, con remisión a lo establecido por la normativa reguladora del IVA. Por tanto, la remisión a la normativa del IVA se debe entender también en lo relativo a la rectificación de las cuotas impositivas repercutidas.

¹⁴³ Consulta número 1035-97, de la Subdirección General de Operaciones Financieras, de fecha de salida 23 de mayo de 1997 (en la página web de la AEAT). Sobre el mecanismo de la repercusión en este impuesto véase Ramón FALCÓN Y TELLÁ: «El nuevo impuesto sobre Primas de Seguros», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 167, 1997, pág. 9.

En los Impuestos Especiales (IIEE) el mecanismo es más sencillo. La diferencia con los anteriores del IVA y del ITP es que **en los IIEE se entiende que ni siquiera se ha producido el devengo**. El artículo 7.10 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, establece que **cuando los productos salidos de fábrica o depósito fiscal no hayan podido ser entregados al destinatario se considerará que no se produjo el devengo del impuesto con ocasión de la salida**. El Tribunal Constitucional ha aclarado que **en impuestos en los que los hechos imponible se prolongan en el tiempo el devengo es un elemento integrante del presupuesto de hecho** ¹⁴⁴, por lo que **durante el tiempo en que ese hecho imponible se está realizando se puede producir un hecho que impida el nacimiento del tributo**. Si previamente se hubiera ingresado una cantidad debería devolverse.

Nótese que la ley habla de que la devolución del producto al fabricante puede producirse por cualquier circunstancia, por lo que cabría admitir cualquier causa de ilicitud civil. Sin embargo, la ley excluye de la devolución el supuesto en que la causa de la devolución esté en el depositario autorizado, por lo que se cumple el principio que hemos venido sosteniendo: que nadie puede alegar su propia culpa para obtener un beneficio o no pagar el impuesto. En definitiva, puede afirmarse que en los IIEE, dado que el devengo se anticipa respecto a la consumación definitiva del acto gravado, el impuesto se devenga a la salida de fábrica, pero si el negocio no fuera eficaz por causa de ilicitud, se entenderá que el devengo no se ha producido, y si se hubiera satisfecho el tributo, hay derecho a obtener la devolución.

En algunos impuestos, el que no esté prevista la devolución no es sino un síntoma más de su deficiente regulación ¹⁴⁵. Así ocurre con el ICIO, impuesto en el que, para cohonestar la naturaleza impositiva del tributo con la necesidad de licencia, fue necesario establecer el devengo tanto si se había obtenido la licencia como si no, y por eso resulta que el tributo es exigible incluso por la realización de actividades ilícitas de las que el propio Ordenamiento impone la reparación de los efectos materiales o económicos, lo cual es jurídicamente inaceptable ¹⁴⁶. Tanto en este tributo como en los III, los tribunales acceden al reintegro por el procedimiento de devolución de ingresos indebidos aun admitiendo que no son casos que tengan cabida en el mismo, fundamentando su decisión en que, frente a argumentaciones formales, la devolución debe darse, pues cuando la obra desaparece por aplicación de la legalidad urbanística o cuando el juego no se realiza, el impuesto no es en ningún caso exigible ¹⁴⁷.

Dado que son las leyes de cada tributo las que establecen el modo en que debe llevarse a cabo el reintegro de lo ingresado, a estas normas habrá que estar para ver el plazo en el que el mismo puede solicitarse, pero con carácter general **el plazo del reintegro debe entenderse el de prescripción de cuatro años** que establece la LGT. De modo que, si la obligación de devolución de los tributos

¹⁴⁴ STC 197/92, de 19 de noviembre.

¹⁴⁵ Se propugna su inconstitucionalidad por falta de proporcionalidad por Diego MARÍN-BARNUEVO: *El ICIO. Teoría y práctica en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras*, Colex, Madrid, 2001, pág. 89; por atentar contra la capacidad económica en HERRERA MOLINA: *Fiscalidad...*, *op. cit.*, pág. 163.

¹⁴⁶ Eugenio SIMÓN ACOSTA, «El ICIO», *op. cit.*, págs. 356 y ss. La idea es que se creó este impuesto a raíz de lo que eran las tasas por licencias, y a juicio del profesor SIMÓN «no basta con una modificación del hecho imponible para que la naturaleza del tributo cambie» (pág. 361).

¹⁴⁷ Resolución TEAC de 27 enero de 2000; STSJ Asturias (Contencioso-Administrativo) n.º 354/2002, de 11 de abril.

ingresados por actos declarados nulos hemos afirmado que es una obligación autónoma, que debe comprobarse y ejecutarse, **sin que suponga una revisión del acto por el que se liquidó** inicialmente el tributo, como **obligación autónoma tendrá su propio plazo de prescripción de cuatro años desde el reconocimiento del derecho a la devolución**. Será la ley de cada tributo la que decida el *dies a quo*, y así puede destacarse el que señala la Ley del ITPyAJD, que es el día siguiente al de la firmeza de la sentencia declarativa de la nulidad.

Solo nos restaría contestar a la pregunta de cuál **será el objeto de la obligación de devolución**. La cuestión no sería problemática si en la doctrina no se hubiera razonado que este es un supuesto de ingreso indebido. Para nosotros, como el ingreso no es indebido, porque el procedimiento de liquidación inicial sigue siendo válido después de la declaración de nulidad del acto gravado, **su objeto será el resultado de la cuantificación que haga la Administración tributaria de esta nueva obligación de devolución en relación con lo que pudo y debió gravarse**. Dicho de otro modo, como el procedimiento de liquidación no se ve afectado por la declaración de ineficacia del negocio gravado, solo se devolverá la cuota, y no procederán intereses.

Por último, quisiera señalar la posibilidad que introduce el artículo 219 de la Ley 58/2003, de instar el **procedimiento de revocación** de los actos de aplicación de los tributos cuando se den «circunstancias sobrevenidas que pongan de manifiesto la improcedencia del acto dictado», como una vía **para lograr el reintegro del impuesto satisfecho por un acto que posteriormente sea declarado inválido**, ya que nada impide subsumir este hecho en el presupuesto de la norma: la sentencia declarativa de la nulidad sería una circunstancia sobrevenida, que desde luego pondría de manifiesto la improcedencia, que no la ilegalidad, del acto administrativo por el que se exigió el tributo.

III. TERCERA PARTE: LOS CASOS EN QUE NO HAY APARIENCIA DE VALIDEZ: NO SUJECCIÓN

10. NO SUJECCIÓN A GRAVAMEN POR HABER INDICIOS DE DELITO

Trataremos en primer lugar los casos de indicios de infracción penal, en los que las normas procesales obligan a que, ante la posibilidad de que haya un delito, se pase el tanto de culpa a la jurisdicción correspondiente, lo que a nuestro juicio permite afirmar la **no sujeción, desde un principio, del acto a gravamen. Al contrario de lo que ocurría en los casos en que hay apariencia de validez, cuando no la hay debe suspenderse el procedimiento** administrativo, solución que encontramos acorde con el principio de seguridad jurídica, ya que de otro modo la Administración tributaria podría atribuir a los mismos hechos una calificación distinta de la que podría efectuar el tribunal penal.

En efecto, si la Administración tributaria, de forma simultánea a la consideración de existencia de indicios de infracción penal, procede a practicar liquidación, verá que esta puede quedar sin contenido cuando el juez penal ordene la restitución, el comiso, la destrucción o cualquier otra medida

que menoscabe o haga desaparecer la pretendida capacidad económica que se quería someter a gravamen. Y además, no puede obviarse que las pruebas incriminatorias aportadas por el inspeccionado en el curso de las investigaciones difícilmente podrían ser tenidas en cuenta por el juez penal sin entenderse vulnerado el derecho constitucional a no declarar contra uno mismo ¹⁴⁸.

Lo anterior encuentra, pues, fundamento jurídico en normas procedimentales y sustantivas. En cuanto a las primeras, el artículo 180 de nuestra LGT prevé que, cuando la Administración descubra indicios de delito contra la Hacienda Pública, en virtud del cual la liquidación podría quedar directamente condicionada por el resultado del proceso penal, debe abstenerse de seguir el procedimiento administrativo, que quedará suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal; solo cuando se haya dictado sentencia o se hayan sobreseído o archivado las actuaciones, podrá la Administración continuar el procedimiento. No se practicará, por tanto, liquidación, y si se hubiera practicado, se dejará en suspenso su ejecución ¹⁴⁹.

Efectivamente, se trata de normas previstas para cuando los Inspectores de Hacienda aprecien indicios de delito, pero no de cualquier delito, sino *solo de delito fiscal*. Es el artículo 95.3, párrafo tercero de la misma ley el que establece el deber de los funcionarios de la Administración tributaria de denunciar los hechos que se consideren constitutivos de delito, ya de *cualquier* delito ¹⁵⁰. Debe reconocerse que el solo precepto no permite afirmar que, por su virtud, la Administración deba suspender el procedimiento de comprobación o inspección que esté llevando a cabo. A pesar de ello, entendiendo que **debe suspenderse el procedimiento siempre y cuando la Administración detecte indicios de un delito cuya declaración no podría dejar de influir en la determinación de la deuda tributaria**, pues entonces los hechos podrían ser constitutivos también de delito fiscal, con lo que entraría en juego el artículo 180 de la LGT ¹⁵¹.

La suspensión y remisión del tanto de culpa es necesaria, porque precisamente de la prueba o no del origen o carácter delictivo de los efectos y beneficios del delito dependerá su consideración de hecho imponible sujeto o no a gravamen. Por tanto, a diferencia de lo que ocurre cuando hay apariencia de validez, cuando hay indicios de delito, de momento solo procede la denuncia, y no se someterá ningún acto a gravamen: si a lo largo del proceso penal no fuese posible probar el origen o carácter delictivo de los efectos o beneficios del delito, estos podrían ser sometidos a gravamen, ya que al no haberse probado su ilicitud, se deberían considerar ya lícitos, y tributarían siem-

¹⁴⁸ Pedro HERRERA MOLINA: *Fiscalidad...*, op. cit., págs. 216-218, advierte: «al proseguir el procedimiento inspector –en paralelo con la investigación criminal– se obtendrán de forma coactiva datos de posible carácter incriminatorio», con lo que «el derecho a no autoincriminarse privaría de valor dichas pruebas».

¹⁴⁹ Artículo 180.1 de la LGT, que establece el principio de no concurrencia de sanciones tributarias.

¹⁵⁰ Cuando se aprecie la posible existencia de un delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, la Administración tributaria deducirá el tanto de culpa o remitirá al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito. La previsión tiene su origen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuyo artículo 262 se regula la obligación de todo aquel que por razón de su cargo, profesión u oficio tuviere noticia de algún delito público, de denunciarlo inmediatamente, bien al Ministerio Fiscal, bien al Tribunal competente, bien al Juez de Instrucción o bien al municipal o al policía más próximo si se tratase de un delito flagrante.

¹⁵¹ Ramón FALCÓN Y TELLA: «La posibilidad...» op. cit., pág. 6: «si la Inspección descubre dinero o bienes procedentes de un posible delito, no podrá practicar liquidación alguna, porque tiene obligación de denuncia».

pre que fueran subsumibles en el hecho imponible del tributo de que se tratara; sin embargo, si el delito-fuente quedara probado, se aplicarían las medidas penales de carácter confiscatorio y la condena por el mismo absorbería las infracciones fiscales ¹⁵².

Nuestro segundo argumento para afirmar la no sujeción se basa en la **relevancia tributaria que deben tener las consecuencias jurídicas del delito**. No es ajena, o no debe serlo, a la tributación efectiva de los actos ilícitos, la confiscación o destrucción de las mercancías que son objeto de transacción comercial, como tampoco la responsabilidad civil por la que los beneficios serán devueltos a los perjudicados; de producirse, por acción del Derecho, la eliminación del objeto del gravamen, debe necesariamente eliminarse, suprimirse o devolverse, si se hubiera exigido, el impuesto que recayera sobre las mismas. Las consecuencias jurídicas del delito acaban por impedir cualquier capacidad económica que pudiera haberse atribuido al delincuente, por lo que precisamente afirmamos que lo que atentaría contra el principio constitucional sería su gravamen.

En Italia, donde las rentas ilícitas se someten a gravamen como una categoría más, se excluyen los casos en que ha habido comiso ¹⁵³. Aplicable en nuestro país, encontramos un precepto en el Reglamento por el que se aprueba el Código Aduanero, único en nuestro Derecho positivo por la influencia que da al decomiso en el devengo de la deuda ¹⁵⁴. El legislador ha establecido que la deuda automáticamente se extingue en caso de que la mercancía se decomise o incaute o aprehenda o destruya de alguna manera, por el hecho de haber sido introducida ilegalmente. Puede destacarse que, hasta que el Reglamento aduanero introdujo una norma que dio relevancia al comiso, previamente el Tribunal de Justicia había estudiado ya el problema, a iniciativa de un tribunal alemán, que planteó cuestión prejudicial al respecto, aunque el TJCE reconoció que el comiso no había sido el elemento decisivo para fundamentar la no sujeción, sino que habían sido las características de las mercancías, drogas absolutamente ilícitas, las que habían determinado la no tributación ¹⁵⁵.

Entendemos que las disposiciones del Código Aduanero relativas a la extinción de la deuda con ocasión de la aprehensión, decomiso o destrucción de los bienes son aplicables por analogía a las operaciones realizadas en el ámbito del IVA y de los IIEE, dadas las características comunes de estos impuestos y la configuración de sus respectivos hechos imposables y objeto de gravamen ¹⁵⁶.

¹⁵² STS de 28 de marzo de 2001, fundamento jurídico 28.

¹⁵³ Artículo 14 del TUIR (Texto Único de los Impuestos sobre la Renta).

¹⁵⁴ Reglamento (CEE) n.º 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario.

¹⁵⁵ En el asunto *Wolf*, 221/81, el *Finanzgericht* se pregunta si para resolver el asunto de 5 de febrero de 1981 se había tenido en cuenta el comiso como «elemento constitutivo de la solución». Hecho número 3, página 3.683 del Repertorio en francés. El Tribunal aclaró que las transacciones relacionadas con mercancías como la droga ilegal no están sujetas a gravamen por las especiales características de las propias mercancías y que en el caso concreto no tributaban por esa razón y no porque estas hubieran sido decomisadas y destruidas; pero que sería injustificado hacer una distinción entre mercancías descubiertas y destruidas, por un lado, y mercancías que consiguen escapar al control de las autoridades competentes, porque la aplicación de los derechos de aduanas no puede depender de la fortuna o el azar de su descubrimiento: fundamento jurídico 15, pág. 3.691 del Repertorio en francés. La misma cuestión se planteó en el asunto *Einberger* y el Tribunal contestó en el mismo sentido: fundamento jurídico 15, página 3.707 del Repertorio en francés.

¹⁵⁶ En todos ellos el legislador pretende gravar el consumo, y cuando la mercancía se aprehende, confisca, destruye o deco-misa es evidente que en dicho consumo no se produce. Gravar estos hechos atentaría contra el principio de neutralidad. A favor de la aplicación analógica, Pedro HERRERA: *Fiscalidad...*, op. cit., pág. 173 y pág. 209.

Ello nos permite concluir que los impuestos que gravan el consumo no pueden exigirse cuando se trata de mercancías que han sido aprehendidas y decomisadas; en el caso de los Impuestos Aduaneros porque el Código preceptúa la extinción de la deuda en tales circunstancias; en los IIEE porque el legislador considera que no debe entenderse producido el devengo; y en el IVA porque cuando la mercancía es aprehendida y decomisada no puede entenderse realizado el hecho imponible. No siempre, sin embargo, nuestros tribunales nos han dado la razón ¹⁵⁷.

Creo que **el comiso evidentemente es una medida que consigue que la posible capacidad económica (fáctica) del delincuente desaparezca**. Ello porque es una consecuencia accesoria a las tradicionales consecuencias jurídicas del delito ¹⁵⁸, que se define como «la pérdida de los efectos e instrumentos de la infracción punitiva y el correlativo traslado directo e inmediato de su titularidad dominical al Estado» ¹⁵⁹, que abarca no solo los efectos e instrumentos sino también las ganancias del delito y cualquier transformación que las mismas hayan podido experimentar ¹⁶⁰, que se aplica obligatoriamente ¹⁶¹ para evitar el más mínimo enriquecimiento para los autores y partícipes del delito, por ser una medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial ¹⁶², que incluso puede decretarse ya no solo sobre los efectos del delito sino sobre bienes equivalentes ¹⁶³, que es ajeno a la culpabilidad y que debe acordarse aun cuando no se imponga pena ¹⁶⁴. **Ya no es necesario que actúe el Derecho tributario para gravar una parte del resultado económico de lo ilícito, pues el Derecho penal ya lo elimina en su totalidad**. Ni es necesario, ni debe tampoco actuar, para no romper la unidad y la coherencia interna del Ordenamiento. Queda evidenciado que las objeciones a la no tributación de lo delictivo, basadas

¹⁵⁷ Véase por ejemplo la AP de Sevilla Secc. 1.ª S, de fecha 21 de enero de 2002. La Audiencia sostiene que, aunque la deuda aduanera se extingue, subsiste la deuda tributaria.

¹⁵⁸ Sobre las consecuencias jurídicas del delito Borja MAPELLI CAFFARENA, Juan TERRADILLOS BASOCO: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 1996.

¹⁵⁹ José Miguel PRATS CANUT: «Comentario al artículo 127 del Código Penal» en *Comentarios al Nuevo Código Penal* (dir. QUINTERO OLIVARES, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 609.

¹⁶⁰ G. LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, pág. 126 denomina al comiso de las ganancias el comiso de provecho: «quiere con ello el legislador incidir sobre las posibles maniobras financieras, económicas, industriales o contables que el delincuente haya emprendido para evitar el rastreo de efectos, instrumentos o ganancias provenientes de su conducta criminal».

¹⁶¹ La obligatoriedad se manifiesta de forma expresa en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2003. La importancia creciente de las medidas penales contra el patrimonio criminal, prevalente en la lucha misma contra la criminalidad, es evidente en la Convención de Naciones Unidas de 1988 y la Convención del Consejo de Europa sobre Blanqueo de 1990. En el ámbito internacional se trabaja, pues, hacia la necesaria afectación del patrimonio ilícitamente obtenido.

¹⁶² La expresión es de MAURACH, citada por Luis GRACIA MARTÍN (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 377.

¹⁶³ El comiso del valor por sustitución o por un valor equivalente en otros bienes que pertenezcan al delincuente ha sido aceptado tras la reforma del 127.2 del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003.

¹⁶⁴ Desde la reforma de 2003, aunque no llegara a imponerse la pena por alguna causa de inculpabilidad del autor, o por prescripción o por muerte del reo, el comiso debe decretarse. Hasta la reforma, el comiso tenía carácter accesorio de la pena, no de la infracción. Luis GRACIA MARTÍN (coord.), *Lecciones de consecuencias... op. cit.*, pág. 377. Dado que cuando fallece el reo se produce la extinción de la responsabilidad criminal (*ex art.* 130 CP), al no existir resolución condenatoria, no cabía aplicar los efectos del 127 del Código Penal. Cfr. STS de 15 de abril de 1994 (Aranzadi RJ 3329): «el acusado adquirió el vehículo con las ganancias obtenidas del tráfico ilícito, si bien lo puso a nombre de su esposa a efectos administrativos», pero al no existir ninguna resolución condenatoria, porque el reo ha fallecido, «el comiso está indebidamente acordado».

en los principios de igualdad o generalidad, y en que no era admisible que tributaran solo los honrados, se basaban en una premisa falsa.

Entendemos que **las medidas previstas por el Derecho penal para evitar el enriquecimiento del delincuente (comiso, pena, responsabilidad civil, restitución) serían la solución correcta y suficiente, la reacción jurídica completa y eficaz frente al delito**, porque conseguirían el efecto deseado: no solo castigar la conducta, sino privar al delincuente de los productos o beneficios económicos obtenidos con el delito. Se comprende entonces por qué desde la doctrina penal se ha sostenido que «lo correcto es recurrir al comiso y a la multa al tiempo que disponer la responsabilidad civil derivada del delito», y que por el contrario, «considerar que el delincuente comete delito fiscal y exigirle el pago de la cuota defraudada es convertir al Estado en receptor»¹⁶⁵. Ahora bien, **cuando el reo fuese absuelto, entonces sí se podría exigir el impuesto**¹⁶⁶. Esta entendemos que debe ser la solución, y así han procedido en alguna ocasión nuestros tribunales. Recuértese el caso Nécora, en el que Laureano Oubiña fue condenado por delito fiscal tras ser absuelto del delito fuente de narcotráfico¹⁶⁷.

Esta solución es acorde con el principio de no contradicción, pues **solo se tributa por lo que el Ordenamiento considera lícito o consiente a pesar de su ilicitud**. Así lo entiende la sentencia del TJCE de 15 de junio de 2005, en la que se afirma que el robo no es «entrega onerosa de bienes» a efectos del artículo 2 de la Sexta Directiva, y, por tanto, no podía estar sujeto a IVA, porque el robo «no es un modo de adquirir la propiedad», y porque el robo de mercancías, por definición, «no da lugar a ninguna contrapartida económica en beneficio de la persona que es víctima del mismo». Por lo tanto, dicho robo, en cuanto tal, no puede ser considerado una «entrega de bienes realizada a título oneroso»¹⁶⁸.

Un buen ejemplo de cómo se lleva a la práctica la solución que propugnamos lo encontramos en una Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, al enfrentarse al enjuiciamiento de

¹⁶⁵ Silvina BACIGALUPO: *Ganancias ilícitas...*, págs. 22 y 23. Ya a mediados del siglo pasado en Italia Francesco FORTE en «Sul trattamento...», *op. cit.*, págs. 119-131. Más adelante, Arturo TOPPAN en «E proprio vero che non sono tassabili i proventi da reato?», *Rassegna Tributaria*, 1988, vol. II, pág. 870, comenta una sentencia en la que se sostiene que la restitución, el resarcimiento y el decomiso no dejan espacio a la tributación, que «la obligación restitutoria elimina la tributaria» (Cassazione 15 octubre 1984, n.º 5170).

¹⁶⁶ En caso de absolución, el resultado económico lícito hará nacer la obligación tributaria (Pablo CHICO DE LA CÁMARA: «La tributación de los actos ilícitos: aplicabilidad de las soluciones adoptadas en el derecho italiano al caso español», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 163, octubre 1996, pág. 18). También Carmen LAUNA ORIOL: «Consideración penal de la falta de tributación de las rentas de origen ilícito», *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, n.º 68, 2002, pág. 186.

¹⁶⁷ Oubiña fue condenado por la Audiencia Nacional, en sentencia de 27 de septiembre de 1994, por delito fiscal tras ser absuelto del delito de narcotráfico. Posteriormente el Supremo confirma el fallo en sentencia de 7 de diciembre de 1996: la defensa había argumentado que no era posible exigir que tuvieran que declararse a efectos fiscales los ingresos obtenidos por la comisión de un delito, y el Supremo dice que la argumentación queda sin fundamento desde el momento en que se ha acordado absolver del delito de receptación.

¹⁶⁸ En la Sentencia de 14 de julio de 2005, *British American Tobacco y Newman Shipping* (C-435/03, Rec. p. I-7077), el Tribunal de Justicia concluye que en el IVA el hecho imponible es la «entrega de bienes», expresión que no se refiere a la transmisión de la propiedad en las formas establecidas por el Derecho nacional aplicable, sino que incluye «toda operación de transmisión de un bien corporal efectuada por una parte que faculta a la otra parte a disponer de hecho, como si esta fuera la propietaria de dicho bien». Y es claro que el robo de mercancías convierte a quien lo perpetra en un «mero poseedor» de estas, y que no faculta al autor del mismo para disponer de las mercancías en idénticas condiciones que su dueño.

un delito de receptación y otro de defraudación de IVA. Se condena por delito contra la Hacienda Pública por IVA no ingresado a quienes resulta probado que habían vendido coches robados y son condenados por ello por delito de receptación. Aunque pudiera parecer que la sentencia no procede de acuerdo con el planteamiento señalado por nosotros, dado que los sujetos son condenados por los dos delitos (el delito-fuente y el delito fiscal), debe destacarse muy especialmente que en realidad **no hay delito fiscal por dejar de ingresar un IVA correspondiente a un acto ilícito, sino por dejar de ingresar un IVA que debió ser repercutido**. Y el IVA debió repercutirse porque la adquisición en establecimiento mercantil por adquirentes de buena fe de los vehículos robados es válida, al estar amparada por el artículo 85 del Código de Comercio ¹⁶⁹. Ya no estamos ante la tributación de algo ilícito.

El otro fundamento sustantivo por el que, en caso de que existan indicios de delito, la Administración debe abstenerse de practicar liquidación, estaría basado en el derecho a no declarar contra uno mismo. Puede sostenerse en términos generales que en la actualidad el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el TJCE y la Comisión Europea de Derechos Humanos han reconocido en virtud del artículo 6 (derecho a no confesarse culpable) y el artículo 8 (derecho a la intimidad) del *Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos*, el derecho del contribuyente, en sede penal y también en sede administrativa, a no facilitar a la Administración Tributaria información que pueda servir para reconocer la culpabilidad de hechos antijurídicos, aunque solo se impide condenar o sancionar *con fundamento en la información autoincriminatoria* que haya sido *aportada por el sujeto y además de forma coactiva* ¹⁷⁰.

No creo justificado que la Inspección pueda requerir información de forma coactiva que pueda ser utilizada en un procedimiento penal por un delito distinto al fiscal, pues las facultades que tiene la Inspección, si son tan amplias, es precisamente porque se quiere dotar a la misma de facultades extraordinarias de cara a hacer lo más efectivo posible el deber de contribuir. Pero si lo que la Administración intuye es la posibilidad de que se haya cometido otro tipo de delito, entonces no tiene justificación en el artículo 31.1 de la Constitución. Entiendo que, al no haber deber de contribuir cuando se comete delito, la información autoincriminatoria obtenida en el procedimiento inspector no podrá ser tenida en cuenta sin vulnerar el derecho a no autoincriminarse.

¹⁶⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 28 de julio de 1999, Ref. *El Derecho*, (EDJ 1999/29201). Los acusados tienen un establecimiento en el que venden coches de origen ilícito. Son condenados, no por delito de robo (pues no resulta probado que fueran ellos quienes sustrajeran los vehículos, dado que se trataba de todo un engranaje de falsificaciones, hurtos, robos, en el que intervienen más personas), pero sí por delito de receptación, cometido por traficar con bienes de ilícita procedencia en establecimiento comercial. Los hechos son constitutivos también de delito continuado de estafa (los acusados se atribuían falsamente la capacidad de disposición de unos vehículos ilícitamente obtenidos y con una documentación regularizada por medio de falsedades). La Audiencia, ante la acusación de que se han cometido varios delitos contra la Hacienda Pública, si bien no condena a los acusados por defraudación del IRPF (entiende que «el proceso penal persigue una acción reparadora, que de llevarse a sus últimas consecuencias anularía los efectos y producción de estos rendimientos»), sí los condena por defraudación del IVA, porque «en este caso, con independencia del origen ilícito de los bienes vendidos, el impuesto grava precisamente el acto dispositivo (la entrega de bienes a título oneroso), compraventa que cuenta con plena eficacia jurídica».

¹⁷⁰ Ángel AGUALLO AVILÉS y Florián GARCÍA BERRO: «Deber de colaborar con la Administración tributaria y derecho a no autoincriminarse: un conflicto aparente», en *El asesor fiscal frente al nuevo siglo*, AEDAF, Madrid, 2000, pág. 95.

11. NO SUJECCIÓN A GRAVAMEN POR SER EL OBJETO ABSOLUTAMENTE ILÍCITO

El segundo bloque de casos que consideramos serán excepción a la regla general de irrelevancia de la ilicitud es aquel en que la ilicitud es evidente por tratarse de transacciones relativas a bienes de ilícito comercio, *res extracomercium*, o mercancías sobre las que pesa una radical prohibición de comercialización, como el tráfico de drogas ilegales. En nuestro Ordenamiento y en el del espacio europeo común ¹⁷¹, en estos casos de productos, sustancias o en general mercancías que, **por sus especiales características** es evidente que están absolutamente fuera del comercio, la regla aplicable es la total exclusión de su tributación. **A sensu contrario, cuando lo determinante de la ilicitud no fuera la naturaleza intrínsecamente ilícita del objeto** (por ejemplo, cuando la prohibición no opere de forma absoluta, sino en determinadas circunstancias y sin autorización) ni **la absoluta ilicitud en todo el circuito económico** en el que se mueve el hecho imponible (por ejemplo, en el IVA, si fuera una mercancía solo prohibida en algunos, pero no en todos los Estados miembros que son territorio de aplicación del impuesto) **no procedería la no sujeción ab initio, sino la regla de la tributación prescindiendo de la ilicitud y posterior devolución, en su caso.**

La concreción de esta manera de proceder la encontramos, en el ámbito de los impuestos aduaneros, en los artículos 212, 222 y 233 d) del Código Aduanero Comunitario, donde se entiende que, ante mercancías aprehendidas, **la deuda aduanera se extingue y el hecho imponible nunca se realiza**. En nuestro país es la jurisprudencia la que, como veremos enseguida, señala que no hay lugar a la tributación. Antes de ello, permítasenos destacar que esta ha sido la opción de nuestro legislador y el de nuestro entorno, pero no así la del estadounidense, pues en materia de drogas existe en el mundo anglosajón toda una política criminal y fiscal absolutamente diferente, y allí por ejemplo la droga se somete a imposición, en el entendido que un impuesto sobre la droga puede operar como una herramienta auxiliar, un medio adicional de incautar los bienes de los que comercian con la droga ¹⁷².

En Derecho español, la solución parte de la premisa contenida en el artículo 1.271 del Código Civil, que dice que solo pueden ser objeto de contrato las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres. Con base en el mismo, **reiteradas sentencias del Tribunal Supremo niegan que el Estado pueda tener un interés fiscal en mercancías como la droga, sobre las que pesa una prohibición de comercialización**. En efecto, la jurisprudencia española, abundante y contundente tras

¹⁷¹ Es una regla que aplica en el espacio común europeo, porque los impuestos en los que deben tenerse en cuenta las características de las mercancías están armonizados (Impuestos Aduaneros, IIEE e IVA).

¹⁷² Un importante antecedente de esta política de sujeción puede encontrarse en *The Marihuana tax act of 1937* (Act of Aug. 2, 1937, Public 238, 75th Congreso). La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido siempre que se puede hacer tributar a actividades económicas ilícitas. El problema fundamental que ve en ello la Corte es el de aquellas normas impositivas que podían conducir a la autoincriminación de un contribuyente en violación de la Quinta Enmienda. Dichas normas, por violación del derecho a la no autoincriminación, se anulan sistemáticamente por la Corte Suprema, así por ejemplo, en *Marchetti v. United States*, en *Grosso v. United States* y en *Leary V. United States*. Sobre la cuestión de la tributación de la droga ilícita en los Estados Unidos, en relación con el derecho a la no autoincriminación, pueden leerse: Amy BUCCI, «Taxation of illegal narcotics: a violation of fifth amendment rights or an innovative tool in the war against drugs?» v 11 *St. John's Journal of Legal Commentary*, págs. 747 y ss. En nuestro país se ha ocupado de la cuestión José APARICIO PÉREZ en *La lucha contra el fraude fiscal en USA: Los Agentes especiales*, IBIDEM, Estudios de Derecho y Economía, 1993, págs. 109 a 112.

la aprobación del Código Penal de 1995 y de las normas relacionadas con el tráfico de drogas y el contrabando también de 1995 ¹⁷³, existía en nuestro país desde años anteriores, y aclaraba que es obvio que quien introduce droga en nuestro país de forma clandestina lo hace, no porque no quiera pagar el Arancel de aduanas para atentar con ello contra la Hacienda Pública, sino porque no puede presentarla a despacho y abonar los derechos a su importación ¹⁷⁴. En sentencias posteriores se insiste en la idea de que **no existe un interés fiscal defraudado en el tráfico de drogas**, pues cuando se trata de cosas que están fuera del comercio de los hombres, **aunque el delincuente quisiera, no podría pagar los impuestos** correspondientes a las mismas. De ahí que el delito de tráfico de drogas se entienda en concurso de normas con el de contrabando, de forma que este último queda consumido en aquel. La argumentación del Tribunal Supremo, negando cualquier interés fiscal en las mercancías *extra commercium*, lleva lógicamente a la conclusión de que en caso de que el objeto del comercio sea este tipo de mercancías, **no nace hecho imponible alguno** ¹⁷⁵.

Abunda en esta tesis la creación legal de un fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos como el contrabando ¹⁷⁶. Si la Hacienda Pública no puede destinar el producto decomisado en un delito de tráfico de drogas a hacer frente a las responsabilidades civiles del penado (entre las que se debe entender que se encuentra la deuda tributaria) es porque no puede tener un interés fiscal en estas mercancías.

La consolidación de esta regla de no sujeción por ilicitud absoluta del objeto, la observamos en varios pronunciamientos del TJCE, que establecen la **no sujeción de las operaciones con objeto absolutamente ilícito**, no ya solo a los Derechos de Aduanas, sino también al IVA, tanto en su hecho imponible importación como en el hecho imponible entrega de bienes, y a los IIEE. Esta Jurisprudencia reiterada del Tribunal europeo deja claro que el **principio de neutralidad fiscal** prohíbe, a efectos de la tributación, una diferenciación generalizada entre transacciones lícitas e ilícitas, principio que aplica cuando por razón de las especiales características de ciertos productos no exista ningún tipo de competencia entre un sector lícito y otro ilícito, y establece la no sujeción *ab initio* de las operaciones que son de una ilicitud evidente por tener un objeto absolutamente ilícito.

¹⁷³ Silvina BACIGALUPO, en *Ganancias ilícitas...*, *op. cit.*, pág. 78, resume la jurisprudencia reiterada que, desde la sentencia del TS de 1 de diciembre de 1997, el pleno de la Sala 2.ª, el TS está reconociendo que el delito fiscal de contrabando queda absorbido por el delito principal.

¹⁷⁴ STS de 16 de septiembre de 1987 (Sala Penal) (RJ 1987\6466): «Es obvio que los introductores de drogas en España lo verifican clandestinamente no con el fin de burlar los aranceles de Aduanas y de atentar así contra el Erario Público, sino por no serles dable presentarlas para su despacho en las oficinas correspondientes, abonando los oportunos derechos por su importación. No se trata, pues, de una propia infracción de contrabando». La misma Sala, en sentencia de 1 de octubre de 1992 (RJ 1992\7891), aclara que: «Probablemente la referencia en algunas resoluciones de esta Sala a los intereses del Fisco o de la Hacienda perturbó el entendimiento global del problema, en cuanto que estas aprehensiones no son susceptibles de liquidación aduanera. En todos estos casos el bien jurídico protegido es siempre el mismo: la salud pública».

¹⁷⁵ Sentencia de la Sala de lo Penal del TS de 6 de marzo de 1999, RJ 1999\2395: «no se puede hablar de un interés fiscal defraudado si tenemos en cuenta estos productos estupefacientes, precisamente por su ilicitud, están fuera del comercio de los hombres y de ahí que sea imposible devenguen ningún tipo de impuestos o tasas a favor de la Hacienda Pública».

¹⁷⁶ En el delito de tráfico de drogas, en el que queda consumido el de contrabando, la finalidad última del comiso no es la contemplada en el artículo 127 del Código Penal sino la contribución a un fondo destinado exclusivamente a tareas de prevención y represión del narcotráfico y a rehabilitación de toxicómanos y drogodependientes, fondo creado por Ley 36/1995, de 11 de diciembre. Actualmente se regula por Ley 17/2003, de 29 de mayo, del Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.

cito (como la moneda falsa o las drogas ilegales). Sus pronunciamientos se basan, no tanto en la idea de que las cosas fuera del comercio no pueden considerarse incluidas en el concepto *mercancías*, como en la idea de que son *productos que no pueden formar parte de los circuitos económicos de la Comunidad* ¹⁷⁷. Las transacciones sobre estos productos quedan absolutamente fuera de la esfera de cualquier actividad económica legítima; la prohibición que pesa sobre los mismos es absoluta ¹⁷⁸, en protección del interés general, por lo que jamás podrán ser objeto de gravamen sino solo de persecución penal.

A mi juicio, esta doctrina del Tribunal comunitario ofrece una solución acertada al problema de la tributación de los actos ilícitos, en cuanto a ilicitud del objeto de la obligación contractual o de la prestación se refiere, con una línea argumental clara, contundente y coherente. Sin dejar de basarse en principios tributarios, no se deja llevar por argumentos moralistas y da una distinta solución en función de la gravedad de la prohibición que pesa sobre el objeto.

En su primera sentencia sobre el tema, en el Asunto *Horvath*, el Tribunal sostuvo que el contrabando de droga no podía considerarse sujeto a derechos de aduana y dejó claro que en el ámbito europeo no se admitiría el gravamen de importaciones de productos ilícitos como los estupefacientes ¹⁷⁹. Ciertamente, la decisión del Tribunal de Justicia podía haber sido la contraria, para situarse en línea con lo que venía sosteniéndose desde el siglo XIX en Estados Unidos ¹⁸⁰. El propio Abogado general Sr. Jacobs en sus conclusiones en el asunto *Witzemann* (ya en 1990), dijo que «no se puede insinuar que exista algún principio general de Derecho que impida gravar las transacciones ilícitas» y que «el legislador comunitario es libre de intervenir en ese ámbito y de disponer, si lo desea, que los narcóticos y otros productos prohibidos soporten derechos de aduanas e IVA ¹⁸¹». Sin embargo, el Tribunal entendió en *Horvath* que «las disposiciones del Reglamento n.º 803/68 del Consejo relativo al valor en aduana de las mercancías están basadas en la hipótesis de que los productos importados son susceptibles de ser introducidos en el mercado e integrados en el circuito económico» ¹⁸².

Y es que, como poco después dice la sentencia, el objetivo del Tratado CEE, al establecer una tarifa aduanera común, se sitúa en el marco de una contribución al desarrollo del comercio

¹⁷⁷ Ramón FALCÓN Y TELLÁ: «La exclusión de las conductas antijurídicas en la delimitación del hecho imponible del IVA», *Impuestos*, n.º 12, 1991, pág. 1.142: «El tribunal rechaza, a nuestro juicio, las posturas doctrinales según las cuales el Tratado prohíbe exigir tributos en el caso de importación de mercancías prohibidas, conclusión que determinados autores han pretendido fundar en el concepto mismo de *mercancías*, del que quedarían excluidos los productos que no pueden ser objeto lícito de comercio».

¹⁷⁸ Una buena manera de determinar si el producto es total y absolutamente prohibido o no es mirar al mismo en manos del consumidor final: los narcóticos no pueden ser adquiridos legalmente por consumidores; la moneda falsa está sujeta a confiscación, aunque haya sido adquirida de forma inocente. El perfume falso, sin embargo, puede ser consumido, sin que ello suponga delito alguno. Véase la Sentencia de la *Court of Appeal (Criminal Division)* de 8 de noviembre de 1996, caso *Rv Goodwind and Unstead*. No obstante tener clara esta distinción, el Tribunal planteó cuestión prejudicial.

¹⁷⁹ Sentencia de 5 de febrero de 1981, Asunto 50/80, *Jozsef Horvath*.

¹⁸⁰ Pueden consultarse los *License Tax Cases* de que da cuenta el 72 US (1886) *Wallace's Report* (págs. 462 y ss.) en que se declararon válidos y no inconstitucionales los requerimientos de pagos de impuestos especiales por productos «wholly forbidden» (absolutamente prohibidos) como el alcohol.

¹⁸¹ Asunto C-343/89; sentencia de 6 de diciembre de 1990. Punto 20 de sus conclusiones.

¹⁸² Fundamento Jurídico 12. La traducción del francés es nuestra.

internacional y a la reducción de las trabas a los intercambios. En esta idea, **el impuesto podrá cobrarse cuando el producto pueda ser objeto de comercio internacional o de intercambio, pero no cuando no pueda integrarse en el circuito económico. Los Estados tienen, sin embargo, plena libertad para perseguir penalmente las infracciones** cometidas con ocasión de tales operaciones comerciales, argumento que será repetido en posteriores sentencias del Tribunal y no debe olvidarse.

La siguiente sentencia del TJCE, de 26 de octubre de 1982¹⁸³ reitera que no surge deuda aduanera con ocasión de la importación de estupefacientes, puesto que se trata de una actividad no susceptible de integrarse en la economía de la Comunidad. El mismo argumento se emplea en el Asunto 240/81¹⁸⁴, y en el Asunto 294/82¹⁸⁵. Y las siguientes, ambas de 5 de julio de 1988¹⁸⁶, aplican el argumento anterior a las entregas ilegales de productos ilícitos efectuada a título oneroso en el interior de un Estado miembro sujetas a este último impuesto.

En todos estos pronunciamientos se refería el Tribunal a estupefacientes, y en la sentencia del TJCE de 6 de diciembre de 1990¹⁸⁷, el Tribunal entendió que las consideraciones desarrolladas en materia de importación ilegal de estupefacientes se aplican incluso con mayor razón en el supuesto de importación de moneda falsa¹⁸⁸, porque tanto las drogas como la moneda falsa son **mercancías de manifiesto carácter nocivo** (lo que confirma nuestra propuesta de que ello solo sea para casos de ilicitud evidente, en que no hay apariencia de validez), **que constituyen por sí mismas un peligro** para el orden y la seguridad pública, porque son mercancías **que todos los Estados miembros consideraban absolutamente prohibidas, con una prohibición aproximadamente idéntica** en todos los Estados miembros, de forma que **si las autoridades de cualquiera de los países miembros las detectan deben decomisarlas, confiscarlas e incluso destruirlas** y porque, en definitiva, **no son**

¹⁸³ Se trata del Asunto 221/81, *Wilfred Wolf*, Rec. págs. 3.681 y ss.

¹⁸⁴ *Senta Einberger* (sentencia de 26 de octubre de 1982), Rec. págs. 3.699 y ss.

¹⁸⁵ *Senta Einberger II* (sentencia de 28 de febrero de 1984), Rec. págs. 1.177 y ss. En esta sentencia el Tribunal da el salto del Impuesto Aduanero al IVA, considerando aplicable su doctrina anterior al hecho imponible importaciones en el IVA. El TJCE entendió que la importación ilegal de estupefacientes en la Comunidad no genera ninguna deuda en concepto de impuesto sobre el volumen de negocios, en la medida en que dichos productos no formen parte del circuito económico rigurosamente controlado por las autoridades competentes para su utilización con fines médicos y científicos. El Tribunal aclara que la cuestión prejudicial que se plantea no concierne a la importación de cualquier producto ilegal en general, sino únicamente a la importación ilegal de estupefacientes, por ser productos que se encuentran fuera del circuito controlado por las autoridades competentes y que por definición están absolutamente prohibidas su importación y comercialización.

¹⁸⁶ La primera, recaída en el Asunto 269/86, *W.J.R. Moll* Rec. págs. 3.627 y ss. y la segunda, en el Asunto 289/86, *Vereniging Happy Family Rustenburgerstraat*.

¹⁸⁷ Recaída en el Asunto C-343/89, *Maz Witzemann* Rec. págs. I-4.447 y ss.

¹⁸⁸ Esta sentencia contribuyó, indudablemente, a que se añadiera en el nuevo Código Aduanero Comunitario la expresa exclusión de los derechos de aduanas de la importación de moneda falsa (Véase el comentario a esta sentencia de Ramón FALCÓN Y TELLÁ «La exclusión de las conductas antijurídicas...», *op. cit.*, págs. 1.140 y ss.). En concreto, el artículo 212 del Reglamento (CEE) n.º 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre de 1992, considera que la deuda aduanera se origina incluso si se refiere a una mercancía que sea objeto de cualquier naturaleza de medida de prohibición o de restricción a la importación o a la exportación. Pero a continuación establece que, «sin embargo, no se originará deuda aduanera alguna en el momento de la introducción irregular en el territorio aduanero de la Comunidad de moneda falsa, así como de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que no formen parte del circuito económico estrictamente vigilado por las autoridades competentes para su utilización con fines médicos y científicos».

productos que se integren en el circuito económico de la Comunidad, sino que permanecen fuera del comercio jurídico ¹⁸⁹.

El 2 de agosto de 1993 ¹⁹⁰, el Tribunal resuelve sobre si debían considerarse exentas de IVA determinadas entregas de productos informáticos que estaban prohibidas, no por su naturaleza, sino por ser realizadas a ciertos destinos (países del Este) a los que estaba prohibido vender tales productos. El Tribunal entendió que en este caso, efectivamente, **no se trataba de productos absolutamente prohibidos, por lo que no podía hacerse ninguna diferenciación entre estas y otras entregas legales en cuanto a su trato fiscal**. Lo interesante de esta sentencia es que no plantea su sujeción o no, sino su exención. Y el Tribunal entendió que si las entregas legales estaban exentas, las ilegales también debían estarlo, sin perjuicio del derecho del Estado miembro a perseguir penalmente tal conducta ¹⁹¹.

En la sentencia de 28 de mayo de 1998, recaída en el asunto C-3/97, *Goodwin*, ante la cuestión prejudicial que plantea la *Court of Appeal-Criminal Division of London* –si la entrega de perfumes falsificados está sujeta a IVA, pues el Sr. Goodwin había comprado perfumes falsos y los había revendido sin estar dado de alta a efectos del IVA–, el Tribunal sostiene que **la prohibición que pesa sobre los productos falsificados a causa de la vulneración de los derechos de propiedad industrial no basta** para excluir la comercialización del ámbito de aplicación de la Sexta Directiva.

Llegamos al Asunto C-158/98, *Coffeeshop Siberie*, resuelto por sentencia de 29 de junio de 1999, en la que el Tribunal se pregunta sobre la sujeción a IVA del alquiler de una mesa dentro de una *coffeeshop* para vender derivados del cannabis. La Corte no extiende a este caso su doctrina anterior, alegando que el que las actividades realizadas sean constitutivas de delito y que puedan hacer que el contrato sea ilegal no altera el carácter económico del arrendamiento, y no impide la competencia en el sector entre actividades lícitas e ilícitas. Pero nótese que, en puridad, no es absolutamente ilícita la prestación de servicios que constituye el hecho imponible, luego la conexión de la ilicitud con el tributo no es directa y por ello está justificado el impuesto ¹⁹².

¹⁸⁹ Como señala en las Conclusiones a esta última sentencia el Abogado General Sr. F.G. Jacobs, la jurisprudencia ha sido progresiva, pues si bien todos los asuntos hasta entonces se habían referido a los estupefacientes, en *Horvath* el estupefaciente era la heroína, cuya venta sí está prohibida en todos los Estados miembros, pero en *Happy Family* ya era el hachís, cuya venta, aunque prohibida, se toleraba en Holanda. El Tribunal no hizo distinciones entre «drogas duras» y «drogas blandas», pero podía haberlo hecho, dijo el Abogado General. El Abogado General Sr. Jacobs argumenta que la aplicación uniforme del Arancel Aduanero Común y de la Sexta Directiva se pondría en peligro si cada Estado miembro se abstuviera de gravar los productos concretos que pudieran estar prohibidos por su propia legislación. También entiende que la diferenciación puede venir por el hecho de que existen productos que pueden comercializarse de modo legal, y ese comercio legal no puede distinguirse claramente del comercio ilegal, así que sería ilógico conceder privilegios fiscales al proveedor que actúa en el mercado negro.

¹⁹⁰ Caso *Lange*, Asunto C-111/92.

¹⁹¹ El siguiente asunto en que el Tribunal se plantea la sujeción o no a gravamen de algo ilícito es en la sentencia de 11 de junio de 1998, recaída en el Asunto C-283/95, *Karlheinz Fischer*. El Tribunal sostuvo que la explotación ilegal de un juego de azar está dentro de la Sexta Directiva, por no ser una actividad excluida *per se* del ámbito de aplicación de la misma. Se cuestiona si una actividad como esa podría estar sujeta a IVA cuando su ejercicio legal está exento, y el Tribunal sostiene que si en los casinos autorizados la actividad está exenta, un Estado miembro no puede decidir gravar la actividad por no estar autorizada.

¹⁹² El Tribunal aclara que no se trata del IVA por una entrega de bienes (la venta de droga), sino del IVA por una prestación de servicios: el alquiler de una mesa en un local. Lo argumentado en sentencias anteriores no lo considera aplicable direc-

Estas afirmaciones sirven de base para los últimos pronunciamientos que en materia de tributación de actividades ilícitas ha emitido el Tribunal de Justicia, surgidos en el ámbito del fraude del operador desaparecido en IVA. Entre ellas puede destacarse la de 12 de enero de 2006 ¹⁹³, en la que el Tribunal reitera que «el principio de neutralidad fiscal se opone a una diferenciación generalizada entre transacciones lícitas e ilícitas» y que «de ello se desprende que la calificación de censurable de un comportamiento no implica, en sí misma, una excepción a la sujeción al impuesto, sino que tal excepción solo resulta de aplicación en situaciones específicas en las que, por las características concretas de determinadas mercancías o prestaciones, queda excluida toda competencia entre un sector económico lícito y un sector ilícito ¹⁹⁴».

La aplicación de esta doctrina jurisprudencial se está generalizando en los Estados, hasta el punto que en algún país de la Unión Europea ya se ha tenido en cuenta para **someter a IVA precisamente aquellas operaciones que no son absolutamente ilícitas**, lo que confirma la regla general de **no sujeción de las que sí lo son**. Así, algunos tribunales británicos, arguyen que hay actividades que, aunque ilegales, deben en cualquier caso ser gravadas por aplicación del principio de neutralidad, principio que impide tratar al delincuente de forma más favorable que al comerciante legítimo ¹⁹⁵. Solo aquellos bienes, por cuya intrínseca, inherente o esencial naturaleza perjudicial, están totalmente prohibidos en los Estados miembros y sobre los que no hay ni puede haber competencia legítima, escapan de esta regla, y para el resto vale la máxima latina, *pecunia non olet* ¹⁹⁶.

tamente, pues si bien se había venido sosteniendo que la venta de droga no estaba sujeta a IVA por las especiales características de los narcóticos (ya que son objeto de una total prohibición en todos los Estados miembros), aquí no se trataba de la venta del narcótico, sino de una actividad relacionada con la misma.

¹⁹³ Asuntos acumulados C-354/03, C-355/03 y C-484/03. Se trata de un caso de fraude de IVA en cadena en el que se habían visto implicadas involuntariamente varias empresas que no tenían relaciones comerciales con el operador desaparecido (*missing trader*) ni conocimiento, ni tampoco motivo para tenerlo, de que se encontraban implicadas en una cadena de fraude. La cuestión se centra en determinar si el operador tiene derecho a deducir el IVA soportado, cuando en la cadena de compras y ventas ha intervenido un operador incumplidor, derecho a la deducción que el Tribunal no niega, explicando que su doctrina acerca de la no tributación de lo ilícito se refiere exclusivamente a productos fuera del circuito económico.

¹⁹⁴ Siendo obvio que este no es el caso (se trata de la venta de microprocesadores, que en absoluto está prohibida por los Estados), pues las entregas de bienes cumplen los requisitos objetivos de la Sexta Directiva, la conclusión es que el derecho de los operadores a la deducción del IVA soportado no puede limitarse por el hecho de que el sujeto pasivo haya formado parte de una cadena de fraude de la que no tuvo conocimiento o no pudo tenerlo. A esta afirmación no obsta el hecho de que el IVA devengado se haya pagado o no al Tesoro Público, pues el IVA se aplica a *cada* transacción previa deducción del IVA que haya gravado directamente los costes de los distintos elementos del precio. El asunto se resuelve con fundamento en dos pilares: el primero de ellos está basado a su vez en tres argumentos, a saber, el primero, que la finalidad que subyace en las transacciones, lícita, ilícita o fraudulenta, no influye en su calificación como actividades económicas; el segundo, que en los casos de fraude en cadena, el fraude no debe considerarse en su conjunto, como un todo, sino operación por operación, que es como se devenga el impuesto; el tercero, que la norma que se establezca no puede contradecir el principio de seguridad jurídica. El segundo pilar sería que las actividades realizadas, a pesar de ser ilícitas o estar inmersas en una cadena de actividades ilícitas, sí entran dentro del ámbito de aplicación del IVA, por lo tanto, no puede negarse la deducibilidad del IVA soportado con ocasión de las mismas.

¹⁹⁵ Puede ponerse como ejemplo el caso *R v. Citrone and another*, de la *Court of Appeal (Criminal Division)* del Reino Unido, de 26 de noviembre de 1998, en el que se condena por evasión de IVA devengado con la venta de productos farmacéuticos (esteroides anabolizantes) sin licencia. O el caso de los *Customs and Excise Commissioners v. Polok and another*, de 19 de febrero de 2002, en el que también se considera sujeto a gravamen el alquiler de un local de prostitutas y sujetos pasivos a sus regentes. Los casos pueden consultarse en la base de datos Lexus-Nexis.

¹⁹⁶ Fue el emperador Vespasiano quien introdujo un tributo sobre todos los urinarios públicos. Su hijo Tito se quejó de la naturaleza del tributo, a lo que contestó Vespasiano con la frase que hoy se sigue utilizando para decir que el dinero es limpio, con independencia de su origen o fuente.

IV. CONCLUSIONES

En un Ordenamiento jurídico único e interrelacionado en sus distintos órdenes, no puede sostenerse que lo contrario a unas normas, y declarado por ello sin efectos, debe tributar. De modo que, si a la ilicitud ha acompañado la declaración de nulidad y se ha ordenado la reposición de las cosas al estado en que se encontraban antes de la contrariedad a Derecho, el acto no debe gravarse.

Si por respeto a la apariencia de validez del acto se hubiese este sometido a gravamen, como ordena el mandato que obliga a gravar el mismo con independencia de sus vicios o defectos, entonces el ingreso, aunque debido cuando se realizó, debe devolverse cuando opere la restitución de las prestaciones y se deshagan sus efectos por imposición de la ley.

Si se detecta la contrariedad a Derecho pero el Ordenamiento la consiente, el impuesto satisfecho lo habrá sido por un acto que, en realidad, es válido o al menos, eficaz, y, por tanto, no se reintegrará.

Pero si el acto no goza de esa apariencia de validez o presenta indicios de delito, ya no debe gravarse, bien por la manifiesta ilicitud de su objeto, que elimina cualquier interés fiscal sobre el mismo, bien porque debe remitirse a la jurisdicción penal, y entonces se estará a lo que en tal proceso se decida.

Si hubiese condena y operasen las consecuencias jurídicas del delito, no habrá lugar a la imposición, y la actuación del Derecho penal habrá sido suficiente, eficiente, correcta y eficaz para eliminar todo enriquecimiento injusto o ilícitamente obtenido por parte del delincuente. No es que no tributemos todos o que solo deban pagar los honrados, es que al delincuente se le privará de todo su beneficio por la vía penal y no solo de una parte por la vía tributaria.

Si no hubiese condena, habría lugar al gravamen, si hay hecho imponible, pues lo que se intuía ilícito debe reputarse lícito tras la sentencia absolutoria.

No de otra forma puede entenderse el principio de capacidad económica presente en la imposición, que obliga a buscar la riqueza allá donde esta se encuentre. Búsqueda que debe ser respetuosa con lo preceptuado en otros órdenes si queremos alcanzar una solución coherente a un problema, el de la tributación del ilícito, que es más aparente que real, y que se resuelve no con principios y argumentos que encierran auténticos sofismas, sino con una atenta y escrupulosa lectura y aplicación de nuestro Derecho positivo.

PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES: EL INFORME OCDE 2008

JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

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

Extracto:

EL presente trabajo tiene por objeto exponer las principales aportaciones recogidas en el informe OCDE, *Transfer Pricing Aspects of Business Restructuring*, hecho público el 19 de septiembre de 2008. Este informe OCDE pretende clarificar la aplicación del principio de plena competencia del artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE y de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia en relación con las operaciones de reestructuración empresarial en el marco de grupos multinacionales. En particular, la estructura del informe se articula en torno a cuatro grandes temas, a saber: a) La asignación de riesgos en el marco de una reestructuración empresarial; b) La remuneración de mercado que procede como consecuencia de la propia reestructuración; c) La aplicación del principio de plena competencia con posterioridad a la reestructuración; y d) El reconocimiento de las operaciones y estructuras articuladas por los grupos empresariales (el principio del no reconocimiento).

Las materias abordadas en este informe resultan de gran interés y relevancia al tratarse de dos de los temas (físcales) más centrales para los grupos empresariales: las reestructuraciones y los precios de transferencia.

Palabras clave: precios de transferencia, reestructuraciones empresariales, principio de plena competencia, principios y cláusulas antiabuso, operaciones vinculadas y convenios de doble imposición.

Sumario

1. Introducción.
 - 1.1. Consideraciones previas.
 - 1.2. Sobre el objeto y enfoque del informe OCDE sobre *Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales*.
 - 1.3. Estructura del informe OCDE y principales conclusiones.
2. Exposición y análisis de las cuatro notas recogidas en el informe OCDE sobre *Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales*.
 - 2.1. Observaciones en relación con la Nota 1: *Risk allocation in relation to business restructuring*.
 - 2.2. Observaciones sobre la Nota 2: *Arm's length compensation for the restructuring itself*.
 - 2.3. Observaciones sobre la Nota 3: *The application of the arm's length principle and the TP Guidelines to post-restructuring arrangements*.
 - 2.4. Observaciones sobre la Nota 4: *Recognition of the Actual transaction or structure undertaken*.
3. Una reflexión final.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Consideraciones previas.

El presente trabajo tiene por objeto exponer las principales aportaciones recogidas en el informe OCDE, *Transfer Pricing Aspects of Business Restructuring*, hecho público el 19 de septiembre de 2008. A este respecto, conviene hacer dos advertencias, a saber: por un lado, que no pretendemos hacer un análisis exhaustivo del informe OCDE y, por otro, que este se ha hecho público en versión de borrador de forma que posiblemente será aprobado por la OCDE durante los primeros meses de 2009.

1.2. Sobre el objeto y enfoque del informe OCDE sobre *Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales*.

Este informe OCDE pretende clarificar la aplicación del principio de plena competencia del artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE (MC OCDE, en adelante) y de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia en relación con las operaciones de reestructuración empresarial en el marco de grupos multinacionales¹. El informe ha sido elaborado por el *Joint Working Group* OCDE compuesto por delegados del grupo encargado de la revisión de las Directrices de Precios de Transferencia y del que tiene asignado el MC OCDE, y han intervenido en la discusión del mismo representantes del sector privado (*Business Advisory Group*) lo cual se hace patente a lo largo del informe.

El enfoque adoptado en el informe es exclusivamente a efectos de la normativa precios de transferencia, de manera que la OCDE evita expresamente abordar otras implicaciones del mismo tema como, por ejemplo, la problemática de los Establecimientos Permanentes (EP), esto es, en qué medida la reestructuración puede dar lugar a la existencia de un establecimiento permanente y a la atribución de renta al mismo². El informe OCDE también omite toda consideración de las reestructuraciones empresariales desde otros ángulos como el que puede resultar de cláusulas generales o específicas antiabuso previstas en la legislación interna.

A nuestro juicio, un enfoque tan restrictivo no es el más deseable, ya que en este contexto se requiere un enfoque global OCDE que dote de seguridad jurídica a los contribuyentes a través de una autorizada doctrina OCDE, de forma que se establezca un cuerpo de principios formulados con sencillez y claridad, a los efectos de evitar interpretaciones asimétricas y conflictos fiscales entre los contribuyentes y las diferentes administraciones tributarias que pudieran estar implicadas, cuando menos

¹ Este informe está disponible en inglés en la página web de la OCDE: www.oecd.org.

² Como ha puesto de relieve OOSERHOFF, tras el informe OCDE 2008 sobre *Atribución de Renta al Establecimiento Permanente*, la interrelación entre los artículos 9 y 5 y 7 resulta poco clara y puede dar lugar a la «creación» de EP en el marco de un grupo MNE con una organización empresarial centralizada, o conflictos en la atribución de rentas en función de las personas que gestionan los riesgos o realizan las funciones. *Vid.* OOSTERHOFF, «The True Importance of Significant People Functions», *International Transfer Pricing Journal*, March/April, 2008, págs. 68 y ss.

allí donde resultara aplicable un convenio de doble imposición (CDI) que siguiera el artículo 9 MC OCDE ³. El aspecto positivo de este posicionamiento es que la OCDE parece darle prevalencia al enfoque de precios de transferencia a la hora de abordar las reestructuraciones empresariales, de manera que otros enfoques –quizás más agresivos– [como el basado en la existencia de un EP, o el resultante de cláusulas generales antiabuso que pueden conducir al «no reconocimiento» (*disregard*) de la reestructuración] son «degradados» o situados en un segundo plano.

De hecho, podría mantenerse que la aplicación de estos «otros enfoques» en el marco de un CDI podría colisionar con el artículo 9 MC OCDE. Es cierto, sin embargo, que desde el año 2003 la OCDE reconoce, con carácter general, la aplicación en el ámbito de los CDI de las normas generales antiabuso de los Estados ⁴. No obstante, la aplicación de tales cláusulas generales antiabuso no puede vulnerar lo dispuesto en otras disposiciones del CDI, a menos que estas hayan sido burladas por los contribuyentes a través de un montaje abusivo, artificial o contrario a la finalidad de la cláusula convencional material de que se trate. A su vez, en un contexto convencional y antiabuso como este se podría argumentar que el artículo 9 MC OCDE constituye *lex specialis* y limita otros enfoques antiabuso generales ⁵, salvo que no hubiera sustancia económica alguna en la reestructuración (*vid. infra*).

Ciertamente, resultaría llamativo que desde la principal regla o principio de fiscalidad internacional establecido para lograr una correcta atribución de la renta entre empresas asociadas se llegara a la conclusión de que la estructura u operación es legítima y aceptable, y en cambio la aplicación unilateral de una cláusula general antiabuso condujera al no reconocimiento de tal estructura u operación. En este sentido, entendemos que la OCDE pretende evitar estas asimetrías, en tanto que generadoras de doble imposición y conflictos fiscales, consolidando e integrando de forma uniforme en el principio de plena competencia los diferentes enfoques antiabuso resultantes de cláusulas generales.

³ Como se sabe, el hecho de que un CDI siga el artículo 9 MC OCDE posee implicaciones jurídicas de gran relevancia de cara a la aplicación de la normativa interna de precios de transferencia en el marco de tal convenio. Sobre esta cuestión *Vid.* CALDERÓN, *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

⁴ *Vid.* MARTÍN JIMÉNEZ, «The 2003 Revision of the OECD Commentaries on the Improper Use of Tax Treaties», *BIFD*, n.º 1, 2004.

⁵ En este sentido se pronunció el TEAC en su resolución de 29 de marzo de 1995, al resolver que no cabe la aplicación de la cláusula de fraude de ley prevista en la LGT de 1963 allí donde resultara de aplicación la normativa de operaciones vinculadas del artículo 16 de la LIS. En parecidos términos véase la RTEAC de 26 de abril de 1989. También cabe observar que esta era la posición prevalente en el ordenamiento alemán (jurisprudencia del *BFH*) hasta que se reformó el parágrafo 42 *AO* (Ordenanza Tributaria) a efectos de poder aplicar la cláusula general antiabuso en supuestos donde ya existiera una cláusula especial (SCHÖN, en *Comparative Income Taxation*, Kluwer, Boston, 2004, pág. 70). Con todo, a nuestro entender, el hecho de que una determinada operación quede comprendida en el ámbito de aplicación de una norma antiabuso específica no impide su consideración atendiendo a otras cláusulas generales antiabuso. Así, pensamos que nada impediría la aplicación de los artículos 13, 15 y 16 de la LGT en el marco de operaciones vinculadas que caen igualmente en ámbito de aplicación de los artículos 41 de la LIRPF y 16 del TRLIS; de hecho, para que proceda la valoración de una operación vinculada se requiere determinar previamente que tal operación o negocio se realizó efectivamente y no media ni simulación ni abuso de formas jurídicas. Con todo, la doctrina expresada por la OCDE en la cuarta nota de este informe («Sobre el reconocimiento de la estructura u operación llevada a cabo») de alguna forma pretende «iluminar» la interpretación y aplicación de enfoques antiabuso basados en el abuso de formas jurídicas o de las posibilidades de configuración que ofrece el ordenamiento en el ámbito de operaciones de reestructuración intragrupo. Así, a mi juicio, se trataría de inyectar savia de precios de transferencia en la interpretación de cláusulas generales antiabuso de cara a evitar las habituales consecuencias de este tipo de enfoques antiabuso asimétricos, a saber: doble imposición y conflictos fiscales entre las administraciones de los diferentes Estados implicados, los cuales se resuelven mejor a priori (a través de interpretación uniforme y APA) que a posteriori (procedimientos amistosos o arbitrales).

Por otro lado, debe advertirse que el informe OCDE maneja un concepto muy amplio de operación de reestructuración empresarial que comprende todo cambio en la asignación de funciones, activos y riesgos que afecta a la operativa o estructura de un grupo multinacional (MNE). De esta forma, la creación de una central de compras/aprovisionamiento, la conversión de una filial-fabricante (*full-fledged manufacturer*) en una «maquila» (*contract/toll-manufacturer*), la creación de una entidad para la explotación de marcas y *know-how* (*Intellectual Property entity*), o la conversión de un *full-fledged distributor* en un agente o comisionista de ventas son operaciones de reestructuración paradigmáticas. Es cierto que existen otra serie de operaciones de reestructuración que podrían considerarse comprendidas en la categoría de las operaciones de reorganización empresarial (fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores), de suerte que este informe OCDE no se refiere específicamente a estas. No obstante, lo cierto es que los criterios establecidos por la OCDE en este informe de reestructuraciones empresariales y precios de transferencia en buena medida son aplicables en este otro contexto de las reorganizaciones empresariales en todo lo tocante a las operaciones vinculadas (pre- y post-reorganización) y a la aplicación del principio de plena competencia ⁶.

Igualmente, debe observarse que, a nuestro juicio, la guía que pretende aportar la OCDE a través de este informe está pensada o concebida para ser aplicada en el marco de reestructuraciones de grupos multinacionales o empresas transnacionales (esto es, que cuenten con negocio o estructura internacional), dado que este es el ámbito específico para el que se ha articulado el principio de plena competencia y toda la doctrina de los precios de transferencia. Ello no impide, sin embargo, que el referido principio de plena competencia sea aplicado en el ámbito de las operaciones intragrupo (internas) realizadas dentro de un mismo país, allí donde el legislador haya adoptado tal decisión de política legislativa. Por tanto, las conclusiones de este informe como el resto de los materiales elaborados por la OCDE de cara a establecer la interpretación del principio de plena competencia son aplicables en un contexto interno como el español, donde la normativa de precios de transferencia (art.16 TRLIS) se aplica simétricamente no solo a las transacciones intragrupo internas sino también a otras operaciones calificadas vinculadas de carácter no empresarial ⁷. No obstante, muchas de las consideraciones que realiza este informe y las propias Directrices OCDE de Precios de Transferencia están pensadas asumiendo un contexto de operación intragrupo transnacional, de manera que cuando se llevan a un contexto interno (no transfronterizo) algunas de las previsiones y cautelas realizadas de cara a evitar transferencias (artificiales) de bases imponibles de una jurisdicción fiscal a otra pierden todo su sentido y, por ello, no debería trasladarse automáticamente toda esta doctrina OCDE al ámbito de operaciones internas (y mucho menos al ámbito de operaciones que no sean intragrupo).

⁶ A nuestro entender, la aplicación del principio de plena competencia resulta compatible con la aplicación de un régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores. Ahora bien, ello no quiere decir que el «reconocimiento» de la operación de reestructuración empresarial desde la perspectiva del principio de plena competencia conduzca a la conclusión de que existe un motivo económico válido, ya que, como veremos más adelante, en el ámbito de los precios de transferencia la finalidad fiscal de una estructura puede constituir un motivo económico o empresarial válido, siempre que articule una estructura dotada de sustancia económica.

⁷ A este respecto, ya hemos indicado en otro lugar que, a nuestro juicio, la extensión del ámbito de aplicación de la normativa de precios de transferencia al ámbito de las operaciones vinculadas internas no-intragrupo resultaba innecesaria desde una perspectiva comunitaria y además plantea un buen número de problemas, toda vez que tal regulación (la del principio de plena competencia), además de ser muy compleja técnicamente, está pensada para determinar la valoración de las operaciones intragrupo en un contexto internacional. *Vid.* CALDERÓN/MARTÍN JIMÉNEZ, «Acerca de la necesidad de reconfigurar la política española en materia de cláusulas antiabuso y fiscalidad directa: las consecuencias derivadas de los casos Cadbury Schweepes y Test Claimants in the Thin Cap Group» en *Jurisprudencia Tributaria*, Westlaw-Aranzadi, 2007.

A pesar de todo, la elaboración de este informe y el desarrollo de la importantísima guía que suponen las Directrices OCDE de Precios de Transferencia debe ser bien recibida y valorada positivamente por su contribución a articular una suerte de «código o *corpus iuris* internacional» para la interpretación del principio de plena competencia ⁸. Tal contribución y desarrollo interpretativo es tanto más importante si se tiene en cuenta que los graves problemas que plantean los precios de transferencia en el actual escenario de globalización económica distan mucho de estar resueltos por las Directrices OCDE de Precios de Transferencia y los propios CDI.

Ciertamente, el actual contexto entraña un marco mucho más complejo tanto para las administraciones tributarias como para los contribuyentes, de suerte que si las primeras tienen el desafío de actuar de forma tan global como los contribuyentes para lograr la efectiva supervisión del sistema tributario y evitar el fraude fiscal internacional, estos últimos se enfrentan a un panorama en el que las administraciones tributarias nacionales siguen desplegando en gran medida enfoques unilaterales/nacionales («parroquialistas») a la hora de aplicar su legislación tributaria y sus cláusulas antiabuso. Desde la perspectiva de los contribuyentes, resulta evidente que el escenario ha cambiado y los riesgos de doble imposición se han multiplicado exponencialmente debido precisamente a la mayor transparencia de sus actividades derivada de la mayor internacionalización de las administraciones tributarias y al enfoque unilateral que estas despliegan en la práctica, a pesar de que existe un elevado grado de convergencia de principios y regulaciones fiscales (especialmente en el terreno de las cláusulas antiabuso) ⁹. En este sentido, algún comentarista ha puesto de relieve cómo si bien puede afirmarse que la globalización ha hecho el mundo más plano y horizontal (FRIEDMANN: *The World is Flat*, 2007), lo cierto es que en ciertas materias como la impositiva seguimos habitando un mundo muy abrupto con grandes cadenas montañosas, valles y simas, toda vez que bajo un aparente manto de uniformidad de principios, instituciones, figuras tributarias y regulaciones antiabuso (v. gr. precios de transferencia) late una auténtica heterogeneidad material y en el terreno aplicativo ¹⁰. Un buen ejemplo de todo ello lo aporta la regulación de los precios de transferencia o los propios CDI que, a pesar de basarse en Directrices y MC OCDE que aportan principios sustantivos para su interpretación y aplicación, se aplican de forma heterogénea en cada Estado atendiendo a enfoques e intereses fiscales nacionales.

1.3. Estructura del informe OCDE y principales conclusiones.

El informe OCDE se estructura en torno a cuatro notas, a saber:

- Nota 1: *Risk allocation in relation to business restructuring*.

⁸ Téngase en cuenta que en buena parte de los países (incluido España) la normativa interna de precios de transferencia constituye en gran medida una «norma en blanco», de suerte que tal «vacío regulatorio» se salva por referencia a lo establecido en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia o bien a lo previsto en una circular administrativa interna que reproduce (y modula) lo recogido en tales Directrices OCDE, de suerte que estas son aplicadas directa o indirectamente por los contribuyentes y las autoridades fiscales constituyendo la principal fuente para la aplicación del principio de plena competencia. Sobre esta cuestión, *vid.* CALDERÓN, *Precios de Transferencia e Impuesto sobre Sociedades*, *op. cit.* pág. 125 y ss.

⁹ E&Y (2008), *Tax Administration Goes Global. The Trend Toward Global Tax Transparency*, 2008.

¹⁰ En este sentido se ha pronunciado el director de precios de transferencia de Wal-Mart (*Tod Ludeke*) en relación con la normativa de precios de transferencia de China. *Vid.* LUDEKE (2008), «An Analysis of China's Draft Transfer Pricing Documentation Rules», *Tax Notes International*, August 4th, 2008, pág. 427 y ss.

- Nota 2: *Arm's length compensation for the restructuring itself.*
- Nota 3: *The application of the arm's length principle and the TP Guidelines to post-restructuring arrangements.*
- Nota 4: *Recognition of the Actual transaction or structure undertaken.*

Una de las principales conclusiones que cabe extraer del informe radica en la importante flexibilización del enfoque de la OCDE frente a las estructuras y transacciones realizadas por los grupos multinacionales (MNE) que solo existen o se realizan en el marco de estos grupos. En este sentido, cabe advertir una importante flexibilización del principio de plena competencia, dado que su estricta aplicación a este tipo de operaciones podría conducir a su no reconocimiento en la medida en que tales estructuras y operaciones no existen o son «inusuales» en el contexto de las operaciones comerciales entre empresas independientes en el mercado. Así, la OCDE reconoce la validez y legitimidad de la singularidad propia de la organización y funcionamiento de los grupos multinacionales, sin que ello tenga consecuencias negativas en el terreno de la aplicación del principio de plena competencia.

Asimismo, la OCDE va todavía más lejos en este contexto reconociendo cómo las reglas del mundo globalizado y de competencia entre los distintos grupos no solo conducen a estos a adoptar modelos organizativos singulares sino a adoptar «geoestrategias» para organizar sus diferentes procesos empresariales (fabricación, distribución, marketing) buscando además el aprovechamiento de las diferentes «ventajas de localización» (*locational savings*) (v. gr. costes laborales, de energía, medioambientales, inmobiliarios, etc.) existentes en un mundo globalizado. A este respecto, resulta especialmente importante el pronunciamiento que hace la OCDE en relación con las «geoestrategias» de tipo impositivo, de suerte que en este informe se llega a afirmar que la reestructuración de los grupos MNE resulta admisible y válida desde la perspectiva de los precios de transferencia incluso cuando tenga como principal motivación el beneficiarse de las ventajas fiscales que proporciona el régimen fiscal que existe en un determinado país (de relocación) en relación con el que resulta aplicable en el país de residencia de la matriz (o de originaria localización de una actividad), siempre y cuando la actividad relocada se lleve a cabo efectivamente por la nueva entidad y esta esté dotada de los medios humanos y materiales adecuados (sustancia económica) ¹¹. De alguna forma, la OCDE reconoce una cierta superación del test antiabuso subjetivo basado en los motivos reemplazándolo por un test objetivo de realidad y sustancia económica en el contexto de la normativa de precios de transferencia (lo cual curiosamente coincide con la doctrina sobre medidas antiabuso adoptada por el TJCE en materia de impuestos directos).

Esta flexibilización del enfoque OCDE en relación con la aplicación del principio de plena competencia frente a los grupos MNE, a nuestro juicio, forma parte de un movimiento más amplio

¹¹ En este orden de cosas, E. KLEINBARD, director del *Joint Committee on Taxation* de EE.UU., ha criticado abiertamente el principio de plena competencia precisamente debido a que los datos de los últimos años revelan cómo las MNE localizan en países de baja tributación los activos y actividades más valiosos en términos de generación e imputación de rentas. A su juicio, las reglas actuales del principio de plena competencia se están configurando y articulando de forma incorrecta en los últimos años en buena medida debido a la flexibilización de las mismas en aras de tener en consideraciones elementos metajurídicos como la competencia internacional. Sin embargo, no llega a proponer un modelo alternativo (sistema formulario), sino que parece postular una reconfiguración de las reglas del principio de plena competencia (v. gr. reinstaurando la *commensurate with income rule*) y de los enfoques administrativos en su aplicación. *Id.* SHEPPARD, «Reflections on the Death of Transfer Pricing», *Tax Notes International*, vol. 51, n.º 12, 2008, págs. 970-971.

dirigido a facilitar la aplicación práctica del principio de plena competencia. Como se sabe, este principio ha sido objeto de numerosas críticas durante las últimas décadas que han puesto de relieve sus graves defectos técnicos (v. gr. su construcción sobre una premisa subjetiva y especulativa: cómo se comportan empresas independientes en el mercado), las diferencias que existen entre los modelos de negocio y organización de los grupos integrados y el de las empresas independientes, así como las enormes dificultades técnicas para aplicar en la práctica tal principio considerando los problemas para acceder a información comparable (fiable) y la falta de certidumbre y claridad en lo que se refiere a los detalles de la aplicación de la metodología OCDE de precios de transferencia ¹².

A mi juicio, la OCDE es consciente de esta problemática situación y de las tensiones que existen para reemplazar este principio de fiscalidad internacional por otros mecanismos (v. gr. sistema formulario), de forma que podría estar tratando de superar estas críticas por la vía de flexibilizar la aplicación de este principio y clarificar el alcance de las cuestiones que resultan más oscuras o indefinidas en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia ¹³. En este orden de cosas, cabe observar cómo en el año 2006 la OCDE hizo público su informe (borrador) sobre *Comparabilidad* ¹⁴, y en el mismo año 2008 su informe (borrador) sobre los *Métodos transaccionales de beneficios (transactional profit methods)*, de suerte que en ambos casos la OCDE aporta mayor flexibilidad y clarifica aspectos prácticos para la aplicación del principio de plena competencia. El informe (borrador) sobre *Transfer Pricing Aspects of Business Restructuring* (2008) constituye otro eslabón de esta cadena dirigida a

¹² Hay autores que consideran que la articulación del principio de plena competencia a nivel internacional ha traído consigo el resultado contrario, a saber, un incremento de la inseguridad jurídica para los contribuyentes y una maximización de las posibilidades de abuso o evasión fiscal (vid., por todos, AVI-YONAH, «The rise and fall of arm's length: a study in the evolution of US International taxation», *Virginia Tax Review*, vol. 15, Summer 1995, pág. 89 y ss.). ROSENBLUM, desde una perspectiva parcialmente distinta, ha señalado los problemas prácticos que plantea la aplicación de un principio que pivota sobre un *hypothetical and speculative test* —cómo actuarían las partes si no estuvieran vinculadas— que no está perfectamente definido en términos no ambiguos u objetivos, lo cual permite visiones asimétricas y dispersas sobre el concreto alcance de tal principio en una concreta operación (ROSENBLUM, «Banes of an Income Tax: legal fictions, elections, hypothetical determinations, and related-party debt», *Tax Notes International*, December 2003, págs. 995-996). Existen varios estudios empíricos realizados durante los años 90 que enfatizan la gran falla existente entre los presupuestos teóricos derivados del principio de plena competencia y la práctica desarrollada por las multinacionales (Vid. ELLIOTT/EMMANUEL, «International Transfer Pricing», en *The International Taxation System*, Kluwer, Boston, 2002, pág. 158, y la bibliografía allí citada). Otros autores se han ocupado de destacar la inadecuación del principio de plena competencia con los modelos económicos que explican el funcionamiento de las multinacionales; en concreto, se ha destacado cómo tal principio responde a un entendimiento neoclásico de las multinacionales con arreglo al cual apenas existían diferencias entre las operaciones o contratos entre partes independientes en el mercado y operaciones intragrupo; así, el principio de plena competencia se desarrolló a nivel OCDE en los años 60 y 70 cuando preveía la teoría neoclásica sobre los grupos empresariales y apenas se había desarrollado la teoría de los costes económicos de transacción (*transaction costs economics view*); esta teoría explica cómo debido a tales costes de transacción algunas operaciones son coordinadas eficientemente dentro del grupo, mientras que otras son coordinadas externamente (mercado), especialmente allí donde los costes de transacción derivados de la realización de la operación en el mercado son comparativamente más bajos que coordinar la operación a nivel interno (cfr., BREM, «A new approach to transfer pricing for Multinational Corporations», *Tax Notes International*, vol. 33, n.º 11, 2004, pág. 1.005 y ss.).

¹³ Parecido enfoque y conclusiones resultan del último informe del US Department of the Treasury, *Report to the Congress on Earnings Stripping, Transfer Pricing, and US Income Tax Treaties*, November, 2007. Vid. MARUCA/FERNIA, «Treasury Report on International Tax Issues: Staying the course on efforts to curtail tax base erosion», *International Transfer Pricing Journal*, March/April, 2008, pág. 109 y ss.

¹⁴ Sobre la cuestión de la comparabilidad es de obligada cita el trabajo de PÉREZ RODILLA/HUIDOBRO ARREBA, «Análisis de comparabilidad y la utilización de las bases de datos en la determinación de los precios de transferencia», en *Manual de Fiscalidad Internacional*, vol. II, IEF, Madrid, 2007, pág. 1.147 y ss. Vid. también TRAPE VILADOMAT, «Empresas Asociadas» en CARMONA FERNÁNDEZ (Coord.), *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, Ciss, Valencia, 2008, pág. 195 y ss.

facilitar y flexibilizar la aplicación práctica del principio de plena competencia, aportando importantes directrices interpretativas y excluyendo determinados enfoques administrativos que podrían conducir a un *big crash* donde una determinada aplicación del principio de plena competencia colisionaría con los modelos de negocio y organizativos actuales de los grupos MNE.

2. EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DE LAS CUATRO NOTAS RECOGIDAS EN EL INFORME OCDE SOBRE *PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES*

No hace falta insistir en la importancia que posee este informe tanto para las administraciones tributarias como para los contribuyentes (especialmente, los grupos de empresas que realizan operaciones transfronterizas), en un contexto como el actual de intensa globalización económica. Así, muchas de las consideraciones vertidas en este informe OCDE se proyectan o son de aplicación a cualquier grupo que haya realizado o pretenda llevar a cabo una serie de operaciones de reestructuración empresarial, a saber: la creación de una central de compras, la centralización de la gestión y explotación de propiedad intelectual en una entidad extranjera, o cambios sustantivos en el modelo de fabricación o distribución de los productos.

A través de las páginas siguientes se trata de sintetizar a grandes rasgos las principales aportaciones de la OCDE en relación con las cuatro notas en las que está subdividido el informe. Ni que decir tiene que esta síntesis no abarca el conjunto de cuestiones abordadas en el informe, ni los múltiples matices que se recogen en el mismo, de forma que la lectura del mismo resulta necesaria para analizar en profundidad esta materia.

2.1. Observaciones en relación con la Nota 1: *Risk allocation in relation to business restructuring.*

En este contexto, la OCDE pone de relieve cómo, como regla, la «imputación/asignación de riesgos» en materia de precios de transferencia afecta de lleno a la metodología, a la comparabilidad y con ello al precio de transferencia, de suerte que a mayor riesgo imputado cabe esperar un mayor retorno o rentabilidad.

En esta línea, se señala que las operaciones de reestructuración empresarial pueden conllevar un cambio en la asignación de riesgos en las operaciones vinculadas que, desde el punto de vista de la aplicación de los precios de transferencia, se reflejaría en dos momentos, a saber: a) Si tal cambio de asignación de riesgos derivado de la reestructuración requiere una remuneración o compensación en sí mismo, de acuerdo con el principio de plena competencia; y b) Si tras la reestructuración, tal cambio de asignación de riesgos afecta a la remuneración o precios y metodología establecida en relación con las operaciones vinculadas que se realicen tras la reestructuración. Es decir, si la reestructuración ha traído un cambio en la asignación de riesgos que requiere reevaluar los precios de transferencia, la metodología y la comparabilidad empleada con anterioridad a la reestructuración.

En materia de asignación de riesgos, la OCDE insiste en que esta debe hacerse a partir de un análisis fundamentalmente contractual, de suerte que el contrato es el principal medio de asignación de riesgos. Tal afirmación es importante y de hecho no es infrecuente que las operaciones intragrupo no estén contractualizadas o no contengan una perfilada asignación de riesgos.

La OCDE continúa indicando que la asignación de riesgos por vía contractual debe ser consistente con la conducta de los contribuyentes y además para que exista tal consistencia estos deben estar dotados de la suficiente sustancia económica (medios humanos y materiales) como para asumir en la práctica el riesgo que se les ha asignado. En particular, se indica que no podría defenderse que una entidad ha asumido el riesgo sobre una mercancía cuando esta no luce o está registrada en su balance mercantil, ni tampoco tal entidad tiene a su disposición medios dirigidos a prever contingencias sobre tal mercancía (seguros), o la capacidad financiera para soportar el riesgo (soportar los costes de la gestión del riesgo y de su realización), etc., esto es, cuando no tiene «control» sobre el riesgo asumido/imputado.

La consecuencia de una incorrecta asignación de riesgos es que las administraciones tributarias pueden realizar ya un ajuste de la comparabilidad o un ajuste no reconociendo la asignación del riesgo, lo cual en ambos casos puede tener efectos respecto del precio de transferencia fijado (menor riesgo menor retorno de beneficios). En este contexto se pone un ejemplo de interés; así, se considera la situación de la asignación del riesgo de inventario o de obsolescencia de producto (cláusula de *re-purchase* o *buyback*) en el sentido de que el fabricante (matriz) asume tal riesgo respecto de sus filiales distribuidoras, que devuelven el producto no vendido, de suerte que no existe evidencia de que ello acontezca así en relación con los comparables seleccionados.

En suma, la asignación de riesgos constituye un elemento de gran relevancia para la fijación de precios de transferencia, aplicación de la metodología y la selección de comparables, de suerte que tal asignación debe hacerse contractualmente y materialmente (forma jurídica + sustancia económica) y tener lógica económica (lo cual evita que no se reconozca la asignación de riesgos por parte de la administración tributaria).

Es cierto, sin embargo, que el peso específico que tiene el elemento del riesgo depende en gran medida de la importancia económica de tal riesgo en la transacción (v. gr. es importante el riesgo de inventario en la distribución de mercancías) y también dependiendo de la metodología, de suerte que en el marco de métodos como el *Cost-Plus* o el TNMM este elemento tiene menor relevancia. La OCDE en este sentido parece indicar que la naturaleza del negocio debe influenciar la selección del método, de manera que este se ajuste al perfil de riesgo del negocio. Este posicionamiento ha sido criticado por algunos comentaristas que entienden que la OCDE estaría diluyendo todo lo indicado previamente sobre la función de los contratos como elemento de asignación de riesgos¹⁵. A su vez, se observa que la OCDE no estaría distinguiendo entre el mecanismo para fijar el precio (el cual puede incluir una cláusula contractual que afecte a la asignación del riesgo) del método para comprobar si el precio acordado es consistente con el principio de plena competencia (método que debe tener en cuenta el riesgo real asignado a cada parte).

¹⁵ Así, se afirma que un contrato especificando que las mercancías se venderán a un precio basado en los costes del fabricante sumando un margen de beneficio, por naturaleza, articula una diferente asignación contractual de riesgos que un contrato que especifica que el precio se basará en un porcentaje del precio de reventa del distribuidor (BLOUGH/COPE, «Review of the OECD's Draft Report On Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings», KPMG, October 10, 2008, págs. 3-4).

2.2. Observaciones sobre la Nota 2: *Arm's length compensation for the restructuring itself*.

En esta nota se aborda la cuestión relativa a los casos donde se entiende que la reestructuración requiere una compensación a una de las partes de acuerdo con el principio de plena competencia. Lógicamente, esta cuestión es distinta a la de la aplicación del principio de plena competencia en las operaciones vinculadas que existan entre las partes tras la reestructuración, aunque la OCDE reconoce en esta nota y en la n.º 3 que puede existir cierta interrelación entre ambas cuestiones, esto es, un cierto *trade-off* en el sentido de que las operaciones posteriores pueden canalizar una compensación de los efectos derivados de la reestructuración para una de las partes (v. gr. un menor precio de la mercancía al distribuidor convertido en comisionista).

Esta nota, por tanto, aborda la cuestión de los cambios en las funciones, riesgos y activos que resultan de una reestructuración empresarial o de la terminación de una relación contractual, y si tales cambios generan una remuneración, compensación o indemnización a una de las partes de acuerdo con el principio de plena competencia. Esto es, si empresas independientes en el mercado se compensarían por acometer tales cambios o terminación contractual.

La OCDE comienza indicando que el punto de partida es determinar la situación pre-reestructuración y analizar qué derechos y obligaciones le correspondían a la parte que sufre la reestructuración. Tal análisis debe realizarse considerando no solo el contrato en el caso de que existiera, sino también si de la duración de las relaciones cabría deducir un acuerdo de larga duración en el que una de las partes desarrollaría el mercado (sin recibir remuneración específica) sobre la base de un acuerdo implícito que le garantizara su estabilidad en la relación y estructura operativa-funcional articulada por las dos partes (v. gr. un distribuidor hace un esfuerzo de marketing y de desarrollo del mercado pensando en la rentabilidad de tal esfuerzo a medio/largo plazo). En todo caso, el análisis de la situación pre-reestructuración pasa por considerar una situación de mercado.

Asimismo, la OCDE acepta que las reestructuraciones de los grupos MNE se realizan por un conjunto de razones empresariales, como obtener mayores sinergias, economías de escala, control de las actividades, centralización, eficiencia en los procesos, modelo de negocio, o simplemente obtener *locational savings* (coste de mano de obra, productos, servicios, impositivos, etc.), lo cual resulta aceptable siempre que la reestructuración se lleve a cabo en la práctica con los adecuados niveles de sustancia económica. En este sentido, la OCDE considera válido a efectos de precios de transferencia la reestructuración, siempre que se fundamente su lógica económica-empresarial. Se reconoce a su vez que tal reestructuración no necesariamente debe traer consigo una mayor rentabilidad o beneficios a través de la nueva estructura, ya que en muchos casos lo que se obtiene y persigue es una mayor competitividad o conservar la alcanzada. Esta afirmación impediría un análisis a posteriori de una reestructuración que conduzca a su cuestionamiento por las administraciones tributarias, al no obtenerse un mayor beneficio empresarial (por ejemplo, en términos de EBIT). A su vez, tal posicionamiento permite mantener que determinadas reestructuraciones generan mayores costes para la matriz de un grupo, en lugar de reducirlos. Así, en el caso de la creación de una central de compras puede acontecer que esta conlleve un mayor coste de las mercancías para las filiales del grupo, pero tal estructura podría estar fundamentada en el mayor control del grupo sobre el aprovisionamiento y particularmente sobre los proveedores y las condiciones en que se fabrican las mercancías, lo cual es estratégico para el grupo en términos de imagen y competitividad.

El análisis de la fundamentación de la reestructuración es, asimismo, útil para determinar qué entidad o entidades se benefician de la misma (o el propio grupo puede ser el beneficiado) y cuáles resultan afectadas negativamente. Tanto este análisis, como el contractual constituyen las bases para determinar si se requiere una remuneración o compensación a la entidad reestructurada desde la perspectiva de los precios de transferencia.

Ciertamente, este es uno de los supuestos en los que se hacen más evidentes las grandes diferencias entre una situación entre partes independientes y una situación de grupo, ya que en la primera normalmente (o en un cierto número de casos) –aunque no en todos– las entidades independientes tienen opciones a su alcance frente a una reestructuración empresarial o del modelo de negocio de una empresa que tenga relaciones con ellas, en tanto que en un grupo empresarial integrado tales opciones en muchas ocasiones no existen ¹⁶. En este sentido, lo que propone la OCDE es considerar si una entidad independiente aceptaría la reestructuración o por el contrario terminaría la relación comercial, o reclamaría una compensación a tanto alzado por la reestructuración o bien una compensación en las operaciones posteriores a la reestructuración. Sin duda, es aquí donde el carácter hipotético y especulativo del principio de plena competencia alcanza una de sus cimas, con todo lo que ello conlleva de subjetividad, indeterminación e inseguridad jurídica. En esta línea de pensamiento, podría afirmarse que la metodología OCDE de precios de transferencia tendría aquí uno de sus *loopholes*, dado que en este contexto es difícil encontrar un método de valoración que resulte adecuado y también un «comparable», salvo en determinados supuestos.

En aras de clarificar esta cuestión, la OCDE hace algunas observaciones de interés. Así, por un lado, indica que el hecho de que la reestructuración altere las funciones, riesgos y activos de la parte afectada ciertamente tiene incidencia en la política de precios de transferencia. No obstante, el hecho de que tal reestructuración conlleve un menor potencial de beneficios para la entidad afectada, en principio, no requeriría una remuneración o compensación de acuerdo con el principio de plena competencia. Tal remuneración o compensación dependerá de los derechos que ostente tal entidad sobre un activo (antes de la reestructuración) y de la capacidad de generación de beneficios del mismo para la entidad que lo posee, de suerte que si la reestructuración conlleva una transferencia de tal activo a otra entidad del grupo posiblemente ello requiera una compensación de mercado. El mismo razonamiento debería aplicarse cuando se transfiere un riesgo o una actividad potencialmente generadora de pérdidas ¹⁷. La OCDE también considera la influencia del elemento del riesgo en la reestructuración, de suerte que si la reestructuración conlleva un menor riesgo (y una mayor estabilidad de su menor beneficio) para la entidad reestructurada podría no requerirse una compensación si se acuerda una relación más estable entre las partes (transformación de un *full-fledged manufacturer* en un *contract manufacturer*).

¹⁶ Es cierto que en determinadas ocasiones una entidad vinculada posee opciones a su alcance a la hora de tomar parte en una reorganización del grupo. No obstante, ello depende del grado de integración y centralización del grupo y sus procesos empresariales, así como del grado de control de la matriz en relación con las entidades del grupo. En el fondo, la cuestión clave es qué opción relativa a tomar parte en la reestructuración sea una opción razonable en términos empresariales.

¹⁷ En este orden de cosas, los comentaristas han enfatizado la siguiente afirmación de la OCDE: «The profit/loss potential is not an asset, but a potential which is carried out by some rights or other assets. The arm's length principle does not require compensation for loss of profit/loss potential per se» (para. 64 del informe OCDE 2008). Tal interpretación es consistente con la sentencia de la *Tax Court* de EE.UU. en el caso *Hospital Corp. Of America v. Comm'r* [81 TC 520 (1983), nonacq., 1987-2 CB. 1], en la cual se estableció que la oportunidad de concluir un contrato no constituye «propiedad» a los efectos de la sección 367(d) IRC. *Vid.* BLOUGH/COPE, «Review of the OECD's Draft Report On Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings», op cit. pág. 5.

En todo caso, la remuneración por la transferencia de derechos o activos debe considerar la posición de las dos partes y atender a los siguientes factores: a) Las opciones realmente disponibles para las dos partes; b) Los beneficios esperados para las dos partes tras la reestructuración; y c) La compensación que es requerida para remunerar al transmitente por el lucro cesante asociado a los activos o derechos transferidos.

Una recomendación que late en esta nota es la de articular *exit clauses* en los contratos entre entidades vinculadas, en las que se contemple un escenario de reestructuración, de cese en la transacción o de cambios sustantivos, adoptándose la debida compensación o su no procedencia transcurrido un determinado plazo.

En este orden de cosas, la OCDE plantea varios supuestos de reestructuración en los que se transfiere: a) Un activo tangible, b) Un activo intangible (marcas, derechos contractuales) y c) Una actividad (*ongoing concern*).

a) Transmisión de un activo tangible.

En relación con las transmisiones (y cesiones) de activos tangibles, se considera que debe remunerarse a la entidad que los tiene en su balance considerando las funciones desempeñadas y riesgos incurridos en relación con los mismos. La OCDE plantea la aplicación de tres posibilidades o enfoques: a) El método del precio libre comparable para materiales sin procesar y productos terminados; b) El precio de venta al público minorado por la remuneración de mercado que correspondería a las actividades de marketing y distribución de productos terminados que todavía no se han realizado y tienen que llevarse a cabo por el adquirente de tales productos; y c) El método del coste incrementado en relación con productos en fase de fabricación.

b) Transmisión de un activo intangible.

En relación con la transmisión (y cesión) de activos intangibles, la OCDE, además de reiterar los comentarios generales expuestos anteriormente, llama la atención sobre la mayor complejidad de su valoración, dado que, por un lado, muchos intangibles no están registrados ni contabilizados (*know-how*, listas de proveedores y clientes, símbolos, canales de distribución, etc.), y, por otro, los métodos para estimar su valor en un momento determinado se basan en proyecciones estimativas de flujos de caja que con posterioridad pueden no concretarse o desviarse de la proyección de forma significativa.

Con todo, la OCDE hace algunas consideraciones sobre las cuestiones que deben tenerse en cuenta en la valoración: (la naturaleza del intangible, la posición del transmitente y adquirente, los riesgos transferidos, la duración de la cesión, las limitaciones y condiciones para la explotación del intangible, su protección legal, etc. Nótese que esta metodología no encaja en ninguno de los cinco métodos transaccionales. No obstante, entendemos que tanto las Directrices OCDE de Precios de Transferencia como el informe OCDE 2008 sobre los *Métodos transaccionales de beneficios (transactional profit methods)* reconocen la validez de esta otra metodología, siempre y cuando se obtengan resultados consistentes con el principio de plena competencia¹⁸. Tal consideración resulta de

¹⁸ A este respecto, téngase en cuenta que, por ejemplo, un análisis de descuento de flujos de caja se viene considerando por la OCDE como un método que produce resultados compatibles con el principio de plena competencia a efectos de valorar la

gran importancia si, además, se conecta con la nueva doctrina OCDE sobre el principio del no reconocimiento (véase la nota 4 del informe OCDE 2008), en la medida que ello validaría la metodología empleada por muchos grupos MNE para relocalizar actividades de valor añadido (y potencial generador de rentas) a países o jurisdicciones de baja tributación.

Ahora bien, la OCDE cuestiona estas operaciones de reestructuración empresarial con transmisión (o cesión) de intangibles, allí donde el transmitente (o cedente) que desarrolló el intangible pasa de una posición de licenciante a licenciataria, en la medida en que tal reestructuración no tiene lógica económica evidente o puede ser dudosa. En particular, considera que en estos casos debe fundamentarse la operación y examinarse las funciones y riesgos a desempeñar por el transmitente y adquirente del intangible; es decir, la transferencia de activos a una entidad del grupo que los gestiona centralizadamente debe ser genuina y no artificiosa (lo cual se evidencia a través de un análisis funcional y de sustancia económica). También se considera necesario que en el marco de la transferencia se negocie el régimen de uso del intangible por parte del transmitente (o cedente) tras la reestructuración, lo cual resulta razonable.

Tanto aquí como en la nota 4, que aborda el «no-reconocimiento» (*disregard*) de algunas operaciones y estructuras de MNE –particularmente las cesiones de marcas e intangibles–, se insiste en que el «reconocimiento» de la transmisión o cesión del intangible pasa porque el adquirente esté dotado de una sustancia económica adecuada para mantener, desarrollar y explotar el intangible de forma autónoma y sin contribución relevante por parte del transmitente del activo intangible.

En relación con la valoración del intangible, se considera que cuando la valoración se realizó de buena fe y con la información disponible en el momento de la transacción, tal precio-valoración no debe ser ajustado cuando las estimaciones de beneficios o pérdidas se desvíen de las realmente obtenidas con su explotación. No obstante, la OCDE considera que cuando la valoración del intangible es incierta el contrato de cesión debería contemplar un mecanismo de ajuste del precio o de renegociación de las condiciones de explotación y cesión del intangible que permita eliminar sustanciales diferencias entre la valoración y los resultados de la explotación, de suerte que de otro modo la administración tributaria podría ajustar el precio ¹⁹. En todo caso, se insiste en que las administraciones eviten un enfoque de

renta imputable en la transmisión o cesión de activos intangibles (v. gr. marcas). Véase en este sentido las Directrices OCDE de Precios de Transferencia, párrafos 1.68 y 6.20 y el informe OCDE, *Transactional Profit Methods*, OECD, París, 2008, párrafos 83 y 246-247. El hecho de que la actual normativa española del IS (art. 16 TRLIS) no contemple expresamente esta metodología específica no debería obstaculizar o restringir su aplicación, según la OCDE, allí donde se demuestre que su empleo produce resultados consistentes con el principio de plena competencia (que es lo que en último término exige el apartado 1 del art. 16 TRLIS). Asimismo, en el marco de una operación transfronteriza el artículo 9 de los CDI aportaría otro fundamento para el empleo de tal metodología, dado que tal precepto establece un marco jurídico específico que pivota sobre las Directrices OCDE de Precios de Transferencia. Ciertamente, el hecho de que el artículo 16 del TRLIS no contemple esta metodología resulta llamativo, pero no debe perderse de vista que, por un lado, tal precepto debe interpretarse a la luz de las Directrices OCDE y estas permiten la aplicación de esta «otra metodología», y por otro, que la propia normativa de desarrollo del artículo 16 del TRLIS posibilita la aplicación de otros sistemas de valoración –por ejemplo, la aplicación de los medios previstos en el art. 57.1 de la LGT en relación con la valoración de inmuebles– a través de otros medios que no coinciden plenamente con los métodos OCDE recogidos en las Directrices OCDE o en el propio artículo 16 del TRLIS. En último análisis, la metodología de descuento de flujos de caja puede operar en este contexto como un mecanismo para determinar un «precio libre comparable» y, por tanto, estaría cubierto por el artículo 16 del TRLIS.

¹⁹ Tal posicionamiento ha sido criticado al considerarse que entre partes independientes no se articularían necesariamente cláusulas de este tipo, sino que en muchos casos el interés de las dos partes puede residir precisamente en no revisar el precio pagado allí donde la rentabilidad real del activo transferido difiere de la estimada. *Vid.* BLOUGH/COPE, «Review of the OECD's Draft Report On Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings», *op. cit.* pág. 7.

hindsight a la hora de comprobar a posteriori la valoración del intangible realizada años atrás considerando los beneficios obtenidos con posterioridad a través de la explotación de tales intangibles. No obstante, cabe destacar que en algunos países, como Alemania, tal enfoque de *hindsight* es el que está prevaleciendo [véase el para. 1(3) sent.11 y 12 ff. AStG tras la reforma de 2008].

A nuestro entender, las consideraciones realizadas sobre la transmisión o cesión de activos intangibles –particularmente, las referidas sobre su metodología de valoración y condiciones contractuales de la cesión o transmisión y de explotación– resultan de gran importancia y, en general, razonables. No obstante, se echa en falta algún pronunciamiento de la OCDE en relación con los cada día más frecuentes enfoques adoptados por algunos países (como Alemania, Portugal o México) que excluyen la deducibilidad del pago de cánones por cesiones de intangibles allí donde superan un determinado umbral objetivo y general (v. gr. un 5% sobre ventas, o un porcentaje del beneficio operativo)²⁰. Es cierto que la OCDE ha criticado los *safe harbors* por considerar que no se ajustan al principio de plena competencia, sin embargo no ha incidido sobre este tipo de enfoques administrativos (*thumb rules*) que tampoco pueden considerarse consistentes con el principio de plena competencia y con todos los principios OCDE sobre valoración y explotación de intangibles.

c) Transmisión de una actividad (ongoing concern value/goodwill).

Las reestructuraciones empresariales en algunos casos conciernen a la transmisión de una rama de actividad o función de una entidad, de manera que puede transferirse un conjunto de activos que van desde personal, pasando por fondo de comercio, activos materiales, listas de proveedores y clientes, etc., así como los riesgos asociados a tal actividad (riesgos financieros). Se considera que la valoración aislada de cada uno de estos activos puede no resultar adecuada, de forma que resulta más apropiado aplicar la metodología valorativa que utilizan partes independientes cuando transmiten negocios en marcha o ramas de actividad. Tal afirmación no deja de resultar llamativa al suponer de alguna forma un reconocimiento del déficit de la metodología OCDE de precios de transferencia para valorar ciertas operaciones vinculadas; lo mismo acontece en el marco de la valoración de los intangibles, como ya tuvimos ocasión de observar *supra*. La OCDE no adopta una posición concluyente, salvo a la hora de indicar que en estos casos de transmisión de una actividad hay que computar el *goodwill* asociado intrínsecamente al negocio y su capacidad de generación de beneficios/pérdidas²¹.

El ejemplo que pone la OCDE sobre este tema resulta interesante. En concreto, se refiere a un caso donde una entidad del grupo M1 realiza la actividad de fabricación, de suerte que tal actividad es relocalizada en otra entidad del grupo M2 transfiriendo activos tangibles, intangibles y un cierto número de personal que es transferido a M2 para asistir a esta en el comienzo de la realización de la actividad. La OCDE considera que la transmisión de este paquete de activos no debe valorarse considerando los

²⁰ Por ejemplo, en Alemania la administración tributaria alemana opera siguiendo la denominada «*Knoppe formula*» de acuerdo con la cual se autoriza a la inspección fiscal a excluir la deducibilidad de los cánones en exceso de un cuarto a un tercio del beneficio operativo del licenciataria de la propiedad intelectual o industrial. Así, de acuerdo con esta regla estimada la deducibilidad de los cánones se excluye, a pesar de que estén fundamentados en comparables locales. A su vez, el exceso de cánones satisfecho se recalifica como dividendos constructivos o encubiertos.

²¹ Un planteamiento más extremo es el adoptado recientemente en Alemania donde la transferencia de funciones se grava considerando la reducción agregada en el valor del negocio del transferente y el incremento agregado en el valor del negocio del adquirente.

elementos aislados sino que la remuneración de mercado debe determinarse por aplicación de técnicas de valoración que utilizan empresas independientes cuando transmiten una rama de actividad.

La OCDE también aborda las reestructuraciones de actividades generadoras de pérdidas, y los casos donde una función realizada por una entidad del grupo es objeto de subcontratación o *outsourcing* de manera que los costes derivados de la reestructuración se compensan con el ahorro derivado del *outsourcing* (no se requiere remuneración por la reestructuración).

Finalmente, la OCDE se refiere a los casos donde procedería una indemnización a la parte reestructurada por los perjuicios derivados de la reestructuración, a saber: la depreciación de activos tangibles, terminación de contratos de trabajo, costes de reconversión, y la pérdida potencial de beneficios. La cuestión clave radica en determinar si dos empresas no vinculadas pactarían o no una indemnización por tales perjuicios. Tal cuestión dependerá de los hechos y de los derechos contractuales (y extracontractuales) de la parte afectada en el momento de la reestructuración. Tal indemnización o compensación puede consistir en un pago a tanto alzado en el momento de la reestructuración, en compartir los costes de la reestructuración, en un menor precio de las mercancías o de los servicios con posterioridad a la reestructuración, o en cualquier otra.

La OCDE considera, no obstante, que no toda terminación contractual o renegociación sustancial de las condiciones debe conllevar *per se* una compensación de acuerdo con el principio de plena competencia. En particular, considera que tal cuestión debe analizarse considerando cuatro factores, a saber:

- Si el acuerdo que es terminado, no renovado o sustancialmente renegociado está formalizado por escrito y prevé una cláusula de indemnización.
- Si los términos del contrato y la posible existencia o inexistencia de una cláusula de indemnización u otro tipo de garantía se ajustan al principio de plena competencia.
- Si los derechos de indemnización resultan de la legislación mercantil o de la jurisprudencia.
- Si negociando en condiciones de mercado la otra parte hubiera indemnizado a la que soporta la terminación o renegociación del acuerdo.

2.3. Observaciones sobre la Nota 3: *The application of the arm's length principle and the TP Guidelines to post-restructuring arrangements.*

Esta tercera nota aborda la cuestión de la aplicación del principio de plena competencia a las operaciones realizadas tras la reestructuración. La OCDE clarifica que la teoría general recogida en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia se aplica igualmente a las operaciones realizadas tras la reestructuración, aunque advierte sobre el proceso de flexibilización del uso de los métodos transaccionales de beneficios ²².

²² Véase el informe OCDE, *Discussion Draft on Transactional Profit Methods*, 2008. No obstante, algunos autores consideran que la OCDE se ha acercado a la regla americana del *best method* cuando requiere que se seleccione el método que aporte la medida más fiable de un resultado de plena concurrencia de acuerdo con los hechos y circunstancias de la opera-

No obstante, la OCDE pone de relieve que, como consecuencia del cambio de funciones o en la asignación de riesgos (o transmisión o cesión de activos), puede acontecer que las partes vinculadas ya no se encuentren en la misma situación y, por tanto, ni la metodología pre-reestructuración, ni los comparables sean ya válidos. Es decir, como quiera que el *full-fledged distributor* ha podido pasar a ser un mero agente o comisionista, lógicamente la metodología para la fijación de los precios tras la reestructuración puede no ser la misma. Ahora bien, la OCDE hace algunas advertencias en el sentido de que en este tipo de escenarios un cambio de metodología puede no resultar aceptable. Así, en el ejemplo anterior se considera que podría no resultar correcto pasar de remunerar una función de distribución minorista a través de un método como el *Resale-minus* o *TNMM-resale* a remunerar la misma función (pero con menores riesgos) a través de un método basado en costes (*Cost-plus/Cost-Plus TNMM*) argumentando que ahora se presta un servicio.

En este sentido, la OCDE podría estar realizando una advertencia dirigida a evitar el «abuso» de los métodos de determinación de los precios de transferencia por parte de los contribuyentes, sin llegar a desarrollar esta cuestión ²³. Algunos comentaristas han criticado este enfoque de la OCDE al entender que confunde la forma de fijación del precio (por ejemplo, una remuneración de un comisionista basada en el 2% de las ventas) con el test que demuestra que tal fijación de precios es acorde con el principio de plena competencia [v. gr. utilizando el método del precio de libre comparable o un método basado en los costes: comparando la ratio de comisiones recibidas con los costes, y el ratio del margen bruto sobre costes de determinados distribuidores (*Berry ratio*)]. En este sentido, la OCDE parece posicionarse en contra de este tipo de enfoques (*set/test price approach*) en los que se trata de demostrar (*test*) a través de una ratio de costes que el precio fijado (*set*) es de mercado ²⁴.

A su vez, la OCDE considera que resulta admisible que en el marco de la reestructuración se haya acordado una compensación a la entidad afectada, de forma que tal compensación se articule a través de un menor precio en los bienes o servicios suministrados por otra parte del grupo. No obstante, advierte que tal compensación debe estar debidamente justificada y fundamentada ya que existe un riesgo de que no se acepte por las autoridades fiscales.

ción, sin que exista una estricta prioridad entre los distintos métodos (BLOUGH/COPE, «Review of the OECD's Draft Report On Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings», *op. cit.* pág. 10). A nuestro juicio, tal afirmación no puede compartirse sin matices, toda vez que la regla del *best method* americana exige una prueba efectiva de que el método elegido es el que proporciona un resultado más consistente en relación con el principio de plena competencia, lo cual obliga a mostrar los resultados de la aplicación de los otros métodos.

²³ Nótese que los contribuyentes ostentan un margen de maniobra importante a la hora de seleccionar el método de determinación de precios de transferencia que más se ajuste a sus circunstancias, de suerte que la administración no puede cuestionar tal selección, salvo cuando esta fuera manifiestamente incorrecta o infundada. Véanse los párrafos 1.36 y 1.69 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia. Tal conclusión debe ser matizada en relación con los países, como EE.UU., que han establecido una regla de *best method*. Tal regla ha sido criticada por imponer una pesada carga a los contribuyentes además de generar un indeseable nivel de inseguridad jurídica; en este sentido, se considera preferible permitir a los contribuyentes seleccionar el método que se ajuste mejor a su realidad empresarial, siempre y cuando la utilización del mismo sea razonable y esté fundamentada técnicamente (v. gr. a través de comparables adecuados). *Vid.* HAMAEEKERS, «Arm's Length-How Long? en *International and Comparative Taxation*, Kluwer, The Hage, 2002, pág. 46; y ULHÖA CANTO, «US and Brazilian Approaches to Transfer Pricing: the Best Method Rule», *Tax Notes International*, vol. 52, n.º 2, 2008, pág. 119 y ss.

²⁴ BLOUGH/COPE, «Review of the OECD's Draft Report On Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings», *op. cit.* pág. 12.

Otra de las cuestiones sobre las que llama la atención la OCDE es sobre el potencial uso del método de la distribución del resultado (*profit split*) en el marco de operaciones post-reestructuración empresarial. A este respecto, se observa cómo en este contexto pueden surgir importantes discrepancias entre la Administración tributaria y los contribuyentes en torno al análisis de comparabilidad y la elección del método empleado para determinar los precios de transferencia tras la reestructuración, toda vez que ello requiere considerar la situación (funciones, riesgos y activos) antes y después de la reestructuración, lo cual puede ser complejo ²⁵. Así, puede ocurrir que las autoridades fiscales consideren que incluso en el marco de una reestructuración donde una entidad ha sido privada de buena parte de sus funciones (mero distribuidor sin riesgo) tal entidad desarrolla funciones estratégicas (*non-benchmarkable strategic functions*) cuya valoración no se ha tenido en cuenta a la hora de realizar la reestructuración y fijar la política de precios de transferencia posterior. En este contexto, la OCDE considera que el método de división del resultado o beneficio puede constituir un mecanismo para resolver estos problemas ²⁶.

En esta misma nota, se aborda la situación en la que tras la reestructuración fundamentada por la sinergia, economías de escala, eficiencia económica, control de los procesos, *locational savings*, etc., se crea una entidad del grupo que realiza una función centralizada (v. gr. aprovisionamiento) para todas las empresas del grupo, de suerte que como consecuencia de tal reestructuración y de la actividad de la nueva entidad, las entidades del grupo adquieren la mercancía de forma más cara que con anterioridad a la reestructuración o incluso si la adquirieran a entidades independientes.

En concreto, la OCDE pone el ejemplo de una «central de compras» (*central purchasing function*) que adquiere la mercancía y la vende a las entidades fabricantes del grupo empleando una metodología ortodoxa como el método del precio libre comparable (*CUP*) o el Coste Incrementado (*Cost-Plus*). La cuestión que surge es si esta situación es correcta desde una perspectiva del principio de plena competencia, especialmente en casos donde las entidades adquirentes ven encarecido sustancialmente el precio de sus mercancías. La OCDE no da una respuesta contundente a esta cuestión, considerando que depende de las circunstancias del caso. En particular, considera que la aparente ineficiencia de la entidad de compras puede estar justificada por otros beneficios indirectos para tales entidades y para el grupo en general. No obstante, incluso en estos casos se plantearía la cuestión de por qué tales entidades y no la central de compras deben asumir ese sobreprecio de las mercancías. A mi juicio, sin embargo, tal mayor precio de las mercancías podría justificarse aquí por las funciones de valor añadido, y que no existían antes de la reestructuración. Ello acontece cuando tal entidad desempeña nuevas funciones conectadas con el aprovisionamiento que garantizan el propio aprovisionamiento en unos determinados tiempos (*just in time*), con un control de calidad, control de los proveedores y de responsabilidad social corporativa (RSC), así como un acceso más directo y presencia en el mercado de aprovisionamiento. Tales funciones dotan al aprovisionamiento de elementos distintivos respecto de la situación anterior, como de una posición donde los proveedores suministraran directamente la mercancía a la matriz o a las filiales del grupo, por lo que a mi juicio podría estar justificado.

²⁵ No obstante, un enfoque administrativo que basado en los beneficios obtenidos antes y después de la reestructuración, corrigiendo las diferencias funcionales y de riesgos, resultaría contrario al artículo 9 MC OCDE, en la medida en que supone realizar un ajuste tomando como fundamento los beneficios obtenidos en una operación vinculada. Id. BLOUGH/COPE, «Review of the OECD's Draft Report On Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings», *op. cit.* pág. 14.

²⁶ Con todo, se advierte de que tal posición de la OCDE puede conducir a un uso excesivamente amplio del concepto de *non-benchmarkable contribution*. Vid. BLOUGH/COPE, «Review of the OECD's Draft Report On Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings», *op. cit.* pág. 14.

Locational savings.

En esta misma línea, la OCDE plantea la cuestión de la asignación de las *locational savings*, en el sentido de que si una MNE relocaliza una de sus actividades en un país atractivo o competitivo desde el punto de vista de los costes de desarrollo de la actividad (v. gr. salariales, de la energía, inmobiliarios, etc.), de manera que tal relocalización de la actividad se lleva a cabo con el objeto de establecer una estructura desde la que desempeñar una función centralizada y, por tanto, una actividad para otros miembros del grupo (v. gr. venta de mercancías), resulta cuestionable que los ahorros derivados de tal ventaja de localización reviertan únicamente en tal entidad y no se compartan con las demás entidades del grupo. Razona la OCDE que en este tipo de situaciones las entidades vinculadas podrían comportarse como entidades independientes contratando directamente con empresas independientes situadas en tal localización ventajosa y así beneficiarse ellas mismas de las *locational savings*. Tal razonamiento de la OCDE, a la postre, tensiona la cuestión de la valoración de las operaciones entre la entidad localizada en el país de bajos costes con las entidades vinculadas. A su vez, debe tenerse en cuenta que en muchas ocasiones la articulación de una estructura desde la que desarrollar actividades intragrupo aporta una serie de elementos y ventajas competitivas para todas las entidades del grupo que no se logran contratando con entidades independientes, de manera que el enfoque de la OCDE debe tener en cuenta estas consideraciones.

2.4. Observaciones sobre la Nota 4: *Recognition of the Actual transaction or structure undertaken.*

2.4.1. Consideraciones previas en relación con el principio del «no reconocimiento» de las operaciones.

Ciertamente, esta nota es una de las más relevantes de este informe OCDE, en la medida en que aborda un tema complejo y controvertido cuyo tratamiento resulta muy oscuro en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (paras.1.36-1.41 de las Directrices OCDE PT).

Concretamente, el tema abordado es el del denominado principio de «no reconocimiento» (*disregard*) de las operaciones vinculadas o de la estructura adoptada por una MNE por parte de las administraciones tributarias.

Las Directrices OCDE de Precios de Transferencia establecen que en determinado tipo de circunstancias excepcionales las administraciones tributarias pueden «no reconocer» la operación vinculada o la estructura adoptada por una MNE tomando como base el artículo 9 MC OCDE. Y de hecho, algunas administraciones tributarias –entre la que se encuentra la española– han empleado este precepto y las Directrices OCDE de Precios de Transferencia para no reconocer una operación vinculada, a pesar de que su legislación interna de precios de transferencia solo contempla el ajuste valorativo. No existe consenso entre las administraciones tributarias en torno a la interpretación de estos pasajes de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia, y de hecho algunas entienden que basta que la operación o estructura solo tenga una motivación fiscal para que proceda el *disregard*.

2.4.2. El principio del «no reconocimiento» de las operaciones o estructura en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia.

La actual guía sobre la aplicación del principio del *disregard* prevista en los párrafos 1.36-1.41 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia puede resumirse en los siguientes puntos:

- La comprobación por parte de una administración tributaria de una operación vinculada debe estar basada en las operaciones realmente efectuadas por las empresas asociadas y de acuerdo con la forma en que aquellas la han estructurado, utilizando los *métodos* que los contribuyentes han aplicado siempre que estos sean coherentes con los métodos descritos en los Capítulos II y III de las Directrices OCDE.
- Las administraciones tributarias no deben ignorar las operaciones reales ni sustituirlas por otras, salvo en casos excepcionales. Así, la reestructuración de operaciones comerciales legítimas por parte de las administraciones tributarias –no reconociendo las operaciones o estructuras adoptadas por los contribuyentes– constituiría un ejercicio totalmente arbitrario que resultaría injusto al poder generar doble imposición cuando la otra administración tributaria no comparta el mismo punto de vista sobre cómo debería analizarse la operación.
- Existen, sin embargo, dos circunstancias particulares en las que, excepcionalmente, puede resultar adecuado y legítimo que la administración tributaria considere que debe hacer caso omiso o no reconocer la estructura establecida por los contribuyentes en la realización de la operación vinculada.
 - a) La primera circunstancia (o supuesto) concurre cuando la sustancia económica de la operación difiere de su forma. En este caso, las administraciones tributarias pueden ignorar la calificación de la operación realizada por las partes y recalificarla de acuerdo con su sustancia económica. A este respecto, se pone el ejemplo donde una operación de préstamo, atendiendo a las circunstancias de la prestataria, puede recalificarse como aportación de capital (*equity/debt*).
 - b) La segunda circunstancia (o supuesto) concurre cuando, coincidiendo la forma y el fondo de la operación, los acuerdos relativos a la misma, valorados globalmente, difieren de los que hubieran sido adoptados por empresas independientes que actúan de forma racional desde un punto de vista comercial y su estructuración real impide que la administración tributaria determine el precio de transferencia apropiado. Un ejemplo de esta segunda circunstancia podría ser una venta en virtud de un contrato a largo plazo en el que se realiza un pago único a cambio de un derecho ilimitado sobre los activos intangibles (derechos de propiedad intelectual) que resulten de investigaciones futuras durante la duración del contrato. Mientras que en este caso parece oportuno respetar la calificación de la operación como una transmisión de un activo de comercial, sin embargo podría ser adecuado que la administración tributaria configure las condiciones del contrato en su totalidad (y no únicamente desde el punto de vista de la fijación del precio) de acuerdo con las que razonablemente se hubieran esperado si la transmisión del activo se hubiera constituido el objeto de una operación entre empresas independientes.

Así, en el caso descrito, podría ser adecuado que la administración tributaria, por ejemplo, ajustara las condiciones del acuerdo de manera racional, desde un punto de vista comercial, como si se tratara de un acuerdo permanente de investigación.

- Se considera que concurren estas circunstancias cuando los negocios están configurados de forma totalmente inusual a lo que hubieran estipulado empresas independientes, debido precisamente a la existencia de la vinculación. De esta forma, lo que permitiría en estos casos y de forma excepcional el artículo 9 MC OCDE sería un ajuste de las condiciones para reflejar aquellas a las que las partes se hubieran atenido en el caso de que la operación se hubiera estructurado de acuerdo con la realidad económica y comercial de quienes negocian en un contexto de plena competencia.
- Se reconoce que las empresas vinculadas y particularmente los grupos multinacionales llevan a cabo operaciones y estructuras que con frecuencia no se articulan entre partes independientes. Sin embargo, el hecho de que una operación, negocio o estructura no se articule con frecuencia por empresas independientes o se configure la operación de forma distinta (v. gr. en asignación de los riesgos: normalmente entre partes independientes el riesgo de tipo de cambio lo asume el distribuidor y no el fabricante) no debe llevar a la administración tributaria a no reconocer tal estructura u operación, aunque tal diferencia debe tenerse en consideración a los efectos de la aplicación de los métodos o, en su caso, de cara a examinar con más detalle la lógica económica de la operación.

Ciertamente, el principio del «no reconocimiento» en su formulación originaria establecida en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia plantea un buen número de cuestiones interpretativas. Por un lado, no resulta nada claro el alcance de los dos presupuestos que permiten su aplicación. En particular, el primer presupuesto –cuando la sustancia económica difiera de su forma– resulta totalmente indeterminado. Por otro lado, en relación con el segundo presupuesto, cabe observar cómo, a nuestro juicio, su punto de partida o premisa es bastante cuestionable, en la medida en que permitiría ignorar una operación o estructura en circunstancias donde la forma y el fondo coinciden, lo cual contradice en buena medida la teoría general de principios o medidas antiabuso basada precisamente en la discrepancia entre forma y sustancia económica.

A su vez, existe una cierta contradicción entre lo expresado en los párrafos 1.37-1.39 (sobre el segundo presupuesto) de las Directrices de Precios de Transferencia y lo indicado en el párrafo 1.41, de suerte que este último, a diferencia de los anteriores, reconoce y admite las singularidades en la forma en la que realizan los negocios las empresas asociadas en relación con las fórmulas empleadas por las empresas independientes, reconocimiento que como veremos se amplía sustantivamente en el informe OCDE 2008. Y en tercer lugar, tampoco resulta claro cuál es la consecuencia derivada del principio de no reconocimiento, toda vez que en algún pasaje se establece que permite a las administraciones tributarias «ignorar» la operación o transacción realizada (para. 1.37) mientras que en otro lugar se indica que tal principio permite «un ajuste en las condiciones para reflejar aquellas a las que las partes se hubieran atenido en el caso de que la operación se hubiera estructurado con la realidad económica y comercial de quienes negocian en un contexto de plena competencia» (para. 1.38).

Como veremos más adelante, el informe OCDE 2008 no resuelve todas estas cuestiones, pero sí contribuye a precisar y matizar significativamente el alcance de este principio del no reconoci-

miento. Es de lamentar que el informe no haya adoptado una posición más concluyente en esta materia, de suerte que en algunos puntos se limita a expresar la posición mayoritaria de los países miembros de la OCDE ²⁷.

2.4.3. El principio del «no reconocimiento» en el informe OCDE 2008 sobre Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales.

a) Exposición de los «nuevos» principios o guía interpretativa.

Así las cosas, la OCDE, a través de esta Nota n.º 4 del informe 2008 sobre *Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales*, pretende clarificar el alcance del principio del *disregard* por la vía de desarrollar las circunstancias en que procede la aplicación de este enfoque. Como veremos a continuación, el informe 2008 vuelve a insistir sobre los principios establecidos en esta materia en las Directrices OCDE. No obstante, a nuestro juicio, ahora la OCDE parece enfatizar el carácter excepcional del empleo del principio del *disregard* insistiendo en la idea de la legitimidad que tienen los grupos multinacionales de configurar las operaciones y estructuras de forma distinta a lo que lo hacen las empresas independientes, debido precisamente a la singularidad de su organización empresarial y modelo de negocio (reconocimiento de un *business/corporate purpose* singular o propio de los grupos MNE).

Así, la lectura de este informe conduce a pensar que actualmente el principal campo de aplicación del «disregard» es fundamentalmente el de las operaciones simuladas (*factual sham*) y las que carecen de todo propósito empresarial y de sustancia económica. Es decir, aquellas en las que la forma y el fondo no coinciden, ya por mediar una simulación fáctica, ya porque la forma adoptada es totalmente inadecuada o disfuncional respecto del fondo (el propósito empresarial) o carece de sustancia económica ²⁸.

²⁷ Algunos comentaristas consideran que la OCDE debería haber fijado una posición uniforme recomendando la adopción de tal enfoque de política fiscal (BLOUGH/COPE, «Review of the OECD's Draft Report On Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings», *op. cit.* pág. 17).

²⁸ En la simulación acontece, como ya en su día destacó el profesor PALAO TABOADA, que el negocio simulado es una mera apariencia (simulada) o una pantalla para encubrir la verdadera realidad disimulada y ocultada, de suerte que la simulación no constituye un medio para eludir la ley sino para ocultar su vulneración. Se trata, por tanto, de operaciones no genuinas o auténticas sino falsas en el sentido de carentes de toda sustancia económica. En cambio, en el fraude de ley lo que realmente existe es una artificiosidad objetiva de la forma jurídica utilizada que puede identificarse con la falta de justificación plausible de la vía elegida (el *business purpose* anglosajón), aunque el negocio es realmente querido por las partes (PALAO, en «El fraude a la ley en Derecho Tributario», *RDFHP*, n.º 63/1966, págs. 679 y 685 siguiendo a HENSEL, y en «Notas a la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la LGT», en *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 155, 1996). A su vez, siguiendo a PALAO, en la simulación hay dos actos o negocios jurídicos, cada uno de los cuales se adecua a su finalidad, en tanto que el fraude a la ley tributaria hay un único negocio jurídico en el que existe una discrepancia entre la causa objetiva y la finalidad perseguida por las partes, discrepancia que no se encubre mediante una apariencia jurídica. Con todo, no somos ajenos a las posiciones que han puesto de relieve la proximidad entre simulación y fraude de ley, de forma que la primera sería un subtipo de la segunda, esto es, una suerte de *blatant tax avoidance* (vid, por todos, RUIZ ALMENDRAL, *El fraude de ley a examen*, Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 115-116). Asimismo, debe señalarse que, cuando menos en el ordenamiento norteamericano, se maneja un doble concepto de *sham* uno referido a los hechos y otro de carácter económico. La denominada *factual sham* acontece cuando la versión de los hechos que el contribuyente ha documentado no resulta consistente con lo que acontece en la realidad o en la práctica; por ejemplo, se documenta un cambio de titularidad jurídica de un activo pero el control económico y la posesión y disfrute del mismo no experimenta ningún cambio y así la operación se considera falsa (*fake*). La denominada *economic sham situation* tiene lugar cuando de la operación realizada no resultan efectos económicos genuinos al margen del aprovechamiento de una ventaja fiscal; tal concepto económico de *sham* es muy próximo al de «sustancia económica» y al de

Debe ponerse de relieve que el informe OCDE 2008 solo aborda la cuestión de la interpretación del segundo presupuesto del principio del no reconocimiento, obviando toda mención al primer presupuesto (que a nuestro juicio es realmente el que posee verdadero alcance y contenido). Es decir, toda la clarificación va referida a la aplicación del principio del *disregard* allí donde la forma y el fondo coinciden pero la estructura u operación articulada por el grupo MNE no coincide con las empleadas típicamente por las empresas independientes. A este respecto, cabe anticipar aquí nuestras principales conclusiones, a saber: por un lado, que el informe OCDE 2008 prácticamente vaciaría de contenido el segundo presupuesto del principio del *disregard*, y, por otro, que la clarificación realizada respecto del segundo presupuesto debe ser empleada para interpretar el primer presupuesto, esto es, el principio de sustancia económica vs. forma en el contexto del principio de plena competencia.

La OCDE ahora se posiciona, con carácter general, a favor de respetar las operaciones o estructuras donde la forma y el fondo coinciden pero las empresas independientes hubieran articulado de forma distinta la operación, siempre que medie sustancia económica (y la operación o estructura adoptada posea una explicación o fundamentación en el modelo de negocio u organizativo del grupo MNE, esto es, tenga un *business or corporate purpose*, aunque sea peculiar o propio del mundo de los grupos empresariales).

En este sentido, pensamos que el giro articulado por la OCDE vendría a restringir o excluir, en buena medida, la aplicación del enfoque (antiabuso) del «no reconocimiento» en relación con casos que podrían considerarse como de abuso de formas jurídicas en el sentido de que los que los grupos MNE emplean formas atípicas o «inusuales» desde el punto de vista de las empresas independientes para organizar sus negocios o estructuras operativas, pero dotando tales estructuras o realizando tales operaciones a través de medios humanos y materiales adecuados (sustancia económica). A nuestro juicio, con la matización introducida por la OCDE en el informe del 2008 tales estructuras u operaciones de los grupos MNE, a pesar de que puedan resultar atípicos o inusuales en relación con los que emplean las empresas independientes en el mercado y además de que una de sus principales motivaciones sea lograr un ahorro fiscal a través de los mismos, son legítimos y válidos desde la perspectiva de la aplicación del principio de plena competencia, siempre que medie sustancia económica y la operación o estructura adoptada posea una explicación o fundamentación en el modelo de negocio u organizativo del grupo MNE (*business/corporate purpose*)²⁹.

Así, en primer lugar, la OCDE reconoce que las administraciones tributarias no tienen el derecho de decidir cómo una MNE debe organizar su estructura o dónde localizar sus operaciones empresariales, en la medida en que las empresas son libres para ello, incluso cuando el factor fiscal constituye un elemento que afecta a tales decisiones de estructura o a la hora de localizar sus inversiones, actividades

abuso de formas jurídicas manejado en el párrafo 42 AO o en artículo 15 de la LGT (en relación con el concepto de *sham* en el ordenamiento de EE.UU. *vid.* STRENG/YODER en *Form and Substance in Tax Law*, CDFI, vol. LXXXVIIa, Kluwer, The Netherlands, 2002, págs. 596 y 610-613). Así las cosas, lo que, a nuestro juicio, vendría a establecer el informe OCDE 2008 es la consideración de que no debe considerarse que existe una artificiosidad objetiva en una operación o estructura intragrupo por el mero hecho de que tales operaciones o estructuras sean inusuales en el ámbito de las operaciones entre partes independientes, siempre que tales operaciones o estructuras tengan una explicación en un modelo económico o de organización empresarial del grupo MNE y en la medida en que tenga sustancia económica. A su vez, el informe OCDE enfatiza que el hecho de que la finalidad principal de la reestructuración sea conseguir un ahorro fiscal no altera la conclusión anterior.

²⁹ En este mismo sentido, consideramos muy dudoso que pueda cuestionarse la legitimidad y validez de tales estructuras u operaciones a través de la aplicación de normas generales antiabuso como el artículo 15 de la LGT.

o negocios. Las administraciones tributarias, no obstante, tienen el derecho de determinar las consecuencias fiscales de tales operaciones y estructura considerando el artículo 9 de los CDI, sin perjuicio de la aplicación de otras cláusulas antiabuso previstas en su legislación interna.

En segundo lugar, la OCDE indica que el punto de partida de todo análisis de una operación vinculada debe ser el principio de plena competencia y si con arreglo a él procede o no un ajuste valorativo atendiendo a la forma en que se han articulado las operaciones entre las entidades vinculadas. Es decir, los negocios y contratos entre las partes constituyen la base del análisis desde el principio de plena competencia. Y el ajuste valorativo de los precios constituye la consecuencia típica. A mi juicio, ello no excluye la aplicación de las cláusulas antisimulación cuando resulta evidente que la operación vinculada es simulada o ficticia, lo cual ocurre por ejemplo cuando no se ha prestado efectivamente un servicio que sí se ha facturado ³⁰.

En tercer lugar, la caracterización de las funciones, riesgos y activos de cada operación debe realizarse atendiendo a los contratos, la conducta de las partes y considerando la sustancia económica de las entidades para asumir tales funciones y riesgos y sus costes económicos.

En cuarto lugar, la OCDE observa que solo cuando la administración cuestiona la naturaleza de la operación o de la estructura por considerarla no ajustada en sí misma al principio de plena competencia es cuando se plantea el enfoque del *disregard* establecido en los párrafos 1.36-1.41 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia. Ello permite un ajuste de las condiciones de la operación o estructura que refleje aquellas que habrían acordado partes independientes, esto es, cómo habrían estructurado la operación partes económica y comercialmente independientes ³¹.

Hasta aquí, el informe OCDE 2008 se mueve básicamente en el marco de los principios establecidos a este respecto en la Directrices OCDE. Sin embargo, la innovación o giro que antes advertimos se concretaría en los siguientes pronunciamientos:

- El enfoque del *disregard* es totalmente excepcional, y solo puede aplicarse cuando no resulte posible aplicar el principio de plena competencia a las operaciones o estructura articulada. Es decir, el ajuste valorativo y la aplicación de la metodología OCDE debe ser la regla por antonomasia respetando la forma de articular los negocios y operaciones de las MNE.
- La estructura articulada por el grupo empresarial en la práctica debe *impedir* a la administración tributaria la determinación del precio de transferencia. Si es posible determinar un precio de transferencia usando la metodología OCDE, no puede aplicarse el *disregard*, incluso cuando no existan operaciones similares realizadas por empresas independientes y la administración tenga dudas sobre la razonabilidad comercial de la operación.

³⁰ Consideramos que la falta de prueba sobre la efectiva realización de la operación (v. gr. la prestación de un servicio intragrupo) desplaza el análisis y la aplicación de la norma imperativa de valoración del artículo 16 del TRLIS al de la cláusula antisimulación prevista en el artículo 16 de la LGT. Vid. SANZ GADEA, «Las Leyes 35/2006 y 36/2006: modificaciones en el IS», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 287, 2007, págs. 44-45; y CALDERÓN, «La prestación de servicios intragrupo en la nueva regulación de operaciones vinculadas», *Carta Tributaria, Monografía*, n.º 8, 2008.

³¹ Se aprecia aquí un razonamiento similar al que resulta de aplicación de cláusulas generales antielusión fiscal –como el art.42 AO o el art.15 LGT–, cuya consecuencia es la aplicación (analógica) de la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios. Vid. KRAMER, «Tax Avoidance, Tax Evasion and Tax Fraud», *Tax Notes International*, August 2001, págs. 1.092 y ss.

- El *commercial rational behaviour test*: el *disregard* requiere también que los acuerdos entre las partes vinculadas no sean consistentes con los que adoptarían partes independientes comportándose de forma económicamente racional. Algunos países interpretan este test en el sentido de que concurre cuando la operación vinculada no tiene un motivo económico válido distinto del puramente fiscal, en tanto que la mayoría de los países OCDE consideran que este test significa únicamente que empresas independientes comportándose de forma comercialmente racional hubieran adoptado un acuerdo similar. La OCDE observa que este test debe aplicarse con mucha cautela ya que las MNE tienen libertad para articular sus operaciones y estructura, y además las operaciones vinculadas en grupos integrados pueden no tener un paralelismo en el mercado entre empresas independientes.

Con todo, la OCDE considera que la operación vinculada o la estructura articulada deben tener o responder a una cierta racionalidad comercial o empresarial en sentido amplio considerando no solo la operación de que se trate sino la estructura del grupo y la eventual reestructuración del mismo. Ahora bien, la OCDE advierte que en la medida en que las funciones, activos y riesgos son efectivamente transferidos, puede considerarse «comercialmente racional» desde la perspectiva del artículo 9 MC OCDE que un grupo MNE realice una reestructuración para obtener «ventajas fiscales».

Este importantísimo pronunciamiento, a nuestro juicio, en buena medida vendría a vaciar de contenido el segundo presupuesto del *disregard* por la vía de reconocer que, por un lado, los grupos MNE pueden articular (legítimamente) sus operaciones y estructura de forma distinta que las empresas independientes, de manera que tales operaciones y estructuras son perfectamente admisibles cuando tuvieran una explicación o se fundamentaran en el modelo de negocio u organizativo propio y singular de los grupos MNE; es decir, parece que la OCDE ha reconocido tal singularidad —que entraña a su vez una matización de la premisa básica del principio de plena competencia— y la legítima (desde la perspectiva de la aplicación del principio de no reconocimiento) en la medida en que la forma adoptada —para articular una operación o estructura— sea funcional respecto del modelo de negocio u organizativo propio de los grupos MNE, esto es, no sea un «hocus-pocus» o «abracadabra» (tenga propósito empresarial o *business/corporate purpose* en el contexto del grupo MNE) ³². Se supera así el test subjetivo de los motivos (fiscales) y se hace prevalecer claramente la aplicación del test objetivo de la realidad económica propia y específica de los grupos MNE, de manera que no puede aplicarse el *disregard* donde la operación de reestructuración sea real en términos de sustancia económica a pesar de que su motivación principal sea lograr un ahorro fiscal.

b) Los ejemplos que ilustran los «nuevos» principios OCDE.

En este contexto, la OCDE pone tres ejemplos para ilustrar y clarificar cómo y dónde procedería el enfoque del *disregard*.

³² Como ha puesto de relieve el profesor PALAO, la doctrina del *business/corporate purpose* desarrollada por el Tribunal Supremo norteamericano constituye una ramificación o concreción del principio de sustancia vs. forma que, a su vez, constituye el origen y esencia de las cláusulas generales antiabuso continentales (fraude de ley tributaria) (PALAO, «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *op. cit.* pág. 72 y ss.). Cfr. CHIRELSTEIN, M., «Learned Hand's Contribution to the Law of Tax Avoidance», en *Yale Law Journal*, 77, 1967-1968, pág. 440 y ss.

EJEMPLO 1:**La transformación de un distribuidor plenamente equipado en un distribuidor sin riesgo.**

El primer ejemplo se refiere a la conversión de un «distribuidor totalmente equipado» o *full-fledged distributor* en un distribuidor sin riesgo. Concretamente, una entidad «Z» conocido distribuidor de artículos de lujo, posee una marca renombrada, puntos de venta valiosos, y contratos a largo plazo con buenos proveedores. Tal entidad «Z» es adquirida por un grupo MNE que opera bajo un modelo global de negocio donde todos los intangibles los posee una entidad «V» en el país V, los aprovisionamientos los realiza centralizadamente la entidad «W» en el país W, y los puntos de venta los posee una entidad «X» en el país X. Tras la compra de «Z» por el grupo, este decide reestructurar «Z» ajustándolo a su modelo de negocio centralizado, transfiriendo las marcas, contratos y tiendas a las respectivas entidades del grupo, a cambio de pagos a tanto alzado. Como consecuencia «Z» pasa a operar como un comisionista de ventas de la entidad «W», de suerte que sus beneficios se reducen considerablemente (y sus riesgos también). El grupo argumenta que tal reestructuración persigue alinear «Z» con la política o modelo de negocios global, y que tal idea era una premisa en el acuerdo de compra. La dirección de la entidad «Z» no tuvo otra opción que aceptar la reestructuración tras la adquisición. Tanto las transmisiones de intangibles, como de los contratos y puntos de venta fueron remunerados a precios de mercado, y la remuneración por sus funciones tras la reestructuración también será adecuada al principio de plena competencia.

En este caso, el criterio mayoritario de la OCDE es que debe reconocerse la operación de reestructuración, dado que cada una de las operaciones se valoró a precios de mercado y la reestructuración en su conjunto tiene una racionalidad comercial para la MNE en el sentido indicado más arriba. Sin embargo, algunos países discrepan de esta posición al considerar que la venta de «joyas de la corona» como valiosas marcas es tan perjudicial para el vendedor que no es posible determinar un precio adecuado y en consecuencia no se ajustan al principio de plena competencia, a menos que se demuestre que la entidad ha decidido abandonar un determinado negocio o el vendedor no tiene una opción realista a su alcance. Estos países consideran que si la entidad continúa en el negocio, tal despojamiento de derechos representado por ser dirigido por la política del grupo no tiene lógica comercial. Para estos países, si el principio de plena competencia fuera aplicado, la perspectiva del grupo no resultaría aceptable.

EJEMPLO 2:**La transferencia de intangibles valiosos a una entidad sin sustancia (*shell company*).**

Una MNE fabrica y distribuye productos cuyo valor no es determinado por sus características técnicas sino por su marca y presentación. La MNE quiere diferenciarse de sus competidores a través del desarrollo de marcas valiosas, por la vía de llevar a cabo una cuidadosa y costosa estrategia de marketing. Las marcas son titularidad de la empresa

.../...

.../...

«A» en el Estado A. El desarrollo, mantenimiento y ejecución de la estrategia de marketing mundial constituye el motor principal de la MNE, ejecutado por 125 empleados en la sede de la entidad «A». El valor de las marcas se refleja en los elevados precios de los productos comercializados bajo las mismas. La casa central de la empresa «A» también presta servicios a las filiales del grupo (v. gr. recursos humanos, servicios legales y fiscales). Los productos son fabricados por las filiales con arreglo a un acuerdo de *contract manufacturing* (v. gr. una maquila) con la entidad «A», de suerte que tales productos son distribuidos por las filiales previa compra a la entidad «A». Los beneficios obtenidos por la entidad «A», tras satisfacer remuneraciones de mercado a los fabricantes y distribuidores, se considera una remuneración de los intangibles, actividades de marketing y servicios centrales prestados por tal entidad «A».

En este contexto tiene lugar una reestructuración. Las marcas se transfieren por parte de la entidad «A» a una filial de nueva creación, la entidad «Z» en el país Z a cambio de un pago único. Tras la reestructuración, la entidad «A» es remunerada a través del método del *Cost-Plus* por los servicios que le presta a la entidad «Z» y al resto de entidades del grupo. La remuneración de las filiales fabricantes y distribuidoras permanece igual. Los beneficios restantes tras la remuneración de los fabricantes, distribuidores y servicios prestados por la entidad «A» son atribuidos a la entidad «Z». Las conclusiones que pueden extraerse de un análisis comparativo son las siguientes:

- No existe evidencia fiable de operaciones no vinculadas en relación con operaciones de transferencia de la titularidad de marcas y riesgos similares a la que han realizado las entidades «A» y «Z».
- La entidad «Z» es gestionada por una entidad local que presta servicios fiduciarios. No tiene gestores ni empleados propios que tengan la autoridad y capacidad para desarrollar las funciones de control en relación con los riesgos asociados al desarrollo estratégico de las marcas. Tampoco tiene capacidad financiera para soportar tales riesgos.
- Ejecutivos de primer nivel de la entidad «A» viajan una vez al año al país Z para validar o visar formalmente las decisiones estratégicas para el funcionamiento de la entidad «Z». Tales decisiones son elaboradas en la sede de la entidad «A» en el país A antes de las reuniones en el país Z. La MNE considera que estas actividades constituyen servicios de apoyo a la gestión prestados por la entidad «A» a la entidad «Z», de forma que se remuneran a través de un método de *cost-plus*.
- El desarrollo, mantenimiento y la ejecución de la estrategia de marketing global todavía se desarrolla por empleados de la entidad «A», constituyendo un servicio a la entidad «Z» cuya contraprestación se cifra a partir de un método de *cost-plus*. La entidad «A» no tiene ningún incentivo contractual para maximizar el valor de las marcas o su mercado, en la medida en que su remuneración pivota sobre un método de *cost-plus*.

En este caso, la mayoría de los países OCDE coinciden en que no reconocerían la reestructuración empresarial. A su vez, se hace constar que tal enfoque del *disregard* sobre la base del artículo 9 MC OCDE resulta sin perjuicio de la aplicación de otros enfoques antiabuso y de la determinación de la sede de dirección efectiva de la entidad «Z».

EJEMPLO 3:**La transferencia de un intangible a una entidad que desarrolla funciones.**

En este caso, los hechos son los expuestos en el ejemplo anterior, a excepción de que parte de la «sustancia económica» (medios humanos y materiales) de la casa central de la entidad «A» es efectivamente relocada en el país Z: 30 de los 125 empleados de la casa central son despedidos, otros 30 son transferidos a la nueva entidad «Z» en el país Z, y 15 nuevos empleados son contratados por la entidad «Z» para hacerse cargo de las funciones desarrolladas con anterioridad por los empleados que fueron despedidos. La entidad «Z», que es ahora la propietaria de las marcas, lleva a cabo de forma activa el desarrollo, mantenimiento y ejecución de una estrategia global de marketing. Los empleados de «Z» tienen la autoridad y ejercen efectivamente funciones de control en relación con los riesgos asociados con el desarrollo estratégico de las marcas. Los servicios prestados por la entidad «A» en el país A son servicios centrales (recursos humanos, legal y fiscal), así como funciones de apoyo en materia de marketing que son estrechamente controlados por el personal de la entidad «Z». La principal razón que fundamentó la reestructuración llevada a cabo por el grupo es beneficiarse del régimen fiscal ventajoso existente en el país Z en relación con el existente en el país A.

La gran mayoría de los países OCDE consideran en este caso que la operación debe ser reconocida a los efectos de la normativa de precios de transferencia en la medida en que posee sustancia económica. No obstante, ello no prejuzga nada en relación con la eventual aplicación de otro tipo de cláusulas antiabuso (v. gr. transparencia fiscal internacional)³³.

Ciertamente, los dos ejemplos expuestos relativos a la transferencia de marcas a una entidad extranjera poseen notable interés. Por un lado, la OCDE reconoce la validez de los modelos de gestión centralizada de activos intangibles (y de otras funciones: aprovisionamiento, servicios centrales, etc.) que emplean los grupos MNE, a pesar de que tales transacciones pueden no existir en el mundo de las empresas independientes. Y, por otro, la OCDE reconoce la superación de la teoría tradicional antiabuso con arreglo a la cual el hecho de que la motivación principal de una operación sea la búsqueda o aprovechamiento de una ventaja fiscal constituye un indicio claro de abuso que debe combatirse, de forma que tal enfoque ha sido reemplazado por otro basado en la sustancia o realidad económica subyacente. Así, incluso cuando las partes articulen una operación o una estructura con la principal motivación de aprovecharse de un régimen fiscal ventajoso, tal operación o estructura no es considerada contraria al principio de plena competencia siempre y cuando la operación o estructura creada se sustente efectivamente en una realidad económica que resulte operativa comercial o empresarialmente, esto es, se desarrollen efectivamente funciones, con los activos adecuados (v. gr. intangibles, medios humanos y materiales) y con los correspondientes riesgos de la actividad.

³³ Nótese que, por ejemplo, en algunos países como Alemania los tribunales han establecido que la normativa de precios de transferencia y la de transparencia fiscal internacional son compatibles. (Véase, por ejemplo, la sentencia del *Bundesfinanzhof* de 19 de marzo de 2002, IR 4/01 BStBl.II 2002, pág. 644, comentada por LIEBER/ROEDER, «Transfer Pricing Rules for Transactions Involving Low-Tax Countries», *International Transfer Pricing Journal*, November/December 2007, pág. 336). A nuestro juicio, tal posición es correcta, aunque en ciertas ocasiones la correcta aplicación de la normativa de precios de transferencia puede hacer innecesaria la aplicación de la cláusula de TFI.

La OCDE, de alguna forma, podría haber adaptado al ámbito de los grupos MNE la doctrina del *business purpose test* establecida en la jurisprudencia norteamericana (v. gr: GREGORY vs. HELVERING), de forma que la finalidad de minimizar impuestos o lograr un ahorro fiscal a través de una estructura (real) o grupo de operaciones (genuinas) resulta irrelevante para la aplicación del principio del no reconocimiento, allí donde el propósito de tal estructura u operación esté fundamentado o responda a su modelo de negocio u organizativo del grupo MNE (*business/corporate purpose*), con independencia de que ese tipo de operaciones o estructuras no se realicen habitualmente por empresas independientes.

c) Implicaciones resultantes de la «nueva» doctrina OCDE en relación con el principio del «no reconocimiento»: la funcionalidad del principio del no reconocimiento y significado de la clarificación de 2008.

Como ya comentamos más arriba, el denominado principio del «no reconocimiento» o *disregard* en el fondo no constituye otra cosa que un reconocimiento por parte de la OCDE de la posibilidad de que las administraciones tributarias en la comprobación de las operaciones entre empresas asociadas puedan aplicar un enfoque antiabuso general basado en el principio de sustancia vs. forma. Así, se permite no reconocer una operación o estructura, cuando concurren dos circunstancias excepcionales: a) Cuando la sustancia económica difiera de la forma adoptada; y b) Cuando la sustancia y la forma coincidan pero los acuerdos establecidos difieran de los que hubieran sido adoptados por partes independientes.

Por tanto, la introducción en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia del principio del *disregard* podría constituir una válvula de escape que permita en determinados casos superar la aplicación de una regulación eminentemente «valorativa o de valoración fiscal» por unos principios antiabuso básicos y consensuados a nivel internacional.

De alguna forma, podría decirse que el principio del *disregard* constituye una cláusula general antiabuso incluida dentro de una cláusula especial antiabuso (aunque la normativa de precios de transferencia también posee otras finalidades como servir de principio de reparto internacional del poder tributario), de suerte que tal cláusula antiabuso general solo podría aplicarse en determinados casos excepcionales que son delimitados en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia. Tal técnica o instrumentación de una cláusula general antiabuso dentro de otra especial resulta hasta cierto punto singular o cuando menos llamativa. No obstante, pensamos que podría responder a una determinada lógica. Así, no puede perderse de vista que la normativa de precios de transferencia está concebida para ser aplicada en un contexto internacional, de suerte que si no se establecen medidas que salvaguarden la interrelación entre la normativa de precios de transferencia y las cláusulas o principios antiabuso generales de carácter nacional la consecuencia es que podría producirse una situación de caos fiscal, así como un buen número de casos de doble imposición y conflictos fiscales entre administraciones de los diferentes países y con los propios contribuyentes, desbaratando así una de las principales finalidades de los CDI ³⁴.

³⁴ Téngase en cuenta, a su vez, que en algunos países como Rusia la aplicación del principio de plena competencia se lleva a cabo sobre la base de un enfoque basado en el principio sustancia vs. forma.

Precisamente, lo que podría haber hecho la OCDE para evitar tal caos fiscal es uniformar en mayor medida la interpretación del principio de plena competencia y coordinarlo con los principios generales antiabuso nacionales³⁵. Así, tal coordinación se articularía a través de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia y los informes posteriores entre los que destaca el que ahora glosamos (*Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales*, OCDE, 2008).

De esta forma, lo que a nuestro entender pudo inspirar y aconsejar la introducción del principio del no reconocimiento en el marco de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia en el año 1995 fue esta idea, evitar que los diferentes principios (y umbrales) antiabuso existentes en los distintos países de la OCDE se aplicaran de forma descoordinada y asimétrica en el ámbito de las operaciones intragrupo regidas por el principio de plena competencia desbaratando la funcionalidad del que estaba llamado a constituir uno de los principales principios de fiscalidad internacional³⁶. Asimismo, esta vía permitiría evitar los conflictos de *treaty overriding* que eventualmente podrían plantearse cuando se considerase que la aplicación de la normativa antiabuso (general) nacional vulnera las disposiciones de un CDI³⁷, toda vez que con el principio del no reconocimiento los principales principios antiabuso (sustancia vs. forma) estarían integrados en el artículo 9 del CDI y, por tanto, estarían amparados por tal precepto convencional, siempre que se interpretaran siguiendo en este punto las Directrices OCDE de Precios de Transferencia³⁸.

Y el movimiento realizado por la OCDE con este informe de 2008 no supone otra cosa que profundizar en la delimitación de la interrelación trazada en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia entre el principio de plena competencia y los principios generales antiabuso, en aras de evitar en mayor medida las negativas consecuencias que resultarían de una aplicación generalizada y asimétrica de enfoques antiabuso generales en relación con las operaciones de reestructuración empresarial de los grupos MNE. La idea, a mi juicio, es por tanto dar «otra vuelta de tuerca» a los presupuestos (de carácter excepcional) que habilitan el empleo del enfoque del «no reconocimiento» en el sentido de restringirlos. Y de hecho, esta es la principal consecuencia del informe OCDE 2008 en esta materia: limitar la aplicación del principio del no reconocimiento a casos donde la operación o estructura articulada por

³⁵ En este sentido, el profesor VANN ya observó en su día la inseguridad jurídica que resulta para los contribuyentes de una situación donde las diferentes administraciones tributarias aplican distintos enfoques antiabuso en un contexto como el de las operaciones intragrupo donde la OCDE ha dejado abierta a su aplicación en el marco del principio de plena competencia establecido en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (VANN, «International Aspects of the Income Tax» en *Tax Law Design and Drafting*, IMF, Washington, 1998, págs. 783-784).

³⁶ Véase en este sentido el parágrafo 1.36 *in fine* de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia.

³⁷ Ciertamente, tras la actualización de 2003 del MC OCDE esta consideración podría tener menor peso ya que la reforma de los comentarios al artículo 1 MC OCDE 2003-2008 abren la puerta a la aplicación de las cláusulas generales antiabuso nacionales en el marco de los CDI, siempre y cuando no vulneren frontalmente una disposición del convenio. En este sentido, el informe OCDE 2008 que estamos glosando recuerda esta circunstancia en el parágrafo 195-196.

³⁸ Véase el parágrafo 196 del informe OCDE 2008 sobre Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales. Asimismo, cabe señalar que BECKER ya observó en su día que el segundo presupuesto del *disregard* contraviene la propia cláusula del artículo 9 MC OCDE, toda vez que este permite el ajuste o corrección allí donde «las condiciones aceptadas o impuestas difieran de las que serían acordadas por empresas independientes (...)» (H. BECKER, «The New OECD Report on Transfer Pricing – A First Overview and Comment», *Intertax*, n.º 8-9/1994, pág. 360). No obstante, a nuestro entender tal posicionamiento es excesivamente formalista, especialmente si se considera cómo el artículo 9 MC OCDE se limita a establecer un principio general «en blanco» o prácticamente vacío de contenido, de suerte que su verdadero alcance y configuración material se encuentra en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia. Sobre esta cuestión, *vid.* CALDERÓN, «The Transfer Pricing Guidelines as Source of Tax Law», *Intertax*, n.º 1, 2008.

un grupo MNE carece de sustancia económica. Del informe OCDE también parece deducirse que podría aplicarse el principio del *disregard* a supuestos donde la estructura u operaciones realizadas no persiguen un propósito empresarial o corporativo, esto es, no tienen una fundamentación o explicación considerando el modelo de negocio u organizativo propio de los grupos MNE y además tal estructura u operación resulta atípica en el mundo empresarial (empresas independientes).

Así, lo que, a nuestro juicio, vendría a establecer el informe OCDE 2008 es una reinterpretación de la segunda circunstancia o supuesto que habilita la aplicación del enfoque del *disregard*, en el sentido de que no existe artificiosidad objetiva (y por tanto no cabe el «no reconocimiento») en una operación o estructura intragrupo por el mero hecho de que tales operaciones o estructuras sean inusuales en el ámbito de las operaciones entre partes independientes, siempre que tales operaciones o estructuras tengan una explicación en un modelo económico o de organización empresarial del grupo MNE y además posean sustancia económica³⁹. Curiosamente, este enfoque coincide con el desplegado con anterioridad por algunas administraciones tributarias como la *Canada Customs and Revenue Authority* (CCRA)⁴⁰.

A este respecto, la nueva doctrina de la OCDE resulta de especial interés e importancia en el actual contexto, en la medida en que existe una cierta tendencia a desarrollar este enfoque del no reconocimiento por parte de algunos países (como, por ejemplo, Alemania)⁴¹. De esta forma, esta nueva doctrina OCDE debería ser empleada no solo en la aplicación del artículo 9 de los CDI sino también a la hora de aplicar las normas generales antiabuso nacionales (v. gr: el art. 15 de nuestra LGT, el para. 42 AO, o la normativa de precios de transferencia que establezca el principio del *disregard* como el nuevo para. 1 AStG) a efectos de reinterpretar la noción de negocio, estructura u operación «inusual» o «atípica» en el marco de las operaciones intragrupo. Pensamos que los nuevos principios establecidos por la OCDE deberían atemperar igualmente enfoques administrativos excesivamente estrictos a la hora de exigir una simetría o paralelismo entre las operaciones intragrupo y las operaciones que realizan las empresas independientes, tanto en lo que se refiere al tipo de operaciones o forma de organizar

³⁹ Debe recordarse que para que tal reestructuración sea aceptable cada una de las operaciones que se integran en la misma, así como las que se realizan con posterioridad deben haber sido realizadas y valoradas de acuerdo con el principio de plena competencia.

⁴⁰ La Information Circular IC 87-2R que incorpora por referencia el enfoque de la OCDE sobre Precios de Transferencia, establece la regla general de reconocimiento de las operaciones vinculadas realizadas por los contribuyentes y la comprobación basada en las mismas y en las eventuales correcciones valorativas. No obstante, la normativa canadiense de precios de transferencia (el art. 247 de la Tax Act) contempla el principio del no reconocimiento. Ahora bien, el párrafo 43 de la IC 87-2R, establece a este respecto lo siguiente: «*The fact that a taxpayer has entered into a transaction with a non-arm's length non-resident party in a form that would not exist between arm's length parties does not necessarily imply that the transaction is inconsistent with the arm's length principle. This may reflect the fact that the parties not dealing at arm's length operate under different commercial circumstances than do parties transacting at arm's length*». Sobre esta cuestión, vid. SCOTT WILKIE, «A Canadian perspective on related-party transactions», en *2000 World Tax Conference*, Canadian Tax Foundation, Toronto, 2000, pág. 12:7 y ss.

⁴¹ En Alemania se ha propuesto en el año 2008 una reforma de la normativa de precios de transferencia (para. 1 AStG), en el sentido de que el principio de plena competencia no constituye únicamente una norma de valoración sino también permite cuestionar la adecuación al mismo de una estructura u operación. Con anterioridad a tal propuesta de reforma, lo cierto es que la Circular alemana de precios de transferencia de 1983 ya contemplaba la aplicación de las normas generales antiabuso con carácter prioritario a la aplicación de la norma de valoración del principio de plena competencia (para. 1.1.2 de la Circular alemana de precios de transferencia, recogida en BRICKNER, *German Tax Guide*, Kluwer, 2001, pág. 949). Vid. EIGELSHOVEN/STEMBER, «New Transfer Pricing Rules», *ITPJ*, March/April, 2008, pág. 63 y ss.

sus estructuras o negocios, como en términos de formalismos contractuales. Nótese, en este sentido, que existe una cierta tendencia de algunas administraciones tributarias, como la alemana ⁴² o argentina ⁴³, a la hora de exigir que las operaciones vinculadas se realicen revestidas de los mismos formalismos que se exigirían o serían aplicables entre partes independientes, de suerte que su ausencia puede determinar el no reconocimiento de la operación (v. gr. de un gasto por servicios) o la recalificación de la misma (v. gr. recalificación de un préstamo como una aportación de capital), a pesar de que se haya demostrado la realidad de las mismas y el carácter *arm's length* de la remuneración ⁴⁴.

A su vez, el informe OCDE 2008 enfatiza que el hecho de que la finalidad o motivo principal de la reestructuración sea conseguir un ahorro fiscal no altera la conclusión anterior. Además de la idea antes apuntada de mejorar técnicamente la interrelación entre la normativa de precios de transferencia y los principios generales antiabuso en aras de evitar una pléyade de casos de doble imposición, este giro o importante matización, según se quiera ver, también podría responder a la idea de tratar de adaptar el principio de plena competencia a la realidad organizativa y los modelos de negocio que en la práctica emplean los grupos multinacionales, dado que no resulta lógico ni deseable que estos deban adecuar su realidad empresarial y modelo de negocio a la teoría o técnica fiscal subyacente en un principio con bases especulativas o hipotéticas como el principio de plena competencia ⁴⁵. En esta misma línea, destacados autores, como Helmut BECKER ⁴⁶, ya se habían pronunciado en su día en contra de la inclusión del principio del *disregard* en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 1995 al considerar que el segundo presupuesto —no así el primero: esto es, discrepancia entre forma y sustancia económica— reemplaza la decisión de los empresarios por la decisión de las autoridades fiscales sobre la forma en la que tales empresarios deben organizar sus negocios y operaciones.

Por todo ello, la valoración de la «matización» (vaciamiento del segundo presupuesto del *disregard*) realizada por la OCDE en este informe debe ser positiva considerando su contribución a clarificar la referida interrelación de principios, así como la mayor seguridad jurídica que aporta en un escenario tan necesitado de ella y tan expuesto a interpretaciones y enfoques asimétricos por las diferentes administraciones y contribuyentes. En este sentido, pensamos que esta clarificación interpretativa constituye el mejor instrumento (preventivo) para evitar las situaciones potencialmente generadoras de conflictos fiscales y doble imposición que resultan de un contexto internacional como el de la fiscalidad de los grupos multinacionales.

⁴² Vid. KROPPE/RASCH, «Germany: Interpretation of the Arm's Length under Art. 9 of the OECD Modelo Tax Treaty: Does the Arm's Length Principle Cover Formal Requirements?», *International Transfer Pricing Journal*, January/February, 2004, págs. 26 y ss.

⁴³ RYBNIK, «Substance vs Form in Transfer Pricing», *Tax Notes International*, vol.52, n.º 2, 2008, págs. 149 y ss.

⁴⁴ En relación con la función e importancia de los contratos en el marco de las operaciones intragrupo, vid. DURST, M., «The role of intercompany contracts in the Transfer Pricing System», *Tax Notes International*, 25 December 2000, pág. 2.933 y ss; y COLLADO/DELGADO, «Pasado, presente y futuro de los precios de transferencia» en *Fiscalidad Internacional*. Estudios Financieros, Madrid, 2001, pág. 643 y ss.

⁴⁵ Así se pronunció la Asociación de Cámaras de Comercio e Industria alemanas en relación con el primer borrador de las Directrices de Precios de Transferencia («Comments on OECD Transfer Pricing Guidelines. Part I Discussion Draft», *Intertax*, n.º 2, 1995, págs. 95).

⁴⁶ BECKER, H. «The New OECD Report on Transfer Pricing —A First Overview and Comment», *Intertax*, n.º 8-9/1994, pág. 360.

Nótese, en todo caso, que esta doctrina OCDE está concebida a los efectos de la aplicación del principio de plena competencia, así como de cláusulas o principios antiabuso generales que puedan proyectarse sobre las operaciones y estructuras articuladas por los grupos multinacionales. Sin embargo, el hecho de que una operación o estructura articulada por un grupo MNE en el marco de una reestructuración empresarial sea considerada legítima o válida desde esta perspectiva no significa, por ejemplo, que posea un «motivo económico válido» en el contexto del régimen especial de reorganizaciones empresariales establecido por la Directiva 90/434/CEE, dado que tal requisito debe ser interpretado a la luz de la finalidad de esta normativa ⁴⁷.

Ciertamente, el alcance y consecuencias derivadas de la aplicación del principio de no reconocimiento, tras la clarificación llevada a cabo en el informe OCDE 2008, requeriría un análisis más detallado y en tal sentido nos remitimos a un trabajo específico sobre el tema ⁴⁸.

3. UNA REFLEXIÓN FINAL

A la vista de todo lo expuesto hasta aquí, entendemos que el informe de la OCDE sobre *Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales* merece una valoración global positiva por varios motivos. Por un lado, la mera elaboración de un informe que clarifique la aplicación del principio de plena competencia en un ámbito como el de las reestructuraciones empresariales donde no existía «directriz» o «guía» alguna, pero sí muchos riesgos fiscales es bienvenida, especialmente si se tiene en cuenta que este informe ha tenido en cuenta la posición del sector privado motivando la creación y participación de un *Business Advisory Group*.

Por otro lado, el enfoque articulado a través del informe resulta, a nuestro entender, bastante razonable, prudente y flexible a la hora de tener en consideración las singularidades y realidad operativa, organizativa y de modelo de negocio de los grupos MNE. De hecho, en algún punto ya hemos apuntado cómo tal reconocimiento de las «singularidades» de los grupos MNE conduce a importantes flexibilizaciones del principio de plena competencia, hasta el punto de que se muestra la no «comparabilidad» entre la situación en la que operan las empresas independientes y los grupos MNE; es decir, de alguna forma se podría estar reconociendo el «pecado original» del principio de plena competencia a efectos de facilitar su aplicación en la práctica. En este sentido, observamos una mayor contención en el «panfiscalismo abusivo» que impregnaba la formulación originaria del principio de plena competencia y una flexibilización de las condiciones de aplicación del mismo de cara a hacerlo más fácil de aplicar por sus principales destinatarios (los grupos MNE).

Enlazando con esto último merece destacarse cómo la aportación o clarificación que hace este informe sobre el denominado «principio de no reconocimiento» o *disregard*, a nuestro juicio,

⁴⁷ Sobre la Directiva 90/434/CEE y el concepto del motivo económico válido, *vid.* PALAO, «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF n.º 235, 2002, pág. 72 y ss.; y MARTÍN/CALDERÓN, «La Directiva 90/434/CEE, de Fusiones, Escisiones, Aportaciones y Canjes de Activos», en *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, Ciss, Valencia, 2008.

⁴⁸ *Vid.* CALDERÓN/BÁEZ, «El alcance del principio de no reconocimiento y su interrelación con las cláusulas generales antiabuso», en prensa.

limita sustantivamente la aplicación del mismo más allá de los casos de simulación o de las operaciones o estructuras sin sustancia económica y propósito empresarial, lo cual resulta de gran importancia en un contexto como el actual en el que las reorganizaciones empresariales son comunes y dan lugar a estructuras y operaciones que no tienen parangón o paralelismo claro en el mundo de las empresas independientes.

Como es lógico y natural todas estas clarificaciones que contiene el informe OCDE 2008 tendrán verdadera virtualidad jurídica una vez que este informe –todavía en fase de borrador hasta febrero de 2009– se apruebe definitivamente por la OCDE. Es muy posible que tanto este informe como los de Comparabilidad (2006) y el relativo a los *Métodos Transaccionales sobre Beneficios* (2008) provoquen una actualización y reforma global de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 1995. A nuestro juicio, tal reforma de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia constituiría la fórmula más adecuada para su actualización y canalización de las «clarificaciones» que se han ido elaborando en estos últimos años.

El punto crítico que cabría señalar en relación con el informe OCDE de 2008 que venimos glosando radica en que, como indicamos en la introducción, solo contempla un enfoque parcial de la materia relativa a las Reestructuraciones Empresariales, de suerte que hubiera sido deseable que el informe también se posicionara sobre la problemática de los establecimientos permanentes. También hubiera sido deseable que se adoptara una posición más diáfana y concluyente sobre cláusulas generales antiabuso y la regulación de los precios de transferencia. Y, en tercer lugar, pensamos que el actual contexto de globalización requiere una evolución de los principios de fiscalidad internacional que se adapte de forma más contemporánea al conjunto de cambios sobrevenidos. Es decir, pensamos que la OCDE debería hacer un esfuerzo por actualizar sus principios de forma más dinámica, atendiendo a las necesidades de las administraciones y los propios contribuyentes. A este respecto, obligados tributarios y administraciones demandan mayor claridad sobre el alcance y los presupuestos aplicativos de determinados principios como el de plena competencia. A su vez, los Estados y las propias empresas necesitan de un marco fiscal que evite en la medida de lo posible los cada vez más frecuentes conflictos fiscales como los que se plantean en aplicación de los CDI o en materia de precios de transferencia. Sin duda, la articulación de mecanismos que remedien de forma efectiva, a priori o a posteriori, tales conflictos constituye una de las principales asignaturas pendientes en materia de fiscalidad internacional en general y en sede de precios de transferencia en particular.

Con todo, el informe OCDE 2008 sobre *Precios de Transferencia y Reestructuraciones Empresariales* merece una valoración general positiva, en la medida en que aporta importantes clarificaciones sobre la interpretación y aplicación práctica del principio de plena competencia, tanto desde la perspectiva de los contribuyentes como del de las administraciones tributarias.

EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA SOLIDARIA

JUAN CALVO VÉRGEZ

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Extremadura*

Extracto:

EL presente trabajo tiene por objeto analizar el procedimiento de declaración de responsabilidad tributaria que debe seguirse en relación con los responsables solidarios. Tras el análisis de una serie de cuestiones preliminares pero de carácter esencial tales como la aplicación del llamado beneficio de excusión como criterio diferenciador entre las modalidades de responsabilidad solidaria y subsidiaria o la dualidad de procedimientos de declaración de responsabilidad solidaria existente al respecto, son objeto de estudio los diversos aspectos que configuran el procedimiento, a saber: órgano competente para su inicio, audiencia a los interesados, notificación del acto de declaración, caducidad del procedimiento. Para finalizar el autor reflexiona acerca de dos cuestiones de especial trascendencia: la determinación del instante a partir del cual puede exigirse la deuda al responsable solidario y el plazo de ingreso de que dispone este.

Palabras clave: obligación tributaria, deudor principal, responsable, solidario, subsidiario, procedimiento, declaración y pago.

Sumario

- I. Una consideración preliminar: el beneficio de excusión del responsable subsidiario como principal elemento diferenciador respecto de la responsabilidad solidaria.
- II. La dualidad de procedimientos de declaración de responsabilidad solidaria.
- III. Órgano competente para iniciar el procedimiento de declaración de responsabilidad.
- IV. La audiencia a los interesados como paso previo al acto de derivación de responsabilidad y la notificación del acto de declaración de responsabilidad solidaria.
- V. Determinación del momento de declaración de responsabilidad.
- VI. Alcance del contenido del acto de declaración de responsabilidad: la necesaria diferenciación entre los supuestos de notificación de la declaración antes y después de la finalización del plazo voluntario de ingreso para el deudor principal.
- VII. Caducidad del procedimiento.
- VIII. La determinación del instante a partir del cual puede exigirse la deuda al responsable solidario.
- IX. ¿Debe concederse al responsable solidario un plazo de ingreso en período voluntario?

I. UNA CONSIDERACIÓN PRELIMINAR: EL BENEFICIO DE EXCUSIÓN DEL RESPONSABLE SUBSIDIARIO COMO PRINCIPAL ELEMENTO DIFERENCIADOR RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Tradicionalmente, la regulación legal de la responsabilidad solidaria ha adolecido de la precisión que, por el contrario, ha caracterizado a la de la responsabilidad subsidiaria.

Como seguramente se recordará, durante la vigencia de la antigua Ley General Tributaria de 1963 se estimaba que lo dispuesto por su artículo 37.4, en su redacción otorgada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, de reforma de aquella, no solo había de aplicarse a la responsabilidad subsidiaria, sino también a la solidaria. Téngase presente que la citada Ley de 1995 vino a unificar, *de facto*, ambos tipos de responsabilidad, a excepción de lo relativo a la posibilidad de que la Administración no tenga que esperar a la finalización del procedimiento de apremio para dirigirse contra el responsable solidario. Por otra parte, de cara a delimitar el marco normativo del procedimiento de declaración de responsabilidad solidaria había que tomar asimismo en consideración lo establecido en el artículo 12 del antiguo Reglamento General de Recaudación de 1990.

En la actualidad, dicho marco normativo queda integrado por los artículos 174 y 175 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), así como por el artículo 124 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el vigente Reglamento General de Recaudación (RGR).

De cualquier manera, constituye un hecho innegable que el principal aspecto diferenciador, en materia de procedimiento, entre la responsabilidad solidaria y subsidiaria, viene determinada por el beneficio de excusión del que goza el responsable subsidiario. Y es que únicamente si se declara fallido al deudor principal y a los responsables solidarios podrá ser exigible la deuda al responsable subsidiario. En cambio, como es sabido, esta circunstancia no se produce en el caso de la responsabilidad solidaria.

En efecto, para que la Administración pueda exigir el importe de la deuda al responsable solidario ha de tener lugar, previamente, el impago de la deuda tributaria por el deudor principal en el período voluntario. Cuestión distinta es que, una vez producida la anterior circunstancia, no resulte siquiera necesario el inicio del procedimiento de apremio contra el deudor principal, de manera que, habiendo transcurrido el período voluntario sin que se haya efectuado el pago por parte de aquel, la Administración pueda reclamar el pago al responsable solidario.

A lo largo del presente trabajo analizaremos los distintos aspectos configuradores del procedimiento de declaración de responsabilidad solidaria, planteándonos cuestiones tales como la eventual conveniencia de agotar el procedimiento de recaudación contra el deudor principal antes de que la Administración pueda exigir el importe de la deuda tributaria al responsable solidario. Como es sabido, la Administración puede dirigirse al responsable solidario una vez que el deudor principal no efectúa el ingreso en período voluntario.

De una parte, podría estimarse que, puesto que el responsable solidario (al igual que sucede con el subsidiario) no tiene el carácter de deudor principal, carece de sentido que, no habiendo sido agotadas todas las vías recaudatorias establecidas legalmente para con el sujeto pasivo, pueda instarse por parte de los órganos de recaudación al responsable solidario para que proceda al pago de la misma, una vez transcurrido el período voluntario de ingreso y no habiendo sido satisfecha la deuda. Lo primero que habría que procurar sería el agotamiento de todos los procedimientos de recaudación frente al deudor principal. Dicho de otro modo, la condición de deudor principal del sujeto pasivo habría de motivar que el órgano recaudador agote la totalidad de los mecanismos habilitados al efecto por la ley para el cumplimiento de la deuda tributaria. Habría que agotar así la vía ejecutiva de recaudación. Y solo cuando a través de esta última tampoco resultase posible el cobro de la deuda tributaria, se acudiría al responsable solidario con la finalidad de que sea este quien haga frente al pago de la misma.

Ahora bien, de otro lado, la admisión del anterior planteamiento podría llegar a suponer eliminar *de facto* la responsabilidad solidaria.

II. LA DUALIDAD DE PROCEDIMIENTOS DE DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Este primer epígrafe de nuestro trabajo tiene por finalidad analizar la dualidad de procedimientos que la Administración se halla facultada para seguir de cara a exigir el importe de la deuda al responsable solidario. No obstante, con carácter previo, efectuaremos una serie de reflexiones que nos servirán para centrar la cuestión objeto de nuestro estudio.

Sabido es que tradicionalmente no ha resultado posible en nuestro ordenamiento tributario la adopción de medidas cautelares frente al responsable solidario, no ya solo porque así lo establecía el legislador de la antigua LGT de 1963 (que únicamente contemplaba la adopción de dichas medidas para los responsables subsidiarios), sino también porque carecería de todo sentido su establecimiento pudiendo la Administración dirigirse contra el responsable solidario y exigirle el pago de la deuda tan pronto como finalice el período de ingreso voluntario para el deudor principal. Lo cierto es, sin embargo, que la Ley 58/2003 ha optado, a través de su artículo 41.5, por admitir la imposición de medidas cautelares tanto a los responsables solidarios como subsidiarios.

A la hora de proceder a la regulación del procedimiento de declaración de responsabilidad solidaria, el artículo 12.3 del antiguo RGR de 1990 concedía a la Administración una doble vía de cara a exigir dicha responsabilidad, según esta hubiera sido declarada y notificada en un momento

anterior o posterior al vencimiento del período voluntario de ingreso. Así las cosas, la notificación del acto de declaración de responsabilidad podía llevarse a cabo al mismo tiempo que se produjese su notificación al deudor principal o en un momento posterior, incluso a pesar de que hubiese finalizado el plazo voluntario otorgado a aquel. Dicho precepto reglamentario resultó sin embargo parcialmente derogado en alguno de sus aspectos (si bien no de manera expresa) con motivo de la reforma del artículo 37 de la LGT de 1963 llevada a cabo por la Ley 25/1995 ¹.

Y es que, si bien en el régimen de solidaridad la responsabilidad es susceptible de ser notificada con anterioridad a la finalización del período voluntario de pago del deudor principal, la exigencia o reclamación de dicho pago al responsable únicamente podrá efectuarse una vez finalizado el citado período en determinados casos.

En primer lugar, si la responsabilidad solidaria hubiera sido declarada y notificada en un momento anterior al vencimiento del período voluntario, siendo necesario únicamente a este respecto que, al vencimiento de dicho plazo, se requiriese el pago al responsable, al cual habría que concederle un plazo voluntario de ingreso, sin diferenciar a este respecto según se trate de un responsable subsidiario y solidario.

Y, en segundo término, si no hubiese sido declarada y notificada anteriormente, teniendo presente que, una vez transcurrido el plazo voluntario de ingreso, el órgano de recaudación habría de dictar un acto de declaración de responsabilidad solidaria y el oportuno requerimiento al responsable para que efectúe el pago. Tal y como tendremos oportunidad de analizar, dicho acto de declaración de responsabilidad habrá de notificarse además a los responsables solidarios con expresión de: los elementos esenciales de la liquidación y del título ejecutivo; el texto íntegro del acuerdo declarando la responsabilidad solidaria y la extensión de la misma; los medios de impugnación que puedan ser ejercidos por los responsables solidarios, así como los plazos y órganos ante los que deban ser interpuestos; y el lugar, plazo y forma en que deba ser satisfecha la deuda.

Pues bien, la LGT 2003 procedió a elevar a rango legal la regulación de este procedimiento de declaración de responsabilidad solidaria efectuada por el artículo 12.3 del antiguo RGR de 1990, estableciendo en su artículo 175.1 un procedimiento de carácter dual. Dispone concretamente el citado precepto que «El procedimiento para exigir la responsabilidad solidaria, según los casos, será el siguiente: a) Cuando la responsabilidad haya sido declarada y notificada al responsable en cualquier momento anterior al vencimiento del período voluntario de pago de la deuda que se deriva, bastará con requerirle el pago una vez transcurrido dicho período; b) En los demás casos, una vez transcurrido el período voluntario de pago de la deuda que se deriva, el órgano competente dictará acto de declaración de responsabilidad que se notificará al responsable».

Respecto de la primera modalidad de iniciación del procedimiento para la declaración de la responsabilidad solidaria (supuestos en los que la responsabilidad ha sido declarada y notificada al responsable en cualquier momento anterior al vencimiento del período voluntario de pago de la deuda

¹ Así, por ejemplo, la disposición reglamentaria en virtud de la cual los plazos de ingreso para el responsable debían ser los establecidos para los ingresos en período ejecutivo quedó tácitamente derogada tras la redacción otorgada al artículo 37.4 de la antigua LGT de 1963 por la Ley 25/1995, de 20 de julio.

que se deriva) estimamos que, como bien señala CALVO ORTEGA ², dicha posibilidad no resultará factible, con carácter general, en la totalidad de los supuestos de responsabilidad solidaria que establece la Ley. Quizás el principal supuesto en el que pueda tener lugar la declaración de responsabilidad previa al vencimiento del período voluntario sea el relativo a la adopción de acciones que imposibiliten el embargo, habiéndose ordenado este último como medida cautelar. Téngase presente que, al amparo de lo establecido en el artículo 81.4 de la Ley, en aquellos supuestos en los que la deuda tributaria no se encuentre liquidada pero se haya comunicado la propuesta de liquidación dentro de un procedimiento de comprobación o de inspección, podrán adoptarse medidas cautelares destinadas a asegurar su cobro. Así las cosas, podríamos estar en presencia de un supuesto de declaración de responsabilidad solidaria anterior al vencimiento del período voluntario de pago que deba abrirse.

En todo caso, adviértase que el legislador de la Ley 58/2003 opta por mantener esta dualidad de procedimientos a la que nos venimos refiriendo, si bien con la importante modificación que supone la eliminación de toda referencia al hecho de que al responsable solidario se le deba exigir la deuda en período ejecutivo.

III. ÓRGANO COMPETENTE PARA INICIAR EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Es el artículo 174.2 de la LGT el encargado de determinar el órgano competente para emitir el acto declarativo de la responsabilidad. De acuerdo con lo dispuesto por el citado precepto, efectuándose aquel con anterioridad al vencimiento del período voluntario de pago la competencia corresponderá al órgano de gestión o inspección competente para dictar la liquidación. En otro caso, la declaración habrá de realizarla el órgano de recaudación.

A priori, si nos atenemos a lo establecido en la Resolución de la Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) de 26 de diciembre de 2005, sobre organización y atribución de competencias en el área de Recaudación, el criterio determinante de la competencia del órgano de recaudación con los procedimientos de declaración de responsabilidad sería el de la adscripción del deudor principal, con independencia del domicilio fiscal de los posibles responsables.

Así, por ejemplo, si durante el procedimiento de tramitación de la declaración de responsabilidad resultase procedente la adopción de una determinada medida cautelar frente al responsable, la competencia para su tramitación y adopción habría de determinarse en función del ámbito territorial al que extienda sus competencias la Dependencia Regional de Recaudación que tenga atribuida la gestión recaudatoria de las deudas del deudor principal.

² CALVO ORTEGA, R., «Obligados tributarios», en la obra colectiva (Dir.: CALVO ORTEGA, R. y Coord.: TEJERIZO LÓPEZ, J. M.) *La nueva Ley General Tributaria*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 178. Tal y como precisa el citado autor, «En el supuesto de coautorías o colaboración en infracción será necesario el descubrimiento de esta como mínimo. En la responsabilidad de los partícipes de las entidades sin personalidad jurídica, el impago de estas. En la sucesión en explotaciones o actividades económicas será igualmente necesario el no ingreso del transmitente». En suma, será necesario examinar individualmente cada uno de los distintos supuestos.

Este mismo criterio (la adscripción del deudor principal) es el determinante de la competencia del órgano de recaudación en relación con la gestión recaudatoria de la totalidad de las deudas de los declarados responsables, excepto si estuviesen adscritos a la Delegación Central de Grandes Contribuyentes, en cuyo caso correspondería a esta última la gestión recaudatoria de tales deudas.

Las competencias en materia de declaración y exigencia de la responsabilidad tributaria son atribuidas por la anteriormente citada Resolución de la Presidencia de la AEAT de 26 de diciembre de 2005, al titular de la Dependencia Regional de Recaudación, así como a los Jefes del Equipo Regional de Recaudación y a los Coordinadores de Unidades Regionales de Recaudación.

En la práctica, la declaración de responsabilidad solidaria podrán hacerla los órganos de gestión o inspección y los órganos de recaudación. No obstante, tratándose de un supuesto de responsabilidad subsidiaria, dicha declaración correspondería únicamente al órgano de recaudación, con independencia de que también pueda resultar posible la declaración de responsabilidad subsidiaria por el órgano inspector³.

Téngase presente finalmente que toda declaración de responsabilidad emitida por un órgano incompetente, esto es, por un órgano de recaudación hallándose la deuda en período voluntario o por un órgano de gestión o de inspección si la misma se encuentra en período ejecutivo, determina la nulidad del acto de declaración de responsabilidad. En este sentido se han pronunciado, entre otras, las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Cantabria de 12 de julio de 2001 y de Baleares de 2 de noviembre de ese mismo año.

IV. LA AUDIENCIA A LOS INTERESADOS COMO PASO PREVIO AL ACTO DE DERIVACIÓN DE RESPONSABILIDAD Y LA NOTIFICACIÓN DEL ACTO DE DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Con carácter general, y al igual que sucede en el procedimiento de derivación de responsabilidad subsidiaria, ha de concederse necesariamente un trámite de audiencia al responsable solidario con carácter previo a la exigencia de la deuda tributaria.

Establece el artículo 174.3 de la Ley 58/2003 que «El trámite de audiencia previo a los responsables no excluirá el derecho que también les asiste a formular con anterioridad a dicho trámite las alegaciones que estimen pertinentes y a aportar la documentación que consideren necesaria». Por su parte el artículo 124.1 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el RGR, tras señalar que el procedimiento de declaración de responsabilidad se inicia mediante la adopción de un acuerdo dictado por el órgano competente que, para ser eficaz, ha de notificarse al interesado, dispone un trámite de audiencia de 15 días contados a partir del siguiente al de la notificación de dicho plazo.

³ De hecho la referida Resolución de la Presidencia de la AEAT de 26 de diciembre de 2005, a la hora de atribuir competencias en relación con la exigibilidad de responsabilidad no declarada por el órgano de recaudación, no diferencia entre responsabilidad solidaria o subsidiaria.

La audiencia previa al responsable para que efectúe las alegaciones que estime convenientes determina que aquel deba disponer del expediente completo (esto es, tanto de los procedimientos de inspección y recaudación seguidos contra el deudor principal como contra el propio responsable), en aras precisamente de poder realizar las pertinentes alegaciones y de evitar situaciones de indefensión. Y es que durante el referido período de 15 días el responsable podrá examinar el procedimiento instruido, formular alegaciones y aportar todos aquellos documentos y justificaciones que considere oportunos. En todo caso, dentro de la fase de instrucción del procedimiento la prueba de los hechos que den lugar a la liquidación a cargo del obligado y del presupuesto de hecho del responsable corresponderá a la Administración, de acuerdo con la regla general sobre carga de la prueba que establece el artículo 105 de la Ley 58/2003, a cuyo tenor «En los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo».

Como seguramente se recordará el requisito relativo al trámite de audiencia no quedó recogido en la redacción inicial otorgada a la antigua LGT de 1963. Fue tras la reforma llevada a cabo por la Ley 25/1995 cuando se acometió una regulación más detallada de la figura del responsable, haciéndose mención expresa en la Ley de la necesidad de un acto administrativo en el que, previa audiencia del interesado, se declare la responsabilidad y se determine su alcance.

En efecto, el trámite de audiencia al presunto responsable no fue regulado para el responsable solidario (ni para el subsidiario) hasta la entrada en vigor de la antigua Ley 25/1995, que procedió a reformar esta materia al objeto de ampliar las garantías del nuevo obligado al pago y de introducir, con carácter previo a la emisión del acto de derivación de responsabilidad, la audiencia del interesado frente a la simple exigencia anterior de notificación ⁴.

Con posterioridad a esta modificación de la antigua LGT llevada a cabo por la Ley 25/1995, la Ley 1/1998, de 26 de febrero, reguladora de los Derechos y Garantías de los Contribuyentes, se encargó de reconocer en su artículo 32 este derecho, precisando que «La derivación de la acción administrativa para exigir el pago de la deuda tributaria al responsable requerirá la notificación al mismo del acto en el que, previa audiencia al interesado, se declare su responsabilidad y se determine el alcance de esta» ⁵.

Lo cierto es, sin embargo, que ya con anterioridad a la reforma operada en la antigua LGT por la Ley 25/1995 la jurisprudencia venía defendiendo la necesidad de adoptar el trámite de audiencia previo.

⁴ Acerca de la incorporación a la LGT, a raíz de la entrada en vigor de la antigua Ley 25/1995, de 20 de julio, del requisito de la audiencia a los interesados con carácter previo a la derivación de la acción administrativa al responsable para exigirle el pago, véase FERNÁNDEZ JUNQUERA, M., «Reflexiones en torno al responsable solidario y a la solidaridad en Derecho tributario», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 91, 1996, págs. 424 y ss.

⁵ Esta exigencia del requisito de la audiencia a los interesados con carácter previo a la derivación de la acción administrativa al responsable quedaba recogida, además, en los artículos 91 de la antigua Ley reguladora del Procedimiento Administrativo y 84.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, precisándose en este último que «instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes». Véanse a este respecto, entre otros, PÉREZ ROYO, F. y AGUALLO AVILÉS, A., *Comentarios a la Reforma de la Ley General Tributaria*, Aranzadi, Pamplona, pág. 101 y DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E., FERNÁNDEZ CUEVAS, A. y OGEA MARTÍNEZ-OROZCO, M., *El Estatuto del Contribuyente. Comentarios a la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes*, Aranzadi, 1998, pág. 230.

Así, por ejemplo, declaró el TSJ de Baleares en su Sentencia de 24 de septiembre de 1991 que, en caso de incumplirse dicho trámite, habría de proceder la declaración de nulidad de la responsabilidad.

Este criterio contrasta con el mantenido por el TEAC, entre otras, en sus Resoluciones de 10 de octubre y de 22 de noviembre de 1996, así como en su Resolución de 26 de junio de 1997, en las que se afirmaba lo siguiente: «Por lo que respecta a la ausencia del repetido trámite de audiencia al interesado, obligado es reiterar la doctrina tradicional al respecto mantenida por este Tribunal de que la autonomía de los procedimientos tributarios respecto de los que con carácter general regulaba la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, hace que no puedan exigirse con apoyo en esta elementos que no figuren en las normas tributarias aplicables (...) Si a partir de la reforma del artículo 37.4 de la LGT por la Ley 25/1995 es indispensable la audiencia previa al responsable, esto supone su no obligatoriedad con anterioridad a la misma».

Ciertamente carece de relevancia que la declaración de responsabilidad se efectúe por el órgano competente para dictar la liquidación o por el órgano de recaudación, al adquirir la exigencia de audiencia un carácter inexcusable en ambos supuestos, así como la instrucción de un procedimiento con todas las garantías. De este modo, con independencia de que la declaración de responsabilidad se produzca en el curso de un procedimiento de comprobación (respecto de los responsables solidarios) o en el curso del procedimiento de recaudación (respecto de los responsables solidarios o subsidiarios), habrá de concederse al interesado, eventualmente declarado responsable, audiencia.

Asimismo, como ya se ha indicado, se requiere notificar el acto de declaración de responsabilidad solidaria como requisito necesario para poder exigir la deuda al responsable solidario. Téngase presente que, en la declaración de responsabilidad solidaria, el acto expreso constituye un requisito de carácter procedimental, debiendo contemplarse la previa audiencia del interesado. Pues bien, constituyendo la notificación la condición de eficacia de las resoluciones y los actos tributarios que afectan a los derechos e intereses de los sujetos pasivos de la relación jurídico-tributaria, la derivación de responsabilidad al responsable solidario exige un acto administrativo dictado previa audiencia del interesado, cuyo alcance habrá de quedar determinado con expresión en la notificación de los elementos esenciales de la liquidación y de los derechos del deudor principal atribuidos al responsable ⁶. Tal y como declaró el Tribunal Supremo (TS) en su Sentencia de 26 de enero de 1994, «Aun cuando la responsabilidad fuese solidaria, tampoco relevaría a la Administración de cursar al responsable, previamente al seguimiento de la vía de apremio contra el mismo, la notificación cuanto menos en sus esenciales términos, de las liquidaciones adeudadas y el requerimiento para su pago en plazo» ⁷.

Esta exigencia de notificación de un acto de declaración de responsabilidad solidaria no quedaba recogida de forma expresa en la antigua LGT de 1963, ni siquiera tras la reforma llevada a cabo por la antigua Ley 25/1995, de 20 de julio. En cambio, sí que se refería a ella el artículo 12.3 del antiguo RGR de 1990 ⁸.

⁶ Véanse, en este sentido, CHECA GONZÁLEZ, C., GARCÍA LUIS, T., MERINO JARA, I. y MORENO FERNÁNDEZ, J. I., *La reforma de la Ley General Tributaria*, Lex Nova, Valladolid, 1996, pág. 156.

⁷ En esta misma línea se sitúan las Sentencias del TSJ de Cataluña de 20 de septiembre y de 8 y 26 de noviembre de 2001, así como de 11 y 18 de julio de 2002.

⁸ En efecto, no se regulaba de una manera clara en la antigua Ley respecto de la responsabilidad solidaria esta exigencia de la notificación de un acto de declaración de responsabilidad, limitándose su artículo 37.4 a aludir a la «derivación de la

Por su parte la LGT 2003 reconoce de manera expresa en su artículo 179.1 la necesidad de notificación del acto de declaración de responsabilidad, con independencia de que la responsabilidad solidaria haya podido declararse con anterioridad o posterioridad al transcurso del plazo voluntario de pago del deudor principal. Ahora bien, en el supuesto de que la responsabilidad solidaria hubiese sido declarada y notificada al responsable solidario en cualquier momento anterior al vencimiento del período voluntario por el órgano que hubiese dictado la liquidación contra el deudor principal, al vencimiento del período voluntario de pago concedido al deudor no se precisaría de nueva notificación, bastando con el requerimiento de pago efectuado al responsable.

En todo caso, esta notificación habrá de realizarse de conformidad con lo dispuesto en los artículos 109 y siguientes de la Ley 58/2003, relativos a las notificaciones en materia tributaria, así como en los artículos 114 y 115 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos⁹.

V. DETERMINACIÓN DEL MOMENTO DE DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Tal y como establece el artículo 174.1 de la LGT, la responsabilidad podrá ser declarada en cualquier momento posterior a la práctica de la liquidación o, en su caso, a la presentación de la auto-liquidación, salvo previsión legal en contrario.

Quiere decirse con ello que no resulta obligatorio esperar a la finalización del período de pago voluntario que pueda haberse concedido al deudor principal en un determinado procedimiento de inspección. Piénsese que las propias diligencias de inspección pueden documentar quién es el responsable. A mayor abundamiento, aquel actuario que tuviese conocimiento de actos o hechos que pudieran dar lugar a responsabilidad podría proceder a su documentación, formando al efecto un expediente separado. Y, una vez dictada la liquidación, en el supuesto de que no hubiese finalizado el período voluntario de pago, el Inspector-Jefe quedaría facultado para declarar directamente la responsabilidad.

Nótese, por tanto, que, especialmente tratándose de responsables solidarios, la declaración de responsabilidad puede hacerse con anterioridad a la finalización del período voluntario de pago para el deudor principal, si bien deberá tratarse de un momento en el que resulte posible la notificación de la cuantía de la obligación al responsable.

Ciertamente cabe plantearse hasta qué punto el derecho de defensa del responsable resulta respetado con motivo del desarrollo de este procedimiento. Y es que, con independencia de que la existencia de posibles responsables pueda quedar documentada en el desarrollo del procedimiento

acción administrativa». Este término («derivación») venía utilizándose en la responsabilidad subsidiaria frente al de «declaración», empleado en los supuestos de responsabilidad solidaria. Por otra parte, tras la citada reforma llevada a cabo por la Ley 25/1995, se omitió en el artículo 37.4 de la antigua Ley la referencia al responsable subsidiario, conteniéndose únicamente una mención genérica al responsable. Esta circunstancia era interpretada en el sentido de que la notificación de dicho acto debía efectuarse con independencia del carácter de la responsabilidad, ya fuese esta solidaria o subsidiaria.

⁹ Véase a este respecto GARCÍA CALVENTE, Y., *Las notificaciones en el Derecho Tributario*, Edersa, Madrid, 2002.

inspector, el plazo de alegaciones previo a la declaración de responsabilidad debería de abrirse una vez resulte conocida la liquidación que corresponda al deudor principal y no con anterioridad, esto es, antes de conocerse si existe deuda tributaria exigible al deudor principal o su cuantía. En este último caso, en tanto en cuanto el responsable desconocería el importe de la deuda que debe afrontar, difícilmente podría articular adecuadamente su defensa.

En suma, no creemos que la declaración de responsabilidad pueda producirse con carácter previo a la cuantificación de la deuda tributaria correspondiente al deudor principal.

VI. ALCANCE DEL CONTENIDO DEL ACTO DE DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD: LA NECESARIA DIFERENCIACIÓN ENTRE LOS SUPUESTOS DE NOTIFICACIÓN DE LA DECLARACIÓN ANTES Y DESPUÉS DE LA FINALIZACIÓN DEL PLAZO VOLUNTARIO DE INGRESO PARA EL DEUDOR PRINCIPAL

Dentro de todo procedimiento de declaración de responsabilidad solidaria debe diferenciarse la notificación de dos actos administrativos distintos: de una parte, la declaración de responsabilidad que, como ya sabemos, podrá notificarse antes o después de la finalización del plazo voluntario de ingreso previsto para el deudor principal; y, de otra, el requerimiento de pago, que solo podrá efectuarse una vez finalizado el plazo voluntario de ingreso de dicho deudor.

Centrando nuestro análisis en el contenido del acto de declaración de responsabilidad, y al amparo de aquello que disponía el artículo 12.3.2.º del antiguo RGR de 1990, se planteaba la cuestión relativa a si, al hallarse regulado dicho contenido dentro del apartado relativo al procedimiento de declaración de responsabilidad dictado con posterioridad a la finalización del período voluntario, únicamente resultaba exigible que el acto de declaración de responsabilidad recogiera aquellos elementos previstos en el citado precepto reglamentario respecto de dicho procedimiento y no en cambio cuando se notificase la declaración de responsabilidad con anterioridad al vencimiento del período voluntario de pago del deudor principal.

¿Cabía la posibilidad de estimar que, al producirse la declaración de responsabilidad con anterioridad a la finalización del período voluntario de pago del deudor principal, carecía de sentido privar al responsable solidario de conocer elementos esenciales de la liquidación y del título ejecutivo tales como el texto íntegro del acuerdo por el que se declaraba la responsabilidad solidaria, la extensión de la misma, los medios de impugnación susceptibles de ser ejercidos por los responsables solidarios así como los plazos y órganos ante los que habrían de interponerse o el lugar, plazo y forma en el que debía satisfacerse la deuda? ¿No hubiese sido más conveniente situar el contenido del acto de declaración de responsabilidad dentro de un apartado común a ambas clases de procedimientos de declaración de responsabilidad?

A priori podía pensarse que el contenido del acto de declaración de responsabilidad debía de ser común a ambos procedimientos y, más precisamente, que la notificación del acto por el que se declarase la responsabilidad solidaria debía contener los mismos extremos, cualquiera que fuese el

momento en el que hubiese sido dictado, esto es, con independencia de que la responsabilidad fuese dictada antes del vencimiento del período voluntario o, por el contrario, una vez transcurrido este ¹⁰.

Sin embargo, de otra parte, cabía estimar que el contenido del acto de declaración de responsabilidad recogido en el artículo 12.3.2.º del antiguo RGR solo podía ser comunicado una vez que dicho acto se notificase con posterioridad a la finalización del período voluntario de pago del deudor principal.

Si se admitiese la inclusión de dicho contenido del acto de declaración de responsabilidad en aquellos supuestos en los que su notificación tuviera lugar con anterioridad a la finalización del período voluntario de pago algunas de las cuestiones que deben quedar recogidas dentro del mismo no podrían ser determinadas en ese preciso instante. Este sería el caso, por ejemplo, del propio título ejecutivo ya que, al notificarse el acto de declaración de responsabilidad con anterioridad a la finalización del plazo voluntario de pago del deudor principal se desconocería en ese preciso instante si la deuda habría de satisfacerse por el deudor principal o la propia extensión de la responsabilidad solidaria, tanto respecto de los intereses de demora como en relación con las costas del procedimiento de apremio ¹¹.

En definitiva, si la responsabilidad fuese declarada con anterioridad al incumplimiento por parte del deudor principal sería imposible comunicar al responsable en ese preciso instante el alcance de su responsabilidad por intereses de demora generales o especiales (los cuales aún no se habrán devengado), así como por el recargo de apremio (cuyo devengo tampoco se ha producido) o por las costas de un procedimiento no iniciado ¹².

¿Cuál ha sido la regulación adoptada a este respecto por la Ley 58/2003? De entrada el artículo 174.4 de la Ley delimita el contenido del acto de declaración de responsabilidad con indicación del presupuesto de hecho habilitante y de las liquidaciones a las que alcanza dicho presupuesto, los medios de impugnación (con indicación del plazo y órgano ante el que puede interponerse recurso) y el lugar, plazo y forma en que deba ser satisfecho el importe. La ausencia de alguno de estos elementos faculta a obtener la anulación del acto.

Dispone concretamente el citado precepto que «El acto de declaración de responsabilidad será notificado a los responsables. El acto de notificación tendrá el siguiente contenido: texto íntegro del acuerdo de declaración de responsabilidad, con indicación del presupuesto de hecho habilitante y las liquidaciones a las que alcanza dicho presupuesto; medios de impugnación que pueden ser ejercitados contra dicho acto, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos; y lugar, plazo y forma en que deba ser satisfecho el importe exigido al responsable».

¹⁰ De esta opinión se mostraron partidarios, entre otros, ESCRIBANO LÓPEZ, F., «Notas sobre la futura regulación de la responsabilidad tributaria», en la obra colectiva *Sujetos pasivos y responsables tributarios*, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 595 y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, C., «Un apunte sobre el concepto de responsabilidad solidaria», *Crónica Tributaria*, núm. 62, 1992, pág. 11, para quienes las consecuencias jurídicas para el responsable solidario no podían ser distintas por razón del momento en el que hubiese sido declarada su responsabilidad.

¹¹ Y es que cabría la posibilidad de que dicho procedimiento de apremio no llegara a iniciarse si el deudor principal satisficiera la deuda tributaria o si lo hiciera el responsable solidario antes de la finalización de dicho plazo, a pesar de que lo hiciera en calidad de tercero.

¹² En cierta medida podría afirmarse que la declaración de responsabilidad efectuada antes del incumplimiento del deudor principal presentaría un carácter indeterminado y confuso respecto al alcance de la responsabilidad que se declara, al carecer de toda concreción acerca de las prestaciones de las que se pretende que responda.

Nótese sin embargo que no resulta exigible, especialmente tratándose de aquellos casos en los que se extiende la responsabilidad a las sanciones, el respeto a las garantías que establecen los artículos 24.2 y 25.1 de la CE. Así, por ejemplo, no se demanda a la Administración la prueba o acreditación de la culpabilidad del responsable a pesar de que, tal y como tiene declarado el Tribunal Constitucional, entre otras, en sus Sentencias 164/2005, de 20 de junio, y 85/2006, de 27 de marzo, se trata de un requisito indispensable para que pueda prosperar la responsabilidad de naturaleza sancionadora ¹³.

Tratándose de una responsabilidad de naturaleza indemnizatoria, la Administración deberá probar el nexo causal existente entre el responsable y el daño (la deuda tributaria), no siendo necesaria la prueba de culpabilidad en el sentido penal. Es más, la mera existencia de la deuda impagada coloca al responsable en la obligación de demostrar que obró con la diligencia debida o que el daño no resulta imputable a su conducta, en el supuesto de que la misma resultase ser negligente. Asimismo, habría de exigirse la acreditación del daño, máxime teniendo en cuenta que la inexistencia de este habría de determinar que no se exija responsabilidad alguna.

Dado el referido contenido del acto de declaración de responsabilidad que establece el artículo 174.4 de la LGT, y teniendo en cuenta la posibilidad existente de declaración de la misma con anterioridad al vencimiento del período de pago para el deudor principal, cabe plantearse si resulta realmente posible que un acto de este tipo cuantifique la obligación correspondiente al responsable, teniendo presente que todavía no ha sido determinada la que compete pagar al deudor principal.

Siendo factible la existencia de un acto de declaración sin cuantificación de la deuda, por ejemplo, en aquellos casos en los que esta se deja para el momento de exacción de la responsabilidad, ¿no debería concederse un nuevo período de alegaciones al responsable en relación con la cuantificación? Desde nuestro punto de vista así es. En otras palabras, la declaración de responsabilidad que pueda producirse con anterioridad a la expiración del período voluntario de pago para el deudor principal exigiría necesariamente que se hubiese cuantificado la deuda tributaria correspondiente a este (por ejemplo, en las actas firmadas por el deudor principal), pudiendo así desarrollarse paralelamente el procedimiento seguido contra el deudor principal y contra el responsable.

De cualquier manera, conviene no olvidar que nos hallamos únicamente ante un acto de declaración en el que todavía no se está exigiendo el pago de la deuda al responsable ya que, como es sabido, la exigencia de responsabilidad requiere, al menos, la expiración del plazo voluntario de pago. Parece difícil pues que dicho acto declarativo contenga una mención relativa al plazo de pago.

En resumen, el acto de declaración de responsabilidad debe ser notificado válidamente al responsable, al constituir la notificación un presupuesto ineludible de la eficacia del mismo. El artículo 175.1 de la LGT admite la necesidad de notificación del acto de declaración de responsabilidad solidaria antes o después del transcurso del período voluntario de pago del deudor principal, si bien se encarga de fijar el contenido del citado acto de forma común para la responsabilidad solidaria y subsidiaria ¹⁴. Previa-

¹³ Véase a este respecto MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Los supuestos de responsabilidad en la LGT. Hacia una configuración constitucional y comunitaria de la responsabilidad tributaria*, Thomson-Aranzadi y Registro General de Asesores Fiscales, Pamplona, 2007, pág. 166, para quien «La responsabilidad de naturaleza sancionadora (en el sentido constitucional) no puede concebirse con el automatismo con el que lo hace el artículo 174 de la LGT 2003».

¹⁴ Como es lógico, el régimen de notificación será el general de la LGT, no el propio de las diligencias de embargo.

mente el artículo 174 de la citada Ley, encargado de regular la «declaración de responsabilidad» (sin diferenciar al respecto entre solidaria y subsidiaria), señala en su apartado cuarto que el acto de declaración de responsabilidad ha de ser notificado a los responsables con el siguiente contenido: texto íntegro del acuerdo de declaración de responsabilidad, con indicación del presupuesto de hecho habilitante y de las liquidaciones a las que alcanza dicho presupuesto; medios de impugnación que pueden ser ejercitados contra dicho acto, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos; y lugar, plazo y forma en que deba ser satisfecho el importe exigido al responsable.

Nótese, por tanto, que, al amparo de la regulación introducida por la LGT 2003, se suprime la referencia que contenía el antiguo RGR de 1990 relativa a que los importes y plazos de las deudas exigidas a los responsables solidarios fuesen las del período ejecutivo. En efecto, el legislador no impone que se expida título ejecutivo alguno (originariamente la llamada certificación de descubier-to y, a partir de 1995, la providencia de apremio).

Así las cosas, de acuerdo con el vigente contenido del acto de declaración de responsabilidad previsto al efecto, cabría la posibilidad de llevar a cabo su notificación en los supuestos de responsabilidad solidaria antes del vencimiento del plazo voluntario de pago del deudor principal ¹⁵.

Siendo esta responsabilidad solidaria declarada y notificada al responsable solidario en cualquier momento anterior al vencimiento del período voluntario pero con posterioridad a la práctica de la liquidación no se precisaría de una nueva notificación, bastando con el requerimiento de pago formulado a dicho responsable, una vez transcurrido el período voluntario, y siendo los plazos de ingreso los establecidos con carácter general en el artículo 62 de la LGT ¹⁶.

Ahora bien, cabe plantearse si, *de lege ferenda*, no sería más conveniente modificar el procedimiento de declaración de responsabilidad solidaria al objeto de suprimir la posibilidad de notificar el acto de declaración de responsabilidad solidaria con anterioridad a la finalización del plazo voluntario de ingreso del deudor principal. Ello posibilitaría, en nuestra opinión, una mejora de las garantías del responsable solidario, que tendría así conocimiento de la totalidad de los elementos que integran la liquidación en el instante de la notificación de la declaración de responsabilidad. A mayor abundamiento el propio desarrollo del procedimiento adquiriría una mayor eficacia, al evitarse la duplicidad de notificaciones ¹⁷.

En todo caso, al no resultar necesaria la expedición del título ejecutivo por parte de la Administración para dirigir su acción contra el responsable solidario bastará, en estos casos, con requerirle de pago, siendo el plazo de ingreso el previsto en el artículo 62.2 de la LGT.

¹⁵ Lógicamente, esta posibilidad de que la responsabilidad sea declarada antes de que concluya el período voluntario de pago únicamente resulta predicable de la responsabilidad solidaria, ya que la declaración de responsabilidad contra el responsable subsidiario requiere siempre, como presupuesto inexcusable e ineludible, la previa declaración de fallido del deudor principal que, a su vez, requiere del agotamiento de las actuaciones de recaudación. En efecto, la previsión contemplada en el artículo 174.1, habilitante de la declaración de responsabilidad antes del vencimiento del período voluntario de pago (y antes incluso de que este llegue a comenzar), solo es predicable de la responsabilidad solidaria.

¹⁶ En estos casos el legislador, consciente de que estaremos en presencia de una responsabilidad contrastada en el curso de un procedimiento de comprobación, atribuye al órgano competente para dictar la liquidación (el órgano de comprobación) la competencia para dictar el acto de declaración de responsabilidad.

¹⁷ Téngase presente que, de acuerdo con la actual regulación, se producirá una primera notificación con motivo de la declaración de responsabilidad (habiéndose efectuado la notificación con anterioridad a la finalización del plazo voluntario de ingreso), y una segunda notificación al exigir la deuda al responsable solidario.

Por otra parte, si la responsabilidad no hubiese sido declarada y notificada antes del vencimiento del período voluntario de pago la competencia para instruir el procedimiento pasaría a ser de los órganos de recaudación, debiendo ajustarse igualmente al procedimiento establecido en el artículo 174 de la LGT. No obstante, tampoco en el presente caso resulta preceptivo que el órgano de recaudación expida el título ejecutivo para dirigir su acción contra el responsable solidario ¹⁸.

Así las cosas, en este segundo caso se requeriría que el órgano de recaudación dictase, una vez transcurrido el período voluntario, un acto administrativo de declaración de responsabilidad solidaria y de requerimiento al responsable o a cualquiera de ellos (en el supuesto de que fuesen varios) para que efectúen el pago. Es este un acto de contenido complejo caracterizado por la concurrencia de tres trámites: la declaración de responsabilidad, su notificación y el requerimiento.

Adviértase que, en estos supuestos, la competencia reside en el órgano de recaudación ya que, a partir de la notificación de la liquidación, la actuación del órgano de gestión adquiere un carácter residual y complementario, cuando así se precise, de los órganos de recaudación, que son los que asumen un papel protagonista en la instrucción y en la continuación del procedimiento ¹⁹.

Recapitulando, existiendo responsables solidarios el legislador de la Ley 58/2003 ha optado por evitar hacer cualquier referencia a la instrucción del procedimiento contra los mismos en el curso del procedimiento administrativo de apremio. Tal y como ha señalado DAGO ELORZA ²⁰, «No ya solo es que puede dirigirse su acción contra ellos sin estar incurso el deudor en período ejecutivo de pago, es que, además, estando en dicho período, la acción contra el responsable solidario es independiente».

VII. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO

Una vez iniciado el procedimiento el plazo máximo para la notificación de la resolución es de seis meses, transcurrido el cual tendrá lugar la caducidad del mismo. Así lo establece el artículo 124.1 del vigente RGR de 2005.

Nótese que lo que se está fijando en el citado precepto del Real Decreto 939/2005 es el plazo máximo de notificación de la resolución. Y es que la notificación constituye un requisito imprescindible para la eficacia de los actos, lo que explica que se acuda a ella como punto de referencia para fijar el plazo máximo con que cuenta la Administración para resolver.

¿Cómo debe llevarse a cabo el cómputo de dicho plazo? Con carácter general, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 de la LGT, se tomará como *dies a quo* el de la notificación del

¹⁸ Debe precisarse no obstante que, por razones de economía procesal, suele tratarse de una opción bastante frecuente.

¹⁹ Lo que la Ley no excluye es la posibilidad de que el órgano de recaudación pueda declarar la responsabilidad por concurrir supuestos típicamente incardinables en sede de gestión. Y, por supuesto, en ningún caso podrá el órgano de gestión o el de inspección derivar la responsabilidad por acontecimientos producidos en sede de recaudación.

²⁰ DAGO ELORZA, I., «Artículo 175», en la cobra colectiva (Dir.: HUESCA BOADILLA, R.) *Comentarios a la nueva Ley General Tributaria*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 1.236.

acuerdo de inicio, estimándose finalizado el procedimiento con el primer intento de notificación que contenga el texto íntegro de la resolución. En efecto, señala el apartado segundo del citado precepto de la Ley 58/2003 en su párrafo primero que «A los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente acreditar que se ha realizado un intento de notificación que contenga el texto íntegro de la resolución».

A nuestro juicio se trata de una redacción, cuanto menos, discutible. Piénsese que la notificación constituye un requisito necesario para la eficacia del acto siempre y cuando se consideren válidas, debiendo cumplir al efecto con la totalidad de los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico relativos a su práctica. Y, al amparo de lo dispuesto por el legislador tributario, las garantías del responsable y, con ello, su derecho de defensa, se ven seriamente afectados, al margen de que el procedimiento pueda llegar a ganar en agilidad.

De cualquier manera, y con independencia de lo anterior, puede llegar a suceder que el procedimiento caduque. Así sucedería cuando, habiéndose iniciado el mismo por el órgano competente para notificar la liquidación, dicha declaración no hubiese sido notificada con anterioridad al vencimiento del plazo voluntario de pago de la deuda resultante de la liquidación del que dispone el sujeto pasivo. E igualmente la caducidad podría venir motivada por el hecho de que, tratándose de un procedimiento iniciado de oficio, tuviese lugar el vencimiento del plazo sin notificación de la resolución expresa ²¹.

Dada esta situación no cabe duda de que el órgano de recaudación podrá iniciar un nuevo procedimiento de declaración de responsabilidad. Sucede no obstante que el procedimiento de declaración que el órgano de recaudación inicie podrá estar dirigido contra el mismo responsable o, en su caso, contra otros, tal y como prevé el artículo 124.3 del RGR, a cuyo tenor «Cuando el procedimiento para declarar la responsabilidad se inicie por los órganos competentes para dictar la liquidación y dicha declaración no se haya notificado con anterioridad al vencimiento del periodo voluntario de pago de la deuda resultante de la liquidación, el procedimiento para declarar la responsabilidad se dará por concluido sin más trámite, sin perjuicio de que con posterioridad pueda iniciarse un nuevo procedimiento por los órganos de recaudación; a tal efecto, las actuaciones realizadas en el curso del procedimiento inicial, así como los documentos y otros elementos de prueba obtenidos en dicho procedimiento, conservarán su validez y eficacia a efectos probatorios en relación con el mismo u otro responsable» ²². E incluso en aquellos supuestos en los que la persona contra la que se dirija el pro-

²¹ Como es sabido la regulación de la caducidad de los procedimientos tributarios se encuentra recogida en el artículo 104.5 de la LGT, de conformidad con el cual, una vez producida aquella, habrá de declararse de oficio o a instancia del interesado, ordenándose el archivo de las actuaciones. Dicha caducidad no produce, por sí sola, la prescripción de los derechos de la Administración tributaria, si bien las actuaciones realizadas en los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción ni se consideran requerimientos administrativos a los efectos previstos en el artículo 27.1 de la Ley, relativo a los recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo. En todo caso, las actuaciones realizadas en el curso de un procedimiento caducado, así como los documentos y otros elementos de prueba obtenidos en dicho procedimiento, conservan su validez y eficacia a efectos probatorios en otros procedimientos iniciados o que puedan iniciarse con posterioridad en relación con el mismo u otro obligado tributario.

²² Ciertamente es este un supuesto de finalización del procedimiento de declaración de responsabilidad distinto de aquel que tiene lugar con la notificación de la resolución. En el presente caso el procedimiento se considera concluido sin más trámite cuando, habiéndose iniciado por los órganos competentes para dictar la liquidación, esta no se notifica antes de que venza el período voluntario de pago de la deuda resultante de la liquidación. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior se deja abierta la posibilidad de que, en un momento posterior, el órgano de recaudación inicie un nuevo procedimiento,

cedimiento resulte ser distinta del responsable contra el que se hubiese iniciado el expediente originario, conservarían su validez las actuaciones, documentos y otros elementos de prueba obtenidos durante el desarrollo del primer procedimiento.

Cabe plantearse, por otra parte, si, en aquellos casos en los que la persona contra la que se dirija el segundo procedimiento resulte ser distinta de aquella contra la que se dirigió el primero, su falta de intervención en el primero de ellos podría llegar a originar problemas de indefensión, vulnerándose así lo dispuesto en el artículo 24.1 y 2 de la CE. De esta opinión se muestra partidario MARTÍN JIMÉNEZ²³, para quien debido a ello lo más probable es que no todos los actos realizados o pruebas obtenidas en el primer procedimiento resulten automáticamente trasladables al segundo.

En el cómputo del plazo de resolución no se incluyen los periodos de interrupción justificada que se especifiquen reglamentariamente, así como tampoco aquellas dilaciones que resulten por causa no imputable a la Administración. No obstante, en tanto en cuanto en la regulación del procedimiento no ha sido prevista ninguna de ellas, el plazo solo podrá ser interrumpido por el segundo de los motivos anteriormente apuntado.

Téngase presente finalmente que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 174.5 de la LGT, en caso de que se interpusiese recurso o reclamación contra el acuerdo de declaración de responsabilidad, podría impugnarse el presupuesto de hecho habilitante y las liquidaciones a las que alcance dicho presupuesto sin que, como consecuencia de la resolución de estos recursos o reclamaciones, puedan revisarse las liquidaciones que hubieran adquirido firmeza para otros obligados tributarios, sino únicamente el importe de la obligación del responsable que haya interpuesto el recurso o la reclamación. Lo dispuesto en dicho precepto de la Ley 58/2003 ha de ser completado por el artículo 124.4 del RGR, en el que vuelve a ponerse de manifiesto que la resolución de un recurso o reclamación interpuesto contra un acuerdo de declaración de responsabilidad no plantea ningún efecto, en lo relativo a las liquidaciones a las que alcance el presupuesto de hecho, respecto de aquellos obligados tributarios para los que las liquidaciones hubieran adquirido firmeza²⁴.

Desde nuestro punto de vista se trata de una disposición acertada. De entrada, en aras de garantizar el necesario respeto al principio de justicia tributaria, debe permitirse al responsable impugnar, no ya solo el presupuesto de hecho de la responsabilidad que se le imputa, sino también las liquidaciones imputadas al obligado primariamente, esto es, al contribuyente. Pero es que además la adquisición de firmeza en vía administrativa únicamente ha de perjudicar al contribuyente, de manera que el responsable, con independencia de que pueda terminar siendo el pagador definitivo de la deuda, ha de quedar legitimado para impugnar todas aquellas liquidaciones que le afecten. Y la eventual negligencia en la que pueda incurrir el contribuyente a la hora de recurrir o la propia Administración cuando proceda a notificar la apertura del procedimiento no debe impedir al responsable reclamar

conservando su validez y eficacia probatoria las actuaciones realizadas en el curso del procedimiento inicial así como los documentos y los restantes elementos de prueba obtenidos en el curso de su desarrollo.

²³ MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Los supuestos de responsabilidad en la LGT. Hacia una configuración constitucional y comunitaria de la responsabilidad tributaria*, ob. cit., pág. 165.

²⁴ En cambio, como seguramente se recordará, la antigua LGT de 1963 disponía a este respecto en su artículo 37 que la notificación del acto de derivación de responsabilidad confería desde ese preciso instante al responsable todos los derechos del deudor principal.

contra la obligación tributaria ajena dirigida contra él. Es más, ni siquiera la negligencia que pueda afectar al acto de derivación de responsabilidad ha de imposibilitar al responsable reclamar contra la obligación tributaria ajena. Los únicos límites que deben operar a este respecto son los relativos al plazo de prescripción en relación con el contribuyente y a la existencia de una resolución judicial. Debe reconocerse no obstante que, al referirse el legislador a «las liquidaciones que hubiesen adquirido firmeza», las posibilidades de impugnación terminan reduciéndose a hechos o comportamientos ajenos a la voluntad del responsable.

VIII. LA DETERMINACIÓN DEL INSTANTE A PARTIR DEL CUAL PUEDE EXIGIRSE LA DEUDA AL RESPONSABLE SOLIDARIO

Todo estudio que pretenda llevarse a cabo del procedimiento de declaración de responsabilidad solidaria ha de analizar la cuestión relativa a si la Administración puede o no dirigirse indistintamente contra el responsable o contra el deudor principal o si, por el contrario, únicamente puede dirigirse contra el primero de ellos una vez agotado el plazo voluntario de ingreso del que dispone el deudor principal.

Ya en su Resolución de 24 de septiembre de 1998 se encargó de precisar a este respecto el TEAC que la principal diferencia existente entre la responsabilidad subsidiaria y la solidaria radica en la existencia o no del beneficio de excusión en favor del responsable, pudiendo el acreedor, tratándose de un supuesto de responsabilidad solidaria, dirigirse indistintamente contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos al mismo tiempo para exigirles el importe total de la deuda.

Señaló concretamente el TEAC en la citada Resolución, al hilo de la responsabilidad solidaria que asumen los Agentes de Aduanas, y tomando como punto de referencia la normativa contenida en la antigua LGT de 1963, que «Teniendo en cuenta el carácter de responsable solidario que tienen los Agentes de Aduanas cuando actúan en nombre propio, como ocurre en el caso que nos ocupa, es de aplicación lo dispuesto en los artículos 37.1 y 37.6 de la Ley General Tributaria, conforme a los cuales "la Ley podrá declarar responsables de la deuda tributaria, junto a los sujetos pasivos o deudores principales, a otras personas solidaria o subsidiariamente", y que "cuando sean dos o más los responsables solidarios o subsidiarios de una misma deuda, esta podrá exigirse íntegramente a cualquiera de ellos". De ello se desprende la facultad que tiene la Administración de optar por exigir el pago del impuesto al sujeto pasivo o al responsable solidario, o incluso de exigirlo a los dos, con arreglo a los artículos 1.137 y 1.144 del Código Civil».

Así las cosas, cabría estimar que los efectos jurídicos derivados de la responsabilidad solidaria permiten a la Administración dirigirse, indistintamente, contra el contribuyente o contra el responsable. Y ello sobre la base de que la principal diferencia existente entre ambas modalidades de responsabilidad reside en que, mientras en la responsabilidad solidaria el acreedor puede dirigirse indistintamente contra el sujeto pasivo o el responsable solidario, en la responsabilidad subsidiaria habrá de dirigirse primero contra el sujeto pasivo, y solo después de haber sido declarado fallido este podrá la Administración actuar contra el responsable subsidiario. Dicho de otro modo, en la llamada

responsabilidad solidaria la Administración puede dirigirse indistintamente contra el sujeto pasivo y contra el responsable para el cobro del tributo, dada la condición de codeudor que asume este último (el responsable) frente a la Hacienda Pública, cualquiera que sean las posteriores relaciones internas existentes entre el sujeto pasivo y el responsable. En suma, cabría aludir a la existencia de dos notas configuradoras de la responsabilidad solidaria: inexistencia de prioridades subjetivas (pudiendo dirigirse el acreedor contra cualquiera) y extensión objetiva a la totalidad de la deuda ²⁵.

Ahora bien, desde otra perspectiva se ha venido defendiendo a este respecto que el sujeto pasivo, como deudor principal, y el responsable solidario, se hallan en dos planos distintos, quedando este último obligado al pago de la deuda cuando el sujeto pasivo no lo haya hecho previamente, sin que sea precisa al efecto la oportuna declaración de fallido. De este modo, la Hacienda Pública acreedora habría de exigir el pago de la deuda tributaria, en primer lugar, al sujeto pasivo y, en segundo término, no habiendo pagado este último al responsable solidario ²⁶.

Nótese que, al amparo de esta segunda línea interpretativa, el responsable solidario se caracteriza, por contraposición con la figura del subsidiario, por el hecho de que no es necesario agotar la acción de cobro contra el deudor principal. Solo a falta de pago por parte de este último procede dirigirse contra el responsable, una vez transcurrido el período de pago voluntario. Y es que parece difícil que el requerimiento de pago pueda producirse con anterioridad al vencimiento del período de pago voluntario, ya que uno de los requisitos para la exigibilidad de la prestación al responsable viene determinado precisamente por la falta de pago de la deuda tributaria por parte del deudor principal ²⁷.

Por nuestra parte consideramos que carece de sentido que la Administración pueda dirigirse indistintamente contra el responsable solidario o contra el deudor principal, ya que aquel no se encuentra en la misma posición que este último respecto de la deuda tributaria, no debiendo exigirse el importe de la deuda al responsable solidario hasta que finalice el plazo de ingreso en período voluntario. El

²⁵ En este sentido se han pronunciado, entre otros, CALVO ORTEGA, R., «La responsabilidad tributaria solidaria por actos ilícitos», *Hacienda Pública Española*, núm. 5, 1970, pág. 46, CORTÉS DOMÍNGUEZ, M., *Ordenamiento tributario español*, vol. I, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1985, pág. 390 y SIMÓN ACOSTA, E., en CASADO OLLERO, G., FALCÓN Y TELLA, R., LOZANO SERRANO, C. y SIMÓN ACOSTA, E., *Cuestiones Tributarias Prácticas*, La Ley, Madrid, 1990, pág. 219.

²⁶ De esta opinión se han mostrado partidarios, COMBARROS VILLANUEVA, V. E., «La responsabilidad tributaria, solidaria y subsidiaria, en el procedimiento de recaudación», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 23, 1979, pág. 381, ARIAS ABELLÁN, M.ª D., «El estatuto jurídico del responsable del tributo en el Derecho español», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 42, 1984, pág. 183, PÉREZ ROYO, F., en la obra colectiva PÉREZ ROYO, F. y AGUALLO AVILÉS, A., *Comentarios a la Reforma de la Ley General Tributaria*, ob. cit., pág. 95, HERRERO MADARIAGA, J., «El responsable tributario», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 26, 1980, pág. 213, ESEVERRI MARTÍNEZ, E. y LÓPEZ MARTÍNEZ, J., *Temas prácticos de Derecho Financiero (Parte General)*, 2ª ed., Comares, Granada, 1996, pág. 335, MAZORRA MANRIQUE DE LARA, S., «La obligación de los responsables tributarios en el Reglamento General de Recaudación: nacimiento y exigibilidad», *Crónica Tributaria*, núm. 62, 1992, pág. 74, ESCRIBANO LÓPEZ, F., «Notas sobre la futura regulación de la responsabilidad tributaria», ob. cit., pág. 594, DE LA HUCHA CELADOR, F., «Algunas consideraciones sobre la responsabilidad tributaria en el RGR de 1990: I. La responsabilidad solidaria», *Crónica Tributaria*, núm. 61, 1992, pág. 75, LAGO MONTERO, J. M.ª, «El procedimiento de declaración de la responsabilidad tributaria: una crítica», *Impuestos*, tomo II, 1995, pág. 669 y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, C., «Un apunte sobre el concepto de responsabilidad solidaria», ob. cit., pág. 16.

²⁷ Cabría estimar, en consecuencia, que el responsable solidario solo puede ser compelido al pago, no desde el instante en el que realiza su propio presupuesto de hecho (y ni siquiera desde el instante en el que la Administración le notifica el acto de derivación de responsabilidad), sino desde el momento en que, una vez cumplidos los anteriores requisitos, tiene lugar el vencimiento del período voluntario de pago sin que la prestación haya sido satisfecha por el deudor principal.

responsable solidario únicamente debe responder del pago de la deuda si el sujeto pasivo no la ha satisfecho con carácter previo. Y no tiene razón de ser exigir el cumplimiento de una obligación de garantía antes o a la vez que la exigencia del cumplimiento de la obligación principal. Cuestión distinta es que no se requiera en el presente caso la declaración de fallido para poder dirigirse contra el responsable.

Por tanto, en presencia de un deudor principal, la Hacienda Pública habrá de exigir necesariamente la prestación a este último antes que a ningún responsable, aunque sea este solidario. Y ello debido a que la obligación asumida por este último es una obligación de naturaleza garantista, accesorio y subordinada.

Piénsese, por otra parte, que si estimásemos que la Administración se halla facultada para dirigirse indistintamente contra el deudor principal o contra el responsable solidario, estaríamos concibiendo la responsabilidad solidaria tributaria en los mismos términos en los que el Código Civil procede a regular las obligaciones solidarias.

Como seguramente se recordará, ya el artículo 12.1 del antiguo RGR de 1990 estableció la imposibilidad de que la Administración pueda dirigirse indistintamente frente al deudor principal o al responsable solidario, al disponer que «En los supuestos de responsabilidad solidaria previstos por las leyes, a falta de pago de la deuda por el deudor principal, y sin perjuicio de la responsabilidad de este, la Hacienda Pública podrá reclamar de los responsables solidarios, si los hubiere, el pago de la deuda». Añadía a continuación el párrafo segundo del citado precepto que «Se entiende producida la falta de pago de la deuda una vez transcurrido el período voluntario».

Refiriéndose al alcance del citado precepto del antiguo Reglamento de 1990 señaló FERNÁNDEZ JUNQUERA²⁸ que «No puede decirse que la Administración exija primero el pago al deudor principal (...) No hay que olvidar que estamos dentro del período voluntario y que en ese período la Administración no puede exigir el pago, en el sentido expuesto, ni al responsable, como dispone el Reglamento, ni tampoco, y esto es lo que debe de subrayarse, al sujeto pasivo. Solo cuando ya ha transcurrido dicho período la Administración podrá exigir el pago. Y resulta que en ese momento ya se podrá exigir contra cualquiera de ellos, sujeto pasivo o responsables solidarios».

Ahora bien, ¿no dispone entonces el responsable solidario de un plazo voluntario de ingreso distinto del concedido al deudor principal? En nuestra opinión así es. Dicho de otro modo, si hasta que no finalice el período voluntario de ingreso de la deuda tributaria del deudor principal no se le podrá exigir a este, por la misma razón habría que esperar a que finalizase un plazo voluntario de ingreso concedido al efecto al responsable solidario para que resulte exigible el importe de la deuda al mismo. Piénsese que en caso contrario terminaría equiparándose el plazo voluntario de ingreso del deudor principal con el correspondiente al responsable solidario.

Ciertamente, tras la reforma operada en el artículo 37 de la antigua LGT de 1963 por la Ley 25/1995, de 20 de julio, no terminó de clarificarse la cuestión relativa al momento procedimental en

²⁸ FERNÁNDEZ JUNQUERA, M., «Reflexiones en torno al responsable solidario y a la solidaridad en Derecho Tributario», en la obra colectiva *Sujetos pasivos y responsables tributarios*, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 636.

el que ha de tener lugar la derivación de la acción hacia el responsable solidario. En efecto, el artículo 37.4 de la antigua Ley no contenía mención expresa alguna relativa a la necesidad de agotar el plazo voluntario de ingreso de la deuda por el deudor principal antes de exigirla al responsable solidario. A la hora de referirse a la exigibilidad de la deuda al responsable solidario, el apartado cuarto del citado precepto no terminó de aclarar si había que esperar al incumplimiento del período voluntario por el sujeto pasivo o deudor principal (como exigía el art. 12 del antiguo RGR). Debido a ello se configuraba un requisito de carácter material para la exigencia de responsabilidad solidaria consistente en la falta de ingreso por parte del deudor principal en período voluntario.

Por su parte la LGT 2003 tampoco ha incorporado una mención expresa acerca de esta cuestión, si bien de la redacción de su artículo 175.1 parece desprenderse que, con independencia de que la Administración pueda declarar la responsabilidad solidaria en un momento anterior o posterior a la finalización del plazo voluntario de pago del deudor principal, la finalización de este período adquiere la consideración de requisito necesario para que el responsable solidario pueda ser compelido al pago.

A nuestro juicio, será necesaria la falta de pago del deudor principal para que la Administración pudiera dirigirse contra el responsable solidario. Aquella no puede exigir la deuda tributaria a deudor principal y responsable indistintamente. Debe esperar a que se produzca la falta de pago del primero para poder requerir al responsable solidario. En este sentido, la principal diferencia existente entre la responsabilidad solidaria y la subsidiaria reside, como hemos puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo, en el beneficio de excusión del que goza el responsable subsidiario. Y es que, si bien resulta exigible la falta de pago del deudor principal para que la Administración pueda exigir el pago a responsables solidarios y a adquirentes de explotaciones económicas, tratándose de los responsables subsidiarios se requiere, además, el requisito de la previa declaración de fallido de los deudores principales ²⁹.

Téngase presente finalmente que en aquellos supuestos en los que, a la luz del correspondiente procedimiento recaudatorio, se produzca la determinación de la insolvencia parcial del deudor principal o, en su caso, del responsable solidario en los términos que establece el artículo 76.1 de la LGT ³⁰, podrá procederse a la declaración de fallido de aquellos, a los efectos previstos en el artículo 41 de la Ley. Así se encarga de establecerlo el artículo 124.5 del RGR.

Y, en aquellos otros supuestos en los que el deudor principal o los responsables solidarios fuesen declarados insolventes por la parte no derivada a los responsables subsidiarios podría procederse, tal y como prevé el artículo 124.6 del citado Reglamento, a la derivación a estos últimos (los responsables subsidiarios) del resto de la deuda pendiente de cobro, previa declaración de fallido por insolvencia total.

²⁹ Véase, a este respecto, lo dispuesto en la Resolución del TEAC de 13 de febrero de 1997.

³⁰ Declara concretamente el apartado primero de este precepto, relativo a la baja provisional por insolvencia, que «Las deudas tributarias que no hayan podido hacerse efectivas en los respectivos procedimientos de recaudación por insolvencia probada, total o parcial, de los obligados tributarios se darán de baja en cuentas en la cuantía procedente, mediante la declaración del crédito como incobrable, total o parcial, en tanto no se rehabiliten dentro del plazo de prescripción de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 173 de esta Ley».

IX. ¿DEBE CONCEDERSE AL RESPONSABLE SOLIDARIO UN PLAZO DE INGRESO EN PERÍODO VOLUNTARIO?

Como es sobradamente conocido, en el marco de la responsabilidad tributaria subsidiaria se concede al responsable un plazo voluntario de ingreso una vez producida la notificación del acto de derivación de responsabilidad, de manera que solo tras el vencimiento de este podrá exigirse el recargo de apremio al responsable.

Ahora bien, ¿cuál es la situación existente en el ámbito de la responsabilidad tributaria solidaria? ¿Cabe estimar que el responsable solidario goza de un plazo voluntario de ingreso o, por el contrario, debe exigirse a este el importe de la deuda directamente en vía ejecutiva?

Inicialmente, tras la reforma del artículo 37.4 de la antigua LGT de 1963 llevada a cabo por la Ley 25/1995, de 20 de julio, cabía estimar que quedaron unificados los trámites a seguir de cara a la derivación de la responsabilidad para ambas clases de responsables, salvo en lo referente a la declaración de fallido. Por su parte el artículo 175.1 de la Ley 58/2003, como ya hemos tenido oportunidad de analizar, ha mantenido la dualidad de procedimientos que la Administración puede seguir para exigir la deuda al responsable solidario, con la consabida eliminación de la referencia que el antiguo RGR de 1990 efectuaba a que la deuda del responsable se exigiese en la cuantía, forma y plazos de las deudas en período ejecutivo.

A priori, la notificación de la declaración de responsabilidad solidaria efectuada una vez finalizado el plazo de ingreso voluntario concedido al deudor principal determinaría la exigencia al responsable de la deuda en período ejecutivo. En efecto, si la notificación de la declaración de responsabilidad se produjese una vez finalizado el plazo de ingreso voluntario del sujeto pasivo, el responsable solidario no tendría un plazo de ingreso en período voluntario, exigiéndosele automáticamente el recargo de apremio y concediéndosele el plazo de ingreso con el que cuentan las deudas en período ejecutivo.

Sucede, sin embargo, que no resulta ajustado a Derecho que la primera notificación de la deuda recibida por un obligado al pago (aunque se trate de un responsable solidario) deba hacerse en vía ejecutiva, a través del correspondiente recargo de apremio. La razón es bien sencilla: hasta el instante en que se notifica la declaración de responsabilidad solidaria el responsable no ha podido tener conocimiento de la deuda y, en consecuencia, no habrá podido pagarla voluntariamente, avalarla o solicitar su aplazamiento.

El efecto lógico derivado de la notificación del acto de declaración de responsabilidad y del requerimiento de pago efectuado al responsable solidario sería abrir un período voluntario de ingreso para este último, ya que la deuda resultará exigible desde ese preciso instante. Y ello debido a que todo obligado al pago de una deuda tributaria ha de disponer de un plazo de ingreso en período voluntario.

Así las cosas, ¿cuál ha de ser el plazo voluntario para el ingreso de la deuda tributaria por parte del responsable solidario? ¿Resulta dicho plazo coincidente con el período voluntario de ingreso del deudor principal? La respuesta a esta última cuestión ha de ser necesariamente negativa. Piénsese de entrada que, en tanto en cuanto cabe la posibilidad de que el acto de declaración de responsabilidad no se notifique hasta el momento en que finalice el período voluntario de ingreso del deudor principal, dicho período no podrá considerarse como plazo voluntario de ingreso del responsable, al desconocer

este último tanto la liquidación como su propia condición de responsable. A mayor abundamiento conviene no olvidar que la deuda del responsable, incluso en el supuesto de que le hubiese sido notificada con anterioridad a la finalización del período voluntario del deudor principal, solo resultará exigible una vez que se haya producido el incumplimiento de este dentro del período voluntario.

Con carácter general, la notificación de la declaración de responsabilidad solidaria habría de efectuarse exclusivamente tras la finalización del período voluntario de pago, concediéndose en la misma un plazo de ingreso también voluntario al responsable solidario. Y solo transcurrido este resultaría exigible el recargo de apremio. Lo contrario supondría hacer de peor condición al responsable solidario respecto del deudor principal ya que, mientras este último sí que podría ingresar el importe de su deuda sin recargo de apremio, el responsable solidario habría de responder obligatoriamente de una deuda ajena en período ejecutivo, con el consiguiente recargo de apremio y el acortamiento de los plazos de ingreso. Como ya sabemos, esta última circunstancia no podrá planearse al amparo de la Ley 58/2003, al haber eliminado esta cualquier referencia a que al responsable solidario se le deba exigir la deuda en período ejecutivo.

De cualquier manera, en ningún caso la notificación de la declaración de responsabilidad solidaria efectuada antes de la finalización del período voluntario concedido al deudor principal puede suponer que se considere como plazo voluntario de ingreso para el responsable el que reste para el deudor principal ³¹.

Parece claro por tanto que ha de concederse en todo caso al responsable solidario un plazo de ingreso voluntario. Ahora bien, en el supuesto de que la notificación del acto de declaración de responsabilidad se produjese con anterioridad a la finalización del plazo voluntario del deudor principal, ¿sería este también el plazo voluntario de ingreso del responsable solidario de manera que, únicamente si la notificación de la declaración se produjera con posterioridad a la finalización del plazo de ingreso voluntario, habría que articular otro para el responsable solidario?

La respuesta ha de ser negativa. El legislador concede un plazo de ingreso voluntario tanto al responsable subsidiario como al solidario, presentando dicho plazo un carácter completo en toda su

³¹ Esta notificación de la declaración de responsabilidad solidaria efectuada con anterioridad a la finalización del plazo voluntario de ingreso del deudor principal podría incluso resultar contraria a los principios de economía procedimental, ya que pudiera llegar a suceder que deudor principal y responsable solidario terminasen abonando la deuda, con la consecuencia de que el responsable solidario tendría que solicitar la devolución de lo indebidamente ingresado. Ni que decir tiene que ello resultaría contrario al principio de economía procedimental, amén de constituir un supuesto de duplicidad de pago. Véanse a este respecto COMBARROS VILLANUEVA, V. E., «La responsabilidad tributaria, solidaria y subsidiaria, en el procedimiento de recaudación», ob. cit., pág. 397 y LAGO MONTERO, J. M., «El procedimiento de declaración de la responsabilidad tributaria: una crítica», ob. cit., pág. 673; en opinión de este último autor «Si el obligado principal paga su deuda y cumple su prestación en período voluntario, el acto administrativo de derivación de responsabilidad habrá devenido superfluo y contrario al principio de economía procedimental y, por ende, al de eficacia en la actuación administrativa. La obligación del responsable no es exigible hasta que el deudor principal no incumple su obligación, por lo que el acto administrativo que comentamos habrá anunciado una obligación inexigible. Y si el obligado principal no pagase su deuda y no cumplierse con su obligación en período voluntario, llegado ese momento, el acto administrativo de derivación de responsabilidad dictado con antelación devendría eficaz, pues señala al responsable la existencia de una obligación a su cargo, ahora ya exigible. No obstante, la operatividad del acto administrativo que comentamos queda, en este caso, también en entredicho, pues la Administración debe dictar un nuevo acto administrativo requiriendo de pago al responsable solidario. Este desdoblamiento de la actuación procedimental en dos actos, cuando podría dictarse uno solo, se nos antoja un derroche de esfuerzos procedimentales contrario, asimismo, a los principios de economía procedimental y de eficacia en la actuación administrativa».

amplitud, ya se haya producido la notificación del acto de declaración de responsabilidad solidaria antes o después de que finalice el plazo voluntario de ingreso del deudor principal.

De este modo, en el supuesto de que la declaración de responsabilidad solidaria se notificara antes de la finalización del plazo de ingreso del deudor principal, creemos que no podría equipararse el plazo voluntario de ingreso del deudor principal con el del responsable. Piénsese que no existiría plazo suficiente para que el responsable solidario pueda ingresar la deuda voluntariamente sin la imposición del recargo de apremio. De hecho, esta notificación podría llegar a producirse incluso el día antes de la finalización del citado plazo, ya que el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el RGR, no obliga a notificar la declaración de responsabilidad solidaria al mismo tiempo que se notifica la liquidación al deudor principal, con las consiguientes dificultades que se plantean al responsable solidario para ingresar la deuda en un período de tiempo tan breve.

Lo cierto es que la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 9 de marzo de 1998, declaró (refiriéndose al antiguo RGR de 1968) que, en los casos de responsabilidad solidaria, habría de notificarse la liquidación al sujeto pasivo y al responsable solidario al mismo tiempo, de cara a que el citado responsable pudiera ingresar el importe de la deuda en período voluntario. El citado pronunciamiento no otorgó un plazo de ingreso voluntario propio al responsable, permitiéndole efectuar el ingreso en el plazo voluntario del deudor principal ³².

Por su parte los artículos 10 y 12 del antiguo RGR de 1990 disponían que para que la deuda resulte exigible al responsable solidario debe haberse producido su impago en período voluntario por el deudor principal. Así las cosas, no sería exigible dicha deuda al responsable solidario hasta que no se cumpliera el referido requisito temporal, no pudiendo el responsable solidario satisfacer el importe de la deuda, en calidad de tal, hasta que no finalice el plazo de ingreso voluntario del deudor principal.

En suma, al amparo de dicha regulación reglamentaria contenida en el antiguo RGR de 1990, el responsable solidario no podría satisfacer la deuda tributaria en un período voluntario propio.

Ahora bien, ¿qué carácter presentaría el pago que, en su caso, efectuase el responsable solidario con anterioridad a la finalización del período voluntario del deudor principal? Piénsese que aquel dispondrá de la posibilidad de pagar en el período voluntario de ingreso con el que cuenta el deudor principal.

¿Se trataría de pagos efectuados en calidad de responsables pudiendo, en consecuencia, ejercitar derechos tales como el relativo a la impugnación de la liquidación? Desde determinados sectores de la doctrina se apuntó en su momento que los responsables solidarios podrían satisfacer la deuda tributaria en su condición de obligados durante el período voluntario con todas sus consecuen-

³² Acerca del alcance de este pronunciamiento véase GALÁN RUIZ, J., *La responsabilidad tributaria*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 218, para quien la interpretación que adoptó la Audiencia Nacional en dicho pronunciamiento «Aunque alejada de lo realmente establecido en las normas, tendría un efecto materialmente justo, en lo que se refiere al cómputo de un plazo de ingreso voluntario para el responsable solidario, pues este tendría la totalidad del citado plazo para efectuar el ingreso. Sin embargo mantiene otros problemas, como sería el hecho de que el responsable solidario no sabría si debe pagar o no la deuda pues el deudor principal puede efectuar todavía el pago en período voluntario».

cias, entre ellas la relativa a la posibilidad de impugnar la liquidación. Y ello con independencia de que en tales supuestos no se les hubiese notificado la declaración de responsabilidad ³³.

Al amparo de esta línea de interpretación se estimaba que, habiendo realizado el presupuesto de hecho generador de la responsabilidad, a pesar de que todavía no se le hubiese notificado el acto administrativo de declaración de responsabilidad, y a pesar de que todavía no hubiese finalizado el plazo concedido al sujeto pasivo, habría que considerar que el pago efectuado por el responsable solidario se produce en calidad de tal y no en calidad de tercero ³⁴.

Por nuestra parte estimamos que el pago que, en su caso, efectúe el responsable solidario antes de la finalización del período voluntario de ingreso del deudor principal adquiere los rasgos configuradores del pago realizado por un tercero. Y ello debido a que el responsable solo puede satisfacer el importe de la deuda en su condición de obligado al pago si se le hubiese notificado el acto de declaración de responsabilidad. En caso contrario, habrían de hacerlo como terceros. Por tanto, en ningún caso el responsable solidario que pague el importe de la deuda quedaría legitimado para ejercitar ante la Administración los derechos que correspondan al obligado al pago. Sí podría, en cambio, ejercitar los derechos que deriven a su favor exclusivamente del acto del pago.

Por otra parte, y como seguramente se recordará, al amparo de lo establecido en la antigua LGT de 1963 y en el antiguo RGR de 1990 se producía un exceso reglamentario, al exigirse el importe de la deuda al responsable solidario automáticamente en período ejecutivo. Y es que, dada la parquedad que presentaba la antigua Ley a la hora de regular expresamente el citado procedimiento, se originaba un claro exceso reglamentario al hacerse responder al responsable solidario de la deuda automáticamente en el período ejecutivo, no concediéndosele un plazo voluntario de ingreso, y sin imposición de recargo de apremio.

Señalaba concretamente el artículo 37.4 de la antigua Ley de 1963 en su párrafo tercero que «Transcurrido el período voluntario que se concederá al responsable para el ingreso, si no se efectúa el pago, la responsabilidad se extenderá automáticamente al recargo a que se refiere el artículo 127 de esta Ley y la deuda le será exigible en vía de apremio». Se trataba de un precepto que, en nuestra opinión, debía aplicarse tanto a la responsabilidad solidaria como a la subsidiaria, ya que en aquellos supuestos en los que el legislador perseguía efectuar una mención expresa a un determinado tipo de responsabilidad así lo hacía ³⁵.

³³ En este sentido se pronunciaron, entre otros, FERNÁNDEZ JUNQUERA, M., «Reflexiones en torno al responsable solidario y a la solidaridad en Derecho Tributario», en la obra colectiva *Sujetos pasivos y responsables tributarios*, ob. cit., pág. 639 y DE LA HUCHA CELADOR, F., «Algunas consideraciones sobre la responsabilidad tributaria en el RGR de 1990: I. La responsabilidad solidaria», ob. cit., pág. 75.

³⁴ Nótese que, de conformidad con esta línea de interpretación habría que concluir que, si bien el vencimiento del período voluntario de pago constituye requisito inexcusable para que el acreedor pueda exigir el pago al responsable, no lo es para que este pueda, si así lo desea, extinguir su obligación. Dicho de otro modo, el acto administrativo de declaración de responsabilidad presentaría un carácter meramente declarativo y no constitutivo de la responsabilidad tributaria, conectándose el nacimiento de esta última a la realización del presupuesto de hecho previsto en el ordenamiento jurídico y no al acto administrativo que lo declara.

³⁵ Así sucedía, por ejemplo, con el artículo 37.5 de la antigua Ley, que se refería exclusivamente a la responsabilidad subsidiaria.

Esta circunstancia motivó que, tras la entrada en vigor de la antigua Ley 25/1995, de 20 de julio, de reforma de la LGT, el artículo 12 del antiguo RGR de 1990 quedase *de facto* derogado en su totalidad, en la medida en que contradecía en numerosos aspectos lo establecido en el artículo 37.4 de la antigua Ley, no ya solo en lo relativo a los plazos de ingreso de la deuda para el responsable, sino también en lo referente al importe de la deuda exigible al mismo, así como en lo que respecta a la dualidad de procedimientos para exigir el importe de la deuda al responsable solidario.

Y es que, inicialmente, de acuerdo con aquello que disponía el artículo 37.4 de la antigua Ley, el modo de proceder a la exigencia de la responsabilidad solidaria determinaba que esta se exigiese en todo caso con el recargo de apremio, al estimarse producida la falta de pago de la deuda tributaria una vez transcurrido el período voluntario de pago. Ello determinaba en todo caso la exigencia al responsable solidario del recargo de apremio, así como de los intereses de demora ³⁶.

Por el contrario, tras la reforma acometida a través de la Ley 25/1995 se concedió al responsable (sin distinción entre el solidario y el subsidiario) un período voluntario para el ingreso. Y únicamente en el hipotético caso de que no satisficiera el importe de la deuda en dicho período se extendería automáticamente la responsabilidad al recargo propio del período ejecutivo, siéndole de aplicación el procedimiento de apremio o de ejecución forzosa. Dicho de otro modo, si no se efectuase el pago durante el transcurso de ese período de pago voluntario podría extenderse la responsabilidad automáticamente al recargo de apremio y a los intereses de demora ³⁷.

Sin lugar a dudas, la carencia de un plazo voluntario de ingreso del responsable solidario determinaría un acortamiento del plazo de ingreso, que habría de ser el de las deudas en vía ejecutiva. En efecto, en relación con los posibles plazos de impugnación de la liquidación por parte del responsable y los plazos de ingreso de que ha de disponer el mismo, el plazo de ingreso de las deudas en período ejecutivo resultaría considerablemente más breve que el existente para las deudas en período voluntario. Y, como consecuencia de este acortamiento de los plazos de ingreso para el responsable solidario, cabría la posibilidad de iniciar el procedimiento de embargo con anterioridad a la finalización del plazo de presentación de reclamaciones ³⁸.

Por último, conviene tener presente que si no se concediese un plazo voluntario de ingreso de la deuda tributaria al responsable solidario cuyo cómputo se iniciase en el instante de la notificación del requerimiento de pago, habiéndose notificado a este último la declaración de responsabilidad con anterioridad a la finalización del período voluntario de pago no podría saber si, finalmente, el deudor principal satisfizo o no el importe de la deuda (con la consiguiente liberación de su responsabilidad), así como si ha de abonar el importe de esta última para no entrar en período ejecutivo, es decir, si debe proceder a su ingreso antes de que finalice el indicado plazo para no incurrir en apremio.

³⁶ Recuérdese en relación con esta última cuestión que, con motivo de la reforma operada por la citada Ley 25/1995, se procedió a unificar los procedimientos necesarios para exigir la deuda a ambos tipos de responsables, diferenciándose únicamente en lo relativo a la necesaria declaración de fallido para el supuesto de responsabilidad subsidiaria.

³⁷ En efecto, dicho régimen, que con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la Ley 25/1995 resultaba de aplicación al responsable subsidiario, pasó a serlo igualmente al responsable solidario, cualquiera que fuese el instante en el que se produjese la derivación de la acción, incluso en el supuesto de que dicha derivación tuviera lugar una vez que la deuda hubiese entrado en fase ejecutiva.

³⁸ A mayor abundamiento, tratándose de sanciones tributarias, la mera interposición del recurso o de la reclamación suspendería automáticamente la ejecución de las sanciones, sin necesidad de garantía alguna, hasta que hubiese tenido lugar la finalización de la vía económico-administrativa.

EXTEMPORANEIDAD DEL RECURSO ORDINARIO DE ALZADA DEL DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN FINANCIERA DE LA AGENCIA TRIBUTARIA. ¿CUESTIÓN RESUELTA?

(Análisis de la más reciente doctrina jurisprudencial)

JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZÁLEZ

Presidente de la Sección 2.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional

Extracto:

EN el presente artículo se analizará la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo sobre el recurso ordinario de alzada del Director del Departamento de Inspección Financiera de la Agencia Tributaria y en concreto la improcedencia de separar en la tramitación de dicho recurso la fase de interposición y de alegaciones; la cuestión se centra en el análisis del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas, aprobado por Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo.

El Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Segunda, en sentencias de fecha 30 de enero de 2008 y 6 de marzo de 2008, no acepta la tesis de la Audiencia Nacional, Sección Segunda, que admitía esa disociación cuando el que intervenía, en segunda instancia, era el Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Tributaria.

Las sentencias del Tribunal Supremo, con cita de otros pronunciamientos del Alto Tribunal, vienen a declarar que no es posible disociar aquel trámite, de manera que el escrito de interposición formulado por el Director deberá contener los hechos, y fundamentos jurídicos que justifiquen la pretensión del recurrente. De no observarse esos condicionantes, se estaría sino ante una mera, hueca y virtual pretensión, según el Tribunal.

El Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina jurisprudencial:

- El recurso de alzada no puede suponer ningún privilegio procedimental.
- La interpretación conjunta del artículo 122.2, en relación con el artículo 123.1, del Real Decreto de 1996, pone de manifiesto la diferencia que existe entre la reclamación económico-administrativa, en la que existe un escrito en que el interesado se

.../...

.../...

limita a pedir que se tenga por interpuesta la reclamación, y el recurso de alzada, en el que se deben contener necesariamente las alegaciones correspondientes y los documentos que acompañan al mismo.

- A continuación, el Alto Tribunal considera superado el criterio sentado en la sentencia de 18 de septiembre de 2001. Así, señala el Tribunal Supremo que la tesis expuesta en aquella sentencia debe considerarse superada, pues comparando el artículo 132.2 del Real Decreto 1999/1981, con la del artículo 122.2 del Real Decreto 391/1996, no se aprecia cambio significativo alguno en la redacción de los referidos preceptos.
- Para reafirmar sus tesis, el Tribunal viene a indicar que si el escrito de interposición es un mero anuncio, las demás partes interesadas, al ser común el plazo de alegaciones –15 días según el artículo 122.3 del RD 391/1996–, pueden desconocer los motivos de impugnación del órgano directivo, atentándose contra el derecho del administrado a la defensa y al orden público.
- Por último, el Tribunal Supremo se cuida de precisarnos que el nuevo régimen del recurso de alzada ordinario, constituido por el artículo 241 de la nueva LGT y 61.2 del Reglamento aprobado por Real Decreto 520/2005, ofrece algunos aspectos de interés a la hora de regular el procedimiento a seguir cuando el legitimado para recurrir hubiera estado o no personado en el procedimiento en primera instancia.

Palabras clave: alzada, director, interposición, alegaciones y pretensión vacía de contenido.

El Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Segunda, ha dictado sentencia en fecha 30 de enero de 2008, estimatoria del recurso de casación para la unificación de doctrina n.º 92/2003 (NFJ028627), interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 7 de noviembre de 2002, recuso ordinario 1006/2000 (NFJ029059), en la que se considera improcedente la separación en el recurso de alzada ordinario interpuesto por el Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Tributaria, de los escritos de interposición y alegaciones, con la consecuencia de que, cuando se proceda así, no hay propiamente recurso alguno que pueda afectar la firmeza del acto favorable al interesado.

Dicha sentencia ha sido reproducida en sentencia dictada el 6 de marzo de 2008, estimatoria, a su vez, del recurso de casación para unificación de doctrina, n.º 316/2004 (NFJ028632), interpuesto, precisamente, contra otra sentencia de la referida Audiencia Nacional que también anula, de 19 de febrero de 2004, recurso ordinario 1381/2001 (NFJ029060).

Centraremos la cuestión en el análisis del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas, aprobado por Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, norma que aunque esté derogada por el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de desarrollo de la Ley 58/2003, en materia de revisión administrativa [disp. derog. única, 1, c)], representa la normativa a la que hacen referencia ambas sentencias del Tribunal Supremo.

La tesis de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Segunda, reiterada en múltiples sentencias, entre otras, la dictada en fecha 24 de enero de 2008, recurso 76/2005 (NFJ029097), es que se podía disociar dicho trámite cuando el que intervenía en segunda instancia era el Director del Departamento (no entramos a analizar la cuestión relativa a si únicamente dicha autoridad administrativa podía interponer dicho recurso o también podía interponerlo el Director General de Tributos).

La Audiencia Nacional había considerado conforme a Derecho dicha disociación en base a los siguientes argumentos:

- Si bien el artículo 103 del Real Decreto 391/1996, establecía que la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional debía notificarse al Departamento de Inspección en el plazo de cinco días «Remisión a los órganos legitimados para recurrir», al decir «Cuando los Tribunales Regionales y Locales dicten resoluciones en única o primera instancia, por las que se estime la reclamación, en todo o en parte, remitirán en el plazo de cinco días una copia de la resolución dictada a los órganos legitimados para recurrir de acuerdo con los artículos 120 y 126, de este Reglamento», este precepto debía ponerse en relación en el artículo 19.2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el que la eficacia de las comunicaciones entre órganos administrativos se hace depender de la recepción, al establecer «Las comunicaciones entre los órganos administrativos podrían efectuarse por cualquier medio

que asegure la constancia de su recepción». Reseñar a este respecto que en el artículo 120 y siguientes se regulaba el recurso de alzada ordinario, mientras que en el artículo 126, se preveía el recurso extraordinario de alzada para unificación de criterio.

Además, se indicaba por la Audiencia Nacional, que retrasar la salida de la comunicación al Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, llevaría a la posibilidad de que el acto ganara firmeza y fuera irrecurrible para la Administración, antes de que la comunicación llegara al propio órgano de la Administración legitimado para recurrir, mientras que una notificación igualmente tardía para el interesado le impediría a este la impugnación en alzada de la resolución.

En el mismo sentido, el incumplimiento de los plazos dentro del régimen interno de la Administración, relativos a comunicaciones, no puede tener efectos invalidantes, pues en esta materia como en la práctica generalidad del actuar administrativo regía el principio general de la validez de las actuaciones administrativas extemporáneas, salvo que el plazo sea esencial, lo que consagra como principio el artículo 63.3 de la Ley 30/1992, al señalar que «La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas solo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo», dado que, en primer término, del incumplimiento del plazo con que contaba reglamentariamente el TEAR para efectuar la notificación a los interesados y a los órganos administrativos legitimados para recurrir no se deduce que se hubiera producido indefensión a los recurrentes y, además, las normas reglamentarias reguladoras del recurso de alzada no atribuían a dichos plazos la relevancia pretendida, al no ser determinantes del nacimiento o extinción de derechos, sino que deja intactas las posiciones jurídicas de los recurrentes.

- Aunque el recurso, que debía interponerse en el plazo de 15 días, artículo 121.1 contados desde el día siguiente al de su notificación o comunicación, conforme a los artículos 102 y 103 del Reglamento, computándose únicamente los días hábiles (art. 63.1 del citado cuerpo legal) debía reunir una serie de requisitos, según el artículo 123.1, del citado Reglamento, pues en él «deberá exponer el recurrente los motivos en que se funde, y podrá acompañar los documentos que estime pertinentes», precisando el precepto «sin que en la segunda instancia sea procedente la puesta de manifiesto del expediente para alegaciones, salvo en los casos previstos en el apartado 2, del artículo anterior y en el apartado 2 del artículo siguiente», precepto que además aparecía reforzado con lo dispuesto en el apartado segundo «Después de la presentación de este escrito no se admitirá documento alguno y el Tribunal mandará devolver de oficio los que se presenten, sin ulterior recurso», la actuación del Director aunque no fuera reconocida o regulada, no estaba expresamente prohibida, pues el artículo 123 parecía limitarse a los casos en que el interesado destinatario en materia tributaria fuera quien recurriera, pues para formalizar el recurso, esto es, para indicar los motivos de nulidad que se esgrimían contra la resolución dictada en la instancia por el TEAR y los razonamientos en que tales motivos se sustentaban, no era preciso recabar ningún expediente, ni el de gestión ni el de reclamación ya conocidos por el interesado.

Incluso, se sostenía que el artículo 123 del Reglamento no podía interpretarse de forma aislada, sino conforme al artículo 122, apartados 2 y 3, referidos al caso, bien de que el recurso de alzada sea promovido por alguna de las autoridades que tiene reconocida legitimación

para formularlo, bien de que concurran terceros, esto es, otros interesados además del recurrente, en cuyo caso es necesaria la remisión de tales expedientes de gestión y de reclamación para que sean conocidos por quienes no han intervenido en la fase de instancia. En tal caso, pese a la ausencia de específica norma de procedimiento, lo determinante es que para formalizar el recurso de alzada –y para que la reclamante en la instancia que figura como recurrida en el recurso pueda formular fundadas alegaciones–, es preciso que quien haya promovido el recurso no siendo parte interviniente ante el TEAR pueda articularlo previo conocimiento de las actuaciones seguidas, tanto en la fase de gestión (o de inspección) como en la primera instancia económico-administrativa.

- La Sala no desconocía la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2002, recuso de casación 7368/1996 (NFJ011802), a la que posteriormente aludiremos, pero afirmaba que dicha doctrina no resultaba de aplicación al supuesto, pues la extemporaneidad del recurso de alzada que se declaraba en la sentencia dictada en la instancia –precisamente por esa Sala y Sección Segunda– era la consecuencia de la inactividad reiterada de la Administración Tributaria a la hora de dar respuesta a la prueba documental acordada de oficio por el Tribunal, a fin de determinar la fecha de entrada en el Ministerio de Economía y Hacienda de las comunicaciones relativas a las resoluciones estimatorias dictadas por el Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Madrid, recepción de la que no había constancia y que, después de intentada para mejor proveer, permaneció sin determinar merced al silencio de la Administración.

El Tribunal Supremo ha abordado la cuestión referida, sentando la siguiente doctrina jurisprudencial:

Sentencia de 18 de septiembre de 2001, dictada en recurso de casación en interés de ley, recurso n.º 3282/2000 (NFJ011192) en la que se declara:

«CUARTO. A pesar de los razonamientos expuestos por el Abogado del Estado recurrente, procede, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, desestimar el presente recurso y confirmar el criterio y la solución sustentada al efecto por la sentencia de instancia (cuyos argumentos damos aquí por reproducidos, haciéndolos nuestros), habida cuenta que la interpretación conjunta de los artículos 131 y 133 del Real Decreto 1999/1981 determina, forzosamente, dada la radicalidad de los requisitos formales establecidos en los mismos para la viabilidad del recurso de alzada en vía económico-administrativa y para que este goce de la virtualidad de un propio acto impugnatorio propiamente dicho, que su escrito de interposición, en el plazo improrrogable de 15 días desde la notificación de la resolución del TEAR que se intenta impugnar, contenga, ya, como algo ínsito y connatural al mismo, la exposición de los motivos en que se funde (en cuanto –como expresamente se precisa– no es procedente, en la segunda instancia, la puesta de manifiesto del expediente para posteriores alegaciones).

De no observarse todos los condicionantes expuestos, no se estaría ante la presencia de un recurso de alzada ordinaria en sentido estricto, con todos sus elementos de contraste justificativos, sino ante una mera, hueca y virtual pretensión, vacía de contenido y carente de todo predicamento, a la que, por tanto, no es aplicable lo previsto en los mencionados artículos 44 y 56 del Real Decreto 1999/1981 y 169 de la LGT.

Esta es la tesis que se deriva de los citados artículos 131 y 133 del Real Decreto 1999/1981, forzosamente aplicables al tiempo de la formalización de los escritos conformantes del recurso de alzada ordinaria de autos de 12 de junio y 9 de octubre de 1995, habida cuenta que, en tales fechas, aún no había entrado en vigor el Real Decreto 391/1996 y lo establecido innovativamente en sus artículos 121, 122 y 123.

En efecto, en estos últimos preceptos (que, como se ha dicho, no pueden servir de criterio para dilucidar lo que es objeto del presente recurso), ya se establece, *ad futurum*, matizando lo indicado en los artículos 131 y 133 del Real Decreto 1999/1981, que, si bien, según el artículo 123.1, "En el escrito de interposición de la alzada deberá exponer el recurrente los motivos en que se funde y podrá acompañar los documentos que estime pertinentes, sin que en la segunda instancia sea procedente la puesta de manifiesto del expediente para alegaciones, salvo en los casos previstos en el apartado 2 del artículo anterior...", sin embargo, a tenor del comentado artículo 122.2, "cuando el recurso se interponga directamente ante el Tribunal Central, en virtud de lo previsto en el apartado 2 del artículo anterior —es decir, cuando el recurso de alzada se promueva por alguno de los Directores Generales del Ministerio de Economía y Hacienda o Directores de Departamento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria—, el Secretario General, dentro de un plazo de ocho días, reclamará el expediente con todas las actuaciones al Tribunal Regional o Local correspondiente, al que se enviará el escrito de interposición del recurso, con objeto de que se dé vista del mismo, en unión de los expedientes, al reclamante y demás partes interesadas".

Es así, por tanto, que, en el caso de autos, debe aplicarse, según se ha dicho, el Real Decreto 1999/1981 (y no los citados arts. 121, 122 y 123 del RD 391/1996) y que, además, se está ante la presencia de dos escritos consecutivos presentados ante el mismo Tribunal Central (de modo que tampoco hubiera cabido el mecanismo de la reclamación y subsiguiente dación de vista acabado de exponer), es obvio que lo procedente es desestimar el presente recurso casacional».

Es decir, se establecía, con toda claridad, que en los procedimientos tramitados con el Real Decreto 1999/1981, el escrito de interposición del recurso debía contener las alegaciones, entendiéndose en caso contrario, es decir, cuando solo se anunciaba el recurso, que no había verdadera interposición del recurso, ya que únicamente podía entenderse planteado cuando se presentaban alegaciones. De no observarse esos condicionantes, se estaría sino ante una mera, hueca y virtual pretensión, según el Alto Tribunal.

Ahora bien, la misma sentencia señalaba que con los artículos 121, 122 y 123 del Real Decreto 391/1996 la solución era distinta, dando a entender que admitían el desdoblamiento del procedimiento

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2002, recuso de casación 7368/1996 (NFJ011802).

El Tribunal señala que el TEAC debió tratar al Director General de Tributos como parte recurrente, sin privilegio procedimental alguno, al igual que si se tratara de un recurso de alzada de un contribuyente.

En la sentencia de referencia, fundamento jurídico cuarto, se declara «Pues bien, cuando el que interpone el recurso ordinario de alzada es un Director General del Ministerio de Economía y

Hacienda, legitimado para ello, debe actuarse en materia de notificaciones, si cabe todavía, con mayor rigor, pues nos hallamos ante un recurso excepcional y ante la comunicación inter-órganos del Ministerio de Economía y Hacienda».

En el mismo fundamento jurídico, se analizaba el artículo 107 del Reglamento de 1981, aprobado por Real Decreto 1999/1981, de 20 de agosto, antecedente del artículo 103 del Reglamento de Procedimiento, indicándose que la notificación de la resolución al TEAR en el plazo de cinco días era de carácter imperativo. De esta manera, el Alto Tribunal indicaba: «Nos hallamos ante un precepto imperativo que contribuye a determinar el *dies a quo* del plazo para interponer el recurso de alzada, consistente en cinco días, más juntamente el tiempo que media desde que se envía la comunicación hasta que se recibe en la Dirección General del ramo, o dicho de otro modo el plazo para interponer el recurso ordinario de alzada por los Directores Generales no puede exceder de la suma de cinco días, más el tiempo en que se recibe la comunicación de la resolución estimatoria por el Director General del ramo, más quince días, siendo esta suma de tiempos improrrogable, pues el incumplimiento de cualquiera de sus fases, no puede perjudicar a los contribuyentes que han obtenido una resolución administrativa declarativa de derechos. El procedimiento correcto que se deduce de los artículos 109, 130 y 131 del Reglamento citado, y de los principios inspiradores del Procedimiento administrativo común, y que debió seguirse en el caso de autos, es como sigue: 1.º El estricto cumplimiento del plazo de cinco días de remisión por parte del Tribunal Regional de la resolución estimatoria. Esta es una tesis interpretativa fundamental, pues el incumplimiento de este plazo, sin consecuencias jurídicas, equivaldría a admitir la prórroga indefinida del plazo de interposición del recurso de alzada por los Directores Generales, pues no debe olvidarse que no se trata de una notificación a una persona jurídica distinta, sino una comunicación inter-órganos de la Administración General del Estado. En el caso de autos, la Resolución estimatoria fue dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Madrid el día 20 de junio de 1983 y la comunicación al Director General de Tributos se hizo el 6 de enero de 1984, o sea transcurridos seis meses y quince días. 2.º El plazo de recepción es, en principio indeterminado, pero es determinable, pues normalmente el envío se hace por correo, con franquicia, o si coinciden las sedes del Tribunal y de la Dirección General de que se trate puede hacerse por entrega mediante Agente. Interesa destacar que la fecha de recepción será aquella en que se reciba en el Ministerio de Economía y Hacienda, hoy de Hacienda o de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, en que se halle integrada la Dirección General, dato que figura en el correspondiente Registro de Entrada o bien en la fecha en que se reciba en la Dirección General, si la comunicación se le hubiera enviado directamente, dato que deberá consignarse en su correspondiente Registro. En el caso de autos, no ha habido manera de conseguir que la Administración Tributaria certificara la fecha en que las comunicaciones remitidas por el Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Madrid el 6 de enero de 1984 fueron recibidas por el Director General de Tributos. 3.º Aunque no lo diga expresamente el artículo 133 del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas, aprobado por Real Decreto 1999/1981, de 20 de agosto, es obligado resaltar que el escrito de interposición debe presentarse acompañado del certificado que constate la fecha de recepción de la comunicación de la resolución estimatoria del Tribunal Económico-Administrativo Regional (antes Provincial) única manera de que los interesados en la instancia y el propio Tribunal Central puedan apreciar la temporaneidad o no del recurso de alzada. Este certificado se incluye dentro de "los documentos que podrá acompañar el escrito de interposición que estime pertinentes", según dispone el apartado uno del artículo 133, referido. En el caso de autos no se ha cumplido este requisito, y, por ello, con toda razón la sentencia de instancia, al no poder conocer

dicha fecha, por culpa de la Administración, declaró la extemporaneidad del recurso ordinario de alzada del Director General de Tributos.»

Sentencia de 29 de enero de 2008, recaída en el recurso de casación para unificación de doctrina n.º 380/2003 (NFJ029058), y en concreto el voto particular concurrente a la referida sentencia, del Excmo. Sr. D. Manuel Vicente GARZÓN HERRERO, en el que con expresa mención a ese plazo de cinco días, se subraya con toda rotundidad, que el recurso de alzada es una anomalía en nuestro sistema administrativo, y que todo privilegio debía ser interpretado restrictivamente. Además, dado que las comunicaciones a que venimos aludiendo, tienen lugar en el seno de una misma persona jurídica «La Administración del Estado», no se podía hablar propiamente de notificaciones, sino de comunicaciones.

Por tanto, esas comunicaciones no podían demorarse más allá de lo absolutamente imprescindible, todo ello conforme al artículo 103 de la Constitución Española y mucho más en los tiempos actuales, en los que las comunicaciones son prácticamente instantáneas. Remitiéndose a la sentencia de 21 de enero de 2002 e interpretando los artículos 102, 103, 120 y 126 del Real Decreto, en dicho voto particular se sustenta que existía un plazo de 5 días para que los TEARA comunicaran las resoluciones susceptibles de recurso de alzada a los órganos legitimados para interponer dicho recurso. Así,

«En dichos preceptos se daba un plazo de cinco días para que en los TTEEAA comunicarían las resoluciones susceptibles del recurso de alzada a los órganos legitimados para interponer dicho recurso. Este debe ser el plazo a partir del cual debe computarse el plazo para la interposición de la alzada. Y ello por al menos dos razones. La primera, porque el régimen de las notificaciones no es aplicable a estas comunicaciones entre órganos, como ya he razonado. (a nadie se le ocurriría exigir en las comunicaciones el cumplimiento de los requisitos de la notificación sobre plazo para recurrir a y órgano ante el que debe hacerse la reclamación con los efectos regulados en la ley cuando no concurren esas circunstancias). La segunda, que los hipotéticos incumplimientos que de este plazo se derivan son deficiencias en la actuación de la Administración es ella quien debe soportar y no deben ser sufridos por el administrado.

Una última consideración, no se piense que mediante esta solución la Administración queda indefensa contra sus propios actos, todavía dispone del recurso de lesividad y los demás medios de Revisión de oficio. Se trata, en definitiva, de reducir los privilegios que el ordenamiento le confiere a un ámbito razonable».

Sentencias de 30 de enero de 2008 y de 6 de marzo de 2008 recaídas en los recursos de casación para unificación de doctrina n.º 92/2003 (NFJ028627) y n.º 316/2004 (NFJ028632).

En primer lugar, el Tribunal declara que el TEAC debió tratar al Director General de Tributos como parte recurrente, sin privilegio procedimental alguno, reiterando los términos de la sentencia de 21 de enero de 1992.

Citando el artículo 122.2, en relación con el artículo 123.1 del Real Decreto de 1996, ponen de manifiesto la diferencia que existe entre la reclamación económico administrativa, en la que existe un escrito en que el interesado se limita a pedir que se tenga por interpuesta la reclamación, y el recurso de alzada, en el que se debían contener necesariamente las alegaciones correspondientes (hechos, fundamentos jurídicos y petición que se concretan en el recurso) y los documentos que acompañan al mismo.

El Tribunal indica que en la segunda instancia en la vía económico-administrativa, no existe un trámite posterior de puesta de manifiesto del expediente para alegaciones, y por ello no existe la posibilidad de iniciar el recurso de alzada, mediante un escrito.

«Así pues, a diferencia de la posibilidad de iniciar la reclamación económico-administrativa mediante escrito en el que el interesado se limite a pedir que se tenga por interpuesta la reclamación, a la manera de escrito de iniciación del proceso contencioso-administrativo, el escrito de interposición del recurso de alzada ha de contener necesariamente las alegaciones correspondientes (hechos, fundamentos jurídicos y petición que se concrete en el recurso) y los documentos que acompañen al mismo al no haber con posterioridad, en la segunda instancia de la vía económico-administrativa, un trámite posterior de puesta de manifiesto del expediente para alegaciones y por ello no existe la posibilidad de iniciar el recurso de alzada mediante un escrito en el que el interesado se limite a pedir que se tenga por interpuesto el recurso, reservándose la realización de las alegaciones para un momento posterior».

En este sentido y reiterando dichos términos, vuelven a insistir:

«Además, pues, de los requisitos comunes a todo escrito de iniciación de un procedimiento, el recurso de alzada deberá contener, obligatoriamente, los hechos y fundamentos jurídicos que justifiquen la pretensión del recurrente. Y así, el artículo 123.2 del Real Decreto 391/1996 (que es transcripción del artículo 133.2 del Real Decreto 1999/1981) señala que "después de la presentación del escrito de interposición, no se admitirá documento alguno y el Tribunal mandará devolver de oficio los que se presenten, sin ulterior recurso"».

«La doctrina ha precisado que, aun cuando el artículo 123.1 del RPEA no exige la puesta de manifiesto previa del expediente para poder formular la interposición del recurso, parece evidente que si el recurrente estimase necesario el examen del expediente para fundar debidamente el recurso, tendrá derecho a ello, pudiendo examinar tanto el expediente de gestión para constatar algún dato que estime de interés para articular el recurso como el expediente correspondiente a la primera instancia para verificar cualquier otro extremo. Negar el acceso del recurrente al expediente podría colocarle en situación de indefensión».

«La interpretación conjunta de los artículos 121 y 123 del Real Decreto 391/1996, al igual que la de sus homólogos artículos 131 y 133 del Real Decreto 1999/1981, determina, forzosamente, dada la radicalidad de los requisitos formales establecidos en los mismos para la viabilidad del recurso de alzada en vía económico-administrativa y para que este goce de la virtualidad de un acto impugnatorio propiamente dicho, que su escrito de interposición, en el plazo improrrogable de 15 días contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución del TEAR que se intenta impugnar,

contenga, ya, como algo insito y connatural al mismo, la exposición de los motivos en que se funde en cuanto que –como expresamente se precisa– no es procedente en la segunda instancia el trámite de puesta de manifiesto del expediente ni habrá período de alegaciones, debiendo formularse estas en el mismo escrito de interposición».

«De no observarse todos los condicionantes expuestos, no se estaría ante la presencia de un recurso de alzada ordinario en sentido estricto, con todos sus elementos de contraste justificativos, sino ante una virtual pretensión, vacía de contenido».

Exponen, también, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2002, que el cumplimiento de plazos obliga a todos los intervinientes, sin posibilidad de concesión de plazos de gracia o cortesía que puedan beneficiar a una de las partes en detrimento de la seguridad jurídica. «El cumplimiento de las formalidades y plazos indicados en la interposición del recurso de alzada obliga a todos los intervinientes, sin posibilidad de la concesión de plazos de cortesía o de una interpretación que pueda beneficiar a una de las partes en detrimento del principio de seguridad jurídica (derivado del cumplimiento del indicado plazo y formalidades procedimentales)».

A continuación, el Alto Tribunal considera superado el criterio sentado en la sentencia de 18 de septiembre de 2001. Así, señala el Tribunal Supremo que la tesis expuesta en aquella sentencia debe considerarse superada, pues comparando el artículo 132.2 del Real Decreto 1999/1981, con la del artículo 122.2 del Real Decreto 391/1996, no se aprecia cambio significativo alguno en la redacción de los referidos preceptos.

«Esta Sala y Sección, en su sentencia de 18 de septiembre de 2001 (rec. num. 3282/2000) ya había establecido que en los procedimientos tramitados con el Real Decreto 1999/1981 el escrito de interposición del recurso debía contener las alegaciones, entendiéndose en caso contrario, es decir, cuando solo se anunciaba el recurso, que no había verdadera interposición del recurso, ya que únicamente puede entenderse planteado cuando se presentan alegaciones».

«La misma sentencia señaló que con los artículos 121, 122 y 123 del Real Decreto 391/1996 la solución era distinta, dando a entender que admitían el desdoblamiento del procedimiento entre anuncio del recurso y alegaciones.

Este criterio debe entenderse superado porque, comparando la redacción del artículo 132.2 del Real Decreto 1999/1981 con la del artículo 122.2 del Real Decreto 391/1996 no se aprecia cambio sustantivo alguno. El primero establecía que se dará "vista del escrito de interposición del recurso" a las "demás partes interesadas" y la novedad introducida por el Real Decreto 391/1996 es que, además de las partes interesadas, se dará vista al "reclamante". El "reclamante" es el sujeto que ins-
tó la reclamación en primera instancia, siendo el órgano que interpone la alzada "el recurrente", término acuñado por el apartado 3 del artículo 122 del Real Decreto 391/1996, en referencia a quien interpone el recurso».

Para reafirmar sus tesis el Alto Tribunal viene a indicar que si el escrito de interposición es un mero anuncio, las demás partes interesadas, al ser común el plazo de alegaciones –15 días según el art. 122.3 del RD 391/1996–, pueden desconocer los motivos de impugnación del órgano directivo,

atentándose contra el derecho del administrado a la defensa y al orden público, pues dado que primero tiene que exponer la parte que acciona y luego la parte que ejerce la oposición, la reclamante a cuyo favor produce efectos la resolución impugnada, podría desconocer los motivos de impugnación del órgano directivo.

«Ítem más, si el escrito de interposición del recurso es un mero anuncio, las demás partes interesadas, entre las que se incluye al reclamante a cuyo favor produce efectos la resolución impugnada, desconocerán los motivos de impugnación del órgano directivo, pues el plazo de alegaciones es común de quince días, como prevé el núm. 3 del artículo 122 del Real Decreto 391/1996, lo que atentaría al derecho del administrado a la defensa y al orden público procesal pues primero debe exponer la parte que acciona y después la parte que ejerce la oposición. En conclusión, ni el Real Decreto 1999/1981 ni el Real Decreto 391/1996 preveían un procedimiento de interposición del recurso de alzada ordinario distinto según que el recurrente fuera el propio reclamante o alguno de los órganos directivos legitimados para su interposición, sino un único procedimiento consistente en la formulación de alegaciones en el mismo escrito de interposición sin admitir posteriormente documento alguno, lo que convierte el anuncio previo en una pretensión vacía de contenido, como decíamos en la sentencia de 18 de septiembre de 2001, impidiendo así tener por planteado el recurso».

Tal afirmación parece no tener en cuenta, sin embargo, que una vez formalizado el recurso de alzada, es cuando debe concederse, tal como sucede, en la tramitación del referido recurso, plazo de alegaciones al resto de las partes, en cumplimiento del artículo 122.3 del Reglamento, incluido el reclamante.

Por último, el Alto Tribunal se cuida de precisarnos que el nuevo régimen del recurso de alzada ordinario, constituido por el artículo 241 de la nueva LGT y 61.2 del Reglamento aprobado por Real Decreto 520 /2005, ofrece algunos aspectos de interés a la hora de regular el procedimiento a seguir cuando el legitimado para recurrir hubiera estado o no personado en el procedimiento en primera instancia.

«El procedimiento a seguir es distinto según que el legitimado para recurrir hubiera estado personado o no en el procedimiento en primera instancia:

- a) Cuando el recurrente hubiera estado personado en el procedimiento en primera instancia, el escrito de interposición –dice el art. 241.2 de la Ley 58/2003– deberá contener las alegaciones y adjuntará las pruebas oportunas, resultando admisibles únicamente las pruebas que no hayan podido aportarse en primera instancia.
- b) Cuando el legitimado para recurrir no hubiera estado personado en el procedimiento en primera instancia, dice el artículo 61.2, párrafo 2.º, del RGRVA que el tribunal económico-administrativo regional o local le pondrá de manifiesto el doble expediente –el de aplicación de los tributos y el de la reclamación– para que pueda formular alegaciones en el plazo de un mes, contado a partir del día siguiente al de la notificación y, a continuación, dará traslado de ellas al reclamante en primera instancia y a los demás personados para que en el plazo de otro mes, contado a partir del día siguiente al de la notificación de la apertura de dicho plazo, puedan formular las alegaciones que estimen convenientes. (En total, dos meses

para que las partes –las que se personaron y las que no– efectúen alegaciones). Una vez completados estos trámites, los expedientes se remitirán al Tribunal Económico-Administrativo Central».

«Así pues, la Ley 58/2003 y su RGRVA de 13 de mayo de 2005 han introducido un cambio en la normativa reglamentaria anterior (RD 1999/1981 y RD 391/1996) al imponer el procedimiento de interposición con alegaciones solo cuando el recurrente haya comparecido en la reclamación en primera instancia. Cuando el recurrente en alzada no hubiera comparecido en la reclamación, el procedimiento en alzada se desdobra en dos fases: simple anuncio y posterior formulación de alegaciones, tal como desarrolla el artículo 61 del RGRVA».

En el nuevo texto legal se establece, por tanto, que cuando los órganos del Ministerio de Hacienda u órganos asimilados de las Comunidades Autónomas legitimados para interponer este recurso, no hubieran estado personados en el procedimiento en primera instancia, no tengan ya que acompañar las alegaciones junto con el escrito de interposición del recurso.

En suma, en las sentencias comentadas no se admite la interpretación de la Sala *a quo* que, en ese caso, entendía que dado que el Director no había intervenido en la fase de instancia, no podía conocer las actuaciones, por lo que era preciso la remisión del expediente, y por lo tanto una fase separada del anuncio y la formalización del recurso.

Es decir, tras las sentencias de 30 de enero y 6 de marzo de 2008 del Tribunal Supremo, se han eliminado algunas dudas que pudieran existir a la hora de declarar o no la extemporaneidad del recurso de alzada ordinario interpuesto por el Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Tributaria durante la vigencia del Real Decreto 391/1996:

1. El citado recurso debía interponerse en el plazo improrrogable de 15 días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución del TEAR que se intenta impugnar. Aunque en las sentencias comentadas no existe un pronunciamiento expreso del Tribunal sobre la necesidad de que se cumpla el plazo de 5 días, para que los TEAR comunicaran las resoluciones susceptibles de recurso de alzada a los órganos legitimados para interponer dicho recurso, a mi juicio, conforme a la línea jurisprudencial antes reseñada, podría defenderse que tal criterio fuera imperativo.
2. El escrito de impugnación deberá contener necesariamente las alegaciones correspondientes (hechos, fundamentos y petición en que se concreta el recurso), acompañando los documentos correspondientes en que se funda el mismo, sin que en segunda instancia sea procedente la puesta de manifiesto del expediente ni el período de alegaciones. De no suceder así, el escrito debería ser inadmitido al no tener virtualidad alguna.

Es claro, por tanto, que la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su función complementaria del ordenamiento jurídico (art. 1.6 del Código Civil) vinculará a los Tribunales y a los órganos económico-administrativos por razones de unidad de doctrina y seguridad jurídica.

PAPILLON O RETORNO A MARKS & SPENCER

(Comentario a la Sentencia del TJCE de 27 de noviembre de 2008,
asunto C-418/07) *

STELLA RAVENTÓS CALVO

Abogada

Socia de Balaguer-Morera & Asociados

Extracto:

EN la sentencia Papillon (C-418/07) el TJCE dictamina que la norma francesa sobre consolidación, que no permite que una sociedad francesa incluya en su grupo a las filiales residentes en Francia de las que es titular a través de una sociedad residente en Países Bajos, es incompatible con el artículo 43 del Tratado CE. En la sentencia se modifican los requisitos y el ámbito del principio de coherencia del sistema fiscal.

Palabras clave: TJCE, pérdidas, filiales, consolidación, coherencia del sistema fiscal y principio de proporcionalidad.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 310, enero 2009 o en *Normacef Fiscal y Contable* (NFJ030334).

Sumario

1. Los hechos y la cuestión prejudicial.
2. Restricción a la libertad de establecimiento.
3. «Resucita» la coherencia del sistema fiscal.
4. Pero siempre nos queda la proporcionalidad.
5. Conclusiones.

El 27 de noviembre de 2008 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha dado a conocer la sentencia en el caso C-418/07, *Société Papillon v. Ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique*. Se trata de una sentencia que, si bien coherente en principio con la que resolvió la célebre *Marks & Spencer*¹, entraña diferencias importantes con esta última y, a la postre, recorta un poquito más el margen de maniobra de los Estados miembros. Veamos por qué.

1. LOS HECHOS Y LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

La demandante, Société Papillon (en adelante, simplemente Papillon) es una sociedad residente en Francia que tiene, por un lado, unas filiales igualmente residentes en Francia y, por otro, una filial en Países Bajos, APC, BV, que posee, a su vez, el 99,99% de una sociedad francesa, Kiron, que es, a su vez, titular de otras sociedades francesas. Así, Papillon es la titular al 99,99% de Kiron, aunque indirectamente a través de la sociedad holandesa APC, BV.

A partir del 1 de enero de 1989, Papillon optó por el régimen francés de consolidación fiscal, establecido en el artículo 223 del *Code Général des Impôts*, incluyendo en el grupo a la sociedad Kiron. Obsérvese, y esto es fundamental para entender el caso, que no incluyó en el grupo a APC, BV, la sociedad holandesa intermedia, sino a la filial francesa de esta última, Kiron y a las filiales de esta última. Es decir, no se pretendía, al contrario de lo que ocurría en *Marks & Spencer*, la inclusión en el grupo consolidado francés de una sociedad no residente en Francia.

La Administración francesa se opuso a la incorporación de Kiron al grupo consolidado, sobre la base de que no podía darse «un grupo consolidado del que fueran parte sociedades dominadas indirectamente a través de una sociedad residente en los Países Bajos, la cual no estaba sujeta al impuesto de sociedades en Francia, y por ello no podía incluirse en el régimen de "consolidación fiscal"»².

Hay que decir que la ley francesa impone a las sociedades que pretendan integrarse como dependientes en un grupo consolidado los siguientes requisitos: (1) que la titularidad de la matriz en las filiales dependientes, directa o indirecta, sea, como mínimo, del 95% y se mantenga de forma continuada durante el ejercicio, (2) que las filiales dependientes hayan aceptado el régimen y (3) que los resultados de las filiales dependientes estén sujetos al impuesto sobre sociedades francés. No existe, como puede verse, exclusión específica de la titularidad indirecta a través de una sociedad no residente.

¹ C-446/03.

² Conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas el 4 de septiembre de 2008 (párrafo 11).

Volviendo a Papillon, como se ha dicho, esta no pretendía incluir en el grupo consolidado a una sociedad no sujeta al impuesto de sociedades francés, puesto que, al ser residente en Francia, Kirov lo estaba plenamente. El caso llegó, tras varios años de discusión, hasta el *Conseil d'État*, quien planteó al TJCE la correspondiente cuestión prejudicial en los siguientes términos:

- «1. En la medida en que la ventaja fiscal resultante del régimen de "consolidación fiscal" produce sus efectos en la imposición de la sociedad matriz del grupo, que puede compensar los beneficios y las pérdidas realizados por el conjunto de las sociedades del grupo consolidado y disfrutar de la neutralización fiscal de las operaciones internas de ese grupo, la imposibilidad derivada del régimen definido por los artículos 223 A y siguientes del *Code général des impôts*, de incluir en la composición de un grupo fiscal consolidado a una subfilial de la sociedad matriz, cuando dicha subfilial está dominada a través de otra filial que, al estar establecida en otro Estado miembro de la Comunidad Europea y no ejercitar actividades en Francia, no está sujeta al impuesto francés de sociedades y no puede, por tanto, pertenecer ella misma al grupo, ¿constituye una restricción a la libertad de establecimiento debido a las consecuencias fiscales que tiene el hecho de que la sociedad matriz opte por dominar a una subfilial a través de una filial francesa, o en lugar de ello a través de una filial establecida en otro Estado miembro?
2. En caso de respuesta afirmativa: ¿puede esa restricción estar justificada, bien sea por la necesidad de mantener la coherencia del sistema de "consolidación fiscal", en especial los mecanismos de neutralización fiscal de las operaciones internas del grupo, habida cuenta de las consecuencias que tendría un sistema consistente en considerar a la filial establecida en otro Estado miembro como perteneciente al grupo únicamente a los efectos de la circunstancia de dominación indirecta de la subfilial, pero quedando la primera filial citada excluida necesariamente de la aplicación del régimen de grupo por no estar sujeta al impuesto francés, bien sea por cualquier otra razón imperiosa de interés general?».

El 27 de noviembre el Tribunal emitió su fallo, que hacía suyas, solo hasta un cierto punto, las conclusiones de la Abogada General.

2. RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

No cabe duda de que, al versar sobre un grupo de sociedades, la cuestión debe examinarse a la luz del principio de libertad de establecimiento, y no a la del de movimiento de capitales, puesto que la frontera entre ambos principios la marca la existencia del control, o influencia real, sobre la inversión.

A partir de esa certeza, el Tribunal sigue el *iter* usual de sus análisis, es decir, analiza primero si existe efectivamente una restricción (aplicando la comparabilidad entre las situaciones); si, en caso de que esta restricción exista, puede estar justificada (recurriendo a las justificaciones habituales); y si, en caso de estar justificada, es proporcional porque no va más allá de lo estrictamente necesario.

Para establecer la posible restricción o diferente tratamiento, el TJCE compara (1) la situación de una sociedad matriz que tenga su domicilio en Francia y que controle a sus subfiliales francesas mediante una filial establecida en otro Estado miembro con (2) la de una sociedad matriz, igualmente residente en Francia, que controla a sus subfiliales a través de una filial también establecida en Francia. La última puede beneficiarse de la consolidación fiscal (una ventaja, según el Tribunal, ya que entraña una moderación de la presión fiscal), mientras que la primera no. La diferencia de trato por tanto es obvia. Y esa diferencia de trato es consecuencia de que, en el primer caso, la filial se encuentra en un Estado miembro distinto de Francia. No acepta el Tribunal, y es tajante, el argumento del gobierno francés, según el cual este hecho hace que las situaciones no sean comparables: «En efecto, admitir que un Estado miembro pueda libremente aplicar un trato distinto por el mero hecho de que el domicilio de una sociedad se encuentre en otro Estado miembro dejaría sin contenido las normas relativas a la libertad de establecimiento (...) Para determinar la existencia de una discriminación, debe examinarse la comparabilidad de una situación comunitaria con una situación puramente interna»³. Y puesto que la norma francesa va en detrimento de las situaciones comunitarias en comparación con las situaciones puramente internas, no cabe sino concluir que existe una restricción prohibida, en principio, por el Tratado.

3. «RESUCITA» LA COHERENCIA DEL SISTEMA FISCAL

Establecida la restricción constituida por la norma francesa, es menester analizar si, no obstante, dicha norma puede estar justificada por razones imperiosas de interés general.

El Tribunal rechaza la, últimamente tan invocada, necesidad de preservar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, que alegan los gobiernos alemán y holandés, y que se convirtió en la salvación de la normativa nacional en *Marks & Spencer* y *Oy AA*⁴. El TJCE recuerda que, en esos casos, lo que se discutía era la toma en consideración de pérdidas sufridas en un Estado miembro distinto del de la sociedad cabecera del grupo, mientras que en Papillon se pretende consolidar solo las pérdidas de las sociedades residentes en Francia.

Y es en este punto donde aparece una justificación que muchos (lo reconoce la propia Abogada General) creían que casi dormía ya el sueño de los justos: la coherencia del sistema fiscal. Recordemos que esta justificación se alegó, y fue aceptada, por primera vez, en las sentencias *Comisión contra Bélgica*⁵ y *Bachmann*⁶ (ambas de 28 de enero de 1992), y luego fue consisten-

³ Párrafos 26 y 27 de la sentencia.

⁴ C-231/05. Párrafos 55 y 60.

⁵ C-300/90. Bélgica supeditaba la deducibilidad de las primas de seguro complementario de vejez o de fallecimiento al requisito de que las primas se pagasen a empresas establecidas en Bélgica o al establecimiento belga de las empresas de seguros extranjeras. La pérdida de ingresos derivada de la deducción de las primas de seguro de vida de los rendimientos totales imponibles se compensaba con la imposición de las pensiones, rentas o capitales pagados posteriormente por los aseguradores.

⁶ C-204/90. En el caso *Bachmann* se discutía la deducibilidad, en el Estado miembro donde un nacional de Alemania, el Sr. Bachmann, percibía los rendimientos del trabajo (Bélgica), de primas de un seguro de vida contratado en otro Estado miembro (Alemania) donde había residido hasta que se trasladó a Bélgica. La sentencia BACHMANN y la justificación de la coherencia del sistema fiscal fueron objeto de grandes discusiones en su momento.

temente desestimada en los numerosos casos en los que se alegó. Es cierto, sin embargo, que en una sentencia muy reciente, *Krankenheim*⁷ tuvo una primera resurrección. En dicha sentencia, efectivamente, el Tribunal concluyó que la reintegración, en sede de una sociedad alemana, de las pérdidas sufridas por su establecimiento permanente en Austria, cuando este último entró posteriormente en beneficios, constituye una restricción, prohibida en principio por el Tratado, pero que dicha restricción «está justificada por la necesidad de preservar la coherencia del régimen fiscal alemán»⁸. Es difícil saber el origen y las razones de esta resurrección en *Krankenheim*, porque el Tribunal decidió sentenciar sin conclusiones del Abogado General, y el informe sobre la vista es extremadamente breve al respecto. El gobierno alemán se limitó a invocarla (de hecho, la viene invocando en casi todos los casos) y el Tribunal la aceptó. El caso de Papillon es curioso, porque quien alega esta posible justificación no es ninguno de los Estados que presentan observaciones, sino el propio tribunal de remisión (el *Conseil d'Etat*). Y esa coherencia del sistema la describe el *Conseil d'Etat* como «los mecanismos de neutralización fiscal de las operaciones internas del grupo». La interposición de una sociedad no residente en ese grupo impide que se neutralicen las operaciones y «supone el riesgo de que, por ejemplo, se tengan en cuenta más de una vez las pérdidas al calcular el resultado del grupo»⁹.

Como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal al respecto se consolidó en numerosísimos casos entre 1992 y 2007 en el sentido de que, para que una norma nacional, no obstante constituir una restricción prohibida en principio por el Tratado, pueda sin embargo considerarse justificada por la necesidad de mantener la coherencia del sistema fiscal, debe darse un requisito, a saber, que exista una relación directa (un vínculo) entre la ventaja fiscal de que se trate y la compensación de dicha ventaja mediante una determinada carga tributaria¹⁰. En otros casos, se requirió un requisito adicional, el de la identidad, y no solo en la persona (es decir, que tanto la ventaja como la compensación se den en el mismo contribuyente¹¹) sino en el impuesto de que se trate¹². Menciona la Sra. Kokott

⁷ *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH* (C-157/07), sentencia del 23 de octubre de 2008, párrafo 43. En otros párrafos de la sentencia Papillon –y de las conclusiones– se citan otros casos tales como *Manninen* (C-319/02), sentencia del 7 de septiembre de 2004 (en ese caso la cuestión se centraba en los dividendos distribuidos por una sociedad de un Estado miembro y percibidos por una persona física residente de otro Estado miembro donde los dividendos procedentes de fuente interna se integraban en el impuesto sobre la renta a fin de evitar la doble imposición, mientras que la integración no se preveía para los de fuente extranjera) y *Keller Holding* (C-471/06) sentencia del 23 de febrero de 2006. Esa referencia puede inducir a error, porque si bien en esos casos el Tribunal precisó los requisitos necesarios para poder apreciar la necesidad de conservar la coherencia del sistema fiscal, sin embargo en ninguna de esas dos sentencias se admitió la justificación.

⁸ *Krankenheim*, párrafo 43.

⁹ Párrafo 49 de las Conclusiones de la Abogada General.

¹⁰ La existencia del vínculo se exigió, entre otros, en *Danner* (C136/00) párrafo 36, *Bosal Holding* (C-168/01) p. 36, *Lankhorst-Hohorst* (C-324/00) p. 20 y *Skandia* (C-422/01) p. 33.

¹¹ Véase *Metallgesellschaft* (C-397/98) p. 70, *Wielockx* (C-80/94) p. 24, *X and Y* (C-436/06) p. 53. Muy claro queda en *Bosal Holding*, p. 29: «En lo que atañe a la alegación relativa a la necesidad de preservar la coherencia del sistema fiscal, el Tribunal de Justicia recordó, en su sentencia de 6 de junio de 2000, *Verkooijen* (C-35/98), apartado 57, que, en los asuntos que dieron lugar a las sentencias *Bachmann* y *Comisión/Bélgica*, antes citadas, existía un vínculo directo, por tratarse de un mismo y único contribuyente, entre la concesión de un beneficio fiscal y la compensación de dicho beneficio mediante un gravamen fiscal, efectuadas ambas en el contexto de un mismo impuesto».

¹² Véase nota a pie de página anterior. Además, de ciertos párrafos de algunas sentencias parece desprenderse que no es compensable el impuesto de renta sobre las personas físicas con el de las sociedades, con el del patrimonio o con los pagos a la Seguridad Social. Véase *Asscher* (C-107/94) p. 61, *Baars* (C-251/98) p. 40 o *Verkooijen* (C-35/98) p. 58.

que el requisito de la identidad parece haber desaparecido a partir de la sentencia *Manninen*¹³ (aunque por «identidad», la Abogada General se refiere tan solo a la de la persona, como si la del impuesto no se hubiera requerido). No es exactamente así: en una sentencia posterior, *Fournier*¹⁴, de 10 de marzo de 2005, en el párrafo 20, se sigue exigiendo: «A este respecto, es cierto que, en las sentencias *Bachmann* (...) y Comisión /Bélgica (...) el Tribunal de Justicia admitió que la necesidad de garantizar la coherencia del régimen tributario puede justificar una restricción del ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha precisado ulteriormente que, en los asuntos que dieron lugar a las sentencias citadas, existía un vínculo directo entre la posibilidad del sujeto pasivo¹⁵ del impuesto sobre la renta de deducir las primas del seguro de los ingresos imponibles y la imposición posterior de las cantidades debidas por los aseguradores en virtud de los contratos (...)). Sí que es cierto que ya no se observa en *Meilicke*¹⁶.

De cualquier modo, el TJCE parece dar la razón a la Abogada General, pues ni siquiera menciona esa necesidad de la identidad en la sentencia, limitándose a examinar si existe la relación directa entre la ventaja fiscal y la compensación de esa ventaja con un gravamen fiscal determinado, «debiendo apreciarse el carácter directo de ese vínculo en relación con el objetivo de la normativa controvertida¹⁷».

La ventaja, en Papillon, consiste en el cómputo inmediato de las pérdidas de algunas de las sociedades miembros del grupo que la consolidación permite. O, en palabras de la Abogada General «la ventaja reside en la consolidación de los resultados de los miembros del grupo: todas las pérdidas y ganancias de las diferentes sociedades se suman en el plano de la sociedad matriz y, constituyen, tras esa consolidación, la base imponible»¹⁸.

Por su parte, la contrapartida o compensación de esa ventaja consiste en asegurar que unas mismas pérdidas no puedan ser deducidas varias veces dentro del grupo, motivo por el que el régimen francés prevé que se neutralicen determinadas operaciones. El gobierno francés y, con él, la Abogada General y el Tribunal, se centra en la neutralización de las pérdidas. El ejemplo que se ofrece es el siguiente: «En efecto, en caso de pérdidas incurridas por la subfilial, la filial procederá normalmente a dotar las provisiones necesarias para reflejar la depreciación de su participación en dicha subfilial, por lo que la sociedad matriz deberá dotar las provisiones necesarias para reflejar la depreciación de su participación en su filial. En relación con una única y misma pérdida que se haya originado en la subfilial, en el supuesto de que todas las sociedades mencionadas estén acogidas al régimen de consolidación fiscal, mediante el mecanismo de la neutralización se prescinde de las provisiones por depreciación en lo tocante a la filial y a la sociedad matriz. No obstante, en el supuesto de que la filial fuera una sociedad no residente, se daría un doble cómputo de las pérdidas sufridas por la subfilial, una primera vez en forma de pérdidas directas de esta y nue-

¹³ La sentencia *Manninen* es de 7 de septiembre de 2004.

¹⁴ C-39/04.

¹⁵ El subrayado es nuestro.

¹⁶ C-292/04, sentencia de 6 de marzo de 2007, p. 26 y en *Heinrich Bauer Verlag* (C-360/06), sentencia de 2 de octubre de 2008, párrafo 37.

¹⁷ Párrafo 44.

¹⁸ Párrafo 54 de las Conclusiones.

vamente en forma de una provisión constituida por la sociedad matriz por depreciación de su participación en dicha filial, ya que no se neutralizarían las operaciones internas, dado que el régimen de consolidación fiscal no es aplicable a la filial no residente. En tal supuesto, debe señalarse que las sociedades residentes gozarían de las ventajas del régimen de consolidación fiscal, en cuanto a consolidación de los resultados y a cómputo inmediato de las pérdidas de todas las sociedades incluidas en ese régimen, sin que las pérdidas de la subfilial y las provisiones de la sociedad pudieran ser objeto de neutralización. En consecuencia, se aniquilaría de este modo la relación directa existente, en el régimen de consolidación fiscal, entre las ventajas fiscales y la neutralización de las operaciones internas del grupo, lo cual afectaría a la coherencia de dicho régimen»¹⁹.

Realmente es un poco difícil asimilar la neutralización de las pérdidas con la compensación de una ventaja, en el sentido tradicional que ello había tenido en la jurisprudencia del Tribunal; y de ello es perfectamente consciente la Sra. Kokott que se esfuerza en dar una explicación plausible: «En los asuntos resueltos hasta ahora, en los que se consideró que la coherencia del régimen tributario era el motivo de justificación decisivo, se trataba, en este sentido, de la desventaja de un ajuste compensatorio, es decir, de una tributación. En el supuesto presente, por el contrario, la desventaja reside en la neutralización de determinadas operaciones dentro del grupo. No se puede considerar que esta constituya, en sentido estricto, una carga tributaria, pues las disposiciones de neutralización no suponen ninguna recaudación fiscal. No obstante, se puede ver en ellas una desventaja fiscal, pues no se tienen en cuenta determinadas medidas, como la depreciación de participaciones, al contrario de lo que ocurría al calcular de modo autónomo el impuesto de una sola sociedad. Entre las disposiciones de neutralización y la consolidación fiscal existe también una relación directa, pues solo se otorgará una consolidación de los resultados de las sociedades del grupo si al mismo tiempo queda asegurado que el objetivo perseguido no se falseará al tener en cuenta varias veces determinadas pérdidas»²⁰. Se entienden los esfuerzos de la Abogada General. Porque la neutralización de las pérdidas no es en puridad una ventaja fiscal sino un mecanismo inherente a la consolidación. En este sentido es, evidentemente, coherente que la consolidación comporte la neutralización de las operaciones intragrupo: las pérdidas son una operación intragrupo más y es lógico que se neutralicen, pero no solo para que dichas pérdidas no se utilicen dos o más veces. Se eliminan precisamente por tratarse de una operación intragrupo.

Pero aunque la coherencia sea fácilmente apreciable, de lo que no cabe duda es de que, en esta sentencia, la coherencia del sistema fiscal, al abandonar definitivamente uno de los requisitos tradicionales (la identidad en el contribuyente), da un giro radical a otra de las conclusiones a que se había llegado en casos como *Bosal Holding*²¹ y *Keller Holding*²², a saber, que el principio de coherencia

¹⁹ Párrafos 47, 48, 49 y 50 de la sentencia.

²⁰ Párrafo 59.

²¹ C-168/01. Párrafo 36: «Por lo demás, es posible interrogarse sobre la coherencia de un sistema fiscal basado en la existencia de una relación entre los gastos de participación y la existencia de beneficios imponibles en los Países Bajos en el seno de un mismo grupo de sociedades, cuando las filiales de sociedades matrices establecidas en otros Estados miembros no pueden deducir de sus beneficios imponibles en los Países Bajos los gastos de participación de estas sociedades matrices». El Tribunal no aceptó la justificación.

²² «La normativa controvertida en el litigio principal no establece relación alguna entre la deductibilidad de los gastos de financiación relacionados con las participaciones de la sociedad matriz y los beneficios imponibles a cargo de la filial

fiscal no es predicable respecto de los grupos de sociedades (porque un grupo lo forman diferentes sociedades). Quien esto suscribe ha mantenido que en *Marks & Spencer* el Tribunal de Justicia aceptó una justificación de nuevo cuño, la del mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, precisamente porque no podía aplicar el de coherencia del sistema fiscal debido a los estrictos requisitos que él mismo había impuesto²³. La salida se la había dado el Abogado General de aquel caso, Poiars Maduro, siguiendo la sugerencia de la Abogado General en *Manninen* que, curiosamente, era Kokott, la misma que en Papillon. Por ello, la cuestión que se plantea es cuál hubiera sido el resultado si el Tribunal, al decidir en *Marks & Spencer*, hubiera, como ha hecho en Papillon, prescindido de los límites que él mismo se había impuesto con respecto del principio de coherencia del sistema fiscal. Quizá el resultado práctico no hubiera diferido demasiado, porque, a la postre, tanto en *Marks & Spencer* como en Papillon se recurre, como veremos, al principio de proporcionalidad, pero, desde luego, otros casos que ha habido entre los dos pronunciamientos hubieran debido enfocarse diversamente, al no haber hecho acto de presencia el ya famoso reparto de la potestad tributaria. Y, quién sabe si, en este momento, la sentencia *Marks & Spencer* hubiera sido menos condescendiente con los Estados miembros.

4. PERO SIEMPRE NOS QUEDA LA PROPORCIONALIDAD

Del análisis anterior, el TJCE concluye que, puesto que, efectivamente, se da una relación directa entre la ventaja y la compensación, puede aplicarse la justificación de la necesidad de salvaguardar la coherencia del sistema tributario. Consecuentemente, las normas sometidas a examen pueden garantizar la coherencia del sistema fiscal francés.

Pero, acto seguido, el Tribunal entra en el examen de la proporcionalidad de la norma con el fin perseguido o, dicho de otra manera, de si la normativa nacional no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de la coherencia del sistema fiscal. El TJCE rechaza las dificultades prácticas que alega el gobierno francés para comprobar que no ha existido doble imputación de pérdidas cuando entre la matriz y las subfiliales se interpone una filial no residente. Y lo rechaza por dos razones: la primera porque, como el propio TJCE ha manifestado repetidamente, «las dificultades prácticas no pueden justificar por sí solas ninguna restricción a una libertad garantizada por el Tratado»²⁴. La segunda, porque los Estados miembros tienen a su disposición una serie de instrumentos para obtener la información necesaria, ya sea solicitándola de la propia sociedad matriz (como requisito para poder aplicar la consolidación), o de las autoridades de los otros Estados. Este intercambio de información resulta ahora todavía más fácil por cuanto se están aplicando medidas comunitarias de armonización en materia de contabilidad de sociedades «por lo que existe la posibilidad de presentar datos fiables y que puedan comprobarse en relación con una sociedad establecida en otro Estado

indirecta. Por otro lado, los beneficios obtenidos por dicha filial indirecta y que le han permitido distribuir dividendos están sometidos al impuesto sobre sociedades en Austria, del mismo modo en que están gravados en Alemania los beneficios de una filial indirecta cuyo domicilio social radique en este Estado miembro, resultando indiferente a este respecto el lugar de establecimiento de la sociedad matriz». (p. 43).

²³ «La sentencia *Marks & Spencer*: una ocasión perdida» en *Quincena Fiscal* Aranzadi 6/2006, Editorial Aranzadi, Pamplona.

²⁴ Párrafo 54.

miembro»²⁵. Puesto que, con la normativa cuestionada en la mano, a las sociedades francesas no se les permite probar la inexistencia de una doble imputación de pérdidas, hay que concluir que la norma francesa va más allá de lo necesario para garantizar la coherencia del régimen fiscal.

Y llegados a este punto hay que congratularse de la decisión del Tribunal. En sus conclusiones, la Abogada General proponía que se dejara en manos del órgano jurisdiccional remitente la apreciación sobre la proporcionalidad de la norma francesa con respecto al objetivo perseguido. Y aquí el Tribunal se aparta de la recomendación de la Sra. Kokott cuando decide que «las disposiciones del CGI controvertidas en el asunto principal van más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo y, por lo tanto, no pueden estar justificadas por la necesidad de garantizar la coherencia del régimen fiscal»²⁶. Sin más, sin remisión a la discrecionalidad del juez nacional. Y decimos que hay que congratularse porque, si bien hay casos en los que la apreciación de los hechos en un supuesto concreto resulta imprescindible para hallar una solución y esa apreciación de los hechos puede ser solo accesible al tribunal nacional, el TJCE tiene, por lo general, la información necesaria, y si no la tiene puede pedirla, para poder enjuiciar la compatibilidad, no de una situación concreta, sino de una norma nacional, con los principios del Tratado. Por otro lado, con demasiada frecuencia hacen las autoridades nacionales caso omiso de las sentencias del Tribunal cuando estas son meridianamente claras. Si, además, el sentido de la sentencia queda matizado por la interpretación que pueda hacer el juez nacional, entonces podemos ya prescindir en gran medida de la jurisprudencia comunitaria.

5. CONCLUSIONES

La sentencia es importante. No tanto porque venga a resolver un problema acuciante de índole general²⁷—no creemos que sea un caso que se haya dado hasta ahora con frecuencia en la práctica—sino porque viene a poner un clavo más en el ataúd de los sistemas fiscales nacionales. Al amparo de esta sentencia, las sociedades multinacionales podrán estructurar sus grupos a través de filiales residentes en otros Estados miembros, sin que ello afecte en absoluto a su capacidad de integrarlos en su mismo grupo fiscal. Ello obligará a las administraciones fiscales a tener que establecer un mayor control sobre las eliminaciones que se practiquen y sobre las compensaciones de pérdidas, con el fin de comprobar que no han sido duplicadas. Normalmente la información vendrá dada por la propia empresa, pero en otras se hará imprescindible el recurso al intercambio de información, con lo cual el ámbito de actuación deberá movilizar cada vez en mayor medida a administraciones fiscales de distintos Estados miembros.

En cuanto a España, el impacto de la sentencia debería traducirse en la modificación del apartado 4 d) del artículo 67 del TRLIS: «No podrán formar parte de los grupos fiscales las sociedades dependientes cuya participación se alcance a través de otra sociedad que no reúna los requisitos esta-

²⁵ Párrafo 57.

²⁶ Párrafo 62.

²⁷ A diferencia, por ejemplo, del tratamiento de los establecimientos permanentes, los dividendos, la subcapitalización o la normas sobre transparencia fiscal, que afectan a gran número de sociedades.

blecidos para formar parte del grupo fiscal». Y decimos debería porque, con respecto a algunas de las sentencias del TJCE, las autoridades fiscales españolas han hecho oídos más que sordos (no son las únicas, eso hay que reconocerlo). Así, mientras en ámbitos tales como la subcapitalización y la transparencia fiscal internacional se fue diligente en la modificación (la percepción de dividendos de sociedades extranjeras por parte de personas físicas residentes en España requirió de dos sentencias²⁸), en otros, tales como la tributación de los no residentes con deducción de los gastos, no ha habido reacción legislativa alguna. Hasta el punto de que la Comisión ha tenido que iniciar el correspondiente procedimiento de infracción²⁹.

Especialmente significativa resulta la (que sepamos, única) reacción de la administración española frente a la famosa sentencia en el caso *Marks & Spencer*, que es la contestación de la Dirección General de Tributos (de 22 de febrero de 2007) a la consulta vinculante V0325/2007, donde se pregunta específicamente si, a raíz de la sentencia mencionada, sería admisible que una sociedad española pudiera compensar las bases imponibles negativas que su sociedad filial en Portugal ha perdido definitivamente la posibilidad de compensar en ese país. La contestación reza de esta guisa: «Apreciar la compatibilidad entre el derecho interno y las disposiciones del Tratado de la Unión Europea, en adelante TCE, es competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 220 del TCE sin perjuicio de las cuestiones prejudiciales que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros puedan interponer ante dichos Tribunales, siguiendo lo dispuesto en el artículo 234 del TCE. Por tanto, este Centro Directivo no es competente para pronunciarse acerca de la primera cuestión planteada por la consultante». La resolución reproduce a continuación el fallo de la sentencia mencionada por la consultante: «Los artículos 43 CE y 48 CE no se oponen, en el estado actual del Derecho comunitario, a la normativa de un Estado miembro que excluye **con carácter general**³⁰ la posibilidad de que una sociedad matriz residente deduzca de su beneficio imponible las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial establecida en el territorio de este, cuando prevé tal posibilidad en el caso de pérdidas sufridas por las filiales residentes».

No le queda más remedio a la Dirección General de Tributos que reconocer, sin embargo, que «es cierto que las consideraciones del Tribunal profundizan en el carácter proporcionado de esta solución y plantean sobre la existencia de medidas menos restrictivas para hacer efectivo el mercado interior. De hecho el fallo señala lo siguiente: "No obstante, es contrario a los artículos 43 CE y 48 CE excluir dicha posibilidad de la sociedad matriz residente cuando, por una parte, la filial no residente ha agotado las posibilidades de que se tengan en cuenta las pérdidas sufridas en su Estado de residencia en el período impositivo correspondiente a la solicitud de consolidación y en los ejercicios anteriores y cuando, por otra parte, no existe la posibilidad de que dichas pérdidas puedan ser tenidas en consideración en su Estado de residencia en ejercicios futuros respecto de ella misma o de un tercero, en especial, en caso de cesión de la filial a este"». Y sigue la Dirección General de Tributos «Esta propuesta plantea dificultades para ser llevada a la práctica. Como reconoce la propia resolución europea,

²⁸ *Verkooijen y Manninen*.

²⁹ Por ejemplo, las dos de 16 de octubre de 2008, una sobre el gravamen de la renta bruta de los no residentes, en base a la sentencia *Asscher*, y otra sobre restricciones a la salida de personas físicas, y la de 27 de noviembre sobre la salida de las sociedades, las dos últimas en base a la sentencia *Lasteyrie du Saillant*, etc.

³⁰ La negrita es nuestra.

párrafo 58: "Por otra parte, en la medida en que resulte posible identificar otras medidas menos restrictivas, estas requerirán, en cualquier caso, normas de armonización adoptadas por el legislador comunitario". En consecuencia:

«Este Centro Directivo considera que las normas del Impuesto sobre Sociedades español antes analizadas ³¹ ofrecen una solución a estos problemas y se consideran adecuadas y proporcionadas para atender a las pérdidas de inversiones internacionales de acuerdo con el contexto jurídico comunitario y español vigente en la actualidad. Si bien se reconoce que son posibles otras medidas que puedan ofrecer mejor solución, las mismas deben pasar, como reconoce la sentencia, por actos normativos europeos hoy inexistentes».

No parece una respuesta satisfactoria. Lo que *Marks & Spencer* dice es que no es incompatible con el Derecho comunitario la norma que, con **carácter general**, excluye la posibilidad de que la matriz residente deduzca las pérdidas de la filial no residente. Repetimos, con carácter general. Pero sí es incompatible la norma que no lo permite en determinadas circunstancias, a saber, cuando la filial no residente ha agotado, en el pasado y para el futuro, las posibilidades de compensar sus pérdidas. Así ocurrió en el caso de *Marks & Spencer* y así debería ocurrir en el caso de la consultante. Y así, en esas circunstancias, debería permitirlo la norma española, sin necesidad de una norma de armonización del derecho comunitario, que podrá ser muy conveniente pero no es imprescindible. Lo contrario significa que la sociedad española tendrá que deducirse las pérdidas de la filial (como le permite el derecho comunitario), aceptar el acta correspondiente, conseguir que el tribunal que vea su caso plantee la cuestión prejudicial ante el TJCE y esperar a que este último emita un auto (porque se trataría de un caso ya decidido). ¿No sería mucho más efectivo, en aras al ahorro de tiempo y esfuerzos por ambas partes, contestar que, sujeto a comprobación de que, efectivamente, esas pérdidas no podrían ya compensarse nunca en sede de la filial, la sociedad podría deducirse las pérdidas, tal y como tiene establecido el TJCE?

³¹ Se refiere a la provisión por depreciación de valores mobiliarios.

LA VALORACIÓN DE LA INVERSIÓN EMPRESARIAL, LAS OPCIONES REALES Y LA SIMULACIÓN DE MONTE CARLO. PROPUESTA Y APLICACIÓN DE UN MODELO

SUSANA ALONSO BONIS

VALENTÍN AZOFRA PALENZUELA

GABRIEL DE LA FUENTE HERRERO

Departamento de Economía y Administración de Empresas.

Universidad de Valladolid

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Eduardo BUENO CAMPOS, don Sotero AMADOR FERNÁNDEZ, don Manuel GARCÍA-AYUSO COVARSI, don Juan MONTERREY MAYORAL, don Javier ROMANO APARICIO y don Enrique VILLANUEVA GARCÍA.

Extracto:

EL presente trabajo se enmarca dentro del enfoque de Opciones Reales. Bajo esta denominación se reúnen un conjunto de modelos de valoración de la empresa y sus inversiones que resultan de la aplicación de la teoría de opciones financieras al análisis de la estrategia empresarial. Concretamente, el objeto de la investigación consiste en la propuesta de un modelo de valoración de las opciones reales que combina la simulación de Monte Carlo, la programación dinámica y la regresión estadística. A los beneficios que se derivan del empleo conjunto de la simulación y la programación dinámica –en términos de la flexibilidad en la modelización de la corriente de flujos subyacente y la consideración de las expectativas de su evolución futura– se consigue añadir el menor consumo de recursos requerido por la regresión estadística en la estimación de la política de ejercicio óptima. La metodología de valoración que se propone permite el análisis de una amplia variedad de inversiones, cualquiera que sea la naturaleza de los resultados, tangibles e intangibles, que proporciona o el número y comportamiento estocástico de las variables de estado que determinan su futuro. Finalmente, la aplicación del modelo propuesto a la valoración de un caso ficticio de inversión empresarial tiene por objeto ilustrar la operativa del procedimiento en cada etapa en que se lleva a cabo su implementación.

Palabras clave: opciones reales, valoración de empresas, simulación de Monte Carlo, opciones americanas, procesos estocásticos diversos y múltiples variables de estado.

Sumario

1. Introducción.
2. La simulación de Monte Carlo y las opciones reales.
 - 2.1. La simulación de procesos estocásticos no convencionales.
 - 2.2. La simulación de múltiples variables de estado.
 - 2.3. La simulación y el ejercicio anticipado de la opción.
3. El problema de valoración.
4. El proceso de valoración con simulación de Monte Carlo.
5. Aplicación de la propuesta de valoración a un caso ficticio en el ámbito de las opciones reales.
6. Conclusión.

Bibliografía.

NOTA: Este trabajo se ha beneficiado de la ayuda financiera recibida del Ministerio de Educación y Ciencia y FEDER (ref. SEJ2007-67382). Los autores agradecen las valiosas sugerencias recibidas de Máximo BORRELL, Myriam GARCÍA, Prosper LAMOTHE, Pablo FERNÁNDEZ, Javier F. NAVAS, de participantes en la 10.^a edición del *International Real Options Conference*, la 1.^a edición del *International Conference of Finance*, el XV Congreso Nacional de ACEDE y el XIII Congreso de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas. Los errores y omisiones son responsabilidad de los autores.

1. INTRODUCCIÓN

En la primavera de 2000, Tom COPELAND auguraba que el enfoque de las opciones reales acabaría sustituyendo al modelo del descuento de flujos en menos de 10 años (COPELAND, 2000). Este pronóstico puede parecer un plazo inconcebiblemente escaso para tamaño empresa, pero supone un proceso de cambio de más de 30 años de duración, que se inicia en 1977 a propuesta de STEWART C. MYERS y se prolonga hasta nuestros días.

Además de ofrecer nuevas luces en la comprensión del proceso de generación de valor, el enfoque de las opciones reales proporciona herramientas cuantitativas apropiadas para la valoración de la empresa y sus inversiones, que resultan de la aplicación de la metodología desarrollada en el ámbito de los derivados financieros. Sin embargo, son varias las razones esgrimidas para justificar la remisa difusión del enfoque en la práctica empresarial: NEWTON y PEARSON (1994) señalan la elevada complejidad operativa de los modelos, MYERS (1996) sugiere la falta de comprensión de la filosofía del enfoque por parte de los directivos y LANDER y PINCHES (1998) aluden al incumplimiento de algunos de los supuestos requeridos por los modelos matemáticos. A estas dificultades cabe añadir un problema mayor, cual es la ausencia de una fórmula única –de la que sí dispone el modelo de descuento– que sea susceptible de aplicación a la valoración, si no ya de la totalidad, al menos de las opciones más frecuentes en la inversión empresarial. Al contrario, el enfoque de opciones reales está conformado por un amplio conjunto de fórmulas analíticas y procedimientos numéricos, cada uno de ellos apropiado para un ámbito de aplicación limitado.

El hecho de que la mayoría de los modelos de valoración planteados se centren en la valoración de derechos específicos definidos sobre activos subyacentes de naturaleza también específica, deja a un lado la frecuente complejidad presente en los proyectos de inversión evaluados por las empresas. Esta complejidad se refiere, principalmente, a la caracterización de las oportunidades de inversión en términos del ejercicio anticipado del derecho y de la dependencia de la corriente de flujos subyacente de múltiples y diversas fuentes de incertidumbre. Así, las aproximaciones analí-

ticas y los procedimientos numéricos más habituales –modelo binomial (COX, ROSS y RUBINSTEIN, 1979) y diferencias finitas (BRENNAN y SCHWARTZ, 1978)– permiten considerar la posibilidad del ejercicio anticipado, pero su implementación informática resulta costosa cuando se contempla la existencia tanto de procesos estocásticos diferentes de la familia del geométrico-browniano como de múltiples fuentes de incertidumbre. Además, en no pocas ocasiones, los intentos de extensión de los modelos existentes para la incorporación simultánea de las anteriores consideraciones suponen un incremento tal del consumo de recursos, que ha hecho inviable la adaptación de aquellos a la realidad empresarial.

La paradójica falta de flexibilidad de los modelos de opciones ha alentado la búsqueda de nuevas herramientas de valoración, entre las que destaca la simulación de Monte Carlo. La peculiar naturaleza de la simulación de Monte Carlo permite el tratamiento directo de todo tipo de activo, cualquiera que sea el número y el tipo de comportamiento estocástico de las fuentes de incertidumbre de las que dependen sus resultados futuros. No se incluye, no obstante, entre las ventajas propias de la simulación de Monte Carlo la referida a la incorporación de las expectativas futuras sobre la evolución de los factores estocásticos, que se requiere en la valoración de derivados americanos. En consecuencia, la simulación no resulta por sí sola una técnica válida para la estimación de la política de ejercicio óptima de las oportunidades de inversión empresariales.

Durante algún tiempo, esta limitación ha restringido la aplicabilidad del método de Monte Carlo en la valoración de derivados. Sin embargo, su empleo junto a técnicas de programación dinámica se ha revelado recientemente como un valioso *tándem* en la resolución de los problemas de derivados financieros y apunta a convertirse en la principal herramienta de valoración en el ámbito de las opciones reales. Numerosas han sido las propuestas que, nuevamente desde el ámbito de los derivados financieros, han abordado la búsqueda de la flexibilidad de los modelos de valoración de opciones a partir de la combinación de ambas técnicas (TILLEY, 1993; BARRANQUAND y MARTINEAU, 1995; GRANT, VORA y WEEKS, 1996; LONGSTAFF y SCHWARTZ, 2001; BROADIE y GLASSERMAN, 2004). Y, aunque el tiempo transcurrido es escaso, diversas investigaciones reconocen mayor simplicidad y eficacia en el consumo de recursos –tiempo y requisitos informáticos–, en los procedimientos que emplean además la regresión estadística en la estimación de la política de ejercicio, tal y como plantean LOGSTAFF y SCHWARTZ en su trabajo seminal del año 2001.

El objetivo de esta investigación consiste en profundizar en el desarrollo de una metodología de valoración de las opciones reales a partir de la combinación de la simulación de Monte Carlo, la programación dinámica y la regresión estadística. La metodología de valoración que se propone ha de servir para analizar una amplia variedad de inversiones, cualquiera que sea la naturaleza de los resultados, tangibles e intangibles, que proporciona el número y comportamiento estocástico de las variables de estado que determinan su futuro. Esto es, ha de permitir la valoración simultánea de las principales características identificadas respecto a las oportunidades de inversión empresariales –ejercicio anticipado de los derechos, dependencia de múltiples fuentes de incertidumbre y diversos procesos estocásticos–. La implementación de la propuesta de valoración mediante una aplicación informática, proporciona una herramienta de cálculo que permite hacer frente a la complejidad operativa y el elevado número de operaciones que conlleva cada ejecución además de facilitar la sistematización de la toma de decisiones.

En lo que sigue, el trabajo se organiza del siguiente modo. En la sección segunda se presentan los fundamentos teóricos en los que se asienta el empleo de la simulación de Monte Carlo en la valoración de derivados y el modo en que dicho método permite superar los problemas asociados a la consideración explícita de cada una de las características de los proyectos de inversión comentadas anteriormente. Así, en diferentes subepígrafos se analizan la aproximación de procesos estocásticos no convencionales a partir del método de Monte Carlo; la simulación de la evolución futura de múltiples fuentes de incertidumbre entre las que se establecen relaciones de dependencia; y la posibilidad de incorporar el ejercicio anticipado de las opciones americanas a partir del empleo conjunto del método de Monte Carlo y la programación dinámica con especial atención a los que emplean además la regresión estadística. La sección tercera comprende la modelización del problema de valoración. El estudio de nuestra propuesta para la valoración de las oportunidades de inversión empresariales constituye el objeto de análisis de la sección cuarta. La diferenciación de tres etapas en el proceso de valoración permite describir profusamente los pasos que requiere la aplicación de los procedimientos basados en la simulación de Monte Carlo a la valoración de opciones reales. En la sección quinta se ilustra el funcionamiento del modelo propuesto mediante un caso ficticio en el ámbito de las opciones reales. Cierra el trabajo la recopilación de las principales conclusiones.

2. LA SIMULACIÓN DE MONTE CARLO Y LAS OPCIONES REALES

La utilización del método de Monte Carlo en la valoración de derivados fue inicialmente propuesta por BOYLE (1977) en el ámbito de las opciones financieras. Este procedimiento aproxima mediante simulación el proceso estocástico seguido por el activo subyacente al objeto de obtener la distribución neutral al riesgo de su valor en la fecha de vencimiento de la opción. La distribución así obtenida permite calcular el valor esperado del flujo de la opción en dicho momento, que se descuenta hasta el momento presente utilizando el tipo de interés libre de riesgo, para obtener el valor actual de la opción.

La característica esencial de la simulación de Monte Carlo reside en la obtención de muestras representativas de la evolución de las fuentes de incertidumbre presentes en el problema planteado, mediante la generación de números aleatorios. En la valoración de activos derivados, la aplicación de la simulación de Monte Carlo conlleva la obtención de muestras aleatorias de las trayectorias futuras del comportamiento dinámico de los factores relevantes del derivado en cuestión: activo/s subyacente/s, tipos interés y demás parámetros estocásticos del problema.

Al igual que los procedimientos numéricos más habituales en la valoración de opciones –modelo binomial y diferencias finitas–, se trata de una aproximación en tiempo discreto, en la que se divide el período que resta hasta el vencimiento en un conjunto de subperíodos. Sin embargo, y a diferencia del esquema binomial, las variables estocásticas consideradas no se modifican en cada subperíodo según una cantidad preestablecida o un factor de proporcionalidad. Mediante la simulación de Monte Carlo, en cada subperíodo, se obtienen nuevos valores de las variables subyacentes, determinados cada uno de ellos por una trayectoria aleatoria de su distribución, de manera que el número de nodos permanece constante a lo largo del tiempo. De este modo, al incorporar nuevos factores estocásticos en el problema de valoración –como el tipo de interés, la volatilidad o la tasa de dividendos, ... – el núme-

ro de nodos o estados de la naturaleza disponibles crece linealmente con el número de factores, superándose así las limitaciones inherentes a la consideración de múltiples fuentes de incertidumbre característica de otros procedimientos numéricos de valoración de opciones.

Lógicamente, la estimación de una única trayectoria de la evolución de cada factor estocástico considerado no constituye una aproximación apropiada del valor de la opción, sino que la aplicación de esta técnica requiere la aproximación de un gran número de trayectorias y el empleo del promedio de los valores obtenidos como estimador. Cuántas trayectorias estimar y cuántas particiones realizar del espacio temporal hasta el vencimiento de la opción son cuestiones que deben decidirse según las características específicas de cada opción y del comportamiento dinámico de las fuentes de incertidumbre de las que depende el valor del activo subyacente. En general, aumentar el número de trayectorias mejora la precisión del valor del derecho estimado, mientras que incrementar el número de subintervalos temporales normalmente garantiza que dicho valor converja hacia el correcto (STENTOFT, 2004).

La aplicación de las técnicas de simulación de Monte Carlo a la valoración de activos derivados se basa en la representación de su valor a partir de una esperanza, siendo precisamente el objeto de la simulación la producción de estimaciones en torno a un valor esperado. La analogía entre *probabilidad* y *volumen* constituye el punto de partida del método de Monte Carlo. La probabilidad de un evento se asocia con el volumen del mismo con relación al universo de resultados posibles. Utilizando esta identidad en sentido contrario, el método de Monte Carlo estima el volumen de un conjunto como la fracción de trayectorias que, a partir de un muestreo aleatorio sobre el universo de resultados posibles, caen en ese conjunto. La ley de los grandes números permite asegurar que esta estimación converge al valor buscado a medida que el número de trayectorias aumenta (GLASSERMAN, 2004: 1).

El valor esperado de una función, $E[f(U)]$, donde U es una variable aleatoria distribuida uniformemente entre 0 y 1, puede expresarse como la integral de f en dicho intervalo unitario:

$$\alpha = \int_0^1 f(x)dx \quad [1]$$

La simulación de Monte Carlo proporciona una estimación de dicha esperanza sin más que evaluar la función f en un conjunto finito de puntos aleatorios independientes y uniformes en el intervalo $[0, 1]$, $U_1, U_2, \dots, U_n$, y obtener el promedio de dichos resultados (GLASSERMAN, 2004: 2), es decir:

$$\hat{\alpha}_n = \frac{1}{n} \sum_{i=1}^n f(U_i) \quad [2]$$

Si f es integrable en el intervalo $[0,1]$ entonces, según la ley de los grandes números, se verifica que:

$$\hat{\alpha}_n \rightarrow \alpha \quad \text{con probabilidad 1 a medida que } n \rightarrow \infty$$

El teorema central del límite permite determinar la forma del error que se comete en la estimación de $\hat{\alpha}_n - \alpha$ después de un número finito de trayectorias. Este error sigue una distribución Normal de media cero y desviación típica $\frac{\sigma_f}{\sqrt{n}}$, donde:

$$\sigma_f^2 = \int_0^1 (f(x) - \alpha)^2 dx \quad [3]$$

Normalmente, el parámetro σ_f no se puede estimar ya que el valor *cierto* que pretendemos aproximar, α , es desconocido. En estos casos, la desviación del error típico de la estimación se aproxima utilizando la desviación muestral estándar:

$$s_f = \sqrt{\frac{1}{n-1} \sum_{i=1}^n (f(U_i) - \hat{\alpha}_n)^2} \quad [4]$$

El hecho de que el error estándar de la estimación tome la forma $\frac{\sigma_f}{\sqrt{n}}$ constituye la característica central del método de Monte Carlo. La calidad de la aproximación que produce el método de Monte Carlo mejora incrementando el número de observaciones, n . Además, la forma del error se mantiene no solo para intervalos unitarios sino cualquiera que sea la dimensión temporal del problema. Respecto a otros modelos de aproximación, el método de Monte Carlo presenta la ventaja de que su tasa de convergencia al valor *cierto* no depende de la dimensión del problema, lo que le convierte en una herramienta especialmente útil en la evaluación de problemas de gran dimensión. Y es que, dependiendo de cómo se haya formulado el problema de valoración, el espacio relevante puede llegar a alcanzar una dimensión infinita. De hecho, la dimensión es al menos tan grande como el número de intervalos de tiempo considerados en la simulación, resultando normalmente de tamaño suficiente para que la tasa de convergencia del método de Monte Carlo sea competitiva respecto a otros métodos alternativos (GLASSERMAN, 2004: 3).

Aparte de la generalidad de su aplicación en el ámbito científico, algunas de las ventajas atribuidas a las técnicas de simulación, se refieren a: su capacidad para incorporar múltiples fuentes de incertidumbre y estructuras de comportamiento de las variables exógenas con dependencias en el tiempo y correlaciones; la posibilidad de incrementar notablemente el nivel de precisión con tan solo incrementar el número de simulaciones en el análisis; la generalidad de activos a los que se puede aplicar; y, por último, su idoneidad para analizar el comportamiento del modelo (VOSE, 1996). Seguidamente, se examina el modo en que el método de Monte Carlo permite superar los problemas asociados a la consideración explícita de cada una de las características de los proyectos de inversión empresarial comentadas anteriormente.

2.1. La simulación de procesos estocásticos no convencionales.

La capacidad del método de Monte Carlo para generar muestras representativas de las variables inciertas con independencia del proceso estocástico que gobierne su evolución, constituye una cualidad preeminente en su aplicación a la valoración de derivados. La simulación de Monte Carlo permite aproximar procesos estocásticos muy generales, como los procesos de difusión planteados por MERTON (1976) y COX y ROSS (1976), procesos no markovianos, como los propuestos por HEATH, JARROW y MORTON (1992), e incluso semi-martingalas, como las usadas por HARRISON y PLISKA (1981)¹ (GRAVET, 2003: 45).

¹ Las semi-martingalas se caracterizan por ser los procesos estocásticos más generales sobre los que pueden definirse las integrales estocásticas. Para una completa revisión de la teoría de martingalas, véase DUDLEY (1989).

El punto de partida de cualquier simulación se sitúa en la generación de números aleatorios. El diseño e implementación de *generadores* de números aleatorios tiene por objeto producir secuencias de variables independientes que, por conveniencia, se distribuyen uniformemente en el intervalo $(0, 1)$. Las variables así obtenidas pueden transformarse fácilmente en muestras de cualquier otra distribución, disponiendo para ello de diversos métodos, entre los que destaca por su sencillez el *método de la transformación inversa* ².

De acuerdo con este procedimiento cada número aleatorio representa la probabilidad acumulada de la distribución del componente estocástico del proceso objeto de simulación ³. Los valores así alcanzados constituyen, precisamente, realizaciones de la muestra artificial o simulada. Es decir, si u_i representa la secuencia de números aleatorios uniformes generados en el intervalo $(0, 1)$, X la variable que recoge el componente estocástico del proceso y F la función de distribución de dicha variable, el método de la transformación inversa establece que:

$$X = F^{-1}(U) \text{ donde } U \approx \text{Uniforme}[0,1] \quad [5]$$

$$P(X \leq x_i) = P(F^{-1}(u_i) \leq x_i)$$

siendo x_i las realizaciones de la variable X . A partir de esta expresión la transformación inversa permite generar muestras de la distribución F , es decir:

$$\begin{aligned} P(X \leq x) &= P(F^{-1}(U) \leq x) \\ &= P(U \leq F(x)) \\ &= F(x) \end{aligned} \quad [6]$$

Las realizaciones muestrales así obtenidas sirven para aproximar la trayectoria continua que describe el proceso estocástico de la variable de estado en un conjunto finito de momentos. No obstante, la aproximación discreta del modelo en tiempo continuo es exacta, en el sentido de que la distribución de los valores simulados coincide con la del proceso continuo en dichos momentos discretos, solamente para algunos procesos. Es el caso, por ejemplo, del Movimiento Geométrico Browniano, los procesos de difusión tipo raíz cuadrada ⁴ y algunos procesos con saltos. Por su parte, cuando la simulación no es exacta es preciso utilizar los métodos de discretización diseñados al efecto, destacando el esquema de Euler por su fácil implementación y aplicación prácticamente universal. Así, dado un proceso S_t que satisface la siguiente ecuación diferencial estocástica:

$$dS_t = a(S_t)dt + b(S_t)dz_t \quad [7]$$

² Véase GLASSERMAN (2004) para una profunda revisión tanto de los métodos utilizados en la generación de variables aleatorias uniformes como de los métodos existentes para transformar estas variables en otras distribuciones.

³ En el ámbito de las aplicaciones financieras, la distribución Normal constituye habitualmente la distribución en torno a la que giran los modelos de simulación.

⁴ Véase COX, INGERSOL y ROSS (1985) para revisar este tipo de procesos.

la aproximación de Euler en un intervalo finito de tiempo $t_0 < t_1 < \dots < t_n$ se calcula secuencialmente sobre un esquema discreto utilizando la siguiente expresión:

$$\hat{S}_{t_{i+1}} = \hat{S}_{t_i} + a(\hat{S}_{t_i})(t_{i+1} - t_i) + b(\hat{S}_{t_i})\sqrt{(t_{i+1} - t_i)}Z_{i+1} \text{ para } i = 0, 1, \dots, n-1 \quad [8]$$

donde $Z_1, Z_2, \dots, Z_n$, simbolizan variables aleatorias independientes distribuidas según una Normal estándar. La notación $\hat{S}$ se utiliza para representar la aproximación discretizada en el tiempo de S .

El método de Euler sufre un sesgo en la discretización, que disminuye a medida que t_{i+1} se aproxima a t_i . En consecuencia, una forma de limitar el error cometido al discretizar el proceso en tiempo continuo es simular un «gran» número de pasos intermedios entre cada fecha, con el consiguiente incremento de los recursos requeridos para su implementación. La literatura ofrece distintas propuestas que modifican o combinan el método de Euler con algún tipo de extrapolación para reducir el sesgo de discretización (KLOEDEN y PLATEN, 1992).

2.2. La simulación de múltiples variables de estado.

La simulación representa una de las posibles soluciones del problema de la *maldición de la dimensionalidad*⁵, según el cual el consumo de recursos que requiere la implementación de un procedimiento aumenta exponencialmente con el número de factores estocásticos considerados⁶. Y es que, como ya se ha señalado, la simulación de Monte Carlo proporciona, en cada subperíodo de análisis, nuevos valores de las variables subyacentes, determinados cada uno de ellos a partir de una trayectoria aleatoria de su distribución. De este modo, el número de nodos en que se fragmenta el espacio de los estados permanece constante a lo largo del tiempo y solamente la incorporación de nuevos factores estocásticos en el problema de valoración –tipo de interés, volatilidad o tasa de dividendos, ... – incrementa linealmente el número de *nodos* o estados de la naturaleza disponibles (STENTOFT, 2004).

La cuestión principal en el empleo de la simulación en problemas multidimensionales estriba en cómo estimar las trayectorias aleatorias de las fuentes de incertidumbre, cuando muestran algún tipo de relación entre ellas –correlación y autocorrelación–.

En el caso de la distribución Normal estándar multivariada, habitual en los problemas de valoración de opciones, la generación de variables aleatorias correlacionadas, $z_1, z_2, \dots, z_N$, se concreta en la estimación de un vector de variables aleatorias, z , que presentan una matriz de varianzas y covarianzas conocida $V(z)$:

⁵ El término «maldición de la dimensionalidad» es inicialmente acuñado por Richard BELLMAN para describir la complejidad derivada del incremento del número de dimensiones relevantes en un problema de optimización.

⁶ En el modelo binomial, por ejemplo, este problema tiene su origen en la forma que adopta el procedimiento, donde el número de nodos que componen el árbol crece exponencialmente con el número de factores estocásticos considerados.

$$V(z) = V = \begin{pmatrix} \sigma_1^2 & \sigma_{12} & \dots & \sigma_{1N} \\ \sigma_{21} & \sigma_2^2 & \dots & \sigma_{2N} \\ \dots & \dots & \dots & \dots \\ \sigma_{N1} & \sigma_{N2} & \dots & \sigma_N^2 \end{pmatrix} \quad [9]$$

La generación de dicho vector z se lleva a cabo a partir de su descomposición en el producto de una matriz, L , de elementos ciertos, y un vector, w , de desviaciones aleatorias, sometidos ambos a las siguientes condiciones. En cuanto a la matriz L , debe verificarse que su cuadrado proporcione la matriz de varianzas y covarianzas conocida del vector z , esto es, $LL' = V$, donde L se define como:

$$LL' = \begin{pmatrix} l_{11} & l_{12} & \dots & l_{1N} \\ l_{21} & l_{22} & \dots & l_{2N} \\ \dots & \dots & \dots & \dots \\ l_{N1} & l_{N2} & \dots & l_{NN} \end{pmatrix} \begin{pmatrix} l_{11} & l_{21} & \dots & l_{N1} \\ l_{12} & l_{22} & \dots & l_{N2} \\ \dots & \dots & \dots & \dots \\ l_{1N} & l_{2N} & \dots & l_{NN} \end{pmatrix} = \begin{pmatrix} \sigma_1^2 & \sigma_{12} & \dots & \sigma_{1N} \\ \sigma_{21} & \sigma_2^2 & \dots & \sigma_{2N} \\ \dots & \dots & \dots & \dots \\ \sigma_{N1} & \sigma_{N2} & \dots & \sigma_N^2 \end{pmatrix} \quad [10]$$

Por su parte, el vector de desviaciones aleatorias, w , evoluciona según una distribución Normal estándar, con media nula y desviación típica unitaria, es decir:

$$w = \begin{pmatrix} w_1 \\ w_2 \\ \dots \\ w_n \end{pmatrix} \quad V(w) = I = \begin{pmatrix} 1 & 0 & \dots & 0 \\ 0 & 1 & \dots & 0 \\ \dots & \dots & \dots & \dots \\ 0 & 0 & \dots & 1 \end{pmatrix} \quad [11]$$

A partir de las consideraciones anteriores, puede comprobarse cómo el vector z que resulta del producto de ambos componentes, es decir $z = L \cdot w$, presenta una varianza igual a la matriz de varianzas y covarianzas inicial, V . Esto es, $V(z) = V(L \cdot w) = LV(w)L' = LIL' = LL'$ que según la condición exigida para la matriz L verifica la condición inicial $V(z) = LL' = V$.

$$Z = Lw = \begin{pmatrix} l_{11} & l_{12} & \dots & l_{1N} \\ l_{21} & l_{22} & \dots & l_{2N} \\ \dots & \dots & \dots & \dots \\ l_{N1} & l_{N2} & \dots & l_{NN} \end{pmatrix} \begin{pmatrix} w_1 \\ w_2 \\ \dots \\ w_n \end{pmatrix} = \begin{pmatrix} l_{11}w_1 + l_{12}w_2 + \dots + l_{1N}w_N \\ l_{21}w_1 + l_{22}w_2 + \dots + l_{2N}w_N \\ \dots \\ l_{N1}w_1 + l_{N2}w_2 + \dots + l_{NN}w_N \end{pmatrix} \quad [12]$$

La clave reside entonces en la estimación de la matriz L . Para ello, existen varias posibilidades, entre las que destaca la que proporciona la descomposición de Cholesky, según la cual la matriz L adopta una forma triangular:

$$L = \begin{pmatrix} l_{11} & 0 & \dots & 0 \\ l_{21} & l_{22} & \dots & 0 \\ \dots & \dots & \dots & \dots \\ l_{N1} & l_{N2} & \dots & l_{NN} \end{pmatrix} \quad [13]$$

de manera que z toma la siguiente forma:

$$z = Lw = \begin{pmatrix} l_{11}w_1 \\ l_{21}w_1 + l_{22}w_2 \\ \dots \\ l_{N1}w_1 + l_{N2}w_2 + \dots + l_{NN}w_N \end{pmatrix} \quad [14]$$

A partir de esta representación del vector z , los elementos aleatorios que se pretenden estimar se calculan secuencialmente desde w_1 hasta w_N sin necesidad de almacenar los valores de w .

Suponiendo, por ejemplo, el caso multidimensional más simple –con dos variables de estado– en el que la correlación entre las fuentes de incertidumbre de las que depende el subyacente en la valoración de opciones reales, se establece de tipo pareado, es decir, dos a dos, la simulación de cada par de valores que representan el componente estocástico de ambas variables de estado S_1 y S_2 , esto es, un vector $z = \begin{pmatrix} z_1 \\ z_2 \end{pmatrix}$, con varianzas σ_1^2 y σ_2^2 y covarianza σ_{12} , $V(z) = V = \begin{pmatrix} \sigma_1^2 & \sigma_{12} \\ \sigma_{21} & \sigma_2^2 \end{pmatrix}$, conlleva la estimación de la matriz L del siguiente modo:

$$LL' = \begin{pmatrix} l_{11} & 0 \\ l_{21} & l_{22} \end{pmatrix} \begin{pmatrix} l_{11} & l_{21} \\ 0 & l_{22} \end{pmatrix} = \begin{pmatrix} l_{11}^2 & l_{11}l_{21} \\ l_{11}l_{21} & l_{21}^2 + l_{22}^2 \end{pmatrix} \quad [15]$$

debiendo verificarse que: $LL' = V = \begin{pmatrix} \sigma_1^2 & \sigma_{12} \\ \sigma_{12} & \sigma_2^2 \end{pmatrix}$

A partir de esta condición, los elementos de la matriz L se obtienen sin más que operar a partir de las expresiones anteriores:

$$\begin{aligned} l_{11} &= \sigma_1 \\ l_{21} &= \frac{\sigma_{12}}{l_{11}} = \frac{\sigma_{12}}{\sigma_1} = \sigma_2 \rho_{12} \\ l_{22} &= \sqrt{(\sigma_2^2 - l_{21}^2)} = \sigma_2 \sqrt{(1 - \rho_{12}^2)} \end{aligned} \quad [16]$$

siendo ρ_{12} el coeficiente de correlación entre el componente estocástico de las variables S_1 y S_2 :

$$\rho_{12} = \frac{\sigma_{12}}{\sigma_1 \sigma_2}$$

Finalmente, los elementos del vector z se obtienen sin más que sustituir los valores de la matriz L y multiplicarlos por las variaciones aleatorias de la distribución normal estándar generadas:

$$z = Lw = \begin{pmatrix} z_1 \\ z_2 \end{pmatrix} = \begin{pmatrix} \sigma_1 w_1 \\ \sigma_2 \rho_{12} w_1 + \sigma_2 \sqrt{(1 - \rho_{12}^2)} w_2 \end{pmatrix} \quad [17]$$

Del mismo modo, en presencia de correlaciones de tipo pareado entre los componentes estocásticos de las variables inciertas, es posible alcanzar la solución anterior para los elementos del vector z , generando en primer lugar un valor para z_1 y obteniendo mediante regresión lineal el valor de z_2 :

$$z_2 = bz_1 + e_{z_2} \quad [18]$$

donde b es el coeficiente de la regresión; y e_{z_2} es el error residual –parte de z_2 que no depende de z_1 – con valor medio nulo y varianza $(1 - \rho_{12}^2)\sigma_2^2$.

El valor del primer elemento del vector de componentes estocásticos, z_1 , se obtiene directamente a partir del producto de la desviación asociada a dicho componente y la variación aleatoria normal generada, w_1 , con desviación unitaria, es decir, $z_1 = \sigma_1 \cdot w_1$. Por su parte, el segundo elemento del vector z , se obtiene a partir de la regresión lineal anterior, donde el coeficiente de la regresión se calcula como:

$$\hat{b} = \frac{n \sum z_2 z_1 - \sum z_1 \sum z_2}{n \sum (z_1)^2 - (\sum z_1)^2} = \frac{\sigma_{12}}{\sigma_1^2} \quad [19]$$

y el error estándar de la regresión:

$$\hat{e}_{z_2} = \sigma_2 \sqrt{(1 - \rho_{12}^2)} w_2 \quad [20]$$

A partir de las expresiones anteriores, se obtiene el valor estimado del segundo elemento, $\hat{z}_2$:

$$\hat{z}_2 = \hat{b}z_1 + \hat{e}_{z_2} = \frac{\sigma_{12}}{\sigma_1^2} \sigma_1 w_1 + \sigma_2 \sqrt{(1 - \rho_{12}^2)} w_2 \quad [21]$$

que permite llegar a una solución para el vector z exactamente igual a la obtenida en la expresión [29] a partir de la descomposición de Cholesky:

$$z = \begin{pmatrix} z_1 \\ z_2 \end{pmatrix} = \begin{pmatrix} \sigma_1 w_1 \\ \sigma_2 \rho_{12} w_1 + \sigma_2 \sqrt{(1 - \rho_{12}^2)} w_2 \end{pmatrix} \quad [22]$$

En el ámbito de la inversión empresarial son numerosas las aplicaciones que en los últimos años incorporan múltiples factores estocásticos para recoger el riesgo asociado a la corriente de flujos subyacente y emplean la simulación de Monte Carlo. En este sentido, destacan los trabajos de CORTÁZAR y SCHWARTZ (1998), SCHWARTZ y MOON (2000 y 2001), ALBERTÍ *et al.* (2003); LEÓN y PIÑEIRO (2004), SÁENZ DÍEZ (2004), SCHWARTZ (2004); RUBIO y LAMOTHE (2006) y ABADIE y CHAMORRO (2006), que además consideran la presencia de correlaciones entre las variables exógenas.

2.3. La simulación y el ejercicio anticipado de la opción.

El problema básico de la valoración de la opción de estilo americano es la determinación de su ejercicio óptimo. Obtener la estrategia que determina el ejercicio de valor máximo implica resolver un problema de optimización que se prolonga durante el período de ejercicio y que dificulta la aplicación directa de la simulación de Monte Carlo en la evaluación de este tipo de opciones.

La limitación que presenta la simulación en la valoración de derivados de estilo americano radica en la propia naturaleza de esta técnica donde cada trayectoria simulada solo incorpora dependencia de la información pasada pero no respecto a las expectativas futuras. Nótese, que en los derivados de estilo americano, el ejercicio de la opción en un momento concreto impide su ejercicio en un instante posterior, de ahí que la estimación de la estrategia de ejercicio óptima dependa no solo de que el subyacente en un determinado momento supere al precio de ejercicio sino que además debe existir la expectativa de que dicho valor del subyacente exceda el valor actual de cualquiera de sus posibles valores en el futuro. La consideración de los acontecimientos futuros solo puede realizarse mediante procedimientos que incluyan *inducción hacia atrás*, como la programación dinámica que resuelve los árboles binomiales y trinomiales, o los procedimientos de diferencias finitas que hacen lo propio con las ecuaciones diferenciales parciales. En cambio, el método de Monte Carlo es un procedimiento de *inducción hacia delante*, que genera valores futuros de las variables a partir de su valor previo y, por tanto, parece una técnica apropiada para activos cuyos flujos en un momento determinado no dependen de los acontecimientos posteriores, como es el caso de las opciones europeas (CORTÁZAR, 2001).

De hecho, la simulación de Monte Carlo ha sido una técnica de valoración marginada durante años al análisis de derivados europeos. Buena muestra de ello es la 2.^a edición del manual de opciones financieras de HULL (1993: 334), referencia fundamental en el estudio de la valoración de derivados, que establece que «una de las limitaciones de la aproximación de Monte Carlo es que solo puede utilizarse para derivados de estilo europeo». En el mismo sentido, HULL y WHITE (1993) plantean que «la simulación de Monte Carlo no puede soportar el ejercicio anticipado ya que no hay forma de saber si este es óptimo cuando se alcanza un precio particular en un momento determinado».

La representación del valor del derivado americano a partir del cálculo de una esperanza, nos permite enlazar fácilmente con los fundamentos de las técnicas de simulación. El problema de valoración de la opción de compra americana tiene por objeto calcular el siguiente valor esperado:

$$C_t = \max_{\tau \leq T} E \left[e^{-r(\tau-t)} (S_\tau - X)^+ \right] \quad [23]$$

para todos los momentos en que se permite el ejercicio anticipado, $\tau \leq T$.

Una aplicación *instintiva* del método de Monte Carlo conllevaría aproximar un conjunto de trayectorias de la evolución del subyacente en distintos momentos, $t_0 < t_1 < \dots < t_n = T$; y estimar la estrategia de ejercicio más recomendable para cada una de ellas. De esta manera, el valor de la opción correspondiente a cada trayectoria sería:

$$\max_{i=0,\dots,N} \left[e^{-r(t_i-t)} (S_{t_i,j} - X)^+ \right] \quad [24]$$

siendo $j = 1, 2, \dots, M$ el número de simulaciones.

Sin embargo, la estimación así obtenida para cada trayectoria constituye una *predicción perfecta*, ya que la decisión de ejercer la opción en un momento determinado t_i se toma suponiendo conocida la información procedente de momentos futuros: $t_{i+1}, \dots, T$. El valor de la opción que resulta de la aplicación de este procedimiento está sesgada al alza, tal como se desprende de la desigualdad de Jensen para funciones convexas:

$$\max_{i=0,\dots,N} \left[e^{-r(t_i-t)} (S_{t_i} - X)^+ \right] \geq e^{-r(\tau-t)} (S_{\tau} - X)^+ \quad [25]$$

donde τ representa el valor, en términos esperados, del momento en que resulta óptimo el ejercicio. En consecuencia, el valor de la opción alcanzado a partir de la determinación del ejercicio óptimo para cada trayectoria no resuelve el problema (BROADIE y GLASSERMAN, 2004) y pone de manifiesto las limitaciones que conlleva aplicar simulación estándar a la valoración de derivados de estilo americano. La correcta estimación de su valor requiere combinar el método de Monte Carlo y la programación dinámica en aras a determinar recursivamente el valor de la opción.

Simulación de Monte Carlo y programación dinámica.

En los últimos años, la implementación de algoritmos híbridos que combinan simulación con elementos de programación dinámica, está permitiendo la aplicación de las técnicas de Monte Carlo a la evaluación de derivados americanos. El procedimiento resultante reúne las ventajas que ofrece la simulación –en cuanto a la incorporación de distintos procesos estocásticos, dependencias en el tiempo, múltiples fuentes de incertidumbre, ...– y la consideración de las expectativas futuras que brinda la programación dinámica. La literatura existente hasta el momento proporciona diversos métodos que comparten este objetivo y difieren en las restricciones que imponen sobre el número de oportunidades de ejercicio anticipado, la dimensión del vector de las variables de estado subyacentes o el grado de aproximación de la estimación de la opción a su valor correcto. La característica común a todos ellos es, indudablemente, el enorme consumo de recursos –tiempo y requisitos informáticos– que requiere su implementación (GLASSERMAN, 2004). Cuestión que cobra especial relevancia en la valoración de opciones reales dado que el horizonte de análisis es más dilatado que en los derivados financieros y, en consecuencia, conviene incrementar el número de simulaciones –y con ello los recursos informáticos– para afrontar la mayor exposición a la incertidumbre de los valores futuros del subyacente.

La programación dinámica es un modelo ascendente que divide el problema original en subproblemas, de manera que combinando las soluciones de estos subproblemas, se obtienen las soluciones de ejemplares sucesivamente más grandes hasta llegar a resolver el problema original (GRAVET, 2003: 17). La programación dinámica constituye una herramienta de optimización dinámica muy útil en el tratamiento de la incertidumbre (DIXIT y PINDYCK, 1994), cuyo núcleo se sitúa en el principio de

optimalidad de BELLMAN ⁷, por el que, independientemente de las decisiones tomadas hasta llegar a un estado de la naturaleza en un momento determinado, todas las decisiones posteriores a ese estado deben ser tomadas de forma óptima.

Aplicado a la valoración de opciones americanas, la programación dinámica representa la secuencia de varias decisiones en dos únicos elementos: el valor de la decisión inmediata y una función de valoración que recoge las consecuencias de todas las decisiones siguientes y empieza con la posición resultante de la decisión inmediata. Así, el valor de la opción americana en un determinado momento se determina en función de su valor en el período siguiente. La resolución del problema de valoración se inicia en el momento del vencimiento de la opción, puesto que en ese momento el valor de la opción coincide con su valor intrínseco. A continuación, el procedimiento de resolución se mueve cronológicamente hacia atrás, período a período, estimando el valor de la opción en cada punto de decisión mediante la actualización de los flujos de caja futuros que se incorporan en la decisión actual. Al tomar la mejor decisión en cada momento y retroceder después de forma recursiva en el tiempo, se garantiza la resolución óptima de todo el problema. Analíticamente, la caracterización del valor de la opción a partir de la programación dinámica viene dada por la siguiente expresión:

$$\begin{aligned} V_T(S_T) &= h_T(S_T) \\ V_{t-1}(S_{t-1}) &= \max \left\{ h_{t-1}(S_{t-1}), E \left[e^{-r} V_t(S_t) | S_{t-1} = s \right] \right\} \\ t &= 1, 2, \dots, T \end{aligned} \quad [26]$$

donde $h_t(S_t)$ representa el flujo derivado del ejercicio de la opción en el momento t ; $V_t(S_t)$ el valor de la opción en t suponiendo que no ha sido ejercida previamente, o lo que es lo mismo, el valor de *continuación*; y S_t el vector de variables de estado de las que depende el flujo de la opción. Así planteado es fácil comprender que la estimación del valor esperado de continuar constituye la mayor dificultad cualquiera que sea el procedimiento numérico empleado en la valoración de los derivados americanos.

La mayoría de los métodos que evalúan opciones americanas parten de esta representación del valor de la opción mediante programación dinámica. La estimación el valor esperado de continuar se convierte entonces en la mayor dificultad cualquiera que sea la técnica empleada. La forma de resolver este problema es la que diferencia los distintos procedimientos de valoración basados en la simulación de Monte Carlo ⁸.

Los algoritmos para la valoración de derivados americanos basados en la simulación de Monte Carlo presentan diversas fuentes de sesgo. En primer lugar, el valor de la opción que se obtiene a partir de la aproximación de las fuentes de incertidumbre en un conjunto finito de momentos y la aplicación de un proceso de inducción hacia atrás sobre ese conjunto finito, se encuentra sesgado al alza. El sesgo superior puede atribuirse al empleo de la misma información procedente de la simulación de Monte Carlo, tanto en la toma de decisiones respecto al ejercicio de la opción, como en la estimación del valor de continuación. Esta circunstancia está implícita en el proceso recursivo que utiliza la pro-

⁷ Véase DIXIT y PINDYCK (1994).

⁸ Una comparación de estos algoritmos puede verse en FU, LAPRISE, MADAN, SU y WU (2000).

gramación dinámica. Así, en el proceso de maximización que determina el valor de la opción se aprecia cómo la decisión de ejercer o mantener viva la opción se toma a partir de los correspondientes valores procedentes del ejercicio inmediato y el valor estimado de continuar. Pero en la estimación del valor de continuar se utiliza a su vez el resultado del valor de la opción alcanzado en el período siguiente, de forma que el resultado final al que conduce el proceso de maximización está *incorporando información* futura respecto al valor de la opción cuando se plantea la toma de decisiones.

Para mitigar esta fuente de sesgo, presente en todo procedimiento de valoración de opciones americanas que utiliza simulación de Monte Carlo, es preciso separar la toma de decisiones relativa al ejercicio de la opción de la estimación del valor de continuación. En este sentido, BROADIE y GLASSERMAN (1997) sugieren utilizar un segundo grupo de simulaciones que, a partir de la política de ejercicio derivada del conjunto inicial, proporciona un estimador sesgado a la baja del valor de la opción. De este modo, la diferencia existente entre las estimaciones al alza y a la baja nos advierte de la convergencia del algoritmo empleado en la valoración.

Por otra parte, el valor estimado de la opción que se basa en una representación paramétrica de la región de ejercicio generalmente se encuentra sesgado inferiormente, ya que si τ representa el tiempo de parada generado por cualquier estrategia de ejercicio predeterminada, entonces:

$$E[h_{\tau}(S_{\tau})] \leq \max_{\tau} E[h_{\tau}(S_{\tau})] \quad [27]$$

debido a que la estrategia estimada, τ , no representa necesariamente el tiempo de parada óptimo.

La aplicación de la simulación para la valoración de opciones de estilo americano, no se empezó a plantear hasta los años 90 con el trabajo de TILLEY (1993). Había transcurrido más de una década desde el artículo pionero en el que BOYLE (1977) proponía la aplicación de la simulación a la valoración de opciones europeas.

Al planteamiento de TILLEY, le sigue un número creciente de trabajos que proponen distintas combinaciones de la simulación con procedimientos de inducción hacia atrás para la valoración de derivados financieros de naturaleza americana, mediante la aproximación de la función del valor del derivado o la frontera de ejercicio óptima. Dentro de este enfoque, cabe destacar los trabajos de BARRANQUAND y MARTINEAU (1995) y RAYMAR y ZWECHER (1997), que proponen utilizar un algoritmo de particiones sobre el espacio unidimensional de los flujos producidos por la opción, en lugar de la división del espacio multidimensional de los activos subyacentes definida en TILLEY (1993). Por su parte, GRANT, VORA y WEEKS (1996) e IBÁÑEZ y ZAPATERO (2004) estiman directamente los valores de las variables de estado para los cuales el valor de mantener viva la opción hasta el período siguiente se equipara con el valor de su ejercicio inmediato en cada fecha de ejercicio.

De modo alternativo, BROADIE y GLASSERMAN (1997, 2004) y BROADIE, GLASSERMAN y JAIN (1997) proponen el empleo de árboles simulados no recombinatorios⁹ y mallas estocásticas para determinar dos estimadores del valor del derivado, uno sesgado «al alza» y otro sesgado «a la baja»,

⁹ A diferencia de lo que ocurre en los árboles binomiales, trinomiales... los valores que aparecen en cada nodo están colocados en el orden en que se generan y no de acuerdo al valor que tome la variable en dicho nodo.

ambos asintóticamente insesgados y convergentes hacia el valor cierto. Finalmente, LONGSTAFF y SCHWARTZ (2001) optan por las regresiones de mínimos cuadrados como método para aproximar el valor esperado de mantener viva la opción en cada punto de decisión.

A la luz de este tipo de propuestas, las finanzas empresariales acogen las primeras aplicaciones del método de Monte Carlo a la valoración de opciones reales. El procedimiento de BARRANQUAND y MARTINEAU (1995) y la ampliación del mismo propuesta por RAYMAR y ZWECHER (1997) han sido utilizados para valorar opciones de estilo americano donde las variables de estado evolucionan según los procesos convencionales de reversión a la media y movimiento geométrico browniano. Es el caso de los trabajos de CORTÁZAR y SCHWARTZ (1998) que resuelven el *timing* óptimo de la explotación de una reserva de petróleo, y CORTÁZAR (2001) que evalúa las operaciones óptimas de una mina de cobre, inicialmente modeladas en BRENNAN y SCHWARTZ (1985). Otros trabajos aplican el algoritmo de LONGSTAFF y SCHWARTZ (2001) en la valoración de opciones reales vinculadas a patentes y proyectos de investigación y desarrollo (SCHWARTZ, 2004; MILTERSEN y SCHWARTZ, 2004), licencias (ALBERTÍ *et al.*, 2003), empresas de internet (SCHWARTZ y MOON, 2000; SCHWARTZ y MOON, 2001; LAMOTHE y ARAGÓN, 2002) y empresas farmacéuticas (LEÓN y PIÑEIRO, 2004). Finalmente, JUAN, OLMOS, PÉREZ y CASASÚS (2002) presentan un modelo que aproxima el valor de opciones multidimensionales mediante la simulación de escenarios y que utilizan en la evaluación de la opción de ampliación de las infraestructuras de un puerto naval.

Simulación de Monte Carlo, programación dinámica y regresión estadística.

Entre los distintos modelos que combinan simulación de Monte Carlo y programación dinámica, la literatura financiera reconoce la mayor simplicidad y eficacia de los que emplean además la regresión estadística (IBÁÑEZ y ZAPATERO, 2004; GLASSERMAN, 2004) en la estimación del valor de continuación. CARRIERE (1996), TSITSIKLIS y VAN ROY (2001) y LONGSTAFF y SCHWARTZ (2001) entre otros, proponen utilizar la estimación econométrica basada en mínimos cuadrados ordinarios para aproximar los valores de continuación de las opciones americanas a partir de las trayectorias simuladas de las variables de estado.

Los métodos basados en regresiones plantean aproximar el valor de continuación en las opciones americanas, C_t , a partir de una combinación lineal de funciones conocidas del valor de las variables de estado, S_t , y utilizan la regresión para estimar el mejor coeficiente en esta aproximación. La justificación teórica de esta representación lineal se obtiene a partir de la pertenencia de la función del valor de continuar al espacio de funciones doblemente integrables, el cual a su vez corresponde a un espacio de Hilbert¹⁰ con una base finita ortonormal, por lo que cualquiera de sus elementos puede representarse mediante una combinación lineal de esta base.

Este modo de aproximación del valor de continuación es relativamente rápido y de gran utilidad, dependiendo su precisión de la elección de las funciones utilizadas en la regresión. De hecho, la flexibilidad para elegir estas funciones proporciona un mecanismo para explotar el conocimiento y la intuición respecto al problema objeto de valoración (GLASSERMAN, 2004: 459).

¹⁰ Véase DUDLEY (1989) para una descripción detallada de los espacios de Hilbert.

Desde esta perspectiva, el valor de continuación en cada oportunidad de ejercicio se aproxima a partir del flujo esperado de la opción de mantenerse vivo el derecho hasta el período siguiente, es decir:

$$C_t(S_t) = E\left[e^{-r}V_{t+1}(S_{t+1})|S_t = s\right] = \sum_{\tau=1}^R \beta_{t,\tau} \psi_{t,\tau}(s) \quad [28]$$

donde $\psi_{t,\tau}$ representa el conjunto de funciones básicas seleccionadas ¹¹; $\tau = 1, \dots, R$ el número de tales funciones; y $\beta_{t,\tau}$ las constantes a estimar a partir de la regresión.

Los valores actualizados de la opción en los períodos siguientes, para cada trayectoria, constituyen las observaciones de la variable dependiente que intervienen en la regresión. Por su parte, las variables explicativas son el resultado de aplicar las funciones básicas en cada estado de las fuentes de incertidumbre, esto es:

$$V_{t+1}^i[S_{t+1}^i]e^{-r} = \beta_t^{Trasp} \psi_t(S_t^i) \text{ para } i = 1, 2, \dots, M \text{ trayectorias simuladas} \quad [29]$$

con $\beta_t^{Trasp} = (\beta_{t,1}, \beta_{t,2}, \dots, \beta_{t,R})$ el vector de los coeficientes y $\psi_t = (\psi_{t,1}, \psi_{t,2}, \dots, \psi_{t,R})^{Trasp}$ el correspondiente de las funciones.

En la expresión anterior puede apreciarse cómo la estimación de los coeficientes se efectúa a partir de los pares de observaciones, $[S_t^i, V_{t+1}^i(S_{t+1}^i)]$, que relacionan cada estado de las fuentes de incertidumbre en el momento t con la correspondiente función del valor de la opción en el momento $t+1$.

Aplicando mínimos cuadrados ordinarios en cada oportunidad de ejercicio, el vector de los coeficientes adopta la siguiente expresión

$$\beta_t^{Trasp} = \left(E\left[\psi(S_t) \psi^{Trasp}(S_t)\right]\right)^{-1} E\left[\psi(S_t) V_{t+1}(S_{t+1})\right] \equiv B_{\psi}^{-1} B_{\psi V} \quad [30]$$

donde B_{ψ} es una matriz de dimensión $R \times R$ (no singular) y $B_{\psi V}$ un vector de longitud R . El estimador mínimo cuadrático de dicho vector se obtiene sustituyendo en la expresión anterior B_{ψ} y $B_{\psi V}$ por sus observaciones muestrales:

$$\hat{\beta}_t = \hat{B}_{\psi}^{-1} \hat{B}_{\psi V} \quad [31]$$

El estimador $\hat{\beta}_t$ así calculado, nos permite aproximar el valor de continuación para cada estado de las fuentes de incertidumbre en el momento t . Así, dada una trayectoria arbitraria, S_t^i , del espacio de los estados, el valor estimado de continuación se expresa como

$$\hat{C}_t^i(S_t^i) = \hat{\beta}_t^{Trasp} \psi_t(S_t^i) \text{ para } i = 1, 2, \dots, M \quad [32]$$

¹¹ Nótese que pueden utilizarse bases de funciones diferentes en cada oportunidad de ejercicio.

Esta estimación del valor de continuación permite a su vez determinar el valor estimado de la opción para cada trayectoria, resolviendo el problema de optimización planteado previamente, es decir:

$$\hat{V}_t^i(S_t^i) = \max \left[h_t^i(S_t^i), \hat{C}_t^i(S_t^i) \right] \text{ para } i = 1, 2, \dots, M) \quad [33]$$

La estimación del valor actual de la opción que produce la implementación recursiva de este procedimiento, incluido en los trabajos de TSITSIKLIS y VAN ROY (2001), está sometida a las fuentes de sesgo que se derivan del empleo del método de Monte Carlo y la programación dinámica en la evaluación de derivados americanos, comentadas anteriormente. Así, la aproximación de la evolución continua de las fuentes de incertidumbre en un conjunto finito de trayectorias y la aplicación de un proceso de inducción hacia atrás sobre ese conjunto finito, da lugar a un sesgo al alza en el valor de la opción que se explica a través de la desigualdad de Jensen. Por otra parte, el hecho de que la política de ejercicio que resulta de esta aproximación no pueda superar el resultado derivado de la política óptima origina un sesgo a la baja en el valor del derecho.

El empleo de la estimación por mínimos cuadrados ordinarios incorpora además otra posible fuente de divergencia respecto al valor óptimo de la opción, ya que la precisión de las estimaciones depende claramente de la elección de las funciones utilizadas en el planteamiento de las regresiones. En este sentido, son varias las investigaciones que apuestan por el empleo de polinomios de distinto grado (LONGSTAFF y SWCHARTZ, 2001; TSITSIKLIS y VAN ROY, 2001) frente a otro tipo de funciones básicas ortonormales más complejas, como los polinomios de Laguerre, Hermite, Legendre o Jacobi.

Un modo sencillo de verificar la calidad de la estimación obtenida con las funciones seleccionadas, consiste en utilizar un segundo grupo de simulaciones que, a partir de la política de ejercicio derivada del conjunto inicial, debe proporcionar un estimador sesgado a la baja del valor de la opción. BROADIE y GLASSERMAN (1997) sugieren esta técnica cualquiera que sea el algoritmo basado en simulación utilizado, apoyándose en la idea de que el estimador del valor de la opción que se deriva de utilizar un único grupo de simulaciones, tanto en la determinación de la política de ejercicio como en la estimación del valor de la opción, está a menudo sesgado al alza. De este modo, la diferencia existente entre las estimaciones al alza y a la baja puede alertarnos de la necesidad de modificar el conjunto de funciones básicas.

Por otra parte, la estimación del valor de continuación que se desprende del trabajo de LONGSTAFF y SCHWARTZ (2001) incorpora algunas peculiaridades que combinan simultáneamente elementos de los estimadores al alza y a la baja. Estos autores aplican inducción hacia atrás para estimar un valor de continuación a partir de la regresión efectuada únicamente sobre las trayectorias de las variables de estado en el dinero, ya que solo en estas circunstancias existe la verdadera disyuntiva del ejercicio de la opción. De este modo, se limita la región sobre la cual debe estimarse la función de la esperanza de continuar, mejorando la eficiencia del algoritmo y disminuyendo los requerimientos computacionales.

Adicionalmente, el valor de continuación procedente de la regresión se utiliza solo en la especificación de la estrategia de ejercicio óptima de cada trayectoria, esto es, para compararlo con los

valores de ejercicio inmediato y adoptar así la decisión más recomendable. Y no se emplea en la estimación del valor de la opción. De manera que, cuando mantener viva la opción sea la decisión óptima, el valor de aquella se determinará aplicando la regla de ejercicio que comienza en cada intervalo, y que se ha ido obteniendo mediante un procedimiento recursivo en el tiempo. El procedimiento propuesto por LONGSTAFF y SCHWARTZ (2001) puede compensar en parte las dos fuentes de sesgo y aunque las comparaciones y conclusiones aún resultan prematuras, está considerado como una de las técnicas más poderosas en la evaluación de derivados americanos (IBÁÑEZ y ZAPATERO, 2004; GLASSERMAN, 2004).

La gran ventaja de los métodos que emplean la regresión estadística respecto a otros procedimientos que combinan simulación y programación dinámica es su rapidez. El esfuerzo computacional que requieren es del orden $O(RM)$, siendo R el número de funciones bases utilizadas y M el número de simulaciones. Mientras que para otros procedimientos que utilizan Monte Carlo en la evaluación de opciones americanas dicho esfuerzo es superior, del orden de $O(M^2)$. Este menor esfuerzo computacional les confiere capacidad para simular un mayor número de trayectorias y así reducir la variabilidad en las estimaciones. Esto no tiene por qué implicar necesariamente una mayor precisión ya que, como hemos señalado, se encuentra también condicionada por la elección de las funciones utilizadas en la regresión.

3. EL PROBLEMA DE VALORACIÓN

El problema al que se dirige nuestra propuesta tiene por objeto la evaluación de las decisiones empresariales de asignación de recursos contingentes a la evolución futura de una serie de circunstancias y sobre las que los responsables de la compañía ostentan cierta capacidad de actuación. La identificación de las posibilidades existentes para adoptar tales decisiones y las consecuencias que se derivan de su ejercicio en términos de los resultados tangibles e intangibles que generan, constituyen el eje central de la caracterización del problema de valoración. En aras a lograr el acercamiento de nuestra propuesta a la realidad empresarial, el problema de valoración cuya resolución se persigue, incorpora las principales cualidades de las decisiones de inversión que se plantean las empresas en la práctica.

La caracterización del problema de valoración comienza con la modelización de la corriente de flujos o activo subyacente sobre el que se define el derecho de decisión a disposición de la empresa, V . El período de tiempo durante el que se extiende dicha corriente de flujos subyacente se supone limitado a un determinado momento T ¹², fragmentándose el horizonte de valoración en subperíodos más breves de análisis. Respecto a la conveniencia de llevar a cabo la inversión, el modelo propuesto permite considerar la evaluación de la decisión contingente en diferentes momentos concretos del horizonte de análisis, $-t, t+\tau, t+2\tau, \dots, T^0-2\tau, T^0-\tau, T^0-$, donde T^0 representa la fecha de vencimiento a partir de la cual expira tal posibilidad. Lógicamente se exige que $T^0 \leq T$.

¹² Esto no representa pérdida de generalidad respecto al supuesto de duración indefinida, por ejemplo, mediante la asunción de crecimiento perpetuo de los flujos a partir de un determinado momento.

Por otra parte, el valor del subyacente en cada período en que se fragmenta el horizonte de análisis se formula en términos de las variables de estado últimas a las que se encuentra condicionado. La creciente globalización e integración de las economías motiva, igual que ocurre en la valoración de los activos financieros¹³, que la corriente de flujos que se deriva de la inversión empresarial dependa de un número cada vez mayor de variables que escapen al control de la firma y entre las que se establecen complejas relaciones de dependencia que dificultan su modelización. Este carácter multidimensional de la inversión empresarial dificulta la identificación del patrón de comportamiento estocástico del proyecto subyacente y la separación del valor de las opciones y sus subyacentes, siendo conveniente la valoración simultánea de ambos, esto es, subyacente y opciones, y el desplazamiento de la aplicación de los argumentos de réplica y arbitraje sobre las variables últimas de las que dependen los flujos de tesorería.

4. EL PROCESO DE VALORACIÓN CON SIMULACIÓN DE MONTE CARLO

El modelo que proponemos para valorar las opciones reales asociadas a la inversión empresarial se incluye dentro de los que combinan la simulación de Monte Carlo, la programación dinámica y la regresión estadística. Como ya se ha señalado, entre los procedimientos de valoración de opciones con múltiples oportunidades de ejercicio mediante simulación y programación dinámica, la literatura confiere mayor dominio a los basados además en el empleo de regresiones. Entre las razones argumentadas para ello, destaca la rapidez y el menor consumo de recursos empleados en la estimación de la frontera de ejercicio óptimo, al utilizar el mismo conjunto de valores simulados de las variables de estado para la completa especificación de aquella y operar simultáneamente con los valores simulados en cada momento en que se evalúa el ejercicio.

Nuestra propuesta de valoración permite la incorporación de múltiples fuentes de incertidumbre $-S_1, S_2, \dots, S_n-$ entre las que es posible establecer correlaciones, sin que ello suponga una amenaza a la relación de equilibrio que debe observarse entre el coste de implementación del modelo y la mejora en la aproximación que resulta del incremento en el número de fuentes de incertidumbre.

Finalmente, el patrón de comportamiento estocástico utilizado para caracterizar la evolución futura de las variables de estado puede adoptar múltiples y diversas estructuras durante el horizonte de valoración. En este sentido, destaca la posibilidad de utilizar procesos estocásticos distintos a los comúnmente empleados para la modelización del precio de los activos –Movimiento Geométrico Browniano y reversión a la media– como los procesos mixtos, que consideran la posibilidad de que acontezcan de forma simultánea a la variación continua, discontinuidades en la evolución de las

¹³ Así se pone de manifiesto en la creciente demanda de instrumentos con los que cubrir riesgos cada vez más específicos, que estimula la aparición de activos derivados cuyo valor depende de varios subyacentes: opciones sobre índices o *spreads*, opciones «canasta» (*basket options*), ... Adicionalmente, incluso en aquellos casos en los que existe un único activo subyacente, se tiende a refinar su modelización a través de la inclusión de múltiples fuentes de incertidumbre: volatilidad aleatoria, riesgo de crédito y rentabilidad de conveniencia estocástica (GRAVET, 2003).

variables de estado. La presencia de estas discontinuidades en las fuentes de incertidumbre de las que depende el valor de la inversión empresarial constituye una característica deseable en los problemas de valoración de opciones reales. Variables como la demanda, los beneficios o los precios de productos y factores, pueden ajustarse mejor a procesos mixtos, donde los saltos discontinuos pueden estar motivados, según cada variable, por el advenimiento de una crisis económica, el cambio en los gustos de los clientes, la quiebra de la empresa o el avance tecnológico.

El modelo que proponemos estructura el proceso de valoración en tres partes bien diferenciadas, cada una de las cuales comprende a su vez una serie de pasos o etapas. La primera de estas partes conlleva el análisis de la evolución futura de los flujos de tesorería del proyecto o empresa subyacente en el campo continuo. La segunda contiene la aproximación en tiempo discreto de la evolución de las fuentes de incertidumbre mediante el método de simulación de Monte Carlo. Por último, en la parte tercera se implementa el procedimiento de valoración de las opciones reales propiamente dicho. A continuación, describimos con más detalle cada una de estas partes en que hemos estructurado la valoración.

1.ª parte del proceso de valoración: el valor del subyacente en tiempo continuo.

La primera etapa del modelo de valoración consiste en la identificación del conjunto de fuentes de incertidumbre que en última instancia afectan a los flujos, $S_1, S_2, \dots, S_n$, y del esquema de comportamiento futuro que mejor se ajusta a cada una. A efectos meramente ilustrativos y sin pérdida de generalidad, el proceso seguido por cada variable se puede representar a partir de la siguiente ecuación diferencial estocástica:

$$dS_{j,t} = a_j(S_{j,t})dt + b_j(S_{j,t})dz_{j,t} \text{ siendo } j = 1, 2, \dots, n \text{ las fuentes de incertidumbre} \quad [34]$$

donde $a_j(S_{j,t})$ simboliza la variación instantánea esperada de la variable exógena j ; $b_j(S_{j,t})$ el término de volatilidad y $z_{j,t}$ los cambios no anticipados que se distribuyen según una normal. Se admiten relaciones entre las n fuentes de incertidumbre de tipo pareado, es decir, correlaciones dos a dos entre los cambios no anticipados en la variación de las diferentes variables, $dz_{j,t}$, modelizadas a través del coeficiente de correlación $\rho_{j,k}$:

$$dz_{j,t} \times dz_{k,t} = \rho_{j,k} dt \quad [35]$$

El siguiente paso consiste en ajustar la evolución estocástica de las variables exógenas por su riesgo sistemático, de forma que los flujos de tesorería del subyacente representen los equivalentes ciertos de los originales. El proceso ajustado al riesgo para las variables de estado puede obtenerse a partir del proceso real del siguiente modo,

$$dS_{j,t} = \left[a_j(S_{j,t}) - \lambda_j b_j(S_{j,t}) \right] dt + b_j(S_{j,t}) dz_{j,t}^* \quad [36]$$

$$\text{y } dz_{j,t}^* \times dz_{k,t}^* = \rho_{j,k} dt \quad [37]$$

donde λ_j simboliza los precios de mercado de los factores de riesgo, y los asteriscos indican que se trata de un proceso ajustado al riesgo.

A partir de la relación funcional que vincula entre sí a flujos y variables de estado, $F_t(S_{1,t}, S_{2,t}, \dots, S_{n,t}) \equiv f(S_{1,t}, S_{2,t}, \dots, S_{n,t})$, es posible analizar la variación que experimenta el valor del subyacente en un intervalo infinitesimal.

El valor del proyecto subyacente en un momento t se obtiene a partir de la convolución de los flujos que se espera sean generados desde ese momento hasta su vencimiento:

$$V_t(S_{1,t}, S_{2,t}, \dots, S_{n,t}) = \int_t^T F_t e^{-rt} dt \quad [38]$$

siendo r el tipo de interés sin riesgo y T la fecha de finalización de la inversión que suponemos finita sin pérdida de generalidad.

La dinámica del valor del subyacente a partir de las variables exógenas se obtiene aplicando el Lema de Itô:

$$dV_t = \frac{\partial V}{\partial t} dt + \frac{\partial V}{\partial S_{1,t}} dS_{1,t} + \frac{1}{2} \frac{\partial^2 V}{\partial (S_{1,t})^2} (dS_{1,t})^2 + \dots + \frac{\partial V}{\partial S_{n,t}} dS_{n,t} + \frac{1}{2} \frac{\partial^2 V}{\partial (S_{n,t})^2} (dS_{n,t})^2 + \frac{\partial V}{\partial S_{1,t} S_{2,t}} dS_{1,t} dS_{2,t} + \dots \quad [39]$$

donde los puntos suspensivos finales se refieren a los términos que deban considerarse dadas las correlaciones existentes entre las variables de estado.

La dificultad que en la mayoría de ocasiones conlleva la derivación de una expresión tratable para la anterior ecuación diferencial, aconseja el empleo de procedimientos numéricos para su resolución. La segunda parte del proceso de valoración se refiere precisamente a su aproximación al campo discreto.

2.^a parte del proceso de valoración: la simulación de Monte Carlo.

La discretización del proceso que siguen las variables exógenas nos permite, por un lado, determinar el flujo de tesorería equivalente cierto en cada subintervalo en que se divide la vida del proyecto, y por otro, analizar las posibilidades de ejercicio de la opción en las distintas fechas finitas identificadas.

En nuestra propuesta de valoración, la aproximación al campo discreto se lleva a cabo mediante la simulación de Monte Carlo. Una de las principales ventajas que conlleva la aplicación de este método es que la discretización se realiza directamente sobre el proceso estocástico seguido por cada variable exógena, de manera que es posible trabajar con procesos muy diversos. Desde esta perspectiva, la aproximación de las trayectorias futuras de las variables de estado se realiza bien a partir de una fórmula de discretización exacta, si es que existe, bien según un esquema de discretización como la técnica de Euler. Así, siguiendo con el proceso utilizado para definir la evolución continua de las variables de estado, aproximamos los valores discretos de aquellas utilizando el esquema de Euler, tal como se muestra en la expresión [8]:

$$\hat{S}_{j,t+\tau} = \hat{S}_{j,t} + \left[a(\hat{S}_{j,t}) - \lambda_j b_j(\hat{S}_{j,t}) \right] \tau + b_j(\hat{S}_{j,t}) \sqrt{\tau} Z_{j,t+\tau}$$

donde $Z_{j,t}$ simboliza las observaciones independientes de la distribución normal estándar obtenidas para la j -ésima fuente de incertidumbre ^{14, 15}.

La implementación práctica de la simulación de Monte Carlo requiere especificar el período de tiempo durante el que se extiende la simulación así como el número de subintervalos en que se divide el mismo, factores ambos que inciden notoriamente en los requerimientos informáticos que conlleva dicha implementación. A diferencia de lo que ocurre en la valoración de opciones financieras, en el ámbito de las opciones reales el período de valoración se extiende más allá de la vida del derivado, puesto que el valor de la opción depende del valor de su subyacente hasta el final de su vida económica. Así, salvo en aquellos casos en que sea posible aproximar directamente la evolución del subyacente y, por ende, llevar a cabo la simulación únicamente durante el período de vida de la opción, en el resto de ocasiones, la simulación de Monte Carlo debe prolongarse hasta el vencimiento de la inversión subyacente.

Por su parte, la elección del número de subintervalos está relacionada con la disponibilidad de una solución exacta para la discretización del proceso en tiempo continuo. Si se dispone de tal solución, el número de subintervalos —y, por ende, su duración— atenderá a la periodicidad con la que se evalúa la posibilidad de ejercer anticipadamente la opción. En caso contrario, tal número deberá incrementarse —o lo que es lo mismo, disminuir la duración—, en aras de alcanzar mayor precisión en las estimaciones.

Desde el punto de vista de la implementación de la simulación de Monte Carlo, el caso más simple sería aquel en el que la variable de estado coincide con el activo subyacente y su evolución puede discretizarse según una solución exacta. En este caso, bastaría con que el número de subintervalos coincidiese con el número de posibles fechas de ejercicio ¹⁶. Por su parte, el caso más intensivo en cuanto al consumo de recursos se presenta cuando se aproximan, siguiendo un esquema de discretización, las variables de estado últimas de las que dependen los flujos. En este caso, tanto el intervalo objeto de simulación como el número de subintervalos deben incrementarse y con ello el esfuerzo informático requerido.

Una vez definidos el intervalo temporal y el número de subintervalos considerados en el proceso de discretización, se realiza la simulación propiamente dicha, según los pasos especificados para la generación de números aleatorios en el intervalo $[0, 1]$ y su transformación en muestras aleatorias de las distribuciones objeto de estudio.

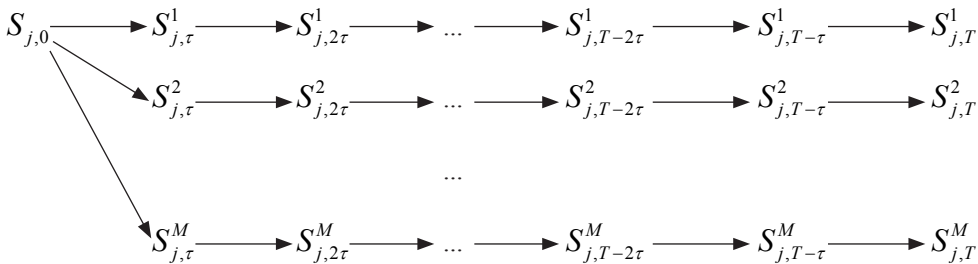
¹⁴ Utilizamos la notación $\hat{S}$ para diferenciar aquellas situaciones en que la aproximación se obtiene mediante un esquema de discretización.

¹⁵ Nótese que la simulación se realiza a partir del proceso ajustado por el nivel de riesgo sistemático, lo que nos permite utilizar el tipo de interés sin riesgo para actualizar los equivalentes ciertos de los flujos derivados de la inversión subyacente. Utilizar la simulación del proceso real proporcionaría los flujos *reales*, requiriéndose para su actualización el tipo de descuento ajustado al riesgo del subyacente. De este modo, se obtendría un valor adecuado para este, pero no para el activo derivado que lógicamente presenta diferente nivel de riesgo.

¹⁶ Generalmente, este es el caso de las opciones financieras.

A partir del valor inicial conocido, la simulación de M trayectorias del proceso *neutral* al riesgo de cada variable de estado adopta la representación gráfica recogida en la **figura 1**:

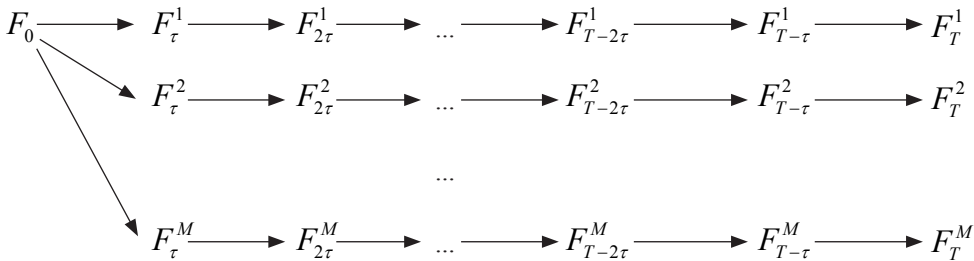
FIGURA 1. Simulación de cada variable de estado.



siendo τ la duración en términos anuales ¹⁷, de los subintervalos en que se divide la vida de la corriente subyacente, de manera que en un año se considerará la existencia de $1/\tau$ periodos.

La optimización del consumo de recursos constituye uno de los factores esenciales en las aplicaciones basadas en la simulación de Monte Carlo. La necesidad de alcanzar un equilibrio entre precisión y coste de implementación del modelo, recomienda el empleo de técnicas que reducen la varianza de las estimaciones como alternativa al incremento en el número de simulaciones para mejorar la eficiencia (BOYLE, 1977; HULL y WHITE, 1988; LEHOCZKY, 1997; CHARNES, 2000). Los valores simulados de las variables de estado permiten estimar los equivalentes ciertos de los flujos de tesorería en cada subintervalo, según la relación funcional previamente definida entre flujos y variables. La **figura 2** recoge gráficamente el esquema que siguen los flujos a partir de los valores de las variables de estado:

FIGURA 2. Esquema de los flujos de tesorería.



Llegados a este punto del proceso de valoración, si se pretendiese obtener el valor actual de la inversión pasiva del proyecto, bastaría con seguir para cada trayectoria un proceso recursivo en el tiempo –desde el instante que marca el vencimiento de la inversión hasta el momento en que se plan-

¹⁷ A efectos meramente ilustrativos se asume que τ es constante.

tea su aceptación— por el cual los equivalentes de certeza son sucesivamente actualizados al tipo de interés libre de riesgo y acumulados en el valor del proyecto. Es decir, el valor del subyacente en un determinado momento t y para una determinada trayectoria i se calcula a partir de la siguiente expresión:

$$V_t^i(S_{1,t}^i, S_{2,t}^i, \dots, S_{n,t}^i) = \sum_{s=t+\tau}^T \frac{F_s^i(S_{1,s}^i, S_{2,s}^i, \dots, S_{n,s}^i)}{(1+r)^{s-t}} \quad [40]$$

Implementado de forma recursiva hasta el momento actual, se obtiene el valor actual del proyecto sin más que promediar el resultado obtenido para cada trayectoria ¹⁸,

$$V_0 = \frac{1}{M} \sum_{i=1}^M V_0^i \quad [41]$$

La misma idea de proceso recursivo va a utilizarse en la determinación del Valor Actual Ampliado que se deriva de la consideración de las opciones reales asociadas al subyacente. La estimación de este Valor Actual Ampliado pasa necesariamente por la identificación de la política de ejercicio óptima de la opción, que a su vez depende de la evolución de las variables de estado. En la parte tercera del proceso de valoración se procede a la implementación del procedimiento propuesto para estimar tanto la regla de ejercicio óptimo de tales opciones como el valor ampliado.

3.ª parte del proceso de valoración: estimación de la frontera de ejercicio óptima y determinación del valor de la opción.

Nuestra aproximación de la frontera óptima de ejercicio toma como punto de partida la propuesta efectuada por LONGSTAFF y SCHWARTZ (2001), adaptada a las peculiaridades que conlleva la valoración de la inversión empresarial y sus opciones reales. Así, al plantear la valoración simultánea del subyacente y las opciones, la primera consecuencia que debe advertirse es que el resultado que se deriva del procedimiento propuesto no corresponde con el valor del derecho propiamente dicho, como ocurre en los derivados financieros, sino con el valor ampliado del proyecto subyacente cuya propiedad incorpora la opción real.

En esta parte del proceso de valoración se precisa distinguir entre los dos valores del subyacente contingentes al ejercicio de la opción en cada momento, $V_t^{\text{ejercicio},i}(S_{1,t}^i, S_{2,t}^i, \dots, S_{n,t}^i)$ y $V_t^{\text{continuación},i}(S_{1,t}^i, S_{2,t}^i, \dots, S_{n,t}^i)$, donde el subíndice i se refiere a cada trayectoria simulada. Relacionando estos valores para el conjunto de trayectorias es posible estimar la estrategia óptima en cada momento en que se evalúa el ejercicio de la opción.

Nuestra propuesta aproxima dicha «regla de parada» utilizando la estimación econométrica basada en mínimos cuadrados sobre aquellas trayectorias de las variables de estado que se encuentran en el dinero en un determinado momento. Respecto a otras investigaciones que emplean igualmente

¹⁸ Este resultado coincide con el que se obtiene si en cada subintervalo estimamos el valor medio de los valores simulados para cada variable de estado y obtenemos el equivalente en certeza del flujo en cada momento a partir de tales valores medios.

la regresión estadística, nuestra propuesta presenta algunas peculiaridades en el planteamiento de aquellas, que le confieren mayor flexibilidad para afrontar la evaluación de las oportunidades de inversión empresariales.

Tanto en el ámbito de los derivados financieros (CARRIERE, 1996; TSITSIKLIS y VAN ROY 2001; LONGSTAFF y SCHWARTZ, 2001) como reales (SCHWARTZ, 2004; MILTERSEN y SCHWARTZ, 2004; LEÓN y PIÑEIRO, 2004; ALBERTÍ *et al.*, 2003; LAMOTHE y ARAGÓN, 2002; SCHWARTZ y MOON, 2000 y 2001), recientes trabajos han propuesto utilizar la regresión estadística para aproximar los *valores de continuación* a partir de la simulación de las variables de estado. Esta aproximación de los valores de continuación resulta adecuada cuando el valor que se deriva del ejercicio inmediato de la opción no depende de la evolución futura de tales variables. Es el caso, por ejemplo, de las opciones de abandono en las que el valor de liquidación derivado del ejercicio está preestablecido, constituyendo hasta el momento las principales aplicaciones de estos procedimientos en el ámbito de la inversión empresarial (SCHWARTZ, 2004; MILTERSEN y SCHWARTZ, 2004; LEÓN y PIÑEIRO, 2004; ALBERTÍ *et al.*, 2003; LAMOTHE y ARAGÓN, 2002; SCHWARTZ y MOON, 2000 y 2001).

Sin embargo, cuando el valor que se deriva del ejercicio inmediato de la opción depende del valor del subyacente –y, por ende, de la expectativa futura sobre las fuentes de incertidumbre–, plantear como variable dependiente de la regresión el valor que alcanza el subyacente si la opción se mantiene viva hasta el período siguiente origina un sesgo al alza en el valor del derecho, que se justifica a partir de la desigualdad de Jensen. Y es que, si el valor del ejercicio inmediato depende del subyacente, y este a su vez de los valores futuros de las variables de estado, la estimación del mismo a partir del valor obtenido para cada experimento constituye una *predicción perfecta*, ya que el valor de ejercer la opción en un momento determinado t_i se determina suponiendo *conocida* la información procedente de momentos futuros: $t_{i+1}, \dots T$. De manera que, al igual que comentamos en la presentación del problema de valoración de las opciones americanas mediante simulación, el valor de ejercer inmediatamente la opción que resulta de la aplicación de este procedimiento está sobrevalorado.

Nuestra propuesta de valoración propone superar esta limitación mediante el empleo, como variable dependiente de la regresión, de la diferencia entre el valor derivado del ejercicio inmediato y el valor esperado de mantener viva la opción para las trayectorias en el dinero. La consideración de esta diferencia como variable a explicar en la regresión, proporciona una aproximación al valor esperado de ambas decisiones contingentes simultáneamente, incorporando las mismas expectativas futuras en ambos casos. Por su parte, las variables explicativas que intervienen en la regresión son, como en la literatura precedente, el resultado de aplicar una serie de funciones básicas en cada estado de las fuentes de incertidumbre. Estimando los coeficientes asociados a dichas fuentes de incertidumbre se obtiene una completa especificación de la regla de parada óptima para cada trayectoria, en cada posibilidad de ejercicio y cualquiera que sea la oportunidad de inversión evaluada. A partir de la especificación de la estrategia de parada se determinan los flujos de tesorería que maximizan el valor ampliado del subyacente, ejerciendo la opción en el primer momento en que resulte óptimo el ejercicio para cada trayectoria.

La resolución del problema de valoración se desarrolla, por tanto, en dos nuevas subetapas:

i) una primera que consiste en la estimación de las sucesivas regresiones a partir de la información

de sección cruzada que proporciona el método de Monte Carlo; y ii) una segunda que supone la determinación del valor ampliado de la inversión subyacente a partir de la estrategia de ejercicio previamente identificada y que requiere únicamente el empleo de las técnicas de simulación.

Estimación de la frontera.

Partimos de las trayectorias simuladas de la evolución estocástica de las variables de estado en cada período en que se divide la vida de la opción, es decir, $S = \{S_1^i, S_2^i, \dots, S_{T-\tau}^i, S_T^i\}$ donde cada elemento, S_t^i , es un vector que incluye N observaciones correspondientes a las distintas fuentes de incertidumbre $S_t^i = S_{1,t}^i, S_{2,t}^i, \dots, S_{N,t}^i$.

El inicio del algoritmo de valoración se sitúa en la fecha de vencimiento de la opción, T^0 , donde delimitar la regla de parada óptima precisa únicamente determinar las trayectorias de las fuentes de incertidumbre para las cuales el valor del subyacente derivado del ejercicio de la opción supera al valor en caso de no ejercicio, como si se tratase de un derivado europeo. Es decir:

$$V_{T^0}^{i, \text{ejercicio}}(S_{T^0}^{i*}) \geq V_{T^0}^{i, \text{no-ejercicio}}(S_{T^0}^{i*}) \text{ para } i = 1, 2, \dots, M \quad [42]$$

El valor del subyacente que se deriva de la decisión óptima para cada trayectoria se determina como:

$$\hat{V}_{T^0}^i(S_{T^0}^i) = \begin{cases} V_{T^0}^{i, \text{ejercicio}}(S_{T^0}^i) & \text{si } V_{T^0}^{i, \text{ejercicio}}(S_{T^0}^i) \geq V_{T^0}^{i, \text{no-ejercicio}}(S_{T^0}^i) \\ V_{T^0}^{i, \text{no-ejercicio}}(S_{T^0}^i) & \text{si } V_{T^0}^{i, \text{ejercicio}}(S_{T^0}^i) < V_{T^0}^{i, \text{no-ejercicio}}(S_{T^0}^i) \end{cases} \quad i = 1, 2, \dots, M \quad [43]$$

La estimación del valor del subyacente en caso de ejercicio inmediato de la opción al vencimiento, T^0 , requiere descontar los flujos de tesorería que se espera sean generados por la inversión entre dicho momento T^0 y el vencimiento del subyacente, T , teniendo en cuenta además el precio de ejercicio, X , cobrado o pagado por la desinversión o inversión, según se trate, respectivamente, de una opción de venta o de compra:

$$V_{T^0}^{i, \text{ejercicio}}(S_{1,T^0}^i, S_{2,T^0}^i, \dots, S_{n,T^0}^i) = \pm X + \sum_{s=T^0+\tau}^T \frac{F_{s,i}^{i, \text{ejercicio}}}{(1+r)^{s-T^0}} \quad [44]$$

Por su parte, el valor del subyacente derivado del no ejercicio en el vencimiento de la opción, $V_{T^0}^{i, \text{no-ejercicio}}$, se corresponde con el valor actual de los flujos de caja sin opciones entre el vencimiento de la opción y el del subyacente, esto es:

$$V_{T^0}^{i, \text{no-ejercicio}}(S_{1,T^0}^i, S_{2,T^0}^i, \dots, S_{n,T^0}^i) = \sum_{s=T^0+\tau}^T \frac{F_s^{i, \text{no-ejercicio}}}{(1+r)^{s-T^0}} \quad [45]$$

En el resto de momentos en que se permite el ejercicio anticipado se implementa un procedimiento recursivo, $t = T^0-\tau, T^0-2\tau, \dots, 1$, que puede sintetizarse en los siguientes pasos:

1. Se determinan las trayectorias del vector de las variables de estado que se encuentran en el dinero, ya que son las únicas para las que procede plantearse qué decisión maximiza el valor del derecho. La identificación de tales trayectorias requiere estimar los valores que alcanzaría el subyacente en caso de ejercicio y no ejercicio de la opción, como si tuviera lugar su expiración en cada momento considerado, mediante la aplicación de las expresiones [44] y [45] anteriores referidas al momento t :

$$V_t^{i^*, \text{ejercicio}}(S_t^{i^*}) \geq V_t^{i^*, \text{no-ejercicio}}(S_t^{i^*}) \quad \text{para } i^* = 1, 2, \dots, I_t$$

donde el subíndice i^* representa el conjunto de trayectorias de las variables de estado que se encuentran en el dinero en el momento t , del total de M simulaciones aproximadas en cada intervalo.

2. A partir de estas trayectorias se plantea una regresión en la que la variable dependiente representa la diferencia entre el valor del subyacente derivado del ejercicio inmediato de la opción y el correspondiente valor del subyacente en caso de mantenerla viva hasta el siguiente período en que se evalúa de nuevo la decisión:

$$Y_t^{i^*}(S_t^{i^*}) = V_t^{i^*, \text{ejercicio}}(S_t^{i^*}) - V_t^{i^*, \text{continuación}}(S_t^{i^*}) \quad [46]$$

El valor de continuación considera el posible ejercicio óptimo de la opción en algún instante posterior, lo que se traduce en su estimación a partir de los flujos descontados del proyecto sin opciones entre el momento actual y la fecha de ejercicio óptimo más el valor actual de los flujos procedentes del ejercicio entre esta última y el vencimiento de la empresa o proyecto subyacente. De acuerdo con el proceso recursivo implementado desde el vencimiento del derecho, el valor actual del subyacente en el período siguiente, $\hat{V}_{t+\tau}^{i^*}(S_{t+\tau}^{i^*} | S_t^{i^*} = S)$, refleja las decisiones óptimas adoptadas en los momentos posteriores. En consecuencia, el valor de continuación se determina sin más que añadir a este valor el flujo descontado que genera el proyecto sin opciones en el período siguiente:

$$V_t^{i^*, \text{continuación}}(S_t^{i^*}) = \left[F_{t+\tau}^{i^*, \text{no-ejercicio}} + \hat{V}_{t+\tau}^{i^*}(S_t^{i^*}) \right] (1+r)^{-\tau} \quad [47]$$

La función de la diferencia entre ejercer y mantener vivo el derecho en cada momento en que se permite el ejercicio de la opción se aproxima entonces a partir de la siguiente expresión:

$$Y_t^{i^*}(S_t^{i^*}) = \sum_{k=1}^R \beta_{t,j=1,2,\dots,n}^k \psi_{t,j=1,2,\dots,n}^k(S_t^{i^*}) \quad [48]$$

para $t = T^0 - \tau, T^0 - 2\tau, \dots, I$, y $i^* = 1, 2, \dots, I_t$ y donde $\psi_{t,j=1,2,\dots,n}^k$ representa el conjunto de funciones básicas seleccionadas; $k = 1, \dots, R$ el número de tales funciones; y $\beta_{t,j=1,2,\dots,n}^k$ los coeficientes a estimar a partir de la regresión.

Aplicando mínimos cuadrados ordinarios obtenemos el estimador de los coeficientes, $\hat{\beta}_{t,j}^k$ que nos permite aproximar la función de la diferencia esperada entre ejercer y mantener

para cada estado de las fuentes de incertidumbre en cada oportunidad de ejercicio. Así, para las trayectorias que se encuentran en el dinero, el valor estimado de esta diferencia se expresa como:

$$\hat{Y}_t^{i*} = \hat{\beta}_{t,j}^{Trasp,k} \psi_{t,j}^k (S_t^{i*}) \quad [49]$$

donde $\hat{\beta}_{t,j}^k = \hat{B}_{\psi}^{-1} \hat{B}_{\psi Y}$, es el estimador mínimo cuadrático del vector de coeficientes de la regresión que se define igual que en el epígrafe segundo.

3. Por último, para cada trayectoria considerada en la regresión se determina cuál es la decisión óptima —ejercer *versus* continuar— a partir de los valores procedentes de la regresión, $\hat{Y}_t^{i*}$, obteniéndose una especificación de los momentos de parada en el que resulta óptimo el ejercicio de la opción en cada trayectoria. De resultados de la decisión óptima, se estima el valor ampliado estimado del proyecto subyacente cuya propiedad incorpora tal opción real atendiendo a la siguiente expresión:

$$\hat{V}_t^{i*} (S_t^{i*}) = \begin{cases} V_t^{i*,ejercicio} (S_t^{i*}) & \text{si } \hat{Y}_t^{i*} (S_t^{i*}) \geq 0 \\ \left[F_{t+\tau}^{i*,no-ejercicio} + \hat{V}_{t+\tau}^{i*} (S_t^{i*}) \right] (1+r)^{-\tau} & \text{si } \hat{Y}_t^{i*} (S_t^{i*}) < 0 \end{cases} \quad [50]$$

Implementado de forma recursiva en el tiempo a lo largo de las oportunidades de ejercicio consideradas, el procedimiento proporciona una completa especificación de las decisiones de ejercicio para cada oportunidad considerada y sobre cada trayectoria simulada.

Nótese, que para la determinación de cada valor contingente del subyacente se utilizan siempre las aproximaciones «reales» de los flujos de tesorería que se obtienen a partir de la relación funcional establecida entre flujos y variables de estado. Mientras que para la determinación de la decisión óptima en cada momento se atiende al valor esperado que proporciona la regresión de la diferencia estimada. Esto es especialmente relevante en el caso del valor de continuación, cuya estimación requiere, en primer lugar, determinar el momento óptimo de ejercicio en cada trayectoria a partir de las estimaciones que proporcionan las regresiones estimadas previamente, y, en segundo lugar, actualizar los flujos «reales» que se derivan de aplicar dicha regla de decisión. Así, cuando $\hat{Y}_{t,i}^{i*} < 0$ y resulta óptimo mantener la opción viva al menos hasta el período siguiente, el valor del subyacente es el que resulta de aplicar a esa trayectoria la regla de ejercicio óptima definida por los valores de la diferencia esperada en los períodos siguientes, $\hat{Y}_{t+1,i}^{i*}$, $\hat{Y}_{t+2,i}^{i*}$, ..., $\hat{Y}_{T^O-1,i}^{i*}$.

La determinación de $\hat{V}_t^{i \neq i*}$ para las trayectorias que no están en el dinero en el momento t , y que por tanto no participan en la regresión, simplemente requiere añadir al valor actual del subyacente en el período siguiente, $\hat{V}_{t+1}^{i \neq i*}$, que refleja las decisiones óptimas adoptadas en los momentos posteriores para esa trayectoria, el flujo descontado del proyecto sin opciones correspondiente al período siguiente.

Estimación del Valor Ampliado.

Una vez especificada la política de ejercicio óptima en cada momento, el valor actual neto ampliado de la inversión subyacente se obtiene sin más que descontar hasta el momento actual los flujos contingentes de tesorería que se derivan de esta política óptima. Esto es, para cada trayectoria se actualizan debidamente los flujos que resultan de ejercer la opción en el primer momento en que resulte óptimo el ejercicio. Finalmente, promediando los resultados obtenidos en cada trayectoria se obtiene el valor ampliado de la inversión subyacente.

Como ya se ha señalado, para evitar sesgos en el valor de la oportunidad de inversión, el conjunto de trayectorias utilizado en esta segunda etapa conviene que sea diferente de las simulaciones empleadas para la obtención de la frontera de ejercicio óptima.

5. APLICACIÓN DE LA PROPUESTA DE VALORACIÓN A UN CASO FICTICIO EN EL ÁMBITO DE LAS OPCIONES REALES

El empleo de ejemplos numéricos para ilustrar el algoritmo LSM es habitual en las investigaciones que versan sobre este procedimiento. Así, algunos trabajos (GRAVET, 2003; STENTOFT, 2004) replican el mismo ejemplo planteado por LONSTAFF y SCHWARTZ (2001) –en adelante LSM–. Otros como MORENO y NAVAS (2003a y b) plantean otro ejemplo numérico que pone de manifiesto la limitación del método LSM cuando se utiliza un número reducido de trayectorias que puede generar un resultado para el derecho americano inferior al de su contraparte europea. Todos estos ejemplos se han planteado, no obstante, en el ámbito de los derivados financieros.

Con el fin de ilustrar el funcionamiento de la propuesta de valoración planteada en el ámbito de la inversión empresarial, describimos a continuación la valoración de un caso ficticio de inversión empresarial. En concreto, el ejemplo considerado representa una inversión de vida infinita, que a partir del quinto año de vida genera un flujo constante y perpetuo. La inversión consiste en la instalación de capacidad productiva para atender la demanda, S_t , de un determinado bien que suponemos evoluciona según un proceso geométrico browniano con crecimiento esperado, α , igual al 15% y volatilidad, σ , del 30%, definido por la siguiente ecuación:

$$dS_t = \alpha S_t dt + \sigma S_t dz_t \quad [51]$$

El valor inicial de la demanda se establece igual a 100 unidades físicas, la cuota de mercado del proyecto es el 50%, el flujo de tesorería viene determinado por un margen conocido y constante igual a la unidad y el desembolso inicial requerido asciende a 1.150 unidades monetarias ¹⁹.

¹⁹ El procedimiento planteado permite incorporar fácilmente estructuras más complejas en la modelización de los *inputs*, fundamentalmente en lo que se refiere al comportamiento estocástico de los ingresos y costes, reflejando así la incertidumbre relativa a las potenciales acciones de los competidores, al cambio tecnológico...

Adicionalmente, asumimos la existencia de mercados de capitales completos, una rentabilidad libre de riesgo y un coste de oportunidad del proyecto del 5% y 15% anuales, respectivamente, para el período evaluado. En la **tabla 1** se recogen los principales parámetros relativos al ejemplo supuesto de inversión.

A partir del proyecto de inversión inicialmente definido, nos planteamos la posibilidad de ampliar su dimensión inicial en diferentes momentos del tiempo. Este derecho de ampliación se asimila a una opción de compra de estilo americano y cuyo ejercicio implica el incremento de la cuota de mercado en un 20% adicional de la demanda total y un desembolso equivalente a 500 u.m.

TABLA 1. *Datos iniciales del proyecto de inversión.*

Valor inicial de la demanda	100 uds.
Tanto de crecimiento anual de la demanda	15%
Volatilidad de la demanda	30%
Margen neto por unidad de producto	1 u.m.
Desembolso	1.150 u.m.
Coste de capital del negocio	15%
Tipo de interés libre de riesgo	5%
Valor residual del negocio	0 u.m.
Duración del negocio	Indefinida
Cuota de mercado inicial	50%
Unidad temporal de análisis	Anual

El proceso de valoración comienza con la simulación de un conjunto de trayectorias de la variable estocástica, en este caso la demanda, en los distintos subintervalos de análisis considerados. La reproducción del comportamiento de la variable de estado de acuerdo con la hipótesis de mercados completos, se alcanza a partir de la transformación logarítmica del proceso, $x_t = \ln(S_t)$, y la aplicación del Lema de Itô en la ecuación diferencial estocástica resultante. La expresión resultante adopta la siguiente forma,

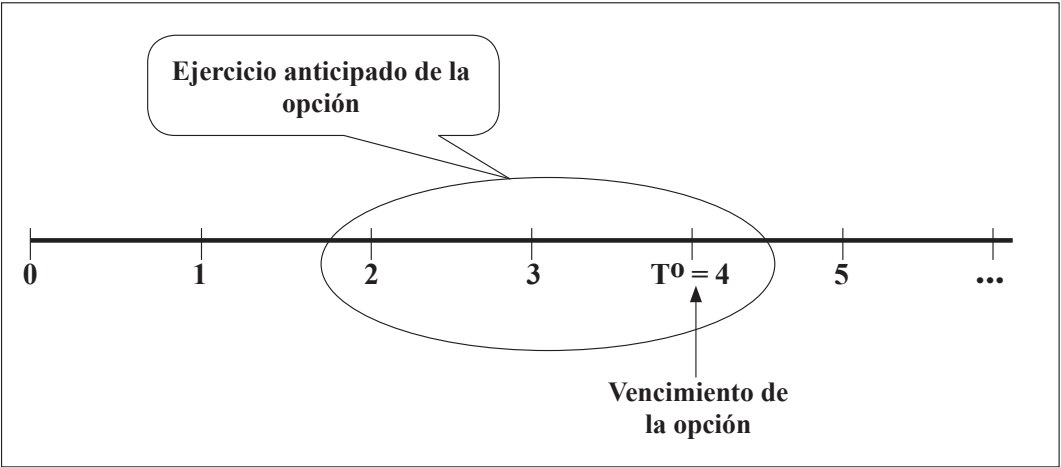
$$S_t = S_0 \exp \left[(r - \delta - 0.5\sigma^2) \Delta t + \sigma Z \sqrt{\Delta t} \right] \quad [52]$$

a partir de la que puede comprobarse que la aproximación de los valores de la variable de estado requiere únicamente obtener un conjunto de valores muestrales de la distribución normal estándar y a partir de estos se estiman los correspondientes valores de la demanda de nuestro producto, S_t . El hecho de que se trate de una simulación exacta, implica que no se precisan pequeños incrementos de tiempo, Δt , para conseguir una buena aproximación.

El horizonte durante el que se precisa la simulación de las trayectorias de la variable de estado es de 5 años, ya que a partir de este momento se supone evolución constante de los flujos. Los subintervalos en que se divide el horizonte temporal tienen una amplitud anual, evaluándose la posibilidad

de ejercicio anticipado de la opción en tres fechas de ejercicio, al final de los años segundo, tercero y cuarto. El esquema temporal del problema de valoración propuesto aparece en la **figura 3**.

FIGURA 3. *Esquema temporal del problema de valoración.*



Con el fin de mostrar la implementación del algoritmo vamos a utilizar un conjunto de 10 simulaciones de la demanda en los distintos subintervalos en que se divide el período de análisis. La **tabla 2** muestra los valores obtenidos mediante el método de Monte Carlo en los diferentes períodos.

TABLA 2. *Trayectorias simuladas a lo largo de la vida de la inversión.*

Trayectoria	S_0	S_1	S_2	S_3	S_4	S_5
1	100	98,698	87,332	62,775	57,144	68,828
2	100	80,065	101,626	66,478	60,002	54,231
3	100	58,232	33,369	30,369	35,437	26,967
4	100	82,820	127,613	74,040	120,295	223,310
5	100	86,400	57,717	108,487	106,086	125,144
6	100	106,394	222,148	232,691	177,430	170,548
7	100	99,985	85,139	109,993	122,141	146,593
8	100	83,304	97,982	129,602	238,759	161,264
9	100	108,318	78,396	141,192	121,745	128,232
10	100	110,314	82,756	72,954	46,967	37,892

A partir de los valores simulados en cada momento estimamos los flujos de tesorería equivalentes ciertos del proyecto inicial, sin opciones, sin más que multiplicar la demanda atendida del producto por el margen variable que proporciona cada unidad vendida y teniendo en cuenta la amplitud del subin-

tervalo de análisis. La última columna recoge el equivalente cierto del valor de la corriente futura bajo el supuesto de flujo constante perpetuo a partir del momento $t = 5$. En nuestro ejemplo, el valor actual de esos flujos está recogido en el valor del proyecto al final de ese período, V_5 , ya que a partir de este momento se hace efectivo el supuesto de flujo constante perpetuo. Los valores calculados se recogen en la **tabla 3**. El consiguiente Valor Actual Neto presenta un valor negativo de $-77,072$ unidades monetarias, que según los preceptos convencionales recomienda el rechazo de la inversión.

TABLA 3. *Flujos estimados a lo largo de la vida de la inversión.*

Trayectoria	F_0	F_1	F_2	F_3	F_4	F_5	V_5
1	-1.150	49,403	43,714	31,422	28,603	34,452	688,2647
2	-1.150	40,076	50,868	33,275	30,034	27,145	542,298
3	-1.150	29,148	16,703	15,201	17,738	13,499	269,692
4	-1.150	41,455	63,877	37,060	60,213	111,777	2233,039
5	-1.150	43,247	28,890	54,303	53,101	62,640	1251,403
6	-1.150	53,255	111,196	116,473	88,812	85,367	1705,432
7	-1.150	50,047	42,616	55,057	61,137	73,377	1465,896
8	-1.150	41,697	49,045	64,872	119,510	80,720	1612,597
9	-1.150	54,219	39,241	70,673	60,939	64,186	1282,285
10	-1.150	55,217	41,423	36,517	23,509	18,966	378,907
Promedio	-1.150	45,777	48,757	51,485	54,360	57,213	1142,982

A continuación, aplicamos nuestra propuesta de valoración para determinar el Valor Actual Neto Ampliado del proyecto, estimando el valor de la opción de ampliación como diferencia entre ambos valores actuales. El objetivo de este procedimiento consiste en generar una regla de parada que maximice el valor ampliado de la inversión en cada oportunidad de ejercicio a lo largo de cada trayectoria simulada.

Dado que esta metodología es recursiva, la estimación de la política de ejercicio óptimo requiere la obtención de una serie de matrices intermedias que se inician en la fecha de vencimiento de la opción, es decir $t = 4$. El primer paso en la implementación del procedimiento consiste en la determinación de las trayectorias en el dinero de la variable exógena, la demanda, para lo cual estimamos los valores del proyecto subyacente en los casos de ejercicio y no ejercicio del derecho, en cada trayectoria. El valor en caso de ejercicio, coincide con el resultado de actualizar los flujos que se derivan del proyecto ampliado entre el vencimiento de la opción y del proyecto, y deduciendo el coste de la inversión necesaria para llevar a cabo la ampliación. En nuestro ejemplo, el valor actual de esos flujos está recogido en el equivalente cierto del flujo al final de ese período, es decir, en $t = 5$, ya que a partir de este momento se hace efectivo el supuesto de flujo constante perpetuo, es decir:

$$V_{4,i}^{ejercicio}(S_{4,i}) = X + \frac{F_{5,i}^{ejercicio} + V_{5,i}^{ejercicio}}{(1+r)} \quad [54]$$

siendo

$$V_{5,i}^{ejercicio}(S_{5,i}) = \frac{F_{5,i}^{ejercicio}}{r} \quad [55]$$

Mientras que en caso de no ejercicio, el valor del subyacente es el resultado de descontar los flujos del proyecto inicial también entre la fecha de vencimiento de la opción y del proyecto,

$$V_{4,i}^{no-ejercicio}(S_{4,i}) = \frac{F_{5,i}^{no-ejercicio} + V_{5,i}^{no-ejercicio}}{(1+r)} \quad [56]$$

siendo

$$V_{5,i}^{no-ejercicio}(S_{5,i}) = \frac{F_{5,i}^{no-ejercicio}}{r} \quad [57]$$

Nótese que los flujos en caso de no ejercicio coinciden con los reportados en la **tabla 3** para el proyecto sin opciones. Mientras que los flujos en caso de ejercicio incorporan el incremento en la cuota de mercado que conlleva la opción de ampliación.

Los cálculos correspondientes se recogen en la **tabla 4**. A la vista de los resultados obtenidos para las simulaciones del ejemplo, observamos que seis de esas trayectorias están en el dinero. En la fecha de vencimiento, la estrategia que maximiza el valor ampliado de la inversión consiste en llevar a cabo la ampliación para dichas trayectorias en el dinero, como si se tratase de un derivado europeo.

Una vez realizado el análisis de la estrategia de ejercicio al vencimiento y retomando el conjunto inicial de las 10 trayectorias simuladas, iniciamos el procedimiento en el primer momento anterior al vencimiento de la opción en que se permite el ejercicio anticipado, esto es, $t = 3$.

TABLA 4. Determinación de las trayectorias que están en el dinero en la fecha de vencimiento de la opción.

Trayectoria	$F_{5, \text{EJERCICIO}} + V_{5, \text{EJERCICIO}}$	$F_{5, \text{NO-EJERCICIO}} + V_{5, \text{NO-EJERCICIO}}$	$V_{4, \text{EJERCICIO}}$	$V_{4, \text{NO-EJERCICIO}}$	En el dinero	Decisión Óptima
1	1.011,803	722,717	463,622	688,301	No	No ejercer
2	797,221	569,444	259,258	542,327	No	No ejercer
3	396,469	283,192	-122,411	269,707	No	No ejercer
4	3.282,744	2.344,817	2.626,423	2.233,159	Sí	Ejercer
5	1.839,662	1.314,044	1.252,059	1.251,471	Sí	Ejercer
6	2.507,120	1.790,800	1.887,733	1.705,524	Sí	Ejercer
7	2.154,983	1.539,274	1.552,365	1.465,975	Sí	Ejercer
8	2.370,645	1.693,318	1.757,757	1.612,683	Sí	Ejercer
9	1.885,060	1.346,471	1.295,295	1.282,354	Sí	Ejercer
10	557,024	397,875	30,499	378,928	No	No ejercer

Igual que antes, determinamos cuántas de esas 10 trayectorias están en el dinero, en función de los valores que alcanzaría el subyacente en caso de ejercicio y no ejercicio, como si tuviera lugar el vencimiento de la opción en este momento. El cálculo de estos valores debe considerar los flujos esperados en los periodos siguientes, $t = 4, 5, \dots$, contingentes a la decisión. La **tabla 5** recoge los valores estimados para la muestra de trayectorias simuladas.

$$V_{3,i}^{\text{ejercicio}}(S_{3,i}) = X + \frac{F_{4,i}^{\text{ejercicio}}}{(1+r)} + \frac{F_{5,i}^{\text{ejercicio}} + V_{5,i}^{\text{ejercicio}}}{(1+r)^2} \quad [58]$$

$$\text{y } V_{3,i}^{\text{no-ejercicio}}(S_{3,i}) = \frac{F_{4,i}^{\text{no-ejercicio}}}{(1+r)} + \frac{F_{5,i}^{\text{no-ejercicio}} + V_{5,i}^{\text{no-ejercicio}}}{(1+r)^2} \quad [59]$$

TABLA 5. Determinación de las trayectorias que están en el dinero en el periodo anterior al vencimiento de la opción $t = 3$.

Trayectoria	F _{4, EJERCICIO}	F _{4, NO-EJERCICIO}	F _{5, EJERCICIO} + F _{5, NO-EJERC}	V _{5, EJERCICIO} + V _{5, NO-EJERC}	V _{3, EJERCICIO}	V _{3, NO-EJERCICIO}	En el dinero
1	40,044	28,603	1.011,803	722,717	455,873	682,7662683	No
2	42,047	30,034	797,221	569,444	263,148	545,105879	No
3	24,833	17,738	396,469	283,192	-116,741	273,7567137	No
4	84,299	60,213	3.282,744	2.344,817	2.557,830	2184,164185	Sí
5	74,341	53,101	1.839,662	1.314,044	1.239,429	1242,44937	No
6	124,337	88,812	2.507,120	1.790,800	1.892,448	1708,891418	Sí
7	85,592	61,137	2.154,983	1.539,274	1.536,150	1454,392574	Sí
8	167,314	119,510	2.370,645	1.693,318	1.809,592	1649,708372	Sí
9	85,315	60,939	1.885,060	1.346,471	1.291,057	1279,326761	Sí
10	32,913	23,509	557,024	397,875	36,583	383,2739094	No

Los resultados obtenidos para las simulaciones realizadas indican que 5 trayectorias continúan en el dinero. Para estas trayectorias en el dinero, el poseedor de la opción de ampliación debe decidir entre ejercer el derecho inmediatamente en $t = 3$, o extender la vida del mismo hasta el periodo siguiente $t = 4$ y adoptar aquí la decisión más recomendable. La consideración de esta última posibilidad se lleva a cabo aplicando, para las trayectorias en el dinero $t = 3$, la política óptima de ejercicio obtenida previamente para $t = 4$ que, como constituye la fecha de vencimiento, viene dada por la comparación de los valores del subyacente en caso de ejercicio y no ejercicio de la opción. Así, para estas trayectorias, calculamos el valor de mantener viva la opción del siguiente modo ²⁰:

²⁰ Nótese que en la obtención del valor de continuación se utilizan los valores «reales» de los flujos de tesorería para cada una de las simulaciones.

$$V_{3,i}^{continuación}(S_{3,i}) = \frac{F_{4,i}^{no-ejercicio}}{1+r} + \begin{cases} -\frac{X}{1+r} + \frac{F_{5,i}^{ejercicio} + V_{5,i}^{ejercicio}}{(1+r)^2} & \text{si } V_{4,i}^{ejercicio} \geq V_{4,i}^{no-ejercicio} \\ \frac{F_{5,i}^{no-ejercicio} + V_{5,i}^{no-ejercicio}}{(1+r)^2} & \text{si } V_{4,i}^{ejercicio} < V_{4,i}^{no-ejercicio} \end{cases} \quad [60]$$

A partir de las trayectorias en el dinero, planteamos una regresión donde la variable dependiente se define como la diferencia entre el valor del subyacente derivado del ejercicio inmediato y el correspondiente valor en caso de mantener viva la opción hasta el período siguiente. Por su parte, las variables independientes de la regresión se basan en los valores simulados de la variable de estado. A efectos meramente ilustrativos, utilizamos la regresión polinómica de grado dos, siendo por tanto la ecuación a estimar en este momento la siguiente:

$$Y_{3,i}(S_{3,i}) = a_3 + \beta_3(S_{3,i})^2 + \omega_3 S_{3,i} \quad [61]$$

donde

$$Y_{3,i}(S_{3,i}) = V_{3,i}^{ejercicio}(S_{3,i}) - V_{3,i}^{continuación}(S_{3,i}) \quad [62]$$

La problemática respecto a las trayectorias que se encuentran en el dinero en $t = 3$ se recoge en la **tabla 6**. Así, las tres primeras columnas recuerdan la situación de las trayectorias en cuanto a que estén o no en el dinero. Tras analizar la decisión óptima correspondiente a las trayectorias en el dinero un período después, la columna quinta muestra el valor de continuación obtenido a partir del descuento de los flujos de tesorería futuros que se derivan de la inversión/no inversión en el momento óptimo a partir de $t = 3$. A partir de este valor de continuación, calculamos la variable dependiente de la regresión, Y , que, como puede comprobarse, se basa en valores reales de los flujos. A partir de los vectores correspondientes a las variables independientes de la regresión, columnas séptima y octava, se estiman los siguientes coeficientes de la aproximación,

$$\hat{Y}_3 = -17,8553 + 0,2929S_3 + -0,000759(S_3)^2 \quad [63]$$

Finalmente, las columnas novena y décima muestran el resultado de la regresión a partir de los cálculos efectuados sobre las trayectorias en el dinero, destacando en cursiva los resultados alcanzados para cada trayectoria en función de la decisión óptima una vez evaluadas las posibilidades de ejercicio en $t = 3$ y $t = 4$.

TABLA 6. Variables que intervienen en la regresión en $t = 3$.

Tray.	V ₃ , EJERCICIO	V ₃ , NO- EJERCICIO	En el dinero	Decisión Óptima $t=4$	V ₃ , CONT.	Y ₃	S ₃	(S ₃) ²	$\hat{Y}_3$	Decisión Óptima $t=3$
1	455,87	682,76	No	No ejercer			62,77	3.940,68		
2	263,14	545,10	No	No ejercer			66,47	4.419,34		

.../...

.../...

3	-116,74	273,75	No	No ejercer			30,36	922,27		
4	2.557,83	2.184,16	Sí	Ejercer	2558,70	-0,871	74,04	5.481,85	-0,33	Cont.
5	1.239,42	1.242,44	No	Ejercer			108,48	11.769,44		
6	1.892,44	1.708,89	Sí	Ejercer	1882,42	10,02	232,69	54.144,87	9,18	Ejercer
7	1.536,15	1.454,39	Sí	Ejercer	1536,66	-0,519	109,99	12.098,40	5,17	Ejercer
8	1.809,59	1.649,70	Sí	Ejercer	1787,87	21,72	129,60	16.796,72	7,35	Ejercer
9	1.291,05	1.279,32	Sí	Ejercer	1291,65	-0,594	141,19	19.935,15	8,36	Ejercer
10	36,58	383,27	No	No ejercer			72,95	5.322,29		

La función de la diferencia esperada entre el valor de ejercicio y de continuación para el momento $t = 2$ se estima del mismo modo que en $t = 3$. En la **tabla 7** se muestran los valores estimados para determinar las trayectorias en el dinero. Los valores del subyacente en caso de ejercicio y no ejercicio incorporan los flujos esperados en los periodos siguientes, $t = 3, 4, 5, \dots$, contingentes a la decisión,

$$V_{2,\text{ejercicio}}^i(S_2^i) = X + \frac{F_{3,\text{ejercicio}}^i}{1+r} + \frac{F_{4,\text{ejercicio}}^i}{(1+r)^2} + \frac{F_{5,\text{ejercicio}}^i + V_{5,\text{ejercicio}}^i}{(1+r)^3} \quad [64]$$

$$\text{y } V_{2,\text{no-ejercicio}}^i(S_2^i) = \frac{F_{3,\text{no-ejercicio}}^i}{1+r} + \frac{F_{4,\text{no-ejercicio}}^i}{(1+r)^2} + \frac{F_{5,\text{no-ejercicio}}^i + V_{5,\text{no-ejercicio}}^i}{(1+r)^3} \quad [65]$$

TABLA 7. Determinación de las trayectorias que están en el dinero dos periodos anteriores al vencimiento de la opción: $t = 2$.

Tray.	F ₃ , EJERCICIO	F ₃ , NO- EJERCICIO	F ₄ , EJERCICIO	F ₄ , NO- EJERCICIO	F ₅ , EJERC + V ₅ , EJERC	F ₅ , NO-EJ + V ₅ , NO-EJ	V ₂ , EJERCICIO	V ₂ , NO-EJERCICIO	En el dinero
1	43,991	31,422	40,044	28,603	1.011,803	722,717	452,251	680,179	No
2	46,586	33,275	42,047	30,034	797,221	569,444	271,175	550,839	No
3	21,282	15,201	24,833	17,738	396,469	283,192	-114,723	275,198	No
4	51,884	37,060	84,299	60,213	3.282,744	2.344,817	2.461,633	2.115,452	Sí
5	76,024	54,303	74,341	53,101	1.839,662	1.314,044	1.229,003	1.235,002	No
6	163,062	116,473	124,337	88,812	2.507,120	1.790,800	1.933,819	1.738,442	Sí
7	77,079	55,057	85,592	61,137	2.154,983	1.539,274	1.512,599	1.437,571	Sí
8	90,821	64,872	167,314	119,510	2.370,645	1.693,318	1.786,107	1.632,934	Sí
9	98,943	70,673	85,315	60,939	1.885,060	1.346,471	1.300,000	1.285,714	Sí
10	51,124	36,517	32,913	23,509	557,024	397,875	59,721	399,801	No

Puede comprobarse cómo en $t = 2$ permanecen en el dinero las mismas trayectorias que en el período siguiente. La determinación de la política de ejercicio requiere igual que en el momento analizado anteriormente, regresionar la variable dependiente Y sobre la constante y los valores simulados de la fuente de incertidumbre. El valor de continuación para las trayectorias en el dinero en $t = 2$ se cal-

cula aplicando las decisiones de parada óptimas determinadas para los momentos siguientes, $t = 3$ y 4 , de tal manera que en el primer instante en que se alcance el t^* se considera el ejercicio de la opción:

$$V_{2,i}^{continuation}(S_{2,i}^*) = \frac{F_{3,i}^{no-ejercicio}}{1+r} + \begin{cases} -\frac{X}{1+r} + \frac{F_{4,i}^{ejercicio}}{(1+r)^2} + \frac{F_{5,i}^{ejercicio}}{(1+r)^3} & si \quad \hat{Y}_{3,i}^* \geq 0 \\ \frac{F_{4,i}^{no-ejercicio}}{(1+r)^2} - \frac{X}{(1+r)^2} + \frac{F_{5,i}^{ejercicio}}{(1+r)^3} & si \quad V_{4,i}^{ejercicio} \geq V_{4,i}^{no-ejercicio} \\ \frac{F_{4,i}^{no-ejercicio}}{(1+r)^2} + \frac{F_{5,i}^{no-ejercicio}}{(1+r)^3} & si \quad \begin{cases} \hat{Y}_{3,i}^* < 0 \\ V_{4,i}^{ejercicio} < V_{4,i}^{no-ejercicio} \end{cases} \end{cases} \quad [66]$$

La variable dependiente de la regresión, Y , se calcula a partir de los valores reales de los flujos y no en el valor esperado que se obtiene a partir de la regresión estimada previamente ²¹. Los valores «reales» de continuar, la diferencia entre estos y los valores de ejercicio así como los valores estimados de dicha diferencia para el momento $t = 2$ se recogen en la **tabla 8**.

La aproximación de la función esperada de la diferencia entre ejercer y mantener viva la opción en $t = 2$ viene dada por la siguiente expresión:

$$\hat{Y}_2 = 59,4638 - 1,107S_2 + 0,003788(S_2)^2 \quad [67]$$

En cursiva destacamos la estrategia de ejercicio óptimo en las diferentes oportunidades de ejercicio evaluadas. Según la regla de parada identificada, el ejercicio resulta óptimo para las trayectorias 6, 7 y 9 en el momento $t = 2$, para la trayectoria 8 en $t = 3$, y para las trayectorias 4 y 5 en el momento de vencimiento $t = 4$.

TABLA 8. Variables que intervienen en la regresión en $t = 2$.

Tray.	V ₂ , EJERCICIO	V ₂ , NO-EJERCICIO	En el dinero	Decisión Óptima $t=3$	Decisión Óptima $t=4$	V ₂ , CONTINUACIÓN	Y ₂	S ₂	(S ₂) ²	$\hat{Y}_2$	Decisión Óptima $t=2$
1	452,25	680,17	No	No ejer.	No ejer.						No Ejer.
2	271,17	550,83	No	No ejer.	No ejer.						No Ejer.
3	-114,72	275,19	No	No ejer.	No ejer.						No Ejer.
4	2.461,63	2.115,45	Sí	Cont.	<i>Ejercer</i>	2472,15	-10,51	127,61	16.285,12	-8,66	Cont.
5	1.229,00	1.235,00	No	No ejer.	<i>Ejercer</i>						No Ejer.
6	1.933,82	1.738,44	Sí	Ejercer	Ejercer	1913,25	20,56	222,15	49.349,84	20,42	<i>Ejercer</i>
7	1.512,60	1.437,57	Sí	Ejercer	Ejercer	1515,43	-2,83	85,14	7.248,69	0,31	<i>Ejercer</i>
8	1.786,11	1.632,93	Sí	<i>Ejercer</i>	Ejercer	1785,20	0,90	97,98	9.600,43	-3,84	Cont.
9	1.300,00	1.285,71	Sí	Ejercer	Ejercer	1296,88	3,11	78,39	6.145,93	2,99	<i>Ejercer</i>
10	59,72	399,80	No	No ejer.	No ejer.						No Ejer.

²¹ Como ya se ha mencionado en el epígrafe anterior, el hecho de descontar el valor esperado en vez del valor que se deriva de los flujos «reales» para cada trayectoria considerada, ocasiona un sesgo al alza en el valor de la oportunidad de inversión.

Con esta especificación de la estrategia de ejercicio óptimo, resulta sencillo determinar los flujos de tesorería que se derivan de las decisiones más recomendables en cada caso. La **tabla 9** recoge los valores netos ampliados, ya descontados al momento actual, del proyecto de inversión subyacente que se derivan de la decisión óptima en cada caso.

Tras promediar los resultados alcanzados para cada trayectoria, podemos comprobar cómo el valor que se deriva de la gestión activa de la inversión subyacente, el Valor Actual Neto Ampliado, asciende a 35,856 u.m., frente a las -77,072 u.m. que proporciona el convencional descuento de flujos «pasivos» del proyecto. El valor de la oportunidad de inversión resulta por tanto de 112,929 u.m. A pesar de su simpleza, este ejemplo de inversión ficticia permite ilustrar el empleo conjunto de la simulación, la programación dinámica y la regresión estadística en la evaluación de las oportunidades de inversión empresariales.

TABLA 9. *Estimación del Valor Ampliado de la inversión.*

Trayectoria	Decisión Óptima $t = 2$	Decisión Óptima $t = 3$	Decisión Óptima $t = 4$	Valor Ampliado
1	No ejercer	No ejercer	No Ejercer	656,592
2	No ejercer	No ejercer	No Ejercer	545,766
3	No ejercer	No ejercer	No Ejercer	264,762
4	Continuar	Continuar	<i>Ejercer</i>	2.359,550
5	No ejercer	No ejercer	<i>Ejercer</i>	1.205,534
6	<i>Ejercer</i>	Ejercer	Ejercer	1.945,951
7	<i>Ejercer</i>	Ejercer	Ejercer	1.473,751
8	Continuar	<i>Ejercer</i>	Ejercer	1.725,844
9	<i>Ejercer</i>	Ejercer	Ejercer	1.280,604
10	No ejercer	No ejercer	No Ejercer	400,2032
			VAN Ampliado	35,8567
			VAN	-77,072
			Oportunidad de Inversión	112,929

6. CONCLUSIÓN

Aunque el enfoque de opciones reales presenta como señas de identidad el reconocimiento de la flexibilidad y de la gestión continuada de la inversión empresarial, su formulación habitual no permite capturar todo el potencial de la flexibilidad inherente a los proyectos de inversión, sino únicamente una aproximación del valor de aquella. Así, el valor asociado a algunos de los rasgos habituales de la inversión empresarial, como la posibilidad de llevar a cabo la inversión en más de una fecha futura y la dependencia de la corriente de flujos subyacente de múltiples y diversas fuentes de incertidumbre, es difícilmente incorporado, al menos, simultáneamente, a partir de las soluciones analíticas y los procedimientos numéricos convencionales que conforman el enfoque de opciones reales.

Este panorama ha comenzado a cambiar en los últimos años, a raíz de las nuevas propuestas de valoración basadas en la simulación de Monte Carlo. Además de la generalidad de su aplicación en el ámbito científico, algunas de las ventajas atribuidas a las técnicas de simulación, se refieren a: su capacidad para incorporar múltiples fuentes de incertidumbre y estructuras de comportamiento de las variables exógenas con dependencias en el tiempo y correlaciones; la posibilidad de incrementar el nivel de precisión con tan solo incrementar el número de simulaciones en el análisis; la generalidad de activos a los que se puede aplicar; y, por último, su idoneidad para analizar el comportamiento del modelo. Como contrapartida, es preciso reconocer que la simulación no es, por sí sola, una técnica válida para la estimación de la política de ejercicio óptima de las opciones americanas, ya que no permite la incorporación de las expectativas futuras de los factores estocásticos.

La búsqueda de la flexibilización de los modelos de valoración a partir del método de Monte Carlo está supeditada a su empleo junto a técnicas de programación dinámica que contribuyen a superar la anterior limitación del método de Monte Carlo respecto a la incorporación de las expectativas futuras. Esta búsqueda de la flexibilización queda justificada siempre que los beneficios, en términos de mayor precisión de los resultados de la valoración, compensen los costes de abstracción, modelización e informatización que requiere la implementación de las nuevas propuestas de valoración.

En este trabajo se arroja algo de luz sobre los procedimientos de valoración basados en la simulación de Monte Carlo, para ayudar a comprender cuáles son los principios que rigen su funcionamiento. Precisamente, a partir de la combinación de la simulación de Monte Carlo, la programación dinámica y la regresión estadística hemos propuesto un modelo flexible de valoración de las opciones reales que añade a los beneficios que se derivan del empleo conjunto de la simulación y la programación dinámica –referidos a la maleabilidad para la modelización de la corriente de flujos subyacente y la consideración de las expectativas de su evolución futura– el menor consumo de recursos que conlleva la estimación de la política de ejercicio óptima a partir de la regresión estadística.

El modelo propuesto tiene por objeto extender la aplicación del enfoque a una amplia variedad de inversiones –cualquiera que sea la naturaleza de sus resultados o el número y comportamiento estocástico de las variables de estado que determinan su futuro– a partir de su implementación en una herramienta de optimización que soporta la complejidad operativa y el elevado número de operaciones requerido y facilita la sistematización de la toma de decisiones.

Los beneficios derivados de la flexibilidad que incorpora el modelo propuesto se analizan mediante su aplicación a un caso ficticio de inversión, en el que la existencia de fuentes de valor de la inversión diferentes a la inmediata generación de flujos de tesorería y la presencia de características no convencionales de aquellas, justifican el diseño de este tipo de propuestas de valoración flexibles y fáciles de utilizar.

En nuestra opinión, la única posibilidad de que el enfoque de opciones reales termine imponiéndose al modelo de descuento de flujos, tal y como preconizaba Tom COPELAND, pasa por la difusión y comprensión de este tipo de modelos flexibles. De ello va a depender el que los profesionales realicen mejores y más completas valoraciones de la inversión empresarial.

Bibliografía

- ABADIE, L. M. y CHAMORRO, J. M. [2006]: «Valuation of Natural Gas Power Plant Investment». *Presentado en X Real Options Conference*, Nueva York.
- ALBERTÍ, M. A. LEÓN y LLOBET, G. [2003]: «Evaluation of a Taxi Sector Reform: A Real Options Approach». *Working paper CEMFI*.
- BARRANQUAND, J. y MARTINEAU, D. [1995]: «Numerical Valuation of High Dimensional Multivariate American Securities». *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, vol. 30, 3, págs. 383-405.
- BOYLE, P. P. [1977]: «Options: A Monte Carlo Approach». *Journal of Financial Economics*, vol. 4, págs. 323-338.
- BRENNAN, M. y SCHWARTZ, E. S. [1978]: «Finite Difference Methods and Jump Processes Arising in the Pricing of Contingent Claims: A Synthesis». *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, vol. 13, págs. 461-474. En SCHWARTZ, E. S. y TRIGERORGIS, L. (Eds.) [2001] *Real Options and Investment under Uncertainty: Classical Readings and Recent Contributions*. Ed. MIT Press, Cambridge, Massachusetts.
- [1985]: «Evaluating Natural Resource Investments». *Journal of Business*, vol. 58, 2, págs. 135-157.
- BROADIE, M. y GLASSERMAN, P. [1997]: «Pricing American-Style Securities Using Simulation». *Journal of Economic Dynamics and Control*, vol. 21, 8-9, págs. 1.323-1.352.
- [2004]: «A Stochastic Mesh Method for Pricing High-Dimensional American Options». *Journal of Computational Finance*, 7, 4, págs. 35-72.
- BROADIE, M.; GLASSERMAN, P. y JAIN, G. [1997]: «Enhanced Monte Carlo Estimates for American Options Prices». *Journal of Derivatives*, vol. 5, 1, 25-44.
- CARRIÈRE, J. [1996]: «Valuation of Early-Exercise Price of Options Using Simulation and Non-Parametric Regression». *Insurance: Mathematics and Economics*, vol. 19, págs. 19-30.
- CHARNES, J. M. [2000]: «Using Simulation for Option Pricing». *Proceedings of the 2000 Winter Simulation Conference*, ed. J. A. JOINES, R. R. BARTON, K. KANG, y P. A. FISHWICK, eds., Orlando, Florida.
- COPELAND, T. E. [2000]: «New Developments in Valuation». En *Strategic Finance in the 21st Century* (15 experts opinions), (Ed) L. KEULENEER; D. SWAGERMAN y W. VERHOOG.
- CORTÁZAR, G. [2001]: «Simulation and Numerical Methods in Real Options Valuation». *Real Options and Investment Under Uncertainty: Classical Readings and Recent Contributions*, SCHWARTZ and TRIGEORGIS (Editors), MIT Press.
- CORTÁZAR, G. y SCHWARTZ, E. S. [1998]: «Monte Carlo Evaluation Model of an Undeveloped Oil Field». *Journal of Energy Finance and Development*, vol. 3, 1, págs. 73-84.
- COX, J. C.; INGERSOLL, J. E. y ROSS, S. A. [1985]: «An Intertemporal General Equilibrium Model of Asset Prices». *Econometrica*, vol. 53, págs. 363-384.
- COX, J. C. y ROSS, S. [1976]: «The Valuation of Options for Alternative Stochastic Processes». *Journal of Financial Economics*, vol. 3, págs. 145-166.
- COX, J. C.; ROSS, S. A. y RUBINSTEIN, M. [1979]: «Option Pricing: A Simplified Approach». *Journal of Financial Economics*, vol. 7, págs. 229-263.
- DIXIT, A. y PINDYCK, R.S. [1994]: *Investment and Uncertainty*, Princeton University Press.
- DUDLEY, R. M. [1989]: *Real Analysis and Probability*. Wadsworth & Books.

- FU, A.; LAPRISE, S.; MADAN, D.; SU, Y. y WU, R. [2000]: «Pricing American Options: A Comparison of Monte Carlo Simulation Approaches». *Working paper*.
- GLASSERMANN, P. [2004]. *Monte Carlo Methods in Financial Engineering*. Springer-Verlag, New York.
- GRANT, D.; VORA G. y WEEKS D. [1996]: «Simulation and the Early-Exercise Option Problem». *Journal of Financial Engineering*, vol. 5, 3, págs. 211-227.
- GRAVET, M. A. [2003]: *Evaluación de Opciones Reales Mediante Simulación: El Método de los Mínimos Cuadrados*. Memoria para optar al título de Ingeniero Civil Industrial. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile.
- HARRISON, J. M. y PLISKA, S. R. [1981]: «Martingales and Stochastic Integrals in the Theory of Continuous Trading». *Stochastic Process and their Applications*, vol. 11, págs. 261-271.
- HEATH, D.; JARROW, R. y MORTON, A. [1992]: «Bond Pricing and the Term Structure of Interest Rates». *Econometría*, vol. 60, págs. 77-106.
- HULL, J. [1993]: *Options, Futures, and other Derivative Securities*, 2/e, Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall.
- HULL, J. y WHITE, A. [1988]: «The Use of Control Variate Technique in Option Pricing». *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, vol. 23, 3, págs. 237-251.
- [1993]: «Efficient Procedures for Valuing European and American Path-Dependent Options». *Journal of Derivatives*, vol. 1, págs. 21-31.
- IBÁÑEZ, A. y ZAPATERO, F. [2004]: «Monte Carlo Valuation of American Options through Computation of the Optimal Exercise Frontier», *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, vol. 39, págs. 253-275.
- JUAN, C.; OLMOS, F.; PÉREZ, J. C. y CASASÚS, T. [2002]: «Optimal Investment Management of Harbour Infrastructures. A Real Options Viewpoint». *Working paper*. Universidad de Valencia.
- KLOEDEN, P. y PLATEN, E. [1992]: *Numerical Solution of Stochastic Differential Equations*, Springer- Verlag, New York.
- LAMOTHE, P. y ARAGÓN, R. [2002]: «Valoración Racional de Acciones de Internet: El Caso Europeo», Presentado en *X Foro de Finanzas*, Noviembre, Sevilla.
- LANDER, D. y PINCHES, G. E. [1998]: «Challenges to the Practical Implementation of Modeling and Valuing Real Options». *The Quarterly Review of Economics and Finance*, vol. 38, Special Issue on Real Options: Developments and Applications, págs. 537-567.
- LEÓN, A. y PIÑEIRO, D. [2004]: «Valuation of a Biotech Company: A Real Options Approach», *Working paper CEMFI*.
- LEHOCZKY, J. P. [1997]: «Simulation Methods for Option Pricing». En PLISKA, S., M. A. H. DEMPSTER [Eds.]: *Mathematics of Derivative Securities*. Cambridge University Press, Cambridge.
- LONGSTAFF, F. A. y SCHWARTZ, E. S. [2001]: «Valuing American Options by Simulation: A Simple Least-Squares Approach». *The Review of Financial Studies*, vol. 14, 1, págs. 113-147.
- MERTON, R. C. [1976]: «Option Pricing When Underlying Stock Returns Are Discontinuous». *Journal of Financial Economics*, vol. 3, págs. 125-144.
- MILTERSEN, K. R. y SCHWARTZ, E. S. [2004]: «R&D Investments with Competitive Interactions», *Review of Finance*, vol. 8, 3, págs. 355-401.
- MORENO, M. y NAVAS, J. F. [2003a]: «Métodos de Valoración de Opciones Americanas: El Enfoque Least-Squares Monte Carlo». *Seminario de Matemática Financiera MEFF*, vol. 3, págs. 219-238.
- [2003b]: «On the Robustness of Least-Squares Monte Carlo (LSM) for Pricing American Derivatives». *Review of Derivatives Research*, vol. 6, 2, págs. 107-128.

- MYERS, S.C. [1977]: «Determinants of Corporate Borrowing». *Journal of Financial Economics*, vol. 5, págs. 147-75.
- [1996]: «Fischer Black's Contributions to Corporate Finance». *Financial Management*, vol. 25, n.º 4, págs. 95-103.
- NEWTON, D. P. y A. W. PEARSON [1994]: «Application of OPT to R&D». *R&D Management*, vol. 24, 1, págs. 83-89.
- RAYMAR, S. y ZWECHER, M. [1997]: «Monte Carlo Estimation of American Call Options on the Maximum of Several Stocks». *The Journal of Derivatives*, págs. 7-23.
- RUBIO, G. y LAMOTHE, P. [2006]: «Real Options in Firm Valuation: Empirical Evidence from European Biotech Firms». *Presentado en X Real Options Conference*, Nueva York.
- SÁENZ DÍEZ, R. [2004]: *Valoración de Inversiones a través del Método de Opciones Reales. El caso de una Empresa Tecnológica*. Tesis Doctoral, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.
- SCHWARTZ, E. S. [2004]: «Patents and R&D as Real Options», *Economics Notes*, vol.33, 1, págs. 23-54.
- SCHWARTZ, E. S. y MOON, M. [2000]: «Rational Pricing of Internet Companies», *Financial Analyst Journal*, vol. 56, 3, págs. 62-75.
- [2001]: «Rational Pricing of Internet Companies Revisited», *Financial Review*, vol.36: 7-26.
- STENTOFT, L. [2004]: «Assesing the Least Squares Monte-Carlo Approach to American Option Valuation». *Review of Derivatives Research*, vol. 7, págs. 129-168.
- TILLEY, J. A. [1993]: «Valuing American Options in a Path Simulation Model». *Transactions of the Society of Actuaries*, vol. 45, págs. 83-104.
- TSITSIKLIS, J. y VAN ROY, B. [2001]: «Regression Methods for Pricing Complex American-Style Options». *IEEE Transactions on Neural Networks*, vol. 12, págs. 694-703.
- VOSE, D. [1996]: *Quantitative Risk Analysis. A Guide to Monte Carlo Simulation Modelling*. Ed. Wiley, Chichester, Reino Unido.

LA CONTABILIDAD DEL ARRENDAMIENTO FINANCIERO EN LOS NUEVOS PLANES DE CONTABILIDAD

PEDRO SEVILLA ROMERO

Profesor de la Universidad Rey Juan Carlos

Extracto:

EN este trabajo vamos a tratar de comparar los cambios ocasionados en la contabilización del arrendamiento financiero por la implantación, tanto del Plan General de Contabilidad, como del Plan General de Contabilidad de Pymes, incluyendo también el tratamiento que se debe dar en las microempresas. Realizaremos la descripción y el análisis tanto teóricamente como con ejemplos, indicando la forma en que se deben contabilizar estas operaciones.

Palabras clave: microempresa, Pyme, grandes empresas y arrendamiento financiero.

Sumario

1. Introducción.
2. Concepto de arrendamiento.
3. Concepto de arrendamiento financiero.
4. Tratamiento contable del arrendamiento financiero.
 - 4.1. Microempresa.
 - 4.2. Pymes.
 - 4.3. Grandes empresas.
5. Conclusiones.

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación del Nuevo Plan General de Contabilidad (PGC) y del Plan General de Contabilidad de Pymes (PGC Pymes) por medio de los Reales Decretos 1514/2007 y 1515/2007, de 16 de noviembre, ha traído consigo muchos e importantes cambios en la forma de contabilizar ciertos hechos económicos.

El arrendamiento financiero es uno de ellos, ya que a la hora de registrar contablemente este hecho económico, deberemos de tener en cuenta ciertos aspectos que con el Plan General de Contabilidad de 1990 no eran necesarios.

Lo primero que debemos observar es el tipo de empresa, ya que se contabilizará de forma diferente si es una gran empresa, una Pyme o una microempresa, delimitando de esta manera, el plan contable a utilizar.

Para encuadrar la empresa en cuestión, deberá cumplir durante dos ejercicios consecutivos a la fecha de cierre de cada uno de ellos dos de las circunstancias resumidas en el cuadro siguiente:

CUADRO 1.

	Total Activo	Cifra anual negocios	Trabajadores
Gran Empresa ¹	> 2.850.000 €	> 5.700.000 €	> 50
Pyme	≤ 2.850.000 €	≤ 5.700.000 €	≤ 50
Microempresa	≤ 1.000.000 €	≤ 2.000.000 €	≤ 10

FUENTE: *Elaboración propia basada en los Planes Generales de Contabilidad.*

Una vez que tenemos acotado el tipo de empresa, definiremos el concepto de arrendamiento financiero que establecen ambos planes contables, para de esta forma encuadrar el hecho económico.

Posteriormente vamos a describir el proceso de registro contable desde la perspectiva del arrendatario para los tres tipos de empresa expuestos anteriormente.

Para terminar obtendremos una serie de conclusiones que trataremos de plasmar en un cuadro resumen para su fácil comprensión.

¹ Consideraremos Gran Empresa las que superen el límite establecido para las Pymes en el PGC Pymes.

2. CONCEPTO DE ARRENDAMIENTO

En primer lugar, vamos a introducir el concepto de arrendamiento que viene dado tanto en la norma 8.^a de valoración y registro del PGC, como en la norma 7.^a del PGC Pymes. Esta definición dice: «Un arrendamiento es cualquier acuerdo, con independencia de su instrumentación jurídica, por el que el arrendador cede al arrendatario, a cambio de percibir una suma única de dinero o una serie de pagos o cuotas, el derecho a utilizar un activo durante un período de tiempo determinado, con independencia de que el arrendador quede obligado a prestar servicios en relación con la explotación o mantenimiento de dicho activo».

La clasificación de los contratos de arrendamiento como arrendamientos financieros u operativos va a depender de las circunstancias de cada una de las partes del contrato, por lo que pueden ser calificados de forma diferente por el arrendatario y por el arrendador.

3. CONCEPTO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO

Para que se pueda calificar un contrato de arrendamiento como financiero, se tienen que transferir sustancialmente todos los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo sobre el que se realiza el arrendamiento.

Se va a presumir que se transfieren sustancialmente todos los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad, siempre que en el contrato de arrendamiento del activo exista opción de compra y no existan dudas razonables de que se va a ejercitar dicha opción de compra.

Igualmente se presumirá, salvo prueba en contrario, dicha transferencia, aunque no exista opción de compra en los casos siguientes:

- a) Contratos de arrendamiento en los que la propiedad del activo se transfiere, o de las condiciones de dicho contrato se deduzca que se va a transferir, al arrendatario al finalizar el plazo del arrendamiento. Es decir, si la propiedad del activo se cede al arrendatario al finalizar el plazo del arrendamiento.
- b) En aquellos contratos en los que el plazo del arrendamiento coincida o cubra la mayor parte de la vida económica del activo, y siempre que de las condiciones pactadas se desprenda la racionalidad económica del mantenimiento de la cesión de uso. Entendiéndose por el plazo del arrendamiento el período no revocable para el cual el arrendatario ha contratado el arrendamiento del activo, junto con cualquier período adicional en el que el arrendatario tenga derecho a continuar con el arrendamiento, con o sin pago adicional, siempre que al inicio del arrendamiento se tenga la certeza razonable de que el arrendatario ejercerá tal opción. En resumen, cuando el período de alquiler coincida o cubra la mayor parte de la vida económica del activo.

- c) En los contratos en los que al comienzo del arrendamiento el valor actual de los pagos mínimos acordados por el arrendamiento suponga la práctica totalidad del valor razonable del activo arrendado. En los pagos mínimos acordados se incluye el pago por la opción de compra cuando no existan dudas razonables sobre su ejercicio y cualquier importe que se haya garantizado, directa o indirectamente, y se excluyen las cuotas de carácter contingente, el coste de los servicios y los impuestos repercutibles por el arrendador. Es decir, si el valor actual de los pagos mínimos suponen un importe prácticamente igual al del valor razonable del bien arrendado al principio del contrato.
- d) Si la utilidad queda restringida al arrendatario por poseer los activos objeto del arrendamiento características especiales.
- e) Siempre que el arrendatario pueda cancelar el contrato de arrendamiento y las pérdidas sufridas por el arrendador a causa de la cancelación fueran asumidas por el arrendatario.
- f) Cuando los resultados que puedan derivarse de las fluctuaciones en el valor razonable del importe residual recaigan sobre el arrendatario.
- g) Si el arrendatario tiene la posibilidad de prorrogar el arrendamiento durante un segundo período, con unos pagos por arrendamiento que sean sustancialmente inferiores a los habituales del mercado.

4. TRATAMIENTO CONTABLE DEL ARRENDAMIENTO FINANCIERO

A continuación vamos a describir el procedimiento contable del arrendamiento financiero, desde la óptica del arrendatario, ajustado a la regulación impuesta por el PGC y por el PGC Pymes y diferenciando entre Microempresa, Pymes y Grandes Empresas.

4.1. Microempresa.

El artículo 4 del Real Decreto 1515/2007 por el que se aprueba el PGC Pymes, y los criterios contables específicos para microempresas, regula la norma que se deberá aplicar por este tipo de empresas y con carácter optativo.

Cuando la empresa haya optado por la aplicación del PGC Pymes, se cumplan las condiciones del **cuadro 1** para ser considerada microempresa, y siempre que el elemento del arrendamiento financiero no tenga por objeto terrenos, solares u otros activos no amortizables, la contabilización se realizará de la forma siguiente:

Las cuotas devengadas en el ejercicio serán imputadas como gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias.

EJEMPLO 1:

Supongamos un *leasing* de una máquina para el proceso industrial con cuotas iguales, siendo la última cuota la opción de compra que pensamos ejercitar.

Por cada una de las cuotas realizaremos los siguientes asientos:

- Por el recibo que nos emite la entidad financiera:

Núm. Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
6211	Arrendamientos financieros y otros	700,00	
6624	Intereses de deudas, otras empresas	48,00	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	119,68	
524	Acreedores arrendamiento financiero c/p		867,68

- Por el cargo que nos realiza el banco:

Núm. Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
524	Acreedores arrendamiento financiero c/p	867,68	
572	Bancos e instituciones crédito c/c vista euros		867,68

En el momento que se realice la opción de compra, se registrará el activo por el precio de adquisición de dicha opción de compra, por lo que realizaremos el siguiente asiento.

- Por la opción de compra:

Núm. Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
213	Maquinaria	748,00	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	119,68	
524	Acreedores arrendamiento financiero c/p		867,68

- Por el cargo que nos realiza el banco al ejercitar la opción de compra realizaremos:

Núm. Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
524	Acreedores arrendamiento financiero c/p	867,68	
572	Bancos e instituciones crédito c/c vista euros		867,68

A la hora de redactar la memoria de las cuentas anuales, en el apartado 5, «Inmovilizado material, intangible e inversiones inmobiliarias», deberemos dar cumplida información sobre el valor razonable o valor al contado del activo calculado al inicio del arrendamiento y su vida útil estimada. También se deberán indicar las cuotas abonadas,

.../...

.../...

la deuda pendiente de pago y el importe por el que se podrá ejercer la opción de compra, si la hubiese.

En la información que se debe suministrar acerca de las cuotas, hay que diferenciar la parte correspondiente a la recuperación del coste del bien objeto del arrendamiento financiero y la carga financiera, conforme a la siguiente tabla:

Nota 5: Inmovilizado material, intangible e inversiones inmobiliarias.

Año	Cuota del acuerdo de arrendamiento		Compromisos pendientes
	Recuperación del coste	Carga financiera	
1			
2			
...			
n			

Cuando los arrendamientos financieros tengan por objeto terrenos, solares u otros activos no amortizables, se aplicarán los criterios de registro y valoración del PGC Pymes que planteamos a continuación.

4.2. Pymes.

Para el resto de Pymes que no sean consideradas microempresas, según las características del **cuadro 1**, el registro contable se realizará de la siguiente manera:

A la firma del contrato, se deberá registrar un activo conforme a su naturaleza, ya se trate de un elemento del inmovilizado material o del intangible, y un pasivo financiero por el mismo importe, que será el valor razonable del activo arrendado calculado al inicio del mismo, sin incluir los impuestos repercutibles por el arrendador. Los gastos directos iniciales inherentes a la operación en los que incurra el arrendatario se han de considerar como mayor valor del activo.

La carga financiera total se distribuirá a lo largo del plazo del arrendamiento y se imputará a la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que se devengue, aplicando el método del tipo de interés efectivo. Los pagos por arrendamiento, cuyo importe no es fijo sino que depende de la evolución futura de una variable, es decir, las cuotas de carácter contingente, serán gastos del ejercicio en que se incurran.

A los activos que se reconozcan en el balance como consecuencia del arrendamiento, se deberán aplicar los criterios de amortización, deterioro y baja que les correspondan por su naturaleza y a la baja de los pasivos financieros cuando la obligación se haya extinguido.

EJEMPLO 2:

Supongamos que la sociedad «XYZ, SL» firma el 1 de enero de 2008 un contrato de arrendamiento con opción de compra sobre una máquina que va a destinar a su proceso productivo. Se va a realizar mediante el pago de 24 cuotas de 2.110 euros cada una, más otra cuota por el valor residual de igual importe. El tipo aplicado en la operación es del 5% anual y el valor razonable de la máquina es 50.000 euros, siendo la vida útil de 36 meses.

La sociedad «XYZ, SL» sabemos que va a ejercitar la opción de compra, siendo esta la última cuota del arrendamiento. Suponemos que no existen gastos iniciales que deban ser tenidos en cuenta.

La entidad de *leasing* nos facilita el siguiente cuadro de amortización que figura en las condiciones del contrato que hemos firmado.

CUADRO 2. Cuadro contractual de amortización del leasing:

Período	Fecha	Capital pdte. al inicio	Amortización capital	Intereses	Cuota neta	IVA	Cuota total	Capital pdte. al final
inicial	01-01-2008	50.000	0		0	0	0	50.000
1	01-02-2008	50.000	1.902	208	2.110	338	2.448	48.098
2	01-03-2008	48.098	1.910	200	2.110	338	2.448	46.188
3	01-04-2008	46.188	1.918	192	2.110	338	2.448	44.271
4	01-05-2008	44.271	1.926	184	2.110	338	2.448	42.345
5	01-06-2008	42.345	1.934	176	2.110	338	2.448	40.411
6	01-07-2008	40.411	1.942	168	2.110	338	2.448	38.470
7	01-08-2008	38.470	1.950	160	2.110	338	2.448	36.520
8	01-09-2008	36.520	1.958	152	2.110	338	2.448	34.562
9	01-10-2008	34.562	1.966	144	2.110	338	2.448	32.596
10	01-11-2008	32.596	1.974	136	2.110	338	2.448	30.621
11	01-12-2008	30.621	1.983	128	2.110	338	2.448	28.639
12	01-01-2009	28.639	1.991	119	2.110	338	2.448	26.648
13	01-02-2009	26.648	1.999	111	2.110	338	2.448	24.649
14	01-03-2009	24.649	2.007	103	2.110	338	2.448	22.642
15	01-04-2009	22.642	2.016	94	2.110	338	2.448	20.626
16	01-05-2009	20.626	2.024	86	2.110	338	2.448	18.602
17	01-06-2009	18.602	2.033	78	2.110	338	2.448	16.569
18	01-07-2009	16.569	2.041	69	2.110	338	2.448	14.528
19	01-08-2009	14.528	2.050	61	2.110	338	2.448	12.478
20	01-09-2009	12.478	2.058	52	2.110	338	2.448	10.420

.../...

.../...

.../...

...	...	...	...	...	...	...	...	...
21	01-10-2009	10.420	2.067	43	2.110	338	2.448	8.353
22	01-11-2009	8.353	2.075	35	2.110	338	2.448	6.278
23	01-12-2009	6.278	2.084	26	2.110	338	2.448	4.194
24	01-01-2010	4.194	2.093	17	2.110	338	2.448	2.102
25	01-02-2010	2.102	2.101	9	2.110	338	2.448	0
			50.000	2.753	52.753	8.441	61.194	

FUENTE: *Elaboración propia.*

Solución:

Clasificamos el contrato de arrendamiento como financiero por los siguientes motivos:

- Existe opción de compra.
- El valor actual al inicio del contrato supone la práctica totalidad del valor razonable de la máquina arrendada.

$$(1 + i) = (1 + i_m)^m$$

$$(1 + 0,05) = (1 + i_{12})^{12}$$

$$i_{12} = 0,004074124$$

$$2.110 \times a_{25|0,004074124} = 50.055,76$$

Por lo tanto 50.055,76 es mayor que el valor razonable de la máquina arrendada.

- Los 24 meses del plazo del arrendamiento cubren la mayor parte de la vida económica de la máquina.

Con lo que hemos comprobado que el arrendamiento es financiero.

Por tanto al tratarse de un arrendamiento financiero, el arrendatario deberá contabilizar el activo arrendado por el valor razonable. Además, se debe distribuir la carga financiera del total a lo largo del plazo de arrendamiento, imputándose a la cuenta de pérdidas y ganancias conforme al método del tipo de interés efectivo.

- A la firma del contrato de *leasing*:

Núm. Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
213	Maquinaria	50.000	
524	Acreedores arrendamiento financiero c/p		23.354
174	Acreedores por arrendamiento financiero l/p (cuotas de capital del segundo año) + Opción de compra		26.646

.../...

.../...

- Por el recibo de la primera cuota:

Núm. Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
524	Acreedores arrendamiento financiero c/p	1.902	
6623	Intereses de deudas	208	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	338	
572	Bancos e instituciones crédito c/c vista euros		2.448

- Por la amortización de la máquina a 31 de diciembre:

Núm. Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material (50.000/36 × 12)	16.667	
2813	Amortización acumulada de maquinaria		16.667

- Por la reclasificación de las cuotas de *leasing* a 31 de diciembre:

Núm. Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
174	Acreedores por arrendamiento financiero l/p	26.646	
524	Acreedores por arrendamiento financiero c/p		26.646

4.3. Grandes Empresas.

Aquellas empresas que cumplan las condiciones del **cuadro 1** para ser consideradas como grandes empresas contabilizarán el arrendamiento financiero conforme al PGC de la siguiente forma:

A la firma del contrato, se deberá registrar un activo conforme a su naturaleza, ya se trate de un elemento del inmovilizado material o del intangible, y un pasivo financiero por el mismo importe, que será el menor entre el valor razonable del activo arrendado y el valor actual al inicio del arrendamiento de los pagos mínimos acordados, entre los que se incluye el pago por la opción de compra cuando no existan dudas razonables de que se va a realizar y cualquier importe que haya garantizado, directa o indirectamente, y se excluyen las cuotas de carácter contingente, el coste de los servicios y los impuestos repercutibles por el arrendador. Al igual que ocurre en el caso de las Pymes, los gastos directos iniciales inherentes a la operación en los que incurra el arrendatario, se considerarán como mayor valor del activo.

Para el cálculo del valor actual, se utilizará el tipo de interés implícito del contrato y si este no se puede determinar, el tipo de interés del arrendatario para operaciones similares.

La carga financiera total se distribuirá a lo largo del plazo del arrendamiento y se imputará a la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que se devengue, aplicando el método del tipo de interés efectivo. Los pagos por arrendamiento cuyo importe no es fijo sino que depende de la evolución futura de una variable, es decir, las cuotas de carácter contingente, serán gastos del ejercicio en que se incurra en ellas.

A los activos que se reconozcan en el balance como consecuencia del arrendamiento, se deberán aplicar los criterios de amortización, deterioro y baja que les correspondan por su naturaleza y a la baja de los pasivos financieros cuando la obligación se haya extinguido.

EJEMPLO 3:

La empresa «XY, SL» alquila una maquinaria durante un plazo de 3 años. Las cuotas anuales pospagables ascienden a 12.000 euros y el valor de la opción de compra es de 1.000 euros. La vida útil de la máquina se estima en 5 años y el tipo de interés implícito está fijado en el 5% anual. El valor razonable de la máquina es de 35.000 euros.

$$V. \text{ actual} = \frac{12.000}{(1,05)} + \frac{12.000}{(1,05)^2} + \frac{12.000}{(1,05)^3} + \frac{1.000}{(1,05)^3} = 33.543$$

Como el valor razonable es 35.000 y el valor actual 33.543 a la firma del contrato deberemos contabilizar como dice el PGC por el menor de ambos.

- A la firma del contrato de *leasing*:

Núm. Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
213	Maquinaria	33.543	
524	Acreedores arrendamiento financiero c/p		10.323
174	Acreedores por arrendamiento financiero l/p (cuotas de capital del segundo) + Opción de compra		23.220

CUADRO 3. Cuadro de amortización leasing.

Período	Fecha	Capital pte. al inicio	Amortización capital	Intereses	Cuota neta	IVA	Cuota total	Capital pte. al final
inicial	01/01/2008	33.543	0		0	0	0	33.543
1	01/01/2009	33.543	10.323	1.677	12.000	1.920	13.920	23.220
2	01/01/2010	23.220	10.839	1.161	12.000	1.920	13.920	12.381
3	01/01/2011	12.381	11.381	619	12.000	1.920	13.920	1.000

FUENTE: Elaboración propia.

.../...

.../...

- Por el recibo de la primera cuota:

Núm. Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
524	Acreeedores arrendamiento financiero c/p	10.323	
6623	Intereses de deudas	1.677	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	1.920	
572	Bancos e instituciones crédito c/c vista euros		13.920

A 31 de diciembre se procederá a la reclasificación de la deuda, no generará anotación alguna la modificación del tipo de interés con posterioridad a la formalización del contrato, dada la forma de registro de la operación.

- Por la reclasificación de las cuotas del *leasing* a 31 de diciembre:

Núm. Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
174	Acreeedores por arrendamiento financiero l/p	10.839	
524	Acreeedores por arrendamiento financiero c/p		10.839

- Por la amortización de la máquina a 31 de diciembre:

Núm. Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material (33.543/5)	6.708,60	
2818	Amortización acumulada de maquinaria		6.708,60

El ejercicio de la opción de compra no originará anotación contable alguna, dado que los derechos correspondientes al contrato de arrendamiento financiero se encuentran contabilizados como un inmovilizado material desde el momento inicial a la firma del contrato de *leasing*. Por lo tanto, sólo habría que realizar el pago correspondiente a la misma.

- Por el ejercicio de la opción de compra al final del arrendamiento:

Núm. Cuenta	Cuenta	Debe	Haber
524	Acreeedores por arrendamiento financiero c/p	1.000	
572	Bancos e instituciones crédito c/c vista euros		1.000

5. CONCLUSIONES

Como hemos podido comprobar a lo largo del presente trabajo, tanto la aplicación del Nuevo PGC como el PGC de Pymes han incorporado numerosas novedades con respecto al PGC de 1990.

El PGC de Pymes nos simplifica en gran medida todo el proceso contable de las microempresas, proporcionando a estas una contabilidad sencilla y reducida, dando como gasto tanto la recuperación del coste del bien arrendado, como la carga financiera correspondiente. De esta forma, las microempresas no tendrán que efectuar amortización del bien arrendado al menos durante la vida del arrendamiento, simplificándose de esta manera considerablemente los registros contables.

También debemos tener en cuenta, desde el punto de vista fiscal, la ventaja de poder dar como gasto tanto la recuperación del coste del bien, como la carga financiera, lo que redundará en un menor pago de impuestos.

Para el resto de Pymes, el Plan nos introduce también conceptos nuevos y que van en armonía con las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC), si bien con algún matiz diferente como puede ser la contabilización a la firma del contrato por el valor razonable incorporando de esta forma el bien al patrimonio de la empresa.

Desde el punto de vista fiscal, en este caso, tendremos como gasto la amortización sistemática que se produzca del bien arrendado, además de la carga financiera que soportemos en cada ejercicio por este concepto.

Para el resto de empresas, es decir, las grandes, se fija el criterio de reflejar el bien arrendado, por el menor valor entre el valor razonable del activo arrendado y el valor actual de los pagos mínimos.

De esta forma, se produce una total avenencia con respecto a las NIC que optan por el mismo criterio, quedando así reflejada la intención que ha tenido el legislador de tratar de armonizar y adaptar nuestro sistema contable al sistema de las NIC.

Fiscalmente, tanto las grandes empresas como los grupos de empresas que presentan sus estados financieros conforme a las NIC tienen el mismo tratamiento que las Pymes, es decir, consideraremos como gasto la amortización que se produzca del bien arrendado incorporado al activo y la carga financiera que sea soportada en cada ejercicio.

CUADRO RESUMEN

	Microempresas	Pymes	Resto empresas
FISCALIDAD (Gasto deducible)	Recuperación del bien como alquiler La carga financiera	Amortización del bien La carga financiera	Amortización del bien La carga financiera
Reconocimiento inicial del bien	—	Valor razonable	El menor entre el valor razonable y valor actual de los pagos mínimos
Opción de compra	Se reconoce el bien por el valor de la opción	El bien se ha reconocido inicialmente	El bien se ha reconocido inicialmente

Bibliografía

- AVILÉS, F. [1994]: *Manual de operaciones financieras*, Centro de Estudios Financieros, Madrid: 17-26.
- CORONA, E. *et al.* [2006]: *Aplicación de las Normas Internacionales de Contabilidad adoptadas por la Unión Europea*, CISS, Valencia: 869-897.
- FERNÁNDEZ, F.J. [2007]: *Nuevo Plan General Contable: 205 Supuestos Prácticos*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid: 97-111.
- [2008]: *Plan General Contable: 125 Supuestos Prácticos*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid: 200-211.
- GALLEGO, E. y VARA, M. [2008]: *Manual práctico de contabilidad financiera*, Ediciones Pirámide, Madrid: 211-212.
- MALLO, A. y PULIDO, A. [2008]: *Contabilidad Financiera: un enfoque actual*, Paraninfo Cengage Learning, Madrid: 231-236.
- [2006]: *Normas Internacionales de Contabilidad NIIF*, Thomson, Madrid: 139-153.
- ORY, M. [2007]: *Análisis de las Normas Internacionales de Contabilidad*, Manuel de Ory Ajamil, Madrid: 229-250.
- PROFESORES DEL CEF [2008]: *Manual del Nuevo Plan General Contable*, Centro de Estudios Financieros, Madrid: 110-132.
- RODRÍGUEZ, G. *et al.* [2006]: *Contabilidad Europea 2005. Análisis y aplicación de las NIIF*, McGraw-Hill, Madrid: 209-229.
- ROMERO, E. *et al.* [2008]: *Cambios en el PGC*, LID editorial empresarial, Madrid: 118-134.
- SEVILLA, P. [2008]: «La contabilización del arrendamiento financiero: una visión comparativa» *XIII Congreso ASEPUC*. Formato digital. Albacete.

LEGISLACIÓN

Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas.

Norma Internacional de Contabilidad n.º 17 (NIC 17), «Arrendamientos».

ACTIVOS INTANGIBLES IDENTIFICABLES. ¿SE HA LOGRADO ALCANZAR UNA CONVERGENCIA INTERNACIONAL EN SU TRATAMIENTO CONTABLE?

YOLANDA RAMÍREZ CÓRCOLES
ÁNGEL TEJADA PONCE

*Profesores de la Facultad de
Ciencias Económicas y Empresariales.
Universidad de Castilla-La Mancha*

Extracto:

ESTE trabajo analizará cómo están siendo tratados contablemente los activos intangibles identificables, centrándonos en el análisis de la regulación española a través del actual PGC-2007 y la fijada en el plano internacional a través de los pronunciamientos de dos importantes organismos reguladores contables: el *International Accounting Standards Board* (IASB) y el *Financial Accounting Standards Board* (FASB). En concreto, realizaremos una comparativa de la definición, los criterios de reconocimiento, la valoración (inicial y posterior), amortización, deterioro de valor, recuperación de pérdidas pasadas e información a suministrar en la memoria.

La revisión de esta normativa contable indica que, a pesar de los grandes avances logrados en la mejora del tratamiento contable de los activos intangibles identificables de cara a conseguir un mayor grado de convergencia entre normativas, sigue sin existir un tratamiento homogéneo para los mismos.

Palabras clave: activos intangibles identificables, tratamiento contable, IASB, FASB y PGC-2007 español.

Sumario

1. Introducción.
2. Definición de activo intangible.
3. Clasificación de activos intangibles.
4. Tratamiento contable de los activos intangibles identificables.
 - 4.1. Activos intangibles identificables adquiridos del exterior.
 - 4.2. Activos intangibles identificables generados internamente.
5. Conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Los intangibles son una pieza clave para el desarrollo y éxito de las organizaciones que compiten en el contexto económico y tecnológico de nuestro tiempo, convirtiéndose en los principales impulsores de la creación de valor en las empresas. Es tal la importancia que los intangibles están adquiriendo en la actual economía, que su identificación y medición ha adquirido una relevancia crítica.

Sin embargo, y a pesar de los grandes esfuerzos realizados en los últimos años para comprender la naturaleza de los activos intangibles y de la abundante literatura existente sobre estos elementos, no existe una unanimidad en torno a la definición de los activos intangibles que nos permita una delimitación clara y objetiva de los mismos. Ante este panorama, tanto académicos como organismos reguladores se enfrentan actualmente con el reto de llevar a cabo esfuerzos conjuntos encaminados a desarrollar una definición apropiada de los intangibles y establecer una clasificación coherente de los mismos (CAÑIBANO *et al.*, 1999:23).

Así pues, lo primero de todo será aclarar y delimitar el propio término de activo intangible. Para ello, recogeremos qué se entiende por activo intangible en las diversas definiciones empleadas en la normativa contable, tanto española como internacional, lo cual nos posibilitará extraer una serie de aspectos comunes que nos permitan avanzar en su identificación y delimitación dentro del marco contable vigente. Partiendo de la revisión del concepto y clasificación de activo intangible, posteriormente nos centraremos en analizar el tratamiento contable dado a los intangibles identificables tanto en la regulación española como en la internacional a través de los pronunciamientos de dos importantes organismos reguladores contables: el *International Accounting Standards Board* (IASB) y el *Financial Accounting Standards Board* (FASB), por entender que son las que más influencia han ejercido sobre las prácticas contables.

De este análisis comparativo hay que destacar que sigue existiendo una falta de homogeneidad entre las distintas normas analizadas para el tratamiento de estos activos. No obstante, cabe señalar el esfuerzo de las nuevas normas NIIF 38, SFAS 141 y 142, y PGC-2007 español por lograr un mayor grado de convergencia entre las normativas.

2. DEFINICIÓN DE ACTIVO INTANGIBLE

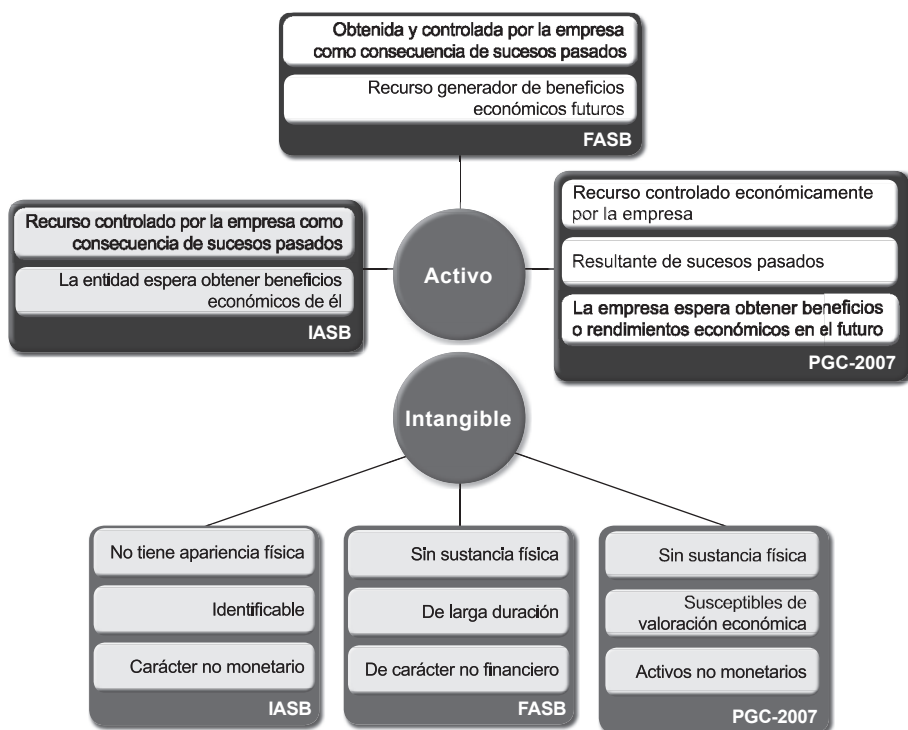
Desde la perspectiva contable, STOLOWY y JENY-CAZAVAN (2001) señalan la existencia de dos diferentes formas de abordar la definición de activos intangibles en los sistemas contables:

- a) Mediante una definición real de los intangibles, o aproximación conceptual, la cual intenta acercarse y definir el concepto de activo intangible, o
- b) Mediante la elaboración de una lista de los elementos que se encuentran en la categoría de activos intangibles reconocidos, es decir, una aproximación por «inventarios» de activos.

En general, la normativa contable de la mayoría de los diferentes países y organizaciones delimita los activos intangibles a través de la elaboración de este listado, pero no aportan una definición concreta del concepto de activo intangible. No obstante, por ejemplo, en la definición de activo intangible propuesta por el FASB en EE.UU., el ASB en el Reino Unido o el IASB, ambos tipos de aproximaciones (conceptual y por inventarios) aparecen conjuntamente, ya que al concepto de intangible se le añade, a través de una lista, la relación de activos supuestamente intangibles.

En la **figura 1** presentamos las distintas características derivadas de las definiciones de activo intangible ofrecidas por el IASB (IASB, 1989, pfo. 49 y NIIF 38, 2004, pfo. 8), el FASB (SFAS N.º 6, 1985 y SFAS 141 y 142, 2001, apéndice f) y el PGC-2007 español (1.ª y 5.ª parte del PGC).

FIGURA 1. Definiciones de activos intangibles ofrecidas por las principales normativas contables.



De la definición sobre activos intangibles ofrecida por el FASB, cabe resaltar la reiteración expresa del largo plazo, su carácter inmaterial y, finalmente, una cuestión que difiere de los pronunciamientos del IASB: su carácter no financiero. Siguiendo a ROJO y SIERRA (2000:17) el término no financiero es más amplio que el término no monetario ¹ y debe emplearse para evitar la inclusión dentro de esta partida de recursos que, sin sustancia física, no gozan de la consideración de activos inmateriales.

Junto a las definiciones conceptuales ofrecidas en estas normas, también se incorpora un listado de posibles activos intangibles [véase NIIF 38 (2004, pfo. 9); SFAS 141.A14; y PGC-2007: quinta parte de definiciones y relaciones contables, subgrupo 20].

Si comparamos la definición de activo intangible ofrecida en las distintas normativas contables analizadas observamos que en esencia coinciden: son recursos no tangibles (esto es, sin sustancia física) controlados por las empresas, que proceden de transacciones pasadas y que permitirán a la empresa obtener beneficios en un futuro. Ahora bien, se detectan algunas divergencias, como, por ejemplo, la presencia o no del requisito de identificabilidad dentro de la definición de activos intangibles. Así, en la definición de activo intangible del IASB se exige, entre otras características definitorias, que estos sean identificables, mientras que esta característica no aparece en la definición del FASB ni en el PGC-2007 español, sino en su reconocimiento contable ².

3. CLASIFICACIÓN DE ACTIVOS INTANGIBLES

En relación a las clasificaciones sobre intangibles realizadas por distintas normas y pronunciamientos contables podemos señalar que se han utilizado diversos criterios: identificabilidad, forma de adquisición, capacidad de generar beneficios, separabilidad, etc. Así, por ejemplo, las normas contables emitidas por el IASB, el FASB o el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas español (ICAC) utilizan, normalmente, dos criterios para delimitar a los intangibles: su identificabilidad (identificables o no identificables) y su forma de incorporación al patrimonio de la empresa (adquiridos a terceros o desarrollados internamente).

Tomando como base los distintos criterios de clasificación seguidos por las diferentes normativas contables y las propuestas realizadas por NEVADO Y LÓPEZ (2002:18) y GARCÍA (2001:72), realizamos nuestra propia propuesta de clasificación para los intangibles como sigue (véase **figura 2**):

El primer criterio que establecemos es el de identificabilidad, pudiendo dividir los intangibles en dos categorías: los identificables, compuestos por aquellos intangibles en los que sus beneficios

¹ En cuanto al carácter no monetario de los activos intangibles, que posibilita desligarlos del inmovilizado financiero, decir que ni la NIC-38 ni la NIC-21 («Efectos de las variaciones en los tipos de cambio»), definen a los activos no monetarios, pero se entiende que son todos aquellos que no cumplan la definición de activo monetario. Los activos monetarios, conforme al párrafo 8 de la NIC-38, son tanto el dinero en efectivo como otros activos por los que se van a recibir unas cantidades fijas o determinadas de dinero.

² Esta característica de identificabilidad de cualquier activo intangible se cumple cuando se da alguna de las siguientes circunstancias: a) sean separables para poder ser vendidos, arrendados o intercambiados, o b) que surjan de derechos legales o contractuales (NIIF 38, 2004, pfo. 12; SFAS 141, pfo. 39; PGC-2007 español: Norma 5.^a de registro y valoración).

económicos futuros pueden ser claramente distinguidos (separables o que se posean derechos legales sobre ellos); y los no identificables, que conformarían el fondo de comercio.

El segundo criterio de clasificación de los intangibles atiende al origen de la obtención de los activos en cuestión, es decir, su forma de incorporación al patrimonio de la empresa. Dentro de cada una de las dos categorías anteriores diferenciaremos entre intangibles adquiridos a terceros (o externos) e intangibles desarrollados por la propia empresa (o internos). Y dentro de los intangibles adquiridos distinguiremos los que son adquiridos de forma individual o separada de la empresa a título oneroso, los adquiridos como parte de un negocio, y los que proceden de otras formas especiales o peculiares de adquisición, como son: intercambio de activos, adquisición a título gratuito (subvenciones o donaciones), aportaciones al capital de la empresa y ampliaciones y mejoras.

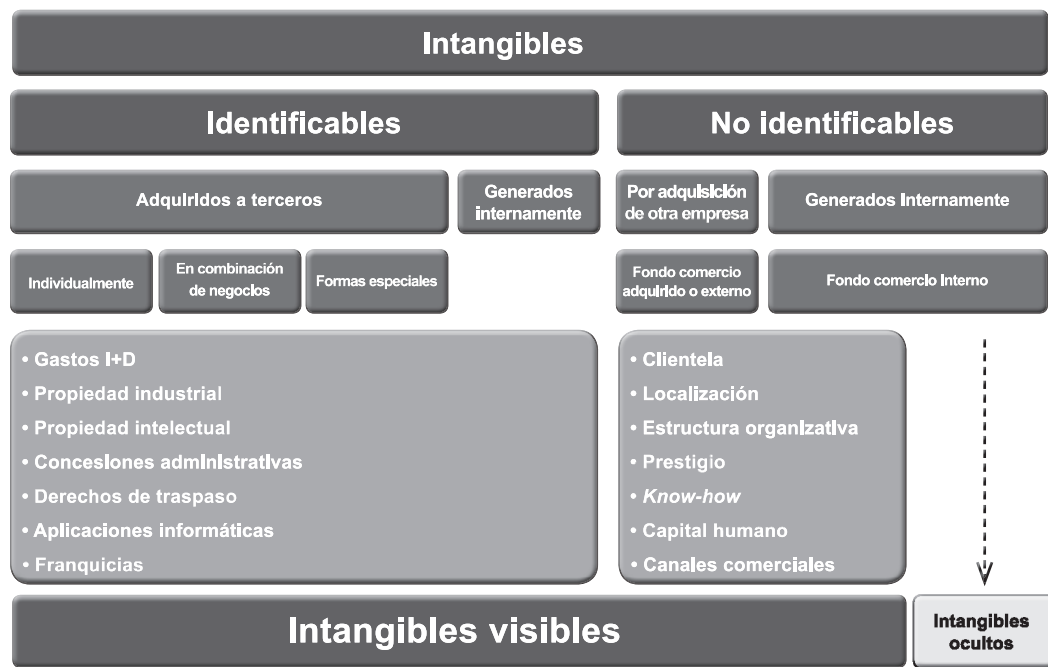
Finalmente, aparecerían los distintos elementos intangibles agrupados teniendo en cuenta la naturaleza y contenido de las inversiones correspondientes. Dentro de los intangibles identificables, ya sean adquiridos o desarrollados internamente, se recogen los siguientes: gastos de investigación y desarrollo, concesiones administrativas, propiedad industrial (en virtud del registro de patentes, marcas, modelos de utilidad, nombres comerciales y rótulos de los establecimientos), propiedad intelectual (que comprende las obras científicas, literarias o artísticas), derechos de traspaso, aplicaciones informáticas, franquicias, etc.

Dentro de los intangibles no identificables que proceden de la adquisición de otra empresa (fondo de comercio adquirido o fondo de comercio externo o también conocido simplemente como fondo de comercio) se recogen elementos tales como la clientela, nombre o razón social, localización de la empresa, cuota de mercado, nivel de competencia comercial, estructura organizativa, prestigio, creatividad, capital humano, buen equipo de dirección, personal competente y canales comerciales, entre otros, los cuales pueden ser reconocidos en los estados financieros de la empresa. Mientras que el fondo de comercio generado internamente (fondo de comercio autogenerado o fondo de comercio interno) no cumpliría los requisitos de reconocimiento y no aparecería como activo en el balance.

Además, los intangibles se pueden agrupar en visibles y ocultos, atendiendo a si son o no reconocidos contablemente. Denominados intangibles visibles a aquellos que cumplen los requisitos de reconocimiento (entre ellos la posibilidad de medición razonable), y por tanto, se reconocen contablemente como activos en el balance de las empresas. Sobre estos existe regulación por parte de las distintas normativas contables, aunque como ya hemos señalado no existe un tratamiento único y aceptado unánimemente por la doctrina. Dentro de esta categoría recogeríamos todos los intangibles identificables ya sean adquiridos o generados internamente y los intangibles no identificables por adquisición de otra empresa. Por el contrario, los intangibles ocultos son aquellos que no se pueden reconocer como activos según las actuales normas contables ³ y, por tanto, actualmente no figuran en los estados contables. Dentro de los intangibles ocultos ⁴ estarían los intangibles no identificables generados internamente.

³ Debido a las dificultades de valoración de los mismos y a la incertidumbre sobre su capacidad para generar beneficios futuros.

⁴ Ocultos a efectos contables pero no económicos. El concepto de intangible desde un punto de vista económico abarca muchos más aspectos que los contemplados en el ámbito contable.

FIGURA 2. *Propuesta de clasificación de intangibles.*

4. TRATAMIENTO CONTABLE DE LOS ACTIVOS INTANGIBLES IDENTIFICABLES

En base a la clasificación de intangibles planteada anteriormente, a continuación delimitaremos nuestro ámbito de estudio al tratamiento contable de los activos intangibles identificables, tanto adquiridos del exterior como generados internamente, recogido en la regulación española (PGC-2007) así como en la internacional del IASB y del FASB. En concreto, realizaremos una comparativa de la definición, los criterios de reconocimiento, la valoración (inicial y posterior), amortización, deterioro de valor, recuperación de pérdidas pasadas e información a suministrar en la memoria sobre estos activos intangibles.

Las principales normas contables analizadas serán las siguientes:

En el ámbito del *Financial Accounting Standards Board* (FASB):

- La norma de información financiera SFAS 141 (2007), *Business Combination*, relativa a combinaciones de negocio; y
- La SFAS 142 (2001), *Goodwill and other Intangible Assets*, relativa a activos intangibles y fondo de comercio.

En el ámbito del *International Accounting Standards Board* (IASB):

- NIIF 38 (2004) relativa a activos intangibles ⁵.
- NIIF 36 (2004) sobre el deterioro de valor de los activos.

En el ámbito de la regulación española:

- Normas 5.^a y 6.^a del actual PGC-2007 ⁶.

4.1. Activos intangibles identificables adquiridos del exterior.

Del análisis comparativo del tratamiento contable de los intangibles identificables adquiridos a terceros, podemos destacar los siguientes aspectos:

- **Reconocimiento contable.**

El criterio adoptado por unanimidad por las diferentes normativas analizadas permite el reconocimiento contable como activo de los intangibles identificables adquiridos del exterior, al cumplir los criterios de reconocimiento ⁷.

Para que los «recursos» intangibles puedan ser incluidos como activos en el balance de las empresas se debe cumplir tanto:

- a) La definición de activo intangible (visto anteriormente); como
- b) Los criterios de reconocimiento establecidos en la normativa contable.

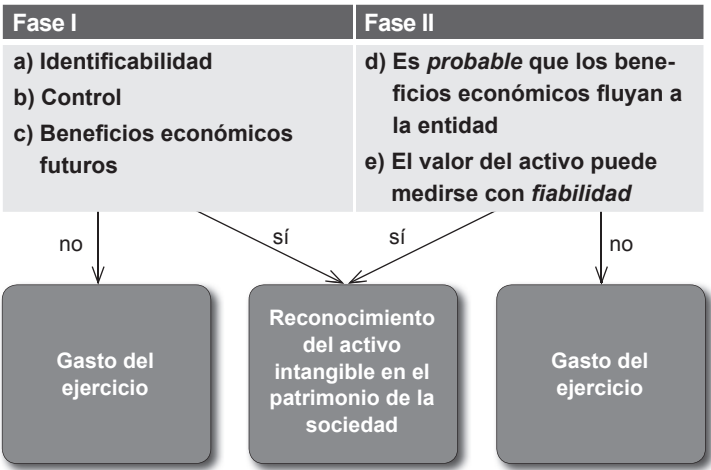
La **figura 3** resume estos criterios de reconocimiento de los activos intangibles establecidos en las distintas normas (NIIF 38, pfo. 21; SFAS 5; PGC-2007).

⁵ La NIIF 38 (IASB, 2004) fue aprobada por el Reglamento (CE) N.º 2236/2004 de la Comisión de 29 de diciembre de 2004 y modifica a la versión anterior de esta norma de 1998. Esta nueva norma mejora el tratamiento contable de los activos intangibles procedentes de una adquisición, consiguiendo un mayor grado de convergencia con la normativa americana (en línea con el SFAS 141 y SFAS 142). Consúltase la obra de CAÑIBANO y GISBERT (2004a, 2004b, 2006), donde se recogen las principales diferencias entre la NIIF 38 (2004) con respecto a la anterior NIC 38 (IASB, 1998).

⁶ Los criterios de valoración del inmovilizado intangible se recogen en las Normas 5.^a y 6.^a del Plan General de Contabilidad 2007. La Norma 5.^a habla de la valoración inicial y posterior, mientras que en la Norma 6 se regulan las normas particulares sobre el inmovilizado intangible.

⁷ Puede consultarse el trabajo de RAMÍREZ, Y. (2004), donde se recoge de forma más detallada los requisitos de reconocimiento necesarios para estos tipos de activos intangibles.

FIGURA 3. *Criterios generales de reconocimiento de los activos intangibles.*



Para el caso concreto de los activos intangibles adquiridos del exterior, resulta fácil su reconocimiento contable al existir un precio que justifica tanto la probable obtención de beneficios como la fiabilidad de tal medición.

• **Valoración inicial.**

Respecto a su valoración inicial, todas las normas describen clara y detalladamente la valoración para cada una de las diferentes alternativas de adquisición.

En el caso específico de los intangibles adquiridos de forma independiente, todas las regulaciones disponen que estos sean valorados por su coste de adquisición. Así por ejemplo, tanto en la NIIF 38 (2004) como en el PGC-2007 español se indica que dicho coste de adquisición está compuesto por el precio de adquisición, más los impuestos no recuperables, más todos aquellos gastos adicionales en los que se incurra hasta la puesta en marcha del bien (por ejemplo gastos de naturaleza jurídica) y los gastos financieros incurridos hasta la puesta en funcionamiento del bien. En concreto para el caso de los gastos financieros, el IASB, en la NIC 23 (revisada en marzo de 2007), señala que los gastos financieros que sean directamente atribuibles a la adquisición, construcción o producción de activos que cumplan las condiciones para su cualificación, deben ser capitalizados⁸. Igualmente en el PGC-2007 español también se indica la obligatoriedad de imputar los gastos financieros al valor del activo para todos aquellos inmovilizados que necesiten más de un año para estar en condiciones de uso.

⁸ Un activo cualificado es aquel que requiere, necesariamente, de un período de tiempo sustancial antes de estar listo para su uso o para la venta.

En el caso de las permutas de bienes, el PGC-2007 español adopta completamente la valoración establecida en la NIIF 38, primando el uso del valor razonable en las transacciones comerciales y utilizando el valor neto contable del activo entregado para valorar el activo adquirido en el caso de permutas no comerciales. Por su parte, el FASB no diferencia entre permutas comerciales y no comerciales, estableciendo como criterio de valoración el valor razonable de los activos entregados a cambio.

En cuanto a los intangibles identificables adquiridos en una combinación de negocios, todas las normas analizadas están de acuerdo en contabilizarlo por su valor razonable en la fecha de adquisición. El FASB considera por valor razonable el precio de cotización (si existe un mercado activo) o el importe que se hubiese satisfecho por el activo en una transacción libre entre un comprador y un vendedor experimentados. En términos similares se expresa el IASB al señalar «que se tomará como referencia los precios de mercado, como estimación más fiable del valor razonable», no obstante, conscientes de la dificultad de encontrar en muchos casos mercados de referencia, la propia norma incluye otras alternativas posibles para el cálculo del valor razonable, entre ellas, el uso de transacciones de mercado con activos similares o técnicas de estimación indirectas, siempre y cuando se cumplan una serie de condiciones dispuestas en la norma.

- **Valoración posterior.**

En cuanto al criterio de valoración que debe aplicarse con posterioridad, aparece grandes diferencias entre las distintas normativas. Así, según la norma española estos activos intangibles quedarán valorados por su coste histórico (precio de adquisición menos amortización acumulada menos correcciones valorativas), mientras que las normas internacionales del IASB permite además del modelo de coste (coste histórico menos amortización acumulada menos pérdidas por deterioro acumulada) aplicar un modelo de revalorización (revalorización de activos intangibles a su valor razonable, tomando como referencia el valor de mercado).

La utilización del Modelo de Revalorización supone la revalorización periódica del valor del activo ajustando tanto su valor como su amortización acumulada. Según este tratamiento alternativo de revalorización de activos intangibles, el reconocimiento de los incrementos del valor en libros de un activo intangible como consecuencia de una revalorización se reconocerá contablemente en una cuenta de reservas de revalorización dentro del patrimonio neto. No obstante, si previamente hubo un reconocimiento de una pérdida de valor, la parte del incremento de valor que coincida con el importe de dicha pérdida se reconocerá en la cuenta de resultados del ejercicio. Asimismo, en toda revalorización, la amortización acumulada se ajustará o se eliminará de tal forma que el nuevo valor en libros del activo sea igual a su nuevo valor razonable (NIIF 38, 2004, párrafo 80).

No obstante, la propia norma del IASB añade que no es común encontrar mercados para los activos intangibles. Así pues, en la práctica, el modelo de coste será el más utilizado debido a la falta de mercados activos y a la dificultad de aplicar técnicas de valoración que determinen medidas con suficiente fiabilidad. Sin embargo, la inclusión del modelo de revalorización posibilitando con-

tabilizar dichos activos en su valor razonable dota al balance de una imagen más realista, ya que permite mostrar el precio que tendrían en ese momento superando el inconveniente de los costes históricos y la merma que causan a la imagen fiel de los balances (PALLARÉS, 2007:60).

Por su parte el FASB, al igual que el IASB, también aplica un modelo de revalorización de los activos. En concreto, en el Statement No. 142, *Goodwill and Other Intangible Assets*, se permite la revalorización de los activos intangibles aplicándoles, según su terminología, un modelo de *fair value* (valor razonable menos amortización acumulada menos pérdidas por deterioro). Sin embargo, el FASB también comenta con cierta precaución la existencia de mercados activos para los intangibles debido a sus propias características y a la imposibilidad en muchos de los casos de que estos puedan aportar beneficios económicos futuros en otra entidad distinta.

• Amortización.

Sobre el aspecto de la amortización, todas las normas analizadas son totalmente coincidentes, diferenciando entre intangibles con vida útil definida de aquellos intangibles con vida útil indefinida⁹. Los primeros serán objeto de amortización obligatoria¹⁰ mientras que los segundos no estarán sujetos a amortización, si bien deben ser revisados por si se producen pérdidas de valor. Asimismo, las normas concuerdan en la selección del método de amortización (reflejo del patrón de consumo) y en que se deberá revisar periódicamente el método de amortización, la vida útil y el valor residual por cualquier posibilidad de cambio, cambios que se contabilizarán como cambios en estimaciones contables. Así por ejemplo, la empresa deberá evaluar anualmente si cambian las condiciones que llevaron a clasificar un activo intangible como de vida útil indefinida, y en tal caso se pasará a reconocer el intangible como un activo con vida útil definida, procediéndose a partir de ese momento a amortizarlo.

Para calcular la vida útil, tanto la normativa española como la internacional (NIIF 38, pfo. 90; SFAS 142, pfo. 11) atienden a una serie de factores comunes: uso que se espera hacer del activo, vida útil de activos similares, normativa legal que limite su duración, incidencia de obsolescencia técnica, tecnológica, comercial o de otro tipo, factores económicos, nivel de desembolsos necesarios para su mantenimiento, etc.

En relación al valor residual, aunque todas las normativas analizadas coinciden en su concepto (importe que la empresa estima que podría obtener en el momento actual por su venta u otra forma de disposición, tomando en consideración que el activo hubiese alcanzado la antigüedad y demás condiciones que se espera que tenga al final de su vida útil), la NIIF 38 (2004) y el SFAS 142 (2001)

⁹ Durante muchos años la práctica contable más aceptada a nivel mundial fue la de la amortización sistemática de los activos intangibles registrados en balance a lo largo de su vida útil. Sin embargo, a raíz de las propuestas que la normativa norteamericana implantó en relación con los activos intangibles con vidas útiles indefinidas, se empezó a cuestionar la validez de este tratamiento (GARCÍA, 2001:203), adoptando tanto el IASB como el actual PGC-2007 español el tratamiento de no amortización de los intangibles con vida útil indefinida.

¹⁰ Si una empresa establece una vida útil finita para un activo intangible, considera que el activo genera entradas de flujos netos de efectivo durante un determinado período de tiempo y, por tanto, debe amortizar su valor durante este período.

establecen que el valor residual de un activo intangible será nulo salvo que (a) exista un compromiso, por parte de un tercero, para comprar el activo al final de su vida útil; o que (b) exista un mercado activo sobre el que poder determinar el valor residual del activo al final de su vida útil. Mientras que en el PGC-2007 español no se recoge ninguna referencia al respecto.

- **Deterioro de valor y recuperación de pérdidas pasadas.**

En lo que se refiere al reconocimiento de pérdidas de valor, existe concordancia en realizar, al menos al cierre del ejercicio, un análisis sobre el posible deterioro del valor de los activos intangibles, y en caso de existir pérdida por deterioro esta deberá ser reconocida inmediatamente como un gasto en la cuenta de resultados ¹¹. Sin embargo, según la normativa del FASB el posible deterioro de valor se medirá como diferencia entre el valor contable y el valor razonable, mientras que la normativa del IASB (NIIF 36) y el PGC-2007 español coinciden en señalar que el activo intangible será objeto de pérdida por deterioro cuando el valor en libros exceda del valor recuperable, entendiendo este como el mayor importe entre su valor razonable neto y su valor en uso (valor actual de los flujos de efectivo futuros esperados).

También señalar que existe un tratamiento distinto referente a la recuperación de pérdidas por deterioro, así mientras que el IASB y el PGC-2007 español permiten la reversión de las pérdidas por deterioro reconocidas en ejercicios anteriores, la norma del FASB prohíbe esta reversión. En concreto, en el IASB se señala que «se revertirá la pérdida por deterioro del valor reconocida en ejercicios anteriores, aumentando el valor en libros hasta el valor recuperable». Mientras que en el PGC-2007 español se especifica que «la reversión del deterioro tendrá como límite el valor contable del inmovilizado que estaría reconocido en la fecha de reversión si no se hubiese registrado el deterioro del valor».

- **Información a suministrar en la memoria.**

Por último, en cuanto a la información adicional a presentar en la memoria sobre los activos intangibles todas las normativas prevén este suministro de información, pero la cantidad, el nivel de detalle y precisión es distinto (PIZARRO, 2005:94). Así el IASB es el más exigente en este aspecto, obligando a presentar más información tanto cuantitativa como cualitativa y recogiendo de forma mucho más detallada esta información complementaria (CAÑIBANO y GISBERT, 2004a).

4.2. Activos intangibles identificables generados internamente.

En el caso de los activos intangibles identificables generados internamente haremos referencia a los gastos de investigación y desarrollo.

¹¹ Sin embargo, el IASB matiza que en el caso de que previamente se hubiera registrado una revalorización del activo, la pérdida de valor originará una disminución en la reserva de revalorización.

Las definiciones de los conceptos de investigación y desarrollo son muy similares en la normativa española e internacional, si bien el IASB aporta ejemplos acerca de qué se puede considerar investigación y qué actividades son de desarrollo (NIIF 38, 2004, pfs. 56 y 59).

Sin embargo, surgen importantes discrepancias en torno al reconocimiento de dichos gastos de investigación y desarrollo. Así, la norma internacional IASB obliga a activar los desembolsos procedentes de la fase de desarrollo siempre que se cumplan una serie de condiciones exigidas en la norma ¹², pero no permite la activación de la investigación, la cual es recogida como gasto en la cuenta de resultados ¹³. Mientras que el PGC-2007 español permite la activación de los gastos de las actividades de investigación y obliga a la activación de los de desarrollo siempre que se cumplan unos requisitos. En ambas normas, estos requisitos, básicamente, hacen referencia a la viabilidad del proyecto, su financiación y su comercialización. Por su parte, el FASB en el *Statement No. 2, Accounting for Research and Development Cost*, (pfo. 12) señala que, en términos generales, los gastos de investigación y desarrollo deben ser considerados como gastos del ejercicio llevándose a la cuenta de resultados en cuanto se produzcan. Aunque también indica que si bien en la mayoría de los casos los gastos de investigación y desarrollo van dirigidos a la conservación de las capacidades iniciales de otros activos de la empresa, cuando estos tengan un uso alternativo y siempre y cuando cumplan unos requisitos de identificabilidad y viabilidad técnico-comercial del proyecto podrán ser capitalizados. Asimismo, añaden que si solo una parte de las actividades de investigación y desarrollo cumplen con los requisitos de reconocimiento, solo esa parte será capitalizada.

En cuanto a la valoración de los gastos de I+D, las normas analizadas coinciden en reconocer que los costes directamente asociados a la producción y preparación del activo forman parte del coste de producción. Sin embargo, el PGC-2007 español se diferencia al permitir también la capitalización de los costes indirectos. Asimismo, señalar que, tanto el plan español como las normas internacionales del IASB coinciden en no permitir incluir en el coste del activo los desembolsos incurridos con anterioridad al momento en que el elemento cumpla las condiciones para su reconocimiento contable.

Relativo a su amortización, las normas internacionales del IASB y del FASB no señalan un plazo límite para amortizar estos intangibles. En cambio, en el PGC-2007 español ¹⁴ el criterio de

¹² En concreto, los requisitos señalados para reconocerlo como activo son los recogidos en la NIIF 38 (2004, pfo. 57). Asimismo, en el párrafo 53 se señala que si no es posible distinguir entre las fases de investigación y desarrollo, todos los desembolsos incurridos se imputarán al resultado del ejercicio.

¹³ La argumentación ofrecida en la NIIF 38 es que la empresa no tiene certeza de que los desembolsos incurridos en la fase de investigación generen beneficios económicos futuros (pfo. 55). Asimismo, sobre este punto puede consultarse el trabajo de RADEBAUGH y GRAY (2002:185-187) donde se recoge el tratamiento de los gastos de investigación y desarrollo en distintos países, observando que muchos de estos países obligan a llevar la partida de investigación directamente a resultados, debido al riesgo de fracaso, mientras que sí permiten activar la de desarrollo, ya que en esta fase se puede asegurar mejor la viabilidad técnica y económica de los proyectos.

¹⁴ En el PGC-2007 no se especifica cuándo se empieza la amortización, si al siguiente ejercicio de la activación o cuando finaliza el proyecto. Sobre este punto, cabe señalar que en España el ICAC estableció la necesidad de diferenciar por parte de la empresa entre los gastos de investigación y los de desarrollo, estableciendo un criterio de amortización diferente para cada uno de ellos. Así, mientras que los primeros deberán empezarse a amortizar en el momento en el que se activen y no desde la conclusión del proyecto, los segundos comenzarán a amortizarse a partir de la finalización del proyecto.

amortización recomendado es la vida útil, con un máximo de cinco años. En concreto, recoge específicamente que los gastos de investigación que figuren en el activo deberán amortizarse durante su vida útil, y siempre dentro del plazo de cinco años; mientras que los gastos de desarrollo activados deberán amortizarse durante su vida útil, que, en principio, se presume, salvo prueba en contrario, que no es superior a cinco años ¹⁵.

En cuanto a la información a revelar sobre los desembolsos en investigación y desarrollo, las diferentes normas analizadas describen claramente la información, tanto cualitativa como cuantitativa, necesaria a aportar: importe de los desembolsos en investigación y desarrollo que se hayan reconocido como gastos del ejercicio, justificación de las circunstancias que soportan la capitalización de los gastos I+D, amortización aplicada, etc.

5. CONCLUSIONES

Como conclusiones del análisis comparativo realizado sobre el tratamiento contable de los activos intangibles identificables podemos señalar que, a pesar de los grandes avances logrados en la consecución de un mayor grado de convergencia entre normativas, sigue sin existir un tratamiento homogéneo para estos activos intangibles.

Entre las principales diferencias encontradas destacamos las siguientes: (1) el uso del valor razonable como medida de valoración en algunos tipos de adquisición; (2) el criterio de valoración aplicado con posterioridad; (3) la revalorización de activos intangibles; (4) cálculo de las pérdidas por deterioro de valor y la posible reversión de su valor; y (5) el reconocimiento y amortización de los gastos de investigación y desarrollo.

En cuanto a los logros alcanzados de cara a una mayor homogeneización en el tratamiento contable de los activos intangibles identificables hay que destacar que la nueva NIIF 38 (IASB, 2004) supuso un mayor grado de convergencia con las normas SFAS 141 y 142 del FASB (2001). Mientras que el PGC-2007 español supone un total acercamiento a las normas internacionales emitidas por el IASB, trasladando una gran parte de su contenido aunque con un menor detalle en la mayoría de sus apartados.

Entre estos aspectos coincidentes en el tratamiento contable de los activos intangibles identificables destacan: (1) mismos requisitos de reconocimiento contable para los intangibles identificables adquiridos del exterior; (2) la introducción de una definición muy parecida del concepto de «identificabilidad»; (3) utilización del valor razonable como criterio de valoración de los activos intangibles procedentes de operaciones de permuta y en los intangibles adquiridos como parte de una combinación de negocios; (4) la posibilidad de que los activos intangibles tengan una

¹⁵ Sin embargo, se recoge la previsión de que los gastos de desarrollo puedan amortizarse en un plazo superior a cinco años siempre que esta mayor vida útil quede debidamente acreditada por la empresa.

vida útil indefinida; y (5) la eliminación del criterio de amortización para aquellos activos intangibles para los que se considere una vida útil indefinida, los cuales serán sometidos a una prueba anual de deterioro de valor.

Bibliografía

- CAÑIBANO, L., GARCÍA-AYUSO, M., y SÁNCHEZ, M.P. [1999]: «La relevancia de los intangibles para la valoración y la gestión de empresas: revisión de la literatura». *Revista Española de Financiación y Contabilidad*. n.º 100. AECA. págs. 17-88.
- CAÑIBANO, L. y GISBERT, A. [2004a]: «Principales cambios en la valoración contable de activos intangibles». XI Encuentro de la Asociación de Profesores Universitarios de Contabilidad, Granada.
- [2004b]: «Principales cambios en el tratamiento contable del inmovilizado inmaterial con motivo de la adopción de las Normas Internacionales de Contabilidad» *Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, n.º 66; págs. 9-13.
 - [2006]: «Los intangibles en las Normas Internacionales de Información Financiera». *Revista «Noticias de la Unión Europea»* n.º 259-260, agosto-septiembre 2006, págs. 5-19.
- FINANCIAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD (FASB) [1974]: Statement N.º 2, Accounting for Research and Development Cost, John Wiley & Sons, Inc.
- [1985]: «Elements of Financial Statements». *Statement of Financial Accounting Concepts* n.º 6, John Wiley & Sons, Inc.
 - [2001]: «Goodwill and Intangible Assets», *Statement of Financial Accounting Standards*, n.º 142, Connecticut.
 - [2007]: «Business Combinations», *Statement of Financial Accounting Standards*, n.º 141, Connecticut.
- GARCÍA ARRIETA, M. [2001]: *La información contable de los activos intangibles*. Tesis Doctoral. Universidad San Pablo CEU. Madrid.
- INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD (IASB) [1989]: *Marco conceptual para la preparación y presentación de los estados financieros*. Londres, IASC.
- [2004a]: «Intangible Assets», *International Accounting Standard*, IAS, n.º 38 revised. Londres, IASB.
 - [2004b]: «Impairment of assets», *International Accounting Standard*, IAS, n.º 36 revised. Londres, IASB.
- NEVADO PEÑA, D.; LÓPEZ RUIZ, V.R. [2002]: *El Capital Intelectual: Valoración y Medición*. Modelos, informes, desarrollo y aplicaciones. Ed. Pretince Hall.
- PALLARÉS SANCHIDRIÁN, J. [2007]: «Reconocimiento y valoración de los activos intangibles según la NIC 38, Activos Intangibles». *Técnica Contable*, N.º 702, Noviembre 2007, págs. 47-60.
- PIZARRO TORRES [2005]: *Intangibles en Chile: relación entre la calidad del tratamiento normativo-contable nacional y la importancia de los intangibles en el mercado chileno*. Universidad Autónoma de Madrid.

- RADEBAUGH, L.H. y GRAY, S. [2002]: *International Accounting and Multinational Enterprises*. 5.^a ed., John Wiley & Sons, Inc.
- RAMÍREZ CÓRCOLES, Y. [2004]: «Activos Intangibles Visibles: Identificación y reconocimiento contable». *Revista Partida Doble*, N.º 154, págs. 6-16.
- REAL DECRETO 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el *Plan General Contable Español*.
- STOLOWY, H. y JENY-CAZAVAN, A. [2001]: «International accounting disharmony: The case of intangibles». *Accounting, Auditing and Accountability Journal*, 14 (4), págs. 477-496.

CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC

INMACULADA DE BENITO CÁMARA

Profesora del CEF

BOICAC núm. 73, marzo 2008. Consulta 3. Normas particulares sobre el inmovilizado intangible. NRV 6.^a Instrumentos financieros. NRV 9.º 2.5 del TRLSA, art. 213.4.

SUMARIO:

Sobre determinadas cuestiones relacionadas con la constitución de la reserva indisponible regulada en el artículo 213.4 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, TRLSA). En particular: a) Sobre la consideración del fondo de comercio implícito en las inversiones financieras en empresas del grupo reconocidas en las cuentas anuales individuales. b) Sobre el importe por el cual es obligatorio constituir la reserva indisponible prevista en el artículo 213.4 del TRLSA en los casos en los que se ha registrado una corrección valorativa por deterioro del fondo de comercio y efecto de dicha corrección valorativa por deterioro en la situación de indisponibilidad de la reserva constituida.

Respuesta:

El artículo 213.4 del TRLSA, en la redacción dada en la 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, establece lo siguiente:

«4. En cualquier caso, deberá dotarse una reserva indisponible equivalente al fondo de comercio que aparezca en el activo del balance, destinándose a tal efecto una cifra del beneficio que represente, al menos, un 5 por 100 del importe del citado fondo de comercio. Si no existiera beneficio, o este fuera insuficiente, se emplearán reservas de libre disposición.»

Dentro del epígrafe de inmovilizado intangible (apartado 4) del modelo de balance contenido en la tercera parte del Plan General de Contabilidad (PGC) aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, se recoge una partida específica con la denominación de fondo de comercio, en la que se incluye la cuenta con la misma denominación (cuenta 204. Fondo de comercio, recogida en la quinta parte del PGC), que presenta la siguiente definición:

«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.»

La norma de registro y valoración 6.^a incluida en la segunda parte del PGC establece:

«El fondo de comercio solo podrá figurar en el activo cuando su valor se ponga de manifiesto en virtud de una adquisición onerosa, en el contexto de una combinación de negocios.

(...)

El fondo de comercio no se amortizará. En su lugar, las unidades generadoras de efectivo o grupos de unidades generadoras de efectivo a las que se haya asignado el fondo de comercio se someterán, al menos anualmente, a la comprobación del deterioro del valor, procediéndose, en su caso, al registro de la corrección valorativa por deterioro...»

Por otra parte, el tratamiento contable aplicable a las inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas, se encuentra regulado en la norma de registro y valoración 9.^a, apartado 2.5, contenida en la segunda parte del PGC, no debiendo ser objeto de desagregación el importe del coste que correspondería a fondo de comercio.

De acuerdo con lo anterior, respecto a la primera cuestión, en opinión de este Instituto –apoyada por la Abogacía del Estado del Ministerio de Economía y Hacienda a quien se sometió la presente contestación dado el carácter eminentemente mercantil de la consulta– el «fondo de comercio», al que se refiere el artículo 213.4 del TRLSA, ha de identificarse con la partida contable de fondo de comercio y, en consecuencia, no existe la obligación de realizar una dotación de reserva indisponible por el fondo de comercio implícito en el valor de una participación en el capital de una sociedad.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, hay que tener en cuenta el régimen previsto para el fondo de comercio en la norma de registro y valoración 6.^a incluida en la segunda parte del PGC, que se ha reproducido anteriormente y por último también debe hacerse referencia al Preámbulo de la Ley 16/2007, que dispone:

«De acuerdo con el objetivo establecido para la reforma, fijar la base legal compatible con las normas internacionales, este nuevo tratamiento contable incorporado en la NIIF 3 condiciona indudablemente el criterio que en España debe incluirse en el Código de Comercio. En el artículo 39, apartado 4, se incorpora un tratamiento del fondo de comercio de acuerdo con el criterio incluido en el Reglamento europeo, en sustitución del actualmente previsto de forma expresa, y en sentido contrario, en el artículo 194 del TRLSA.

Adicionalmente, el apartado nueve del artículo segundo y la disposición derogatoria dejan sin contenido el artículo 194 del TRLSA. Por tanto, desaparece la limitación incluida en este artículo respecto a la prohibición de repartir beneficios o reservas en tanto el fondo de comercio no estuviera amortizado, a menos que se contara con reservas disponibles por igual importe. Sin embargo, en el apartado doce del artículo segundo de la Ley se incorpora una restricción al reparto de beneficios relacionada con el fondo de comercio, estableciendo la obligación de dotar sistemáticamente una reserva indisponible por la cuantía de la potencial amortización que se habría practicado por este activo.»

En opinión de este Instituto –apoyada por la Abogacía del Estado del Ministerio de Economía y Hacienda a quien se sometió la presente contestación dado el carácter eminentemente mercantil de la consulta– de acuerdo con lo expuesto y teniendo en cuenta tanto el literal del artículo 213.4 del TRLSA –que se refiere expresamente a «fondo de comercio que aparece en el activo del balance»– como la finalidad que subyace en la norma –garantía patrimonial mediante la retención de fondos «por la potencial amortización que se habría practicado por este activo»– cabe concluir que:

- El cálculo del importe mínimo por el que se deberá dotar la reserva indisponible a que se refiere el artículo 213.4 del TRLSA, cuando se haya producido una corrección valorativa por deterioro de valor del fondo de comercio, ha de realizarse en función del valor contable del fondo de comercio que aparece en el activo del balance (que estará corregido por las pérdidas de valor que se hayan contabilizado).
- Las reservas constituidas pasan a ser disponibles cuando desaparezca el fondo de comercio del activo del balance, y en el caso de reducciones de su valor, en la medida en que el importe de la reserva exceda el valor contable del fondo de comercio.

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

ADQUISICIÓN DE UNA INVERSIÓN EN EL PATRIMONIO DE UNA EMPRESA DEL GRUPO

ENUNCIADO

La sociedad «LA MENARA, SA» adquiere el 1 de enero del año 20X9 el 60% de las acciones de la sociedad «EL GRAN BAZAR, SA».

El precio satisfecho por la participación es de 287.000 u.m. A los terrenos en poder de la sociedad «EL GRAN BAZAR» se les estima una plusvalía de 50.000 u.m. y a las construcciones de 100.000 u.m. El resto de los elementos tienen un valor razonable similar al valor contable. El sobreprecio pagado no es asignable a ningún elemento patrimonial concreto.

El patrimonio neto contable de la sociedad «EL GRAN BAZAR, SA», a 1 de enero de 20X9 está representado por las siguientes cuentas:

Capital social (100.000 acciones de 1 u.m. de valor nominal	100.000
Reservas	200.000
Resultado del ejercicio	40.000

SE PIDE:

Contabilización de la adquisición de la participación, así como análisis de la inversión realizada en el patrimonio de la sociedad «EL GRAN BAZAR, SA». Tipo de gravamen, 30%.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1

La adquisición por parte de la sociedad «LA MENARA» del 60% del capital de la sociedad «EL GRAN BAZAR», constituye una participación en una empresa del grupo puesto que el porcentaje adquirido implica control de la sociedad adquirente sobre la adquirida por poseer la mayoría de los derechos de voto de la sociedad «EL GRAN BAZAR».

La Norma 19.^a *Combinaciones de negocios* establece «que una combinación de negocios, en función de la forma jurídica empleada, puede originarse como consecuencia de la adquisición de las acciones o participaciones en el capital de una empresa».

«La empresa inversora valorará, en sus cuentas anuales individuales, la inversión en el patrimonio de otras empresas del grupo, conforme a lo previsto en el apartado 2.5 de la norma relativa a instrumentos financieros.»

En consecuencia, la mencionada participación se registrará de acuerdo con lo establecido en la Norma 9.^a 2.5, *Inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas*:

«Valoración inicial: al coste.

Valoración posterior: por su coste menos, en su caso, el importe acumulado de las correcciones valorativas por deterioro».

	Adquisición de la participación	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo	287.000,00	
57-	Tesorería		287.000,00

Análisis de la inversión realizada.

Como queda definido en la quinta parte del PGC en la cuenta 204, *Fondo de comercio*, y transcribe la Consulta número 3 del BOICAC número 73, este constituye «El exceso, en la fecha de la 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».

Para el cálculo del fondo de comercio satisfecho en la adquisición de la participación por parte de la sociedad «LA MENARA», se va a asignar el sobreprecio derivado de la operación en primer lugar a las plusvalías atribuibles a activos identificables adquiridos, en concreto a los terrenos y a las construcciones, netas del efecto impositivo, según se establece en la Consulta número 5 del BOICAC número 74.

Patrimonio neto de «EL GRAN BAZAR, SA», a 1 de enero de 20X9:

Patrimonio neto	340.000
Capital social	100.000
Reserva legal	200.000
Reservas voluntarias	40.000
60% patrimonio neto	204.000
Coste de la participación	287.000
Sobreprecio	83.000

Imputación del sobreprecio satisfecho:

A terrenos $(0,60 \times 50.000 \times 70\%)$	21.000
A construcciones $(0,60 \times 100.000 \times 70\%)$	42.000
Resto: diferencia insignificante = fondo de comercio	20.000

No obstante y como se establece en la Consulta número 3 del BOICAC número 73 «en el reflejo contable de las inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas, no debe ser objeto de desagregación el importe del coste que corresponda al fondo de comercio».

En consecuencia, y como igualmente establece la misma Consulta número 3 del BOICAC número 73, «el fondo de comercio al que se refiere el artículo 213.4 del TRLSA ha de identificarse con la partida contable de fondo de comercio y, en consecuencia, no existe la obligación de realizar una dotación de reserva indisponible por el fondo de comercio implícito en el valor de una participación en el capital de una sociedad».

De todo lo anterior podemos deducir:

- Que el fondo de comercio que aparece implícito en una participación en el capital de una sociedad no se contabiliza de forma separada en la cuenta 204, *Fondo de comercio*,
- En consecuencia, no será objeto de corrección valorativa por deterioro, y
- No existe obligación de dotar la reserva indisponible establecida en el artículo 213.4 del TRLSA.

En estos mismos términos se pronuncia la Consulta número 8 del BOICAC número 74.

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

COMBINACIÓN DE NEGOCIOS CON FONDO DE COMERCIO

ENUNCIADO

El 1 de enero de 20X9 la sociedad «ALARCIA, SA» absorbe a la sociedad «VALMALA, SA» valorándose esta última en 800.000 u.m. El valor razonable del terreno en ese momento es de 150.000 u.m. y el de las construcciones de 450.000 u.m. El resto de los elementos tienen un valor contable similar al valor razonable.

A esta fecha las acciones de la sociedad «ALARCIA, SA» cotizan a 8 u.m., ascendiendo su cifra de capital a 1.000.000 de u.m., representado por acciones de nominal 5. Esta sociedad emitirá, a su cotización, el número necesario de acciones para satisfacer el patrimonio adquirido.

El balance de la sociedad «VALMALA, SA», a 1 de enero de 20X9, que ha servido de base para la operación es el siguiente:

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Terrenos y bienes naturales	100.000	Capital social (100.000 × 1)	200.000
Construcciones	350.000	Reserva legal	20.000
Instalaciones técnicas	200.000	Reservas voluntarias	350.000
Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	50.000	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	80.000
Concesiones administrativas	90.000	Provisión para actuaciones medio-ambientales	75.000
Existencias	52.000	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	80.000
Clientes	19.000	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito	5.000
Tesorería	14.000	Proveedores	65.000
Total	875.000	Total	875.000

SE PIDE:

- a) Determinación del fondo de comercio surgido en la combinación. A la sociedad adquirente no se le deriva efecto impositivo alguno derivado de la combinación.
- b) Cálculo del número de acciones a emitir por la sociedad «ALARCIA».
- c) Contabilización de la combinación de negocios en la sociedad adquirente «ALARCIA».
- d) Distribución del beneficio del año 20X9, efectuado en los primeros meses del año 20X10, sabiendo que el resultado del ejercicio ha ascendido a 50.000 u.m., habiéndose aprobado, una vez cumplimentadas las obligaciones legales (cuyas dotaciones se realizarán por los importes mínimos establecidos por la ley), reconocer a los accionistas un dividendo del 2 por 100, destinándose el resto, si lo hubiera, a reservas voluntarias.
- e) Suponiendo que a 31 de diciembre de 20X14, al fondo de comercio se le estima en deterioro de valor de 30.000 u.m., contabilizar este, así como la dotación a efectuar con cargo al beneficio del año 20X14.
- f) Asientos a efectuar a 31 de diciembre de 20X22 si el fondo de comercio se deteriora en 15.000.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2

a) **Determinación del fondo de comercio surgido en la combinación. A la sociedad adquirente no se le deriva efecto impositivo alguno derivado de la combinación.**

El patrimonio neto de «VALMALA, SA», a 1 de enero de 20X9, es el siguiente:

Patrimonio neto	570.000
Capital social	200.000
Reserva legal	20.000
Reservas voluntarias	350.000
Coste de la participación	800.000
Sobreprecio	230.000
Imputación del sobreprecio satisfecho:	
A terrenos (150.000 – 100.000)	50.000
A construcciones (450.000 – 350.000)	100.000
Resto: diferencia insignificante = fondo de comercio	80.000

b) Cálculo del número de acciones a emitir por la sociedad «ALARCIA».

Acciones a emitir por la sociedad «ALARCIA, SA»: $800.000 / 8 = 100.000$

c) Contabilización de la combinación de negocios en la sociedad adquirente «ALARCIA».

	Emisión de las acciones	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas	800.000,00	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		800.000,00

	Recepción del patrimonio de «VALMALA»	Debe	Haber
210	Terrenos y bienes naturales	150.000,00	
211	Construcciones	450.000,00	
212	Instalaciones técnicas	200.000,00	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	50.000,00	
202	Concesiones administrativas	90.000,00	
30-	Existencias	52.000,00	
430	Clientes	19.000,00	
57-	Tesorería	14.000,00	
204	Fondo de comercio	80.000,00	

.../...

.../...			
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		80.000,00
145	Provisión para actuaciones medioambientales		75.000,00
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		80.000,00
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito		5.000,00
400	Proveedores		65.000,00
5530	Socios de sociedad disuelta		800.000,00

	Entrega de las acciones	Debe	Haber
5530	Socios de sociedad disuelta	800.000,00	
190	Acciones o participaciones emitidas		800.000,00

	Inscripción en el Registro	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	800.000,00	
100	Capital social (100.000 × 5)		500.000,00
110	Prima de emisión de acciones		300.000,00

d) Distribución del beneficio del año 20X9, efectuado en los primeros meses del año 20X10, sabiendo que el resultado del ejercicio ha ascendido a 50.000 u.m., habiéndose aprobado, una vez cumplimentadas las obligaciones legales (cuyas dotaciones se realizarán por los importes mínimos establecidos por la ley), reconocer a los accionistas un dividendo del 2 por 100, destinándose el resto, si lo hubiera, a reservas voluntarias.

	Distribución del resultado del año 20X9	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	50.000,00	
112	Reserva legal (10% × 50.000)		5.000,00
1143	Reserva por fondo de comercio (5% × 80.000)		4.000,00
526	Dividendo activo a pagar (2% × 1.500.000)		30.000,00
113	Reservas voluntarias		11.000,00

Dos son las obligaciones legales a cumplimentar:

- La dotación de la reserva legal prescrita en el artículo 214 del TRLSA, por el 10 por 100 del resultado del ejercicio hasta alcanzar, al menos, el 20 por 100 del capital social, y
- La establecida en el artículo 213.4 del mismo texto legal, el cual establece que «en cualquier caso, deberá dotarse una reserva indisponible equivalente al fondo de comercio que aparez-

ca en el activo del balance, destinándose a tal efecto una cifra del beneficio que represente, al menos, un 5 por 100 del importe del citado fondo de comercio. Si no existiera beneficio, o este fuera insuficiente, se emplearán reservas de libre disposición.»

En aplicación del mencionado artículo es por lo que se ha dotado una Reserva por fondo de comercio por un 5 por 100 del importe por el que figura contabilizado el fondo de comercio en el activo, es decir, el 5 por 100 de 80.000.

De esta forma se cumple el objetivo de la norma, que no es otro que el de retener fondos con la finalidad de recuperar el patrimonio satisfecho por «algo» no identificable y por el mismo importe por el que se habría registrado una potencial amortización.

De idéntica manera, en los ejercicios siguientes, se seguirá dotando la reserva indisponible anteriormente comentada, bien con cargo a beneficios, bien con cargo a reservas disponibles, de no existir aquellos o no en cantidad suficiente. En este caso, el asiento a efectuar sería:

	Dotación con cargo a reservas disponibles	Debe	Haber
11-	Reservas disponibles (voluntarias, prima de emisión...)		
1143	Reserva por fondo de comercio		

e) Suponiendo que a 31 de diciembre de 20X14, al fondo de comercio se le estima en deterioro de valor de 30.000, contabilizar este, así como la dotación a efectuar con cargo al beneficio del año 20X14.

	31-12-20X14 Deterioro de valor	Debe	Haber
670	Pérdidas procedentes del inmovilizado intangible	30.000,00	
204	Fondo de comercio		30.000,00

A 31 de diciembre de 20X14 (la dotación correspondiente a este ejercicio se realizará dentro de los seis primeros meses del ejercicio siguiente), tras la contabilización del deterioro de valor, el saldo que presentan el fondo de comercio y la reserva correspondiente, son:

204, Fondo de comercio 50.000 (80.000 – 30.000)

1143, Reserva por fondo de comercio..... 20.000 (4.000 × 5)

(dotaciones correspondientes a los resultados de los años 20X9 al 20X13 inclusive)

A esta fecha, los «fondos retenidos» por la empresa relativos al fondo de comercio serán la suma de los 20.000 «retenidos» con cargo al resultado de los últimos cinco años a través de la dotación de la reserva indisponible, más los 30.000 que se han «retenido» directamente del resultado del ejercicio 20X14, al contabilizarse un gasto por deterioro de valor.

En consecuencia, el fondo que queda por constituir será de 30.000, que representa:

- Bien, la diferencia entre el importe inicial del fondo de comercio y los importes ya retenidos, esto es, $80.000 - 20.000 - 30.000 = 30.000$.
- Bien, la diferencia entre el saldo de la cuenta 204, *Fondo de comercio*, y el saldo de la cuenta 1143, *Reserva por fondo de comercio*, esto es, $50.000 - 20.000 = 30.000$.

Este importe se irá constituyendo dotando una reserva indisponible por, al menos, un 5 por 100 del importe por el que figura contabilizado en el activo el fondo de comercio, es decir, 2.500 ($5\% \times 50.000$).

	Dotación con cargo al resultado del año 20X14	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio		
1143	Reserva por fondo de comercio ($5\% \times 50.000$)		2.500,00

Si el fondo de comercio no es objeto de un posterior deterioro de valor y si la dotación anual es por el mínimo establecido en la norma, es decir, el 5 por 100 del importe por el que figura contabilizado en el activo, esto es, 2.500, la reserva indisponible alcanzará en 12 años ($30.000 / 2.500 = 12$) el importe del fondo de comercio, constituyendo una reserva indisponible hasta en tanto este permanezca en el activo del balance, según se establece en las Consultas número 3 del BOICAC número 73 y número 8 del BOICAC número 74: «las reservas constituidas pasan a ser disponibles cuando desaparezca el fondo de comercio del activo del balance».

f) Asientos a efectuar a 31 de diciembre de 20X22 si el fondo de comercio se deteriora en 15.000.

Antes de registrarse el deterioro de valor, las cuentas relativas al fondo de comercio y su correspondiente reserva, presentan los siguientes saldos:

204, Fondo de comercio	50.000
1143, Reserva por fondo de comercio.....	40.000 [$20.000 + (2.500 \times 8)$]

	31-12-20X22 Deterioro de valor	Debe	Haber
670	Pérdidas procedentes del inmovilizado intangible	15.000,00	
204	Fondo de comercio		15.000,00

Una vez contabilizado el deterioro, los saldos serán:

204, Fondo de comercio	35.000 ($50.000 - 15.000$)
1143, Reserva por fondo de comercio.....	40.000

Según se establece en las consultas objeto de este caso, «las reservas constituidas pasan a ser disponibles cuando desaparezca el fondo de comercio del activo del balance, y en el caso de reducciones de su valor, en la medida en que el importe de la reserva exceda el valor contable del fondo de comercio».

En consecuencia, la reserva por fondo de comercio constituida pasa a ser disponible por importe de 5.000, por constituir este importe el exceso de reserva sobre el valor por el que figura el fondo de comercio en el activo del balance. El asiento a efectuar será:

	31-12-20X22 Reclasificación de parte de la reserva indisponible a disponible	Debe	Haber
1143	Reserva por fondo de comercio	5.000,00	
113	Reservas voluntarias		5.000,00

Pasando a coincidir los saldos de las cuentas correspondientes al fondo de comercio y su correspondiente reserva que será indisponible mientras se mantenga en el activo el fondo de comercio:

204, Fondo de comercio 35.000
 1143, Reserva por fondo de comercio..... 35.000 (40.000 – 5.000)

A esta fecha, los «fondos retenidos» por la empresa relativos al fondo de comercio son:

- Los 20.000 «retenidos» con cargo al resultado de los años 20X9, 20X10, 20X11, 20X12 y 20X13.
- Los 30.000 «retenidos» por el deterioro contabilizado en el año 20X14.
- Los 20.000 «retenidos» con cargo al resultado de los años 20X14 al 20X21 inclusive, y
- Los 15.000 «retenidos» por el deterioro contabilizado con cargo al resultado del año 20X22.

Los anteriores importes ascienden a 85.000, superando en 5.000 al importe del fondo de comercio satisfecho, el cual ascendió a 80.000, de ahí que por la diferencia de 5.000 se haya dispuesto de «fondos retenidos», al traspasar la reserva indisponible a disponible por el mencionado exceso.

NOTA: Este artículo también ha sido publicado en la *Revista Cefgestión*. CEF. Núm. 124, diciembre 2008.

SUPUESTOS PROPUESTOS EN LA OPOSICIÓN PARA TÉCNICOS DE HACIENDA DEL GOBIERNO DE NAVARRA

(Adaptados al PGC 2007, RD 1514/2007, de 16 de noviembre)

FERNANDO VALLEJO TORRECILLA

Economista

Profesor Asociado. Universidad de Navarra

[Supuestos propuestos en la Oposición para Técnicos de Hacienda del Gobierno de Navarra (Convocatoria de 7 de junio de 2005)]

Sumario

Ejercicios de Contabilidad:

- Caso 1.** Adquisición de inmovilizado por permuta parcial. Ejercicio de opción de compra en contrato de arrendamiento financiero. Gastos de ampliación de capital. Capitalización de gastos financieros. Empréstito. Empréstito con cupón cero. Regularización de existencias y saldos en moneda extranjera. Inversiones financieras y derechos de suscripción. Valoración de instrumentos de deuda adquiridos. Provisiones y ajustes por deterioro. Distribución del resultado. Aportación para compensación de pérdidas. Arrendamiento financiero a interés variable. Impuesto sobre el beneficio.
- Caso 2.** Reparto del resultado y desequilibrio patrimonial. Dividendo a cuenta. Combinación de negocios.
- Caso 3.** Análisis de estados financieros.

Ejercicios de Matemáticas Financieras:

- Caso 4.** Préstamos.
- Caso 5.** Empréstitos.

PRUEBA DE CONTABILIDAD

Advertencias al Opositor

1. Se le propone a continuación un ejercicio con varios apartados. Tenga en cuenta que **son independientes entre sí**, es decir, que no tienen relación alguna entre ellos, de modo que deben ser resueltos por separado.
2. Si no se indica otra cosa, debe usted realizar **todos** los asientos relativos al **ejercicio en curso** derivados de los hechos que se contemplan en el enunciado (y no los que puedan ser necesarios en ejercicios sucesivos o los que se hayan efectuado en ejercicios anteriores), sin perjuicio de que deba realizar, además, los cálculos necesarios para obtener las cifras que intervienen en dichos asientos.
3. Aunque puede resolver los diferentes apartados en el orden que estime más conveniente, le rogamos que al entregar su ejercicio **los ordene según el enunciado**, identificando claramente sus respuestas con el número de apartado al que se refieren.
4. Cuando una operación comience el primer día del ejercicio y finalice el último día del mismo o el primero del siguiente, considere, para simplificar sus cálculos, que **su duración es igual a un año**. Si es necesario, utilice el **año comercial**, de 360 días.
5. Contabilice las operaciones que se le proponen utilizando los criterios del Nuevo Plan General de Contabilidad (Noviembre de 2007) (no el Plan de Pymes). No obstante, **debe aceptar el tratamiento contable y los criterios de valoración adoptados por el enunciado**, aunque en algún caso opine que puedan resultar discutibles.
6. Al resolver el supuesto, es preferible que utilice cuentas con **las denominaciones del Plan** o lo más parecidas posible a ellas, empleando un desglose de al menos tres dígitos o mayor, si es necesario.
7. Salvo en los apartados en los que se indica expresamente, y por razones de simplicidad, se debe suponer que **las operaciones planteadas no están sometidas a IVA ni a ningún otro impuesto**. Sin embargo, cuando en el enunciado se proponga un determinado tratamiento fiscal, debe aplicarse en la solución, aunque no sea enteramente coincidente con la normativa vigente.
8. Las cifras del enunciado están expresadas en euros. Es preferible que **utilice estas cifras tal como se enuncian**, sin dividir las por mil, aunque en algún caso fuera posible.
9. Si en el enunciado no se indica otra cosa, las operaciones son **al contado**, y los cobros y pagos se realizan **utilizando la cuenta (57) Tesorería**.
10. Si encuentra algún aspecto dudoso, falto de datos o susceptible de interpretaciones diversas o de soluciones alternativas, razone sobre estas cuestiones y, en su caso, **indique los argumentos que le llevan a elegir una de las opciones posibles**.

CASO PRÁCTICO NÚM 1

CONTABILIDAD FINANCIERA

ENUNCIADO

1. ADQUISICIÓN DE INMOVILIZADO MEDIANTE PERMUTA PARCIAL

El primer día del ejercicio actual nuestra empresa adquiere un elemento de transporte cuyo valor razonable en el momento de la compra asciende a 17.000 €.

Como pago del mismo firma una letra a dieciocho meses por un importe de 15.805 €, que incluye los intereses de aplazamiento calculados al 6% anual de interés simple. Además, entrega otro inmovilizado similar, cuyo precio de adquisición es de 18.000 €, al cual se ha practicado la amortización lineal correspondiente a cuatro años completos, calculada sobre una vida útil de cinco años, sin valor residual.

Para el nuevo elemento se estima una vida útil de diez años, sin valor residual.

2. EJERCICIO DE LA OPCIÓN DE COMPRA EN UN ARRENDAMIENTO FINANCIERO Y GASTOS FINANCIEROS INCORPORADOS AL INMOVILIZADO

- a) Nuestra empresa suscribió hace algunos años un contrato de arrendamiento financiero de una maquinaria, haciendo lucir en su pasivo las cuotas pendientes y la opción de compra, presuponiendo que la misma sería ejercitada en su día. El primer día del ejercicio actual se entregan al arrendador 4.000 € por este último concepto, no existiendo en ese momento intereses pendientes de imputación originados por la operación. En el momento de suscribir el contrato el valor razonable de la maquinaria arrendada era de 40.000 €, del que, al ejercer la opción de compra, se habían deducido nueve cuotas anuales de amortización de 4.000 € cada una.

Inmediatamente después de ejercitar la opción de compra, nuestra empresa estima que, a causa de una pérdida irreversible, el valor de la maquinaria en el momento actual es de 2.500 € y que dicho valor se consumirá en partes iguales en este ejercicio y en el siguiente.

En ningún caso se ha previsto valor residual para la maquinaria.

- b) Al finalizar el ejercicio y una vez contabilizadas todas las operaciones relativas al mismo, nuestra empresa descubre que un importe de 30.000 €, contabilizado en otros gastos financieros, está asociado a una ampliación de capital, por lo que opta por darles el tratamiento contable establecido en la normativa.

Por otro lado, 55.000 €, contabilizados también como gastos financieros, corresponden a la financiación del precio de adquisición y de la instalación de una maquinaria, que al finalizar el ejercicio actual no ha entrado en funcionamiento. Su período de instalación excede del año.

Finalmente, considera que 35.000 € de gastos financieros son imputables a un proyecto de desarrollo de un nuevo producto, cuyo coste ha sido activado recientemente.

3. CONTABILIZACIÓN DE UN EMPRÉSTITO POR EL EMISOR

En el ejercicio actual nuestra empresa emite un empréstito al 12% de interés, a pagar anualmente, de 1.000 obligaciones, con un valor de nominal de 500 € cada una, a amortizar en tres años mediante una anualidad constante pospagable de 208.175 €. La emisión se realiza el 1 de septiembre. Los gastos de emisión, devengados en el momento de la misma, ascienden a 22.500 €. El precio de emisión de los títulos del empréstito es de 470.000 €.

El tipo de interés efectivo de esta emisión es del 18,714392%.

4. EMPRÉSTITO CON PRIMAS DE REEMBOLSO VARIABLES E INTERESES EXPLÍCITOS

Nuestra empresa emitió el 1 de noviembre del año pasado (2008) un empréstito de 12.000 títulos de 1.000 € nominales cada uno, a tres años, con un interés del 3%, a pagar en vencimientos anuales. El contrato de emisión prevé que en cada uno de los años se amortizará la tercera parte de las obligaciones, con un valor de reembolso igual a la suma del nominal más el 2% de interés compuesto sobre el nominal. Al finalizar el ejercicio actual (2009) no se habían abonado todavía a sus tenedores los títulos amortizados, pero sí los intereses correspondientes al vencimiento de fecha 1 de noviembre.

El tipo de interés efectivo de esta emisión es del 4,961898%.

5. REGULARIZACIÓN DE EXISTENCIAS Y DEUDA EN MONEDA EXTRANJERA

Los datos de los movimientos, por orden cronológico, de las existencias comerciales de nuestra empresa durante el ejercicio son los siguientes:

	Unidades	Valor Unitario
Existencias iniciales	1.000	25,00
Compras	3.000	26,25
	4.000	23,75
	4.000	27,50
	1.000	25,50
Ventas	11.000	50,00

La última de las compras, que ha tenido lugar en el mes de diciembre del ejercicio actual y su pago se ha convenido a tres meses, ha sido realizada a un proveedor extranjero a un precio de 30 dólares por cada unidad de mercancía comprada. En el momento de la compra el dólar equivalía a 0,85 €, mientras que al cierre la cotización era de 0,81 €/dólar.

Suponiendo que ya han sido contabilizadas las compras y las ventas, se pide la regularización de existencias al cierre del ejercicio, sabiendo que la empresa aplica el criterio FIFO, así como el reconocimiento de las diferencias en moneda extranjera (la moneda funcional de la empresa es el euro) que haya podido ocasionar la última compra.

6. ADQUISICIÓN DE ACCIONES CON DESEMBOLSOS PENDIENTES Y VENTA DE DERECHOS DE SUSCRIPCIÓN

- a) Nuestra empresa adquiere, por suscripción, al comienzo del ejercicio, el 52% de las acciones de otra sociedad, por un importe de 175.000 €. El desembolso exigido en el momento de la suscripción es del 25%, aplazándose el resto. Al finalizar el ejercicio, la sociedad emisora acuerda solicitar la mitad del importe aplazado, que deberá satisfacerse al comienzo del próximo año.
- b) Por otro lado, nuestra empresa tiene en su balance, entre las inversiones financieras a corto plazo, clasificadas como cartera de negociación, 40.000 acciones, de 5 € nominales cada una, adquiridas en el ejercicio anterior. En el ejercicio actual, la sociedad emisora amplía su capital, emitiendo tres acciones nuevas, a la par, por cada 7 acciones en circulación. En el momento de iniciarse la ampliación estas acciones cotizaban en bolsa a 8,40 € cada una.

Nuestra empresa procede a la venta de 22.500 derechos a 1,10 € cada uno, suscribiendo, además, las acciones que corresponden a los restantes derechos.

7. ADQUISICIÓN Y DETERIORO DE VALOR DE ACTIVOS FINANCIEROS

El 1 de julio del ejercicio actual (2008) nuestra empresa adquirió en Bolsa 100 títulos de renta fija de otra empresa, por los que pagó 104.200 €.

Los datos de dichos títulos son los siguientes:

- Interés: 3% anual, pagadero por años vencidos.
- Valor nominal: 1.000 €/título.
- Valor de emisión: 920 €/título.

- Valor de reembolso: 1.046 €/título.
- Fecha de emisión: 1 de marzo del ejercicio actual.
- Fecha de amortización: cinco años después de la emisión.

La cotización al finalizar el ejercicio actual es de 1.030 €/título.

La intención de la empresa es mantener estos títulos hasta su vencimiento.

El tipo de interés efectivo de esta inversión es del 3,178835%.

8. PROVISIONES Y AJUSTES POR DETERIORO

Nuestra empresa contabiliza los siguientes hechos, correspondientes al ejercicio actual:

- a) En el balance de cierre del ejercicio anterior figura una provisión por deterioro de créditos comerciales por 40.000 €. En el ejercicio actual, dada la antigüedad de la mora, se considera definitivamente incobrable el crédito que dio lugar a dicha provisión.
- b) La provisión por deterioro de existencias, que al cierre del ejercicio anterior figuraba por 2.500 €, debe de ser aumentada hasta 4.000 €.
- c) Abona, como resultado de una sentencia, una indemnización por 85.000 €. Por este concepto existe en balance, procedente de ejercicios anteriores, una provisión por 120.000 €. Con el pago indicado nuestra empresa satisface todas sus obligaciones por este concepto.
- d) Satisface 88.000 € en concepto de garantía postventa, para la que existía una provisión por 82.000 €.
- e) Paga con cargo al fondo de pensiones 150.000 € correspondientes a las prestaciones del período e imputa al mismo un rendimiento de 10.000 €, calculado sobre las inversiones en las que está materializado.

9. APLICACIÓN DEL RESULTADO DEL EJERCICIO, APORTACIÓN A OTRA SOCIEDAD PARA COMPENSAR PÉRDIDAS Y ARRENDAMIENTO FINANCIERO A INTERÉS VARIABLE

- a) Nuestra sociedad ha satisfecho a sus accionistas, durante el ejercicio anterior, un dividendo a cuenta por importe de 40.000 €. En el ejercicio actual, la Junta de Accionistas aprueba la siguiente distribución del resultado de dicho ejercicio anterior:

Base del reparto	
Pérdidas y ganancias	135.000
Remanente	4.000
Aplicación propuesta	
A reserva legal	13.500
A reservas voluntarias	50.500
A dividendos	60.000
A compensación de pérdidas	15.000
Total	139.000

- b) Nuestra sociedad entrega 100.000 € a una filial, por acuerdo de la Junta de Accionistas de esta última, para compensar pérdidas en la misma.
- c) Nuestra empresa suscribió en un ejercicio anterior un contrato de arrendamiento financiero con interés variable, condicionado a la evolución del índice de precios al consumo (IPC). Finalizado el ejercicio actual y después de haber contabilizado todas las operaciones relativas a dicho contrato, nuestra empresa estima que, dada la evolución del índice de referencia, la carga pendiente por intereses para los ejercicios que restan de vigencia del contrato ha disminuido en 30.000 €.

10. CÁLCULO DEL IMPUESTO DEVENGADO

Después de haber contabilizado todas las operaciones del ejercicio, nuestra empresa procede al cálculo y registro del importe devengado en el ejercicio actual por el impuesto de sociedades. Para ello conocemos los siguientes datos:

- En el ejercicio anterior la empresa contabilizó un gasto por 60.000 €, que no fue considerado fiscalmente deducible, si bien se estimó que lo sería en el ejercicio actual, por lo que esta diferencia fue tratada como temporal. Sin embargo, en el ejercicio actual nuestra empresa comprueba que no será nunca deducible.
- En un contrato de arrendamiento financiero, los gastos fiscalmente deducibles superan en 30.000 € a los gastos computados contablemente por este concepto. La duración del contrato es de seis años y la diferencia se considera temporal al estimarse que la situación revertirá en ejercicios sucesivos.
- Compensamos una base imponible negativa de ejercicios anteriores por 120.000 €.
- Los ajustes por deterioro de créditos comerciales registrados contablemente exceden en 12.000 € a los importes deducibles fiscalmente en este ejercicio. Se estima que este importe será fiscalmente deducible en el próximo ejercicio.

- La amortización de un determinado grupo de inmovilizados se realiza con cuotas decrecientes, mientras que fiscalmente solo son aceptables las cuotas lineales. La amortización registrada contablemente supera en este ejercicio en 20.000 € al gasto fiscalmente deducible. Se ha calculado para estos inmovilizados una vida útil, contable y fiscal, de cinco años.
- Existe una liberalidad no deducible por 40.000 €.
- Nuestra empresa aplica unas bonificaciones en la cuota por 30.000 €, que no se consideran periodificables.
- El resultado del período antes del impuesto de sociedades es de 400.000 €.
- El tipo impositivo es del 30%.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1

1. ADQUISICIÓN DE INMOVILIZADO MEDIANTE PERMUTA PARCIAL

Normativa aplicada.

PGC 2007– NRV 2.^a, apartado 1.3 y NRV 9.^a, apartado 3.1.

Comentarios y cálculos justificativos.

Se trata de la adquisición de un elemento de transporte mediante pago aplazado y entregando además a cambio otro elemento de transporte parcialmente amortizado. El pago aplazado supone un pasivo financiero con un componente de gasto financiero que debe ser excluido del valor de entrada del elemento adquirido.

Al tener la operación la naturaleza de una permuta de carácter no comercial (son elementos iguales), el valor por el que debe darse de alta el nuevo elemento es el menor de:

Letra a pagar por el nuevo (sin intereses) + Valor en libros del elemento entregado $\leq$ Valor razonable del nuevo

Valor en libros del elemento entregado:

Coste histórico	18.000
Amortización acumulada (4/5)	14.400
Valor en libros	3.600

En cuanto al valor actualizado de la letra a dieciocho meses, es:

$$\frac{15.805}{(1 + 1,5 \times 0,06)} = 14.500 \text{ (Los intereses ascienden a } 15.805 - 14.500 = 1.305 \text{)}$$

Y al ser $14.500 + 3.600 \geq 17.000 \Rightarrow$ El elemento recibido se dará de alta por 17.000 (su valor razonable), por ser este el límite que no hay que sobrepasar. Por lo tanto, se experimentará una pérdida por el importe necesario para que la desigualdad anterior se convierta en igualdad:

$$14.500 + 3.600 - 1.100 \text{ (pérdida)} = 17.000$$

Esta pérdida también se puede calcular comparando el valor en libros del elemento entregado con la valoración atribuida al mismo, considerando el descuento o rebaja en el precio que aplica el vendedor sobre el precio del nuevo elemento:

Valor razonable del nuevo	17.000
Precio de venta neto.....	14.500
Descuento implícito por la entrega del viejo	2.500

Resultado = valor en libros del entregado – precio de venta neto = $3.600 - 2.500 = 1.100$ (pérdida)

$$\text{Cuota de amortización del nuevo elemento} = \frac{17.000}{10} = 1.700 \text{ al año}$$

Contabilización.

Por el alta en cuentas del nuevo elemento y la baja del entregado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
218	Elementos de transporte	17.000	
2818	Amortización acumulada de elementos de transporte	14.400	
671	Pérdidas procedentes del inmovilizado material	1.100	
218	Elementos de transporte		18.000
525	Efectos a pagar a corto plazo		14.500

(Aunque la letra vence a los dieciocho meses, se ha incluido directamente en el corto plazo ya que al cierre del ejercicio su vencimiento ya es a corto, no haciéndose necesaria su reclasificación).

Y al final del año, por la cuota de amortización del nuevo elemento de transporte:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6818	Amortización de elementos de transporte	1.700	
2818	Amortización acumulada de elementos de transporte		1.700

Y por el devengo (proporcional al tiempo, al ser interés simple) de los gastos financieros, los cuales se añaden al valor de la letra (coste amortizado):

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas (2/3 de 1.305)	870	
525	Efectos a pagar a corto plazo		870

Por otra parte, se ha supuesto que el elemento adquirido entra en funcionamiento desde el momento de la adquisición, por lo que no procede capitalizar los anteriores gastos financieros.

2. EJERCICIO DE LA OPCIÓN DE COMPRA EN UN ARRENDAMIENTO FINANCIERO Y GASTOS FINANCIEROS INCORPORADOS AL INMOVILIZADO

a) Ejercicio de la opción de compra.

Normativa aplicada.

PGC 2007 – NRV 8.^a, apartado 1.2 y NRV 22.^a.

Comentarios y cálculos justificativos.

La opción de compra se incluye generalmente en la deuda a largo plazo (en cuenta específica o junto con el resto de cuotas a largo plazo) pero en cualquier caso, al final del ejercicio anterior, debió haber sido reclasificada en la deuda a corto plazo.

Saldos relacionados con la maquinaria en el momento del ejercicio de la opción:

213. Maquinaria	40.000
2813. Amortización acumulada de maquinaria (9/10 s/ 40.000)	36.000

Contabilización.

Por el ejercicio de la opción de compra:

Código	Cuenta	Debe	Haber
524	Acreeedores por arrendamiento financiero a corto plazo	4.000	
57-	Tesorería		4.000

No se hace necesaria ninguna otra reclasificación en este momento, pues el elemento adquirido ya se encuentra clasificado como inmovilizado material ¹.

Por el reflejo contable de la pérdida irreversible ² para reducir el valor contable de la maquinaria a su valor real:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6913	Pérdidas por deterioro de maquinaria	1.500	
2913	Deterioro de valor de maquinaria (4.000 – 2.500)		1.500

Y por la amortización lineal del bien, la cual se verá modificada, pues ha habido un ajuste por deterioro y un cambio de estimación en la vida útil (quedaba un año de vida útil en el momento de ejercitar la opción de compra, ya que se habían contabilizado nueve cuotas anuales de amortización):

Código	Cuenta	Debe	Haber
6813	Amortización de elementos de transporte (2.500 / 2 = 1.250)	1.250	
2813	Amortización acumulada de elementos de transporte		1.250

b) Tratamiento de diversos gastos financieros.

Normativa aplicada.

PGC 2007– NRV 9.^a, apartado 4, NRV 2.^a, apartado 1 y NRV 5.^a.

Contabilización.

Por los gastos asociados a una ampliación de capital e incorrectamente incluidos en una cuenta del subgrupo 66, es necesario realizar el siguiente ajuste:

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	30.000	
669	Otros gastos financieros		30.000

¹ Salvo que la empresa hubiera utilizado cuentas con denominación específica que pusieran de manifiesto que el elemento se encontraba en régimen de *leasing*.

² Las correcciones de valor por deterioro permiten reflejar tanto pérdidas reversibles como irreversibles.

Si la ampliación de capital se hubiera efectuado con prima de emisión se podrían haber cargado contra esta los gastos. Se ha prescindido del efecto impositivo, al indicarse expresamente en las instrucciones para la resolución del ejercicio.

Por la capitalización de los gastos financieros, al cumplirse los requisitos, en las cuentas correspondientes:

Código	Cuenta	Debe	Haber
213	Maquinaria	55.000	
736	Incorporación al activo de gastos financieros		55.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
201	Desarrollo	35.000	
736	Incorporación al activo de gastos financieros		35.000

No es posible amortizar los gastos de desarrollo ya que no se dispone de información sobre el importe por el que figuran en el activo. La cuenta 736 no figura en el PGC. Se ha utilizado por describir de forma más clara que las cuentas 730 y 731 la figura de la capitalización de gastos financieros.

3. CONTABILIZACIÓN DE UN EMPRÉSTITO POR EL EMISOR

Normativa aplicada.

PGC 2007 – NRV 9.^a, apartado 3.1.

Comentarios y cálculos justificativos.

Al tratarse de un pasivo financiero con valoración posterior (al reconocimiento inicial) según el coste amortizado, tendremos que calcular en primer lugar el tipo de interés efectivo de la operación, ya que al haber descuento de emisión y gastos iniciales, dicho interés diferirá del interés nominal (12%).

Mediante una hoja de cálculo Excel (menú insertar; función; financieras; TIR), tendremos:

Año	Concepto	Importe	Cálculos justificativos
0	Financiación inicial recibida	447.500	(470.000 – 22.500)
1	Pago anualidad	–208.175	
2	Pago anualidad	–208.175	
3	Pago anualidad	–208.175	
	Interés efectivo %	18,714392	

Una vez calculado el tipo de interés efectivo, el pasivo financiero se irá valorando, tal y como se ha comentado, según su coste amortizado.

La carga financiera implícita total a devengar es:

$$\text{Valor de reembolso} - \text{efectivo recibido en la emisión} = 500.000 - 447.500 = 52.500.$$

Este importe se añade a los intereses anuales para conformar la carga financiera total e incrementa el tipo de coste nominal de la operación. Será imputado a resultados a lo largo de los tres años de duración del empréstito.

El cuadro de amortización resumido del empréstito es:

Año	Cuota	Intereses	Amortización		Saldo pendiente
			En el año	Acumulada	
0	—	—	—	—	500.000
1	208.175	60.000	148.175	148.175	351.825
2	208.175	42.219	165.956	314.131	185.869
3	208.175	22.304	185.871	500.002	— 2

(Al haberse utilizado la anualidad sin decimales que proporciona el enunciado, el cuadro anterior no queda saldado)

Y respecto del coste amortizado, presentaremos los cálculos en el cuadro siguiente:

Año	Coste amortizado inicial (1)	Interés efectivo (2)	Carga financiera efectiva (3) = (1) × (2)	Pagos (4)	Coste amortizado final (5) = (1) + (3) – (4)	Cambio en el coste amortizado (1) – (4)
1	447.500	18,714392	83.747	208.175	323.072	124.428
2	323.072	18,714392	60.461	208.175	175.358	147.714
3	175.358	18,714392	32.817	208.175	0	175.358

Contabilización.

Por la emisión, suscripción y desembolso de los 1.000 títulos el 1 de septiembre, descontados los gastos de la emisión:

Código	Cuenta	Debe	Haber
57-500	Tesorería	447.500	
	Obligaciones y bonos a corto plazo (447.500 – 323.072)		124.428
177	Obligaciones y bonos a largo plazo		323.072

Obsérvese cómo el pasivo figura por un total igual al importe de la financiación efectivamente recibida inicialmente, no por su valor de reembolso como ocurría en el anterior PGC de 1990. Este nuevo enfoque es consistente con la filosofía de las Normas Internacionales de Información Financiera (IFRS) y es un enfoque puramente financiero, no patrimonial.

Ajustes al cierre del ejercicio.

- El coste amortizado al cierre de ejercicio será: $447.500 \times 1,18714392^{4/12} = 473.835$.
- El cambio en el coste amortizado en el período es: $473.835 - 447.500 = 26.335$.

De este cambio, lo correspondiente al cupón anual (interés explícito), se consigna en cuenta diferente de la que recoge la deuda, como suele ser lo habitual. El importe asciende a: $1.000 \times 500 \times 12\% \times 4/12 = 20.000$.

Interés implícito: $26.335 - 20.000 = 6.335$ (aumento del valor de la deuda).

Código	Cuenta	Debe	Haber
66130	Intereses de obligaciones y bonos ($1.000 \times 500 \times 12\% \times 4/12$)	20.000	
5060	Intereses a corto plazo de empréstitos		20.000

Y por los intereses implícitos:

Código	Cuenta	Debe	Haber
66131	Intereses implícitos de obligaciones y bonos	6.335	
500	Obligaciones y bonos a corto plazo		6.335

Por otra parte, estos intereses implícitos, al no pagarse, aumentan la financiación efectivamente utilizada y se han recogido en cuenta de gastos con código y denominación diferentes de la que recoge los explícitos, lo cual puede ser de utilidad en la elaboración del estado de flujos de efectivo, ya que estos intereses deben ajustarse (a efectos de dicho estado), pues no suponen movimiento de efectivo.

4. EMPRÉSTITO CON PRIMAS DE REEMBOLSO VARIABLES E INTERESES EXPLÍCITOS

Normativa aplicada.

PGC 2007 – NRV 9.^a, apartado 3.1.

Comentarios y cálculos justificativos.

Al igual que en el apartado anterior, valoraremos la deuda por su coste amortizado, y tendremos que calcular en primer lugar el tipo de interés efectivo de la operación, ya que al haber primas de amortización, dicho interés diferirá del nominal (3%). El cupón constante por título asciende al 3% de 1.000 = 30.

Mediante una hoja de cálculo Excel (menú insertar; función; financieras; TIR), tendremos:

Año	Concepto	Importe	Cálculos justificativos
0	Financiación inicial recibida	12.000.000	12.000×1.000
1	Pago anualidad	- 4.440.000	$12.000 \times 30 + 4.000 \times 1.000 \times 1,02$
2	Pago anualidad	- 4.401.600	$8.000 \times 30 + 4.000 \times 1.000 \times 1,02^2$
3	Pago anualidad	- 4.364.832	$4.000 \times 30 + 4.000 \times 1.000 \times 1,02^3$
	Interés efectivo %	4,961898	

Una vez calculado el tipo de interés efectivo, el pasivo financiero se irá valorando, tal y como se ha comentado, según su coste amortizado. La carga financiera implícita total a devengar asciende a 486.432, según se puede comprobar fácilmente a partir de los datos del cuadro anterior.

Este importe se añade a los intereses anuales para conformar la carga financiera total e incrementa el tipo de coste nominal de la operación. Será imputado a resultados a lo largo de los tres años de duración del empréstito.

Los cálculos se presentan en el cuadro siguiente:

Período	Coste amortizado inicial (1)	TIR (2)	Carga financiera efectiva total (3) = (1) × (2)	Pagos (4)	Coste amortizado final (5) = (1) + (3) - (4)
1	12.000.000	4,961898	595.428	4.440.000	8.155.428
2	8.155.428	4,961898	404.664	4.401.600	4.158.492
3	4.158.492	4,961898	206.340	4.364.832	0
			1.206.432		

Si de 1.206.432 (carga financiera total) se descuentan los pagos de intereses anuales (360.000, 240.000 y 120.000, respectivamente), se obtiene la carga implícita citada anteriormente (486.432).

En cuanto al cuadro de amortización del empréstito, de forma resumida, es:

Año	Cuota	Intereses	Títulos amortizados		Nominal pendiente
			En el año	Totales	
0					12.000.000
1	4.440.000	360.000	4.000	4.000	8.000.000
.../...					

...	...				
2	4.401.600	240.000	4.000	8.000	4.000.000
3	4.364.832	120.000	4.000	12.000	0

Contabilización.

Se presenta la contabilización correspondiente al ejercicio 2009, con los cálculos justificativos correspondientes. Más adelante se incluyen cuadros con la contabilización completa del empréstito.

Por la amortización de los 4.000 títulos el 1 de noviembre, por su valor de reembolso ($1.000 \times 1,02$):

Código	Cuenta	Debe	Haber
500	Obligaciones y bonos a corto plazo ($4.000 \times 1.000 \times 1,02$)	4.080.000	
57-	Tesorería		4.080.000

Por el pago de los intereses explícitos del año terminado el 1 de noviembre, teniendo en cuenta que los meses de noviembre y diciembre del año anterior se encontrarán anotados en la cuenta 506:

Código	Cuenta	Debe	Haber
506	Intereses de obligaciones y bonos ($12.000 \times 30 \times 2/12$)	60.000	
66130	Intereses a corto plazo de empréstitos ($12.000 \times 30 \times 10/12$)	300.000	
57-	Tesorería		360.000

En cuanto a los intereses implícitos que se generan como consecuencia de la prima de reembolso, tendremos, para el período de 1 de enero a 1 de noviembre de 2009:

$$12.000.000 \times [1,04961898 - 1,04961898^{2/12}] - 300.000 = 198.181$$

Código	Cuenta	Debe	Haber
66131	Intereses implícitos de obligaciones y bonos	198.181	
500	Obligaciones y bonos a corto plazo		198.181

Ajustes al cierre del ejercicio.

Por los intereses explícitos acumulados desde el 1 de noviembre, sobre los títulos vivos (8.000):

Código	Cuenta	Debe	Haber
66130	Intereses de obligaciones y bonos ($8.000 \times 30 \times 2/12$)	40.000	
506	Intereses a corto plazo de empréstitos		40.000

Y por los intereses implícitos, de acuerdo con los datos que figuran en el cuadro del coste amortizado que se presenta más adelante: $8.155.428 \times [1,04961898^{2/12} - 1] - 40.000 = 26.090$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
66131	Intereses implícitos de obligaciones y bonos	26.090	
500	Obligaciones y bonos a corto plazo		26.090

Con el fin de tener una visión completa de la operación, aunque no se solicita en el enunciado, a continuación se incluyen dos cuadros con la contabilización para toda la vida del empréstito.

**Devengo de la carga financiera dentro de cada ejercicio contable
(al no coincidir con el año natural el empréstito)**

Fecha	Operación	Coste amortizado inicial	Carga financiera			Coste amortizado final
			Total	Explicita	Implicita	
01/11/2008	Alta en cuentas	12.000.000	0	0	0	12.000.000
31/12/2008	Devengo carga financiera (2 meses) al cierre	12.000.000	97.246	60.000	37.246	12.097.246
01/11/2009	Devengo carga financiera (10 meses) y pago 1.ª anualidad	12.097.246	498.181	300.000	198.181	8.155.428
31/12/2009	Devengo carga financiera (2 meses) al cierre	8.155.428	66.090	40.000	26.090	8.221.518
01/11/2010	Devengo carga financiera (10 meses) y pago 2.ª anualidad	8.221.518	338.574	200.000	138.574	4.158.492
31/12/2010	Devengo carga financiera (2 meses) al cierre	4.158.492	33.700	20.000	13.700	4.192.192
01/11/2011	Devengo carga financiera (10 meses) y pago 3.ª anualidad	4.192.192	172.640	100.000	72.640	0
			1.206.432	720.000	486.432	

CONTABILIZACIÓN	2008		2009		2010		2011	
	Debe	Haber	Debe	Haber	Debe	Haber	Debe	Haber
Emisión, suscripción y desembolso (1-11)								
Tesorería (57-)	12.000.000							
Obligaciones y bonos a corto plazo (500)		3.844.572						
Obligaciones y bonos (177)		8.155.428						
Ajustes a la fecha de pago de la anualidad (1-11)								
Intereses explícitos (10 meses)								
Intereses de obligaciones y bonos (66130)			300.000	300.000	200.000	200.000	100.000	100.000
Intereses a corto plazo de empréstitos (506)								
Intereses implícitos (10 meses)								
Intereses de obligaciones y bonos (66131)			198.181		138.574		72.640	
Obligaciones y bonos a corto plazo (500)				198.181		138.574		72.640
Pago de la anualidad (1-11)								
Obligaciones y bonos a corto plazo (500)			4.080.000		4.161.600		4.244.832	
Intereses a corto plazo de empréstitos (506)			360.000		240.000		120.000	
Tesorería (57-)				4.440.000		4.401.600		4.364.832
Ajustes al cierre del ejercicio (31-12)								
Intereses explícitos (2 meses)								
Intereses de obligaciones y bonos (66130)	60.000		40.000	40.000	20.000	20.000		
Intereses a corto plazo de empréstitos (506)								
Intereses implícitos (2 meses)								
Intereses de obligaciones y bonos (66131)	37.246		26.090	26.090	13.700	13.700		
Obligaciones y bonos a corto plazo (500)		37.246		26.090		13.700		
Reclasificación de la próxima cuota								
Obligaciones y bonos (177)			3.996.936		4.158.492			
Obligaciones y bonos a corto plazo (500)				3.996.936		4.158.492		

5. REGULARIZACIÓN DE EXISTENCIAS Y DEUDA EN MONEDA EXTRANJERA

Normativa aplicada.

PGC 2007– NRV 10.^a, apartado 1.3 y NRV 11.^a, apartado 1.

Comentarios y cálculos justificativos.

Movimiento en unidades físicas.

- Entradas: $1.000 + 3.000 + 4.000 + 4.000 + 1.000 = 13.000$ unidades.
- Salidas: 11.000 unidades.
- Existencia final: 2.000 unidades.

Valoración.

Al utilizarse el criterio FIFO, las unidades vendidas son valoradas a los precios más antiguos, por lo que las que permanecen en el inventario al cierre serán valoradas según los últimos precios, es decir:

$$1.000 \times 25,50 + 1.000 \times 27,50 = 53.000$$

Contabilización.

a) Para cargar a gastos la existencia inicial:

Código	Cuenta	Debe	Haber
610	Variación de existencias de mercaderías (1.000×25)	25.000	
300	Mercaderías		25.000

b) Para dar entrada como menor gasto a la existencia final, según la valoración FIFO:

Código	Cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías	53.000	
610	Variación de existencias de mercaderías $(1.000 \times 25,50 + 1.000 \times 27,50)$		53.000

Respecto de la deuda en moneda extranjera con el proveedor (al estar denominada la deuda en dólares se considera moneda extranjera por ser distinta de la moneda funcional, que en este caso es el euro), tendremos que:

- Saldo con el proveedor en el momento de la compra: $1.000 \text{ unidades} \times 30 \text{ dólares/unidad} = 30.000 \text{ dólares}$.
- Contravalor en el momento de la transacción: $30.000 \text{ dólares} \times 0,85 \text{ €/dólar} = 25.500 \text{ €}$.
- Contravalor al cierre: $30.000 \times 0,81 \text{ €/dólar} = 24.300 \text{ €}$.
- Ajuste en pérdidas y ganancias: 1.200 € .

Código	Cuenta	Debe	Haber
4004	Proveedores (dólares)	1.200	
768	Diferencias positivas de cambio		1.200

No hay datos sobre el valor de realización de las existencias finales a fin de calcular el posible deterioro.

6. ADQUISICIÓN DE ACCIONES CON DESEMBOLSOS PENDIENTES Y VENTA DE DERECHOS DE SUSCRIPCIÓN

Normativa aplicada.

PGC 2007– NRV 9.^a, apartados 2.5.1 y 2.6.2.

a) Suscripción de acciones en otra sociedad.

Comentarios y cálculos justificativos.

Por la suscripción de los títulos, desembolsando el 25% de su importe:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo	175.000	
2493	Desembolsos pendientes sobre participaciones a largo plazo en empresas del grupo (75%)		131.250
57-	Tesorería (25%)		43.750

Y por la exigibilidad, a fin de ejercicio, de la mitad del dividendo pasivo pendiente:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2493	Desembolsos pendientes sobre participaciones a largo plazo en empresas del grupo (50%)	65.625	
5563	Desembolsos exigidos sobre participaciones, empresas del grupo		65.625

b) Ampliación de capital con venta de derechos y suscripción de acciones.

Comentarios y cálculos justificativos.

Calcularemos el valor teórico del derecho de suscripción, ya que el coste del derecho, tanto con el planteamiento de *Kester* como con el del coste teórico no son calculables, por desconocerse el coste de adquisición de las acciones de las que se segregan dichos derechos.

Se debe cumplir que:

Valor de la acción antes de la ampliación – valor teórico del derecho = valor de la acción después de la ampliación = Precio de emisión + valor teórico de los derechos necesarios para suscribir una acción.

$$8,40 - d = 5 + \frac{7}{3}d, \text{ y de aquí, el valor teórico del derecho es } d = 1,02.$$

El primer miembro de la ecuación incorpora la pérdida de valor para el accionista antiguo, y el segundo miembro el coste total para el accionista nuevo. El valor de la acción después de la ampliación es el mismo para uno que para otro (pues no indica el enunciado que las acciones tengan diferentes derechos), por lo que el accionista nuevo debe compensar al antiguo por la pérdida de valor. El mecanismo para ello es precisamente el valor teórico del derecho de suscripción.

Por el desdoble de la cartera:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5401	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio ³ . Derechos de suscripción de acciones (40.000 × 1,02)	40.800	
5400	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio		40.800

Por los derechos vendidos (22.500):

Código	Cuenta	Debe	Haber
57-	Tesorería (22.500 × 1,10)	24.750	
5401	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio. Derechos de suscripción de acciones (22.500 × 1,02)		22.950
766	Beneficios de disponibles para la venta		1.800

³ Podría haberse utilizado la misma cuenta 5400 para recoger el importe calculado para los derechos de suscripción, pues aunque ello supondría cargar y abonar en la misma cuenta el mismo importe, este figuraría de forma separada del resto de apuntes en la cuenta.

Y por las acciones suscritas con los derechos restantes:

$$40.000 - 22.500 = 17.500 \text{ derechos}; 17.500 \times \frac{3}{7} = 7.500 \text{ acciones.}$$

Código	Cuenta	Debe	Haber
5400	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio	55.350	
5401	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio. Derechos de suscripción de acciones (17.500 × 1,02)		17.850
57-	Tesorería (7.500 × 5)		37.500

7. ADQUISICIÓN Y DETERIORO DE VALOR DE ACTIVOS FINANCIEROS

Normativa aplicada.

PGC 2007– NRV 9.^a, apartado 2.2.

Comentarios y cálculos justificativos.

Puesto que se trata de una inversión clasificada como mantenida hasta su vencimiento, se debe valorar por su coste amortizado, mediante el tipo de interés efectivo.

Los flujos de efectivo que origina la inversión son:

Fechas	Importes	Cálculos justificativos
01-03-2008	-104.200	
01-03-2009	3.000	
01-03-2010	3.000	
01-03-2011	3.000	
01-03-2012	3.000	
01-03-2013	107.600	104.600 + 3.000

Mediante una hoja Excel o con calculadora financiera se obtiene que $i_e = 3,178835\%$.

Contabilización.

Por la compra de los títulos, con el cupón acumulado desde la fecha de emisión:

Código	Cuenta	Debe	Haber
251	Valores representativos de deuda a largo plazo	103.200	
546	Intereses a corto plazo de valores representativos de deuda (4 meses)	1.000	
57-	Tesorería		104.200

Ajustes al cierre.

- El coste amortizado al cierre de ejercicio será: $104.200 \times 1,03178835^{\frac{1}{2}} = 105.843$.
- El cambio en el coste amortizado en el período es: $105.843 - 104.200 = 1.643$.
- De este cambio, lo correspondiente al cupón anual (interés explícito), se consigna en cuenta diferente de la que recoge la deuda. El importe asciende a: $100 \times 1.000 \times 3\% \times 6/12 = 1.500$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
546	Intereses a corto plazo de valores representativos de deuda	1.500	
7610	Ingresos de valores representativos de deuda		1.500

En cuanto a los intereses implícitos, se obtienen por diferencia: $1.643 - 1.500 = 143$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
251	Valores representativos de deuda a largo plazo	143	
7611	Ingresos implícitos de valores representativos de deuda		143

Respecto de un posible ajuste por deterioro al cierre, cabe señalar que la NRV 9.^a, en su apartado 2.2.3 (que remite al 2.1.3), señala que para su cálculo se utilizará el valor actual de los flujos de efectivo futuros estimados descontados con el tipo de interés efectivo de la inversión calculado en el reconocimiento inicial. No obstante, también es admisible y se *puede emplear*, como criterio sustitutivo, el valor de mercado del instrumento, siempre y cuando este sea fiable. En este caso se dispone del valor de cotización, pero el cálculo de los flujos futuros es fácil de realizar y no hay que olvidar que es el que propone la normativa en primer lugar, siendo la cotización de carácter sustitutivo o subsidiario.

El valor actual de los flujos futuros al cierre del ejercicio es:

$$[3.000 a]_{5|3,178835\%} + 104.600 \times 1,03178835^{-5}] \times 1,03178835^{10/12} = 105.843.$$

Y el valor en libros es, aunque contablemente figure en dos cuentas (251 y 546), el coste amortizado al final del ejercicio: $103.200 + 1.000 + 1.500 + 143 = 105.843$.

Como era de esperar, ambas cifras coinciden (al no haber cambios en ninguno de los parámetros que intervienen en la ecuación de equivalencia financiera con relación a la que se utilizó en el origen de la operación). Por lo tanto, no es necesario realizar ningún ajuste.

Es interesante observar que si se hubiera utilizado la cotización de los títulos al cierre que proporciona el enunciado, 1.030 por título, se hubiera obtenido una valoración de $100 \times 1.030 = 103.000$, por lo cual hubiera sido necesario realizar un ajuste por deterioro por un importe de 2.843.

No obstante, y puesto que la intención de la empresa es mantener la inversión hasta el vencimiento, los cambios en la cotización de los títulos no son relevantes, sin perjuicio de que, por razones de tipo práctico, pueda admitirse su utilización como referencia para un ajuste por deterioro.

8. PROVISIONES Y AJUSTES POR DETERIORO

Normativa aplicada.

PGC 2007 – partes cuarta y quinta y NRV 15.^a.

Contabilización.

- a) Por las insolvencias definitivas en operaciones comerciales, teniendo en cuenta que, de los datos del enunciado, parece desprenderse que el crédito ha sido objeto de ajuste por deterioro de forma individualizada:

Código	Cuenta	Debe	Haber
650	Pérdidas de créditos comerciales incobrables	40.000	
430	Clientes		40.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
490	Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales	40.000	
794	Reversión del deterioro de créditos por operaciones comerciales		40.000

- b) Por el deterioro en las existencias finales (anulación ajuste del año anterior y registro del nuevo):

Código	Cuenta	Debe	Haber
390	Deterioro de valor de las mercaderías	2.500	
793	Reversión del deterioro de existencias		2.500

Código	Cuenta	Debe	Haber
693	Pérdidas por deterioro de existencias	4.000	
390	Deterioro de valor de las mercaderías		4.000

c) Por el pago de la indemnización cubierto con la provisión y el ajuste de esta por el exceso:

Código	Cuenta	Debe	Haber
142	Provisión para otras responsabilidades	120.000	
57-	Tesorería		85.000
7952	Exceso de provisión para otras responsabilidades		35.000

d) Por los pagos en concepto de garantía posventa cubiertos con provisión:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4999	Provisión para otras operaciones comerciales	82.000	
659	Otras pérdidas en gestión corriente	6.000	
57-	Tesorería		88.000

e) Por el pago correspondiente a las prestaciones del período:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5290	Provisión a corto plazo por retribuciones al personal (*)	150.000	
57-	Tesorería		150.000

(*) Previamente se habrá reclasificado el importe exigible en el ejercicio desde la cuenta 140.

Y por el rendimiento generado por los activos afectos al fondo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
140	Provisión por retribuciones a largo plazo al personal	10.000	
767	Ingresos de activos afectos y de derechos de reembolso relativos a retribuciones a largo plazo		10.000

9. APLICACIÓN DEL RESULTADO DEL EJERCICIO, APORTACIÓN A OTRA SOCIEDAD PARA COMPENSAR PÉRDIDAS Y ARRENDAMIENTO FINANCIERO A INTERÉS VARIABLE

Normativa aplicada.

TRLSA – 1989, artículos 212 a 215.

Consulta ICAC – BOICAC 36, consulta 3.

*Contabilización.***a) Aplicación del resultado del ejercicio.**

Por la contabilización de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio aprobada en la Junta:

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Pérdidas y ganancias	135.000	
120	Remanente	4.000	
112	Reserva legal		13.500
113	Reservas voluntarias		50.500
557	Dividendo activo a cuenta		40.000
526	Dividendo activo a pagar (por el dividendo complementario)		20.000
121	Resultados negativos de ejercicios anteriores		15.000

b) Aportación para compensación de pérdidas en sociedad filial.

Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo	100.000	
57-	Tesorería		100.000

Si la participación hubiera estado corregida por deterioro, habría que haber ajustado la cuenta correspondiente donde se recoge el deterioro, hasta el límite de esta.

c) Arrendamiento financiero a interés variable.

Con el antiguo PGC (1990) hubiera sido necesario realizar un ajuste contra la cuenta donde se recogía toda la carga financiera de la operación (antigua cuenta 272 – *Gastos por intereses diferidos*), minorando su saldo con cargo a la cuenta donde se recogía la deuda por *leasing* (acreedores).

Con el nuevo PGC 2007, al figurar la cuenta de acreedores valorada por su coste amortizado, no procede ajuste alguno, ya que los intereses a devengar no se encuentran recogidos en las cuentas de pasivo (cuentas 524 y 174, *Acreedores a corto plazo y a largo plazo por arrendamiento financiero*, respectivamente), sino que se van devengando conforme va transcurriendo el tiempo. Como consecuencia del nuevo criterio de contabilización, la cuenta *Gastos por intereses diferidos* ha desaparecido en el nuevo Plan.

Hay que tener en cuenta también que, al estar previsto así desde el principio en el contrato, la revisión del tipo de interés no supone un cambio de estimación.

10. IMPUESTO SOBRE EL BENEFICIO

Normativa aplicada

PGC 2007 – NRV 13.^a.

Distinguiremos en los cálculos y en la contabilización el impuesto corriente, por una parte, y el impuesto diferido, por otra.

a) Cálculo y contabilización del impuesto corriente.

El impuesto corriente se corresponde con la cuota líquida que arroja la liquidación fiscal del ejercicio.

El impuesto corriente es una cifra calculada exclusivamente con criterios fiscales, no contables

La liquidación del ejercicio es la siguiente:

Beneficio antes de impuestos	400.000
+ Liberalidad no deducible	40.000
– Arrendamiento financiero	(30.000)
+ Deterioro de créditos comerciales	12.000
+ Amortización inmovilizado	20.000
Base imponible previa	442.000
– Compensación base negativa	(120.000)
Base liquidable.....	322.000
Cuota íntegra 30%	96.600
– Bonificaciones en cuota	(30.000)
Cuota líquida.....	66.600
– Retenciones y pagos a cuenta	–
Cuota diferencial (a ingresar)	66.600

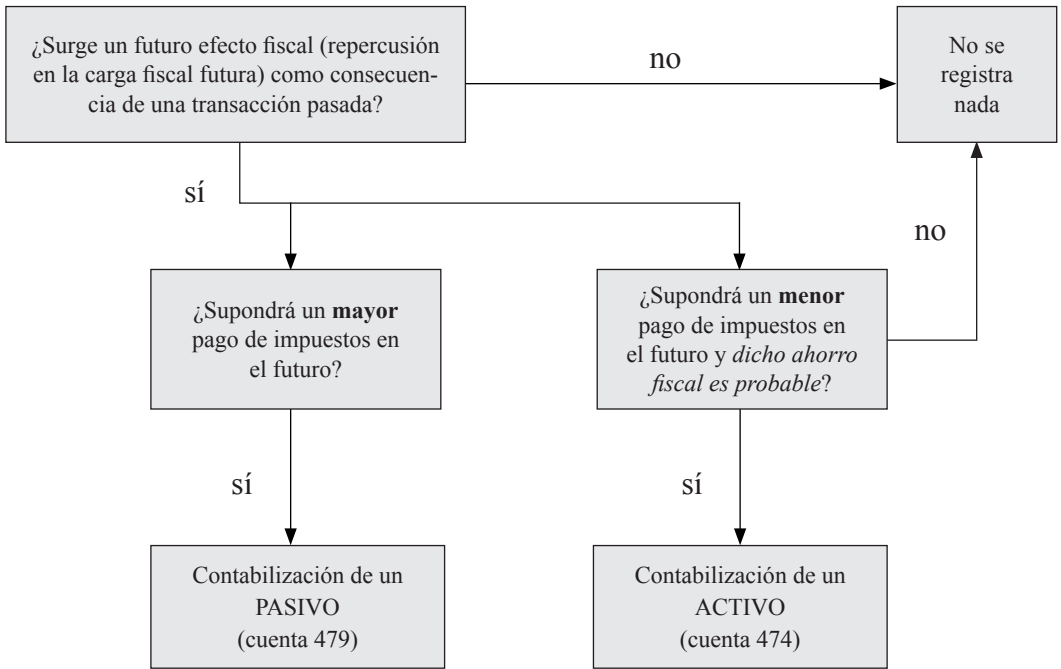
De acuerdo con la liquidación anterior y el pasivo por impuesto corriente que surge por la cuota a ingresar, tendremos:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente	66.600	
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre sociedades		66.600

b) Cálculo y contabilización del impuesto diferido.

En cuanto al impuesto diferido, este surge con el objetivo de devengar los efectos fiscales futuros que se originan o causan en el ejercicio corriente (transacciones ya acaecidas con repercusión fiscal futura). El enfoque conceptualmente correcto es el del balance, no el de la cuenta de resultados como sucedía en el antiguo PGC de 1990. No obstante, al no disponer de los valores contables y fiscales de los activos y pasivos, a fin de conocer las posibles diferencias entre ellos, y disponer ya de estas directamente, el análisis se realizará sobre cada diferencia particular.

El razonamiento básico se puede esquematizar gráficamente como sigue:



Regularizaremos previamente el activo fiscal considerado como no deducible:

Código	Cuenta	Debe	Haber
633	Ajustes negativos en la imposición sobre beneficios (30% de 60.000)	18.000	
47400	Activos por diferencias temporarias deducibles		18.000

Como la cuenta 633 se cierra contra la 129, el beneficio antes de impuestos se verá modificado. No obstante, este importe se volverá a añadir como diferencia permanente en el cálculo de la liquidación, con lo que las cifras finales serán las mismas.

b.1) Repercusión fiscal futura con origen en el ejercicio actual.

Son las diferencias temporarias que se devengan contablemente en el ejercicio corriente y fiscalmente en ejercicios posteriores.

Conceptos	Menor pago futuro (probable) Activo (4740)	Mayor pago futuro Pasivo (479)
Arrendamiento financiero	–	$30.000 \times 30\% = 9.000$
Deterioro de créditos comerciales	$12.000 \times 30\% = 3.600$	–
Amortizaciones	$20.000 \times 30\% = 6.000$	–
Total cargos / abonos	9.600	9.000
Diferencia = apunte en cuenta 6301 (Impuesto diferido)	–	600
	9.600	9.600

La contabilización es inmediata a partir del cuadro anterior:

Código	Cuenta	Debe	Haber
47401	Activos por diferencias temporarias deducibles. Deterioro créditos	3.600	
47402	Activos por diferencias temporarias deducibles. Amortización	6.000	
47901	Pasivos por diferencias temporarias imponibles. <i>Leasing</i>		9.000
6301	Impuesto diferido		600

b.2) Repercusión fiscal devengada en ejercicios anteriores y que figura en la liquidación del impuesto corriente.

Se trata de la base imponible negativa, que suponemos contabilizada en un ejercicio anterior como activo y menor impuesto diferido, por lo cual, al estar recogida también en la liquidación del impuesto corriente, si no se hace ningún ajuste, estaría dos veces recogido su efecto. Procede, por consiguiente, efectuar el ajuste contrario al que se realizó en su devengo. Además, el activo que surgió debe ser cancelado, pues al final del ejercicio ya se encuentra compensado, minorando el impuesto corriente.

Código	Cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido (30% de 120.000)	36.000	
4745	Crédito por pérdidas a compensar del ejercicio XXXX		36.000

CASO PRÁCTICO NÚM. 2
CONTABILIDAD DE SOCIEDADES

ENUNCIADO

1. REPARTO DEL RESULTADO CON COMPENSACIÓN DE DESEQUILIBRIO PATRI-MONIAL

En el balance de comprobación de nuestra sociedad, al cierre del ejercicio actual figuran, entre otras, las partidas e importes que se indican a continuación:

Capital social	225.000
Reserva legal	32.000
Reservas voluntarias	17.000
Resultado del ejercicio	65.000
Resultados negativos de ejercicios anteriores	45.000
Subvenciones oficiales de capital (netas de impuestos)	125.000
Ingresos anticipados	30.000
Diferencias positivas de cambio	4.000
Ingresos fiscales a distribuir en varios ejercicios	8.000
Socios por desembolsos no exigidos, capital social	20.000
Acciones propias en situaciones especiales	20.000
Gastos de investigación	20.000
Gastos anticipados	3.000

SE PIDE:

Formular los asientos correspondientes a la aplicación del resultado sabiendo que nuestra sociedad desea repartir el máximo dividendo que le permita la legislación vigente.

2. DIVIDENDO A CUENTA

En el mes de junio, en el momento de celebrarse la Junta de Accionistas de nuestra sociedad para aprobar las cuentas anuales del ejercicio anterior, su balance de comprobación de sumas y saldos presenta, entre otros, los siguientes importes por los conceptos que se indican:

Capital social	300.000
Reserva legal	46.000
Reservas voluntarias	150.000
Resultado del ejercicio (antes de impuestos)	85.000
Resultados negativos de ejercicios anteriores	20.000
Acciones de la sociedad dominante	25.000

Además, conocemos que:

- Está pendiente de dotar la reserva por acciones de la sociedad dominante.
- Los estatutos contemplan la dotación obligatoria de una reserva estatutaria por un importe igual al montante del resultado que exceda del 15% del capital.
- El tipo impositivo es el 30% y no existen diferencias entre la base imponible y el saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias, ni deben contemplarse otros posibles efectos fiscales, positivos o negativos, derivados del impuesto de sociedades o de cualquier otro.

SE PIDE:

Determinar el importe máximo de dividendo a cuenta que podría entregar nuestra sociedad a sus accionistas y formular el correspondiente asiento que refleje el reparto, distinguiendo el reconocimiento del dividendo y su pago posterior.

(No se pide el estado contable en el que se pone de manifiesto que existe liquidez suficiente para la distribución).

3. VALORES PATRIMONIALES, TIPO DE CANJE Y ACCIONES A EMITIR EN UNA COMBINACIÓN DE NEGOCIOS (FUSIÓN POR ABSORCIÓN)

Nuestra sociedad, «A», se encuentra en un proceso de concentración, cuya finalidad es la absorción de la sociedad «B», con adquisición de sus activos y pasivos, a cambio de cuyo valor razonable emitirá las acciones necesarias.

Conocemos los datos que se indican a continuación, extraídos de las cuentas anuales que sirven de base a la operación.

Para la sociedad «B»:

- Se acuerda que en su activo es necesario realizar saneamientos por 380.000 €.
- Su capital está compuesto por 1.000.000 de acciones de 4 € nominales cada una.

- Su patrimonio neto antes de practicar los ajustes indicados es de 6.100.000 €.
- En el activo aparece un importe de 800.000 €, correspondiente a 30.000 acciones que posee de nuestra sociedad.

En cuanto a nuestra sociedad «A»:

- Se reconoce, a efectos de la operación, una revalorización de 840.000 € en determinadas partidas del activo.
- El capital está integrado por 500.000 acciones de 20 € nominales cada una.
- Existen, además, reservas por 3.200.000 €, computadas sin incluir la indicada revalorización.
- En el activo aparece una inversión financiera, correspondiente a 100.000 acciones que poseemos de la sociedad «B», contabilizadas por 900.000 €.

SE PIDE:

1. Valor teórico de cada una de las acciones de «A» y «B» a tener en cuenta en el acuerdo de fusión.
2. Tipo de canje y la compensación en efectivo necesaria, teniendo en cuenta que el canje debe contemplar el número más bajo posible de acciones de «A» para entregar por un determinado número de acciones de «B» y que en la compensación en efectivo a entregar por «A» debe cumplirse la legislación vigente.
3. Número de acciones a canjear de «B», el número de acciones a emitir por «A» y el montante total a entregar en efectivo.

(Opérese por lo menos con cuatro decimales en los cálculos intermedios).

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2

1. REPARTO DEL RESULTADO CON COMPENSACIÓN PATRIMONIAL

Normativa aplicada.

TRLSA 1989 (modificado por Ley 16/2007, de 4 de julio), artículos 213, 214 y 215.

Código de Comercio (modificado por Ley 16/2007, de 4 de julio), artículo 36, epígrafe 1-c.

Comentarios.

En primer lugar, la reserva legal, al no alcanzar la quinta parte del capital ($225.000 / 5 = 45.000$), debe ser dotada con el 10% del beneficio (art. 214).

En cuanto al reparto de dividendos, al no haber en este caso ningún otro precepto legal (la obligatoriedad de reserva para acciones propias, salvo en el caso de que se hayan recibido en garantía, ha sido suprimida) o estatutario, se debe respetar el equilibrio patrimonial que establece el artículo 213 del TRLSA.

En primer lugar, calcularemos el Patrimonio Neto previo al reparto, a fin de ver si la cifra no es inferior al capital social, en cuyo caso no se podrían repartir dividendos.

El Patrimonio Neto, sin incluir el resultado del ejercicio ⁴, es el siguiente:

Capital social	225.000
Reserva legal	32.000
Reservas voluntarias	17.000
Resultado del ejercicio	65.000
Resultados negativos de ejercicios anteriores	(45.000)
Subvenciones oficiales de capital (netas de impuestos)	125.000
Ingresos fiscales a distribuir en varios ejercicios	8.000
Acciones propias en situaciones especiales	(20.000)
Total patrimonio neto	407.000

Al ser superior al capital social, no existe desequilibrio patrimonial y se respeta lo establecido en el artículo 213 del TRLSA. Obsérvese que no se han descontado los dividendos pasivos pendientes de desembolso (aunque en el PGC 2007 figuren minorando los fondos propios), de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 del Código de Comercio.

Por otra parte, debido a la presencia de gastos de investigación y de acuerdo con lo establecido en el artículo 214 del TRLSA, hay que retener también reservas disponibles (si se quieren repartir dividendos) por el importe de los gastos de investigación que figuran en el activo, importe que asciende a 20.000. Las reservas voluntarias ascienden a 17.000, por lo que 3.000 del resultado del ejercicio deben ser retenidos como reservas voluntarias.

La propuesta con el máximo dividendo será entonces la siguiente:

⁴ No se incluye el resultado del ejercicio en el cálculo del Patrimonio Neto para poder determinar si existe desequilibrio patrimonial previo y ver qué parte del resultado hay que retener para cubrirlo (caso de existir el desequilibrio) y qué parte se puede repartir como dividendos.

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Pérdidas y ganancias	65.000	
112	Reserva legal		6.500
113	Reservas voluntarias		3.000
526	Dividendo activo a pagar		55.500

2. DIVIDENDO A CUENTA

Normativa aplicada.

TRLSA 1989 (modificado por Ley 16/2007, de 4 de julio), artículo 216.

Cálculos justificativos.

Resultado obtenido en el ejercicio	85.000
Impuesto estimado sobre el beneficio 30%	(25.500)
Reserva legal (10% del beneficio neto, hasta 20% capital)	(5.950)
Reserva por acciones de la sociedad dominante	(25.000)
Reserva estatutaria (59.500 – 15% de 300.000)	(14.500)
Resultados negativos de ejercicios anteriores	(20.000)
Máximo importe repartible como dividendo a cuenta	(5.950)

Al ser un importe negativo, no puede repartirse dividendo a cuenta.

3. COMBINACIÓN DE NEGOCIOS (FUSIÓN POR ABSORCIÓN)

Normativa aplicada.

PGC 2007 – NRV 19.^a, apartado 2.

TRLSA 1989, artículos 233 a 251.

Comentarios.

La fusión por absorción se encuentra regulada en la NRV 19.^a, relativa a las combinaciones de negocios. Por otra parte, en su apartado 1 establece que, de forma obligatoria, se aplicará para esta ope-

ración de absorción el método de adquisición. La propia norma indica los pasos o etapas que hay que seguir en la aplicación de dicho método (como si de un algoritmo matemático se tratase). Estos son:

- a) Identificar la empresa adquirente.
- b) Determinar la fecha de adquisición.
- c) Cuantificar el coste de la combinación de negocios.
- d) Valorar los activos identificables adquiridos y los pasivos asumidos y
- e) Determinar el importe del fondo de comercio o de la diferencia negativa.

Desde una perspectiva contable, se trata de la valoración de las dos sociedades a fin de determinar los valores razonables de los patrimonios de ambas y, a partir de estos, los valores contables de sus acciones, a efectos de establecer la relación de canje, el número de acciones a emitir por la adquirente y la compensación en efectivo que, en su caso, proceda.

a) Identificar la empresa adquirente ⁵.

Para identificar la empresa adquirente, como regla general, se considerará como tal la que entregue una contraprestación a cambio del negocio adquirido. No obstante, se establecen en la NRV 19.^a algunos criterios más amplios, siendo uno de ellos la comparación del valor razonable de cada sociedad que interviene en la operación con el de las demás. Y así, según el PGC, cuando el valor razonable de una de las sociedades sea notablemente mayor que el de la otra (para el caso en el que, como este, intervengan solo dos sociedades), aquella es la sociedad o empresa adquirente. Esquemáticamente:

Valor razonable de «B» << Valor razonable de «A» ⇒ «A» adquiere a «B»

No intervienen, pues, en el cálculo, los valores razonables totales de las sociedades, sino sus valores razonables *relativos*, esto es, el tamaño de una sociedad con relación al de la otra.

Posteriormente se presentarán las cifras, una vez calculados los valores teóricos.

En resumen, la calificación de las sociedades en las diferentes normativas es la siguiente:

Normativa	«A»	«B»
Ley de Sociedades Anónimas (1989)	Absorbente	Absorbida
PGC – 2007	Adquirente	Adquirida

⁵ En el *Diccionario de la Real Academia* se admiten tanto el término adquirente como adquiriente.

b) Determinar la fecha de adquisición.

El enunciado no proporciona datos al respecto. En cualquier caso, no es necesario conocerla para resolver el supuesto.

c) Cuantificar el coste de la combinación de negocios.

En este caso, el coste de la combinación se compone del valor razonable de las acciones emitidas en pago más la compensación en efectivo necesaria para completar la relación de canje, todo lo cual se calcula y detalla posteriormente.

La resolución en este apartado se estructura de forma que se responde en el mismo orden a las tres preguntas que plantea el enunciado.

c.1) Valores razonables a efectos de fusión y valores teóricos de las acciones.

Los ajustes de fusión para conocer los valores razonables son los siguientes:

	Sociedad «A»	Sociedad «B»
Neto patrimonial según libros		
Capital social	10.000.000	4.000.000
Reservas	3.200.000	2.100.000
	13.200.000	6.100.000
Ajustes por valor razonable		
Saneamiento activos	—	(380.000)
Revalorizaciones en activos	840.000	—
Ajuste participación en «A» (*)	—	30.000 «A» – 800.000
Ajuste participación en «B» (*)	100.000 «B» – 900.000	—
Neto patrimonial a valor razonable	13.140.000 + 100.000 «B»	4.920.000 + 30.000 «A»
Número de acciones en circulación	500.000	1.000.000
Valor teórico de la acción	27,4285714	5,74285714

(*) El ajuste se corresponde con la diferencia entre el valor en libros y el valor razonable de la participación.

El valor teórico de la acción de cada sociedad depende del de la otra, al estar intercapitalizadas, por lo cual hay que plantear un sistema lineal de dos ecuaciones con dos incógnitas.

Llamando:

A = valor teórico de la acción de la sociedad «A».

B = valor teórico de la acción de la sociedad «B».

El sistema es:

$$500.000 \text{ «A»} = 13.140.000 + 100.000 \text{ «B»}$$

$$1.000.000 \text{ «B»} = 4.920.000 + 30.000 \text{ «A»}$$

que, resuelto, proporciona los siguientes valores para «A» y para «B»:

$$\text{«A»} = 27,4285714$$

$$\text{«B»} = 5,74285714$$

De acuerdo con estas cifras, la sociedad adquirente es «A» (además de ser la que emite las acciones), ya que su tamaño es muy superior al de «B»:

$$\text{«A»} = 500.000 \times 27,4285714 = 13.714.285,70 >> \text{«B»} = 5.742.857,14 = 1.000.000 \times 5,74285714$$

c.2) Relación de canje y compensación en efectivo.

En cuanto a la relación de canje más reducida posible, en una primera aproximación, **puede** ser la siguiente (al no ser exacta, hay que comprobar si la compensación en efectivo cumple lo establecido en el TRLSA):

$$\frac{A}{B} = \frac{27,4285714}{5,74285714} = 4,77 \approx 5 \text{ acciones de «B»} \times 1 \text{ de acción de «A»}$$

A partir de aquí, tendremos:

1 acción de «A» de 27,4285714 €/acción + 1,2857143 € en efectivo = 28,7142857 € = 5 acciones de «B» de 5,74285714 €/acción

(La compensación en efectivo se redondeará a dos decimales una vez determinada la cantidad a pagar en cada caso, es decir, en el cálculo final, no en los intermedios).

Por otra parte, la compensación en efectivo, se calcula *siempre* desde la perspectiva de la sociedad que emite las acciones («A» en nuestro caso, que es la adquirente), y no debe exceder del 10% del nominal entregado, tal y como establece el TRLSA en su artículo 247, y como se pone de manifiesto a continuación:

- Nominal que entrega «A» por cada 5 acciones que recibe de «B»: $1 \times 20 = 20$;
- Límite en efectivo por cada acción entregada: $10\% \text{ de } 20 = 2$;
- Efectivo entregado: $1,2857143 < 2$.

Por lo tanto, la relación de canje propuesta respeta el límite legal.

c.3) *Número de acciones a emitir por la sociedad adquirente «A».*

En cuanto al número de acciones a emitir por «A», se calcula a partir de la relación de canje como sigue:

Acciones de «B» en circulación	1.000.000
– Acciones de «B» que ya posee «A»	(100.000)
= Acciones a canjear	900.000
Acciones a emitir según relación de canje	$(900.000 / 5) \times 1 = 180.000$
– Acciones de «A» que ya posee «B»	(30.000)
= Total acciones a emitir por «A»	150.000

«A» tendrá que emitir 150.000 acciones de 27,4285714 € efectivos y 20 nominales cada una.

En cuanto a la compensación en efectivo total a entregar, como por cada 5 acciones de «B» a canjear deben entregarse 1,2857143 €, por 900.000 acciones deberán entregarse 231.428,57 € (no obstante, esta cantidad es teórica y en la realidad diferirá ligeramente, debido al redondeo final que haya que efectuar en cada caso, tal y como se indicó al determinar la relación de canje).

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que el efectivo que se entrega se calcula *sobre el total de acciones a canjear, sin descontar en el cómputo las acciones que «B» tiene de «A»*, ya que de no hacerse así, equivaldría a pagar menos a los accionistas a los cuales «B» entregó dichas acciones, que se verían perjudicados.

El coste de la combinación de negocios asciende, por tanto, para la sociedad «A», a:

Valor razonable de las acciones entregadas $(150.000 \times 27,4285714)$	4.114.285,71
Compensación en efectivo	231.428,57
Total	4.345.714,28

d) Valorar los activos identificables adquiridos y los pasivos asumidos.

En cuanto al valor razonable de los activos y pasivos identificables adquiridos a la sociedad «B» a cambio del pago anterior, al no disponer del balance ajustado de «B», lo calcularemos indirectamente vía patrimonio neto ajustado, ya que ambas cifras deben coincidir:

Valor patrimonial de la sociedad «B», tras los ajustes de fusión:

$$1.000.000 \text{ acciones} \times 5,74285714 = 5.742.857,14$$

De la cifra anterior hay que descontar las 100.000 acciones que ya tiene «A» de «B» y que, por tanto, no necesita adquirir: $100.000 \times 5,74285714 = 574.285,714$, y también hay que descontar

las 30.000 acciones que «B» tiene de «A», ya que «B» las entregará a sus propios accionistas directamente, no siendo necesario que «A» las adquiriera: $30.000 \times 27,4285714 = 822.857,142$.

El valor razonable de los activos identificables adquiridos y de los pasivos asumidos por «A», asciende finalmente a:

$$5.742.857,14 - 574.285,714 - 822.857,142 = 4.345.714,858 \text{ €}$$

Podemos ver que esta cifra coincide con el importe calculado antes para la contraprestación entregada por «A», lo cual es lógico, pues en este caso es el mismo que el valor de los activos netos adquiridos.

e) Determinar el importe del fondo de comercio o de la diferencia negativa.

A la vista de las cifras anteriores, se puede ver que en esta operación de fusión por absorción no surge fondo de comercio alguno puesto que el coste de la combinación de negocios coincide con el valor razonable atribuido a los elementos patrimoniales incorporados (activos identificables adquiridos y pasivos asumidos).

CASO PRÁCTICO NÚM 3

ANÁLISIS DE BALANCES

ENUNCIADO

Los balances de una sociedad, posteriores al reparto del resultado, para los tres últimos ejercicios, son los siguientes:

ACTIVO	Año 1	Año 2	Año 3
Inmovilizado técnico	249.000	248.000	247.500
Inmovilizado financiero	97.500	135.000	166.000
Existencias	40.000	49.500	59.400
Clientes	30.700	34.750	40.000
Inversiones financieras a corto plazo	18.300	7.900	4.450
Tesorería	2.000	1.950	1.900
TOTAL	437.500	477.100	519.250
PASIVO	Año 1	Año 2	Año 3
Recursos propios	297.500	300.600	302.250
.../...			

.../...			
Deudas a largo plazo	90.000	105.060	121.850
Proveedores	41.700	52.650	67.800
Préstamos bancarios a corto plazo	8.300	18.790	27.350
TOTAL	437.500	477.100	519.250

La cuenta de pérdidas y ganancias presenta los siguientes saldos en los dos últimos ejercicios, a falta únicamente de registrar la regularización de existencias:

	Año 2	Año 3
Compras de mercaderías	225.750	230.000
Gastos de personal	103.500	125.000
Servicios exteriores	60.500	70.500
Dotaciones amortización	45.000	35.500
Deterioro de créditos por operaciones comerciales	7.500	3.500
Gastos financieros	28.000	97.500
Ventas	515.500	584.600
Devoluciones de ventas	(17.500)	(21.500)
Ingresos financieros	1.250	7.750
Otros ingresos de explotación	1.000	22.000

Además, conocemos que:

- La sociedad se dedica a la comercialización de un único producto, que vende sin transformación.
- La aplicación del resultado se hizo cada año con dos únicos destinos: reservas y dividendos.
- Los fondos propios se componen únicamente de capital y reservas.
- El capital ha permanecido sin cambio durante los tres ejercicios.
- Los movimientos de reservas proceden del reparto del resultado.
- Todas las compras y ventas se realizan a crédito.
- La sociedad no está sometida ni al impuesto de sociedades ni a ningún otro tributo.

SE PIDE:

Aplice los instrumentos necesarios de análisis de balances para determinar la situación y la evolución de:

1. Estructura del balance en cuanto a:

- partidas y masas patrimoniales,
- fondo de maniobra, solvencia y sus componentes: test ácido y liquidez con y sin inversiones financieras, y
- endeudamiento y sus componentes (a largo y a corto plazo, comercial y no comercial).

2. Estructura de la cuenta de pérdidas y ganancias, atendiendo a:

- partidas principales,
- presentación vertical, que ponga de manifiesto los diferentes escalones que han contribuido a la determinación del resultado del ejercicio,
- recursos autogenerados (*cash-flow*), obtenidos y repartidos, distinguiendo los originados en la actividad ordinaria y los totales, y
- política de dotación de amortizaciones y provisiones.

3. Rotaciones y período medio de maduración técnico y financiero.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 3

1. ESTRUCTURA Y EVOLUCIÓN DEL BALANCE

Estructura y evolución del Activo.

Partidas	Año 1	% s/total	Año 2	% s/total	Variación s/ año 1	Año 3	% s/total	Variación s/ año 2
Activo no corriente	346.500	79,20	383.000	80,28	10,53%	413.500	79,63	7,96%
Inmovilizado técnico	249.000	56,91	248.000	51,98	-0,40%	247.500	47,66	-0,20%
Inmovilizado financiero	97.500	22,29	135.000	28,30	38,46%	166.000	31,97	22,96%
Activo corriente	91.000	20,80	94.100	19,72	3,41%	105.750	20,37	12,38%
.../...								

.../...

Existencias	40.000	9,14	49.500	10,38	23,75%	59.400	11,44	20,00%
Clientes	30.700	7,02	34.750	7,28	13,19%	40.000	7,70	15,11%
Inver. financieras	18.300	4,18	7.900	1,66	-56,83%	4.450	0,86	-43,67%
Tesorería	2.000	0,46	1.950	0,41	-2,50%	1.900	0,37	-2,56%
Total	437.500	100,00	477.100	100,00	9,05%	519.250	100,00	8,83%

Estructura y evolución del Patrimonio Neto y Pasivo.

Partidas	Año 1	% s/total	Año 2	% s/total	Variación s/ año 1	Año 3	% s/total	Variación s/ año 2
Patrimonio neto	297.500	68,00	300.600	63,01	1,04%	302.250	58,21	0,55%
Pasivo no corriente	90.000	20,57	105.060	22,02	16,73%	121.850	23,47	15,98%
Deudas a largo plazo	90.000	20,57	105.060	22,02	16,73%	121.850	23,47	15,98%
Pasivo corriente	50.000	11,43	71.440	14,97	42,88%	95.150	18,32	33,19%
<i>Comercial</i>								
Proveedores	41.700	9,53	52.650	11,04	26,26%	67.800	13,06	28,77%
<i>No comercial</i>								
Préstamos bancarios a corto	8.300	1,90	18.790	3,94	126,39%	27.350	5,27	45,56%
Total	437.500	100,00	477.100	100,00	9,05%	519.250	100,00	8,83%

Ratios.

Ratio	Año 1	Año 2	Año 3
Fondo de maniobra = Activo corriente – Pasivo corriente	41.000	22.660	10.600
Solvencia = $\frac{\text{Activo corriente}}{\text{Pasivo corriente}}$	1,82	1,32	1,11
Test ácido = $\frac{\text{Activo corriente sin existencias}}{\text{Pasivo corriente}}$	1,02	0,62	0,49
Liquidez con inversiones financieras = $\frac{\text{Tesorería + Inv. financieras}}{\text{Pasivo corriente}}$	0,41	0,14	0,07
Liquidez sin inversiones financieras = $\frac{\text{Tesorería}}{\text{Pasivo corriente}}$	0,04	0,03	0,02

.../...

.../...			
Endeudamiento = $\frac{\text{Pasivo corriente} + \text{pasivo no corriente}}{\text{Patrimonio Neto}}$	0,47	0,59	0,72
Endeudamiento a largo plazo = $\frac{\text{Pasivo no corriente}}{\text{Patrimonio Neto}}$	0,30	0,35	0,40
Endeudamiento a corto plazo = $\frac{\text{Pasivo corriente}}{\text{Patrimonio Neto}}$	0,17	0,24	0,31
Endeudamiento a largo plazo comercial = $\frac{\text{Pasivo corriente comercial}}{\text{Patrimonio Neto}}$	0,14	0,18	0,22
Endeudamiento a largo plazo no comercial = $\frac{\text{Pasivo corriente no comercial}}{\text{Patrimonio Neto}}$	0,03	0,06	0,09

2. ESTRUCTURA DE LA CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS

	Año 2	s/% ventas	Año 3	s/% ventas
Ventas	515.500	100,00	584.600	100,00
– Devoluciones de ventas	(17.500)	3,40	(21.500)	3,67
Ventas netas	498.000	96,60	562.500	96,33
Compras netas	225.750	43,21	230.000	39,34
– Variación de existencias	(9.500)		(9.900)	
Coste de ventas	216.250	41,95	220.100	37,65
Margen bruto	299.250	58,05	364.500	62,35
Otros ingresos de explotación	1.000		22.000	
Otros gastos de explotación (*)	(68.000)		(74.000)	
Amortizaciones	(45.000)		(35.500)	
Resultado de explotación	186.250	36,13	255.000	43,62
Ingresos financieros	1.250		7.750	
Gastos financieros	(28.000)		(97.500)	
Resultado financiero	(26.750)		(89.750)	
Resultado del ejercicio	159.500	30,94	165.250	28,27

(*) Se incluyen en este epígrafe los servicios exteriores y los ajustes por deterioro.

Dividendos.

	Año 1	Año 2
Patrimonio neto al comienzo del ejercicio	297.500	300.600
+ Resultado del ejercicio	159.500	165.250
.../...		

.../...		
– Dividendos (por diferencia)	(156.400)	(163.600)
= Patrimonio neto al final del ejercicio	300.600	302.250

Cash-flow.

	Año 1	Año 2
Cash-flow de explotación obtenido = Resultado de explotación + amortizaciones y ajustes por deterioro	238.750	294.000
Cash-flow total obtenido = Resultado del ejercicio + amortizaciones y ajustes por deterioro	212.000	204.250
Recursos autogenerados repartidos (dividendos)	(156.400)	(163.600)
Recursos autogenerados retenidos	55.600	40.650

Política de amortizaciones y ajustes por deterioro de créditos comerciales.

	Año 1	Año 2
Dotación amortización / Inmovilizado técnico (bruto)	15,35%	12,54%
Ajuste por deterioro de créditos / Saldo final de clientes antes de ajustes	17,75%	8,04%

Puesto que en el balance figuran las cifras netas, una vez descontadas las amortizaciones y los ajustes por deterioro de valor, el inmovilizado técnico bruto se ha calculado añadiéndole al saldo final la dotación anual, para así conocer el porcentaje que esta representa sobre el saldo final (aunque hubiera sido más correcto calcularlo sobre el saldo medio del inmovilizado, como semisuma de los saldos inicial y final).

Respecto de los clientes, el planteamiento es similar al expuesto en el párrafo precedente para el inmovilizado y el porcentaje que el ajuste por deterioro representa se ha calculado sobre el saldo de clientes antes del citado ajuste.

3. ROTACIONES Y PERÍODO MEDIO DE MADURACIÓN TÉCNICO Y FINANCIERO

Rotaciones y períodos medios	Año 2	Año 3
Rotación de existencias = $\frac{\text{Coste de ventas (= compras } \pm \text{ var. existencias)}}{\text{Existencia media}}$	4,76	4,04
Rotación de clientes = $\frac{\text{Ventas netas}}{\text{Saldo medio de clientes}}$	15,22	15,07
Rotación de proveedores = $\frac{\text{Compras netas}}{\text{Saldo medio de proveedores}}$	4,72	3,82
		.../...

.../...		
Período medio de almacén = $\frac{365}{\text{Rotación de existencias}}$	77 días	90 días
Período medio de cobro a clientes = $\frac{365}{\text{Rotación de clientes}}$	24 días	24 días
Período medio de pago a proveedores = $\frac{365}{\text{Rotación de proveedores}}$	77 días	96 días
Período medio de maduración técnico = período existencias + período de clientes	101 días	114 días
Período medio de maduración financiero = período existencias + período de clientes – período de proveedores	24 días	18 días

PRUEBA DE MATEMÁTICA FINANCIERA

Advertencias al Opositor

1. Salvo indicación contraria expresa, los tipos de interés son nominales anuales.
2. Los cálculos deben realizarse con un mínimo de 4 decimales.
3. Para la determinación del número real de títulos amortizados se utilizará el método del redondeo.
4. Si para la realización de un apartado se precisa de un resultado de uno anterior que no ha podido ser obtenido, puede realizarse un supuesto explícito sobre el mismo.

CASO PRÁCTICO NÚM. 4

PRÉSTAMOS

ENUNCIADO

Un individuo solicitó un préstamo por un nominal de 250.000 €. Dicho préstamo se amortizaba mediante semestralidades constantes durante 30 años. El tipo de interés nominal que regía la operación era del 4% nominal anual. Los gastos de formalización establecidos fueron del 0,5% de apertura, con unos gastos adicionales de corretaje del 0,3%. La póliza preveía unos gastos de cancelación anticipada del 0,75% del capital amortizado, tanto para el caso de amortizaciones totales como parciales.

Transcurrido un año de vida del préstamo, coincidiendo con el pago de la segunda semestralidad, decidió cancelar anticipadamente la operación. Para financiar el pago de dicha cantidad, obtuvo un segundo préstamo de otra entidad por un nominal igual al importe de dicha deuda redondeada por exceso al euro más cercano. Dicho préstamo se amortizaba mediante anualidades constantes en diez

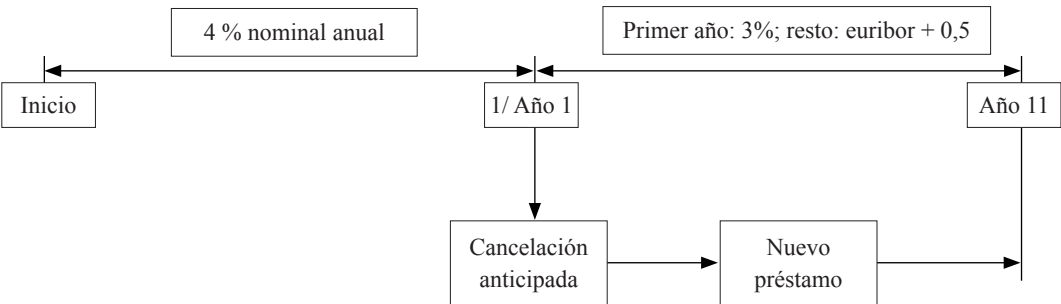
años. El tipo de interés para el primer año fue del 3% y para el resto es del euribor + 0,5%, sin redondeo. Este préstamo no tenía gastos de formalización ni de cancelación. En la actualidad, cuando han transcurrido ya exactamente tres años y once meses desde la solicitud de este segundo préstamo, se conocen los tipos de interés de la operación. En particular, el euribor para el segundo año fue del 2,75%, del 3% para el tercer año y acaban de comunicarle que será del 2,85% para el cuarto año.

En el momento en el que canceló el primer préstamo, también contempló la posibilidad de obtener un préstamo de otra entidad financiera. En este caso, los tipos de interés de la operación eran fijos: el 3% nominal durante los cuatro primeros años y el 4% los siguientes seis años. El préstamo tenía prevista su amortización mediante anualidades crecientes en progresión geométrica, a razón de un 5% anual.

1. Determinése el importe de la semestralidad que amortiza el primer préstamo.
2. ¿Cuál hubiese sido el importe de la mensualidad si dicho préstamo se amortizase mediante mensualidades constantes, en lugar de semestralidades, manteniendo constante el tipo de interés efectivo?
3. Obtégase el importe de la cantidad que tendrá que entregar a la entidad financiera para liquidar totalmente la operación cancelada anticipadamente.
4. Coste efectivo al que finalmente resultó la financiación de este primer préstamo.
5. Importe de la anualidad correspondiente al primer año de vida del segundo préstamo.
6. Importe de la anualidad que tendrá que pagar el próximo año (cuarto año del segundo préstamo).
7. Calcúlese el importe de la quinta anualidad que hubiese tenido que pagar de haber formalizado el préstamo amortizable mediante anualidades en progresión geométrica.
8. Importe de la cuota de intereses del tercer año correspondiente a dicho préstamo.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 4

El esquema de la operación es el siguiente:



Notación empleada:

a = anualidad constante de periodicidad anual.

$a^{(k)}$ = anualidad constante de periodicidad fraccionada anualmente en k periodos.

I_k = Cuota de intereses del año k , ($0 \leq k \leq n$)

M_k = Cuota de amortización del año k .

R_k = Saldo vivo o deuda pendiente al final del año k (tras pagar la cuota del año).

i = interés efectivo anual (todos los tipos de interés se consideran pagaderos por vencido).

I_k = interés efectivo correspondiente al fraccionamiento del año en k periodos.

J_k = interés nominal anual.

g = gastos adicionales.

1. Semestralidad del primer préstamo.

Planteando la ecuación de equivalencia financiera en el origen, tendremos:

$$250.000 = a \times a_{60 \mid 0,02}, \text{ al ser } i_2 = j_2 / 2 = 2\%$$

$$\text{Semestralidad constante: } a^{(2)} = \mathbf{7.191,99}$$

2. Mensualidad con préstamo amortizable mediante mensualidad constante.

El tipo de interés efectivo anual es: $i = 1,02^2 - 1 = 4,04\%$.

Y el efectivo mensual equivalente es: $i_{12} = 1,0404^{1/12} - 1 = 0,330589\%$

$$250.000 = a \times a_{360 \mid 0,330589\%}$$

$$\text{Mensualidad constante: } a^{(12)} = \mathbf{1.188,79}$$

3. Cantidad para cancelar anticipadamente el primer préstamo.

El saldo pendiente al final del primer año es: $R_1 = 250.000 (1,02)^2 - 7.191,99 S_{2 \mid 0,02} = 245.572,18$.

A esta cantidad hay que añadirle los gastos de cancelación (0,75%): $245.572,18 (1 + 0,0075) = \mathbf{247.414}$ (redondeado por exceso).

4. Coste efectivo al que ha resultado el primer préstamo.

Se obtiene planteando una ecuación de equivalencia financiera en el momento inicial (o en cualquier otro momento del tiempo pues se obtendrán los mismos resultados al ser la capitalización compuesta invariante frente a traslaciones en el tiempo, es decir, de carácter estacionario).

Compararemos lo recibido y lo entregado para cancelar el préstamo, todo ello valorado al tipo de interés efectivo.

Se reciben en el momento inicial: $250.000 (1 - 0,005 - 0,003) = 248.000$.

Se entregan (valorados en el momento inicial): $7.191,99 (1 + i_e)^{-1/2} + (7.191,99 + 247.414) (1 + i_e)^{-1}$

Despejando (por tanteo, interpolación, con Excel o calculadora financiera), se obtiene $i_e = 5,6375\%$

5. Anualidad del primer año del segundo préstamo.

El nominal del nuevo préstamo es $C' = 247.414$ y la anualidad que lo amortiza, teniendo en cuenta que en el momento inicial el único interés conocido es el 3%, es la siguiente:

$$247.414 = a \times a_{10 \mid 0,03}$$

$$a = 29.004,47$$

6. Anualidad del cuarto año del segundo préstamo.

El método prospectivo no puede emplearse en préstamos referenciados, ya que los intereses de los próximos años son desconocidos en el momento de la valoración. Llamando i_1, i_2 e i_3 a los tipos de interés de los respectivos años (aquí no son intereses fraccionados, sino anuales):

$$\text{Como } R_1 = C - M_1 = C \left[1 - \frac{1}{s_{10/i_1}} \right]$$

$$\text{Y por otra parte, } R_2 = R_1 - M_2$$

$$\text{Y como } M_2 = \frac{R_1}{s_{9/i_2}}$$

Sustituyendo este valor en la expresión anterior de R_2 :

$$R_2 = C \left[1 - \frac{1}{s_{10/i_1}} \right] \left[1 - \frac{1}{s_{9/i_2}} \right]$$

Por recurrencia se obtiene que:

$$R_3 = C \left[1 - \frac{1}{s_{10/i_1}} \right] \left[1 - \frac{1}{s_{9/i_2}} \right] \left[1 - \frac{1}{s_{8/i_3}} \right] = 181.308,79$$

$$\text{Y a partir de aquí: } a = \frac{R_3 \times i_4}{1 - (1 + i_4)^{-7}} = \frac{181.308,79 \times 0,0335}{1 - 1,0335^{-7}} = 29.486,28$$

7. Importe de la quinta anualidad si el préstamo hubiese sido variable en progresión geométrica.

Conviene observar que, a diferencia de lo que ocurría en el préstamo anterior, los *dos* tipos de interés aplicables en este préstamo están *perfectamente determinados* en el origen y para toda la duración de la operación. No se trata, por tanto, de un interés revisable, referenciado, el cual es, situados en el origen de la operación, *desconocido* para los años sucesivos, cosa que aquí no ocurre.

$$247.414 = a_1 \frac{1 - 1,05^4 \times 1,03^{-4}}{1,05 - 1,03} + a_1 q^4 \frac{1 - 1,06^4 \times 1,04^{-6}}{1,05 - 1,04} (1,03)^{-4}$$

Y de aquí se obtiene: $a_1 = 23.834,96$

Las demás anualidades se obtienen de forma inmediata, multiplicando cada una por la razón q de la progresión para obtener la siguiente. De esta forma, $a_5 = a_1 \times 1,05^4 = 28.971,54$.

8. Cuota de intereses del tercer año del préstamo del apartado anterior.

A partir del saldo vivo al final del segundo año, tendremos: $I_3 = R_2 \times i_1$

Dicho saldo, calculado de forma prospectiva, es:

$$R_2 = 247.414 \times 1,03^2 - 23.484,96 \times 1,03 - 23.834,96 \times 1,05 = 212.904,79,$$

y de aquí se obtienen los intereses: $I_3 = 212.904,79 \times 1,03 = 6.387,14$.

CASO PRÁCTICO NÚM. 5

EMPRÉSTITOS

ENUNCIADO

Un inversor dispone de la información de la emisión de dos empréstitos por parte de distintas empresas:

Opción A:

El empréstito de la empresa «YY, SA», formado por 12.000 títulos de 600 € cada uno, amortizable por sorteo mediante anualidades constantes en cinco años. El cupón anual es de 18 euros los dos primeros años y 24 los tres últimos. La prima de emisión es de 10 €. La prima de amortización es de 10 € los dos primeros años y 20 € los tres últimos. En los tres últimos años, existe un lote de 72.000 € a repartir por sorteo entre 100 títulos que resulten amortizados en ese año. Los gastos de administración son del 0,4% de las cantidades pagadas.

1. Anualidad comercial constante que amortiza el empréstito de la empresa «YY, SA».
2. Número teórico de títulos amortizados en el tercer año del empréstito «YY, SA».
3. Valor del usufructo y de la nuda propiedad efectiva de un título a comienzos del cuarto año si el tipo de interés de mercado es del 5%.

Opción B:

El empréstito de la empresa «ZZ, SA» formado por 10.000 títulos de 1.000 € cada uno amortizables por sorteo en cinco años. Los intereses se pagan de manera acumulada junto con la amortización del título. El tipo de interés nominal es del 3%. Existe un lote de 50.000 € a repartir por sorteo entre 50 títulos que resulten amortizados en ese año. Los gastos de administración son del 0,4% de las cantidades pagadas.

1. Anualidad comercial constante que amortiza el empréstito de la empresa «ZZ, SA».
2. Plan de amortización de los títulos del empréstito.
3. Vida media de un título.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 5**Opción A:**

Se trata de un empréstito reembolsable mediante anualidad constante, con dos tipos de interés a lo largo de sus cinco años de duración, junto con determinadas características comerciales adicionales: lote anual de cuantía constante (solo para los tres últimos años) y dos primas de amortización distintas. También hay gastos adicionales que se calculan mediante un porcentaje fijo sobre el total pagado cada año.

Datos del problema y notación empleada:

N = títulos emitidos.

C = valor nominal del título.

$i_1 = 3\%$ (18 / 600) (interés para los dos primeros años).

$i_2 = 4\%$ (24 / 600) (interés para los tres últimos años).

$C_1 = 600 + 10 = 610$ (valor de reembolso de los dos primeros años).

$C_2 = 600 + 20 = 620$ (valor de reembolso de los tres últimos años).

$L_1 = 72.000$ (lote constante para los tres últimos años).

N_k = títulos vivos al final del año k (tras la amortización de ese año).

M_k = títulos amortizados en el año k .

g = gastos adicionales sobre las cantidades pagadas = 0,4%.

La prima de emisión no afecta a la dinámica amortizativa. Modifica únicamente el interés efectivo de la operación.

1. Anualidad comercial constante.

La estructura de las dos primeras anualidades es:

$$a_k = (N_{k-1} C i_1 + M_k C_1) (1+g); \quad k = 1, 2$$

Y la de los tres últimos:

$$a_k = (N_{k-1} C i_2 + M_k C_2 + L) (1+g); \quad k = 3, 4, 5$$

Si ahora transformamos el primer término del segundo miembro, de forma que el importe del cupón permanezca inalterado, tendremos:

$$C i_1 = C_1 i'_1 = 0,03 \times 600 = 18 \rightarrow i'_1 = 0,029508$$

$$C i_2 = C_2 i'_2 = 0,04 \times 600 = 24 \rightarrow i'_2 = 0,038710$$

Conviene resaltar que estos tipos de interés no tienen ningún significado financiero, sino que se trata de simples transformaciones a efectos puramente operativos, para poder aplicar las fórmulas de recurrencia usuales (anualidades, relaciones entre los títulos amortizados, etc.).

Como puede verse, se trata de encontrar un tipo de interés tal que aplicado al valor de reembolso suponga el mismo importe que el interés original aplicado al valor nominal, es decir, que el cupón anual permanezca sin cambio.

Multiplicando la anualidad de los dos primeros años por $\frac{C}{C_1}$ y la de los tres últimos por $\frac{C}{C_2}$, pasando al primer miembro los gastos y el lote (en los tres últimos años) y simplificando, las anualidades anteriores quedarán ahora como sigue:

$$a_k \frac{C}{(1+g)C_1} = N_{k-1} C I'_1 + M_k C; k = 1, 2$$

$$a_k \frac{C}{(1+g)C_2} - L = N_{k-1} C I'_2 + M_k C; k = 3, 4, 5$$

Y puesto que se tiene que cumplir la ecuación de equivalencia financiera en el origen y, como la anualidad es constante ($a_k = a$), tendremos:

$$NC = a \frac{C}{(1+g)C_1} a_3 i'_1 + (a-L) \frac{C}{(1+g)C_2} a_3 i'_3 (1+i'_1)$$

Ecuación en la que la incógnita es a , ya que el resto son valores conocidos.

Y sustituyendo los valores numéricos:

$$12.000 = \frac{a \times 1,914835}{1,004 \times 610} + \frac{a - 72.000}{1,004 \times 620} \times 2,781899 \times 0,943497$$

Despejando finalmente se tiene que la anualidad (teórica) es $a = 1.675.803,54$

2. Número teórico de títulos amortizados el tercer año.

Para calcularlo, obtendremos primero los que se amortizan el primer año, partiendo de la anualidad, y después, por recurrencia, los de los años siguientes:

$$\frac{1.675.803,54}{1,004} - 12.000 \times 18 = 610 \times M_1 \text{ y de aquí, obtenemos: } M_1 = 2.382,17 \text{ títulos.}$$

Para calcular los títulos del segundo año basta con ver la ley que siguen, igualando la primera anualidad con la segunda y despejando M_2 en función de M_1 .

$$(NCi_1 + M_1 C_1 + L_1)(1+g) = [(N-M_1)Ci_1 + M_2 C_1 + L_1](1+g)$$

$$M_k = M_{k-1}(1+i'_1)$$

Puede observarse que la relación entre los títulos amortizados es la habitual en un empréstito «normal», pero con el tipo de interés i' en lugar de i .

$$\text{Con lo que } M_2 = 2.382,17 \times 1,029508 = 2.452,46$$

Los títulos vivos al final del segundo año serán $12.000 - 2.452 - 2.382 = 7.166$.

Entre el año segundo y el tercero hay un cambio en varios parámetros (tipo de interés, prima y lote), por lo cual hay que volver a calcular los títulos amortizados. Lo haremos a partir de la anualidad ya que es lo más sencillo en este caso.

$$\frac{1.675.803,54}{1,004} - 7.166 \times 24 - 72.000 = 620 M_3 \text{ y de aquí } M_3 = 2.299$$

Los títulos amortizados los años 4 y 5 se obtienen fácilmente:

$$M_4 = 2.299 \times i'_2 = 2.452,46 \times 1,03871 = 2.388$$

$$M_5 = 2.388 \times 1,03871 = 2.479$$

El número de títulos que quedan vivos al comienzo del cuarto año (esta cifra se utilizará en el siguiente apartado) asciende a $2.388 + 2.479 = 4.867$.

3. Valor del usufructo y nuda propiedad efectivos de un título a comienzos del 4.º año.

Considerando un título individual hay que tener en cuenta que hay que operar con valores esperados, ya que la vida de un título depende del sorteo en que se amortice siendo, por tanto, una variable aleatoria.

Sorteo	4	5
Probabilidad	$2.388 / 4.867 = 0,490651$	$2.479 / 4.867 = 0,509349$

Valor esperado para el usufructo de un título:

$$E(U_4) = 24 a_1 \mid_{5\%} \times 0,490651 + 24 a_2 \mid_{5\%} \times 0,509349 = 33,94$$

En cuanto al valor esperado para la nuda propiedad efectiva de un título (excluidos lotes):

$$E(NP_4) = 620 \times (1,05)^{-1} \times 0,490651 + 620 \times (1,05)^{-2} \times 0,509349 = 576,15$$

Respecto de los lotes, se pueden incluir en la nuda propiedad o en el usufructo, dependiendo de lo que se haya establecido en el contrato de cesión. En cualquier caso, su importe es una variable

aleatoria, ya que se reparte entre 100 títulos de los amortizados en el año. El valor esperado o valor probable medio de dicha variable aleatoria se añadiría al usufructo o a la nuda propiedad, según lo que se haya estipulado por las partes.

Por último, indicar que también pueden calcularse el usufructo y la nuda propiedad en función de la vida media de un título, utilizando la misma como duración en los diferentes factores de actualización.

Opción B:

1. Anualidad comercial constante que amortiza el empréstito.

Se trata de un empréstito tipo cupón cero, esto es, sin cupones periódicos y con amortización por el nominal más los intereses acumulados.

En este caso, al ser los lotes y los gastos de administración constantes, se puede obtener la anualidad sin ellos y añadirlos luego al final.

La anualidad se calcula igual que para un empréstito normal, con intereses periódicos:

$$10.000 \times 1.000 = a \times a_{\overline{5}|3\%} \text{ y de aquí: } a = 2.183.545,71$$

A esta anualidad hay que añadirle, como ya se ha comentado, el importe del lote constante y los gastos de administración, por lo que el importe final será:

$$A = (2.183.545,71 + 50.000) (1,004) = \mathbf{2.242.479,89}$$

2. Plan de amortización de los títulos del empréstito.

Los títulos amortizados un año k , ($0 \leq k \leq n$), son:

$$M_k = \frac{\text{Anualidad sin gastos y sin lotes}}{\text{Valor de reembolso del título en el año } k} = \frac{2.183.545,71}{1.000 (1,03)^k} \text{ con } k = 1, 2, 3, 4, 5$$

Se puede observar cómo los sucesivos valores de reembolso siguen la ley de recurrencia siguiente:

$$M_k = M_{k-1} (1,03)^{-1} \text{ con } k > 1$$

Es una progresión geométrica decreciente de razón $q = 1,03^{-1}$, con lo cual, calcularemos los títulos amortizados el primer año y los demás por recurrencia mediante la relación anterior.

$$M_1 = \frac{2.183.545,71}{1.000 \times (1,03)} = 2.119,95 \text{ títulos}$$

Dispuestos en una tabla y redondeados, tendremos:

Títulos teóricos	Títulos redondeados
2.119,95	2.120
2.058,20	2.058
1.998,25	1.998
1.940,04	1.940
1.883,54	1.884
Σ partes enteras: 9.998	10.000

3. Vida media de un título.

Al amortizarse los títulos por sorteo, la vida de un título determinado (el tiempo que transcurre desde que se emite hasta que es amortizado) se comporta como una variable aleatoria cuyo espacio maestral (los valores que puede tomar) está determinado por los valores 1, 2, 3, 4, 5, esto es, los años que puede vivir cada título.

La vida media de un título se define como el valor esperado o esperanza matemática de la variable aleatoria anterior. Se trata, simplemente, de una media aritmética ponderada, en la cual los coeficientes de ponderación son las probabilidades, calculadas en el origen, de amortización en un sorteo determinado.

Puesto que todo el espacio muestral está formado por sucesos equiprobables ⁶, la probabilidad de amortización en un sorteo determinado se obtendrá según el criterio clásico de Laplace, esto es, como cociente entre los casos favorables (los que se amortizan en el sorteo del año) y los casos posibles (el número total de títulos emitidos, al estar situados en el origen de la operación).

Aunque hay fórmulas y métodos abreviados, partiremos del cuadro de amortización obtenido en el apartado 2 y operaremos con los títulos efectivos.

Sorteo	1	2	3	4	5
Probabilidades	2.120 / 10.000 = = 0,2120	2.058 / 10.000 = = 0,2058	1.998 / 10.000 = = 0,1998	1.940 / 10.000 = = 0,1940	1.884 / 10.000 = = 0,1884

Como es lógico, la suma de las probabilidades es 1 (segundo axioma de Kolmogorov).

La vida media, situados en el origen, será entonces:

$$V_m = 1 \text{ año} \times 0,2120 + 2 \text{ años} \times 0,2058 + 3 \text{ años} \times 0,1998 + 4 \text{ años} \times 0,1940 + 5 \text{ años} \times 0,1884 = 2,941 \approx \mathbf{3 \text{ años.}}$$

⁶ Esto es así puesto que la probabilidad a priori de que un título cualquiera sea amortizado en un determinado sorteo es la misma para todos los títulos.

Recensiones Bibliográficas

El derecho a no autoinculparse en el ámbito tributario

Carlos PALAO TABOADA

Civitas, Madrid, 2008, 223 págs.

El libro que ha escrito el profesor PALAO TABOADA sobre la no autoincriminación tiene por objeto preguntarse por las causas del fracaso en nuestras instancias judiciales de aquel derecho —donde la invocación del mismo y demás relacionados con él ante los Tribunales «no ha tenido éxito ni en un solo caso»— y cuestionar si está justificada «porque las características de los deberes de colaboración de los contribuyentes en la aplicación de los tributos impiden en todo caso que su exigencia coactiva infrinja las garantías constitucionales de los procedimientos sancionadores, o si, por el contrario, existe algún supuesto en el que esta vulneración puede producirse y, en la medida de lo posible, delimitar este supuesto».

La obra aparece estructurada en tres partes. En la primera se observa la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En la segunda se consideran diversos pronunciamientos de instancias nacionales (Tribunal Constitucional, Supremo, Audiencias Nacional y Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia y Tribunal Económico-Administrativo Central). Finalmente, la tercera parte del libro sirve para la exposición de varias conclusiones y, como colofón, se refleja la bibliografía citada a lo largo del trabajo.

Lo primero que distingue PALAO son los dos aspectos del derecho a la no autoinculpación: por un lado, y desde la perspectiva del acusado, estaría el *derecho a guardar silencio*, derivando del mismo, en segundo término, el de *no contribuir a la propia incriminación*. El primero, como recuerda el autor, acudiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, solamente operaría en procesos penales y sancionadores, siendo expresión de la proclamación que la Constitución realiza en su artículo 24.2: «... a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

Por lo que hace al ámbito de la acusación, esta no debe fundamentar su argumentación mediante el recurso a elementos de prueba obtenidos mediante coacción o presiones sobre la persona del acusado, de manera que el derecho analizado se erigiría en un auténtico —aunque bien limitado, a la vista del fracaso que su invocación ha deparado hasta ahora en nuestras instancias judiciales— valladar del acusado frente a la coerción pública abusiva.

En su formulación derivada, el derecho a no contribuir a la incriminación se traduciría en la interdicción de la información autoinculpatoria aportada bajo coacción, que no debe emplearse como prueba de cargo en cualquier proceso punitivo. Esto determina el conocido problema de la incorpo-

ración o no de elementos incriminatorios obtenidos en procedimientos de liquidación a los procedimientos de carácter sancionador; objeto en el que, sobre todo, se centra la obra que recensionamos.

El autor se posiciona junto a los que creyeron que la separación de las citadas esferas procedimentales «tenía como motivo fundamental precisamente facilitar la solución del problema de la colisión entre el derecho a no declarar contra sí mismo y los deberes de los contribuyentes». PALAO reconoce ambigüedades propias y ajenas y sigue sostenido que «en una situación de separación entre ambos procedimientos el derecho a no autoinculparse puede perfectamente protegerse prohibiendo dicha utilización y no es necesario reconocer al contribuyente el derecho a guardar silencio en el procedimiento de liquidación». Obviamente, esta posibilidad debería facilitarse en la medida en que los procedimientos de regularización y de imposición de sanciones no estén verdaderamente separados.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que recorre el autor está constituida por pronunciamientos que han alcanzado una gran notoriedad: sentencias de 25 de febrero de 1993 («Funke c. Francia»); 24 de febrero de 1994 («Bendenoun c. Francia»); 17 de diciembre de 1996 («Saunders c. Reino Unido»); 3 de mayo de 2001 («JB c. Suiza»); 10 de septiembre de 2002 («Allen c. Reino Unido»); 8 de abril de 2004 («Weh c. Austria») y 23 de noviembre de 2006 («Jussila c. Finlandia»). Luego sigue con el comentario de varias sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre derecho de la competencia, concretamente: de 21 de septiembre de 1989 («Hoescht A. G. c. Comisión»); dos sentencias de 18 de octubre de 1989 («Orkem c. Comisión» y «Solvay et Cié. c. Comisión») y 10 de noviembre de 1993 («Otto BV c. Postbank NV»).

Posteriormente se plantean las implicaciones del principio *nemo tenetur* en el campo tributario, examinando las relaciones entre los procedimientos de liquidación y sancionador. En la obra se defiende la validez de un deber de colaboración sin restricciones del obligado tributario en el procedimiento de liquidación si este se mantiene separado del punitivo, bastando entonces la prohibición de utilización de los datos obtenidos en el primero.

Sin embargo, no dándose esa separación, habría que añadir el derecho a rehusar la información requerida por la Administración, pudiendo el contribuyente guardar silencio «en cualquier momento, en primer lugar porque solo él puede saber si la información que se le requiere tiene contenido autoincriminatorio; pero, sobre todo, porque esta posibilidad es la esencia misma del derecho a guardar silencio, que no depende del contenido de la información que se rehúsa, por trivial o irrelevante que este sea».

Tras plantearse la situación del procedimiento sancionador en el ámbito administrativo común—donde aquel es independiente respecto de cualquier otro procedimiento—, confrontándola con la tradicional unión que en nuestro Derecho Tributario presentaban las actuaciones inspectoras y sancionadoras, se valora el cambio que introdujo la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, así como el camino que ha deparado en la aprobación de la nueva Ley General Tributaria.

El profesor PALAO considera que la falta de separación de los procedimientos no constituye de por sí infracción del derecho a la no autoinculpación, que solo se daría cuando la información autoincriminadora se utilice con fines sancionadores. También se muestra partidario de la «total

permeabilidad» entre ambos procedimientos, sin perjuicio, claro está, del respeto del derecho que se analiza y sin que le parezca objetable la redacción del vigente artículo 210.2 de la LGT, aunque opina que la posibilidad de «cribar la información» que se trasvasa, requiere de una efectiva, y no meramente formal, separación procedimental.

Después de tomar en cuenta el principio de «claridad procedimental» —que se juzga de la mayor importancia para saber cuál es la finalidad de las actuaciones que se llevan a cabo por la Administración en un procedimiento de liquidación cuando este se encuentra unido a uno de carácter sancionador—, se analizan los requisitos que ha de reunir la información requerida del contribuyente para que la misma tenga o pueda tener carácter autoincriminatorio.

Así se sostiene, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no revestirían dicha connotación las pruebas cuya existencia sea cierta e independiente de la voluntad del acusado y se comenta también el criterio de la obligatoriedad de llevanza por el obligado tributario de libros o registros que pueden recoger pruebas de cargo. Para PALAO, este fundamento —lo que es obligatorio no puede autoinculpar— es «poco firme, en cuanto es extraño a la naturaleza y contenido del dato; en efecto, el carácter autoincriminatorio del registro no resulta afectado por el deber de llevarlo. El criterio examinado es, pues, el resultado de la preferencia que se otorga en este caso a la utilización de la información frente al derecho a no autoinculparse».

También se analiza la operatividad del derecho a no autoinculparse en la fase administrativa previa al pase del tanto de culpa a los Tribunales por delito fiscal. En ese ámbito preprocesal de naturaleza represiva, el interesado debe poseer los mismos derechos —entre otros el que le permite guardar silencio— que si el proceso penal ya se hubiera iniciado.

Ya en la segunda parte, la obra discurre considerando la jurisprudencia española. En primer término, se acude a conocidas sentencias del Tribunal Constitucional (110/1984, de 26 de noviembre; 76/1990, de 26 de abril; 161/1997, de 2 de octubre; 18/2005, de 1 de febrero y 68/2006, de 13 de marzo), deduciendo que el mismo ha eludido plantearse la posible contradicción entre el derecho examinado y la obligación de colaborar con la Administración y se tacha de formalista y decepcionante su postura, que carecería de sensibilidad jurídica respecto a la naturaleza de las actuaciones de la Inspección previas al pase del tanto de culpa a los Tribunales y a su significado desde el punto de vista de las garantías procesales constitucionales.

Luego se observan varias sentencias de Tribunales de lo penal: del Supremo se citan sentencias de célebres casos de corrupción política («Roldán» de 21 de diciembre de 1990, y «Urralburu» de 21 de diciembre de 2001). También se traen al libro varias sentencias de Audiencias Provinciales de Las Palmas, Madrid, Baleares y Córdoba, con tendencia común de rechazo de la alegada infracción del derecho a la no autoinculpación con una simple, y generalmente extensa, cita literal de sentencias del Tribunal Constitucional (sobre todo, de la STC 76/1990).

De acuerdo con la información proporcionada en las propias sentencias comentadas, para el profesor PALAO la alegada infracción estuvo inadecuadamente formulada: «el procesado o recurrente se limita a señalar que la información sobre la que se ha basado el procesamiento o condena

fue obtenida en el procedimiento de inspección tributaria, sin indicar de manera específica cuál es la información que sirvió de base a la acusación o condena y en qué se funda su supuesto carácter autoincriminatorio. Mientras los acusados no hagan este esfuerzo de argumentación, la alegación de vulneración del derecho a no autoincriminarse tiene pocas posibilidades de ser aceptada por los Tribunales».

Finalmente, yendo al orden contencioso-administrativo, se pasa revista a varias sentencias de la Audiencia Nacional (de 19 de febrero de 2004, 16 de mayo de 2006, 7 de julio de 2004 y 12 de julio de 2006), que ofrecen también un pobre balance, como en el caso de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que vienen a seguir la línea de las Audiencias Provinciales y no aportan apenas materiales aprovechables para la elaboración de una doctrina sobre la determinación de los límites del derecho a no autoinculparse en el ámbito tributario.

Miguel Ángel Martínez Lago