



- La naturaleza de los recargos por declaración extemporánea voluntaria
- Los precios de transferencia en el ámbito interno
- La exención por reinversión en vivienda habitual
- Mecanismos de control y refuerzo de la regulación contable en Europa
- Consultas planteadas al ICAC:
 - Arrendamiento de un inmueble como inmovilizado material o inversión inmobiliaria
- Caso práctico de contabilidad

CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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

www.cef.es

28010 MADRID
08012 BARCELONA
46010 VALENCIA
28010 MADRID

902 88 89 90

Tel. 914 444 920
Tel. 934 150 988
Tel. 963 614 199
Tel. 914 444 920

info@cef.es

NOVIEMBRE 2009 – NÚMERO 320

DIRECTOR

Roque de las Heras Miguel

COORDINADORES

M.ª José Leza Angulo

Javier Romano Aparicio

CONSEJO ASESOR

- Alejandro Blázquez Lidoy
(Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Rey Juan Carlos)
- Inocencio Carazo González
(Socio Director de INSESA & Abogados)
- José Luis Cea García
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. UAM)
- Lorenzo de las Heras Miguel
(Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España)
- María Teresa del Val Núñez
(Catedrática de Dirección de Empresas. Universidad de Alcalá)
- José Ramón González García
(Presidente del ICAC)
- José Antonio Gonzalo Angulo
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Alcalá)
- Herenia Gutiérrez Ponce
(Profesora Titular de Economía Financiera y Contabilidad.
UAM)
- Lorenzo Lara Lara
(Presidente del Colegio Central de Titulados Mercantiles y
Empresariales)
- Alejandro Larriba Díaz Zorita
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Alcalá)
- Juan Carlos López-Hermoso Agius
(Presidente de la Asociación Española de Asesores Fiscales)
- Luis Alberto Malvárez Pascual
(Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Huelva)
- Ana Muñoz Merino
(Vocal del Tribunal Económico-Administrativo Municipal de
Madrid)
- Vicente Pérez Sánchez
(Inspector de Hacienda del Estado y Profesor del CEF)
- J. Andrés Sánchez Pedroche
(Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Castilla-La Mancha)
- Jesús Sanmartín Mariñas
(Presidente del REAF)
- Eduardo Sanz Gadea
(Inspector de Hacienda del Estado. Ministerio de Economía y
Hacienda)
- Fernando Serrano Antón
(Defensor del Contribuyente del Ayuntamiento de Madrid)
- María Teresa Soler Roch
(Presidenta del Consejo para la Defensa del Contribuyente)

SUMARIO

	Página
TRIBUTACIÓN	
67/2009 La naturaleza de los recargos por declaración extemporánea voluntaria a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español. (Ester Marco Peñas) ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2009	3
68/2009 Los precios de transferencia en el ámbito interno. Un disparate innecesario. (Stella Raventós Calvo)	41
69/2009 La exención por reinversión en vivienda habitual: análisis de los requisitos para su aplicación. (Pilar Álvarez Barbeito)	47
CONTABILIDAD	
70/2009 Los mecanismos de refuerzo y control para garantizar el cumplimiento de la regulación contable en Europa. Un estudio comparativo sobre el sistema de <i>enforcement</i> de España y el Reino Unido. ... (Elena de las Heras Cristóbal) ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2009	77
71/2009 Consultas planteadas al ICAC. (Javier Fernández González)	121
72/2009 Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo Superior de Inspectores de Seguros del Estado. .. (Miguel Ángel Gálvez Linares)	125
RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS	145
ENTREGA DEL PREMIO «ESTUDIOS FINANCIEROS» 2009, CLAUSURA DEL CURSO ACADÉMICO 2008-2009 DEL CEF E INAUGURACIÓN DEL CURSO ACADÉMICO 2009-2010 DE LA UDIMA	155

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:

P.º Gral. Martínez Campos, 5 - 28010 MADRID
Tel. 914 444 920

- 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 (Completos):

- 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.

LA NATURALEZA DE LOS RECARGOS POR DECLARACIÓN EXTEMPORÁNEA VOLUNTARIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

ESTER MARCO PEÑAS

*Profesora Ayudante del Área de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Pompeu Fabra*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2009** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: doña María Teresa SOLER ROCH, don Juan Carlos LÓPEZ-HERMOSO AGIUS, doña Ana MUÑOZ MERINO, don Vicente PÉREZ SÁNCHEZ, don Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE, don Jesús SANMARTÍN MARIÑAS y don Fernando SERRANO ANTÓN.

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

Extracto:

EL presente trabajo analiza la figura del recargo por declaración extemporánea voluntaria a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del Tribunal Constitucional español (TC). El TC se ha posicionado en varias ocasiones respecto de la naturaleza de dichos recargos, jurisprudencia que pone de manifiesto la dificultad de trazar una línea clara entre aquellas medidas que poseen naturaleza sancionadora de las que no. Distinción que en última instancia se ha configurado a través de un criterio, de discutible idoneidad, como es la cuantía. Por su parte, el TEDH no ha tenido la oportunidad de pronunciarse en concreto sobre la naturaleza de dichos recargos españoles. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre medidas similares aplicadas en otros ordenamientos jurídicos nos proporciona nuevos parámetros de análisis; especialmente, tras la sentencia *Jussila*, la cual aporta indicadores suficientes que permiten constatar la naturaleza sancionadora del recargo español desde la perspectiva del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a un proceso equitativo).

Palabras clave: recargos por declaración extemporánea voluntaria, sanciones, Tribunal Constitucional español y Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sumario

1. Introducción.
2. Condiciones de aplicación de los recargos por declaración extemporánea voluntaria.
3. Evolución normativa en materia de recargos por declaración extemporánea voluntaria.
4. La doctrina constitucional en materia de recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo.
 1. La constitucionalidad del recargo mínimo del 10 por 100 por declaración extemporánea voluntaria. La naturaleza únicamente indemnizatoria y disuasoria del recargo.
 2. La inconstitucionalidad de los recargos del 50 por 100 y 100 por 100, ex Ley 18/1991: la elevada cuantía como factor determinante de su naturaleza punitiva.
5. Medidas aplicables en el ordenamiento jurídico francés en los supuestos de declaración extemporánea fuera de plazo.
6. La naturaleza punitiva del recargo desde el punto de vista del TEDH.
 1. La aplicabilidad del artículo 6 del CEDH a los procedimientos tributarios en la jurisprudencia del TEDH.
 2. Los criterios para determinar qué medidas tributarias son equiparables a penas a efectos del CEDH: la jurisprudencia *Engel* y *Bendenoun*.
 3. El método utilizado por el TEDH para aplicar los criterios de la «penalización» de las medidas tributarias: la importancia de la naturaleza de la infracción en detrimento del grado de severidad de la sanción.
 4. El examen de otras circunstancias en la apreciación de la naturaleza «penal» del procedimiento tributario.
 5. El contenido de las garantías procesales del artículo 6 del CEDH en los procedimientos tributarios: la creación de un doble estándar en los procedimientos cubiertos por la materia «penal» en sentido amplio.
7. La naturaleza del recargo por declaración extemporánea a la luz de la jurisprudencia del TEDH.

NOTA: La autora quiere reconocer el papel que ha jugado Guillem CANO PALOMARES, Letrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el nacimiento de este trabajo, que es fruto de las conversaciones y la discusión mantenidas con él. Asimismo, quiere agradecer a sus compañeros de la Universidad Pompeu Fabra y de la Universidad de Girona por su apoyo, y a Philippe MARCHESSOU por hacer posible la estancia breve de investigación en la Universidad Robert Schuman de Estrasburgo.

1. INTRODUCCIÓN

Si bien el objetivo principal de este trabajo es analizar los recargos por declaración extemporánea voluntaria del ordenamiento jurídico español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH) y del Tribunal Constitucional español, existen una serie de matices, conceptuales y terminológicos, que deben ser precisados de antemano. A través de este acercamiento se pretende, no tanto obtener un estudio exhaustivo del concepto de recargo, sino fijar las bases para poder examinar esta figura a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, CEDH) y la Constitución española (CE).

El fundamento común de los diferentes «recargos» en el ordenamiento jurídico tributario español es, principalmente, el interés en el cumplimiento puntual de la obligación tributaria. De este modo, tanto el recargo por declaración voluntaria fuera de plazo, sobre el cual versará nuestro estudio, como el recargo de apremio, buscan, principalmente, la puntualidad en el pago. Como señalaba SOLER ROCH el cumplimiento puntual es uno de los requisitos propios del cumplimiento, e incluso, en algunas ocasiones, parece ocupar un lugar destacado respecto a las demás condiciones que determinan la exactitud de aquél¹. Tanto el TEDH como el Tribunal Constitucional han dejado constancia, no sólo de la importancia de cumplir con el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público, sino de hacerlo en tiempo. Evitar la morosidad y que ésta se convierta en una práctica generalizada fundamenta la aplicabilidad de los intereses de demora –equivalentes al interés legal del dinero incrementado–. Los intereses de demora han sido considerados por ambos Tribunales una medida de naturaleza meramente indemnizatoria².

¹ SOLER ROCH, M.^a T.; *Los recargos de prórroga y apremio en los tributos de la Hacienda Pública*; Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1974, pág. 163. Como reflejo de la destacada posición del factor temporal la autora recoge el artículo 50 del Reglamento General de Recaudación «La falta de pago en los plazos y con los requisitos exigidos en este Reglamento motivará la apertura del procedimiento recaudatorio por la vía de apremio...» (la cursiva es de la autora), precepto recogido en idénticos términos en el artículo 46 del Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, Reglamento General de Recaudación. En la actualidad, el incumplimiento del requisito temporal posibilita a la Administración abrir la vía de apremio. La Ley General Tributaria 58/2003, en su artículo 161.1, determina el inicio del periodo ejecutivo una vez finalizado el plazo de tiempo establecido por el artículo 62, para las deudas liquidadas por la Administración, y al día siguiente al plazo establecido por la normativa, en el caso de deudas a ingresar mediante autoliquidación. El inicio del periodo ejecutivo permite a la Administración iniciar el procedimiento de apremio para el cobro ejecutivo de la deuda y las sanciones.

² El Tribunal Constitucional en la STC 76/1990, considera que el incremento del 25 por 100 del interés legal del dinero para cuantificar el interés de demora –art. 58.2 b) LGT de 1963– no constituye una sanción, dado que su finalidad consiste «en disuadir a los contribuyentes de su morosidad en el pago de las deudas tributarias». En el mismo sentido se pronuncia el TEDH, como ejemplo véase *Mieg de Boofzheim c. Francia*, de 3 de diciembre de 2002, y *Mayer c. Alemania*, de 16 de marzo de 2006.

Pero ¿qué sucede cuando el ordenamiento jurídico establece el pago de «un recargo» en un supuesto específico como es la declaración voluntaria fuera de plazo? ¿Cuál es la naturaleza de esta medida? Como veremos al analizar los criterios *Engel* y la reciente jurisprudencia del TEDH, la denominación del instrumento por el ordenamiento jurídico interno, o su mayor o menor cuantía no son elementos que resuelvan el problema de su naturaleza.

La inclusión de estos recargos en la categoría de sanciones, cuestión planteada en la esfera nacional en diferentes ocasiones por varios Tribunales Superiores de Justicia ante el Tribunal Constitucional, ha sido resuelta por el máximo intérprete de la Constitución tanto de forma negativa (STC 164/1995 respecto al interés mínimo del 10% del art. 61.2 de la LGT, establecido por la Ley de Presupuestos para 1986) como positiva (la STC 276/2000 declara inconstitucional el recargo del 50%, previsto en la Ley 18/1991 al afirmar su naturaleza sancionadora; y, poco después, en la STC 291/2000, el Tribunal Constitucional estima un recurso de amparo interpuesto frente al recargo del 100%, previsto en la Ley 18/1991 para aquellos supuestos de declaración extemporánea sin ingreso ni solicitud de aplazamiento de pago).

Esta dualidad de opiniones pone de manifiesto la dificultad para el Tribunal Constitucional de trazar una línea clara entre aquellas medidas que poseen naturaleza sancionadora de las que no. Esta distinción se ha configurado a través de un criterio, de discutible idoneidad, como es la cuantía. Por su parte, el TEDH no ha tenido la oportunidad de pronunciarse en concreto sobre la naturaleza de los recargos españoles por declaración extemporánea voluntaria. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo respecto a medidas similares aplicadas en otros ordenamientos jurídicos, nos proporciona nuevos parámetros a través de los cuales analizar la naturaleza de dichos recargos.

2. CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LOS RECARGOS POR DECLARACIÓN EXTEMPORÁNEA VOLUNTARIA

La singularidad del supuesto de hecho de la norma relativa a los recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo ha marcado su peculiar configuración legislativa, a caballo entre el interés de demora y la sanción.

Dos elementos configuran dicho supuesto de hecho:

- El transcurso del plazo previsto para el ingreso de la deuda tributaria –periodo voluntario– sin que la misma se haya hecho efectiva.
- La declaración tributaria voluntaria, pero tardía, sin que se formule ningún requerimiento por parte de la Administración.

El establecimiento de una figura específica se debe, en gran medida, a lo inapropiado de aplicar alguna de las reacciones jurídicas alternativas como la equiparación al pago en periodo volunta-

rio, la exigibilidad meramente del interés de demora o la tipificación como infracción tributaria de la conducta descrita. En el primero de los supuestos, estaríamos frente a una clara desvirtualización de la importancia del pago en plazo, convirtiéndose el periodo voluntario de pago en mera «recomendación» del momento idóneo para el cumplimiento de la obligación tributaria³. En el segundo, el devengo del interés de demora desde el momento del vencimiento del periodo voluntario generaría un aumento de la morosidad, puesto que la condena al pago de intereses de demora –considerados como una medida de naturaleza indemnizatoria⁴– genera escasos incentivos al cumplimiento del pago en periodo voluntario. Dadas las múltiples opciones de inversión que oferta el mercado, retrasar el pago de la deuda tributaria, a pesar de existir el riesgo de ser requerido por parte de la Administración tributaria, se convertiría en una elección rentable en términos financiero-fiscales. Por último, la configuración de esta conducta como constitutiva de una infracción, si bien comportaría otorgar la máxima protección al cumplimiento en plazo de la obligación tributaria, poseería un claro efecto desincentivador de la regularización por parte del contribuyente. Este último, conocedor de la equivalencia entre la reacción jurídica en el supuesto de ingreso espontáneo fuera de plazo y el ingreso previamente requerido, tendría claros motivos para mantener su incumplimiento, a la espera, en el mejor de los casos, de que la deuda alcanzara la prescripción. De este modo, el propio ordenamiento jurídico cerraría la puerta a posibles «arrepentimientos», los cuales, junto al pago de la obligación tributaria en plazo, se buscan a través de la aplicación de la figura del recargo⁵.

3. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE RECARGOS POR DECLARACIÓN EXTEMPORÁNEA VOLUNTARIA

La consecuencia jurídica que el legislador prevé para el supuesto de hecho descrito ha sido objeto de numerosas modificaciones desde su implementación. El carácter especialmente cambiante de la normativa en la materia ha dado como resultado una superposición de figuras que, con mayor o menor acierto en su técnica legislativa, han venido a regular las consecuencias jurídicas de la declaración extemporánea voluntaria.

Lógicamente, la posibilidad de realizar ingresos fuera de plazo, por parte del sujeto pasivo, sin requerimiento previo de la Administración, no tiene cabida bajo el esquema «clásico» de recaudación, en el cual la Administración es la única encargada de efectuar la liquidación, partiendo de los datos aportados por el sujeto pasivo. Por este motivo, la redacción originaria de la LGT de 1963 no recogía

³ BALLARÍN ESPUÑA, M. *Los ingresos tributarios fuera de plazo sin requerimiento previo*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 38.

⁴ SAINZ DE BUJANDA, F. «En torno al concepto y al contenido del Derecho Penal Tributario», *Hacienda y Derecho*, Vol. V, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, pág. 561 (nota a pie de página núm. 19). Con carácter general, la deuda de intereses parte de la idea de productividad del dinero, representando un provecho o beneficio para el acreedor por el dinero que se le debe restituir. Es decir, los intereses se corresponden con la cantidad adicional al importe de la deuda que percibe el acreedor del deudor por detención de ese capital ajeno. Véase, VILLAGRASA ALCAIDE, C. *La deuda de intereses*, Ed. EUB, Barcelona, 2002, pág. 77 y ss.

⁵ Este argumento recogido por LUPÍ, R.; *Lezioni di Diritto tributario. Parte Generale*, Giuffrè, Milán, 1992, pág. 348, posee especial relevancia, como el propio autor afirma, dada la baja probabilidad de control por parte de la Administración en una «fiscalidad de masa».

ninguna medida específica para los supuestos de autoliquidaciones presentadas fuera de plazo. Por el contrario, se establecían sendas medidas para las declaraciones presentadas extemporáneamente, y para los pagos tardíos de deudas previamente liquidadas ⁶.

El Reglamento General de Recaudación de 1968 incorpora el denominado «plazo extraordinario o de prórroga», posterior al plazo ordinario para realizar el pago en periodo voluntario, pero previo al inicio de la vía de apremio. El ingreso efectuado durante este intervalo de tiempo –«prórroga»– no era constitutivo de infracción tributaria ⁷, por el contrario, se veía incrementado por el correspondiente «recargo de prórroga», del 10 por 100. Como la profesora SOLER ROCH afirmaba, los efectos del cumplimiento excepcional –dentro del plazo de prórroga– fueron equiparados a los del cumplimiento ordinario o puntual. El equilibrio entre ambas conductas, ambas lícitas pero la primera de ellas impropia por ser impuntual, se alcanzaba a través de una obligación accesorio: el recargo de prórroga, calculado en base a un porcentaje de la deuda principal. Así, esta figura poseía una *función niveladora o compensadora* ⁸. No obstante, la doctrina, al destacar las peculiaridades que presentaba el plazo de prórroga cuando éste era aplicable a autoliquidaciones ⁹, ha abogado por la existencia, no tanto de un plazo de prórroga y recargo de prórroga, sino de un plazo y recargo de demora ¹⁰.

El recargo de prórroga estuvo vigente, con diferentes matices de cuantía y ámbito de aplicación, hasta la reforma operada por la Ley 10/1985, de 26 de abril, de modificación parcial de la LGT. Tras suprimir el plazo de prórroga y el correspondiente recargo, la nueva redacción del artículo 61.2 establecía que a aquellos ingresos que fueran efectuados fuera de plazo sin requerimiento previo les eran exigibles los intereses de demora y la aplicación de las sanciones correspondientes. Así, por un lado, se aplicaba la infracción simple por presentar fuera de plazo la declaración-liquidación, y, por el otro, dado que el artículo 79 a) de la LGT consideraba como infracción grave la simple «falta de ingreso», la misma también era aplicable. El resultado era plenamente insatisfactorio, se sancionaba como infracción grave el simple retraso, equiparando los supuestos en los que se producía la rectificación por parte del propio sujeto pasivo a los incumplimientos «absolutos» ¹¹.

⁶ El retraso en la presentación de la declaración, a pesar de ser una conducta apta para lesionar inmediatamente la recaudación tributaria –carácter esencial del tipo básico de omisión y defraudación–, era considerado constitutivo únicamente de una infracción simple. Por su parte, frente a los pagos tardíos de deudas ya notificadas –bien individualmente o por edictos– el ordenamiento jurídico establecía una reacción de tipo resarcitorio o compensatorio y no sancionador. Véase, PÉREZ ROYO, F. *Infracciones y sanciones tributarias*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1972, págs. 24-26.

⁷ Véase, PÉREZ ROYO, F. *Infracciones y sanciones tributarias*, cit., págs. 25-26.

⁸ Véase, SOLER ROCH, M.^a T. *Los recargos de prórroga y apremio en los tributos de la Hacienda Pública*, cit., págs. 163-165.

⁹ Básicamente son dos: i) al no existir una liquidación administrativa el sujeto pasivo podía retrasar el ingreso de su deuda de forma indefinida, influyendo de este modo sobre la cuantía de su deuda y vulnerando el carácter *ex lege* de la obligación tributaria; ii) la imposibilidad de la apertura del procedimiento de apremio en los supuestos de autoliquidaciones, dado que el vencimiento del plazo de prórroga se producía con el ingreso de la deuda. Véase, LÓPEZ DÍAZ, A., *La recaudación de las deudas tributarias en vía de apremio*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1992, pág. 95.

¹⁰ Véase en este sentido, PÉREZ ROYO, F., «El pago de la Deuda tributaria», *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 6, Madrid, 1976, págs. 307 y 308. y BALLARÍN ESPUÑA, M., *Los ingresos tributarios fuera de plazo sin requerimiento previo*, cit., págs. 56 y 57.

¹¹ ZORNOZA PÉREZ, J.J. *El sistema de infracciones y sanciones tributarias. Los principios constitucionales del derecho sancionador*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 242 y ss.

Dado los efectos negativos de la interpretación conjunta de ambos preceptos – arts. 61.2 y 79 a)– de la LGT el legislador optó por modificar el primero de ellos. La redacción surgida de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, excluía la aplicación de las sanciones que «pudieran ser exigibles por las infracciones cometidas». De esta forma, en lugar de efectuar una modificación de la deficiente configuración del tipo de la infracción grave del artículo 79 a), se optó por introducir lo que la doctrina ha considerado una excusa absolutoria o causa de no punibilidad ¹². Este precepto comporta la aceptación por parte del legislador de la consumación de la infracción, consideración no exenta de consecuencias tanto teóricas –sobre la naturaleza del recargo– como prácticas –al poder considerar, respecto al sujeto infractor, la comisión repetida de infracciones–. No obstante, si algún aspecto fue objeto de especial controversia fue la consideración del carácter sancionador del recargo, en cuanto el último inciso del artículo 61.2 de la LGT exigía, como límite mínimo del interés de demora aplicable al ingreso fuera de plazo, el 10 por 100 de la deuda tributaria. Sobre la naturaleza de dicho «recargo», como veremos más adelante, tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional.

La redacción de este precepto de técnica legislativa marcadamente inapropiada –se creaba un recargo de naturaleza regresiva, puesto que el exceso del 10% sobre los intereses de demora es una cifra que va disminuyendo con el tiempo llegando a desaparecer–, propició, junto a fuertes críticas doctrinales ¹³, su sustitución a través de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La nueva redacción establecía un recargo del 50 por 100 para las declaraciones-liquidaciones o autoliquidaciones realizadas fuera de plazo sin requerimiento previo, que se veía reducido al 10 por 100 si el ingreso se efectuaba dentro de los tres meses siguientes al término del plazo voluntario de presentación e ingreso. Por último, en caso de efectuarse la autoliquidación extemporánea pero sin el correspondiente ingreso, el recargo ascendía al 100 por 100. En los tres supuestos el recargo excluía la aplicación de intereses de demora y sanciones. De nuevo, la naturaleza de estos recargos, sustancialmente superiores, fue objeto de controversia, llegando a pronunciarse el Tribunal Constitucional sobre su naturaleza sancionadora.

La redacción del artículo 61.2 fue objeto de reforma a través de la Ley 25/1995, de 20 de julio, de Modificación parcial de la LGT. La regulación de los efectos de los ingresos fuera de plazo sin requerimiento previo, inserta en el artículo 61.3 de la LGT, creaba un recargo único del 5, 10 ó 15 por 100 si el ingreso o la declaración fuera de plazo se presentaba dentro de los tres, seis o doce meses siguientes al término del plazo voluntario de presentación o ingreso. El recargo único excluía los intereses de demora y las sanciones que en otro caso hubieran podido exigirse. Por el contrario, los ingresos correspondientes a declaraciones-liquidaciones o autoliquidaciones presentadas fuera de plazo sin requerimiento previo, así como las liquidaciones derivadas de declaraciones presentadas fuera de plazo sin requerimiento previo, sufrían un recargo del 20 por 100, el cual excluía la aplicación de las sanciones exigibles, pero no los intereses de demora.

¹² PÉREZ ROYO, F. *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986, págs. 174 y 335. Y, ZORNOZA PÉREZ, J.J. *El sistema de infracciones y sanciones tributarias. Los principios constitucionales del derecho sancionador*, cit., págs. 221 y ss.; y 242-244.

¹³ Véase en este sentido, RAMALLO MASSANET, J. «Los nuevos recargos en la Ley General Tributaria», *Tribunal Fiscal*, n.º 65, marzo 1996, págs. 67 y ss.

En los supuestos en los que la declaración-liquidación presentada extemporáneamente no se acompañaban del correspondiente ingreso tanto el recargo único, como el recargo del 20 por 100, eran compatibles con el recargo de apremio (regulado, tras la reforma de 1995, en el art. 127 LGT)¹⁴. Como se puede observar, la ordenación del *recargo único variable* efectuada por la Ley 25/1995 buscaba, de forma lógica, adecuar el corolario jurídico al nivel de retraso¹⁵. La nueva redacción del artículo 61.3 de la LGT se aplicó con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 1995, y, además, desde la entrada en vigor de la Ley 1/1998, su aplicación retroactiva no se sujetó a límite alguno de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.3 de dicha Ley.

La Ley 58/2003 General Tributaria, no ha introducido modificaciones sustanciales en cuanto a las cuantías de los recargos por ingreso extemporáneo sin requerimiento previo establecidas por la Ley 25/1995. Se mantiene la existencia de un recargo único variable del 5, 10 y 15 por 100 según si la autoliquidación o declaración se efectúa, respectivamente, dentro de los tres, seis o doce meses

¹⁴ La naturaleza del **recargo de apremio** también ha sido una cuestión controvertida. En sus albores el recargo de apremio se diferenciaba claramente de los intereses de demora, entendiendo que los segundos compensaban la falta de disponibilidad motivada por el retraso en el pago –carácter indemnizatorio– y el primero cubría los gastos derivados del procedimiento de apremio. Claro estaba que el recargo de apremio debía ir indiscutiblemente unido al nacimiento del procedimiento de apremio, sin embargo, este elemento quedó desvirtuado tras la redacción del artículo 128.1 de la LGT dada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1988. Desde este momento, el artículo 128 establecía que el vencimiento del plazo de ingreso en periodo voluntario determinaba «el devengo» del recargo de apremio. Este precepto fue objeto de numerosas críticas, tanto doctrinales como jurisprudenciales, entre las últimas la certera sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 24 de enero de 1998, apunta cómo a través de la reforma se «sustituye el término "exigibilidad" por "devengo", hecho que "obedece a la finalidad de establecer con carácter automático el recargo que, de esta manera, se pretende desvirtuar del procedimiento de apremio del que teóricamente deriva, conceptuándose así como una auténtica sanción por ingreso fuera de plazo, en vez de un recargo exigible por haber obligado a la Administración a recurrir a un procedimiento ejecutivo"» (FJ 4.º).

A través de la reforma operada por la Ley 25/1995, el artículo 127.1 de la LGT establece que «el inicio del periodo ejecutivo determina el devengo de un recargo del 20 por 100 del importe de la deuda no ingresada, así como el de los intereses de demora correspondientes a ésta», importe que, sin embargo, «será del 10 por 100 cuando la deuda tributaria no ingresada se satisfaga antes de que haya sido notificada al deudor la providencia de apremio». Con mayor técnica legislativa, la nueva redacción no calificaba como recargo de apremio a aquél que se devenga desde el inicio del periodo ejecutivo, distinguiendo este último del procedimiento de apremio (art. 127.3), cuyo inicio se produce con la notificación al deudor de la providencia de apremio. La evolución del recargo de apremio se resume en estas tres etapas por el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de noviembre de 1999, con posterioridad la Ley 58/2003, General Tributaria, en su artículo 28 bajo la rúbrica «recargos del periodo ejecutivo» diferencia entre tres tipos de recargos, el primero de ellos, el recargo ejecutivo del 5 por 100 aplicable cuando la deuda se satisfaga en periodo ejecutivo pero antes de la notificación de la providencia de apremio; el recargo de apremio del 10 por 100 cuando la deuda no ingresada y el propio recargo se hagan efectivos dentro de los plazos recogidos en el artículo 62.5 de la propia ley para las deudas apremiadas (recargo equiparable al de apremio reducido); y, por último, un recargo del 20 por 100 para aquellos supuestos en que no concurre ninguna de las circunstancias anteriores. Para finalizar apuntar que, si bien la actual LGT de forma adecuada vincula el devengo del recargo de apremio a la emanación de un acto que formalmente inicie el procedimiento de apremio, evitando, como sucedía en regulaciones precedentes, el automatismo en su aplicación, todavía quedan escollos respecto a su naturaleza en la parte que excede de la cuantía real de los costes de la apertura de dicho procedimiento, tanto en relación al recargo de apremio, como en relación al aún automático recargo ejecutivo del 5 por 100.

¹⁵ En este punto véase, entre otros, HINOJOSA TORRALVO, J.J. «Los aspectos temporales del pago de la deuda tributaria en la Ley 25/1995», *Impuestos*, núm. 18, septiembre, 1995, pág. 15. No obstante, también encontramos posturas contrarias a la existencia de una multiplicidad de consecuencias jurídicas según el lapso de demora, al no considerar la creación de una especie de «pague usted a la carta» para el obligado tributario, una vez transcurrido el periodo voluntario pero antes, claro está, del inicio del procedimiento ejecutivo. En este último sentido véase, ESEVERRI MARTÍNEZ, E. «Comentario al art. 61» en AA.VV. *La reforma de la Ley General Tributaria (Análisis de la Ley 25/1995, de 20 de julio)*, Cedecs, Barcelona, 1995, pág. 86.

siguientes al término del plazo establecido para la presentación e ingreso. Por el contrario, si la presentación de la autoliquidación o declaración se produce una vez transcurridos doce meses el recargo asciende al 20 por 100 de la deuda.

De nuevo, el recargo único variable excluye tanto la aplicación de los intereses de demora como de las sanciones que hubieran podido exigirse, mientras que el recargo del 20 por 100 únicamente excluye la aplicación de las sanciones devengándose intereses de demora desde el día siguiente al término de los doce meses. La presentación de autoliquidación extemporánea, en caso de no ir acompañada por el correspondiente ingreso o solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación, no impide la aplicación de los recargos e intereses de demora del periodo ejecutivo que correspondan sobre la autoliquidación (art. 27, apartado 3 LGT).

Entre los cambios introducidos por la Ley 58/2003, encontramos:

- El encuadre dentro del propio articulado de la Ley. Los recargos por ingreso extemporáneo voluntario (art. 27) se incluyen, junto a los intereses de demora (art. 26) y los recargos del periodo ejecutivo (art. 28), en las denominadas «obligaciones accesorias». En contraposición a la dispersión que se producía en la anterior LGT, el legislador busca aunar tres conceptos cuya naturaleza o función –junto a las sanciones– se han desvirtuado en no pocas ocasiones. Su regulación sistemática y conjunta, así como la expresa exclusión en este apartado de las sanciones, no impide que se sigan planteando dudas sobre su naturaleza.
- En aras de evitar posibles controversias, el propio artículo 27 determina el significado de «requerimiento previo» –previamente recogido en el art. 66.1 a) de la Ley 230/1963–, como «cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del obligado tributario, conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento o liquidación de la deuda tributaria».
- El artículo 27.4 de la LGT hace referencia a la obligatoriedad de identificar en las autoliquidaciones extemporáneas, de forma expresa, el periodo impositivo de liquidación y contener únicamente los datos relativos a dicho periodo. Con esta precisión, de naturaleza formal, se pretenden evitar que «en declaraciones posteriores se regularice ocultando a la Administración la información necesaria para que pueda comprobar y liquidar los recargos que procedan»¹⁶. En el caso de incumplir este requisito no se aplicarán los recargos sino que la conducta será constitutiva de infracción tributaria leve, en base a lo establecido en el artículo 187 de la LGT, sancionada con multa proporcional del 50 por 100 (art. 191, apartados 2 y 6).

Finalmente, la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, introdujo un quinto apartado al original artículo 27, el cual establece la aplicación de una reducción del 25 por 100 del recargo en aquellos supuestos de realización del ingreso al tiempo de la presentación, o en el plazo de pago voluntario abierto con la notificación de la liquidación.

¹⁶ JUNOY PINTOS, (en la obra colectiva, DIR. GÓMEZ MOURELO), *La nueva Ley General Tributaria comentada*, La Ley, Madrid, 2004, pág. 135.

4. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE RECARGOS POR DECLARACIÓN EXTEMPORÁNEA SIN REQUERIMIENTO PREVIO

Como hemos tenido ocasión de observar, la tendencia a la reforma constante ha caracterizado, no sólo los recargos por declaración extemporánea voluntaria, sino también figuras conexas a éstos como son los recargos de apremio, los intereses de demora y el régimen sancionador tributario. Pero, a la ya pernicioso sucesión de varios regímenes en la materia, se ha unido, en muchas ocasiones, la introducción de las modificaciones a través de reformas de carácter parcial que, en su búsqueda por solucionar problemas concretos, han quebrantado la necesaria armonía global del sistema. De nuevo el legislador tributario, en aras de alcanzar objetivos nada desdeñables como son la lucha contra el fraude, un proceso de recaudación más eficiente, o la necesaria colaboración del contribuyente en la correcta gestión de los tributos, ha recurrido a una técnica no exenta de inconvenientes como es la configuración de las figuras tributarias más en función de los fines a alcanzar a través de ellas, que de su propia naturaleza. La desnaturalización de los conceptos ha sido una constante en muchos ámbitos del Derecho financiero y tributario, y el que ahora nos ocupa no es una excepción ¹⁷.

Establecer unos criterios claros que ayuden a diferenciar cada una de estas figuras –intereses de demora, recargos y sanciones– ineludiblemente vinculadas, ha sido la tarea efectuada, con mayor o menor acierto, por el máximo intérprete de la Constitución. De este modo, la convulsa evolución normativa en materia de recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo ha estado marcada por la amenaza de inconstitucionalidad de muchos de ellos.

Las numerosas cuestiones de inconstitucionalidad presentadas, así como las posiciones contrapuestas de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, ponen de manifiesto la dificultad, o la casi imposibilidad, de trazar una línea que separe aquellas figuras de naturaleza indemnizatoria de las que poseen un carácter sancionador. No obstante, esta distinción, de contornos difusos, es la base para la correcta aplicación de los principios fundamentales del procedimiento sancionador, sobre todo para impedir la aplicación de plano, sin las mínimas garantías procedimentales, de sanciones encubiertas, a través de la manipulación del *nomen iuris* de las instituciones.

Sin embargo, la solución tampoco debe pasar por la ampliación indiscriminada del ámbito del Derecho administrativo sancionador. Sobre este último son aplicables, con ciertos matices, los principios inspiradores del orden penal; así lo afirmó el Tribunal Constitucional en su temprano pronunciamiento 18/1981, de 8 de junio, al considerar que el ordenamiento penal y el ordenamiento sancionador administrativo no son más que una manifestación del ordenamiento punitivo del Estado (FJ 2).

El Tribunal fue diligente a la hora de precisar que dichos principios serían aplicables con ciertos matices, puesto que, como posteriormente afirmaría en su STC 76/1990, «la recepción de los principios constitucionales del orden penal por el Derecho administrativo sancionador no puede hacerse mecánicamente y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y otro sector del ordenamiento jurídico». Esto no es óbice para hablar del orden sancionador tributario como un

¹⁷ A esta desnaturalización de los conceptos hace referencia el profesor RAMALLO MASSANET, J., «Los nuevos recargos en la Ley General Tributaria», cit. n.º 65, 1996, pág. 67.

sector especialmente protegido, cuyas garantías no se pueden extender a instituciones que, a pesar de ser restrictivas de derechos, no responden verdaderamente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado ¹⁸.

En este contexto, la primera cuestión planteada frente al Tribunal Constitucional versó sobre la inconstitucionalidad del artículo 58.2 b) de la LGT de 1963, el cual establecía un incremento del 25 por 100 del interés legal del dinero para configurar el interés de demora que el sujeto pasivo debe hacer efectivo cuando se retrasa en el pago. Varios Tribunales Superiores de Justicia consideraron dicho incremento contrario al principio de igualdad (art. 14 CE en relación con el art. 31 CE) ya que los contribuyentes sólo tienen derecho al interés legal del dinero en los supuestos en los que se hubieran producido ingresos indebidos al Tesoro con ocasión del pago de las deudas tributarias (art. 155.1 de la LGT). El Tribunal Constitucional en la sentencia 76/1990, de 26 de abril, resuelve esta cuestión, junto a otras relativas a la inconstitucionalidad del régimen sancionador establecido por la Ley 10/1985 de reforma de la LGT.

Partiendo de los rasgos esenciales de su doctrina sobre el principio de igualdad, el Tribunal considera que la base de comparación no es adecuada puesto que los supuestos de hecho de los artículos 58.2 b) y 155.1 de la LGT no son homogéneos. La desigualdad se fundamenta tanto desde una perspectiva constitucional, como de legalidad ordinaria. Respecto a la primera, la naturaleza de la relación entre el contribuyente y la Administración, no es una relación jurídica-privada de igualdad, sino una relación basada en el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público, configurado como un deber constitucional (art. 31.1 CE). Este último precepto autoriza al legislador para que «dentro de un sistema tributario justo, adopte las medidas que sean eficaces y atribuye a la Administración las potestades que sean necesarias para exigir y lograr el exacto cumplimiento de sus obligaciones fiscales por parte de los contribuyentes». En segundo lugar, adoptando una perspectiva de legalidad ordinaria, los supuestos de hecho tampoco son equivalentes, dado el mayor perjuicio que comporta para la Hacienda Pública que grupos enteros de contribuyentes dejen de pagar. El caso inverso, la existencia de ingresos indebidos por parte de la Administración, por frecuente que sea, nunca lo será en la magnitud numérica y cuantitativa del caso anterior. Pero, además, la opción de dejar de ingresar, en caso de no establecer un incremento sobre el interés legal del dinero, sería una opción rentable en términos financieros para los contribuyentes debido al interés de mercado del dinero.

Desde nuestro punto de vista, estas consideraciones tienen el suficiente peso para justificar el incremento del 25 por 100. No obstante, el Tribunal, creemos que en aras de respaldar en mayor medida la aplicación del incremento, atribuye al mismo, junto a su función básicamente compensatoria, una función «preventiva» y «disuasoria» que, a nuestro entender, no debería otorgarse a esta figura ¹⁹.

¹⁸ En este sentido, véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 73/1982, de 2 de diciembre; 69/1983, de 26 de julio; 96/1988, de 26 de mayo, y 239/1988, de 14 de diciembre, entre otras.

¹⁹ La doctrina civilista distingue entre los intereses compensatorios y los moratorios. La deuda derivada de los primeros «no es otra cosa que retribución y no constituye, por consiguiente, indemnización del lucro cesante». Por el contrario, la deuda derivada de «los intereses moratorios» resarce al acreedor del perjuicio, causado, véase, DÍEZ PICAZO PONTE DE LEÓN, L., «Comentarios al artículo 1.108 del Código Civil» en Comentarios del Código Civil, Tomo II, Madrid, 1991, pág. 63. Esta función indemnizatoria de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual por parte de los intereses moratorios, se recoge también por MÓXICA ROMÁN, J. *La cuenta corriente bancaria. Análisis de Doctrina y Jurisprudencia. Formularios*, Aranzadi, Pamplona, 1997; ORDÁS ALONSO, M. *El interés de demora*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 17; RODRÍGUEZ ESPEJO, J., «El interés de los préstamos bancarios: anatocismo, liquidación anticipada, intereses remuneratorios y moratorios (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 2 de diciembre de

Las funciones preventivas y disuasorias deben predicarse de otros instrumentos, como pueden ser los recargos o en última instancia las sanciones, pero si estas funciones se atribuyen a los intereses de demora se inicia la apuntada desnaturalización de los conceptos y distorsión de sus contornos.

En síntesis, compensar totalmente, en términos objetivos, el perjuicio causado a la Hacienda Pública significa que el contribuyente, no sólo debe hacer efectivo el interés legal del dinero, sino el mismo incrementado en un 25 por 100 ²⁰. Éste debe ser el fundamento, único y suficiente, del incremento, alcanzar la completa indemnización del daño causado, sin atribuir al incremento funciones preventivas y disuasorias que, por naturaleza, pertenecen a otras figuras.

1. La constitucionalidad del recargo mínimo del 10 por 100 por declaración extemporánea voluntaria. La naturaleza únicamente indemnizatoria y disuasoria del recargo.

Cinco años después, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la constitucionalidad del mínimo del 10 por 100 de la deuda tributaria como interés de demora (art. 61.2 LGT en la redacción derivada de la disposición adicional 31.ª de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre) en la sentencia 164/1995, de 13 de noviembre. Su fallo, no exento de posturas en contra, determinó la constitucionalidad del recargo al considerar que el mismo posee naturaleza indemnizatoria y disuasoria, pero no represiva o punitiva ²¹.

El Tribunal reconoce desde el inicio de su argumentación que esta figura no constituye un interés sino un verdadero recargo, atribuyendo al mismo una naturaleza «intermedia»; no es meramente indemnizatorio, sino que posee también una función disuasoria cuando su cuantía excede del interés de demora. Evitando adoptar lo que el propio Tribunal denomina «posición reduccionista»,

1984)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 21, enero-marzo, 1986, pág. 195; VEGA PÉREZ, F., «La deuda de intereses», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 24, octubre-diciembre, 1986, pág. 868; VILLAGRASA ALCAIDE, C. *La deuda de intereses*, cit., pág. 77 y ss.

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Supremo reconoce cómo la mayor cuantía permite que se cumpla la función resarcitoria de la mora, puesto que los intereses «tanto los pactados como los moratorios (éstos ya pactados ya legales) se mueven sobre la misma línea económica de valorar bien la disponibilidad de dinero obtenida por el prestatario durante el tiempo fijado o bien la privación, sufrida por el acreedor, por cuanto los cometidos son jurídicamente diferenciables al ser pactados para el plazo convenido la remuneración (a la manera de precio del dinero o de renta por su utilización), mientras que a los moratorios les singulariza su finalidad indemnizatoria por el incumplimiento de la obligación» (véase, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 22 de octubre de 1984). En esta línea encontramos también las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991 y 13 de abril de 1992. Esta finalidad indemnizatoria también se recoge por otros Tribunales, véase, entre otros, los pronunciamientos de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 17 de febrero de 1992, sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, 14 de marzo de 1995, sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 21 de marzo.

²⁰ Atribuir carácter exclusivamente indemnizatorio al interés de demora —a pesar de estar éste incrementado respecto al interés legal del dinero— ha sido la posición adoptada por el Consejo de Estado francés, basándose en un doble criterio: la finalidad y la gravedad de la medida. El interés de demora aplicado «busca esencialmente reparar los perjuicios de toda naturaleza sufridos por el Estado con motivo del no respeto, por parte de los contribuyentes, de sus obligaciones de declarar o pagar los impuestos en los plazos legalmente establecidos. Si la evolución de los tipos de mercado ha conducido a un incremento del interés de demora inicialmente aplicable, esta circunstancia no le confiere la naturaleza de sanción, en la medida en que, el tipo alcanzado no es manifiestamente excesivo teniendo en consideración los tipos medios aplicados por los prestamistas privados, en caso de descubierto no negociado» (Consejo de Estado, Ass, 12 abril 2002, *Sté Anonyme Financière Labeyrie*).

²¹ Véase, entre otros, FALCÓN Y TELLA, R. *Editorial de Quincena Fiscal*, núm. 21, diciembre 1995, pág. 6; PALAO TABOADA C. «Notas a la Ley 25/1995, de Modificación Parcial de la Ley General Tributaria», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 47, 1996, pág. 71; RAMALLO MASSANET, J. «Los nuevos recargos en la Ley General Tributaria», cit. pág. 69.

afirma que no todo «lo que no es sanción se transforma automáticamente en indemnización, o, a la inversa, que lo que no es indemnización ha de ser necesariamente una sanción, es decir, excluir la posibilidad de que entre la indemnización y la sanción propiamente dicha puedan haber otro tipo de figuras con finalidades características, que, aunque en parte coincidentes, no lo sean por entero con las propias de aquellos dos tipos» (FJ 4).

Justificar la existencia de un *tertium genus* pasa por excluir «un verdadero sentido sancionador». Los criterios que el Tribunal esgrime para determinar la posible naturaleza sancionadora del recargo tienen, como veremos, numerosos puntos en común con los criterios utilizados por el TEDH, no obstante, difieren en algunos aspectos que acaban siendo esenciales. En primer lugar, el Tribunal Constitucional examina el tratamiento que el legislador otorga a la figura en cuestión, excluyéndola claramente del ámbito sancionador, y anudando a su aplicación la exclusión de las sanciones correspondientes por falta de ingreso en plazo. En este punto, el Tribunal atribuye al recargo la función de una especie de «excusa absolutoria», como ya había afirmado un importante sector doctrinal²². No obstante, la voluntad del legislador de distanciar esta figura del ámbito sancionador –tanto en su situación en el conjunto del articulado de la LGT como en su *nomen iuris* como recargo– no puede ser un criterio definitivo a la hora de determinar su naturaleza jurídica.

La amplitud de los contornos del tipo infractor del artículo 79 a) de la LGT de 1963 hizo que se tipificaran como ilícitos tributarios conductas que posteriormente serían excluidas del tipo, como fueron los ingresos voluntarios extemporáneos, dejando incluidas, en la práctica, únicamente las conductas de omisión o falseamiento de las declaraciones-liquidaciones, esto es, la ocultación^{23,24}. Debido a la inclu-

²² Como apunta PÉREZ ROYO, «existirían dos posibilidades de interpretar o de articular en el *iter criminis* la mencionada circunstancia del cumplimiento espontáneo fuera de plazo. Una primera, es entender que se trata de un comportamiento post-consumatorio, que funciona como causa de no punibilidad. Otra interpretación sería la que considera que la posibilidad de cumplimiento espontáneo lo que hace es retrasar el momento de la consumación hasta la intervención de la Administración, siendo posible hasta este momento el desistimiento voluntario a través del mencionado comportamiento. Las diferencias entre uno y otro planteamiento se manifiestan en lo relativo al cómputo del momento inicial del plazo de prescripción». PÉREZ ROYO, F. *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986, pág. 175 nota al pie 273. La primera de las opciones fue la adoptada por el legislador, puesto que el artículo 79.1 b) de la LGT de 1963, en la redacción derivada de la Ley 10/1985, recogía un tipo de infracción grave por omisión de ingresos tributarios de contornos especialmente amplios que fue delimitado a través del artículo 61.2 de la LGT, evitando así que conductas de muy diferente entidad, en relación al bien jurídico protegido, fueran sancionadas uniformemente. En la actualidad, en el artículo 191.1 de la LGT de 2003, el tipo infractor por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación ya recoge en su enunciado la exclusión de aquellos supuestos en que la situación se regularice de acuerdo al artículo 27 de la LGT de 2003. Esta configuración del cumplimiento espontáneo como una especie de excusa absolutoria o causa de no punibilidad es adoptada en otros ordenamientos, entre los cuales debe resaltarse la institución de la auto-denuncia (*Selbstanzeige*), recogida en la Ordenanza Tributaria Alemana, regulada en el § 371 de la misma «Quien en los casos del § 370 (defraudación tributaria) rectifique o complete los datos inexactos o incompletos suministrados a la autoridad financiera o comunique los omitidos quedará en este aspecto libre de pena», véase, PÉREZ ROYO, F. *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986, pág. 174 nota al pie 272.

²³ Las deficiencias en la técnica legislativa de este tipo infractor son puestas de manifiesto con gran acierto por el profesor ZORNOZA PÉREZ, J.J. *El sistema de infracciones y sanciones tributarias*, cit., pág. 229 y ss. Su análisis deja latente la inoperatividad de un tipo infractor que, al englobar dentro de sí conductas sumamente heterogéneas, generó resultados especialmente insatisfactorios. La delimitación del tipo se llevó a cabo a través del artículo 61.2 de la LGT, para las declaraciones extemporáneas voluntarias, y respecto a la presentación de declaraciones-liquidaciones sin el correspondiente ingreso, mediante la irregular vía de la Circular de la Secretaría General de Hacienda de 29 de abril de 1986.

²⁴ En este sentido, AGUALLO AVILÉS, A. «Infracciones», en AA.VV. *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda*, Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991, pág. 1.177.

sión inicial, el Tribunal valora la posibilidad de entender el incremento del 10 por 100, aplicable a estas conductas, como una multa atenuada. Esta teoría encuentra apoyo en la consideración, en el entonces vigente artículo 82 e) de la LGT, del arrepentimiento como circunstancia atenuante²⁵. No obstante, para el Tribunal, la existencia de rasgos comunes entre la sanción y el recargo no puede servir como argumento definitorio del segundo como sanción, debiéndose evaluar la finalidad del recargo.

En este punto, la posible finalidad represiva o punitiva del recargo es descartada por el hecho que «en el sistema global de garantías del pago puntual de las deudas tributarias aparecen en primer término las sanciones *cuya cuantía* supera en mucho el importe de la figura aquí controvertida». En consecuencia, la naturaleza sancionadora se acaba excluyendo en función de la cuantía de la figura, criterio que, como gran parte de la doctrina ha sostenido, debe ocupar una posición residual, debiendo ser ponderado junto al resto de caracteres determinantes²⁶. Entre estos últimos se encuentra la naturaleza del comportamiento que se reprocha al individuo y la función que a través de la medida se pretende conseguir.

Respecto a la naturaleza del comportamiento que se reprocha, no cabe duda que tanto desde el punto de vista de la peligrosidad de la conducta, como desde el perjuicio económico para la Hacienda Pública, el comportamiento de aquél que presenta su declaración voluntariamente fuera de plazo es muy distinto del contribuyente que no presenta la misma, y es sancionado tras la correspondiente actuación de la Administración²⁷. El legislador conoce la necesidad de diferenciar ambos supuestos tanto en aras de preservar el principio de igualdad y proporcionalidad, como por razones de carácter más pragmático, que ya hemos indicado, como es promover la confesión e incrementar la recaudación²⁸.

La consecuencia jurídica no puede ser determinada con independencia del ilícito al que corresponde, y en este supuesto de forma expresa se excluyó el ingreso voluntario extemporáneo del ámbito de la infracción grave por ingreso fuera de plazo [art. 79 a) LGT]²⁹. La exclusión comporta que la consecuencia jurídica –el recargo– no sea equivalente a la consecuencia jurídica de la infracción –la sanción– puesto que de ser así se vulneraría uno de los principios informadores del Derecho sancionador, el de proporcionalidad. No obstante, hemos de considerar hasta qué punto la no tipificación formal de la conducta, que no deja de ser contraria al ordenamiento jurídico, puede comportar la aplicación de plano de la medida sustitutiva de la sanción.

En conclusión, es el supuesto de hecho generador de la consecuencia jurídica el que determina su naturaleza; como el TEDH afirma, debemos partir de la naturaleza de la infracción para valorar el carácter sancionador del instrumento utilizado. En cuanto a la cuantía de la medida, ésta constitu-

²⁵ Esta tesis es sostenida con rigurosas argumentaciones por la profesora BALLARÍN ESPUÑA, M., cuyas consideraciones llevan a afirmar que «el arrepentimiento espontáneo que manifiestan aquellos sujetos que cumplen tardía pero voluntariamente debería materializarse en un criterio de graduación de la sanción por infracción grave». BALLARÍN ESPUÑA, M. *Los ingresos tributarios fuera de plazo sin requerimiento previo*, cit., pág. 277.

²⁶ Véase, entre otros, FALCÓN Y TELLA, R. *Editorial de Quincena Fiscal*, núm. 21, diciembre 1995, pág. 6; PALAO TABOADA C. «Notas a la Ley 25/1995, de Modificación Parcial de la Ley General Tributaria», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 47, 1996, pág. 71; RAMALLO MASSANET, J. «Los nuevos recargos en la Ley General Tributaria», cit. pág. 69.

²⁷ Así lo advertía PERÉZ ROYO, F. en *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, cit., págs. 333 y 334.

²⁸ Véase, BALLARÍN ESPUÑA, M. *Los ingresos tributarios fuera de plazo sin requerimiento previo*, cit., pág. 44.

²⁹ Esto no era óbice para que dicha conducta fuera constitutiva de otra infracción, en este caso simple, por incumplimiento del deber de presentar la correspondiente declaración.

ye para el TEDH un dato relevante del carácter sancionador del recargo, pero no puede ser el elemento determinante del mismo.

Por el contrario, como hemos apuntado, el Tribunal Constitucional utiliza la cuantía como elemento definitorio de la función de la medida. A pesar de sus afirmaciones sobre el mero carácter indiciario de la cuantía del recargo, en la práctica dicha cuantía acaba constituyendo «un argumento definitivo», y la única *ratio decidendi* para calificar el recargo del 10 por 100, ex Ley 46/1995, como no sancionador y, como veremos seguidamente, el del 50 por 100, ex Ley 18/1991, como sancionador. Así, la función preventiva hace necesario un incremento en términos cuantitativos respecto al interés de demora, incremento que, en ningún caso, puede alcanzar la cuantía de la sanción mínima prevista por el ordenamiento. En caso de alcanzar dicha cuantía, la medida posee, no sólo carácter preventivo, sino también punitivo y, en consecuencia, naturaleza sancionadora. Esta tesis permite al Tribunal Constitucional separar los dos fines característicos de la pena: el castigo y la prevención^{30, 31}. No obstante, consideramos especialmente complejo llevar a cabo esta división puesto que la función preventiva de la pena, en su vertiente comunicativa, se alcanza a través del anuncio y la aplicación de las consecuencias, en este caso negativas, que recaerían sobre el sujeto si decidiera llevar a cabo tales conductas. La prevención general negativa requiere para su existencia la coacción psicológica derivada de la función punitiva de la pena³².

2. La inconstitucionalidad de los recargos del 50 por 100 y 100 por 100, ex Ley 18/1991: la elevada cuantía como factor determinante de su naturaleza punitiva.

Tras haberse pronunciado a favor de la constitucionalidad del recargo del 10 por 100 de la deuda tributaria como mínimo interés de demora, el Tribunal Constitucional, de nuevo, cinco años después,

³⁰ Así se pone de relieve por AGULLÓ AGÜERO, A. *Comentario de jurisprudencia. Anuario de Gobierno Local*, Diputación de Barcelona, Marcial Pons, 1996, pág. 399.

³¹ El Tribunal Constitucional afirma al respecto, 164/1995 (FJ 4), que «esta función disuasoria del recargo se logra mediante la amenaza de una consecuencia desfavorable. Y resulta obvio que el contenido material de esta consecuencia no difiere del que puede tener una medida sancionadora. Sin embargo, (...) una cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria, y otra bien distinta que toda medida con una finalidad disuasoria de determinados comportamientos sea una sanción. Así lo ha reconocido este Tribunal expresamente en el caso de las multas coercitivas (STC 239/1988) e indirectamente respecto de otras figuras jurídicas como son los tributos con función extrafiscal (STC 37/1987)». No obstante, en los casos a los que el Tribunal hace referencia, los respectivos supuestos de hecho no constituyen conductas ilícitas. En concreto, la multa coercitiva constituye «un medio de constreñimiento económico, adoptada previo el oportuno apercibimiento, reiterada en lapsos de tiempo y tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario a lo dispuesto en la resolución administrativa previa». Por su parte, el supuesto generador del Impuesto sobre Tierras Infrautilizadas no es otro que el devengo del hecho imponible —la *infrautilización de las fincas rústicas, por no alcanzar en el periodo impositivo el rendimiento óptimo por hectárea fijada para cada comarca en el correspondiente Decreto de Actuación Comarcal* (STC 37/1987)—. Por el contrario, el recargo se aplica en un supuesto de hecho que inicialmente formaba parte de una conducta tipificada como infracción grave, [o como el propio Tribunal Constitucional llega a afirmar, «el recargo cuestionado se aplica como consecuencia de una infracción de la Ley» (STC 276/2000 (FJ 3))].

³² En este punto nos parecen especialmente interesantes las afirmaciones del profesor MIR PUIG, al definir la concepción preventiva de la pena. El autor se cuestiona «¿Para qué se impone entonces la pena? Cabe responder que se hace simplemente para dejar testimonio de que el mal merece ser castigado, peor en tal caso se estará reconociendo que la retribución no se justifica como mera respuesta *ex post*, sino para conseguir una determinada finalidad posterior al castigo (dejar testimonio). Y si seguimos preguntando para qué es preciso conseguir tal objetivo, la respuesta más razonable y seguramente más probable será la de que con ello se quiere influir en la conducta futura de los ciudadanos, para que a la vista de que el mal merece su castigo, eviten su realización. Pero con éste se habrá llegado, precisamente, a una concepción preventiva de la pena» (véase, MIR PUIG, S., *Estado, pena y delito*, Ed. IBdeF, Buenos Aires, 2006, 178 y 179).

en 2000 (STC 276/2000, 16 de noviembre), debe valorar el carácter sancionador del recargo único del 50 por 100 del artículo 61.2 de la LGT en su redacción dada por la Ley 18/1991. En este supuesto, la medida configurada como recargo alcanza, en términos cuantitativos, la sanción correspondiente (art. 87.1 LGT) a la infracción grave por dejar de ingresar [art. 79 a) LGT], con la única diferencia que el recargo –en la medida que incluye los intereses de demora– tiene un componente indemnizatorio.

El elevado porcentaje del recargo provocó dos reacciones. Por un lado, la figura se mostró ineficiente como mecanismo para reducir el fraude fiscal, puesto que la opción de guardar silencio, a la espera de la prescripción, constituía una opción rentable, ya que en el caso en el que la deuda fuera finalmente descubierta y liquidada por la Administración el montante de la sanción no difería sustancialmente del resultado obtenido tras la aplicación del recargo único. Y, por el otro, las consecuencias jurídicas que se anudaban a ambos supuestos de hecho, los ingresos realizados fuera de plazo sin requerimiento previo y los realizados previo requerimiento de la Administración, eran equivalentes, vulnerándose los principios de igualdad y proporcionalidad.

Siguiendo la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 164/1995 y ratificada a través de otras sentencias también de pleno, como la 198/1995, de 21 de diciembre, y la 44/1996, de 14 de marzo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña presentó cuatro cuestiones de inconstitucionalidad –acumuladas y resueltas por la sentencia 276/2000–³³. Con posterioridad, a partir de 1998, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña pasó a inaplicar directamente estos recargos al considerar los mismos sanciones aplicadas «de plano», sin las garantías que deben acompañar a toda manifestación de la potestad sancionadora administrativa (STSJ de Cataluña de 19 de febrero, de 30 de abril y de 25 de mayo de 1998)^{34, 35}.

En la sentencia 276/2000, el Tribunal Constitucional atribuye carácter sancionador al recargo único del 50 por 100, manteniendo los criterios establecidos en la sentencia 164/1995 para delimitar las sanciones de otras medidas. Se descarta su naturaleza indemnizatoria, puesto que el resarcimiento de la Hacienda Pública se alcanzaría a través de «la aplicación de medidas de neutralización financiera», es decir, de intereses de demora, cuya cuantía es sustancialmente inferior a la del recargo del 50 por 100. Las dos hipótesis siguientes planteadas por el Tribunal son: que el recargo único constituyera un tributo, o bien que el mismo poseyera una función indemnizatoria y de estímulo para el cumplimiento espontáneo, pero tardío, de las obligaciones tributarias.

La primera de las opciones se excluye dado que la prestación patrimonial recogida en el artículo 61.2 de la LGT no puede considerarse un tributo que se exija por la existencia de un nuevo

³³ La constitucionalidad de estos recargos fue analizada también en la sentencia 291/2000, de 30 de noviembre, así como las sentencias 307/2000 y 312/2000, ambas de 18 de diciembre, 93/2001, de 2 de abril, y 127/2002, de 23 de mayo, todas ellas resolviendo recursos de amparo.

³⁴ Las mismas se encuentran comentadas por la profesora BALLARÍN ESPUÑA, M. en «Sanciones tributarias inciertas: la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre su calificación y aplicación», núm. 22 de febrero de 1999, págs. 1-5.

³⁵ Una posición distinta fue adoptada por la Audiencia Nacional (sentencias, entre otras, de 24 de marzo de 1999, de 17 de junio de 1999, de 22 de febrero 2000, 16 marzo de 2000 y 16 de enero de 2001). La Audiencia Nacional considera tales recargos como constitucionales, en la medida en que la Administración Tributaria los exigiera a través de un procedimiento en el cual el obligado tributario pudiera defenderse. Argumentación que confluye frontalmente con el automatismo que caracteriza el recargo en cuestión.

hecho imponible revelador de riqueza, cuya función, básica, sea el sostenimiento de los gastos públicos. Una vez descartada esta primera hipótesis, el Tribunal entra a analizar la posibilidad de que esta figura, al igual que el interés de demora mínimo del 10 por 100, tenga una función meramente disuasoria y no punitiva. El supuesto de hecho generador de ambas medidas es exactamente el mismo, la declaración extemporánea sin requerimiento previo, siendo la cuantía el aspecto básico en que difieren ambas figuras.

Bajo estas coordenadas, el Tribunal inicia su razonamiento destacando con acierto el valor meramente «indiciario» de la cuantía, no obstante, como ya había sucedido en la sentencia 164/1995, acaba siendo la cuantía el factor determinante del carácter sancionador del recargo del 50 por 100. La cuantía del recargo, al no diferir sustancialmente de la de sanción, hace que éste busque, no sólo resarcir y disuadir del pago extemporáneo, sino también castigar a aquellos sujetos que no hubieran cumplido con su obligación tributaria en tiempo.

Su verdadera naturaleza sancionadora, encubierta bajo la denominación de recargo, había llevado a la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a declarar vulnerados los artículos 24.2 y 25.1 de la CE —que establecen las garantías procesales y materiales aplicables a las sanciones— así como el artículo 9.3 de la CE —que determina el principio de seguridad jurídica e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos—. El Tribunal Constitucional, por el contrario, en su análisis de los posibles fundamentos de la inconstitucionalidad del artículo 61.2, descarta la violación del artículo 25.1 de la CE, puesto que el artículo 61.2 respeta las exigencias derivadas del principio de certeza en cuanto a la conducta contraria al ordenamiento jurídico de la cual deriva la imposición de la sanción, en este supuesto del recargo. Lógicamente, la conclusión no puede ser pareja respecto al artículo 24.2 de la CE, dada la aplicación «de plano» del recargo, sin las garantías procesales que comporta la apertura del correspondiente procedimiento sancionador.

Destaca la falta de pronunciamiento sobre la vulneración del artículo 9.3 de la CE, cuestión que sí aborda GARRIDO FALLA en su voto particular concurrente. El Magistrado afirma la facilidad del legislador de cumplir las exigencias derivadas de la sentencia precedente, siendo tan sólo necesario imponer el recargo —en este caso del 50%— previo expediente administrativo con audiencia al interesado. Dado que el acto administrativo está estrictamente reglado —imposición del recargo tras declaración extemporánea sin requerimiento previo— se cierra la posibilidad del contribuyente de realizar alegaciones que puedan modular la aplicación del recargo; alegaciones basadas en «los criterios de culpa y proporcionalidad vigentes en materia sancionadora». Por este motivo, el voto particular ofrece un camino discursivo distinto, que parte de la denuncia de la arbitrariedad del precepto —por desproporcionado— para entrar a analizar, posteriormente, la constitucionalidad en base al artículo 24.2 de la CE.

En nuestra opinión, declarar el recargo como inconstitucional por contrario al principio de igualdad y proporcionalidad permite una valoración independiente de la institución, huyendo de su posible calificación como sanción ³⁶. En Derecho comparado, el criterio de la proporcionalidad ha

³⁶ Observar los recargos por declaración extemporánea voluntaria desde la perspectiva de la proporcionalidad, pasa por someter los mismos al denominado «test alemán de proporcionalidad», utilizado formalmente por el Tribunal Constitucional desde mediados de la década de los noventa. Los tres requisitos que constituyen dicho test son la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, tomando en consideración la finalidad de la medida como *prius lógico* de la proporcionalidad. En relación a la finalidad de la medida, el Tribunal Constitucional con anterioridad analizaba

sido utilizado en sucesivas ocasiones por el Consejo Constitucional francés, respecto a algunas sanciones cuya aplicación se producía «de plano» y su cuantía se consideraba especialmente severa ³⁷. Dos circunstancias que se aprecian claramente en el recargo del 50 por 100 del artículo 61.2 de la LGT ex Ley 18/1991 y de forma flagrante en el del 100 por 100. La cuantía puede determinar la proporcionalidad de una circunstancia jurídica restrictiva de derechos, más aún cuando se aplica sin las garantías propias del ordenamiento sancionador, pero su naturaleza no puede venir únicamente definida por este criterio, sino por la conjunción del mismo con su función y estructura, elementos que en nada difieren del antiguo artículo 61.2 LGT ex Ley 46/1985.

Como era de esperar, tras este pronunciamiento la doctrina, partidaria de la calificación del recargo como sanción, critica duramente que sea la cuantía, de nuevo, el único fundamento de la naturaleza intimidatorio-represiva o sancionador del recargo ³⁸.

si la misma poseía relevancia constitucional (STC 22/1981 o STC 196/1987), con posterioridad, las exigencias se han limitado a la simple legitimidad constitucional de la medida. El recargo por declaración extemporánea supera este requisito al fundarse su legitimidad constitucional en el artículo 31 de la CE. En cuanto a la idoneidad de la medida objeto de control, primero de los elementos constitutivos del test de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional no exige que la medida sea el instrumento óptimo para la consecución de la finalidad perseguida, por el contrario, tan sólo es necesario que la misma carezca plenamente de idoneidad, hecho que, como ya admitió el Tribunal Constitucional, es poco probable (STC 66/1995) y que, sin lugar a dudas, no se predica del recargo por declaración extemporánea voluntaria. Los mayores problemas se encuentran en el segundo y el tercer elemento del test, la necesidad de la medida objeto de control y la proporcionalidad de la misma en sentido estricto. La necesidad de la medida objeto de control comporta «la ausencia de alternativas más moderadas (o menos gravosas) para la consecución, con igual eficacia, de la finalidad perseguida» (STC 161/1997). Como apuntamos al analizar el supuesto de hecho del recargo, medidas menos gravosas –como es el interés de demora– difícilmente alcanzarían la finalidad perseguida (garantizar la presentación de las declaraciones en plazo). Por último, resta observar la proporcionalidad de la medida en sentido estricto, punto en el que, como plantea GONZÁLEZ BEILFUSS, las dificultades radican en su separación de la proporcionalidad en sentido genérico (véase, GONZÁLEZ BEILFUSS, M., «Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad», *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 4, 2002, págs. 1.116 y 1.117; y *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, Elcano, 2003, págs. 133 a 141). El Tribunal Constitucional tiende a exigir que la medida sea «proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» (STC 66/1995); y, en el ámbito penal, este requisito se ha definido a través de la «comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena», o «entre el desvalor del comportamiento tipificado y la cuantía de la sanción» (STC 55/1996 y 161/1997, respectivamente). En nuestra opinión, el recargo y, especialmente, los perjuicios derivados de su aplicación de plano, difícilmente superarían este último test de proporcionalidad en sentido estricto. Existiendo medidas alternativas –como una posible sanción atenuada– que garantizarían tanto el fin perseguido, como la protección de los derechos del contribuyente a través de la apertura del procedimiento sancionador.

³⁷ Encontramos dos declaraciones de no conformidad a la Constitución de dos multas (*amendes*), la primera de ellas era una multa por descubrimiento de rendimientos injustificados, que ascendía al total del rendimiento descubierto. Por tanto, en numerosos casos, cuando la suma de los rendimientos descubiertos era muy elevada, la multa podía alcanzar un carácter desproporcionado (Decisión n.º 89-237 de 30 de diciembre de 1987). Diez años después, en 1997, la Corte Constitucional declara contraria a la Constitución, las multas fijas de 100 Francos por omisión o inexactitud constatada en las facturas presentadas en la declaración del IVA y de 10000 Francos por factura no presentada. Se considera que la severidad de esta multa, pudiendo existir un cúmulo de inexactitudes derivadas de un mismo error que generen una multa de cuantía superior a la propia factura, unida a su aplicación de plano, vulneraban el principio de proporcionalidad. Sobre el tratamiento de las sanciones desproporcionadas de forma manifiesta en el ordenamiento francés, véase, GEST, G. «Non-cumul et modulation: les limites de droit interne au processus de pénalisation des sanctions fiscales», en *Revue Française de Finances Publiques*, n.º 65, marzo de 1999, págs. 66 y 67.

³⁸ Véase, en este sentido, BALLARÍN ESPUÑA, M. «Inconstitucionalidad de las manifestaciones encubiertas de la potestad sancionadora administrativa en materia tributaria (Comentario a la STC 276/2000, por la que se declara la inconstitucionalidad del recargo único del 50 por 100 del artículo 61.2 de la Ley General Tributaria ex Ley 18/1991)», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 3/2001, Parte Estudio, pág. 5 (versión electrónica, BIB 2001/407).

Poco después, el Tribunal en la STC 291/2000, de 30 de noviembre, resuelve un recurso de amparo formulado frente a la imposición del recargo del 100 por 100 –por la presentación fuera de plazo sin ingreso– declarándolo inconstitucional. Los argumentos son, básicamente, una reiteración de los apuntados en la sentencia 276/2000. El criterio cuantitativo, utilizado con anterioridad, sustenta con mayor contundencia las afirmaciones del Tribunal sobre la finalidad de castigo del recargo, y la exclusión de una posible función de estímulo (FJ 10). La sentencia, si bien no considera vulnerado el artículo 25 de la CE al haberse establecido la conducta ilícita y la sanción correspondiente a través de una norma de rango legal (FJ 11), concluye declarando la vulneración de las garantías del artículo 24.1 de la CE al imponer al contribuyente un recargo –declarado de naturaleza sancionadora– sin procedimiento contradictorio alguno.

Partiendo de la jurisprudencia constitucional hasta aquí expuesta, en abundantes ocasiones se ha conjeturado sobre la constitucionalidad de los recargos por declaraciones extemporáneas, establecidos en el artículo 61.3 de la LGT de 1963 tras la modificación efectuada por la Ley 25/1995, así como los recargos del artículo 27 de la Ley 58/2003 General Tributaria. Ambos tipos de recargos guardan abundantes similitudes, puesto que la LGT de 2003 introdujo modificaciones, básicamente, de carácter formal.

El porcentaje de los intereses de demora –fijado para el año 2008 en un 7%³⁹–, da como resultado un interés de aproximadamente el 1,72 por 100 en caso de retraso de tres meses, cantidad muy inferior al recargo del 5 por 100. De igual forma, el interés de demora del 3,45 por 100 y del 7 por 100 aplicable para retrasos de seis y doce meses difiere sustancialmente de los recargos del 10 y 15 por 100. El apartado 5.º del artículo 27, introducido por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, establece la aplicación de una reducción del 25 por 100 del recargo en aquellos supuestos de realización del ingreso al tiempo de la presentación, o en el plazo de pago voluntario abierto con la notificación de la liquidación. Las cuantías de estos recargos por declaración extemporánea reducidos (del 3,75, 7,5 y 11,25%) continúan siendo sustancialmente superiores a las cuantías de los correspondientes intereses de demora. No obstante, a diferencia de los recargos del artículo 61.2 ex Ley 18/1991, la cuantía del recargo único (tanto del ordinario como en mayor medida del reducido) difiere de la cuantía de la sanción derivada de la infracción por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación (art. 191 LGT 2003).

Siguiendo la doctrina constitucional previa se podría afirmar que, junto a la función indemnizatoria en la parte correspondiente a los intereses de demora, cuya aplicación el recargo excluye, el exceso existente cumple una función de estímulo al cumplimiento en plazo de la obligación tributaria, previniendo una posible generalización del pago tardío. La naturaleza sancionadora quedaría descartada en tanto en cuanto su cuantía diverge sustancialmente de la correspondiente a la sanción derivada de la infracción por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación. Estas conclusiones no han estado exentas de críticas⁴⁰. Y las dudas, sobre la correc-

³⁹ Disposición adicional trigésima cuarta, b), de la Ley 51/2007, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

⁴⁰ Véase, entre otros, FALCÓN Y TELLA, R. «La doctrina constitucional en materia de recargos por ingreso extemporáneo», *Quincena Fiscal*, n.º 8, abril 2001, págs. 7 y 8. Para FALCÓN Y TELLA el amplio margen cuantitativo entre los intereses de demora y el recargo por ingreso extemporáneo voluntario, elimina toda función de estímulo al ingreso espontáneo, ya que el contribuyente que puede pensar que no será sancionado o que la sanción se eliminará en vía contencioso-adminis-

ción de los resultados que se obtienen de aplicar esta doctrina constitucional al actual sistema de recargos, todavía son mayores respecto al recargo del 20 por 100, en caso de demora superior a un año, el cual –además de no excluir la aplicación de interés de demora– alcanza una cuantía similar a la de la sanción derivada de la infracción por dejar de ingresar^{41, 42}.

Los recelos relativos a la inconstitucionalidad del recargo del 20 por 100 se plasmaron en sucesivas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁴³. En ellas se sostiene la existencia de dos posibles interpretaciones del artículo 61.3 en la redacción dada por la Ley 25/1995. Una, en la que los intereses de demora, cuya aplicación no excluye el recargo del 20 por 100, se cuantifican desde el día siguiente a la finalización del periodo voluntario y, otra, en la que los intereses de demora son cuantificados a partir de transcurridos doce meses desde la finalización de aquél.

La primera de las interpretaciones conduce a un resultado final que se aproxima en términos cuantitativos a una sanción, factor que, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional desencadenaría la inconstitucionalidad del precepto. Por este motivo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha considerado válida la segunda interpretación –de no simultaneidad del recargo único con los intereses de demora–, que, al generar una cuantía inferior a la correspondiente sanción, permite salvaguardar la constitucionalidad del recargo. De igual forma, la aplicación conjunta de los intereses de demora y el recargo hubiera comportado la superposición de dos figuras a las que el Tribunal Constitucional ha atribuido funciones parejas⁴⁴; recordemos que el incremento del interés de demora exigible por la Administración a sus deudores se basaba en la función preventiva o disuasoria de éstos (STC 76/1990), y no sólo en el mayor perjuicio económico que causa el incumplimiento generalizado de los contribuyentes.

Esta opción jurisprudencial ha sido recogida en la redacción del artículo 27 de la LGT de 2003, que expresamente indica la exigibilidad de los intereses de demora por el periodo transcurrido desde el día siguiente al término de los 12 meses siguientes al momento de finalización del periodo volun-

trativa por la inexistencia de culpa, preferirá esperar un posible procedimiento inspector, el cual generaría un tratamiento más favorable que el derivado de la aplicación de los recargos, sin descartar claro está, que el proceso inspector no llegue a efectuarse alcanzándose la prescripción. Estos argumentos, junto a la necesidad de solventar el error de salto que se produce en la aplicación de los diferentes tipos del recargo único, le llevan a afirmar la necesidad de configurar un recargo de cuantía más reducida.

⁴¹ Véase, BALLARÍN ESPUÑA, M. «Inconstitucionalidad de las manifestaciones encubiertas de la potestad sancionadora administrativa en materia tributaria (Comentarios a la STC 276/2000, por la que se declara la inconstitucionalidad del recargo del 50 por 100 del artículo 61.2 de la Ley General Tributaria ex Ley 18/1991)», cit., pág. 7 (versión electrónica Aranzadi).

⁴² No podemos olvidar que la sanción puede ser objeto de una reducción del 30 por 100, por conformidad del interesado con la regularización [art. 187.1 d) y art. 188. 1 b) LGT, art. 7 RGRST], y la cantidad obtenida tras esta reducción, puede ser objeto de una ulterior reducción, ahora del 25 por 100, por pronto pago de la sanción [art. 188.3 a) LGT], dando como resultado una reducción del 47,5 por 100. De igual forma, el contribuyente puede optar por la suscripción de un acta con acuerdo la cual lleva aparejada una reducción del 50 por 100 (art. 155 LGT).

⁴³ Véanse las sentencias 309/2002, de 6 de marzo, 271/2005, de 17 de marzo, 1192/2005 y 1193/2005, de 28 de octubre, 1200/2005, de 31 de octubre, 1259/2005, de 22 de noviembre, 1403/2005, de 22 de diciembre, y 114/2007, de 8 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En similares términos se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, sentencia de 25 de junio de 2007.

⁴⁴ Esta duplicidad de las funciones desempeñadas por ambas figuras fue apuntada por la profesora AGULLÓ AGÜERO, A. *Comentario de jurisprudencia. Anuario de Gobierno Local*, Diputación de Barcelona, Ed. Marcial Pons, 1996, pág. 399.

tario de pago. Esta interpretación formulada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y por la Audiencia Nacional (SAN de 9 de diciembre de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo) acomoda la norma al ordenamiento y excluye la procedencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ⁴⁵.

Con todo, persisten dudas sobre la posible naturaleza sancionadora de los recargos: en primer lugar, el argumento del Tribunal Constitucional de la «levedad» del recargo no tiene en consideración el supuesto de retrasos de un sólo día. Razón que llevó a considerarlo sancionador por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia de 8 de febrero de 1999 ⁴⁶. En segundo lugar, la negación de su carácter sancionador plantea dudas respecto a la aplicación retroactiva de la norma más favorable (regla recogida en el art. 10.2, párrafo segundo, LGT) ⁴⁷. Y, por último, la doctrina del Tribunal Constitucional español aplicada para determinar la naturaleza sancionadora de una medida, basada en última instancia en un criterio cuantitativo, se aparta de la doctrina sobre la materia del TEDH, especialmente tras la sentencia *Jussila c. Finlandia*. Ésta sería la conclusión que se extrae de una primera lectura del citado pronunciamiento del TEDH que declara la naturaleza sancionadora de un *majoration d'impôt/surcharge* del 10 por 100. No obstante, el análisis de la naturaleza de la infracción, así como de las consecuencias jurídicas —a nivel de garantías procesales— derivadas de la calificación por parte del TEDH de un instrumento como sancionador, nos conducen a matizar dicha afirmación.

5. MEDIDAS APLICABLES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO FRANCÉS EN LOS SUPUESTOS DE DECLARACIÓN EXTEMPORÁNEA FUERA DE PLAZO

La discusión sobre la naturaleza de este tipo de medidas fiscales, básicamente su consideración o no como sanciones, se ha producido en términos similares en otros ordenamientos jurídicos. Así, en Francia, el Consejo Constitucional se pronunció ya en 1982 sobre la necesidad de distinguir entre las distintas «penalidades» según su objeto. Y, en su Decisión n.º 82-155 DC de 30 de diciembre de 1982, declaró la aplicabilidad del artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en materia penal a todas las sanciones administrativas que posean naturaleza punitiva, con la exclusión en el ámbito fiscal de los intereses de demora y los recargos que posean carácter de «reparación pecuniaria».

⁴⁵ Esta doctrina, que preserva la constitucionalidad de los recargos actualmente vigentes (que parten en su base de los existentes en la LGT tras la modificación introducida por la Ley 25/1995) ha sido aplicada en numerosas sentencias por distintos Tribunales Superiores de Justicia. Igualmente, el Tribunal Supremo asume esta postura en sus sentencias de 1 y 16 de julio de 1999, dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina.

⁴⁶ Este argumento se recoge por MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M.^a; CASADO OLLERO, G.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 19 Ed., Tecnos, Madrid, 2008, pág. 501.

⁴⁷ De las dudas que generaba la extensión de la regla de la retroactividad *in bonus* a los recargos ya dejó constancia el Informe para la Reforma de la LGT, junio de 2001 por la Comisión para el Estudio y Propuesta de Medidas para la Reforma de la LGT. Éste proponía suprimir la referencia a la retroactividad *in bonus* de las normas que regulan el régimen de los recargos, entendiendo «que ello supone, de alguna manera, reconocer el carácter sancionador de estas prestaciones» (pág. 172 del Informe para la Reforma de la LGT). Para un análisis exhaustivo de la retroactividad *in bonus* en materia tributaria véase MACHO PÉREZ, A.B., *El principio de irretroactividad en Derecho tributario* (tesis doctoral), Barcelona, 2006, págs. 708 a 798.

Con posterioridad a este pronunciamiento del Consejo Constitucional, la jurisprudencia del Consejo de Estado, tras resolver varios asuntos sobre la materia, ha sufrido una importante evolución. En el primero de sus pronunciamientos (CE 13 de octubre de 1986, n.º 44, 193) el Consejo de Estado afirmaba la necesidad de motivar las sanciones fiscales en todos los casos, sin excluir de esta obligatoriedad los intereses de demora. Posteriormente, en el asunto *Grisoni* (CE 9 de noviembre de 1988, n.º 68965), el Consejo de Estado se hace eco de la necesidad de diferenciar entre medidas que técnicamente poseen carácter de reparación pecuniaria de medidas que constituyen verdaderas sanciones. El criterio utilizado por el Consejo en el asunto *Grison*, para determinar la naturaleza meramente indemnizatoria de los intereses de demora, fue la aplicación de los mismos por parte de la Administración sin ninguna apreciación del comportamiento del contribuyente. Es decir, la automatización de la medida constituía el criterio diferenciador.

Tras sucesivos pronunciamientos por parte del Consejo Constitucional afirmando que el «carácter objetivo» de la aplicación de la medida constituía un criterio falso para determinar su naturaleza (véase, DC N.º 89-268 de 29 de diciembre de 1989), el Consejo de Estado modificó su doctrina en el asunto *Vermeersch* (CE 17 de febrero de 1992, n.º 58299) fijando como criterio de distinción el objeto de la medida, diferenciando entre si éste era la verdadera punición o, por el contrario, la mera reparación.

A diferencia del Tribunal Constitucional español, el Consejo de Estado no aprecia la existencia de un *tertium genus* (es decir, la existencia de recargos con naturaleza preventiva pero no punitiva, medidas intermedias entre la pura indemnización o la sanción) sino que todos aquellos instrumentos que no poseen netamente carácter reparador poseen, necesariamente, la naturaleza de sanción fiscal. Esta doctrina, relativamente simple en su vertiente teórica, resulta compleja en su aplicación, especialmente en dos supuestos: los intereses de demora –en la medida en que éstos poseen un incremento en relación al interés legal del dinero– y las *majoration d'impôt* en caso de falta o retraso en la presentación de declaraciones.

Sobre ambos casos han tenido ocasión de pronunciarse las altas jurisdicciones francesas. Respecto a los intereses de demora, a pesar de poseer un tipo ampliamente superior al interés legal del dinero, su función se ha considerado meramente reparadora y no punitiva (véase, Consejo de Estado Avis, Sect, 31 de marzo 1995, *Sarl AutoIndustrie Méric*; Consejo de Estado Avis, Sect, 12 abril, 1996, *Houdmond*; Consejo de Estado, Avis, 8 julio, 1998, *Fattel*; Corte de Casación –Sala de lo comercial, financiero y económico–, 27 septiembre 2005, *Octogone immobilier*).

Sin embargo, algunos tribunales de primera instancia, arriesgadamente, llegaron a considerar que, dada la elevada cuantía del interés de demora, éste poseía una naturaleza punitiva (véase, entre otras, Tribunal de Gran Instancia de París, 6 julio 2000, *Crts Dalloz-Furet*; *Procédures*). La controversia fue zanjada por el Consejo de Estado, al resolver la cuestión presentada por el Tribunal Administrativo de Pau (*procedure de l'avis pour questions de droit nouvelles*). La posición del Consejo de Estado es firme y se basa en un doble criterio: la finalidad y la gravedad de la medida; el interés de demora aplicado «busca esencialmente reparar los perjuicios de toda naturaleza sufridos por el Estado con motivo del no respeto, por parte de los contribuyentes, de sus obligaciones de declarar o pagar los impuestos en los plazos legalmente establecidos. Si la evolución de los tipos de merca-

do ha conducido a un incremento del interés de demora inicialmente aplicable, esta circunstancia no le confiere la naturaleza de sanción, en la medida en que, el tipo alcanzado no es manifiestamente excesivo teniendo en consideración los tipos medios aplicados por los prestamistas privados, en caso de descubierto no negociado» (Consejo de Estado, Ass, 12 abril 2002, *Sté Anonyme Financière Labeyrie*).

Esta decisión no entra en contradicción con la doctrina del TEDH, como después tendremos ocasión de analizar ⁴⁸. El Consejo de Estado francés, a diferencia del Tribunal Constitucional español, otorga a los intereses de demora, a pesar de su tipo incrementado, una función únicamente reparadora –no preventiva–; esta función determina su naturaleza meramente restitutiva, y su cuantía, no excesiva en comparación a los valores de mercado, viene a confirmar la misma.

En cuanto a la *majoration d'impôt* del 10 por 100, más intereses de demora, establecida en el antiguo artículo 1.733.1 del Código General de Impuestos (CGI) para aquellos casos de falta o retraso en la presentación de declaraciones, ésta fue considerada por el Consejo de Estado francés como sancionadora (asunto *Vermeersch*). La reparación a la Hacienda Pública se lleva a cabo a través de los intereses de demora que acompañan a dicha *majoration d'impôt*, teniendo esta última una función punitiva ⁴⁹.

Esta *majoration d'impôt*, en la actualidad regulada en el artículo 1.728.1 del CGI, es la medida del ordenamiento jurídico tributario francés que mayor similitud guarda con los recargos españoles por declaración extemporánea voluntaria (art. 27 LGT 2003) ⁵⁰.

El artículo 1.728 del CGI establece varios supuestos, en función de dos criterios: la demora en la presentación de la declaración y la existencia o inexistencia de requerimiento (*mise en demeure*). El primero recoge una *majoration d'impôt* del 10 por 100 para aquellos casos en los que la presentación de la declaración se realiza extemporáneamente, pero sin requerimiento previo, o en los treinta días siguientes a la recepción del primer requerimiento. Esta *majoration d'impôt* se incrementa al 40 por 100 si la presentación no se efectúa en los treinta días siguientes a la recepción del requeri-

⁴⁸ Véase, cuestiones de inadmisibilidad del TEDH *Mieg de Boofzheim c. Francia*, de 3 de diciembre de 2002, y *Mayer c. Alemania*, de 16 de marzo de 2006.

⁴⁹ El Consejo de Estado descarta que estemos frente a un interés de demora «a tanto alzado», «forfaitisation de l'intérêt de retard». Véase sobre este punto, BACHELIER, G. «Les sanctions fiscales dans la jurisprudence du Conseil d'État», *Revue Française de Finances Publiques*, n.º 65, Marzo, 1999, pág. 19 y ss.

⁵⁰ Esta *majoration d'impôt* no debe confundirse con la *majoration d'impôt* del 10 por 100 establecida en los casos de falta de pago o de pago tardío del Impuesto sobre la Renta, el Impuesto sobre Sociedades o los Impuestos directos locales, es decir, de Impuestos recaudados por los funcionarios del Tesoro (art. 1.730 CGI). La aplicación de esta *majoration d'impôt*, según el artículo 1 de la Ley n.º 79-87 de 11 junio de 1979 relativa a la motivación de los actos administrativos, esta *majoration d'impôt* debe estar motivada. A la vez, la misma puede ser objeto de impugnación frente al juez de lo contencioso el cual controlará la corrección de su aplicación así como la exactitud de su cuantía en relación al tipo previsto por la Ley. A mayor abundamiento, ninguna disposición, ni legislativa ni convencional, impide que esta *majoration d'impôt* sea aplicada como consecuencia de una decisión judicial, en la cual el juez deberá modular su tipo. La *majoration d'impôt*, por falta de pago o pago tardío, es del 5 por 100 en el caso de impuestos recaudados por la Dirección General de Impuestos (art. 1.731.1 CGI); ésta no será aplicable cuando la declaración extemporánea voluntaria se acompañe del ingreso de la totalidad de la deuda tributaria (art. 1.731.2 CGI).

miento. Por último, el porcentaje alcanza el 80 por 100 de la deuda tributaria en aquellos supuestos en que se descubre una actividad oculta.

La jurisdicción administrativa considera que el artículo 1.728 del CGI, al graduar los tipos de la *majoration d'impôt* según el periodo de demora, la existencia o inexistencia de requerimiento y la presencia de actividades ocultas, hace proporcional la gravedad de la sanción a las maniobras del contribuyente. Además, a diferencia de los recargos españoles por declaración extemporánea voluntaria, la aplicación de la *majoration d'impôt* prevista en el artículo 1.728 del CGI está sujeta a control judicial. El juez, tras ratificar la corrección tanto de los hechos como de la calificación de los mismos por parte de la Administración, podrá, según los resultados obtenidos, mantener el tipo aplicable por la Administración o sustituirlo por un tipo inferior de los recogidos por la Ley. El juez, incluso, podrá finalmente acabar aplicando solamente los intereses de demora, excluyendo la *majoration d'impôt*, si una vez observados los hechos, considera que el contribuyente no se ha abstenido de suscribir su declaración en el plazo legal.

Por último, la exclusión de la *majoration d'impôt* no sólo puede establecerse por el juez, sino que el propio CGI regula en su artículo 1.755 la exclusión de las *majorations d'impôt* de cualquier naturaleza, siempre y cuando no exista mala fe, el contribuyente comunique las insuficiencias, inexactitudes u omisiones de sus declaraciones en los tres meses siguientes al vencimiento del plazo legal. El beneficio de esta medida está sometido a tres condiciones: i) la inexistencia de maniobras fraudulentas; ii) que las insuficiencias, inexactitudes u omisiones no hayan sido objeto, anteriormente al momento de regularización por parte del contribuyente, de algún procedimiento administrativo o judicial, ni de ninguna propuesta de rectificación; iii) que el importe de la deuda tributaria se haga efectivo en los plazos legales previstos. Sin embargo, la aplicabilidad del artículo 1.755 del CGI se encuentra doblemente limitada, por un lado, a aquellos casos en los que haya existido una declaración, siendo ésta incompleta, y, por el otro, a una serie de sujetos muy determinados —personas suscritas a centros de gestión o asociaciones agrarias—.

De este modo, en última instancia, tanto por regularizar espontáneamente, cumpliendo los requisitos citados del artículo 1.755 del CGI, como lo que es más importante, por la intervención del juez de lo contencioso-administrativo en la apreciación de los hechos y la intencionalidad del contribuyente, la cuantía de la *majoration d'impôt* por declaración fuera de plazo puede verse modulada o incluso excluida; opciones que no tienen cabida respecto a los recargos por declaración extemporánea voluntaria españoles, cuya aplicación es de plano ⁵¹.

Antes de concluir, debemos destacar que en el ordenamiento jurídico tributario francés la Administración es la encargada de efectuar la liquidación del Impuesto sobre la Renta. Por tanto, respecto del mismo no se podrá producir el supuesto, recogido en el artículo 1.728 del CGI, de declaración extemporánea voluntaria. Por el contrario, el Impuesto sobre el Valor Añadido y el Impuesto sobre Sociedades sí son objeto de autoliquidación por parte del contribuyente.

⁵¹ Y ello se produce, como ponía de manifiesto GARRIDO FALLA en el voto particular formulado en la STC 276/2000, por la rigidez del supuesto de hecho. La calificación del recargo como sanción comportaría la apertura del procedimiento sancionador y la correspondiente audiencia previa al interesado, pero como cuestiona el magistrado del Alto Tribunal ¿Qué podrá alegar para evitar el recargo si el texto de la Ley no se modifica en cuanto a la posibilidad de establecer circunstancias que modulen la aplicación del recargo?

El TEDH también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza de la *majoration de impôt* del antiguo artículo 1.733.1 del CGI, actual 1.728 del CGI, como veremos a continuación.

6. LA NATURALEZA PUNITIVA DEL RECARGO DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL TEDH

1. La aplicabilidad del artículo 6 del CEDH a los procedimientos tributarios en la jurisprudencia del TEDH.

El artículo 6 del CEDH reconoce el derecho a un proceso equitativo en litigios relativos a «derechos y obligaciones de carácter civil» y a toda «acusación en materia penal». El ámbito de aplicación restringido impuesto por los redactores del CEDH no ha impedido, sin embargo, que el Tribunal de Estrasburgo, partiendo de una interpretación autónoma de estas nociones, haya abarcado materias en principio ajenas a los procesos estrictamente civiles o penales.

La antigua Comisión Europea de Derechos Humanos expresamente excluyó del ámbito de aplicación del artículo 6 del CEDH el contencioso tributario, dada su naturaleza pública⁵². No fue hasta 1992 que la Comisión admitió el carácter «penal» de las sanciones tributarias, teniendo en cuenta especialmente la gravedad de la sanción impuesta⁵³. En la misma línea, pero con una perspectiva ligeramente diferente, el Tribunal consagró la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH en su dimensión penal a los procedimientos tributarios sancionadores⁵⁴ en la sentencia *Bendenoun c. Francia* de 24 de febrero de 1994. Esta interpretación extensiva del ámbito penal contrasta con la negativa del TEDH a aplicar el artículo 6 del CEDH en su vertiente civil a los procedimientos tributarios de liquidación/recaudación del impuesto, con o sin imposición de recargos. El TEDH justifica esta exclusión de las garantías procesales, reconocidas en dicho artículo del Convenio, en la naturaleza pública de la relación entre Estado y contribuyente, no cubierta por la noción de «derechos y obligaciones de carácter civil» (*Ferrazzini c. Italia* –párrafo 29– de 12 de julio de 2001)⁵⁵. Tal y como ha

⁵² Véase, entre otros, la demanda n.º 9908/82, *X c. Francia* DR 32, pág. 266.

⁵³ *Bendenoun c. Francia*, n.º 12547/86, informe de la Comisión de 10 de diciembre de 1992.

⁵⁴ Cabe tener en cuenta que el TEDH, en los procesos en materia tributaria sancionadora, dada la diversidad existente entre los ordenamientos jurídicos europeos, no parece distinguir entre recargos y sanciones tributarias a efectos de la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH. Así, el ordenamiento jurídico-tributario francés aplica *majorations d'impôt* a conductas que la legislación española tipifica como infracciones tributarias (ejemplo en el caso *Bendenoun c. Francia*, los arts. 1.728, 1.729 y 1.731 del Code General des Impôts establecen una *majoration* hasta del 200% sobre el Impuesto cuando se presenten declaraciones insuficientes, inexactas e incompletas cuando haya ausencia de buena fe por parte del contribuyente). Y la legislación tributaria sueca –arts. 1 y 2 Capítulo V de la *Taxeringslagen*– prevé la imposición de «recargos» en el supuesto de declaraciones fiscales incorrectas, o cuando la Administración tributaria no tiene en consideración los datos aportados por el contribuyente para la liquidación del impuesto. En ambos supuestos, contrariamente a la legislación francesa, no se requiere ningún elemento de carácter subjetivo –intención delictiva o negligencia– para la aplicación de dichos recargos.

⁵⁵ En este caso el Tribunal no examina, sin embargo, la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH en su vertiente penal, a pesar de que en el procedimiento interno la Administración había aplicado un recargo tributario. El Tribunal justifica su silencio en el acuerdo entre las partes, cuyas observaciones se centran exclusivamente en la aplicabilidad de la esfera «civil»

señalado parte de la doctrina, esta exclusión del contencioso tributario de la materia «civil» del artículo 6 del CEDH crea una «desigualdad de tratamiento entre los contribuyentes, quienes en materia de penas y sanciones tributarias obtienen una cobertura absoluta, mientras que en los contenciosos tributarios restantes son excluidos de su ámbito de aplicación»⁵⁶. Desigualdad que choca con el principio de no discriminación y con la obligación que en virtud del artículo 1 del CEDH tienen los Estados de «reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades» recogidos en el Convenio. Cabe esperar, sin embargo, que el Tribunal abandone esta diferencia de trato en un futuro, tal y como ha ocurrido recientemente con la jurisprudencia relativa a la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH a los funcionarios públicos (véase la STEDH *Vilho Eskelinen c. Finlandia*, dictada por la Gran Sala el 19 de abril de 2007)⁵⁷. Pero, por el momento, la única vía para que las garantías de un proceso equitativo se apliquen al contencioso tributario es mediante la calificación del procedimiento tributario como «penal» en el sentido autónomo del Convenio.

2. Los criterios para determinar qué medidas tributarias son equiparables a penas a efectos del CEDH: la jurisprudencia *Engel* y *Bendenoun*.

En el informe *Bendenoun* la antigua Comisión aplicó directamente los tres criterios establecidos en la jurisprudencia *Engel* (asunto relativo a sanciones disciplinarias militares)⁵⁸, de 1976, para verificar si un tipo de procedimiento es «penal» a efectos del artículo 6 del CEDH: la calificación de la infracción en el ordenamiento jurídico del Estado demandado; la naturaleza de la infracción; y, por último, la naturaleza y la gravedad de la sanción aplicable. Estos tres criterios han servido de base para la ampliación progresiva de la «materia penal» a procedimientos que quedaban fuera de la esfera del Derecho estrictamente penal (sanciones disciplinarias en el ámbito militar, sanciones administrativas, sanciones disciplinarias en el ámbito penitenciario y Derecho de la competencia). Cuando el asunto *Bendenoun* se planteó ante el Tribunal, éste no hizo alusión directa a estos criterios sino que se basó en cuatro nuevos criterios para determinar la naturaleza «penal» de un proceso relativo a una sanción del 200 por 100 —denominada *majoration d'impôt* por el CGI francés—, impuesta por la presentación de liquidaciones inexactas mediante manipula-

del artículo 6 del Convenio. Véase, en lo que se refiere a España, la decisión de inadmisibilidad *Vidacar S.A. y Opergrup S.L. c. España*, de 20 de abril de 1999, en la que el Tribunal rechaza, por incompatibilidad *ratione materiae*, la queja de los demandantes relativa a la negativa por parte del Tribunal Superior de Justicia de Baleares a plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 38.2.2 de la Ley 5/1990 en materia de tasa sobre el juego.

⁵⁶ GARCÍA CARACUEL, M., «La influencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el Derecho tributario», *Civitas. Revista española de derecho financiero*, n.º 133, 2007, pág. 8.

⁵⁷ El TEDH, en esta sentencia, abandona su anterior jurisprudencia *Pellegrin* que distinguía, a efectos de la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH, entre funcionarios que participan en el ejercicio del poder público y aquéllos que no participan en dicho ejercicio. Uno de los motivos que conducen a la Gran Sala a modificar esta distinción es la necesidad de proteger el derecho a un proceso equitativo en todo tipo de contenciosos que afecten a funcionarios, en la línea de lo que hace la mayoría de los Estados parte, que reconocen el derecho de acceso a la justicia en la casi totalidad de litigios relativos a la función pública. Aunque este argumento podría ser utilizado para abandonar la jurisprudencia *Ferrazzini*, el Tribunal señala que la modificación de su doctrina se circunscribe al contencioso de funcionarios y no afecta de ningún modo a las materias tradicionalmente excluidas de la esfera civil del artículo 6 del CEDH (Derecho tributario, extranjería, contencioso electoral). Para un ejemplo reciente de aplicación de la jurisprudencia *Ferrazzini*, véase el asunto *S.C. Ghepardul S.R.L. c. Rumania*, sentencia de 14 de abril de 2009.

⁵⁸ STEDH *Engel c. Países Bajos*, de 8 de junio de 1976.

ciones fraudulentas⁵⁹. El primero, las disposiciones litigiosas deben afectar a «todos los ciudadanos en su condición de contribuyentes» (y no a un grupo determinado dotado de un estatus particular). El segundo, las sanciones no tienen como objetivo la indemnización económica de un perjuicio, sino que buscan en lo esencial castigar para impedir la repetición de comportamientos similares. El tercero, las sanciones deben estar previstas en una «norma de carácter general cuya finalidad es a la vez preventiva y represiva». Y, por último, las sanciones deben revestir «una amplitud considerable». En la mayoría de casos posteriores, los criterios *Bendenoun* han sido integrados en el examen del segundo y tercer criterio *Engel*, esto es, la naturaleza de la infracción y la naturaleza y gravedad de la sanción. Si en algún momento se ha podido plantear la duda de si existían dos líneas de jurisprudencia paralelas en materia tributaria aplicando unos u otros criterios⁶⁰, la misma ha sido definitivamente resuelta en la sentencia *Jussila c. Finlandia*, dictada por la Gran Sala del TEDH el 23 de noviembre de 2006 (párrafo 32)⁶¹. En efecto, el Tribunal nunca ha querido desarrollar una jurisprudencia autónoma aplicable a la materia tributaria sancionadora, sino que más bien parece haber adoptado una serie de criterios complementarios para analizar la naturaleza de la infracción, así como la naturaleza y gravedad de la sanción.

En cuanto al primer criterio *Engel*, se trata de verificar si los textos que prevén la infracción en cuestión pertenecen al ámbito del Derecho penal en el Estado parte. Para el Tribunal, este criterio no tiene más que un valor formal y relativo, pues estamos ante una noción autónoma de «acusación en materia penal» que debe aplicarse al conjunto de sistemas jurídicos europeos, muy diferentes entre sí. Así, por ejemplo, las *majorations d'impôt* francesas o los recargos suecos están previstos en leyes tributarias y su imposición sólo puede ser recurrida ante los tribunales contencioso-administrativos. No parece pues que el TEDH se haya basado en este criterio para calificar las sanciones tributarias de «penales». Ahora bien, en algunos casos, ha podido tener en cuenta el hecho de que los tribunales internos hubieran aceptado dicha calificación⁶².

Más decisivo es el segundo criterio, la naturaleza de la infracción. Es aquí donde los criterios *Bendenoun* entran en juego. Así, el TEDH ha considerado que las leyes que establecen recargos o sanciones afectan a los ciudadanos «en su calidad de contribuyentes», esto es, a todas las personas

⁵⁹ La traducción española de la sentencia utiliza el término «incremento impositivo». En inglés, *tax surcharge*, no obstante, el análisis de los hechos nos lleva a afirmar que las conductas de las que se acusa al Sr. Bendenoun están tipificadas como infracciones muy graves en el ordenamiento jurídico-tributario español (concretamente en el art. 192.4 LGT). El demandante se quejaba de no haberse beneficiado de un proceso equitativo ante las jurisdicciones administrativas en relación con la *majoration d'impôt* aplicada por la Administración tributaria.

⁶⁰ Por ejemplo, en la decisión *Morel c. Francia* de 3 de junio de 2003, el Tribunal limita su examen a los cuatro criterios desarrollados en la sentencia *Bendenoun*, sin hacer referencia explícita a los criterios del caso neerlandés.

⁶¹ Además, parece ser que esta aparente divergencia de jurisprudencias es el motivo que ha conducido a la Sección Cuarta del Tribunal a inhibirse a favor de la Gran Sala, tal y como admiten los jueces discrepantes Costa, Cabral Barreto, Mularoni y Caflich. El demandante, director de un taller de mecánica de automóviles, se quejaba de la ausencia de audiencia pública en el procedimiento contencioso-administrativo relativo a un recargo del 10 por 100 (308,80 euros), aplicado por información insuficiente e incorrecta en la declaración del IVA.

⁶² SSTEDH *A.P. M.P. y T.P. c. Suiza*, de 29 de agosto de 1997 (sanción impuesta a los herederos por un fraude fiscal cometido por el causahabiente, calificada de «penal» por el Tribunal federal suizo); *Janosevic c. Suecia*, de 23 de julio de 2002 (*tax surcharge* del 20 y del 40% por presentación de liquidaciones incorrectas, cuya naturaleza «penal» había sido reconocida por el Tribunal Supremo Administrativo); o la decisión *King c. Reino Unido*, de 17 de febrero de 2004.

sujetas al impuesto en cuestión ⁶³. En la sentencia *Jussila* la Gran Sala rechaza el argumento del gobierno finlandés basado en el estatuto particular que tienen los profesionales sujetos al régimen del IVA (párrafo 38), ya que se trata de una ley general destinada a dichos contribuyentes. En este contexto, el TEDH tiene en cuenta la naturaleza del comportamiento que se reprocha al individuo, que en la mayoría de casos examinados consiste en la presentación de liquidaciones incorrectas o incompletas (*Janosevic*) o en la sustracción fraudulenta del pago del impuesto (*J.B. c. Suiza* de 3 de mayo de 2001). Por otro lado, el TEDH analiza si la sanción tiene como finalidad la reparación pecuniaria del perjuicio causado al fisco o bien impedir la repetición de comportamientos similares. Es este criterio el que sirve al TEDH para establecer una línea de demarcación clara entre, por un lado, las sanciones, recargos o *majorations d'impôts*, absorbidas por la aplicación extensiva de la vertiente «penal» del artículo 6 del CEDH, y por otro, los intereses de demora, excluidos de dicha esfera. Dos ejemplos de ello son las decisiones *Mieg de Boofzheim c. Francia*, de 3 de diciembre de 2002 ⁶⁴, y *Mayer c. Alemania*, de 16 de marzo de 2006 ⁶⁵, en las que el Tribunal declara incompatibles *ratione materiae* demandas que versan exclusivamente sobre la imposición de intereses de demora. La distinción entre intereses de demora y recargos sancionadores radica en gran parte en la ausencia de mala fe en los primeros. No obstante, ello no quiere decir que la ausencia de elementos subjetivos como el dolo o la culpa prive a una infracción de su naturaleza «penal», tal y como se observa en los casos suecos *Janosevic* y *Västberga Taxi* ⁶⁶.

Dentro de este segundo criterio *Engel*, el Tribunal examina también si la norma general persigue una finalidad preventiva y represiva, lo que parece intrínsecamente vinculado a la naturaleza compensatoria o preventiva de la sanción prevista en la norma. Cabe decir que estos elementos se confunden fácilmente con el tercer criterio *Engel*, esto es, la naturaleza y la gravedad de la sanción. Es por ello, quizás, que el Tribunal hace a veces referencia a la naturaleza de la sanción en el contexto del segundo criterio *Engel*. Así, por ejemplo, en el caso *H.M. c. Alemania*, el Tribunal dice que la naturaleza de la infracción debe ser examinada en relación con la naturaleza misma de la sanción, antes de entrar a analizar la severidad de esta última ⁶⁷.

En cuanto a la gravedad de la sanción (tercer criterio *Engel*), el Tribunal examina la sanción susceptible de ser aplicada y la sanción finalmente impuesta. El criterio *Bendenoun* equivalente es el de la «amplitud considerable» de la sanción. En primer lugar, cabe observar que la amplitud considerable de una sanción no puede, por sí misma, determinar el carácter sancionador de una penalidad

⁶³ Véanse las SSTEDH *Bendenoun* y *Janosevic* y la decisión *Morel*, relativa a una *majoration d'impôt* del 10 por 100 por no haber presentado una declaración del IVA, en aplicación del artículo 1.728 del CGI.

⁶⁴ En este caso la Administración había anulado las *majorations d'impôt* seis meses después de que el demandante hubiera presentado un recurso ante la jurisdicción contenciosa, convirtiéndose entonces los intereses de demora en el único objeto de litigio. El Tribunal considera que la Administración francesa reconoció la buena fe del demandante y que, en consecuencia, la aplicabilidad del artículo 6 del Convenio desapareció a partir de aquel momento.

⁶⁵ El Tribunal estima que un interés de demora del 6 por 100 tiene naturaleza compensatoria y no entra, por tanto, en el ámbito penal de aplicación del artículo 6 del Convenio.

⁶⁶ *Västberga Taxi Aktiebolag y Vulic c. Suecia*, de 23 de julio de 2002. En ambos casos el Tribunal no da importancia a la ausencia de elementos subjetivos (intención delictiva o negligencia) en la infracción tributaria.

⁶⁷ *H. M. c. Alemania*, decisión de 9 de junio de 2005. El Tribunal juzga aquí que la prolongación del plazo para la evaluación retroactiva de los impuestos debidos en caso de evasión fiscal debe calificarse como una «compensación pecuniaria» sin naturaleza punitiva.

estrictamente compensatoria (intereses de demora, por ejemplo) ⁶⁸. En segundo lugar, la amplitud de la sanción puede confirmar la naturaleza o la coloración penal del asunto, tal y como se desprende de la mayoría de casos en los que el Tribunal ha examinado las sanciones fiscales o *majorations d'impôts* ⁶⁹. Puede también el Tribunal tener en cuenta la posibilidad de prisión por deudas en caso de impago de la sanción (*Bendenoun*), sin que este criterio se convierta en determinante (por ejemplo en *Janosevic*). Asimismo, la ausencia de gravedad de la sanción puede reforzar el carácter no «penal» de la infracción ⁷⁰.

Ahora bien, en el asunto *Morel c. Francia*, el Tribunal considera que una *majoration d'impôt* del 10 por 100 aplicada en virtud del artículo 1.728 del CGI (4.450 francos, 678 euros aproximadamente) tiene poca importancia y, por tanto, está «lejos de revestir la amplitud considerable necesaria para poder retener el carácter penal» ⁷¹. El Tribunal llega a esta conclusión después de haber constatado que los otros tres criterios *Bendenoun* sí se cumplían (carácter general de la Ley; ausencia de naturaleza compensatoria; finalidad preventiva y represiva). Éste parece ser el único caso relevante en el que el Tribunal ha motivado exclusivamente su decisión sobre la inaplicabilidad del artículo 6 del Convenio en la levedad de la cuantía ⁷². Cabe señalar que el recargo regulado en el artículo 1.728 del CGI se aplica en casos de declaración extemporánea. En particular, el del 10 por 100 en casos en los que el contribuyente presenta la declaración fuera de plazo pero sin ser requerido por la Administración, lo que lo asemeja a los recargos por declaración extemporánea del ordenamiento español, salvo en lo que se refiere a los intereses de demora, que en el caso francés no están incluidos en el recargo. Lo curioso es que el Tribunal basa su conclusión exclusivamente en la levedad de la sanción impuesta, tras constatar la naturaleza «penal» de la infracción y la finalidad sancionadora de la norma en cuestión. Ello se explica, por un lado, porque el Gobierno francés no contestaba la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH al procedimiento tributario ⁷³, y, por otro lado, porque el Tribunal ya había tenido ocasión de señalar que el recargo del artículo 1.728 CGI (en su modalidad del 40 y del 80%, por tanto, con reclamación de la Administración de por medio) tenía naturaleza «penal» a efectos del Convenio, rechazando así el argumento de Francia según el cual este tipo de recargos buscan compensar el perjuicio sufrido por el fisco y no la punición de los contribuyentes (*Ponsetti y Chesnel c. Francia*, decisión de 14 de septiembre de 1999) ⁷⁴.

⁶⁸ Véase la decisión de la antigua Comisión *Lemoine c. Francia* de 2 de julio de 1997 y la decisión del Tribunal *Mayer c. Alemania*. En esta última, el Tribunal juzga que un interés del 6 por 100, de 7.381 euros aproximadamente, aun siendo una cantidad considerable de dinero, no cae bajo la esfera «penal» del artículo 6 del CEDH. Véase también la decisión *Porter c. Reino Unido* de 8 de abril de 2003, en la que el Tribunal reitera que la importancia de la responsabilidad pecuniaria no puede por sí misma conllevar la calificación de «penal».

⁶⁹ Recargo del 20 por 100 en *Janosevic* o del 200 por 100 en *Bendenoun*.

⁷⁰ *W.S. c. Polonia*, decisión de 15 de junio de 1999: una sanción de 100 euros aproximadamente.

⁷¹ *Morel c. Francia*, decisión de 3 de junio de 2003.

⁷² Hay que citar también la decisión *M.-T.P. c. Francia* de 7 de marzo de 2000, en la que el Tribunal rechaza la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH basándose en la ausencia de «amplitud considerable» de la penalidad impuesta (5.749 francos, 876 euros aproximadamente), aunque también tiene en cuenta el hecho de que las penalidades no hayan sido el objeto principal del litigio ante los tribunales franceses.

⁷³ Como hemos tenido ocasión de observar, el Consejo de Estado francés desde 1992 (asunto *Vermeersch*, 17 de febrero, n.º 58299) ya reconocía la naturaleza sancionadora de la *majoration d'impôt* regulada en el artículo 1.728 del CGI.

⁷⁴ No a efectos del artículo 6 del CEDH, sino a efectos del artículo 4 del Protocolo n.º 7, que consagra el principio *ne bis in idem*. La materia «penal» tiene el mismo significado en todos los artículos del Convenio y de sus Protocolos.

A pesar de que pueda haber diferencias de apreciación en lo que se refiere a la presencia de uno u otro criterio, lo que es realmente determinante para que un caso entre en el ámbito de aplicación del artículo 6 del CEDH o no es el método utilizado por el Tribunal para aplicar los diferentes criterios en su conjunto. Esto es, habrá que ver si el Tribunal exige la presencia de los distintos criterios de forma alternativa o bien cumulativa.

3. El método utilizado por el TEDH para aplicar los criterios de la «penalización» de las medidas tributarias: la importancia de la naturaleza de la infracción en detrimento del grado de severidad de la sanción.

Si, tal y como hemos dicho, el primer criterio *Engel* tiene una importancia relativa y no es más que un simple punto de partida, las dificultades en la aplicación de la jurisprudencia del TEDH surgen de la interacción entre el segundo y tercer criterios. El Tribunal tuvo la ocasión de precisar en la STEDH *Lutz c. Alemania*, de 25 de agosto de 1987, que para que el artículo 6 del Convenio sea aplicable basta con que la infracción tenga naturaleza «penal» a efectos del Convenio o que la sanción aplicable revista un carácter o una gravedad propia de la materia «penal». De dicha afirmación parecía deducirse que los criterios *Engel* son alternativos y no cumulativos. Pero, sin embargo, en la STEDH *Bendenoun*, el Tribunal adopta una perspectiva cumulativa al afirmar lo siguiente: «al evaluar el peso respectivo de los diversos aspectos del asunto, el Tribunal señala el predominio de los que presentan una coloración penal. Ninguno de ellos parece decisivo por sí mismo, pero en conjunto y relacionados confieren a la "acusación" en litigio un "carácter penal" de acuerdo con el artículo 6.1 (...)»⁷⁵. En otra sentencia sin relación alguna con la materia tributaria, el Tribunal indica que los criterios de la «penalización» son principalmente alternativos y subsidiariamente cumulativos (STEDH *Garyfallou AEBE c. Grecia*, de 24 de septiembre de 1997, relativa a una multa por infracción de las normas del comercio internacional).

En la jurisprudencia posterior relativa a los recargos tributarios suecos, el Tribunal recurre al método cumulativo aun reconociendo que la naturaleza de la infracción bastaba para calificar el procedimiento de «penal» (STEDH *Janosevic*, párrafo 68). Así, en la mayoría de los casos el método cumulativo se utiliza para reforzar los argumentos que abogan por el carácter sancionador penal del proceso, esto es, por una aplicación extensiva del artículo 6 del CEDH que sea beneficiosa para el demandante. El caso *Morel* constituye, por tanto, una excepción, en la medida en que la ausencia de uno de los criterios (la gravedad de la sanción) sitúa el caso fuera del ámbito de aplicación del Convenio, a pesar de la presencia de los otros criterios. La utilización del método cumulativo en detrimento del demandante y de la aplicación extensiva del artículo 6 del CEDH ha sido a veces criticada por parte de la doctrina, al considerar que la misma reducía la protección ofrecida por el Convenio, «contrariamente a lo que parece ser la voluntad de los jueces europeos cuando utilizan dicho método»⁷⁶.

⁷⁵ Párrafo 47 de la sentencia.

⁷⁶ KOERING-JOULIN, R. et TRUCHE, P., « Retour sur le champ "pénal" européen... », *Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*, 1998, pág. 523: « (...) ce qui dérange actuellement dans la jurisprudence de la Cour, ce n'est pas qu'elle se tourne parfois vers la méthode cumulative mais plutôt qu'elle n'ait pas encore tranché entre les deux méthodes d'appréciation; au gré des affaires à juger, elle privilégie l'une plutôt que l'autres en feignant d'ignorer que le choix de la méthode peut parfois

La sentencia de la Gran Sala *Ezeh y Connors c. Reino Unido*, de 9 de octubre de 2003 (que tiene su origen en un procedimiento disciplinario penitenciario), viene a confirmar que el segundo y tercer criterios son alternativos y no cumulativos, aunque ello no excluye que se pueda adoptar un examen cumulativo si el análisis separado de cada criterio no permite extraer una conclusión clara sobre la existencia de una «acusación en materia penal», tal y como ocurrió en *Bendenoun*.

Así pues, es el análisis alternativo el que adopta la Gran Sala en su sentencia *Jussila*. En ella estaba en juego la aplicabilidad del artículo 6 del Convenio, en su dimensión penal, a un procedimiento contencioso tributario que traía causa de una liquidación (*redressement*) a la que se le había añadido un recargo (*veronkorotus, skatteförhöjning*) del 10 por 100 (308,80 euros) por información insuficiente e incorrecta en la declaración del IVA. La Gran Sala del Tribunal recuerda que la gravedad de la sanción en los casos suecos (*Janosevic* y *Västberga Taxi*) no había hecho más que confirmar la naturaleza penal de la infracción, aunque se trataba de un motivo suplementario y distinto. En cuanto a la decisión *Morel*, la sentencia clarifica que se trata de una simple decisión de inadmisibilidad aislada en la jurisprudencia y que no puede ser considerada como la doctrina a seguir en materia tributaria. En la aplicación de los tres criterios al caso concreto, la Gran Sala reconoce que el relativo a la naturaleza de la infracción es el más importante y que el carácter menor de la cuantía no puede sustraer el caso de las garantías derivadas del derecho a un proceso equitativo (párrafo 38). Algunos jueces discrepantes, sin embargo, critican el excesivo peso acordado por la mayoría al segundo criterio *Engel*, y subrayan la necesidad de adoptar un examen cumulativo parecido al del caso *Bendenoun*, verificando si el recargo tributario tiene la «amplitud considerable» necesaria para caer bajo la órbita del artículo 6 del CEDH ⁷⁷. Según ellos, ni el tercer criterio *Engel* ni el cuarto criterio *Bendenoun* se cumplen en un recargo del 10 por 100 de 308 euros aproximadamente, lo que debería conducir a la inaplicabilidad de dicho artículo.

4. El examen de otras circunstancias en la apreciación de la naturaleza «penal» del procedimiento tributario.

El Tribunal de Estrasburgo ha tenido también en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto a la hora de juzgar si el derecho reconocido en el artículo 6 del CEDH se aplicaba al procedimiento tributario interno. Así, por ejemplo, el TEDH ha rechazado en ocasiones la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH al considerar que el objeto del contencioso tributario era la imposición del tributo en sí mismo (y la determinación de su cuantía), y no el recargo o la sanción que lo acompañaba ⁷⁸. No obstante, en el caso *Georgiou c. Reino Unido*, el Tribunal considera aplicable el artículo 6 del CEDH al conjunto del procedimiento tributario, dadas las dificultades de separar las penalidades

être déterminant pour l'issue du litige». Véase, en relación con el peso dado al tercer criterio *Engel*, la opinión discrepante del juez De Meyer en la STEDH *Putz c. Austria*, de 22 de febrero de 1996.

⁷⁷ Opinión parcialmente discrepante común a los jueces Costa, Cabral Barreto, Mularoni y Caflisch. Para una crítica de la nueva jurisprudencia *Jussila*, véase también la opinión concurrente de la juez Mularoni y la opinión discrepante común de los jueces Türmen y Jociene en el asunto *Hüseyin Turan c. Turquía*, de 4 de marzo de 2008, cuya sentencia de Sala reconoce la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH a una multa administrativa de 1.650 euros en el ámbito de la Seguridad Social.

⁷⁸ *Gantzer c. Francia*, decisión de 5 de octubre de 1999; *Maury c. Francia*, decisión de 7 de noviembre de 2000.

o sanciones de la imposición suplementaria en cuanto tal ⁷⁹. Es interesante señalar que la minoría discrepante en la STEDH *Ferrazzini* utilizó este argumento para defender la aplicabilidad global del artículo 6 del Convenio al procedimiento tributario del que traía causa la demanda, teniendo en cuenta que en el mismo estaban en juego la determinación del tributo y la imposición de un recargo. La adopción de este criterio trae consigo una discriminación entre los Estados que prevén un procedimiento tributario sancionador integrado, para los que el artículo 6 del Convenio se aplicará sin grandes dificultades, y aquéllos en cuyo ordenamiento jurídico el procedimiento sancionador es autónomo e independiente del procedimiento de determinación del tributo, para los que el artículo 6 sólo se aplicará al primero.

Otro factor circunstancial o fáctico que puede intervenir en el juicio de aplicabilidad del artículo 6 del CEDH es la posibilidad de que los recargos o sanciones sean anulados en el curso del procedimiento tributario. Es lo que ocurrió en el caso *Mieg de Boofzheim c. Francia*, al considerar el Tribunal que la anulación por parte de la Administración tributaria de las sanciones inicialmente aplicadas, seis meses después de la introducción de un recurso contencioso, conllevaba el fin de la aplicabilidad del artículo 6 del Convenio. Por el contrario, cuando la anulación se produce ocho o catorce años después de la liquidación, el Tribunal estima que dicha anulación durante el procedimiento judicial no trae consigo la inaplicabilidad sobrevenida del artículo 6 del Convenio ⁸⁰.

Por último, la importancia del momento procesal a partir del cual el artículo 6 del CEDH puede aplicarse ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal en una serie de casos franceses que tienen su origen en procedimientos administrativos ante la Comisión de infracciones fiscales (CIF) ⁸¹. En dichos casos, el Tribunal extiende la aplicación del artículo 6 del CEDH a la fase administrativa pre-contenciosa, puesto que la misma constituye una formalidad previa e indispensable para el inicio del procedimiento penal por fraude fiscal ⁸². Vemos aquí cómo el vínculo directo existente entre el procedimiento administrativo y el proceso penal determina la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH, sin necesidad de acudir al examen de los criterios *Engel*. A pesar de las afirmaciones anteriores, la posición del Tribunal no ha estado exenta de ambigüedades; porque, si bien se afirma la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH a la fase administrativa, el Tribunal no entra a analizar la compatibilidad de esta

⁷⁹ *Georgiou c. Reino Unido* (dec.), 16 de mayo de 2000: «As to whether the assessments themselves should also be seen as "criminal charges" for the purpose of the Article 6 guarantees, the applicants argue that since the penalty procedures rely on the assessments for their validity, it would be wrong not to look at the proceedings as a whole. The Court accepts that it is not possible, given the various matters which were being determined by the VAT tribunal, to separate those parts of the proceedings which determined a "criminal charge" from those parts which did not. It will consider the proceedings to the extent to which they determined a "criminal charge" against the applicants, although that consideration will necessarily involve the "pure" tax assessments to a certain extent». En *Jussila*, la Gran Sala del Tribunal cita este caso británico para apoyar su posición restrictiva en cuanto al examen del fondo del asunto, señalando que el motivo por el que el demandante solicitaba una vista pública estaba más relacionado con la contestación de la imposición como tal, que con la aplicación del recargo sancionador (párrafos 45 y 46).

⁸⁰ *J.B. c. Francia*, de 14 de septiembre de 1999; *Kadri c. Francia*, decisión de 26 de septiembre de 2000.

⁸¹ Por su parte, el Consejo de Estado y la Corte de Casación han excluido la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH, en su vertiente penal, a los procedimientos administrativos relativos a la imposición de sanciones tributarias (véase, Consejo de Estado, 27 de marzo de 2000, *Sarl Laurel et fils*, n.º 187703; Corte de Casación –sala de lo penal–, 16 de mayo, *Gaydamak*, n.º 0082649).

⁸² Véase los casos *Mialhe (n.º 2) c. Francia*, 26 de septiembre de 1996, y *Le Meignen c. Francia*, decisión de 11 de enero de 2000.

fase autónomamente considerada. Por el contrario, analiza el conjunto del proceso –fase administrativa previa y fase jurisdiccional–. La posibilidad real de defensa por parte del contribuyente en la fase jurisdiccional constituye prueba de adecuación de la totalidad del procedimiento al Convenio ⁸³.

5. El contenido de las garantías procesales del artículo 6 del CEDH en los procedimientos tributarios: la creación de un doble estándar en los procedimientos cubiertos por la materia «penal» en sentido amplio.

Una vez establecida la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH a un procedimiento tributario sancionador, el Tribunal de Estrasburgo controla si se han respetado en el mismo las garantías procesales invocadas por el demandante. Podemos citar, por ejemplo, el derecho de acceso efectivo a un Tribunal; el derecho a un juez independiente e imparcial; la prohibición de dilaciones indebidas ⁸⁴; el principio de contradicción y de igualdad de armas ⁸⁵; los derechos a guardar silencio y a no autoinculparse; y la presunción de inocencia. Estas dos últimas garantías merecen una atención particular en el ámbito del Derecho tributario penal y sancionador, puesto que entran en juego en la fase administrativa e imponen una serie de restricciones a la actuación de la Administración tributaria.

En cuanto al derecho a guardar silencio y a no autoinculparse, el mismo fue reconocido en el ámbito tributario en la sentencia *J.B. c. Suiza* de 3 de mayo de 2001 ⁸⁶. En ella el Tribunal condena la aplicación, por parte de las autoridades suizas, de una sanción al demandante como consecuencia de la negativa a presentar las pruebas que puedan inculparle (documentos sobre el origen de su renta). La reciente sentencia de la Gran Sala *O'Halloran y Francis*, de 29 de junio de 2007, sobre el derecho a no autoinculparse en materia de infracciones al código de seguridad vial, recuerda que este derecho se aplica con independencia de la existencia o del resultado del procedimiento principal por la infracción supuestamente cometida. Es decir, puede aplicarse tanto al procedimiento principal por la infracción (fraude fiscal, evasión) como al procedimiento autónomo relativo a la aplicación de una sanción por la negativa a cooperar con la Administración (constituyendo ésta una infracción en sí misma). En el primer caso, se analizará la utilización que se ha hecho en el procedimiento principal de las pruebas obtenidas en vulneración del derecho a guardar silencio. En el segundo, estará en juego la simple imposición de una sanción por la negativa a colaborar y su compatibilidad con el derecho a no autoinculparse. Sin embargo, tal y como precisa la STEDH *O'Halloran*, el derecho a guardar silencio no es absoluto y deben ponderarse otros factores como el grado de coerción utilizado, el interés público existente en la persecución de la infracción en cuestión, así como la existencia de garantías apropiadas en el procedimiento y la utilización hecha de las pruebas obtenidas. En el caso de las infracciones al código de seguridad vial y la negativa a revelar la identidad de los con-

⁸³ ANDRIANTSIMBAZOVINA, J. en SUDRE, F., MARGUENAUD, J-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., GOUTTENOIRE, A., et LEVINET, M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Puf, 4ème édition, 2007, pág. 261.

⁸⁴ Por ejemplo, en el caso *Morel* el demandante invocaba exclusivamente el derecho a la duración razonable del proceso.

⁸⁵ En la STEDH *Bendenoun* estaba en juego el derecho del demandante a tener acceso al expediente completo y a documentos que no figuraban entre los que invocaban las autoridades tributarias. El Tribunal considera que la no comunicación de estas piezas no perjudicó a los derechos de defensa y de igualdad de armas hasta el punto de vulnerar el artículo 6.1 del CEDH.

⁸⁶ Este derecho ya fue reconocido en la STEDH *Funke c. Francia*, de 25 de febrero de 1993, en materia de Derecho aduanero.

ductores implicados, el Tribunal tiene en cuenta la naturaleza particular de la reglamentación aplicada y declara la ausencia de violación del artículo 6.1 del Convenio ⁸⁷. Esta lectura un poco más restrictiva del derecho a no autoinculparse que se desprende de esta sentencia podría aplicarse en un futuro a la materia tributaria, teniendo en cuenta la naturaleza particular de ésta y el interés público existente en la persecución del fraude fiscal.

Otro derecho que entra en juego habitualmente en la esfera sancionadora tributaria es el de la presunción de inocencia, vinculado estrechamente al de guardar silencio y no autoinculparse. El TEDH tuvo la ocasión de aplicarlo en dos casos suizos relativos a procedimientos sancionadores incoados contra los herederos de un contribuyente culpable por fraude fiscal. En ambas sentencias, el Tribunal juzga incompatible con la presunción de inocencia —consagrada en el art. 6.2 del CEDH— el hecho de imponer una sanción tributaria a los herederos del contribuyente-infractor. No hace más que aplicar el principio clásico del Derecho penal en virtud del cual la responsabilidad penal no sobrevive al autor del acto delictivo ⁸⁸. También ha sido invocada la presunción de inocencia para criticar la liquidación forzosa por parte de la Administración de la deuda tributaria —con las sanciones— antes de que los Tribunales se pronuncien. El Tribunal, tras admitir que las autoridades administrativas pueden aplicar sanciones tributarias antes de que los Tribunales se pronuncien, reconoce también el derecho de aquéllas a liquidar forzosamente la deuda, aunque introduce algunos límites. En este sentido, debe existir un control judicial pleno a posteriori, con la posibilidad de que las cantidades indebidamente liquidadas sean devueltas al contribuyente ⁸⁹. Si bien la Administración tributaria no debe cumplir con todas las garantías procesales derivadas del artículo 6 del CEDH, el control judicial posterior ejercido por los Tribunales de lo contencioso debe ser lo suficientemente pleno para poder reparar cualquier irregularidad producida.

En la STEDH *Jussila*, el derecho invocado por el demandante es el derecho a un proceso público, el derecho a una vista pública en el procedimiento contencioso en primera instancia. La Gran Sala considera que no hubo violación del Convenio, debido a que el Tribunal interno pudo examinar todos los elementos de hecho y derecho sobre la base del expediente y de las observaciones escritas de las partes, sin necesidad de convocar una audiencia pública. Pero lo interesante de su argumentación, más allá de las circunstancias del caso concreto, es que la justificación de dicha conclusión radica en parte en la naturaleza específica del procedimiento tributario sancionador. La Gran Sala señala que la aplicabilidad expansiva del artículo 6 del CEDH a procedimientos que no son estrictamente penales debe tener como contrapartida la flexibilización de las exigencias derivadas de dicho artículo. Así, por primera vez habla de «núcleo duro del derecho penal» y de la existencia de procedimientos «penales» que no tienen el mismo peso porque no tienen ningún carácter «infamante» o denigrante (párrafo 43). Los recargos tributarios sancionadores no formarían parte del «núcleo duro del derecho penal», dada la ausencia de carácter «infamante» o gravedad de los mismos. Asimismo, la levedad de la sanción, marginada como criterio en el examen de la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH, reaparece aquí para justificar la falta de gravedad del procedimiento e, indirectamente, la inutilidad de celebrar una vista pública.

⁸⁷ Sentencia *O'Halloran y Francis c. Reino Unido*, párrafo 62.

⁸⁸ *A.P, M.P, y T.P c. Suiza y E.L, R.L y J.O-L. c. Suiza*, sentencias dictadas el 29 de agosto de 1997.

⁸⁹ STEDH *Västberga Taxi*, párrafos 119-121.

Es cierto que los principios derivados de *Jussila* permiten crear un doble estándar en el marco de los procedimientos «penales» entendidos en el sentido amplio del Convenio. Esto es, una flexibilización del control del Tribunal sobre el fondo de las garantías del artículo 6 del CEDH, en función de la importancia del litigio y del grado de deshonra que conlleva para el demandante ⁹⁰. De este modo, aunque la gravedad de la sanción haya perdido parte de su importancia en el examen de la admisibilidad —a favor de la naturaleza de la infracción—, es ahora en el examen sobre el fondo donde la misma puede entrar en juego para flexibilizar la aplicación de las garantías derivadas del artículo 6 del CEDH. A pesar de las críticas que esta nueva clasificación pueda suscitar, sobre todo por las dificultades para definir las fronteras del denominado «núcleo duro» (véase el ámbito penitenciario o disciplinario militar) y para determinar las garantías en aquellos procesos que no formen parte del mismo, la posición adoptada por la Gran Sala se inscribe en la lógica de la evolución jurisprudencial del TEDH. Por un lado, reafirmar la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH al procedimiento tributario sancionador. Y, por otro lado, flexibilizar el contenido del mismo, teniendo en cuenta la naturaleza específica del Derecho tributario y el interés primordial de los Estados en continuar recaudando impuestos «de acuerdo con el interés general» ⁹¹. Tal y como un juez del TEDH ha señalado recientemente, la aplicación atenuada de las garantías del artículo 6 del CEDH en procedimientos no estrictamente penales de poca magnitud puede verse también como una utilización anticipada del nuevo motivo de inadmisibilidad previsto en el Protocolo núm. 14 al Convenio (protocolo de enmienda al Convenio firmado en fecha de 13 de mayo de 2004 y cuya entrada en vigor está pendiente de la última ratificación necesaria, la de la Federación Rusa): que el demandante no haya sufrido ningún «perjuicio importante» ⁹². Habrá que ver en qué medida la cuantía de una sanción, tributaria o no, entrará en juego cuando el Tribunal se pronuncie, en el futuro, sobre este nuevo criterio de inadmisibilidad contenido en el Protocolo núm. 14.

7. LA NATURALEZA DEL RECARGO POR DECLARACIÓN EXTEMPORÁNEA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Tras el análisis exhaustivo de los criterios aplicados por el TEDH para determinar la penalización de las medidas tributarias, nos parece de especial interés conjeturar sobre el hipotético supuesto en que el TEDH tuviera que pronunciarse sobre la naturaleza de los recargos españoles por declaración voluntaria extemporánea (recogidos en términos similares en el art. 61.3 LGT de 1963, *ex lege* 25/1955 y art. 27 LGT de 2003).

⁹⁰ Véanse las críticas al respecto en la opinión parcialmente discrepante de los Jueces Loucaides, Zupancic y Spielmann.

⁹¹ El artículo 1 del Protocolo núm. 1 al CEDH habla del «derecho que poseen los Estados de adoptar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos (...)». Cabe citar el reciente caso *Imbert de Tremiolles c. Francia*, decisión de 4 de enero de 2008, en el que el Tribunal reconoce el amplio margen de apreciación que tienen los Estados en materia de política tributaria, lo que permite al Estado francés recaudar el impuesto sobre la fortuna (*impôt de solidarité sur la fortune*) sin menoscabar el derecho de propiedad de los demandantes, que se quejaban de que la liquidación por dicho impuesto había superado el 85 por 100 de sus ingresos. El Tribunal considera que dicha imposición no atenta de manera desproporcionada o abusiva contra la situación financiera de los demandantes-contribuyentes.

⁹² Véase la opinión discrepante del Juez Myjer a la STEDH *O'Halloran y Francis*. El juez neerlandés critica esta aplicación anticipada y considera que, en todo caso, lo lógico hubiera sido reconsiderar la jurisprudencia clásica sobre la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH a las infracciones del código de circulación (STEDH *Öztürk c. Alemania* de 21 de febrero de 1984).

En relación al primero de los criterios *Engel*, el cual comporta verificar si los textos que prevén la medida en cuestión pertenecen al ámbito del Derecho penal, en el caso que nos ocupa, la infracción por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación se encuentra regulada en el artículo 191 de la LGT. Así, al igual que sucede en los ordenamientos jurídicos franceses o suecos, tanto la infracción como la correspondiente consecuencia jurídica –ya sea denominada sanción o recargo– se encuentran recogidas en leyes tributarias y su recurso sólo cabe frente a los Tribunales contencioso-administrativos. Este factor no ha impedido al TEDH calificar como «penales» las medidas recogidas en leyes tributarias, siempre y cuando se cumpla alguno de los otros criterios.

El segundo criterio *Engel* –la naturaleza de la infracción– es el que posee mayor importancia a la hora de determinar el carácter «penal» de la medida tributaria. En primer lugar, cabría preguntarse si en el supuesto que nos ocupa existe dicha infracción. En la mayoría de los casos analizados por el TEDH los sujetos pasivos habían llevado a cabo conductas constitutivas de infracciones tributarias (presentación de liquidaciones incorrectas o incompletas; impago del impuesto mediante la utilización de medios fraudulentos). Además, todas estas conductas habían sido descubiertas por la Administración tributaria sin que el sujeto infractor hubiese regularizado previamente su situación. Por tanto, cabe determinar si el contribuyente que presenta su declaración de forma extemporánea voluntaria, regularizando así su situación a través del recargo, ha cometido el tipo infractor. En este punto, como tuvimos ocasión de observar durante el análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español, el recargo puede ser considerado postconsumatorio –actuando a modo de excusa absolutoria– o preconsumatorio –entendiendo que el momento de la consumación se retrasa hasta el momento de actuación de la Administración–.

Adoptando una interpretación autónoma, el TEDH no tendría muchas dificultades en seguir la primera tesis, considerando así que el recargo se impone tras la comisión de una infracción, aunque el legislador español haya optado por extraer esta conducta del tipo infractor al considerar que la misma genera un menor perjuicio a la Hacienda Pública. A pesar de que el comportamiento que se reprocha al individuo –la presentación voluntaria fuera de plazo de la declaración del impuesto– difiere, tanto desde el punto de vista de peligrosidad de la conducta como del perjuicio económico para la Hacienda pública, del comportamiento de aquellos contribuyentes que incumplen sus deberes tributarios y son sancionados tras la intervención de la Administración, y que dichas diferencias se reflejen en la calificación jurídica y las consecuencias que ésta conlleva, ello no obsta a que se apliquen un mínimo de garantías propias del procedimiento sancionador tal y como lo entiende el TEDH. Debemos recordar que el Tribunal de Estrasburgo no está vinculado por las políticas legislativas de los Estados e interpreta los derechos del Convenio de manera autónoma y efectiva, con la finalidad de crear un estándar común europeo aplicable a los supuestos de hecho análogos existentes en los Estados parte. Así, el hecho de que un Estado haya optado por extraer la conducta en cuestión de la categoría de infracciones tributarias no puede suponer la privación de las garantías mínimas aplicables que el artículo 6 del CEDH exige a cualquier procedimiento sancionador en el sentido autónomo del término.

El análisis de este segundo criterio *Engel* también pasa por revisar los denominados criterios *Bendenoun*. En primer lugar, el alcance de la norma en cuestión, es decir, si ésta afecta a todos los

ciudadanos «en su calidad de contribuyentes». La LGT, cuyo artículo 27 regula los recargos por declaración extemporánea voluntaria, es la norma que establece los principios y las normas jurídicas generales del sistema tributario, así lo dispone su artículo 1, relativo a su objeto y ámbito de aplicación. Estamos frente «a la ley que constituye el eje central» del ordenamiento jurídico tributario español, cuya aplicación es general al conjunto de los tributos con independencia de que existan normas reguladoras de ellos en concreto. El Estado español no podría alegar –como hizo, de forma infructuosa, por otro lado, el Estado finlandés en la sentencia *Jussila c. Finlandia* respecto a la Ley del IVA– que su aplicación se circunscribe a un determinado grupo de contribuyentes.

En segundo y tercer lugar, se debe analizar si los recargos persiguen la reparación pecuniaria del perjuicio causado a la Hacienda Pública, o bien impedir la repetición de comportamientos similares, esto es, una función preventiva-punitiva. Aunque tres de los recargos en cuestión (de 5, 10 y 15%) incluyan los intereses de demora por el perjuicio causado, medida que queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 6 del CEDH según jurisprudencia del Tribunal (*Mieg de Boofzheim*), esto no es óbice para que la figura en su conjunto, o al menos en su componente que excede el mero interés de demora, pueda ser considerada como una figura preventiva y punitiva. Así, por ejemplo, en el caso *Morel* el TEDH considera que un recargo por declaración extemporánea sin requerimiento previo, independiente aquí del interés de demora, tiene una finalidad preventiva y represiva, aunque luego determine la inaplicabilidad del artículo 6 del CEDH basándose en la levedad de la cuantía del mismo (10%). Esta decisión puede darnos alguna pista sobre cómo el TEDH calificaría los recargos españoles a efectos de la aplicabilidad del derecho a un juicio justo.

Asimismo, en cuanto a la función preventiva y represiva, tal y como hemos señalado, el Tribunal Constitucional atribuye al recargo, o más bien a la parte del mismo que excede la función meramente resarcitoria, una función únicamente preventiva y no punitiva. A las dudas ya planteadas sobre la posibilidad de separar ambas funciones, el TEDH, aun reconociendo que la función represiva-punitiva es la característica del Derecho penal, en la práctica, no llega nunca a separarlas. Por tanto, sería difícil que el TEDH siguiera la tesis del Tribunal Constitucional y calificara los recargos como meramente preventivos y no punitivos.

En lo que se refiere a la gravedad de la sanción, tercer criterio *Engel* o cuarto criterio *Bendenoun*, la STEDH *Jussila* pone de manifiesto que se trata de un criterio secundario, en comparación con el de la naturaleza de la infracción. Así, en caso de que se planteara la cuestión en Estrasburgo, el TEDH seguramente haría hincapié en la naturaleza de la infracción y en la finalidad preventiva y punitiva del recargo, sin que la moderación de la cuantía excluyera de antemano la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH. Como se ha señalado con anterioridad, la solución del caso *Morel* no constituye jurisprudencia consolidada, tal y como clarifica la Gran Sala del TEDH en la sentencia *Jussila*. La única posibilidad que le quedaría al TEDH para excluir la aplicabilidad del artículo 6 del CEDH a los recargos en cuestión sería adoptar un examen acumulativo de los tres criterios *Engel*, al considerar que la naturaleza de la infracción no es lo suficientemente clara.

A modo de conclusión, se puede sostener que la jurisprudencia del TEDH, sobre todo a la luz de la reciente sentencia *Jussila*, proporciona suficientes indicadores que permiten constatar la naturaleza punitiva de los recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo, previstos en

el ordenamiento español. Si bien es cierto que el Tribunal de Estrasburgo utiliza las nociones estudiadas en un contexto particular, esto es, en el examen de la aplicabilidad del artículo 6 del Convenio en su dimensión «penal», ello no obsta a que se puedan extraer conclusiones en lo que se refiere a su naturaleza punitiva del recargo desde el punto de vista del ordenamiento español. Del estudio comparativo realizado se desprende que el TEDH es mucho más generoso que el Tribunal Constitucional en la apreciación de la naturaleza punitiva de medidas tributarias análogas al recargo por declaración extemporánea voluntaria. Esta diferencia de estándares es cuestionable, puesto que el Convenio y su jurisprudencia constituyen un mínimo común denominador que los Estados miembros del Consejo de Europa deben respetar y proteger. Por tanto, los Estados pueden ofrecer una mayor protección de los derechos fundamentales en sus respectivos ordenamientos jurídicos, pero en ningún caso un nivel inferior.

La creación de una doble categoría de procedimientos penales «de segunda clase» ha sido la opción adoptada por el TEDH para evitar un exceso de garantismo ⁹³, aun calificando las figuras por su verdadera naturaleza. Con esta opción del doble estándar de protección, el TEDH logra desvincular, acertadamente a nuestro juicio, la naturaleza que otorga a la medida, de las garantías que está dispuesto a proteger.

⁹³ Véase COSTEA, I., «L'arrêt Jussila de la Cour européenne: vers une pénalisation au rabais du régime des sanctions fiscales? Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), Jussila c. Finlande, 23 novembre 2006», *Revue trimes-trielle des droits de l'homme*, n.º 73, 2007, pág. 242: «L'arrêt Jussila sera par suite inévitablement salué par les justiciables comme annonciateur, voire comme déjà constitutif d'une entière pénalisation des procédures fiscales sanctionnatrices. Il n'en demeure pas moins que la solution retenue au fond sur le respect des garanties du procès équitable est de nature à frustrer le contribuable».

LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN EL ÁMBITO INTERNO. UN DISPARATE INNECESARIO

STELLA RAVENTÓS CALVO

Abogada

Socia de Balaguer-Morera & Asociados.

*Chairman de la Task Force de la Confédération Fiscale
Européenne sobre la jurisprudencia del TJCE*

Extracto:

EN las Conclusiones presentadas ante el TJCE por la Abogada General Kokott en el caso C-311/08, *Société de Gestion Industrielle*, se afirma que una norma en materia de precios de transferencia que se aplica tan sólo a las transacciones transfronterizas, a pesar de constituir una restricción a la libertad de establecimiento del artículo 43 de la CE, está justificada y, por tanto, no es incompatible con los principios comunitarios. Si el TJCE respalda estas Conclusiones, la normativa española debería modificarse inmediatamente por haber desaparecido la excusa utilizada para ampliar el ámbito de la norma a las transacciones entre residentes.

Palabras clave: precios de transferencia, ámbito interno, TJCE, artículo 43 y principios comunitarios.

«Matadlos a todos. Dios reconocerá a los suyos»

La frase en cuestión se la atribuyó HEISTERBACH a Arnoud AMALRIC, que la habría pronunciado en el sitio de Béziers ¹, cuando algún alma caritativa le preguntó cómo podrían distinguir, entre los sitiados, a los no herejes de los cátaros (para no matar a los primeros, se supone). Algo parecido debió de decir nuestro legislador cuando, al regular de nuevo la materia de los precios de transferencia, en la que sería la Ley 36/2006 ², algún ingenuo preguntó si una regulación como la establecida anteriormente ³ podía ofrecer algún problema ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), por considerarse que establecía una diferencia de trato no justificada entre los españoles y el resto de los comunitarios europeos.

Sin pensarlo dos veces, sin examinar a fondo la jurisprudencia comunitaria en materia de normas antielusión, especialmente la sentencia Marks & Spencer, a la que nos referiremos más adelante, y sin tan siquiera mirar qué estaban haciendo nuestros socios comunitarios ⁴, nuestro legislador optó por extender a los residentes en España la imposición de una serie de obligaciones sustanciales y formales cuya única razón de ser es, ha sido y será, la de preservar las bases imponibles de cada Estado ⁵. Puso así la venda antes que la herida y, no contento con ello, amplió el ámbito de las obligaciones de una manera tan absolutamente desproporcionada que la regulación española causa estupeor allí donde se realiza un examen comparativo ⁶.

En esta breve nota, sin embargo, vamos a dejar de lado cualquier otra consideración sobre la norma española, que ya ha sido objeto de muy eruditas críticas, y vamos a centrarnos precisamente en el motivo detrás del que se han escudado nuestras autoridades ante el reproche, más que justificado, de que, allí donde no se producía una erosión de la base imponible en España, todo lo relativo a los precios de transferencia y a su documentación está, simplemente, de más ⁷. En una palabra: lo que vamos a examinar en estas notas es la posibilidad de que una normativa dirigida solamente a las operaciones internacionales pudiera ser calificada por el TJCE como incompatible con los principios consagrados

¹ En 1209, durante la cruzada cátara (o albigense).

² Coloquialmente conocida como «la Ley del fraude».

³ Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que reproducía lo previsto en la Ley 43/1995

⁴ Que sepamos, aplican la normativa de precios en el ámbito interno España, Chequia, Países Bajos, Polonia y Portugal (quizá alguno más; los disparates no son exclusivos de nuestro país). En cualquier caso, podía esperarse a que se planteara una cuestión prejudicial sobre el tema, como así ha sido, frente a alguno de los Estados miembros que sólo la aplican en las operaciones transfronterizas: Alemania, Bélgica, Italia, Reino Unido, Eslovaquia, Eslovenia, etc. Luxemburgo y Grecia, por ejemplo, no aplican prácticamente ninguna.

⁵ Porque no lo olvidemos: se trata de una discusión entre los diversos Estados, a ver quién se lleva el mayor trozo del pastel; discusión cuyos platos rotos acaba pagando, invariablemente, el contribuyente.

⁶ Véase Agust Karl GUDMUNDSSON, «Lost in Transfer Pricing: The Pitfalls of EU Transfer Pricing Documentation», en *European Taxation*, volume 16, number 1, January/February 2009, IBFD, y también KPMG, *Global Transfer Pricing Review*, 2009.

⁷ Así lo decía, hace unos años, un representante de la doctrina más prestigiosa, Eduardo SANZ GADEA: «En consecuencia, una parte importante de las operaciones vinculadas será neutral, desde la perspectiva fiscal. Así deben acontecer, en teoría y como regla general, cuando las entidades que conforman la unidad económica son residentes en territorio español. Si esta hipótesis es válida, desencadenar largas y complejas controversias judiciales para que el beneficio tribute en sede de otra entidad del mismo grupo no parece que pueda suponer un objetivo irrenunciable de la política fiscal. Por el contrario, tal vez suponga una servidumbre irreflexiva a una forma desconectada de la realidad». En *Impuesto sobre Sociedades* (II), Ediciones CEF, Madrid 2004.

en el Tratado CE, al establecer una diferencia de trato entre los residentes en España y los residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea.

No es tarea demasiado difícil, ni lo hubiera sido para el legislador. Una regulación como la anteriormente vigente –y como la que tiene la mayoría de los Estados miembros–, que impone la obligación de valorar a precios de mercado tan sólo las operaciones transfronterizas, y no las que tienen lugar entre sujetos residentes del propio Estado, es obvio que constituye una diferencia de trato, prohibida, en principio, por el Tratado CE. Y decimos en principio porque, como cualquiera que tenga el mínimo conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sabe, son muchas las normas de los diferentes Estados miembros que se califican como de diferencia de trato. Pero, para que dicha diferencia de trato sea prohibida por los principios comunitarios, es necesario que no esté justificada, no sea idónea para el fin que persigue y sea, además, desproporcionada. Y, con la jurisprudencia más reciente en la mano, no resultaba aventurado decir que una norma que se aplicara tan sólo en situaciones transfronterizas podía estar perfectamente justificada.

La constatación de esta idea la tenemos en las Conclusiones de la Abogada General Kokott, conocidas hace tan sólo unos días, en el caso **Société de Gestion Industrielle (SGI)** contra el Estado belga ⁸, en el que se plantea exactamente esa cuestión. El caso objeto de la prejudicial es muy sencillo: SGI, sociedad *holding* residente en Bélgica, concedió a una sociedad francesa, Recydem, participada por aquélla en un 65%, un préstamo sin interés. El fisco belga giró una liquidación complementaria por los intereses que, a un tipo del 5%, la filial hubiera debido satisfacerle ⁹. En su defensa, en el marco del litigio ante el Tribunal de Mons, SGI solicitó el planteamiento de la cuestión prejudicial, que el órgano de remisión llevó a cabo en los siguientes términos: «Si el artículo 43 de la CE, en combinación con el artículo 48 de la CE y, si es necesario, con el artículo 12 de la CE, se opone a una normativa de un Estado miembro que, como la que es objeto de examen, comporta el gravamen sobre un beneficio extraordinario o sin contrapartida en sede de la sociedad residente belga que haya concedido el mencionado beneficio a una sociedad establecida en otro Estado miembro, con la cual la sociedad belga está unida, directa o indirectamente, por vínculos de interdependencia, mientras que, en condiciones idénticas, la sociedad residente belga no puede ser sometida a imposición por un beneficio extraordinario o sin contrapartida en el supuesto de que dicho beneficio se conceda a otra sociedad establecida en Bélgica, con respecto a la cual la sociedad belga está unida, directa o indirectamente, por vínculos de interdependencia» ¹⁰.

Para resumirlo en palabras de la Abogada General Juliane Kokott: «el juez remitente pregunta, en resumen, si una disposición nacional como el artículo 26 del Code des impôts sur les revenus 1992 (CIR 1992) es compatible con la libertad de establecimiento del artículo 43 de la CE y con la libre circulación de capitales garantizada por el artículo 56 de la CE –en combinación, si es necesario, con el artículo 12 de la CE–». El mencionado artículo 26 del código belga prevé que, a los beneficios que obtiene una empresa residente en Bélgica, hay que sumarle aquellos beneficios extraordinarios, o sin contraprestación, que la sociedad concede a un contribuyente vinculado a aquella que no tenga la sede social, el establecimiento principal o la sede de dirección o administración en Bélgica. En una palabra,

⁸ C-311/08, Conclusiones publicadas el 10 de septiembre de 2009.

⁹ En el caso hay más datos y otra operación vinculada, concretamente, un pago por dieta de consejo pagado a una sociedad luxemburguesa, que parece desproporcionado a los servicios prestados, en opinión de la administración belga, pero ninguno de estos datos añade nada relevante al caso.

¹⁰ Traducción de la autora del texto italiano. La versión en español no estaba disponible en el momento de redactar estas notas.

a un contribuyente (que no «sujeto pasivo», raro término que sólo usa nuestra legislación ¹¹) que sea no residente. Exclusivamente.

La Abogada General Kokott llega fácilmente a una primera conclusión: una norma como la belga constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento del artículo 43 de la CE. En el caso de que el préstamo sin contraprestación se realice con una sociedad no residente, se añade un beneficio a la base imponible de la sociedad belga, cosa que no ocurre si el préstamo se le hace a otra sociedad residente en Bélgica. Por tanto, la norma belga otorga un trato desfavorable a la concesión de dicho préstamo a la sociedad no residente. Además, la adición de los intereses a la base imponible de la sociedad belga conlleva el riesgo de una doble imposición, cosa que no puede ocurrir en el supuesto de una operación puramente interna. Doble imposición que, sin embargo, y como ha confirmado recientemente la jurisprudencia del TJCE, no es incompatible con los principios del Tratado CE, ya que deriva del ejercicio paralelo del poder impositivo de cada uno de los Estados miembros ¹².

Ahora bien, como es sabido, la restricción por sí sola no basta para que una norma infrinja las libertades fundamentales, porque dicha restricción puede estar justificada por motivos imperativos de interés general, siempre que: a) sea idónea para garantizar la finalidad buscada por la propia norma y b) no exceda de lo estrictamente necesario para cumplir dicha finalidad, es decir, que no sea desproporcionada.

En tal sentido, los gobiernos intervinientes ¹³ y la propia Comisión alegan, como primera causa de justificación, que la norma belga intenta garantizar un reparto equilibrado del poder impositivo entre los Estados miembros. A dicha justificación se añade la de la lucha contra la evasión fiscal, mediante la prevención de las prácticas abusivas. Hábilmente, Alemania insiste en la prioridad del reparto equilibrado del poder impositivo sobre la lucha contra la evasión fiscal, ya que, de aceptarla el Tribunal, no es necesario analizar la existencia o no de la proporcionalidad, al contrario de lo que debería hacer el Tribunal si la justificación en juego fuera la de la lucha contra la evasión fiscal. Por ello, la Abogada General intenta reconciliar ambas justificaciones, a partir de la jurisprudencia del Tribunal, principalmente en las sentencias Cadbury Schweppes ¹⁴, y Thin Capitalisation Group ¹⁵, es decir, aquellas sentencias que, de un modo u otro, versan sobre normas nacionales antievasión. A ellas se suma la recaída en Marks & Spencer ¹⁶, que mencionó por primera vez el principio de «equilibrio en el reparto de la potestad tributaria» ¹⁷, como alternativa al principio de coherencia fiscal. Según la Abogada General, en Marks & Spencer, el Tribunal reconoció, como justificación de interés general, la tutela del poder impositivo de los Estados miembros, si bien, uniendo a dicha justificación, como requisitos adicionales, la necesidad de impedir que las pérdidas se tomen en consideración por partida doble y la lucha contra la evasión o el fraude fiscal. Estos dos requisitos, sin embargo, desaparecen en posteriores sentencias, en las que se reconoce como razón suficiente por sí misma la tutela del repar-

¹¹ En palabras de uno de los más brillantes tributaristas españoles, José ARIAS VELASCO, «no hay nadie más activo que un contribuyente español».

¹² Las sentencias Block (C-67/08, p. 28 y 31) y Damseaux (C-128/08, p. 35) han confirmado, desafortunadamente, lo que apuntaban ya Kerkhaert-Morres (C- 513/04, p. 20) y Columbus Container Services (C-298/05, p. 43 y 51).

¹³ Además del gobierno belga y de la Comisión, intervinieron el alemán y el sueco. España no acostumbra a intervenir en los casos que no le afectan directamente.

¹⁴ C-196/04.

¹⁵ C-524/04.

¹⁶ C-446/03. Véase «La sentencia Marks & Spencer: una ocasión perdida». En *Quincena Fiscal* Aranzadi, número 6, marzo 2006.

¹⁷ Terminología utilizada en la versión española de Marks & Spencer.

to del poder impositivo de los Estados miembros ¹⁸. Este reparto se manifestaría en la firma de convenios de doble imposición, basados en el modelo OCDE.

En otros casos ¹⁹, por el contrario, parece que haya sido la prevención de la evasión fiscal la única justificación necesaria cuando las normas nacionales sometidas a examen tienen como objeto construcciones puramente artificiales.

Por tanto, concluye la Abogada General, «semejantes construcciones abusivas son solamente una forma particular de injerencia en el reparto del poder impositivo entre los Estados miembros. El hecho de recurrir a construcciones artificiosas con la finalidad de sustraer las rentas a la imposición en un Estado miembro y de sujetarlas, por el contrario, a impuesto en otro Estado, constituye un perjuicio al reparto equilibrado de la potestad fiscal. En consecuencia, la lucha contra este tipo de prácticas, normalmente, no constituye un fin en sí mismo, sino que persigue el objetivo más amplio de garantizar el derecho del Estado miembro a ejercitar su potestad impositiva sobre las actividades que se desarrollan en el ámbito de su territorio ²⁰. Sin embargo, ello no significa que la justificación del reparto equilibrado del poder impositivo pueda ser invocada tan sólo en la medida en que subsistan, al mismo tiempo, las condiciones de aplicación de la causa de justificación relativa a la lucha contra las prácticas abusivas. Según el tenor y la finalidad de la disposición nacional a examen, la tutela del reparto equilibrado del poder impositivo puede ser relevante por sí sola o conjuntamente con otros elementos justificativos» ²¹. «El recurso al criterio de la construcción artificial es necesario siempre en que operaciones transfronterizas se presentan exteriormente como actividades económicas normales. En este caso, en resumen, se presume que la operación se ha efectuado en el ámbito de un ejercicio legítimo de la libertad de establecimiento. Sólo en el supuesto de que esa apariencia sea desmentida por la prueba de que, efectivamente, no existe un contexto real económico de la operación en su forma concreta, resulta perjudicado el reparto equilibrado de la potestad impositiva entre los Estados miembros» ²².

Sobre esta construcción, la Abogada General examina el artículo 26 del CIR y concluye que, a pesar de las diferencias que presenta con el artículo 9 del modelo OCDE y con el artículo 4 del Convenio comunitario de arbitraje, la norma belga es adecuada («idónea» es el término italiano más contundente utilizado por la Sra. Kokott) al objetivo de luchar contra las construcciones artificiales creadas por motivos de evasión fiscal (párr. 71).

Queda por ver si, además de adecuada, la norma no va más allá de lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo buscado, es decir, si se cumple el requisito de proporcionalidad.

En el razonamiento de la señora Kokott, la norma belga, si bien constituye una infracción del principio fundamental de libre establecimiento, no excede de lo necesario para alcanzar el fin que persigue. La proporcionalidad se plasma, según la Abogada General en dos factores: por una parte, la rectificación de los beneficios imponible prevista por la norma, y tal y como se aplica por la Administración tributaria y por los jueces belgas ²³ se limita a una corrección de los beneficios, adecuando

¹⁸ Siempre según las Conclusiones, el paso se produce en OY AA (C-231/05, p. 60) y Lidl Belgium (C-414/06, p. 40).

¹⁹ Cadbury Schweppes (p. 51) y Thin Cap Group Litigation (p. 72).

²⁰ Párrafo 59.

²¹ Párrafo 60.

²² Párrafo 61.

²³ Merece la pena hacer hincapié en este punto: el análisis ante el TJCE no se hace únicamente del texto de la norma, sino también de su aplicación práctica. Lo mencionamos a propósito de la norma antielusión española correspondiente a la

los intereses a los que podrían considerarse de mercado ²⁴. Por otra, la norma analizada no excluye la posibilidad de que el contribuyente pueda demostrar a la Administración tributaria que la operación tiene una justificación económica real y que podría haberse realizado, en las mismas condiciones, entre partes independientes. Posibilidad esta última, la de la prueba por parte del contribuyente, que debe revestir cualquier disposición dirigida a combatir los abusos en materia fiscal.

En conclusión: la norma belga en materia de precios de transferencia comporta, ciertamente, una restricción a la libertad de establecimiento del artículo 43 del Tratado CE. Sin embargo, tal restricción está justificada por la necesidad de preservar el equilibrio en el reparto del poder tributario de los Estados miembros y por luchar contra la evasión fiscal.

Hay que tener presente, en cualquier caso, que no estamos ante la Sentencia del Tribunal, sino ante las Conclusiones de la Abogada General. El Tribunal puede fallar en sentido contrario. No sería la primera vez. Pero no suele ser lo habitual. Más aún cuando a la fundamentación jurídica se une el más básico sentido común. Desde hace décadas se dice, a nivel comunitario, que los impuestos tienen que regularse de forma tal que supongan para el contribuyente la menor carga en cuanto a sus deberes y obligaciones. Pues bien: si una norma tiene como finalidad, no ya la lucha contra la evasión fiscal, como sostienen nuestras autoridades, sino simplemente la tutela del reparto equilibrado entre los Estados miembros, cuando no hay más que un solo Estado miembro que vaya a percibir la renta de un grupo de sociedades, no hay ningún reparto equilibrado que tutelar ²⁵. Ergo: la norma no tiene ningún sentido. Y, además de no tener ningún sentido, incumple la obligación de reducir la carga de los contribuyentes en el cumplimiento de sus deberes tributarios.

Exactamente lo que hace la norma española: una normativa que exige, no sólo valorar las operaciones a precio de mercado sino, además, elaborar un *dossier* de precios de transferencia, en los términos previstos reglamentariamente, cuando no hay erosión de la base imponible en España, impone una carga exacerbada al contribuyente. A cambio de nada, porque no hay nada que proteger. Y no sirve decir que las obligaciones son reducidas para los contribuyentes de menos capacidad. Esa menor capacidad queda, en la práctica, reservada a pocos casos. En casos de grupos ²⁶ de una cierta envergadura pero con operaciones puramente internas, la documentación se exige en toda su extensión (y todo su coste).

Con las Conclusiones en el caso SGI la excusa de las obligaciones comunitarias se tambalea y falta poco para que se derrumbe estrepitosamente. Si la sentencia del Tribunal de Luxemburgo sigue la recomendación de la Abogada General resulta imprescindible, desde ya mismo, recurrir al bidón de gasolina y a la cerilla ²⁷. Para alivio de muchísimos contribuyentes españoles.

Directiva matriz-filial que se contiene en el artículo 14.1 h) de la LIRNR. La Comisión no debía haber examinado tan sólo el texto legal, sino la aplicación que del mismo hace la inspección tributaria. Véase a tal respecto informe de la Sección de Fiscalidad Internacional de la Asociación Española de Asesores Fiscales.

²⁴ Hay que preguntarse qué pensaría la Abogada General ante la terrorífica historia-ficción que supone el ajuste secundario previsto en la ley española.

²⁵ Con la excepción de las operaciones en que intervengan sociedades con bases imponibles negativas, lo que ya estaba adecuadamente recogido en la Ley 43/1995 y en el Real Decreto Legislativo 2/2004.

²⁶ Se utiliza el término «grupo» para simplificar. La norma española tiene un ámbito mucho más extenso del que se entiende normalmente por ello. Precisamente son los grupos que consolidan fiscalmente los únicos eximidos de la obligación de documentar sus operaciones internas.

²⁷ Permítasenos este pequeño homenaje al gobierno sueco.

LA EXENCIÓN POR REINVERSIÓN EN VIVIENDA HABITUAL: ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS PARA SU APLICACIÓN

PILAR ÁLVAREZ BARBEITO

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

Extracto:

DE entre los incentivos fiscales que tienen por objeto la vivienda habitual de los contribuyentes, la exención por reinversión desempeña, sin duda, un relevante papel. A su análisis hemos dedicado este estudio atendiendo, fundamentalmente, a la interpretación que debe hacerse de los distintos requisitos que condicionan su efectiva aplicación en la práctica. Desde esta perspectiva hemos tenido en cuenta de forma especial, tanto las modificaciones normativas realizadas últimamente en torno a este tema, como los matices que sobre la interpretación de tales aspectos ha introducido la más reciente doctrina administrativa.

Palabras clave: IRPF, vivienda habitual y exención por reinversión.

Sumario

- I. Consideraciones generales.
- II. El concepto de vivienda habitual a efectos de la exención.
 - 1. Requisitos objetivos.
 - 2. Requisitos temporales.
 - 3. Requisitos subjetivos.
 - 4. Requisitos territoriales o espaciales.
- III. Las operaciones de reinversión.
 - 1. La adquisición de una nueva vivienda habitual.
 - 2. La rehabilitación de vivienda habitual.
- IV. Aspectos temporales de la exención por reinversión.
 - 1. Plazo de reinversión.
 - 2. Plazo para la transmisión.
- V. Cuantificación del importe de la reinversión.
- VI. Consecuencias derivadas de la coexistencia entre la exención por reinversión y la deducción por inversión en vivienda habitual.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La exención por reinversión en vivienda habitual constituye uno de los incentivos fiscales más importantes que, junto con otras medidas como la deducción por inversión en vivienda habitual, han sido arbitradas en el contexto del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) con la finalidad de adoptar soluciones destinadas a dar cumplimiento efectivo al derecho recogido en el artículo 47 de nuestra Constitución. En virtud de este precepto, los poderes públicos deben promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna.

Pues bien, son los artículos 38 de la Ley del IRPF y 41 del Reglamento que la desarrolla, los encargados de regular el aludido beneficio fiscal, en virtud del cual la ganancia patrimonial que se ponga de manifiesto con ocasión de la transmisión de una vivienda habitual no se integrará en la base imponible del impuesto, siempre y cuando el importe obtenido sea objeto de reinversión en la adquisición de una nueva vivienda habitual.

A efectos del cálculo de la citada ganancia patrimonial deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en ese sentido por el artículo 35 de la Ley del IRPF sobre el valor de adquisición y de transmisión de inmuebles. De acuerdo con este precepto, el valor de adquisición estará formado por el importe real por el que dicha adquisición se hubiera efectuado, incluido el coste de las inversiones y mejoras realizadas en los bienes adquiridos, así como los gastos y tributos inherentes a tal operación, excluidos intereses, siempre que hubieran sido satisfechos por el contribuyente. Este valor será actualizado mediante la aplicación de los coeficientes fijados al efecto por la Ley de Presupuesto Generales del Estado (LPGE), que se aplicarán sobre los importes anteriores y sobre las amortizaciones, atendiendo al año que corresponda. Por lo que atañe al valor de transmisión, éste vendrá determinado por el valor real de la enajenación, siempre que el mismo no resulte inferior al normal de mercado, en cuyo caso prevalecería este último. Determinado dicho importe, el contribuyente podrá deducir los gastos y tributos inherentes cuando resulten satisfechos por el transmitente.

Éstos son, a grandes rasgos, los aspectos fundamentales que rodean al cálculo de la ganancia patrimonial que podrá beneficiarse de la exención por reinversión, si bien la posibilidad de aplicarla efectivamente está sujeta a una serie de condiciones específicas y limitaciones establecidas al efecto, que pasamos a examinar, no sin antes detenernos en el objeto sobre el que recae el aludido beneficio fiscal, esto es, el concepto de vivienda habitual.

II. EL CONCEPTO DE VIVIENDA HABITUAL A EFECTOS DE LA EXENCIÓN

Para determinar el concepto sobre el que pivota la exención, esto es, la vivienda habitual, ha de concretarse en primer lugar qué ha de entenderse por vivienda para, a continuación, acotar más el significado de dicha expresión, ya que, de entre todos los inmuebles susceptibles de ser calificados de ese modo, aquí vamos a centrarnos en aquellas viviendas que, además, reúnan la condición de habituales. Como veremos, ello requiere que la vivienda cumpla determinados requisitos previstos en la propia normativa del IRPF, concretamente en el artículo 54 del Reglamento del IRPF de 2007, condiciones que pasamos a examinar de forma separada.

1. Requisitos objetivos.

Abordando el primero de los extremos apuntados hemos de referirnos a la Resolución Vinculante de la DGT de 22 de diciembre de 1986¹, en la que dicho centro directivo identificó el concepto de vivienda con la noción usual del mismo, definiéndolo como aquel edificio o parte del mismo destinado a habitación o morada de una persona física o de una familia, constituyendo su hogar o sede de su vida doméstica².

En ese sentido, la definición de vivienda que se desprende de la normativa reguladora del IRPF vuelve a insistir, al igual que las normas anteriormente vigentes, en el carácter de «edificación» que debe concurrir en la misma, extremo que ha sido interpretado en el sentido de considerar que «la vivienda habitual, desde el punto de vista físico, exige una construcción unida permanentemente al suelo, separada e independiente»³.

De acuerdo con esa idea debe considerarse resuelta la problemática suscitada en su día sobre la posibilidad de catalogar como vivienda habitual bienes tales como vehículos o remolques tipo caravana⁴ o incluso barcos o embarcaciones de recreo⁵. De igual modo, han de excluirse de la condición de vivienda habitual, especialmente a efectos de aplicarle los incentivos fiscales previstos para las mismas, lugares como las residencias de la tercera edad⁶ o los hoteles, ya que tanto por su denominación como por su naturaleza, en nada se asemejan a una vivienda.

¹ BOE de 19 de enero de 1987.

² En la misma línea, ALMAGRO MARTÍN, C.: «Beneficios fiscales sobre la vivienda», en la obra colectiva, *Estudios sobre los beneficios fiscales en el sistema tributario español*, dir. SÁNCHEZ GALIANA, J.A., Madrid, Marcial Pons, 2008, pág. 136, señala que «con carácter general podemos entender la vivienda como todo alojamiento permanente destinado a satisfacer de manera habitual las necesidades vitales de habitación de una o varias personas. Se trata de las edificaciones cuya principal función es ofrecer refugio y habitación a los seres humanos, protegiéndolos de las inclemencias climáticas y de otras amenazas naturales, proporcionándoles un espacio seguro y confortable donde resguardarse».

³ LÓPEZ DÍAZ, A.: «La deducción por adquisición de la vivienda habitual en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *Revista Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 142, 1995, pág. 87.

⁴ Resolución de la AEAT de 10 de marzo de 1995. Sobre esta cuestión *vid.* LÓPEZ DÍAZ, A.: «La deducción por adquisición de vivienda habitual en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *op. cit.*, pág. 87.

⁵ *Vid.* DGT de 21 de enero de 2003 [n.º 0063-03 (NFC017195)].

⁶ DGT de 4 de diciembre de 2000 [n.º 2209-00 (NFC012011)].

A diferencia de casos como los anteriores, tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado la posibilidad de incluir en el concepto de vivienda habitual determinados inmuebles que, pese a tener una naturaleza y características en principio no aptas o pensadas para constituir la residencia o morada de una persona o su familia, terminan participando de ese carácter previo acondicionamiento de las mismas. Ése es el caso, por ejemplo, de un trastero utilizado como vivienda, respecto del que la DGT aceptó su condición de vivienda habitual, siempre y cuando se cumplan los requisitos de residencia efectiva y permanente del contribuyente que exige el Reglamento del IRPF, y a los que haremos referencia a continuación ⁷. De igual modo el aludido centro directivo estimó que las edificaciones que vienen denominándose *loft*, pese a ser en principio y según la normativa del sector, espacios destinados a actividad industrial o económica, podrán disfrutar, cuando se destinen y acondicionen como residencia habitual, de cuantos beneficios fiscales establece la normativa del IRPF para las viviendas habituales, y con las mismas condiciones y limitaciones exigidas con carácter general ⁸.

Ahora bien, a nuestro modo de ver, respecto de cualquier edificación que pretenda tener la consideración de vivienda habitual, y más aun en supuestos «atípicos» como los que acaban de apuntarse, deben poder aportarse pruebas acerca de su condición de tal, extremo que entendemos que debe ir más allá del hecho de que sea posible constatar el cumplimiento de los requisitos temporales de ocupación a los que se refiere el artículo 54 del Reglamento del IRPF, a cuya mención se ha limitado en ocasiones la DGT. En ese sentido, y siguiendo los dictados del artículo 106 de la Ley General Tributaria (LGT), la acreditación de la condición de una edificación como vivienda habitual podrá realizarse «por cualquier medio de prueba admitido en derecho», entre los cuales el hecho de que el inmueble, objetivamente considerado, sea susceptible de ser utilizado como vivienda, unido a la obtención de la cédula de habitabilidad o, en su caso, de la licencia de primera ocupación, han sido considerados como criterios válidos ⁹.

En relación con esta cuestión conviene aclarar que si bien la cédula de habitabilidad ha sido la fórmula elegida por la normativa de la mayor parte de las comunidades autónomas para acreditar la aptitud del inmueble para ser usado como vivienda, en alguna de ellas se ha sustituido por la licencia de primera ocupación, entendida ésta como acto administrativo a través del cual se acredita que un edificio o vivienda cumple los requisitos exigidos para ser destinado a uso residencial. En cualquier caso, lo cierto es que la ausencia del documento que según la norma aplicable en cada caso acredite la aptitud de un inmueble para poder ser destinado a fines de habitación o morada de una persona física o familia, impide, tal y como ha señalado el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), que el mismo pueda conceptuarse como vivienda ¹⁰.

Al margen de lo anterior, el Reglamento del IRPF considera que forman parte del concepto de vivienda habitual, a efectos de la deducción establecida en dicho tributo para su adquisición, una serie de elementos anexos a la vivienda, los cuales, aun no constituyendo vivienda propiamente dicha, podrá considerarse que forman parte de ésta cuando se adquieran conjuntamente con ella en un mismo acto jurídico. Éste es el caso de bienes tales como plazas de garaje (con el límite máximo de dos),

⁷ DGT de 21 de enero de 2003 [n.º 0063-03 (NFC017195)].

⁸ Resolución de la DGT de 24 de octubre de 2006 [n.º 2105-06 (NFC024128)].

⁹ *Vid.* Resolución de la DGT de 12 de abril de 2006 [n.º 707-06 (NFC022244)].

¹⁰ Resolución del TEAC de 1 de febrero de 2006 (NFJ022925).

jardines, parques, piscinas o instalaciones deportivas. Dichos anexos sólo quedarán excluidos del concepto de vivienda cuando se adquieran independientemente de aquélla, tal y como apunta el artículo 55 del Reglamento del IRPF ¹¹.

2. Requisitos temporales.

Los requisitos objetivos que acaban de examinarse son susceptibles de ser atribuidos al concepto de vivienda que, en términos generales, puede manejarse a efectos tributarios. Sin embargo, de entre todos los inmuebles que puedan catalogarse como tales, este estudio pivota en torno a aquellos que, además, reúnen una serie de características temporales que determinan su habitualidad. Esto es, circunstancias que afectan especialmente al tiempo durante el cual son utilizados así como al plazo que transcurre desde que se dispone de la vivienda hasta que la misma es objeto de ocupación efectiva.

2.a. Periodo de utilización.

2.a.1. Regla general.

Para abordar el análisis de los requisitos temporales que dotan de habitualidad a la vivienda de un contribuyente hemos de partir de lo dispuesto en el ya mencionado artículo 54 del Reglamento del IRPF. Este precepto, al igual que el artículo 68 de la Ley del IRPF, considera vivienda habitual del contribuyente la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años. Dicha utilización continuada se traduce en el uso efectivo y con carácter permanente de la vivienda por el propio sujeto pasivo, sin que a esos efectos hayan de tenerse en consideración las ausencias esporádicas o temporales.

No obstante lo anterior, lo cierto es que existen supuestos en los que, por motivos laborales, familiares, de salud o de cualquier otra índole, un mismo sujeto puede utilizar con «habitualidad», entendida ésta en el sentido usual del término, más de una vivienda, en cuyo caso pueden generarse dudas sobre cuál de ellas constituye su residencia habitual. En estos casos y partiendo de las exigencias de continuidad y permanencia aludidas, consideramos que debe otorgarse carácter de habitual a aquel domicilio donde se resida por más tiempo a lo largo de cada periodo impositivo ¹², ya que no parece admisible que una persona pueda disfrutar de los beneficios fiscales previstos para el acceso a la vivienda habitual respecto de dos o más inmuebles ¹³.

Ciertamente, afirmaciones como la anterior trasladan la problemática que puede suscitar esa cuestión al ámbito de la prueba. Piénsese que en el caso de que un sujeto tenga a su disposición, por

¹¹ A este respecto la Resolución de la DGT de 3 de diciembre de 2003 [n.º 2060-03 (NFC034761)] señala que «se entenderán transmitidos conjuntamente los garajes y las viviendas cuando la transmisión se efectúe en el mismo acto y simultáneamente, siendo esta circunstancia una cuestión de hecho que podrá probarse por los medios admisibles en derecho».

¹² DGT de 25 de marzo de 1998 [n.º 0474-98 (NFC007407)].

¹³ LÓPEZ DÍAZ, A.: «La deducción por adquisición de vivienda habitual en el IRPF», *RDFHP*, núm. 235, 1995, págs. 133 y ss.

razones de cualquier índole, más de una vivienda, sólo podrá aplicar los beneficios que a efectos fiscales estén previstos para la vivienda habitual respecto de aquella de la que realmente pueda probarse que lo es, de acuerdo con el periodo de ocupación exigido por la normativa del IRPF.

Pues bien, aunque de acuerdo con lo dispuesto en la LGT, cualquier medio de prueba servirá para determinar la «habitualidad» del uso de una vivienda, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido apoyando sus pronunciamientos en la valoración conjunta de varios elementos probatorios. En esa línea se ha estimado insuficiente, en muchos casos, la simple alegación por parte de la Administración o de los contribuyentes de cuestiones aisladas tales como el domicilio fiscal, el empadronamiento, o la simple constatación de los consumos energéticos de una vivienda, aspectos que se han considerado indicios pero no pruebas definitivas de la habitualidad de la misma. En ese sentido, y concretamente respecto del domicilio tributario, se considera que «la prueba no puede descansar de modo privilegiado e inatacable, en el puro dato jurídico-formal del domicilio declarado en la autoliquidación del recurrente (...). El cometido de esa fijación no es, primordialmente, hacer prueba real sobre la efectiva y habitual residencia del contribuyente, aunque el concepto la suponga, sino situar el ámbito de ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes en el terreno tributario-formal o procedimental, o determinar regímenes y puntos de conexión. De su siempre posible valoración como indicio no cabe extraer consecuencias que anulen toda la potencialidad probatoria que se deriva de (...) la Ley General Tributaria y de (...) la Ley de Enjuiciamiento Civil (...). El domicilio fiscal consignado por el recurrente en su declaración no permite prescindir del examen de los distintos principios de prueba aportados por el recurrente»¹⁴.

2.a.2. Excepciones.

De acuerdo con lo que acabamos de analizar, la vivienda tendrá la condición de habitual cuando, conforme a lo dispuesto en la normativa reguladora del IRPF, sea objeto de utilización efectiva durante un periodo de tiempo continuado de, al menos, tres años, extremo que para la aplicación de la exención por reinversión debe poder predicarse tanto de la vivienda que se enajena como de la que se adquiere.

¹⁴ STSJ de Castilla y León, Valladolid, 2045/2005 (NFJ021709). En la misma línea, la STSJ de Castilla-La Mancha 167/2003, (NFJ014846) señala que «(...) el empadronamiento en Toledo del actor y su domicilio fiscal en la c/ ... NUM... - NUM... si bien podría constituir un indicio de que esa era su residencia habitual, no es un dato suficiente pues sabido es que se trata de un dato administrativo formal que puede no corresponder a una realidad que es posible acreditar por otros medios (...)». El recurrente señaló que «(...) el mantenimiento del empadronamiento en Toledo, aunque no se correspondiera con la realidad de su residencia, resultaba forzoso si pretendía ejercer su profesión en la comunidad autónoma, pero donde vivía habitualmente era en Madrid. Esa afirmación podrá merecer la opinión que sea, pero a los efectos que nos ocupan debemos indagar cuál era efectivamente su domicilio, dónde, como señala el Abogado del Estado en su contestación, se producen los hechos relativos directa o indirectamente a su persona desarrollando los actos típicos de su vida ordinaria y habitual. La Administración rechaza que la simple constatación de consumos energéticos en la vivienda de Madrid sirva para acreditar que esa era la residencia habitual del sujeto pasivo (...), pero no se cuenta sólo con ese dato. En efecto, consta que (...) el inmueble donde el Sr. Martínez hacía figurar su domicilio fiscal en Toledo, (...) era arrendado exclusivamente para ser destinado a oficinas y despacho de arquitectura sin que pudiera destinarse a otro uso; consta que se pagaba IAE por el ejercicio de esa actividad en el citado local, y además el recurrente ha traído al proceso dos testigos que manifiestan que lo conocen y que saben que vivía en Madrid en los años 1995 y 1996 sin que el Abogado del Estado formulara ninguna repregunta al objeto de indagar sobre la razón de ciencia de los testigos y si la misma era el conocimiento directo y personal de la cuestión. La valoración conjunta de todo lo actuado permite llegar a la conclusión de que el inmueble por cuya adquisición se practicaron las deducciones en la autoliquidaciones del IRPF de 1995 y 1996 constituía la vivienda habitual del sujeto pasivo a efectos del citado impuesto, lo que determina la estimación del recurso».

No obstante lo anterior, tanto el artículo 54 del Reglamento del IRPF como el artículo 68.1 de la Ley del IRPF introducen excepciones al respecto. En ese sentido, mientras que el precepto legal señala que «se entenderá que la vivienda tuvo aquel carácter (habitual) cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo tres años), se produzca el fallecimiento del contribuyente o cuando concurren circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda, tales como la separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas»; el artículo 54 del Reglamento del IRPF considera que una vivienda no pierde su carácter de habitual cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo desde que comenzó a utilizarse, «se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurren otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo, o cambio de empleo, u otras análogas justificadas».

Varios son los aspectos cuyo análisis sugiere la lectura conjunta de ambos preceptos. Así, en primer término, comparando la relación de las circunstancias a la que hacen referencia ambos artículos, es fácil advertir que el texto reglamentario introduce una lista más amplia de motivos por los que la vivienda no pierde su carácter de habitual, aun cuando no se haya utilizado durante tres años ¹⁵.

Sin embargo, esto no podrá considerarse a priori como una extralimitación reglamentaria, toda vez que el texto legal, al igual que el propio artículo 54 del Reglamento del IRPF, introduce un inciso final con el que deja abierta la posibilidad de barajar otras circunstancias, a los efectos que estamos analizando, diferentes a las allí mencionadas de forma expresa, aludiendo a «otras análogas».

Así las cosas, existen una serie de circunstancias cuya concurrencia impide, sin lugar a dudas, que una vivienda pierda la condición de habitual aun cuando no se haya ocupado durante un plazo ininterrumpido de tres años. Ahora bien, las causas legal y reglamentariamente detalladas como susceptibles de producir el efecto mencionado no conforman un *numerus clausus* sino que, antes al contrario, es posible incluir en esa relación cualquier otra circunstancia «análoga» que exija necesariamente un cambio de domicilio, siempre y cuando tales razones puedan justificarse debidamente.

Tal y como ha advertido CALVO ORTEGA, existe aquí una cuestión que suscita especial interés, y es la «llamada a la analogía que hacen la Ley y el Reglamento (...). Hay que tener en cuenta que la LGT excluye la aplicación de la analogía para extender más allá de sus estrictos términos «las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales». Es evidente que la exención por reinversión en vivienda habitual participa de esa naturaleza, y «que la extensión de las circunstancias a través de la técnica analógica puede entrar en conflicto con la interdicción citada» ¹⁶.

Partiendo de esa afirmación consideramos que ha de ser el adverbio «necesariamente», al que tanto la Ley como el Reglamento del IRPF hacen referencia, el elemento que debe situarse como punto de referencia obligado para solucionar las posibles dudas que puedan surgir en torno a esta cuestión. Así las cosas, para que pueda entrar en juego la excepción al plazo general de tres años no

¹⁵ Así, el reglamento hace referencia a circunstancias como la celebración del matrimonio, omitidas en la ley, o a un «cambio de empleo», limitado por el texto legal a la condición de que el nuevo trabajo sea «más ventajoso». *Vid.* CALVO ORTEGA, R.: «Vivienda habitual. Aspectos tributarios. Consideraciones críticas», *Nueva Fiscalidad*, núm. 1, 2007, pág. 12.

¹⁶ CALVO ORTEGA, R.: «Vivienda habitual. Aspectos tributarios. Consideraciones críticas», *op. cit.*, págs. 12-13.

basta la mera concurrencia de cualquier circunstancia que exija cambiar de domicilio, sino que la misma ha de exigir necesariamente dicho cambio.

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

De todo ello se desprende que, para que el cambio de domicilio no impida la consideración como vivienda habitual de la edificación que ha constituido la residencia del sujeto pasivo y que éste ha habitado durante un periodo inferior a tres años, las circunstancias que exigen dicho cambio deben ser ajenas a la mera voluntad o conveniencia del sujeto pasivo.

No obstante lo anterior, lo cierto es que el criterio de la DGT no siempre ha sido unánime en torno a esta cuestión ante circunstancias similares. En ese sentido, en Resolución de 25 de septiembre de 2002 ¹⁷, estimó que la prescripción médica aconsejando el cambio de domicilio por los problemas sobre la salud y estado emocional del contribuyente causados por problemas vecinales de mala convivencia, no justificaban el incumplimiento del plazo que estamos analizando. En otro supuesto, y también existiendo prescripción facultativa al respecto, la DGT consideró que, siempre que pueda apreciarse su concurrencia suficientemente, a juicio de los órganos de la Administración, el cambio de domicilio por razones de salud puede estimarse como necesario, a los efectos que aquí interesan ¹⁸.

En esa línea, la DGT ha estimado que existe necesidad en el cambio de domicilio, sin que éste pierda la condición de vivienda habitual, especialmente a efectos de practicar la deducción correspondiente en el IRPF, cuando dicho cambio responde a circunstancias análogas a las expresamente relacionadas en el artículo 54 del Reglamento del IRPF. Así, se han considerado como tales las necesidades asistenciales de la esposa del consultante ¹⁹; la edad de la consultante y su minusvalía en grado del 65 por 100, junto con la falta de adecuación de la vivienda –no hay ascensor– a la situación personal ²⁰, siempre y cuando en todos los casos pueda acreditarse la concurrencia de tales motivos.

Por el contrario, se ha denegado la condición de vivienda habitual a aquellos inmuebles que son ocupados durante un periodo inferior al mencionado en casos tales como la adquisición de una casa más grande para albergar a una empleada del hogar encargada del cuidado de los hijos ²¹; la pérdida del empleo salvo que, por ejemplo, el empleo fuera la única fuente de rentas del contribuyente ²²; o la exigencia de la cooperativa que promueve la construcción de la vivienda a la que desea acceder de no ser propietaria de una vivienda anterior ²³.

¹⁷ NFC016857.

¹⁸ DGT de 23 de diciembre de 2003 [n.º 2430-03 (NFC034755)].

¹⁹ DGT de 15 de diciembre de 2000 [n.º 2349-00 (NFC012718)].

²⁰ DGT de 21 de enero de 2002 [n.º 0066-02 (NFC015929)].

²¹ DGT de 1 de marzo de 2000 [n.º 0392-00 (NFC010944)].

²² DGT de 15 de octubre de 1999 [n.º 1882-99 (NFC010320)].

²³ DGT de 21 de enero de 2003 [n.º 0059-03 (NFC017985)].

De todo lo expuesto cabe deducir que la aplicación en la práctica de un término como el que hemos examinado no siempre es fácil de concretar, por lo que habrá que estar a las circunstancias de cada caso concreto así como a las pruebas que de ellas puedan aportarse. Esta situación ha sido objeto de críticas por algunos autores que, aludiendo a los preceptos que tanto la Ley como el Reglamento del IRPF dedican a la regulación de la cuestión que nos ocupa, consideran que «suponen un claro ejemplo de la inseguridad jurídica que provoca la utilización de ciertos conceptos abiertos y marcadamente subjetivos»²⁴, opinión que compartimos.

Al margen de lo anterior, aunque también respecto de esta cuestión, parece que debiera entenderse que cuando sean varios los titulares de la vivienda e integren una misma unidad familiar, la «necesidad» del cambio de vivienda para uno de ellos debe extenderse, con los mismos efectos, a todos los miembros de la familia.

2.b. Plazo para su ocupación.

2.b.1. Regla general.

Continuando con el examen de los requisitos temporales que atañen al concepto de la vivienda habitual de acuerdo con el artículo 54 del Reglamento del IRPF, ha de tenerse en cuenta que para que la vivienda constituya la residencia habitual del contribuyente, éste debe habitarla de manera efectiva y con carácter permanente en un plazo de 12 meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras.

Pues bien, con respecto a esta cuestión el principal problema que puede plantearse es la concreción del momento a partir del cual comienza a contar el citado plazo, toda vez que el texto reglamentario habla de la fecha de «adquisición o terminación de las obras», momento en el que, a nuestro juicio y dado el concepto de vivienda que hemos manejado, puede que no siempre coincida con la fecha en la que el inmueble es declarado apto por la Administración para ser utilizado como vivienda. En este sentido podrían plantearse dudas respecto del cómputo exigido por la normativa del IRPF en aquellos casos en los que, por ejemplo, hubiese finalizado la obra de construcción de la vivienda, pero todavía no se hubiera obtenido la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o, en definitiva, el documento que en cada caso se considere necesario para acreditar la aptitud del inmueble para poder destinarlo a fines de residencia.

En supuestos como el descrito, aunque a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), la DGT ha emitido varios pronunciamientos que han evolucionado hacia la exigencia de la obtención de los mencionados documentos administrativos como condición para catalogar a un inmueble como vivienda y, por tanto, poder incluir una operación de compraventa en el concepto de primera entrega de la misma manejado a efectos de ese tributo. Así, mientras en la contestación a Consulta de 6 de

²⁴ GARCÍA CALVENTE, Y.: «Comentario a la Resolución de la DGT de 28 de julio de 2003 (JT 2003, 1367), *Revista Jurisprudencia Tributaria*, Tomo I, 2004, pág. 2.206.

octubre de 2003 (NFC018446) el aludido centro directivo señaló que «la transmisión de la vivienda objeto de consulta por el promotor de dicha vivienda que cuenta con el certificado final de obra del arquitecto director de la misma, estará sujeta y no exenta del IVA, teniendo a efectos de dicho tributo la consideración de primera entrega aunque no se haya obtenido la cédula de habitabilidad», en la Resolución de 29 de junio de 2006 ²⁵ dispuso lo siguiente: «Este centro directivo ha señalado reiteradamente que la aplicación del tipo reducido en el supuesto a que se refiere el artículo citado depende de una circunstancia objetiva: la aptitud del edificio o parte del mismo objeto de entrega para ser utilizado como vivienda, disponiendo de la correspondiente cédula de habitabilidad (sustituida actualmente por la licencia de primera ocupación). Por tanto, la entrega de un local de uso compatible con el alojamiento a que se refiere el escrito de consulta, que tiene concedida la licencia de primera ocupación por el órgano competente de una comunidad autónoma, la cual sustituye actualmente a la cédula de habitabilidad, tributará por el IVA al tipo impositivo del 7 por 100, supuesto que dicha aptitud se extiende a la totalidad del inmueble».

Una vez más, y dadas las dificultades de interpretación que el precepto examinado puede plantear en supuestos como los descritos, consideramos que sería conveniente que el legislador precisara más esta cuestión.

2.b.2. Excepciones.

No obstante todo lo anterior, el texto reglamentario incluye también, al igual que sucede con la condición relativa al tiempo de utilización del inmueble, algunas excepciones respecto al requisito que estamos analizando. En ese sentido, en aquellos casos en los que fallezca el contribuyente o concurren circunstancias que necesariamente impidan la ocupación de la vivienda en los términos señalados anteriormente, se entenderá que la vivienda no pierde el carácter de habitual. Ahora bien, estas circunstancias deben ser posteriores a la adquisición de la vivienda, ya que si concurriesen en el momento de adquirirla no podrán entenderse como un motivo válido para justificar el incumplimiento del plazo de ocupación.

En este caso el texto reglamentario únicamente hace referencia expresa a uno de los motivos que pueden excepcionar el requisito relativo al plazo de ocupación de la vivienda, esto es, el fallecimiento del contribuyente. Sin embargo, y al igual que sucedía respecto de la otra condición temporal que acompaña al concepto de vivienda habitual, también aquí se hace referencia a «otras circunstancias que necesariamente impidan la ocupación de la vivienda», expresión que de nuevo gira en torno al significado que haya de darse al término «necesariamente» que, como indica el propio apartado 2 del artículo 54 del Reglamento del IRPF, ha de interpretarse en el mismo sentido que hemos apuntado respecto de la excepción introducida al requisito del periodo de utilización de la vivienda.

Además de lo anterior, el Reglamento del IRPF introduce también una salvedad al condicionante que estamos analizando cuando un sujeto disfrute de una vivienda por razón de cargo o empleo. En estos casos en los que el contribuyente está utilizando por motivos de trabajo una vivienda diferente de la que él haya adquirido para su residencia habitual, el plazo para su ocupación comenzará

²⁵ Resolución n.º 1242/2006 (NFC022967).

a contar a partir de la fecha del cese del cargo o empleo que otorgaba el derecho a disfrutar de ese otro inmueble.

3. Requisitos subjetivos.

El concepto de vivienda habitual aparece referido en el artículo 54 del Reglamento del IRPF al contribuyente que será, precisamente, el sujeto que a los efectos del tema objeto de este trabajo podrá disfrutar de la exención por reinversión.

En ese sentido ha de tenerse en cuenta que el gravamen de las personas físicas en todos los tributos en los que, como sucede en el IRPF, éstas sean consideradas como sujetos pasivos de los mismos, es estrictamente individual. De acuerdo con lo anterior, en los casos en los que, por ejemplo, exista matrimonio y la condición de contribuyente concurra en ambos cónyuges, ambos podrían beneficiarse de las ventajas arbitradas respecto de la vivienda habitual aunque, lógicamente, cada uno en proporción a la ganancia patrimonial que pueda imputarse teniendo en cuenta la proporción en que cada uno de los cónyuges fuese titular de la vivienda habitual que se transmite. Por otra parte, también es posible que ambos cónyuges adquieran, cada uno de ellos, su propia vivienda habitual, en cuyo caso los dos podrán aplicar los beneficios fiscales previstos para las viviendas habituales respecto de la suya, todo ello siempre y cuando puedan aportarse pruebas de la habitualidad de cada uno de ellos respecto de su vivienda, y siempre que los dos sean contribuyentes por este impuesto ²⁶. En ese sentido la DGT, en contestación a Consulta de 21 de noviembre de 2003 ²⁷, estimó respecto del beneficio fiscal que supone la exención por reinversión en vivienda habitual, que «los cónyuges podrá reinvertir el caudal común en dos nuevas viviendas que obtendrán, ambas, la consideración de habitual, con independencia de su ubicación, siempre y cuando cada una de ellas se constituya en residencia habitual de uno de los cónyuges».

Al margen de lo anterior, lo relevante a efectos de la práctica de la exención desde un punto de vista subjetivo es que el sujeto que pretenda aplicarla pueda ser considerado como contribuyente a efectos del IRPF, extremo cuya determinación exigirá atender a los artículos 8, 9 y 10 de la Ley del IRPF en los que fundamentalmente se facilitan las reglas para determinar la residencia de las personas físicas, extremo determinante en su consideración o no como contribuyentes del impuesto.

No obstante lo anterior, existe un grupo concreto de sujetos que, pese a ser catalogados por la propia Ley del IRPF como «contribuyentes» de ese tributo, presentan ciertas peculiaridades en

²⁶ Sobre esta cuestión deben tenerse en cuenta los efectos que, en el momento de calcular la base de la deducción, puede tener el régimen económico matrimonial de los cónyuges. En ese sentido, la DGT, en Contestación a Consulta de 19 de noviembre de 2003 [n.º 1927 (NFC026873)], aclara la forma de calcular la base de la deducción en el caso de un matrimonio que adquiere en gananciales dos viviendas. Una de ellas es la vivienda habitual del marido, y la otra de la mujer. En este contexto la DGT señala que «el varón sólo podrá practicar deducción (...), donde reside, tomando como base de deducción, al tratarse de recursos gananciales, la participación que tuviera en dicha sociedad, que no es otra que el 50 por 100 que le corresponda de los pagos satisfechos», no pudiendo deducir nada respecto del inmueble ganancial que constituye vivienda habitual de la mujer. Por su parte, las conclusiones respecto de la esposa son idénticas, pero a la inversa.

²⁷ DGT de 21 de noviembre de 2003 [n.º 1954-03 (NFC026797)].

las que es necesario reparar para saber si también ellos podrán ser acreedores del beneficio fiscal que estamos tratando. Nos referimos concretamente a los denominados «impatriados», esto es, trabajadores desplazados a territorio español a los que se dedica el artículo 93 de la Ley del IRPF. Este precepto, que responde a la necesidad de adoptar medidas destinadas a solucionar algunas de las cuestiones suscitadas por la internacionalización y globalización económica existente en la actualidad, extremo que, entre otras cuestiones, ha propiciado una creciente movilidad de las personas entre diferentes países, trata en este caso de favorecer fiscalmente la entrada en territorio español de trabajadores foráneos especializados o cualificados que puedan aportar valor añadido a la economía y empresas de nuestro país.

En esa línea el aludido artículo 93 de la Ley del IRPF permite que una persona física residente (fiscal) en España ostente un derecho de opción referido a las concretas normas que le serán aplicables a efectos de determinar sus obligaciones tributarias (materiales y formales) en la imposición sobre la renta. El artículo 93 de la Ley del IRPF «permite» a tal «residente fiscal», en primer lugar, que tribute «por el IRPF», esto es, en coherencia con su nuevo estatus fiscal; la segunda posibilidad consiste en permitir al «residente fiscal» que tribute a través un impuesto pensado precisamente para sujetos que no reúnen tal condición, esto es, «por el IRNR»²⁸.

Este régimen fiscal se contemplaba ya en el artículo 9.5 del ahora derogado Texto Refundido de la Ley del IRPF, pero con una diferencia esencial entre la redacción que anteriormente se daba a ese precepto y la que ahora se ha introducido en el artículo 93 de la Ley del IRPF. En ese sentido, la normativa actual ha introducido un inciso, que sí se recogía en el artículo 111 del Reglamento del IRPF de 2004, en virtud del cual se aclara expresamente que los residentes que opten por tributar por el Impuesto sobre la Renta de los no Residentes (IRNR) lo harán «manteniendo la condición de contribuyentes por el IRPF».

La aclaración del tema en el sentido indicado tiene importantes consecuencias prácticas, viniendo a resolver algunos problemas que, de otro modo, podrían plantearse. En ese sentido, por ejemplo, es evidente que las autoridades fiscales españolas deben emitir certificados de residencia fiscal en relación con las personas físicas que, en las condiciones del artículo 93 de la Ley del IRPF, tributen como los no residentes, ya que el derecho de opción que poseen no gira en torno a su condición de residentes, sino que atañe a las reglas con arreglo a las cuales deben tributar.

Por otra parte, el inciso del artículo 93 que ahora comentamos evitará los problemas de apatridia fiscal que podrían suscitarse si tuviéramos que entender que dicho precepto contiene una cláusula de recalificación de la residencia fiscal. Piénsese así en la situación que podría plantearse si realmente la opción por tributar por el IRNR al amparo del mencionado artículo conllevase la pérdida de la residencia fiscal en España y, al mismo tiempo, esa persona careciese de residencia fiscal efectiva en otro país.

Situaciones como las descritas nos llevan a realizar un juicio positivo de la aclaración que, en el sentido mencionado, ha introducido el legislador en el artículo 93 de la nueva Ley del IRPF.

²⁸ Éste es un supuesto próximo al articulado en el artículo 46 del Texto Refundido de la Ley del IRNR, pero con carácter inverso: residente al que se permite que tribute por el IRNR (art. 93 LIRPF), en lugar de no residente que se permite que tribute en calidad de contribuyente por el IRPF (art. 46 TRLIRNR).

Llegados a este punto pueden extraerse dos conclusiones. En primer lugar, el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 93 se limita a sujetos residentes en nuestro país, ahora bien, sólo a aquellos que hayan adquirido tal calificación en determinadas condiciones impuestas por dicho precepto. Y, en segundo lugar, los impatriados, pese a poder tributar conforme a las reglas del IRNR cuando ejerciten la opción, no pierden su condición de contribuyentes del IRPF. En ese último sentido no hay que olvidar que su estatus de residentes no se altera como consecuencia de la opción que tomen para tributar.

Hasta aquí la cuestión puede parecer clara, pero existen otros aspectos de la regulación de este régimen especial que pueden empañar las conclusiones apuntadas. Así, ha de tenerse en cuenta que a pesar de ser contribuyentes a efectos del IRPF, extremo que es consecuencia de su condición de residentes, sólo tributan por la renta obtenida en España, y no por su renta mundial. Esta situación puede llevar a pensar que estamos ante una categoría *sui generis* de residentes²⁹ similar a la creada para este tipo de sujetos en países como Reino Unido.

De acuerdo con lo anterior, la respuesta a la cuestión inicialmente apuntada en torno a la posibilidad de los impatriados de aplicar los beneficios fiscales previstos a efectos del IRPF respecto a la vivienda habitual dependerá del régimen por el que decidan tributar. Esto es, si tributan de acuerdo con su nuevo estatus de residentes por el IRPF calcularán su impuesto del mismo modo que cualquier otro residente español, en tanto que la opción de acogerse a las reglas propias del IRNR, con todo lo que ello implica, obligará a descartar la posibilidad de que estos sujetos puedan beneficiarse de los incentivos fiscales que, a efectos de ese tributo, se prevén a efectos del IRPF respecto de la vivienda habitual. En este caso, la condición de contribuyentes del IRPF que en todo caso les atribuye el artículo 93 de la ley reguladora del impuesto no puede ser suficiente, en nuestra opinión, para otorgarles el derecho a beneficiarse de una serie de deducciones o en su caso exenciones pensadas únicamente para aquellos sujetos que calculan su impuesto de acuerdo con las reglas materiales y formales previstas en su normativa reguladora.

4. Requisitos territoriales o espaciales.

Analizando la exención por reinversión en vivienda habitual desde una perspectiva territorial o espacial es necesario reparar en una cuestión a la que no alude la normativa del impuesto y que ha sido expresamente aclarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Nos referimos al supuesto en el que un contribuyente transmita una vivienda habitual con intención de reinvertir el importe obtenido en otra nueva y que, alguno de los inmuebles implicados en la operación esté ubicado en otro país, bien porque allí va a trasladar su residencia el sujeto afectado, bien porque el traslado se realiza desde otro país de la Unión Europea a territorio español.

Respecto del primero de los supuestos apuntados estaríamos hablando de un contribuyente del IRPF que, en un momento determinado, va a trasladar su residencia habitual a otro Estado de la Unión Europea. En estos casos la DGT³⁰ ha entendido que, toda vez que la normativa del impuesto no exige,

²⁹ En un sentido similar CARMONA FERNÁNDEZ, sin arriesgar una posición definitiva, considera que el artículo 9.5 del Texto Refundido de la Ley del IRPF constituye un estatuto híbrido de tributación o una situación fronteriza entre residencia y no residencia (CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Manual del IRNR*, Ciss, Valencia, E-7, I págs. 89-90).

³⁰ DGT de 5 de agosto de 2004 [n.º 1564-04 (NFC019521)].

entre las condiciones de reinversión, la ubicación de la vivienda en territorio español, debe poder aplicarse la exención respecto de la ganancia patrimonial obtenida por la venta de una vivienda habitual que vaya a reinvertirse en otra situada en el país al que va a trasladar su residencia la persona afectada.

Pues bien, ésta debe ser la pauta que debería seguirse en el resto de los países de la Unión Europea que cuenten con una medida fiscal similar a la exención por reinversión en vivienda habitual cuando el sujeto que hasta ese momento hubiera sido residente en dichos territorios decida trasladarse a España realizando aquí la reinversión.

Dicha conclusión ha de extraerse a partir de los dictados de la STJCE de 26 de octubre de 2006 [asunto C-345/05 (NFJ024025)]. En ella se consideró que la restricción de la legislación portuguesa, en el sentido de limitar la exención por reinversión a aquellos inmuebles que se adquirieran para ser utilizados como vivienda habitual en territorio portugués, era contraria al Derecho Comunitario. En concreto, dicho fallo se refiere a vulneración que dicha medida implica respecto a las reglas del Tratado relativas al derecho de residencia en otros Estados miembros, a la libre circulación de trabajadores, a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de capitales, así como a las disposiciones del acuerdo sobre el espacio económico europeo (EEE).

Con ese fallo el Tribunal de Luxemburgo se sitúa en la línea de manifestaciones anteriores realizadas por otras instituciones comunitarias. En ese sentido, la Comisión utilizó los mismos argumentos para responder a una petición³¹ presentada por un ciudadano británico en la que consideraba que la legislación fiscal sueca contrariaba elementales derechos comunitarios. El análisis arrancaba del artículo 47 de la Ley del Impuesto sobre la Renta sueco (*Inkomstskattelagen*), en el que se disponía que el contribuyente residente en el país (la mujer del peticionario) podía beneficiarse de un diferimiento del impuesto de plusvalía generado por la venta de la vivienda en la que habite, siempre que haya adquirido, o tenga la intención de adquirir una nueva vivienda en la que haya establecido o vaya a establecer su residencia. Para poder disfrutar de dicho beneficio fiscal, tanto la vivienda anterior como la nueva deberían localizarse en Suecia.

Tal y como hemos señalado, a diferencia de los casos expuestos, en España no se ha planteado esta polémica, toda vez que nuestra normativa no restringe el derecho a beneficiarse de la exención por reinversión en función del territorio en el que se halle la nueva vivienda en la que se reinvierta la cantidad obtenida con la venta de la anterior.

III. LAS OPERACIONES DE REINVERSIÓN

Analizado el objeto sobre el que pivota la exención que estamos analizando, ha de determinarse ahora qué es lo que ha de entenderse por «reinversión», a efectos de conocer en qué supuestos cabe aplicar dicho beneficio tributario, operación que el artículo 41 del Reglamento del IRPF iden-

³¹ Petición 849/2004, presentada por Bernard ROSS, de nacionalidad británica, sobre la fiscalidad en Suecia y la libre circulación de capitales.

tifica con la transmisión de la vivienda habitual seguida de la «adquisición» de una nueva o bien con su «rehabilitación», términos estos cuyo significado debe ser concretado.

1. La adquisición de una nueva vivienda habitual.

De acuerdo con lo anterior procede aclarar, en primer término, cuál es la clase de derechos a los que hace referencia el legislador tributario cuando habla de «adquisición de vivienda». Esto es, si lo que debe adquirirse es la propiedad de aquella o, por el contrario, sería suficiente con la adquisición de algún derecho que faculte a su titular para usar o disfrutar de la vivienda en calidad de residencia habitual como podría ser el caso, por ejemplo, del derecho de usufructo. Pues bien, a este respecto la DGT se ha manifestado en numerosas ocasiones entendiendo que, en este caso, la adquisición debe equipararse a la titularidad del pleno dominio de la vivienda, descartando así la posibilidad de dar cabida a derechos tales como el de uso, habitación, usufructo o nuda propiedad de la vivienda. Dice textualmente el aludido centro directivo que «los beneficios fiscales relacionados con la residencia habitual del contribuyente están ligados a la titularidad del pleno dominio del inmueble. Tanto del que se adquiere o rehabilita, en cuanto a la deducción por inversión en vivienda habitual, como, también, del que se transmite, a efectos de acogerse a la exención por reinversión en vivienda habitual, y de la exención en el supuesto de transmisión por mayor de 65 años o situaciones de dependencia, dispuesta en el artículo 33.4 b) de la Ley del IRPF (Consultas 1867/00, V1278/06 y V0845/06)»³².

De ese modo, a efectos de practicar la exención que estamos analizando es preciso que confluayan de forma simultánea el pleno dominio de la vivienda, condición que debe poder predicarse tanto de la nueva como de la antigua, junto con el resto de los requisitos establecidos a esos efectos por la normativa del IRPF, especialmente en lo que respecta a las condiciones temporales de ocupación a las que ya hemos hecho referencia³³. Además, la exención no será aplicable hasta que jurídicamente no se adquiera la propiedad. Por ese motivo este beneficio fiscal no podrá aplicarse en los casos de compraventas con cláusulas suspensivas conforme a las cuales no se adquiere la propiedad por el comprador hasta que no satisfaga la totalidad del precio³⁴ y esta circunstancia se demore por encima de los dos años fijados por la normativa reguladora del IRPF como plazo máximo desde que se enajena la vivienda antigua y hasta que se adquiere la nueva, extremo que después analizaremos con mayor profundidad.

Sentado lo anterior es necesario precisar cuáles, de entre los diferentes vehículos jurídicos a través de los cuales es posible llegar a detentar la titularidad del pleno dominio de una vivienda, pueden incluirse bajo el término «adquisición» al que alude el legislador en el artículo 38 de la Ley del IRPF como condición para aplicar la exención. Esto es, habrá que plantear si realmente sirve a esos efectos cualquier tipo de negocio adquisitivo o si, por el contrario, habrá de restringirse tal definición

³² DGT V0570-08, de 18 de marzo de 2008 (NFC028803).

³³ DGT de 4 de marzo de 2004 [n.º 0521-04 (NFC020853)].

³⁴ *Vid.* ADAME MARTÍNEZ, CASTILLO MANZANO y LÓPEZ VALPUESTA: «El sector público y la inversión en vivienda: la deducción por inversión en vivienda habitual en España», *Documento del IEF*, núm. 17, 2004, pág. 22.

reconduciéndola a determinadas operaciones de adquisición de vivienda, entre las cuales, sin duda, las más frecuentes serán las que se instrumenten a través de negocios jurídicos de compraventa.

En principio, y dado que el legislador no acota este concepto, parece que la adquisición de vivienda puede entenderse en el sentido jurídico del derecho de propiedad o pleno dominio de la misma, siendo indiferente que sea por compra, donación, herencia, permuta, etcétera.

De acuerdo con lo anterior, y reparando en la clasificación que desde el Derecho Civil se ofrece sobre los modos de adquisición de la propiedad, entendida ésta como aquel derecho real que «otorga un señorío pleno sobre la cosa, consistente en el poder de someterla a nuestra voluntad en todos sus aspectos y obtener de ella toda la utilidad que pueda prestar en cualquiera de ellos»³⁵, son varias las vías jurídicas que pueden conllevar la adquisición de tal derecho.

Entre ellas podríamos mencionar, en primer lugar, las adquisiciones de la propiedad que tengan lugar como consecuencia de la celebración de un negocio traslativo, ya sea oneroso o gratuito.

Por lo que respecta a aquellos contratos que puedan calificarse como onerosos, el supuesto más típico vendrá representado por la tradición precedida de una compraventa, lo cual no obsta para que puedan incluirse también supuestos de adjudicaciones por actos de autoridad (judicial o no), en los casos en que proceda; casos de adquisición precedida del ejercicio de un derecho real de adquisición, como el tanteo o el retracto³⁶; supuestos en los que la adquisición de la vivienda sea consecuencia de una dación en pago de una deuda anterior; o negocios a través de los cuales se haya obtenido la vivienda habitual como consecuencia de la constitución de un contrato de renta vitalicia.

Mención especial merece la permuta, calificada por los civilistas como un contrato consensual, recíproco, traslativo y oneroso³⁷. De acuerdo con esas características, no parece que deba dudarse de la posibilidad de incluir los contratos de permuta entre las vías que habilitan al titular de una vivienda que haya adquirido su pleno dominio de este modo para practicar la exención que estamos analizando.

Precisamente como un supuesto especial de permuta califican mayoritariamente los civilistas a aquellas operaciones en virtud de las cuales un sujeto cede su vivienda antigua a un promotor o constructor que adquiere su propiedad, a cambio de entregar uno de los pisos nuevos que se edifiquen en el solar donde se hallaba la vivienda antigua³⁸, operaciones cada vez más frecuentes en la práctica. En estos supuestos el elemento fundamental a tener en cuenta para considerar aplicable la

³⁵ ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, 10.ª ed. Madrid, Edisofer, 2004, pág. 232.

³⁶ En los casos en los que se ejerciten estos derechos habrán de tenerse en cuenta, para calcular la base de la deducción, todos los gastos en los que haya incurrido el adquirente de la misma. Piénsese así que en el caso de que se ejercite un derecho de retracto, el retrayente ha de sufragar, entre otros, y además del precio de la vivienda y los gastos que conlleve dicha adquisición, los que hubiera generado, en su caso, la primera transmisión que finalmente resultó frustrada por el ejercicio de tal derecho.

³⁷ VV.AA.: *Manual de Derecho civil. Contratos*, coord. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, Bercal, 2003, pág. 139.

³⁸ VV.AA.: *Manual de Derecho civil. Contratos*, op. cit., pág. 143.

exención que comentamos pasa por atender al plazo que transcurra entre la entrega de la vivienda antigua y el de la reinversión, que debe coincidir con el instante de la entrega al contribuyente de su nueva vivienda, adquiriendo por ese acto la titularidad de la misma. Entre ambos momentos no podrá existir, para aplicar la exención, un intervalo temporal superior a dos años, como después analizaremos.

En relación con los negocios traslativos de carácter gratuito ha de tenerse en cuenta que, dada la redacción de los preceptos que la normativa reguladora del IRPF dedica a la exención por reinversión en vivienda habitual, cuando los mismos generen una efectiva traslación del pleno dominio de la vivienda se convierten en presupuestos habilitantes de la práctica de la exención.

Indudablemente, la donación constituye el supuesto más paradigmático de los aludidos negocios, teniendo por objeto la transmisión de la propiedad o pleno dominio, sin reservas, de la que va a constituir la vivienda habitual del donatario. En ese contexto éste podrá aplicar la exención que nos ocupa respecto de todos los gastos inherentes a la operación, tales como los de notario y registro que conlleva la exigencia legal de efectuar la donación de inmuebles en escritura pública, el importe abonado en concepto de ISD, así como el importe de las cargas que graven el inmueble donado ³⁹ y, en su caso, «el importe del gravamen o contraprestación impuesto al donatario» ⁴⁰, en el caso de que la donación sea de las denominadas onerosas ⁴¹.

Al hilo de las donaciones como vehículo válido para aplicar la exención por reinversión, la DGT ha abordado en alguna ocasión el tratamiento fiscal que debe darse a las donaciones recíprocas que pueden realizarse entre dos sujetos como vía para cambiar sus respectivas viviendas habituales. En esos casos las entregas de los inmuebles se han calificado como transmisiones onerosas, susceptibles de generar ganancias patrimoniales exentas por reinversión en vivienda habitual con la única particularidad de que en estos casos la contraprestación se satisface en especie ⁴².

Todos los vehículos jurídicos mencionados hasta el momento como aptos para producir la «adquisición» de la vivienda habitual, en los términos en los que se manifiesta la Ley del IRPF, son consecuencia de actos *inter vivos*. Sin embargo, la normativa del impuesto no establece, como ya señalamos, limitación alguna al respecto, por lo que ha de entenderse que también servirán como

³⁹ «Al haber adquirido la consultante su vivienda habitual por donación y haber asumido el pago de las cantidades pendientes de la hipoteca que gravaba la misma, podrá practicar deducción por inversión en vivienda habitual por las cantidades satisfechas anualmente por la amortización del préstamo hipotecario (capital e intereses), siempre que la vivienda cumpla los requisitos exigibles para ser considerada la vivienda habitual de la consultante». DGT de 15 de julio de 2003 [n.º 0998/2003 (NFC018080)].

⁴⁰ LÓPEZ DÍAZ, A.: «Las deducciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Análisis especial de la deducción por adquisición de vivienda habitual», *op. cit.*, págs. 504-505.

⁴¹ Tal y como señala el artículo 619 del Código Civil, es también donación aquella en la que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado, en cuyo caso, y según el artículo 622 del Código Civil, la donación onerosa se regirá por las reglas generales de los contratos y por las específicas de la donación en la parte que exceda del valor del gravamen impuesto. Así pues, en el caso de que la donación onerosa tenga por objeto una vivienda que constituirá la residencia habitual del donatario, éste podrá tomar en consideración, a efectos de calcular la base de la deducción que nos ocupa, tanto los gastos que conlleva la donación en la parte de la operación que pueda calificarse como liberalidad, como el importe del gravamen que le hubiera impuesto el donante.

⁴² *Vid.* DGT V2385-08, de 16 de diciembre de 2008 (NFC031525).

presupuestos para aplicar la exención aquellas adquisiciones que se produzcan como consecuencia de actos mortis causa, tales como la donación mortis causa ⁴³, la herencia o el legado. En esos casos, obviamente, la reinversión se limitaría a los gastos que la adquisición de la vivienda por esta vía pueda acarrear teniendo en cuenta que, por lo que respecta al importe de lo pagado por el Impuesto sobre Sucesiones, habrá de tener únicamente en cuenta la parte que se corresponde con la vivienda, en caso de existir otros bienes.

De acuerdo con todo lo señalado en torno a los diferentes negocios jurídicos que pueden servir para adquirir una vivienda habitual es necesario insistir en que, cualquiera que haya sido la vía utilizada, el resultado ha de ser la titularidad del pleno dominio del inmueble por parte de una persona física que sea contribuyente del IRPF. Ése será precisamente el sujeto que pueda beneficiarse de la exención que estamos analizando, beneficio que podrá recaer sobre varios sujetos cuando todos ellos hayan adquirido la propiedad de la vivienda conjuntamente, en cuyo caso, lógicamente, la deducción se practicará en proporción a su participación en la adquisición. Del mismo modo, en estos casos, la pérdida de las condiciones que posibilitan la práctica de la deducción por uno de ellos no tiene por qué afectar al resto de los cotitulares.

2. La rehabilitación de vivienda habitual.

El artículo 41 del Reglamento del IRPF, encargado de regular la exención por reinversión, asimila expresamente la «adquisición» de una nueva vivienda habitual a su «rehabilitación» como presupuesto para aplicar dicho beneficio fiscal, remitiéndose expresamente al artículo 55.5 de ese cuerpo normativo para saber qué ha de entenderse por rehabilitación de vivienda habitual. Pues bien, partiendo de lo dispuesto por ese precepto, podrán calificarse como rehabilitación las obras que cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:

- a) Que hayan sido calificadas o declaradas como actuación protegida en materia de rehabilitación de viviendas en los términos previstos en el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio (NFL009265), por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda. Actualmente la remisión a esta norma puede entenderse hecha al Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 (NSL011434).
- b) Que tengan por objeto principal la reconstrucción de la vivienda mediante la consolidación y el tratamiento de las estructuras, fachadas o cubiertas y otras análogas siempre que el coste global de las operaciones de rehabilitación exceda del 25 por 100 del precio de adquisición si se hubiese efectuado ésta durante los dos años inmediatamente anteriores al inicio de las obras de rehabilitación o, en otro caso, del valor de mercado que tuviera la vivienda en el momento de dicho inicio. A estos efectos, se descontará del precio de adquisición o del valor de mercado de la vivienda la parte proporcional correspondiente al suelo.

⁴³ La donación mortis causa, esto es, la que haya de producir sus efectos a la muerte del donante participa, a tenor del artículo 620 del Código Civil, de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y, por tanto, su naturaleza jurídica se aleja de la de una verdadera donación.

La primera de las condiciones se remite a una norma en la que se regula la rehabilitación de vivienda, no en términos absolutos, sino haciendo únicamente referencia a la rehabilitación protegida de las mismas en los términos a los que se refiere el citado real decreto. Así pues, únicamente incluye como tales a una serie de actuaciones sobre viviendas realizadas con el concurso de ayudas a cargo de fondos del Estado, en función de programas diseñados por la Administración central, siempre y cuando el órgano competente les otorgue la oportuna calificación de actuaciones protegibles.

No obstante lo anterior, no podemos olvidar las competencias que las comunidades autónomas tienen atribuidas en materia de vivienda, con lo que a estos efectos podríamos hablar también de actuaciones de rehabilitación de normativa autonómica cuando las viviendas sean objeto de rehabilitación sobre la base de los diferentes programas definidos y gestionados por la respectiva comunidad autónoma, con la aportación de ayudas a cargo de fondos públicos autonómicos. A este respecto habrá que analizar en cada comunidad autónoma si se ha establecido, al margen de lo dispuesto en la normativa estatal, alguna deducción autonómica que afecte a la rehabilitación de viviendas.

Por lo que atañe a la segunda de las condiciones cuyo cumplimiento posibilitará la aplicación de la deducción que estamos analizando en concepto de rehabilitación de vivienda, es necesario reparar en diversas cuestiones. En primer lugar, de la lectura de dicho apartado se desprende la necesidad de constatar dos requisitos para apreciar la existencia de una obra de rehabilitación.

Así, por un lado, existe una condición cuantitativa, toda vez que el importe de las obras debe exceder del 25 por 100 del precio de adquisición, si ésta se efectuó durante los dos años inmediatamente anteriores al inicio de las obras de rehabilitación, o del valor de mercado que tuviera la vivienda en el momento de dicho inicio. En relación con esta cuestión ha de destacarse la modificación que sobre el concepto de rehabilitación recogido en el artículo 55.5 del Reglamento del IRPF se ha realizado por el Real Decreto 861/2008, de 23 de mayo. Así, mientras que antes de este cambio las obras realizadas en un edificio se consideraban rehabilitación cuando su coste superarse el 25 por 100 del precio de adquisición del inmueble o, en su caso, su valor de mercado, importes en los que se incluía el precio del suelo, esta posibilidad se excluye expresamente por el vigente artículo 55.5 del Reglamento del IRPF al disponer que «se descontará del precio de adquisición o del valor de mercado de la vivienda la parte proporcional correspondiente al suelo»⁴⁴.

Por otra parte, y desde una perspectiva cualitativa, las obras deben consistir en la consolidación o tratamiento de elementos estructurales de la edificación (estructuras, fachadas, cubiertas, o elementos estructurales análogos). Sobre esta cuestión resulta ilustrativa la Resolución de la DGT de 5 de marzo de 1997⁴⁵. En ella se analiza el concepto de rehabilitación a efectos del IVA, donde se define en términos similares a los del Reglamento del IRPF, y se aclara lo siguiente: «Con independencia del coste de las reparaciones o reconstrucciones y su relación con el valor del edificio, para que dichas operaciones tengan la consideración de "rehabilitación" (...), es necesario que (...) consistan en la

⁴⁴ En relación con el IVA, ha sido el Real Decreto-Ley 2/2008 el que ha modificado el concepto de «rehabilitación de edificios» en el sentido arriba expuesto.

⁴⁵ BOE de 12 de marzo de 1997.

consolidación o tratamiento de elementos estructurales de la edificación (estructuras, fachadas, cubiertas o elementos estructurales análogos), de manera que las operaciones de reacondicionamiento, mejora o reforma de la vivienda, por elevado que sea el importe de su coste, no tendrán el carácter de "rehabilitación" a efectos del referido impuesto. Tal ocurrirá con las obras consistentes en la redistribución del espacio interior, cambio o modernización de instalaciones de fontanería, calefacción, electricidad, gas, solado, alicatado, carpintería, bajada de techos, etc.

En cuanto a las ejecuciones de obra complejas, en las que junto a las referidas operaciones se realizan, asimismo, tareas de tratamiento y consolidación de elementos estructurales, debe tenerse en cuenta el objetivo perseguido con el beneficio fiscal, por lo que una interpretación recta de la norma debe llevar a entender que las referidas ejecuciones de obra tributarán al tipo reducido del impuesto sólo cuando consistan principalmente en el tratamiento de los elementos estructurales de la edificación, de manera que si este tratamiento supone sólo una pequeña parte del presupuesto total de la ejecución, no cabe calificar la obra en su conjunto como "de rehabilitación" en los términos indicados por la Ley del IVA.

En consecuencia con todo lo indicado, esta Dirección General considera que las ejecuciones de obra consistentes en la reforma, readaptación, redistribución, mejora o reconstrucción de edificaciones cuya construcción ya esté terminada, que no tenga única o principalmente por objeto el tratamiento o consolidación de elementos estructurales de la edificación (estructuras, cubiertas, fachadas o análogos), no se considerarán de rehabilitación a efectos de lo previsto en la Ley del IVA, con independencia de que el coste de dichas obras exceda del 25 por 100 del precio de adquisición o verdadero valor de la edificación»⁴⁶.

Éste debe ser, en nuestra opinión, el criterio que se aplique también a efectos del IRPF en relación con el concepto de rehabilitación manejado en dicha norma.

IV. ASPECTOS TEMPORALES DE LA EXENCIÓN POR REINVERSIÓN

1. Plazo de reinversión.

Todo lo señalado hasta el momento respecto de la habitualidad como condición para aplicar el beneficio fiscal que comentamos debe poder predicarse, como ya se ha apuntado, tanto del inmueble que se transmite como del que se adquiere, y en el que se materializa la reinversión.

Cumplida dicha condición respecto del primero de ellos, la reinversión del importe obtenido con la enajenación debe efectuarse, de una sola vez o sucesivamente, en un periodo no superior a dos

⁴⁶ En los mismos términos, aunque a efectos del IRPF, *vid.* contestación a consulta de la DGT de 25 de febrero de 2003 [n.º 0268-03 (NFC017359)].

años desde la fecha de la transmisión, tal y como se desprende del artículo 41 del Reglamento del IRPF. En aquellos casos en los que la venta se hubiera efectuado a plazos o con precio aplazado, tal y como señala ese mismo precepto, se entenderá que la reinversión se efectúa en plazo siempre y cuando el importe de los plazos se destine a la reinversión dentro del periodo impositivo en que se vayan percibiendo. Así pues, en el caso de que la reinversión no se realice en el año de la enajenación o en el de la percepción del importe de los plazos aludidos, el contribuyente debe hacer constar en la declaración del IRPF del ejercicio en el que se obtenga la ganancia, su intención de reinvertir en las condiciones y plazos señalados, tal y como señala el Reglamento del IRPF.

De acuerdo con lo anterior, en esos casos habrá que entender, en línea con las consideraciones de la DGT, que existen dos plazos diferenciados: en primer lugar, el plazo de adquisición de la nueva vivienda, consistente en dos años desde la enajenación de la vivienda antigua; y, en segundo lugar, el plazo de aplicación del importe obtenido por la enajenación de la vivienda antigua, en el caso de venta a plazos o con precio aplazado, consistente en su posibilidad de aplicación en el mismo ejercicio en que se perciban dichos importes. Habrá que entender así, que «dichos plazos son complementarios y no excluyentes, de tal forma que en el caso de venta a plazos de la vivienda habitual, la nueva vivienda deberá ser adquirida en el plazo de dos años, pero el importe obtenido por la venta podrá aplicarse al pago de la vivienda ya adquirida conforme se vayan percibiendo los distintos plazos»⁴⁷.

En torno a esta cuestión el aludido centro directivo analizó un caso de permuta de vivienda antigua por una nueva construida sobre el solar de aquélla. Respecto de este supuesto el consultante planteaba la posibilidad de aplicar la exención que nos ocupa aun cuando la adquisición de la nueva vivienda se produjese en un periodo superior a los dos años que fija la ley para la reinversión, amparándose en la posibilidad de asimilar la permuta a la venta con precio aplazado. Sobre este particular la DGT afirmó que «debe ser rechazado el criterio que se consulta de que la adquisición de la nueva vivienda pueda efectuarse pasados los dos años, en el caso de las permutas, cuando la nueva vivienda forme parte del precio obtenido en la enajenación de la antigua»⁴⁸.

Ciertamente el criterio manifestado por la DGT no sólo se ajusta a lo dispuesto por la normativa vigente, sino también a los más recientes criterios doctrinales y jurisprudenciales emitidos respecto al momento en el que deben entenderse producidos los efectos de las permutas, especialmente por lo que respecta al momento de la imputación temporal de la renta derivada de tales operaciones y ello, tanto a efectos del IRPF⁴⁹ como respecto de otros tributos⁵⁰.

⁴⁷ Vid. DGT V1076-08, de 30 de mayo de 2008 (NFC029780).

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ En ese sentido, la SAN de 5 de diciembre de 2006 (NFJ024646) establece que la imputación temporal del incremento patrimonial ha de hacerse en el ejercicio en que se reciban dichas edificaciones y no en el momento de la perfección del contrato.

⁵⁰ Vid. Resolución del TEAC de 25 de junio de 2004 (NFJ018004), donde se concluye que «las ventas de los pisos, realizadas durante su construcción por las empresas inmobiliarias, deben computarse en resultados en el momento en que éstos estén sustancialmente terminados». En ese sentido, Resolución del TEAC de 28 de junio de 2007 (NFJ028215): «En una permuta de un solar por edificaciones futuras el incremento se imputará al promotor que recibe el solar cuando las construcciones estén en condiciones de la entrega material, es decir, cuando los inmuebles estén sustancialmente terminados».

De este modo, cuando se permuta una vivienda antigua por otra nueva, el momento en el que debe imputarse la correspondiente ganancia patrimonial es el de la entrega de la vivienda nueva. En ese sentido se ha manifestado la Audiencia Nacional, que siguiendo la «tesis de la Inspección y del TEAC», considera que «la imputación del incremento ha de hacerse en el ejercicio (...) en que se recibieron los pisos o locales, y no en el momento de la percepción del contrato».

Así las cosas, cuando un sujeto firma un contrato de permuta cediendo su vivienda a cambio de otra de nueva construcción, podrá aplicar la exención por reinversión en vivienda habitual siempre y cuando «adquiera» la nueva vivienda en un plazo no superior a dos años desde que abandonó la anterior en virtud de la permuta, siendo en ese momento cuando habrá de calcular el incremento patrimonial exento por reinversión.

Así las cosas, los aspectos temporales que vienen a condicionar la aplicación de la exención por reinversión son fundamentales y deben ser siempre interpretados conjuntamente con las operaciones en las que, como vimos, debe materializarse la reinversión, esto es, la adquisición o rehabilitación de una nueva vivienda habitual.

Dicha interpretación conjunta obliga a referirnos ahora a un supuesto de adquisición de vivienda al que no hicimos referencia cuando tratamos de aclarar el significado de dicha expresión, por encontrarse directamente condicionado por los aspectos temporales de la exención que nos ocupa. Nos referimos al supuesto de construcción de vivienda que el legislador del IRPF asimila a la «adquisición» de la misma a efectos de la práctica de la deducción por inversión en vivienda habitual. En ese caso, la normativa reguladora del IRPF asimila la construcción de la vivienda en un plazo de cuatro años a la adquisición, pero sólo respecto de la aplicación de dicha deducción. Así pues, no cabe extrapolar lo que respecto a la construcción de viviendas se establece a esos efectos a la exención por reinversión.

No obstante lo anterior, es necesario hacer una precisión ulterior a lo que acaba de señalarse, ya que con ello no queremos decir que se excluya la exención por reinversión en todos los casos en los que un sujeto venda su vivienda para invertir lo obtenido en la construcción de otro inmueble que vaya a constituir su residencia habitual. En casos como éste podría aplicarse la exención que comentamos, pero siempre que dentro del plazo de dos años se produzca una verdadera adquisición de la vivienda nueva ⁵¹. En ese sentido no puede perderse de vista que la adquisición se producirá en la fecha en que, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil, concurren el título o contrato y la entrega o tradición de la nueva vivienda. Así pues, será indiferente el momento en el que se iniciara la construcción, pero la misma debe finalizar, para que se produzca una verdadera adquisición ⁵², dentro del mencionado plazo, respecto del cual no se contempla posibilidad alguna de prórroga en este caso.

⁵¹ En ese sentido se manifiesta la DGT, que en un Informe de 20 de diciembre de 2004 (ref. 123417) interpreta en el sentido aludido la posibilidad de aplicar la exención por reinversión en el supuesto en el que se transmita una vivienda habitual y se pretenda reinvertir lo obtenido en una vivienda en construcción.

⁵² A estos efectos la DGT, en Consulta Vinculante n.º 2429-06, de 1 de diciembre (NFC024789), señaló lo siguiente: «Por otra parte, para el cómputo de este plazo de dos años, debe tenerse en cuenta que en Derecho español, según el Tribunal Supremo y opinión mayoritaria de la doctrina, rige la teoría del título y el modo, de tal manera que "la constancia de un contrato de compraventa en documento privado no transfiere por sí sola el dominio si no se acredita la tradición de la cosa vendida" (Sentencia de 27 de abril de 1983). La tradición puede realizarse de múltiples formas, entre las que pueden citarse para los bienes inmuebles: la puesta en poder y posesión de la cosa, la entrega de las llaves o de los títulos de pertenencia o el otorgamiento de escritura pública.

En ese sentido, la DGT señala que «teniendo en cuenta que las normas civiles no incluyen la construcción dentro del concepto de adquisición, ni el (...) Reglamento del Impuesto la asimila a la adquisición a efectos del beneficio fiscal de la exención por reinversión, ni admite posibilidad alguna de ampliación de plazo, se puede concluir que si la entrega de la vivienda se produce fuera del plazo de los dos años establecido reglamentariamente, no se podrá aplicar el beneficio fiscal de la exención por reinversión en vivienda habitual a la ganancia patrimonial derivada de la transmisión. Dicho plazo es aplicable para todos los casos, independientemente de que la adquisición se produzca por compraventa, donación permuta, como en el presente caso, o por cualquier otro medio válido en Derecho»⁵³.

Esta situación constituye una diferencia relevante respecto de lo que sucede con la deducción por inversión en vivienda habitual aplicable en los supuestos de construcción⁵⁴, la cual, a juicio de algunos autores, «conlleva en la práctica una limitación en la aplicación de la exención que no resulta justificable»⁵⁵.

2. Plazo para la transmisión.

Desde un punto de vista temporal hemos examinado cuál es el plazo que un sujeto tiene para reinvertir las cantidades obtenidas por la enajenación de su vivienda habitual. Sin embargo, desde esta perspectiva existe otra cuestión de carácter temporal que es necesario abordar, sobre todo por la relevancia que la misma tiene a efectos prácticos.

Nos referimos a una cuestión cuya regulación ha sido incorporada *ex novo* por el Real Decreto 439/2007, en virtud del cual se aprobó el Reglamento del IRPF, y que ha introducido un importante elemento de flexibilización respecto del sentido en el que, en los supuestos de reinversión, debe entenderse la habitualidad referida a la vivienda que se enajena. En ese sentido la nueva regulación permite, a efectos de la práctica de la exención que nos ocupa, que un inmueble no pierda tal condición aun cuando hubiera sido desocupado por su titular durante un plazo de hasta dos años antes de la fecha de su transmisión⁵⁶, y ello con motivo de la compra de su nueva vivienda habitual con carácter previo a la transmisión de la antigua.

Así las cosas, la aplicación de la exención por reinversión en vivienda habitual no sólo beneficiará a los sujetos cuyo inmueble reúna las condiciones que conlleva la aludida habitualidad en

Por tanto, el otorgamiento de escritura pública, conforme al artículo 1.462 del Código Civil, supone la entrega del inmueble, de modo que la fecha de su formalización determina la fecha de adquisición del inmueble, salvo que se pruebe la existencia de título y entrega anterior, y será ésta la fecha que la consultante deberá tener en cuenta para computar el plazo de dos años».

⁵³ Vid. DGT V1076-08, de 30 de mayo de 2008 (NFC029780).

⁵⁴ DGT de 14 de abril de 2004 [n.º 0945-04 (NFC034476)].

⁵⁵ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.I.: «Inversión en vivienda y beneficios fiscales en el IRPF», *Revista de Información fiscal*, n.º 77, 2006, pág. 17.

⁵⁶ Vid. artículo 54.4 del Reglamento del IRPF.

el momento en el que decidan disponer de él, sino también a aquellos cuya vivienda hubiera tenido tal consideración «hasta cualquier día de los dos años anteriores a la fecha de la transmisión», plazo en el que debe haberse adquirido una nueva vivienda habitual. Es decir, el contribuyente podrá beneficiarse de la exención de la plusvalía generada en la venta si la reinvierte en la nueva vivienda habitual, aunque la primera vivienda la hubiera abandonado hasta dos años antes del momento de la venta.

Esta última posibilidad, no contemplada en la normativa anterior, permite que el contribuyente pueda adquirir una vivienda nueva sin haber transmitido todavía la anterior, para lo cual cuenta con dos años, sin perder por ello el derecho a la exención por reinversión. Esto no era posible hasta la aludida reforma normativa, toda vez que con anterioridad a la misma había que interpretar que abandonada la vivienda que constituía la residencia habitual del sujeto procediendo a su venta con posterioridad, se estaba realizando la enajenación de un inmueble que había dejado de tener la condición de vivienda habitual para el transmitente.

No obstante lo que de positivo tiene la aludida modificación, conviene introducir algunas aclaraciones al respecto. En ese sentido, ha de tenerse en cuenta que el periodo de hasta dos años en el que la vivienda puede permanecer desocupada por su titular no formará parte del cómputo de tres años que, como regla general y a salvo de algunas excepciones, es necesario que transcurra para que una edificación adquiera el carácter de vivienda habitual. Así las cosas, dicha condición debe poder atribuirse a la vivienda, tal y como se desprende del tenor literal del artículo 54.4 del Reglamento del IRPF, bien en el momento en el que se transmita o bien en cualquier día de los dos años anteriores a la fecha de la transmisión.

En relación con la circunstancia temporal aludida puede hacerse una precisión ulterior, ya que hasta ahora hemos hablado de la posible desocupación de la vivienda por parte de su titular durante un plazo de hasta dos años previos a la fecha de la transmisión. En ese sentido, cabe plantear la posibilidad de que, aun cuando dicho contribuyente hubiera dejado de residir en dicho inmueble, el mismo no estuviese desocupado. Éste podría ser el caso de la constitución de un contrato de arrendamiento sobre el mismo o de la constitución de un derecho de usufructo a favor de un tercero, constituidos durante ese periodo de hasta dos años en el que, a los efectos que aquí interesan, la vivienda no perdería su condición de habitual para su propietario. En estos casos, y toda vez que la normativa aplicable no establece ninguna limitación, no parece que este hecho impida considerar a la vivienda objeto de alquiler o usufructo como habitual a los efectos de practicar la exención por reinversión. Todo ello, obviamente, siempre y cuando el contribuyente que quiera aplicar dicho beneficio fiscal recupere la plena titularidad y poder de disposición de la vivienda en el momento de la transmisión.

Al margen de lo anterior, lo cierto es que el Reglamento del IRPF ha flexibilizado significativamente la regulación de los supuestos en los que cabe aplicar la exención que nos ocupa por la vía que acaba de exponerse. A mayor abundamiento, y aunque no se trata de una medida de carácter general, el Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, ha introducido una disposición transitoria novena al Reglamento del IRPF en la que se dispone una ampliación del plazo de dos años para transmitir la vivienda habitual a efectos de la exención por reinversión, aunque sólo en aquellos casos en los que previamente se hubiera adquirido otra vivienda en los ejercicios 2006, 2007 y 2008. Concretamente

se señala que en los casos «en los que se adquiriera una nueva vivienda previamente a la transmisión de su vivienda habitual y dicha adquisición hubiera tenido lugar durante los ejercicios 2006, 2007 ó 2008, el plazo de dos años a que se refiere el último párrafo del apartado 2 del artículo 41 de este reglamento para la transmisión de la vivienda habitual se ampliará hasta el día 31 de diciembre de 2010». En estos supuestos, «se entenderá que el contribuyente está transmitiendo su vivienda habitual cuando se cumpla lo establecido en el apartado 4 del artículo 54 de este reglamento, así como cuando la vivienda que se transmite hubiese dejado de tener la consideración de vivienda habitual por haber trasladado su residencia habitual a la nueva vivienda en cualquier momento posterior a la adquisición de esta última».

El ejecutivo trata así de introducir una medida que contribuya a paliar los efectos que la crisis económica, especialmente dura en el sector de la construcción, puede generar para aquellas personas que habían adquirido una vivienda nueva con la intención de vender la anterior y esta última operación se ha retrasado por la drástica caída que ha experimentado la venta de viviendas, especialmente de segunda mano.

V. CUANTIFICACIÓN DEL IMPORTE DE LA REINVERSIÓN

De entre las diferentes cuestiones que pueden abordarse en relación con la exención que comentamos, la normativa del IRPF presta especial atención a su dimensión cuantitativa, esto es, al importe que en cada caso podrá dejar de integrarse en la base imponible del tributo.

Así, en primer término, cabe hablar de una exención total cuando el importe obtenido con la transmisión de la vivienda se reinvierta, íntegramente, en la adquisición de la nueva vivienda habitual. No obstante lo anterior hay que tener en cuenta un supuesto que se pone de manifiesto en la práctica en muchas de estas operaciones, y al que se refiere expresamente el artículo 41 del Reglamento del IRPF. Nos referimos al caso de que la vivienda que se enajena tuviese pendiente de amortización parte del préstamo utilizado en su día para su adquisición. Respecto de estos supuestos se establece que únicamente se considerará como importe total obtenido con la enajenación, el que resulte de minorar el valor de transmisión en el importe del principal del préstamo que se encuentre pendiente de amortización en el momento de formalizar la operación.

En segundo término, y también teniendo en cuenta la salvedad que acabamos de hacer, existe la posibilidad de que la ganancia patrimonial obtenida con la transmisión de la vivienda no se reinvierta en su totalidad en la adquisición de la nueva, en cuyo caso estaremos hablando de una exención parcial. Esto es, únicamente dejará de integrarse en la base imponible del impuesto la parte proporcional que corresponda a la cantidad efectivamente reinvertida.

Por otra parte y continuando con las cuestiones que desde un punto de vista cuantitativo suscita la exención por reinversión, ha de hacerse referencia a otro tipo de operaciones que no son infrecuentes en la práctica y en las que un sujeto, en el proceso de cambio de su vivienda habitual, invierte en la adquisición de la que será su próxima residencia habitual cantidades ahorradas. Con

posterioridad vende su hasta entonces vivienda, destinando el importe obtenido en su venta a reponer la cuantía de los ahorros que invirtió en la adquisición de la nueva. Pues bien, valorando la posibilidad que el contribuyente tiene en estos casos de acogerse a la exención por reinversión respecto de las cantidades ahorradas previamente adelantadas y que posteriormente son repuestas al enajenar su primera vivienda, la DGT se manifiesta contraria a tal posibilidad.

En ese sentido, en una consulta vinculante de 2006 ⁵⁷, el aludido centro directivo señaló textualmente lo siguiente: «el contribuyente podrá exonerar el total de la ganancia patrimonial obtenida en la transmisión de su vivienda habitual siempre que reinvierta el total importe obtenido en dicha transmisión en el plazo de los dos años anteriores o posteriores contados a partir de la fecha en que se efectúa la transmisión, en la adquisición de su futura vivienda habitual (...). En el presente caso, habiendo adquirido, la que va a constituir nueva vivienda habitual, dentro de los dos años previos a la fecha de transmisión, la exención por reinversión podrá aplicarse en función del importe que del total obtenido destine a satisfacer el precio pendiente de pago de la nueva vivienda. Por tanto *de aplicar los fondos obtenidos a reponer ahorros previamente invertidos en la adquisición de la nueva vivienda habitual, la ganancia patrimonial generada quedará sujeta y no exenta de tributación*».

A nuestro modo de ver, la DGT realiza en este punto una interpretación que no cabe deducir, ni del artículo 38 de la Ley del IRPF, ni del artículo 41 del Reglamento del IRPF. En ese sentido, la doctrina administrativa establece en este punto un requisito que en ningún caso puede deducirse de la normativa reguladora de la exención que comentamos. Así, mientras en ésta se alude la necesidad de que el importe obtenido se destine a «satisfacer el precio de una nueva vivienda habitual que se hubiera adquirido en el plazo de los dos años anteriores» a la transmisión de la antigua, la DGT ha considerado que el destino de esas cantidades, para considerarlas exentas, debe ser el de la satisfacción del precio «pendiente de pago» de la nueva vivienda.

Ciertamente este añadido es el que conduce a la interpretación mantenida por la DGT que, a nuestro juicio, no cabe deducir ni de la Ley y Reglamento del IRPF ni, por otra parte, se ajusta a la finalidad de la norma. Piénsese que si el vigente Reglamento del IRPF incorporó la posibilidad de aplicar la exención en los supuestos de adquisición de la nueva vivienda habitual con carácter previo a la transmisión de la antigua con la intención de flexibilizar la aplicación de la exención, extremo que ha sido valorado muy positivamente, una interpretación teleológica de la norma no debería conducir a negar dicho beneficio fiscal a aquellos que utilizan cantidades ahorradas en la adquisición total o parcial de la nueva vivienda habitual. A mayor abundamiento, resulta discutible que esa interpretación sea coherente con la idea de justicia tributaria ya que, a todas luces, se trata de una opinión que no hace sino penalizar el ahorro en este caso. Piénsese que si la adquisición de la nueva vivienda se produce con financiación ajena, las cantidades obtenidas con la venta de la antigua sí podrían beneficiarse de la exención.

En definitiva, la doctrina de la DGT en este caso no viene sino a limitar injustificadamente la aplicación de la exención que nos ocupa, ya que, a nuestro juicio, nada cabe deducir en ese sentido de la normativa reguladora del IRPF.

⁵⁷ DGT V1304-06, de 30 de junio de 2006 (NFC023267).

Por último, y para cerrar el examen de los requisitos previstos para la aplicación de la exención por reinversión ha de hacerse mención de la posibilidad de que, por circunstancias sobrevenidas, se incumpla alguna de las condiciones impuestas por la normativa del impuesto para poder beneficiarse de la exención. En ese supuesto el reglamento establece, como no puede ser de otro modo, el sometimiento a gravamen de la ganancia patrimonial que corresponda.

En estas circunstancias el contribuyente deberá practicar una autoliquidación complementaria imputándose la parte de la plusvalía no exenta al año de su obtención, incluyendo los intereses de demora. La presentación de la declaración-liquidación se realizará en el plazo que medie entre la fecha del incumplimiento y la finalización del plazo reglamentario de declaración correspondiente al ejercicio en que se produzca dicho incumplimiento.

VI. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA COEXISTENCIA ENTRE LA EXENCIÓN POR REINVERSIÓN Y LA DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN VIVIENDA HABITUAL

Para terminar este estudio es preciso hacer una referencia a la forma en la que pueden conciliarse los dos principales beneficios fiscales arbitrados a efectos del IRPF respecto de la adquisición de una nueva vivienda habitual por parte de un contribuyente. Éstos son, la exención por reinversión y la deducción por inversión en vivienda habitual.

Atendiendo a la regulación de esta última, abordada esencialmente por los artículos 68.1 y 55 de la Ley y el Reglamento del IRPF, respectivamente, los contribuyentes pueden deducirse un porcentaje de las cantidades satisfechas en el periodo de que se trate por la adquisición o rehabilitación de la que vaya a constituir su vivienda habitual, teniendo en cuenta el límite máximo de 9.015 euros que para la base de la deducción establece dicha normativa.

Así las cosas, existe la posibilidad de aplicar dos tratamientos fiscales que han de plantearse como alternativos para la ganancia obtenida por la enajenación de una vivienda habitual cuando su importe se destina, en todo o en parte, a la adquisición de otra vivienda habitual, éstos son: la exención por reinversión a la que hemos hecho referencia o que dicha cantidad opere como mayor base de cálculo de la deducción por adquisición de vivienda habitual.

La incompatibilidad entre ambas alternativas referida a las mismas cantidades exige que el contribuyente deba optar por una de ellas en el ejercicio en el que se ponga de manifiesto la ganancia patrimonial, procediendo a declarar la existencia de dicha renta y optando en su caso por la exención por reinversión. Precisamente en torno a la forma de ejercitar dicha opción se ha manifestado recientemente el TEAC⁵⁸, conociendo de un recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio. El tribunal examina aquí si la opción por la exención por reinversión, en detrimento de una mayor base de cálculo de la deducción por adquisición de vivienda habitual, sólo surtirá efectos si se explicita formalmente esa opción en la declaración del ejercicio en el que se devenga la ganancia patrimonial, de tal forma que, de no hacerse así, se perdería la posibilidad de aplicar dicho beneficio fiscal.

⁵⁸ Vid. Resolución del TEAC de 18 de diciembre de 2008 [n.º 00/3277/2006 (NFJ030929)].

Ésta fue la opinión defendida por el director del Departamento de Gestión Tributaria de la AEAT, solicitando unificación de criterio en el sentido de declarar que: «La opción por la exención de la ganancia patrimonial obtenida en la transmisión de la vivienda habitual como consecuencia de la intención de reinvertir el importe total obtenido en dicha enajenación en la adquisición de una nueva vivienda habitual, deberá hacerse constar en la declaración del impuesto del ejercicio en el que se obtenga la ganancia, rellenando las casillas correspondientes del modelo de autoliquidación con toda la información que requiera la normativa del impuesto, sin que, con posterioridad a la finalización del periodo reglamentario de declaración, pueda rectificarse dicha opción».

Pues bien, no ha sido ésta la interpretación mantenida por el tribunal, que procedió a desestimar el aludido recurso centrando sus argumentos, básicamente, en la consideración de que la referida opción «no parece demandar un especial rigor formal», por lo que «no puede otorgarse carácter sustancial a la forma de exteriorización de la exención por reinversión planteada como obligatoria por el director recurrente, esto es, a la inclusión en la declaración del ejercicio en el que se obtuvo la ganancia misma y de todas las menciones exigidas por el modelo de declaración». Esta idea se hace pivotar sobre dos razones. De una parte, en el hecho de que la normativa del impuesto no otorga condición sustancial a los requisitos formales que acompañan de forma «muy poco clara y precisa» al ejercicio de la opción de aplicación de la exención. Por otro lado, porque no se aprecian razones ligadas al sustrato de las operaciones a las que se aplica la exención que exijan rigor formal, a diferencia de otros supuestos en los que sí estaríamos ante formas sustanciales.

En virtud de lo anterior, el TEAC concluye que «si no se desmiente por alguna otra circunstancia de la declaración del mismo ejercicio o de los siguientes (como sería la aplicación de la deducción por adquisición de vivienda habitual a una base de cálculo que incluyera las ganancias consideradas exentas), la falta de inclusión en ella de la ganancia patrimonial puede ser reveladora de la intención de elegir la exención por reinversión y, si se cumple, obviamente, la totalidad de los requisitos de esta figura, aceptar su aplicación. Ello sin perjuicio, como es obvio, de que se pueda considerar como constitutiva de infracción tributaria la falta de incorporación al modelo de declaración de información que es requerida por él, en particular si, cuando en el ejercicio de la venta aún no se ha realizado la reinversión, no se informa de la intención de reinvertir en el plazo legalmente disponible para ello».

Las consideraciones anteriores se han referido a la posibilidad que tiene el contribuyente de «escoger» la fiscalidad que va a recaer sobre la ganancia patrimonial obtenida con la enajenación de su vivienda antigua invirtiendo dicha renta en la adquisición de una nueva.

Sin embargo, en algunos supuestos más que hablar de opción a esos efectos podríamos referirnos a la forma en la que ambos beneficios fiscales pueden compatibilizarse, posibilidad esta que se desprende de la propia regulación de la deducción por inversión en vivienda habitual, aunque con importantes limitaciones a las que en todo caso debe atenderse.

En ese sentido, ha de plantearse el supuesto de que la ganancia obtenida con la transmisión no fuera suficiente para hacer frente al pago de la nueva vivienda habitual, esto es, que estemos ante un supuesto de reinversión total de la ganancia patrimonial obtenida con la venta pero con la particula-

ridad de que una parte del precio de compra de la nueva vivienda ha de ser abonado por el contribuyente, bien recurriendo a cantidades ahorradas, bien a financiación ajena.

Para esos casos, frecuentes en la práctica, la Ley y Reglamento del IRPF contemplan expresamente la posibilidad de aplicar ambos beneficios tributarios, aunque, evidentemente, no respecto de las mismas cantidades. Ello se deduce del tenor literal del artículo 68.1.2.º de la Ley del IRPF, en virtud del cual «cuando la enajenación de una vivienda habitual hubiera generado una ganancia patrimonial exenta por reinversión, la base de deducción por adquisición o rehabilitación de la nueva se minorará en el importe de la ganancia patrimonial a la que se aplique la exención por reinversión. En este caso, no se podrá practicar deducción por la adquisición de la nueva mientras las cantidades invertidas en la misma no superen tanto el precio de la anterior, en la medida en que haya sido objeto de deducción, como la ganancia patrimonial exenta por reinversión».

De acuerdo con lo anterior, sólo procederá la deducción por inversión en una nueva vivienda habitual en estos casos, cuando las cantidades invertidas superen la suma de ambas partidas, esto es, ganancia patrimonial acogida a la exención por reinversión y base de deducción acumulada, efectivamente aplicada a deducir, por la o las viviendas habituales anteriormente adquiridas o rehabilitadas.

Así las cosas, sólo la cantidad que supere la suma de dichas partidas podrá beneficiarse de la deducción por inversión en vivienda habitual a la que acabamos de referirnos.

LOS MECANISMOS DE REFUERZO Y CONTROL PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LA REGULACIÓN CONTABLE EN EUROPA

Un estudio comparativo sobre el sistema de *enforcement* de España y el Reino Unido

ELENA DE LAS HERAS CRISTÓBAL

Doctoranda en Contabilidad y Administración de Empresas.

Profesora Ayudante.

Universidad Autónoma de Madrid

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2009** en la modalidad de **CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**.

El Jurado ha estado compuesto por: don José Ramón GONZÁLEZ GARCÍA, doña María Teresa DEL VAL NÚÑEZ, don José Antonio GONZALO ANGULO, doña Herenia GUTIÉRREZ PONCE, don LORENZO LARA LARA y don Alejandro LARRIBA DÍAZ ZORITA.

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

Extracto:

LA existencia de efectivos mecanismos de *enforcement* en la Unión Europea (UE) es esencial para garantizar el éxito del proceso de adopción de las NIIF/NIC, la protección de los inversores y el buen funcionamiento de los mercados de capitales.

La UE, consciente de ello, identifica y expone cuáles son los elementos (*inputs*) que debe contener un efectivo sistema de *enforcement* para garantizar una correcta aplicación de la regulación contable nacional o internacional (CESR 2003; FEE 2002a; FEE 2003; Directiva 2006/43/CE). Con ello, se abre una interesante área de investigación centrada en identificar si los sistemas de *enforcement* en Europa contienen dichos elementos.

El objetivo de este trabajo consiste en identificar, analizar y comparar los elementos de un efectivo sistema de *enforcement* según la UE con los que forman los sistemas de *enforcement* de España y el Reino Unido, dos países de la UE con diferencias institucionales.

A grandes rasgos, los resultados de este estudio descriptivo sugieren que las diferencias existentes entre los sistema de *enforcement* británico y español tienden a converger.

El presente trabajo contribuye a explicar cómo están estructuradas y hacia dónde evolucionan las dos primeras líneas de defensa del sistema de *enforcement* en Europa: (1) la auditoría, su regulación y supervisión pública y (2) el control institucional de los estados financieros de las empresas cotizadas.

Palabras clave: *enforcement*, Unión Europea, armonización contable y auditoría y control institucional de estados financieros.

Sumario

1. Motivación.
2. El *enforcement* en Europa.
3. El sistema de *enforcement* en España y el Reino Unido.
 - 3.1. El sistema de *enforcement* en España.
 - 3.2. El sistema de *enforcement* en el Reino Unido.
4. Diferencias y similitudes entre el sistema de *enforcement* en España y en el Reino Unido.
 - 4.1. Estudio de los mecanismos de *enforcement* de la profesión de auditoría.
 - 4.2. Estudio de los mecanismos de *enforcement* del sistema de supervisión y control institucional de los estados financieros.
 - 4.3. Reacciones de los mecanismos de *enforcement* en presencia de escándalos financieros.
5. Conclusiones.

Bibliografía.

NOTA: Este artículo es una extracción de la tesis doctoral de la autora «El estudio de los sistemas de reforzamiento contable en la UE». Dirigida por D. Dr. Leandro CAÑIBANO y codirigida por Dña. Dra. Beatriz GARCÍA OSMA. La autora agradece el apoyo recibido para la elaboración de este artículo a los directores de su tesis doctoral Dr. Leandro CAÑIBANO y Dra. Beatriz GARCÍA OSMA, así como las sugerencias recibidas de Dra. Ana GISBERT y Dr. Steve YOUNG. La autora agradece también el apoyo financiero de la Comisión Europea a través del contrato de programa de potencial humano INTACCT (MRTN-CT-2006-035850), del Ministerio de Educación y Ciencia a través del proyecto INCEN-NOR (SEJ2005-08644-C02-02/ECON) y de la Universidad Autónoma de Madrid y la Comunidad de Madrid a través del proyecto VOLGOFIN (CCG08-UAM/HUM-3896).

1. MOTIVACIÓN

La armonización contable forma parte del proceso de globalización del sistema económico mundial, y está caracterizada, entre otros aspectos, por la integración de los mercados de capitales. En la economía global la información financiera presentada por las compañías debe ser comprensible y comparable entre países y útil para la toma de decisiones de accionistas y demás terceros afectados por esta información, que son cada vez más internacionales.

Dentro del marco de desarrollo de la estrategia de la UE para alcanzar la armonización contable, se emitió el Reglamento 1606/2002, en el que se establecía que los estados financieros consolidados de todas las compañías cotizadas de la UE deberán prepararse bajo las Normas Internacionales de Información Financiera –NIIF/NIC–¹ desde el 1 de enero de 2005. De esta forma, la UE comenzó un proceso de armonización cuyo principal objetivo era intentar asegurar la confianza en la información financiera de las compañías europeas y desarrollar un único mercado de capitales europeo, caracterizado por una información más comparable y transparente.

La adopción de las NIIF/NIC por parte de los grupos consolidados cotizados europeos, supone un gran avance en el proceso de armonización contable de la UE. Proceso que persigue desarrollar un único mercado de capitales europeo, caracterizado por una información de calidad, comparable y transparente. Sin embargo, la adopción de las NIIF/NIC es una condición necesaria, pero no suficiente, para garantizar la calidad de la información financiera. Existen otros factores que influyen en la calidad de la información (BALL, ROBIN y WU 2003; DASKE, HAIL, LEUZ y VERDI 2008; LEUZ, NANDA y WYSOCKI 2003). Los inversores podrían tener diferentes expectativas y perspectivas de la calidad de la información financiera, la cual podría, además, estar influida por factores institucionales específicos del país, como son la concentración de la propiedad o el grado de protección del inversor (BALL, KOTHARI y ROBIN 2000; BALL *et al.* 2003; DASKE *et al.* 2008; HOPE 2003; HUNG y SUBRAMANYAM

¹ Según la NIC 1 (par. 11) Las Normas Internacionales de Información Financiera están compuestas por: (a) Normas Internacionales de Información Financiera –NIIF–; (b) Normas Internacionales de Contabilidad –NIC–; (c) Interpretaciones de las normas hechas por el Comité de las Normas Internacionales de Información Financiera.

2004; LA PORTA y LÓPEZ-DE-SILANES 1997; LA PORTA, LÓPEZ-DE-SILANES y SHLEIFER 2006; LA PORTA, LÓPEZ-DE-SILANES, SHLEIFER y VISHNY 2000; LA PORTA, LÓPEZ-DE-SILANES, SHLEIFER y W VISHNY 1998; LEUZ *et al.* 2003; PEASNELL, POPE y YOUNG 2000).

De este modo, podríamos concluir que, para el mantenimiento de un adecuado sistema de regulación contable, además de la existencia de normas de información financiera de calidad, es necesaria la existencia de efectivos mecanismos que garanticen su correcta aplicación (FRANCIS y WANG 2008; HOPE 2003). Estos mecanismos, denominados como mecanismos de *enforcement*, se pueden clasificar en tres grandes grupos: a) gobierno corporativo, b) auditores, su regulación y su sistema institucional de supervisión c) sistema institucional de supervisión de compañías.

La traducción al español del término anglosajón *enforcement* aparece en el Libro Blanco de la contabilidad (GONZALO ANGULO, 2002) como «mecanismos de refuerzo y control de las normas para la elaboración y divulgación de información financiera», considerando como tales, todos aquellos mecanismos de refuerzo y control para el cumplimiento del sistema contable y todos los mecanismos para penalizar el incumplimiento. No obstante, esta traducción no ha sido aceptada con carácter generalizado, por entenderse que no recoge realmente todo su significado. Asimismo, «reforzamiento contable» es otra posible traducción de este término anglosajón.

La existencia de mecanismos de *enforcement* de calidad es, por lo tanto, un factor clave para el éxito del proceso de armonización. La UE, conocedora de ello, advierte a sus Estados miembros de que sólo con la existencia de unos efectivos y eficientes mecanismos de *enforcement* será posible alcanzar la comparabilidad y transparencia de la información contable europea (CESR 2003). Ello demuestra que la UE es consciente de que, para el buen funcionamiento de un sistema económico, son vitales mecanismos de *enforcement* de alta calidad que garanticen la protección de los inversores, recobren la confianza en los mercados de capitales y sean capaces de evitar escándalos financieros como los ocurridos, en primer lugar, en Estados Unidos (Enron, Global Crossing y WorldCom, Tyco, Xerox, Adelphia, Imclone, Aol-Time Warner, AIG) y, posteriormente, en Europa (Vivendi, Parmalat, Ahold, Merrill Lynch, Merck).

Todos estos hechos ponen de relieve la creciente importancia a nivel internacional de los mecanismos de *enforcement*. Importancia que se manifiesta en el proceso de implementación y mejora de los mecanismos de *enforcement* alrededor del mundo. Este proceso sucede paralelamente al proceso de adopción de las NIIF/NIC y como respuesta a la pérdida de confianza surgida como consecuencia de numerosos y significativos escándalos financieros.

En este sentido, los Estados miembros, impulsados por numerosas recomendaciones de la UE (CESR 2003; Recomendación de la Comisión 2001/256/EC; Recomendación de la Comisión 2002/590/EC; Directiva 2006/43/EC; FEE 2001; FEE 2002a; FEE 2002b; FEE 2003), están llevando a cabo grandes cambios en sus sistemas de *enforcement*. Concretamente en España, las reformas en su sistema de *enforcement* fueron introducidas, principalmente, por la Ley Financiera (44/2002). Entre las medidas adoptadas con la promulgación de esta Ley caben destacar tanto la implementación de normas de gobierno corporativo y de auditoría, como la implantación de mejoras en los sistemas de refuerzo, control y penalización de los dos principales organismos reguladores de los auditores y las

compañías en España, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas –ICAC– y la Comisión Nacional del Mercado de Valores –CNMV–.

Con este trabajo de investigación se pretende presentar una visión general de cómo están estructurados y hacia dónde evolucionan las dos primeras líneas de defensa que forman el sistema de *enforcement* en Europa, según el *Libro Blanco para la reforma de la Contabilidad en España* (GONZALO ANGULO, 2002): (1) la correcta auditoría de los estados financieros, su regulación y su correspondiente supervisión pública y (2) el control institucional de los estados financieros de las empresas cotizadas. Para ello, son identificados, analizados y comparados los mecanismos que forman y se han ido introduciendo en los sistemas de *enforcement* de España y el Reino Unido, dos países de la UE con diferentes condiciones históricas, legales, económicas y políticas, cuyas diferencias también están reflejadas en sus sistemas de *enforcement*.

La comparación entre los sistemas de *enforcement* de España y el Reino Unido es interesante porque permite mostrar dos aspectos fundamentales de especial trascendencia para la UE. En primer lugar, la comparación de ambos sistemas nos ayuda a identificar las debilidades y carencias del sistema de *enforcement* español, ya que el sistema de *enforcement* del Reino Unido es considerado como uno de los más completos del mundo (GONZALO ANGULO, 2002). A pesar de que están siendo introducidos importantes cambios en el sistema de *enforcement* español, es posible que sigan existiendo algunas carencias. En segundo lugar, el análisis a lo largo del tiempo de dos sistemas de *enforcement*, cuyas diferencias se basan en diferencias institucionales, nos permite documentar y vislumbrar si se está produciendo una convergencia y armonización entre los sistemas de *enforcement* existentes en la UE.

Las diferencias entre el sistema de *enforcement* en España y el Reino Unido están basadas en diferencias históricas, legales, económicas y políticas entre ambos países (LA PORTA *et al.* 1998). Estas diferencias, que también están reflejadas en sus sistemas de *enforcement*, parecen determinantes del grado de calidad de la información financiera, lo que explica que, aunque compañías británicas y españolas presenten sus estados financieros bajo las mismas normas de calidad, las NIIF/NIC, esta calidad sea percibida de diferente manera (DASKE *et al.* 2008). Por esta razón, es también considerado de interés explicar las diferencias, similitudes y transformaciones de los sistemas de *enforcement* en España y el Reino Unido, con el fin de analizar y predecir si las diferencias y transformaciones encontradas influyen en la calidad de la información financiera.

Con el fin de comparar y analizar estos dos sistemas de *enforcement*, han sido identificados los elementos esenciales de un sistema de *enforcement* efectivo según la información oficial emitida por los organismos oficiales europeos (CESR 2003; FEE 2002a; FEE 2003; Directiva 2006/43/CE).

Este trabajo se encuentra enmarcado dentro de una corriente de estudios que intenta medir la efectividad y/o detectar las diferencias existentes entre los sistemas de *enforcement* de compañías y auditores entre países. La FEE (2001) realiza un estudio que analiza el sistema de *enforcement* de cada uno de los países de la UE y realiza una comparación entre todos ellos. BOWN y TARCA (2008) comparan mecanismos de *enforcement* entre el Reino Unido y Australia, usando cuatro medidas de efectividad: (1) número de casos de fraude contable detectados, (2) impacto de las sanciones impues-

tas por organismos supervisores, (3) medios empleados y (4) número de casos publicados en prensa. Los mismos autores (2005) y DELVAILLE *et al.* (2005) comparan los mecanismos de *enforcement* y las reformas llevadas a cabo para asegurar la correcta adopción de las NIIF/NIC, entre países de la UE. BOWN y TARCA (2005) estudian el Reino Unido, Francia, Holanda y Alemania y, DELVAILLE *et al.* (2005) estudian Francia, Alemania e Italia. Ambos trabajos muestran que estos países siguen las recomendaciones de los organismos oficiales europeos sobre la implantación de efectivos mecanismos de *enforcement*. En esta misma línea, CAÑIBANO y ALBERTO (2008) realizan un estudio Delphi con objeto de identificar cuáles son los aspectos fundamentales de los sistemas de *enforcement* en Europa. Como principal resultado se resalta que los expertos que participaron en el estudio coinciden en que la armonización del *enforcement* en Europa se hace imprescindible para lograr la armonización contable. En este estudio son también presentadas las diferencias existentes entre los sistemas de *enforcement* de dos países de la UE (España, Portugal).

Por último, se encuentran los estudios centrados en analizar una parte del sistema de *enforcement* de compañías y auditores de un país, entre los que destacan el estudio de los mecanismos de *enforcement* en EE.UU. (BONNER, PALMROSE y YOUNG 1998; CAMPBELL 1992; DESAI, HOGAN y WILKINS 2006), China (FIRTH, L.L. MO y WONG 2005) Malasia (MUHAMAD SORI y KARBHARI 2005), Australia (BROWN, TAYLOR y WALTER 1999) Francia (DAO 2005) España (GARCÍA BENAÚ, BARBADILLO, HUMPHREY y HUSAINI 1999) y el Reino Unido (BRANDT, FEARNLEY, HINES y BEATTIE 1997; FEARNLEY, HINES, MCBRIDE y BRANT 2002; FEARNLEY, MCBRIDE y BRANT 2000; HINES, MCBRIDE, FEARNLEY y BRANDT 2001; HINES, MCBRIDE y PAGE 1999; PEASNELL, POPE y YOUNG 2001). Para estos estudios han sido utilizadas una o ambas de las siguientes metodologías: (1) analizar encuestas o entrevistas y (2) analizar los medios empleados y los casos detectados de fraude contable por organismos de supervisión y/o las sanciones impuestas a auditores y compañías. Una limitación común a este tipo de estudios es la dificultad para la medición de la eficacia de estos mecanismos y, consecuentemente, su comparación entre países.

Este trabajo de investigación, pretende contribuir a explicar un poco mejor el sistema de *enforcement* de España y del Reino Unido, dos sistemas de *enforcement* representativos en Europa. Considerando la dificultad para medir la eficacia de estos sistemas, el objetivo de este trabajo consiste en identificar, analizar y comparar la existencia de los elementos esenciales de un sistema de *enforcement* efectivo según los organismos oficiales europeos (CESR 2003; FEE 2002a; FEE 2003; Directiva 2006/43/CE). En este sentido, nuestro trabajo extiende la evidencia empírica presentada en los trabajos previos actualizando y completando la información existente además, de identificar los cambios que se están produciendo en los sistemas de *enforcement* de ambos Estados miembros con objeto de armonizarlos.

Los resultados del estudio muestran que, mientras el sistema de *enforcement* en el Reino Unido, considerado por la literatura como bastante completo, tiende a estar más regulado, el sistema de *enforcement* en España tiende a desarrollarse e implementar elementos que persiguen aumentar la efectividad del sistema, ya que cuenta progresivamente con más recursos. En este estudio se detecta también que los elementos que componen los sistemas de *enforcement* de ambos países tienden a ser más parecidos, concluyéndose de este modo, que las diferencias existentes entre ambos países tienden a converger.

El presente estudio está organizado de la siguiente manera: en el epígrafe 2 se define el *enforcement* en Europa. En el epígrafe 3 se describen los sistemas de *enforcement* de España y el Reino Unido. En el epígrafe 4 se proporciona una comparación del sistema de *enforcement* en España y el sistema de *enforcement* en el Reino Unido. Finalmente, en el epígrafe 5 se presentan las conclusiones y se alude a posibles trabajos futuros.

2. EL ENFORCEMENT EN EUROPA

Tomando como referencia la literatura centrada en los mecanismos de *enforcement*, éstos pueden ser considerados como todos aquellos medios utilizados para asegurar y reforzar el cumplimiento de las normas de contabilidad y, por lo tanto, para asegurar la relevancia, fiabilidad, comprensibilidad y comparabilidad de la información contable.

La Comisión de Mercado de Valores a nivel europeo (*Commission Exchange Securities Regulator* –CESR–) define *enforcement* como un grupo de mecanismos cuyo «propósito es asegurar la protección de los inversores y promover la confianza en el mercado, contribuyendo a la transparencia de la información financiera, característica relevante en el proceso de toma de decisiones de los inversores». Siguiendo el contenido de esta definición, los mecanismos de *enforcement* deben asegurar las dos siguientes funciones. Por un lado, (a) «el control del cumplimiento de la normativa contable en la información financiera» y, por otro, (b) «la toma de medidas apropiadas en caso de detectar el incumplimiento» CESR (2003:4).

La *Fédération des Experts Comptables Européens* –FEE– (2002a:5) describe el *enforcement* como «un sistema capaz de prevenir, siempre que sea posible, y de identificar y corregir errores materiales u omisiones en la aplicación de las NIIF en la elaboración de la información financiera y otra normativa emitida de carácter público»

Basándonos en los documentos europeos oficiales (Recomendación de la Comisión 2001/256/EC; FEE 2001: 8; FEE 2002b; FEE 2003) podemos englobar los mecanismos de *enforcement* identificados en la UE en tres grandes grupos: a) gobierno corporativo, b) regulación del auditor y su supervisión, c) sistema institucional de supervisión a compañías

Los mecanismos de *enforcement* internos o mecanismos de gobierno corporativo, forman parte del proceso que asegura la correcta elaboración de los estados financieros. A tal efecto, es de vital importancia que las compañías desarrollen mecanismos de gobierno corporativo que reduzcan el riesgo del incumplimiento de la información financiera con la regulación contable (GARCÍA LARA, GARCÍA OSMÁ y PEÑALVA 2008; KLEIN 2002; PEASNELL *et al.* 2000; PEASNELL *et al.* 2001).

El proceso interno de elaboración de los estados financieros está influenciado por la opinión de expertos externos, los auditores. Estos profesionales además de estar presentes y supervisar el proceso de elaboración de los estados financieros, deben dar su opinión sobre la información financiera finalmente aprobada por la compañía y presentada a los usuarios públicos de dicha información.

Los mecanismos de *enforcement* de la profesión de auditoría pueden englobarse dentro de dos áreas: una primera centrada en los aspectos de la regulación de auditoría para garantizar la profesionalidad e independencia del auditor y, una segunda, donde se recogen los mecanismos del organismo u organismos encargados de asegurar el cumplimiento de esta regulación.

Finalmente, como pertenecientes al último eslabón del entramado del *enforcement*, nos encontramos con los mecanismos de *enforcement* externos. Estos mecanismos no forman parte del proceso de elaboración de los estados financieros, sino que lo supervisan, penalizando, en caso de ser detectado, el incumplimiento de la normativa contable.

El estudio de los mecanismos de gobierno corporativo no se encuentra incluido en este trabajo, el cual se centra en estudiar los otros dos grupos de *enforcement*, recogidos en el *Libro Blanco para la reforma de la Contabilidad en España* (GONZALO ANGULO, 2002) como las dos líneas principales de defensa para garantizar el cumplimiento de la normativa contable.

En Europa se están llevando a cabo grandes cambios desde las instituciones nacionales y supranacionales de los Estados miembros con objeto de la armonización e implementación de los mecanismos de *enforcement* que constituyen estas dos líneas principales de defensa existentes en los Estados miembros

Atendiendo a la regulación de auditoría, se promulgó en mayo del 2006 la Directiva (2006/43/EC) en la que se recogen los aspectos contenidos en la VIII Directiva (1984/253/EEC), así como las recomendaciones y Estudios previamente emitidos por la FEE y la Comisión Europea en materia de controles de calidad de auditoría, independencia del auditor, acciones disciplinarias, sistema público de supervisión, etc.

Algunos aspectos en la regulación de auditoría habían sido ya armonizados, como, por ejemplo, los que recoge la VIII Directiva (84/253/EEC), donde se regulan los requisitos previos para el acceso a la profesión. Sin embargo, la mayoría de los puntos recogidos en la nueva VIII Directiva (2006/43/CE) quedaban pendientes, estando en la actualidad en proceso de implantación. Por ejemplo, aunque la formación continua del auditor es un requisito obligatorio en el Reino Unido desde hace muchos años, en España y Francia ha supuesto una novedad.

Al mismo tiempo, en línea con la resultante Directiva (2006/43/CE) y las recomendaciones de la FEE (2002b; FEE, 2003a), todos los Estados miembros deberán tener bajo supervisión pública a la profesión de auditoría. Muchos países en la UE ya tenían implantado este sistema, como es el caso de España desde la creación del ICAC en 1989, Francia con la *Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes* –CNCC– desde 1969 o Alemania con el *Wirtschaftsprüferkammer* –WRK– desde 1961 (BAKER *et al.*, 2001). En cambio, otros países están implantando en la actualidad un sistema de supervisión institucional pública. Un ejemplo de esto es el Reino Unido, con un sistema basado en la autorregulación de la profesión de auditoría (FEE BAKER, MIKOL y QUICK 2001; BROWN y TARCA 2005; CAÑIBANO y ALBERTO 2008; DAO 2005; FEE 2001). En la **tabla 1** se presenta cuál es el estado de la supervisión institucional de la profesión de auditoría en la UE.

Por otro lado, se está impulsando desde la UE la necesidad de implantar y armonizar los sistemas de supervisión y control institucional de los estados financieros. La FEE (2002a; 2003b) acepta que la supervisión de los estados financieros se realice a través de dos organismos: (a) bien el órgano regulador del mercado de valores o como alternativa (b) por un panel de revisión. En Europa, el control institucional a través de panel de revisión sólo estaba implantado en el Reino Unido. En los demás países como Bélgica, Francia, Italia, Portugal o España esta función de supervisión es responsabilidad del órgano regulador del mercado de valores. No obstante, en el año 2002 unos cuantos Estados miembros no poseían ningún sistema de control, como Austria, Alemania, Finlandia u Holanda, por lo que, desde el ejercicio 2005 y paralelamente al proceso de adopción de las NIIF/NIC, vienen implementando uno de estos dos modelos o un compendio de ambos (BROWN y TARCA 2005; CAÑIBANO y ALBERTO 2008; DAO 2005; FEE 2001; VOLMER, WERNER y ZIMMERMANN 2007). En la **tabla 2** se muestran los organismos de control y el tipo de control institucional de las compañías elegidos para la mayorías de los países de la UE. Como se muestra en la **tabla 2**, los Estados miembros que no tienen implementado todavía un sistema de control institucional están en proceso de implementarlo (CESR 2007).

TABLA 1. Supervisión pública de la profesión de auditoría en la UE.

PAÍS	Organismo responsable de la supervisión publica de la profesión de auditoría	Año de inicio de funciones
ALEMANIA	<i>Wirtschaftsprüferkammer (WRK)</i>	1961
AUSTRIA	<i>¿?</i>	
BÉLGICA	<i>¿?</i>	
DINAMARCA	<i>Danish Commerce and Companies Agency (DCCA)</i>	
ESPAÑA	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC)	1989
FINLANDIA	<i>Auditing Board of the Central Chamber of Commerce</i> Finland Oversight Board	1925
FRANCIA	<i>Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes (CNCC)</i>	1969
GRECIA	<i>¿?</i>	
HOLANDA	<i>¿?</i>	
IRLANDA	<i>Irish Auditing and Accounting Supervisory Board (IAASB)</i>	2003
ITALIA	<i>Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB)</i>	1995
PORTUGAL	<i>Comisión del Mercado de Valores Mobiliarios (CMVM)</i>	1991
REINO UNIDO	<i>Professional Oversight Board for Accountancy (POBA)</i>	2005
SUECIA	<i>¿?</i>	

FUENTE: Elaboración Propia. Los datos del cuadro se basan en los trabajos de BAKER et al. (2001) BROWN y TARCA (2005), PHU DAO (2005) y FEE (2001) y las informaciones disponibles en la página web de los organismos supervisores respectivos. Así como de la información recopilada dentro del proyecto de ámbito europeo INTACCT.

TABLA 2. Control institucional de las compañías en la UE.

PAÍS	Regulador del Mercado de Valores	Año de inicio	Panel de Revisión	Año de inicio	Ámbito de supervisión
ALEMANIA	<i>Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht</i> BaFin	2002	<i>Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung</i> DPR	2005	Cotizadas
AUSTRIA	<i>Austrian Financial Market Authority</i> FMA	EPI	¿?	EPI	Cotizadas
BÉLGICA	<i>Banking, Finance and Insurance Commission</i> CBFA	1931, 2004*	NA	NA	Cotizadas
DINAMARCA	<i>Finanstilsynet</i> The Danish FSA	1988	NA	NA	Todas
ESPAÑA	<i>Comisión Nacional del Mercado de Valores</i> CNMV	1989	NA	NA	Cotizadas
FINLANDIA	<i>The Finnish Financial Supervision Authority</i> FIN-FSA	2003	NA	NA	Cotizadas
FRANCIA	<i>Autorité des marchés financiers</i> AMF	1967, 2003 **	NA	NA	Cotizadas
GRECIA	<i>Hellenic Capital Market Commission</i> HCMC	1991	NA	NA	Cotizadas
HOLANDA	¿?	EPI	NA	NA	
IRLANDA	<i>IFSRA Irish Financial Services Regulatory Authority</i>	EPI	¿?	EPI	Cotizadas
ITALIA	<i>Commissione Nazionale per le Società e la Borsa</i> CONSOB	1995	NA	NA	Cotizadas
PORTUGAL	<i>Comissão do Mercado de Valores Mobiliário</i> CMVM	1991	NA	NA	Cotizadas
REINO UNIDO	<i>UK Listing Authority (Financial Securities Authorities)</i> UKLA (FSA)	2000	<i>Financial Reporting Review Panel</i> FRRP	1991	Cotizadas y grandes empresas
SUECIA	<i>Swedish Financial Supervisory Authority</i> Finansinspektionen	EPI	NA	NA	Cotizadas

EPI: En proceso de implementación.

* Sustituyó en 2004 a la CBF (*Commission Bancaire et Financière*) de 1931.** Sustituyó en 2003 a COB (*Commission des Opérations de Bourse*) de 1967.

FUENTE: *Elaboración Propia. Los datos del cuadro se basan en los trabajos de VOLMER et al. (2007), BROWN y TARCA (2005), PHU DAO (2005) y FEE (2001) y las informaciones disponibles en la página web de los organismos supervisores respectivos. Así como de la información recopilada dentro del proyecto de ámbito europeo INTACCT.*

En el futuro, dentro del proceso de armonización contable de la UE, a pesar de que la auditoría externa de los estados financieros, con su correspondiente sistema de supervisión público, continuará desarrollándose como una parte importante del sistema de *enforcement*, el sistema de supervisión y control institucional de las compañías y de la información que presentan ocupará un lugar cada vez más importante dentro del marco de *enforcement* en Europa.

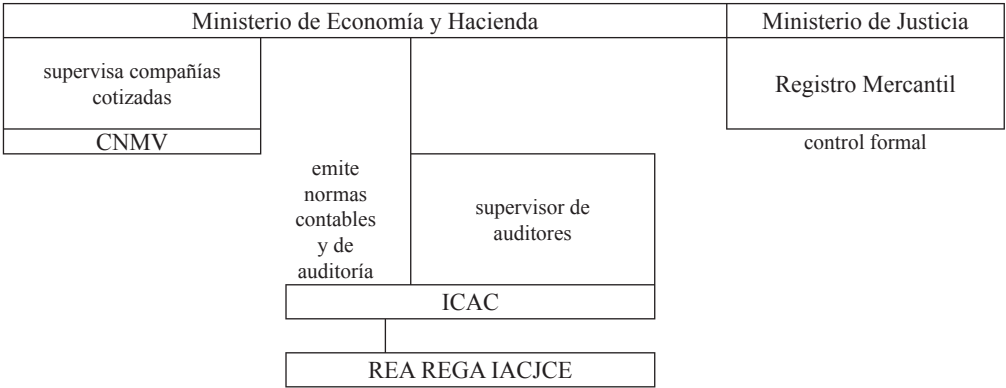
3. EL SISTEMA DE *ENFORCEMENT* EN ESPAÑA Y EL REINO UNIDO

3.1. El sistema de *enforcement* en España.

En la **figura 1** se muestra el entramado de instituciones y organismos existentes en España para la creación y establecimiento de normas de contabilidad y auditoría de calidad y la supervisión de compañías, auditores y firmas de auditoría.

El ICAC, la institución de supervisión más importante, fue creado por la Ley de Auditoría (19/1988) con dos principales funciones: (1) la regulación contable y (2) la regulación, control y disciplina de auditoría.

FIGURA 1. *Sistema de enforcement en España.*



- IGAE: Intervención General de la Administración del Estado.
- DGSFP: Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.
- BE: Banco de España.
- CNMV; Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- ICAC: Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.
- Corporaciones de Derecho público:
 - REA: Registro de Economistas Auditores.
 - REGA: Registro General de Auditores.
 - IACJCE: Instituto de Auditores-Censores Jurados de Cuentas de España.

La función de supervisión de la profesión de auditoría es responsabilidad del ICAC, organismo gubernamental que trabaja conjuntamente con las siguientes tres corporaciones de Derecho público: el Registro de Economistas Auditores –REA–, el Registro General de Auditores –REGA– y el Instituto de Auditores-Censores Jurados de Cuentas de España –IACJCE–. Esta última es una corporación independiente supervisada por el Ministerio de Economía y Hacienda y la única corporación española con representación en los organismos internacionales de auditoría, al ser miembro de la Federación Internacional de Contadores (*International Federation of Accountants* –IFAC–) y del Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad (*International Accounting Standard Board* –IASB). El REA y REGA son órganos especializados que dependen del Consejo General de Economistas y el Consejo de Titulados Mercantiles y Empresariales, respectivamente. Todos los auditores y, por lo tanto, todos los miembros de estas corporaciones se encuentran inscritos en el Registro Oficial de Auditoría de Cuentas –ROAC–, perteneciente al ICAC.

La CNMV, como regulador del mercado de valores, es el organismo encargado de supervisar el mercado de capitales y las compañías que actúan en éste, así como para compañías cotizadas².

La CNMV es un organismo independiente creado por el gobierno bajo la Ley del Mercado de Valores (24/1988: art. 13), «para la supervisión e inspección de los mercados de valores españoles y de la actividad de cuantos intervienen en los mismos». Dentro de estas funciones de supervisión y control está garantizar el cumplimiento de las normas contables en la información financiera presentada por las compañías cotizadas, responsabilidad que, desde el año 2004, es de la Dirección General de Informes Financieros y Contables de dicho organismo.

Las reformas en el sistema de *enforcement* en España fueron introducidas, principalmente, por la Ley Financiera (44/2002). Entre las medidas adoptadas con la promulgación de esta ley cabe destacar la implementación de controles de calidad a cargo del ICAC y el aumento de transparencia en el sistema de *enforcement* de la CNMV, más concretamente, en el sistema de publicación de sanciones.

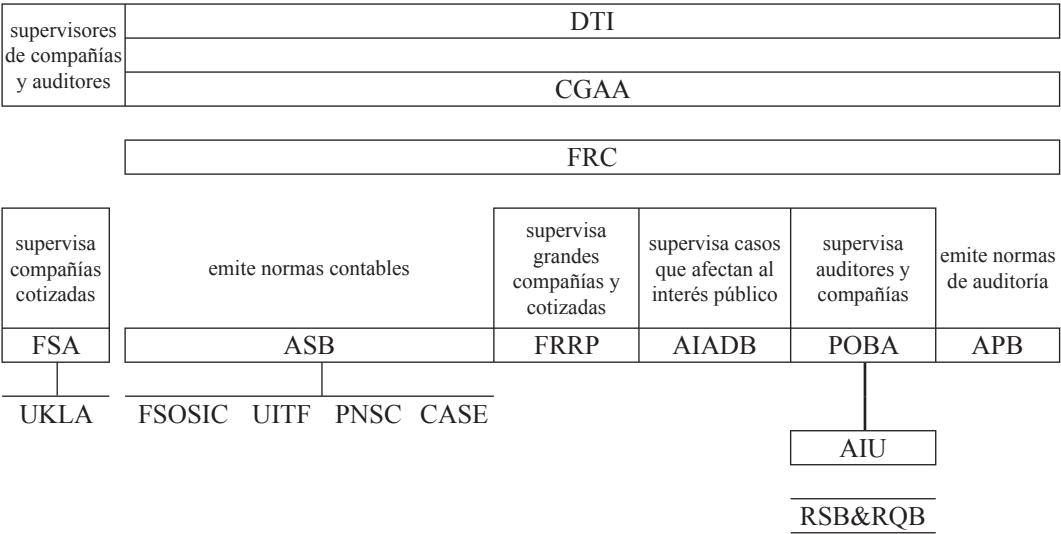
Atendiendo a la creación y establecimiento de normas nacionales de auditoría y contables, el organismo emisor es el ICAC. La CNMV emite también normas contables de obligado cumplimiento para el área específica que supervisa, así como la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas –AECA– que, a pesar de no ser normas de obligado cumplimiento, sus normas son generalmente aceptadas por la profesión (CAÑIBANO y UCIEDA, 2005).

² A pesar del papel fundamental del ICAC, existen otras cuatro instituciones de supervisión en España: (1) La Comisión Nacional del Mercado de Valores –CNMV– (2) La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones –DGSFP–, que supervisa las compañías de seguros (2) El Banco de España –BE–, que supervisa los bancos y entidades financieras, (4) La Intervención General de la Administración del Estado –IGAE–, organismo que supervisa las entidades del sector público. Sin embargo, ha sido limitado el ámbito de estudio, ya que esta investigación no analiza directamente la supervisión y el cumplimiento de la regulación contable de empresas especializadas. Este trabajo se centra en analizar los mecanismos de *enforcement* para el cumplimiento de las normas contables de las compañías cotizadas, y por lo tanto el análisis se centrará primeramente en la CNMV y el ICAC, por lo que queda pendiente para futuros trabajos el análisis del papel de la DGSFP, el BE y el IGAE.

3.2. El sistema de *enforcement* en el Reino Unido.

El sistema de *enforcement* en el Reino Unido que aparece en la **figura 2** está principalmente compuesto por tres grupos de corporaciones: (1) El Consejo sobre los Estados Financieros (*The financial Reporting Council* –FRC–), (2) Organismos profesionales de contabilidad legalmente reconocidos (*statutory recognised professional accountancy bodies*) y (3) El Regulador de Servicios Financieros (*The Financial Services Authority* –FSA–).

FIGURA 2. Sistema de *enforcement* en el Reino Unido.



- DTI: Department of Trade and Industry.
- CGAA: Co-ordinating Group on Audit and Accounting Issues.
- FSA: Financial Services Authority:
 - UKLA; UK Listing Authority.
- FRC: Financial Reporting Council.
- ASB: Accounting Standards Board:
 - FSOSIC: The Financial Sector and Other Special Industries Committee.
 - UITF: The Urgent Issues Task Force.
 - PNSC: The Public Sector and Not-for-profit Committee.
 - CASE: The Committee on Accounting for Smaller Entities.
- FRRP: Reporting Review Panel.
- AADB: The Accountancy Actual and Discipline Board.
- APB: Auditing Practice Board.
- POBA; the Professional Oversight Board for Accountancy:
 - AIU: Audit Inspection Unit.
- Professional Accounting and Auditing Bodies:
 - RSB: the recognised supervisory bodies.
 - RQB: the recognised qualifying bodies.

Estas corporaciones dependen del Ministerio de Comercio e Industria (*Department of Trade and Industry* –DTI–) y, más concretamente, del Grupo de Coordinación de Auditoría y Aspectos Contables (*Co-ordinating Group on Audit and Accounting Issues* –CGAA–), creado por el DTI en el año 2002.

Las funciones de estos grupos de corporaciones son: (a) creación y establecimiento de normas de contabilidad y auditoría de calidad, (b) supervisión de las firmas de auditoría, los auditores y las compañías.

Las organizaciones encargadas de la creación y establecimiento de normas nacionales de calidad son: (a) el Consejo de Prácticas de Auditoría (*Auditing Practice Board* –APB–) y (b) el Consejo de Normas de Contabilidad (*Accounting Standards Board* –ASB–), ambas subsidiarias del FRC.

Dentro de la supervisión de la profesión de auditoría, hay dos tipos de organismos profesionales de contabilidad legalmente reconocidos bajo la Ley de Compañías de 1989: (1) Organismos Cualificados Reconocidos (*Recognised Qualifying Body* –RQB–), que regulan al auditor como persona física y (2) Organismos de Supervisión Reconocidos (*Recognised Supervisory Body* –RSB–), que regulan a la firma de auditoría. Todos los auditores y firmas de auditoría deben estar registrados en un cuerpo reconocido.

Los organismos profesionales de contabilidad legalmente reconocidos en el Reino Unido son: (1) *Association of Chartered Certified Accountants* –ACCA–, (2) *Institute of Chartered Accountants in England and Wales* –ICAEW–, (3) *Institute of Chartered Accountants in Ireland* –ICAI–, (4) *Institute of Chartered Accountants of Scotland* –ICAS–, (5) *Association of Authorised Public Accountants* –AAPA–, (6) *Association of International Accountants* –AIA– y (7) *The Chartered Institute of Public Finance and Accountancy* –CIPFA–. La ACCA, el ICAEW, el ICAI y el ICAS son organismos de supervisión reconocidos y organismos cualificados reconocidos, el AAPA sólo es un organismo de supervisión reconocido, por último, el AIA y el CIPFA son organismos cualificados reconocidos.

En el Reino Unido, el ICAEW es el más importante, ya que en él están registradas las «cuatro grandes firmas de auditoría»³.

En 2005, con objeto de someter a supervisión pública la profesión de auditoría y abandonar el sistema de autorregulación, se creó bajo la Ley de Compañías de 1989 una nueva subsidiaria del FRC, el Consejo de Contabilidad de Supervisión Profesional (*Professional Oversight Board for Accountancy* –POBA–) (2005). Los tres importantes roles del POBA son: (1) Supervisar las «cuatro grandes» y otras firmas de auditoría a través de una Unidad de Inspección Independiente de Auditoría (*Audit Inspection Unit* –AIU–). (2) Supervisar la profesión de auditoría a través de la supervisión de los organismos profesionales de contabilidad legalmente reconocidos en el Reino Unido, los RSB's y RQB's. (3) Supervisar la regulación de la profesión contable a través de la supervisión de los organismos profesionales de contabilidad y sus actividades tales como cursos de formación, número de sus miembros cualificados, normas, controles, etc.

La supervisión de compañías es realizada principalmente a través del Panel de Revisión de Estados Financieros (*Financial Reporting Review Panel* –FRRP–) subsidiaria del FRC. Además, para

³ Así son denominadas a las cuatro firmas de auditoría más grandes e importantes en el mundo, Deloitte & Touche, Price-WaterhouseCooper, KPMG y Ernst & Young.

el caso de las compañías cotizadas, el Regulador del Mercado de Valores del Reino Unido (*Financial Services Authority*—FSA—) trabaja conjuntamente con la Comisión de Cotización de este mismo país (*UK Listing Authority*—UKLA—) en la revisión de los estados financieros de las compañías cotizadas. De este modo, aunque asegurar el cumplimiento de las normas contables de las grandes compañías es función del FRRP, todos los estados financieros también están sujetos a aprobación por el UKLA, encargado de revisar la información financiera y determinar si la preparación y presentación de esa información esta completa y correcta. Si el UKLA detecta casos de incumplimiento de las normas contables podría llevar a cabo una o varias de las siguientes acciones: (a) suspender la compañía del mercado de valores en beneficio de los intereses de los accionistas, (b) demandar la publicación de información adicional, (c) remitir la compañía al FRRP y (d) sancionar a los directores o promotores de la compañía a través de la imposición de penas financieras (CGAA, 2003).

El sistema de mecanismos de refuerzo y control en el Reino Unido es completado con el Consejo de Disciplina Contable y Actuarial (*Accountancy Actuarial and Discipline Board*—AADB—), organismo dependiente del FRC, el cual es creado junto con el POBA, como respuesta a la revisión del régimen de regulación de la profesión contable por el DTI. El AADB (anteriormente denominado *Accountancy Investigation and Discipline Board*—AIDB—) comenzó a funcionar en el año 2004 y es responsable de investigar los casos específicos que afectan al interés público en el Reino Unido. El proceso de investigación se centra tanto en las compañías como en todos aquellos relacionados con el caso, como auditores, directores o empleados. Desde su creación el AADB ha investigado nueve casos, de los cuales sólo uno (Mayflower Corporation) ha sido resuelto sin conllevar sanción alguna ⁴.

4. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE EL SISTEMA DE *ENFORCEMENT* EN ESPAÑA Y EN EL REINO UNIDO

En este epígrafe se presenta un análisis comparado del sistema de *enforcement* británico y español. Con objeto de realizar una rigurosa comparación de dichos sistemas de *enforcement* nacionales, han sido identificados los elementos esenciales de un sistema de *enforcement* efectivo, basándonos en la información oficial emitida por los organismos oficiales europeos (CESR 2003; FEE 2002a; FEE 2003; Directiva 2006/43/CE).

En primer lugar, se examinarán los mecanismos de *enforcement* de la profesión de auditoría, basándonos en los siguientes documentos: (1) el «Artículo de discusión sobre la coordinación Europea de sistemas de supervisión pública de la profesión de auditoría» emitido por la FEE (2003a), (2) la VIII Directiva (84/253/EEC) y (3) la nueva VIII Directiva (2006/43/CE) emitidas por la Comisión Europea. A continuación, se analizarán los mecanismos de *enforcement* del sistema de supervisión y control institucional de los estados financieros, descritos en el «Artículo de discusión sobre *enforcement* de NIIF en Europa» emitido por la FEE (2002a) así como en la Norma n.º 1 de información financiera (CESR, 2003).

Para ambos subsistemas (de la profesión de auditoría y de supervisión y control de los estados financieros) serán analizados: los organismos que los engloban y su regulación, sus características

⁴ Información disponible en: <http://www.frc.org.uk/aidb/index.cfm> (consultado 30-01-2009).

(independencia y transparencia) y la existencia y naturaleza de sus mecanismos de supervisión, control y penalización.

Por último, se presentará una visión general de las reacciones de los mecanismos de *enforcement* de ambos países en presencia de escándalos contables y financieros.

4.1. Estudio de los mecanismos de *enforcement* de la profesión de auditoría.

Los mecanismos de *enforcement* de la profesión de auditoría, cuya comparación está expuesta en las **tablas 3, 4, 5**, pueden englobarse dentro de dos áreas: una primera, centrada en los aspectos de la regulación de auditoría para garantizar la profesionalidad e independencia del auditor y una segunda, donde se recogen los mecanismos del organismo u organismos encargados de asegurar el cumplimiento de esta regulación.

En la **tabla 3** se muestra una comparación sobre algunos aspectos de la regulación de auditoría en España y el Reino Unido. La VIII Directiva (1984/253/EEC) armoniza a nivel europeo algunos de los aspectos de la regulación de auditoría que tratan de asegurar las aptitudes del auditor, como los requisitos previos para el acceso a la profesión, los cuales son muy parecidos para ambos países (COMBARROS 2000). Sin embargo, la mayoría de los aspectos de la regulación de auditoría, contenidos en la Directiva (2006/43/CE), recientemente emitida, están en proceso de armonización e implementación. Tal es el caso de aspectos como la formación continua y la obligación de comunicar los honorarios de servicios de auditoría y los de otros servicios, los cuales son requisitos que, a pesar de ser de obligado cumplimiento en el Reino Unido desde antes de 1990, no lo eran en España hasta la promulgación en el año 2002 de la Ley Financiera (44/2002).

En cuanto a los mecanismos de *enforcement* del organismo u organismos encargados de asegurar el cumplimiento de la regulación de auditoría descritos también en la **tabla 3**, las diferencias más significativas encontradas se deben al hecho de que mientras en España la profesión de auditoría ha estado desde 1989 bajo la supervisión pública del ICAC, en el Reino Unido ha estado autorregulada, hasta que a raíz del escándalo de Enron en 2002 y siguiendo con las recomendaciones de la UE (Directiva 2006/43/CE) se decidió abandonar el sistema de autorregulación y se empezó a seguir un sistema de supervisión pública de la profesión, similar al que se estaba realizando en España, con el ICAC. Con este objetivo, en el Reino Unido se crearon dos organismos, el POBA, para supervisar la profesión de auditoría y realizar controles de calidad y el AADB, para realizar investigaciones y tomar acciones disciplinarias en casos que afectasen al interés público. Estos organismos han ido adquiriendo poco a poco las responsabilidades que habían sido asumidas tradicionalmente por los organismos profesionales de contabilidad legalmente reconocidos (ICAEW, ACCA, ICAI, ICAS, AAPA).

Con objeto de estudiar los mecanismos de *enforcement* de la profesión de auditoría, este trabajo examina a los organismos supervisores y disciplinarios de la profesión de auditoría en España y el Reino Unido: el ICAC, POBA y AADB. Además, se presta especial atención al ICAEW y el Joint Disciplinary Scheme (JDS) en representación de los organismos profesionales de contabilidad legalmente reconocidos. Las cuatro grandes firmas de auditoría, la mayoría de los auditores de las compañías cotizadas y aproximadamente un 55% del total de auditores británicos están registrados en el ICAEW, organismo que transfiere los casos de interés público al JDS.

TABLA 3. Características del sistema de auditoría en España y el Reino Unido.

	El Reino Unido		España	
	Antes del año 2002	Después del año 2002	Antes del año 2002	Después del año 2002
Algunos aspectos de la regulación de auditoría dirigidos a asegurar las aptitudes del auditor				
Acceso a la profesión y continuidad <i>VIII Directiva Directiva 2006/43</i>			• Cualificación universitaria	
	• No es necesario conocimientos teóricos previos		• Conocimientos teóricos previos reconocidos por el ICAC u otros organismos legalmente reconocidos	
	• Tres años como miembro de un RQB		• Tres años de experiencia laboral en el área financiera o contable, de los cuales dos años han de ser compartidos con algún auditor reconocido legalmente	
	• Aprobar una serie de exámenes impuestos por algún RQB		• Aprobar el examen del ROAC	Dicho examen es unificado a partir de la LF (44/2002)
Formación Continua <i>Directiva 2006/43 (art.13)</i>	Requisito obligatorio		Punto débil	Requisito obligatorio con la LF (44/2002)
Información sobre los honorarios por servicios de auditoría y otros servicios <i>Directiva 2006/43 (art.25)</i>	Sí: Revelado en el informe anual de la compañía	Es requerida información más detallada con la Regulación: Companies Regulations (2005)		Información sobre el número de horas e importe facturado para servicios de auditoría y otros servicios es requerida bajo la LF (44/2002)
			Punto débil	

.../...

.../...

Supervisión de la profesión de auditoría

Sistema FEE (2003) Directiva 2006/43 (art.32)	Autorregulación	Autorregulación bajo un sistema de supervisión pública	Autorregulación bajo un sistema de supervisión pública
Organismos de supervisión y sus roles	Organismos profesionales de contabilidad legalmente reconocidos		
	En particular: ICAEW-JDS	POBA:	ICAC
	1. Regulación, control y disciplina de la profesión de auditoría	1. Supervisión de la profesión de auditoría	1. Regulación, control y disciplina de la profesión de auditoría
		AADB:	2. Regulación contable
	2. Investigación e imposición de acciones disciplinarias. (Los casos de interés público corresponden al JDS).	1. Investigación e imposición de acciones disciplinarias para casos de interés público	3. Investigación e imposición de acciones disciplinarias para casos de interés público

AADB: *Accountancy Actuarial and Discipline Board*. FEE: *Fédération des Experts Comptables Européens*. ICAC: *Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas*. ICAEW: *Institute of Chartered Accountants in England and Wales*. JDS: *Joint Disciplinary Scheme*. POBA: *Professional Oversight Board for Accountancy*. ROAC: *Registro Oficial de Auditores de Cuentas*. RQB: *Recognised Qualifying Bodies (organismos legalmente reconocidos)*.

FUENTES: (a) *Directiva 2006/43/EC (arts. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 25 y 32)*. (b) *VIII Directiva 84/253*. (c) *Discussion paper on European Enforcement Coordination, FEE, 2003*. (d) *Ley Financiera 44/2002*. (e) *Ley de Auditoría 19/1988* (f) *Companies Act, 1989*. (g) *Companies Regulations 2005*.

TABLA 4. Características de los organismos: El ICAEW-POBA-AADB e ICAC.

	ICAEW		Supervisión pública POBA y AADB		ICAC	
	Antes del año 2002	Después del año 2002	Antes del año 2002	Después del año 2002	Antes del año 2002	Después del año 2002
Independencia						
Origen	ICAEW es creado en 1880 y es legalmente reconocido con la Ley: Companies Act 1989		AADB y POBA, subsidiarias del FRC, fueron creadas en el 2003 y 2005, respectivamente		Creado por el Gobierno con la LA 19/1988	
Estructura	Organismos legalmente reconocidos de carácter privado		AADB y POBA organismos privados de carácter público		Estatal	
Financiación	Punto débil		POBA y AADB: Procedente de los organismos estatates de contabilidad y el sector privado (DTI, FSA, Banco de Inglaterra, CCAB, etc.)		Punto débil	
	• Tasas de sus miembros				• Presupuestos Generales del Estado	
	• Beneficios procedentes de sus actividades (cursos, publicaciones...)				Con la LF (44/2002) es creado un impuesto para los auditores, por cada informe de auditoría	
Transparencia						
Informe anual	Sí		POBA		No (Información en los Presupuestos Generales del Estado)	
					Punto débil	

.../...

Informe sobre sus actividades	ICAEW, No, pero hay información en su página web.	POBA : Si	No
	Punto débil		Punto débil
Publicación de sanciones	Toda acción disciplinaria es publicada en la revista del ICAEW «Accountancy magazine»		Son publicadas en el boletín oficial del ICAC- BOICAC, pero sólo cuando la sanción es grave o muy grave.
	Todas las sanciones impuestas por el JDS son publicadas en http://www.castigator.org.uk		

AADB: *Accountancy Actuarial and Discipline Board*. CCAB: *Consultative Committee of Accountancy Bodies*. DTI: *Department of Trade and Industry*. FRC: *Financial Reporting Council*. FSA: *Financial Services Authority*. ICAC: *Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas*. ICAEW: *Institute of Chartered Accountants in England and Wales*. POBA: *Professional Oversight Board for Accountancy*.

FUENTES: (a) *Directiva 2006/43/EC (art. 32)* (b) *Discussion paper on European Enforcement Coordination, FEE, 2003.* (c) *Ley Financiera 44/2002.* (d) *Ley de Auditoría 19/1988* (e) *Companies Act, 1989.*

TABLA 5. Mecanismos de supervisión: el ICAEW-POBA-AADB e ICAC.

ICAEW		Supervisión pública POBA y AADB		ICAC	
Antes del año 2002		Después del año 2002		Antes del año 2002	
Después del año 2002				Después del año 2002	
1. Mecanismo: métodos de revisión					
Reactivo (Reclamaciones)	Sí		Sí		
Proactivo (cont. de calidad)	Sí	POBA : Sí		Punto débil	Controles de calidad desde la LF (44/2002)
<i>CESR normas n.º 1 (13)</i>					
<i>Recomendación 2001/256/EC</i>					
<i>Directiva 2006/43</i>					
2. Mecanismo: capacidad para investigar					
Poder para requerir información	Sí	POBA: Sí AADB: Sí		Sí	
3. Mecanismo: capacidad para imponer sanciones disciplinarias					
	Sí	AADB: Sí			
Acciones disciplinarias a auditores <i>Directiva 2006/43</i>	Tipos: sanciones monetarias/cese como auditor legalmente reconocido	AADB no ha impuesto ninguna sanción de momento. Las sanciones existentes son impuestas por el ICAEW y JDS		Tipos: sanciones monetarias/cese como auditor legalmente reconocido	Sanciones de carácter muy grave son implementadas con la LF(44/2002)

AADB: *Accountancy Actuarial and Discipline Board*. CESR: *Committee of European Securities Regulators*. ICAC: *Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas*. ICAEW: *Institute of Chartered Accountants in England and Wales*. POBA: *Professional Oversight Board for Accountancy*. ROAC: *Registro Oficial de Auditores de Cuentas*. JDS: *Joint Disciplinary Scheme*.

FUENTES: (a) *Directiva 2006/43/EC (arts. 29, 30 y 32)* (b) *Norma n.º 1, CESR, 2003 (principio 13)*
(c) *Recomendación de la Comisión 2001/256/EC*. (d) *Ley Financiera (44/2002)*

a) Independencia y transparencia: características de los principales organismos del sistema de auditoría en España y el Reino Unido.

El estudio de la independencia de los organismos se realiza en base a lo publicado por la FEE (2003) y el artículo 32 de la Directiva (2006/43/EC), donde se recomienda que, para garantizar la independencia de un organismo de supervisión éste: (1) debe estar compuesto por profesionales seleccionados de manera independiente y (2) su financiación debe provenir de diversas fuentes, para evitar influencias. Asimismo, para el estudio de la transparencia de los organismos se hace referencia a lo publicado por la FEE (2003) y la Comisión en el artículo 32 de la nueva VIII Directiva (2006/43/EC), donde se indica que los organismos de supervisión deben publicar informe anual y sobre su actividad, así como información sobre las sanciones impuestas.

En la **tabla 4** se presenta un resumen de los resultados obtenidos del estudio comparativo sobre la transparencia e independencia de los mecanismos de los organismos sujetos a estudio anteriormente mencionados, los cuales son el ICAC en España y el POBA, AADB e ICAEW para el Reino Unido.

Del análisis de los organismos en el Reino Unido se deduce que tanto el ICAEW como los demás organismos profesionales de contabilidad legalmente reconocidos son suficientemente transparentes porque su información publicada a través de un informe o en la web es bastante completa, sin embargo, no son totalmente independientes. Estos organismos compuestos en exclusiva por profesionales contables, los cuales pasan un proceso de selección bastante independiente y a los que se considera como los más capacitados para entender y resolver los problemas que pudieran surgir dentro de la profesión, parecen ser los menos indicados para penalizar públicamente. Esto supone una falta de independencia, ya que, con objeto de preservar el prestigio de la profesión de auditoría, estos organismos profesionales parecen tener, en ocasiones, cierto interés en imponer menos sanciones de las necesarias para asegurar la correcta regulación de la profesión de auditoría porque, por un lado, las sanciones suponen un desprestigio de la profesión y, por otro, se superpone el interés de sus propios miembros al interés común. En este sentido, FEARNELY *et al.* (2000) muestra que, de los 50 casos de irregularidades contables detectadas por el FRRP entre los años 1991 y 1999, 49 de los casos, fueron encontrados en informes anuales auditados por profesionales registrados en el ICAEW, sin embargo, sólo siete casos fueron investigados por el ICAEW, de los cuales ninguno se resolvió en sanción.

Esta falta de independencia se ve reforzada debido a que estos organismos profesionales están principalmente financiados por las cuotas de sus miembros, lo que les proporciona poder para influir en aras de evitar sanciones. Así, los puntos débiles detectados en el sistema de autorregulación se deben fundamentalmente a la falta de independencia de los organismos profesionales encargados de regular el sistema. Esta falta de independencia detectada en el sistema fue corregida con la puesta en funcionamiento del POBA y el AADB, dos organismos semejantes al ICAC, que además de estar encargados de realizar una supervisión pública del sistema de autorregulación de la profesión de auditoría, son bastante transparentes, ya que publican informe anual, sobre sus actividades e información sobre sus sanciones.

En el caso español, se identifica una falta de independencia del sistema derivada de la influencia que el gobierno puede ejercer sobre el ICAC, tanto en la elección de sus miembros como a través de su financiación. Además, se detecta una falta de transparencia del ICAC, el cual no publica ni informe anual, ni informe sobre sus actividades y la información que publica sobre las sanciones impuestas está bastante sintetizada. Aunque con la Ley Financiera (44/2002) el ICAC empieza a recibir financiación también del sector privado a través de una tasa sobre los informes de auditoría para financiar los controles de calidad, siguen existiendo debilidades pendientes de reforzar derivadas de la posible falta de independencia y transparencia del ICAC.

Ante esto, parece lógico pensar que el sistema de *enforcement* español es menos transparente e independiente que el británico, el cual ha corregido los problemas de falta de independencia derivados de su sistema de autorregulación.

b) Mecanismos de supervisión, control y penalización del sistema de auditoría en España y el Reino Unido.

El análisis comparado para ambos sistemas de los mecanismos de supervisión y control del órgano de supervisión institucional se presenta en la **tabla 5**. Para ello, se toma como punto de partida el contenido del artículo 32 de la Directiva (2006/43/EC), el cual indica que para garantizar la calidad de la profesión de auditoría dichos mecanismos deben supervisar, garantizar controles de calidad de auditoría e iniciar, en caso necesario, acciones disciplinarias.

Del análisis de la existencia de los mecanismos de supervisión se identifica que en ambos países existen mecanismos reactivos de supervisión, es decir, ambos organismos inician investigaciones impulsados por los casos remitidos por otros organismos de supervisión, noticias de prensa, etc. Sin embargo, para el caso español se detecta una carencia de mecanismos proactivos de supervisión de manera rutinaria, también denominados controles de calidad. Dicha carencia no es identificada en el Reino Unido, donde existen controles de calidad llevados a cabo por el ICAEW y el POBA. Con la Ley Financiera (44/2002) son implementados en España y bajo la supervisión del ICAC, controles de calidad, los cuales, anteriormente realizados bajo el sistema de autorregulación, eran prácticamente inexistentes (FERNÁNDEZ 2001; 2003).

Del análisis de la existencia de los mecanismos de supervisión también se identifica que todos los organismos tanto el ICAC como los británicos (el ICAEW, JDS, POBA, AADB) poseen capacidad para requerir la información necesaria para realizar un adecuado trabajo de supervisión.

Por último, son analizados los mecanismos disciplinarios de ambos sistemas. En general, no se encuentran grandes diferencias entre el proceso disciplinario y la variedad y publicación de las acciones disciplinarias impuestas a auditores y firmas de auditoría en ambos países.

Si bien, los mecanismos disciplinarios de ambos sistemas son bastantes similares, los organismos que componen ambos sistemas no son completamente comparables. En España el ICAC

es el organismo supervisor y disciplinario, cuyo equivalente británico sería el POBA, el cual es un organismo de supervisión, y el AADB, que es un organismo disciplinario. En España el ICAC engloba desde 1989 un sistema unificado. Por el contrario, en el Reino Unido el sistema se está unificando desde el 2004 bajo el control del POBA y AADB. No obstante, las sanciones e investigaciones de los organismos profesionales de contabilidad legalmente reconocidos británicos (ej., ICAEW) siguen teniendo especial relevancia e importancia. Asimismo, existe una diferenciación adicional, porque los organismos disciplinarios británicos además de imponer sanciones a los auditores y firmas de auditoría como el ICAC, también imponen sanciones a otros profesionales y compañías.

Finalmente, son analizadas y comparadas las sanciones impuestas a las cuatro grandes firmas de auditoría en España y el Reino Unido, las cuales están recogidas en las **tablas 6 y 7**. Desde el año 1995 hasta el 2008, en España se han impuesto 34 sanciones por el ICAC y en el Reino Unido un total de 33 sanciones, de las cuales 16 han sido impuestas por el ICAEW, 17 por el JDS y 0 por el AADB⁵. El número total de las sanciones impuestas a las cuatro grandes firmas de auditoría o a sus socios es similar en España que en el Reino Unido. Sin embargo, atendiendo al número de sanciones impuestas por año se detecta que, mientras que en el Reino Unido la existencia de sanciones es constante a lo largo del tiempo, en España, las sanciones impuestas por el ICAC, han aumentando considerablemente desde aproximadamente el año 2002.

Se identifica también que aunque el número de las sanciones impuestas en ambos países es similar, el importe total a pagar por las sanciones es mayor en el Reino Unido que en España, por lo tanto, parece que las sanciones impuestas en el Reino Unido son más duras que en España. En concreto, se detecta que son las sanciones impuestas por el JDS y no por el ICAEW las que conllevan mayor penalización que las del ICAC. Por último, es identificado para ambos países un espacio temporal de entre 4 y 13 años desde que se emite el informe anual auditado hasta el año de publicación de la sanción. En este sentido y con objeto de proporcionar información a los usuarios de la información financiera, el JDS y el AADB publican los casos de especial interés sujetos a investigación.

Considerando el número de sanciones y aceptando los trabajos de investigación previos que afirman que la calidad de auditoría es mayor en el Reino Unido que en España (FEARNLEY y BEATTIE 2004; FEARNLEY *et al.* 2002; FEARNLEY *et al.* 2000; GARCÍA BENAÚ *et al.* 1999; MOIZER, GARCÍA BENAÚ, HUMPHREY y MARTÍNEZ 2004) se podría documentar que el sistema de *enforcement* de auditoría es más estricto en el Reino Unido que en España. No obstante, se observa que el sistema español parece estar siendo reforzado, lo que se ha traducido en un incremento del número de sanciones impuestas por el ICAC en los últimos años.

⁵ En el Reino Unido, las cuatro grandes firmas de auditoría sólo pueden ser sancionadas por el ICAEW y el JDS, organismos disciplinarios del sistema de autorregulación donde están registradas, y el AADB, organismo disciplinario perteneciente al sistema de supervisión pública.

TABLA 6. *Acciones disciplinarias impuestas a las cuatro grandes firmas en España desde 1995 hasta 2008.*

Organismo sancionador	Año de publicación	Número de sanciones a firmas y auditores	€ Importe total de las sanciones	Media de años. Desde el informe auditado y la publicación de la sanción
ICAC	1995	1	426.770	4
ICAC	1996	0	NA	NA
ICAC	1997	0	NA	NA
ICAC	1998	0	NA	NA
ICAC	1999	2	50.705	?
ICAC	2000	2	52.020	?
ICAC	2001	3	688.798	?
ICAC	2002	0	NA	NA
ICAC	2003	6	1.649.959	11
ICAC	2004	2	248.106	4
ICAC	2005	1	717.677	13
ICAC	2006	6	125.688	10
ICAC	2007	7	1.311.474	6
ICAC	2008	4	233.198	6
Total		34	5.504.395	

Nota: No son incluidas seis sanciones publicadas porque fueron posteriormente anuladas por el Tribunal Nacional.

NA: No aplica.

?: Información no disponible.

FUENTE: Boletín Oficial del ICAC-BOICAC.

TABLA 7. *Acciones disciplinarias impuestas a las cuatro grandes firmas en el Reino Unido desde 1995 hasta 2008.*

Organismo sancionador	Año de publicación	Número de sanciones a firmas y auditores	£ Importe total de las sanciones	Media de años. Desde el informe auditado y la publicación de la sanción
ICAEW	1995	0	NA	NA
ICAEW	1996	0	NA	NA
ICAEW	1997	1	750	?
JDS	1998	2	1.600.000	4
ICAEW	1999	3	9.500	?
JDS	1999	5	3.411.050	10
ICAEW	2000	3	37.000	?

.../...

.../...

ICAEW	2001	2	19.500	?
JDS	2001	2	105.000	?
ICAEW	2002	0	NA	NA
ICAEW	2003	2	17.000	?
ICAEW	2004	2	21.416	?
JDS	2004	3	1.145.000	10
ICAEW	2005	0	NA	NA
JDS	2006	4	2.562.000	10
ICAEW	2007	3	238.000	?
JDS	2008	1	1.650.000	7
Total		33	10.816.216	

NA: No aplica.

?: Información no disponible.

FUENTES: <http://www.castigator.org.uk> & <http://www.accountancymagazine.com>.

En conclusión, aunque parece obvio que el sistema de *enforcement* de la profesión de auditoría en el Reino Unido es más robusto, completo, desarrollado, transparente e independiente que el sistema español, es difícil determinar qué sistema es más efectivo ya que no es posible identificar y comparar los casos de inadecuado trabajo de auditoría que no han sido detectados. Asimismo, parece ser claramente detectable que los cambios llevados a cabo en ambos sistemas van dirigidos a incrementar la efectividad de los mismos. En el Reino Unido, se abandona el sistema de autorregulación, el cual es bastante completo, por un sistema de supervisión pública, por dos motivos fundamentales que son, corregir la falta de independencia detectada en el sistema de autorregulación y armonizar su sistema con los demás existentes en la UE. En España, se refuerza el existente sistema de supervisión pública principalmente porque se intensifican las sanciones a los auditores y se implementan controles de calidad bajo el control y la supervisión del ICAC.

4.2. Estudio de los mecanismos de *enforcement* del sistema de supervisión y control institucional de los estados financieros.

La FEE (2002a) acepta que la supervisión de los estados financieros se realice a través de dos organismos: (a) el órgano regulador del mercado de valores, o (b) un panel de revisión, el cual debe trabajar junto con el regulador del mercado de valores. La FEE (2002a) también indica que no es necesario que el organismo supervisor elegido sea disciplinario, pero sí es necesario que existan organismos disciplinarios en el sistema a los que se puedan remitir los casos

Según se muestra en la **tabla 8**, la CNMV, que es el regulador del mercado de valores, es el organismo encargado de garantizar el cumplimiento de la normativa contable en España, organismo que también es disciplinario. Asimismo, en el Reino Unido, un panel de revisión, el FRRP, es el

encargado de garantizar el cumplimiento de la normativa contable. Este organismo no disciplinario pero desde el año 2005 trabaja conjuntamente con el FSA, el organismo disciplinario y regulador del mercado de valores británico. Además el FRRP puede también remitir los casos detectados de irregularidades contables a los demás organismos disciplinarios británicos: el ICAEW, JDS y AADB.

a) Independencia y transparencia: características de los principales organismos institucionales en España y el Reino Unido.

El análisis de la independencia y transparencia de la CNMV y el FRRP incluido en la **tabla 9** se hace en base a lo contenido en (CESR 2003; FEE 2002a) donde se indica que el organismo de *enforcement* debe ser adecuadamente independiente del gobierno y los participantes del mercado con respecto a su origen, estructura y financiación.

En cuanto a la independencia de ambos organismos no se encuentran diferencias significativas, ya que en general ambos organismos parecen estar creados, compuestos y financiados sin influencia excesiva desde el gobierno o los participantes del mercado. No obstante, puede detectarse un punto débil en el sistema español derivado de una posible falta de independencia de la CNMV, porque aunque el mandato del director de la CNMV es fijo durante cuatro años y otros cuatro renovables, este director es nombrado únicamente por el gobierno.

TABLA 8. Características del sistema de supervisión y control institucional de los estados financieros de España y el Reino Unido.

	El Reino Unido		España	
	Antes del año 2002	Después del año 2002	Antes del año 2002	Después del año 2002
Organismos nacionales				
Organismo supervisor	Panel de revisión: FRRP		Regulador del mercado de valores: CNMV	
Regulador del mercado de valores	FSA		CNMV	
Roles	FRRP: garantizar el cumplimiento de la normativa contable FSA: asegurar el funcionamiento del mercado de capitales		CNMV: 1. Garantizar el cumplimiento de la normativa contable 2. Asegurar el funcionamiento del mercado de capitales	

FSA: *Financial Services Authority*. FRRP: *Financial Reporting Council*. CNMV: *Comisión Nacional del Mercado de Valores*.

FUENTES: (a) *Discussion Paper on Enforcement of IFRS within Europe*, FEE, 2002.
(b) *Norma n.º 1*, CESR, 2003. (c) *Ley del Mercado de Valores 24/1988*.

TABLA 9. *Características del sistema de supervisión y control institucional de los estados financieros de España y el Reino Unido.*

	FRRP		CNMV	
	Antes del año 2002	Después del año 2002	Antes del año 2002	Después del año 2002
Independencia				
Origen	El FRC y su subsidiaria el FRRP fueron creados en 1991 por ambos tipos de organismos privados y estatales		Fundado por el gobierno con la LMV 24/1988	
Estructura	Organismos privado de carácter público (Organismo independiente)		El director de la CNMV, cuya duración debe ser por un periodo fijo de cuatro años, es nombrado por el gobierno. (Regulador independiente)	
Financiación	Procedente de los organismos estatutales de contabilidad y el sector privado (DTI, FSA, Banco de Inglaterra, CCAB, etc.).		Punto débil	
			• Patrimonio propio • Impuestos por sus actividades o servicios (ej: supervisión de sus miembros) • Tranferencias de los Presupuestos Generales del Estado	
Transparencia				
Informe anual	Sí		Sí	

.../...

.../...

Informe sobre sus actividades	Casos de sus actividades son publicados en la web	El FRRP publica su primer informe sobre sus actividades en 2005 (informe centrado en el carácter proactivo de la FRRP)	Obligatorio desde la LF (44/2002)
	Punto débil		
Publicación de casos de reformulación de las cuentas anuales	Son publicados en su página web sólo los casos de aparente importancia, estén resueltos o no.	No hay un registro específico para casos de reformulación. Pero sí hay uno con información específica de cada compañía. La información puede aparecer como hecho relevante, al lado del informe anual, etc.	
		Punto débil	
Publicación de sanciones	FRRP: NA	FRRP: NA	De carácter obligatorio también las sanciones graves desde la LF (44/2002)
		Punto débil	Hay un registro de sanciones en la página web de la CNMV. Requisito incluido en la LF (44/2002).

BOE: *Boletín Oficial del Estado*. CNMV: *Comisión Nacional del Mercado de Valores*. CCAB: *Consultative Committee of Accountancy Bodies*. DTI: *Department of Trade and Industry*. FRC: *Financial Reporting Council*. FRRP: *Financial Reporting Review Panel*. FSA: *Financial Services Authority*. NA: *No aplica*

FUENTES: (a) *Discussion Paper on Enforcement of IFRS within Europe*, FEE, 2002. (b) *Norma n.º 1*, CESR, 2003. (c) *Ley del Mercado de Valores* 24/1988. (d) *Ley Financiera* 44/2002.

TABLA 10. Mecanismos de supervisión del FRRP y la CNMV.

FRRP				CNMV	
Antes del año 2002				Antes del año 2002	Después del año 2002
1. Mecanismo: métodos de revisión					
Reactivo	Sí			Sí	
Casos remitidos por CESR Norma n.º 1 (13) FEE 2002	• Organismos profesionales • UKLA • Notas de prensa			• Informes de Auditoría	
Proactivo CESR Norma n.º 1 (13)/FEE 2002	Punto débil	Sí. Desde el año 2005 trabaja junto con el FSA revisando de manera proactiva unas 300 compañías por año		Punto débil	
2. Mecanismo: capacidad para investigar					
Capacidad para requerir información adicional FEE (8) 2002	Sí	Se amplía el poder para requerir información adicional a directores y auditores (Companies Act 2004)		Sí	
3. Mecanismo: capacidad para ordenar la rectificación de los casos de no cumplimiento de la normativa contable detectados					
Capacidad para requerir la rectificación	Sí	(Poder para llevar a los tribunales)		Sí	
Tipos de corrección de errores				(suspender o expulsar de cotización)	
1. Reformulación	Sí			Punto débil	Sí?*
2. Otros	NA			Sí	.../...

.../...

- Información adicional contenida en la memoria
- Los auditores pueden emitir un informe especial informando si la compañía ha resuelto las deficiencias encontradas

FEE (8) 2002 CESR
Norma n.º 1 (16)

4. Mecanismo: capacidad para imponer sanciones disciplinarias

Capacidad para imponer sanciones a profesionales y compañía	FRRP: No, Puede traspasar los casos al: • ICAEW / JDS • UKLA / FSA	Si
FEE (9) 2002	Puede traspasar los casos al: • AADB	

CNMV: Comisión Nacional del Mercado de Valores. FEE: Fédération des Experts Comptables Européens. CESR: Committee of European Securities Regulators FRFP: Financial Reporting Review Panel. FSA: Financial Services Authority. UKLA: UK Listing Authority. JDS: Joint Disciplinary Scheme AADB: Accountancy Actuarial and Discipline Board. ICAEW: Institute of Chartered Accountants in England and Wales

NA: No aplica

* La CNMV no tiene potestad por Ley para requerir la reformulación de las cuentas anuales. Sin embargo, algunas compañías ya han reformulado sus cuentas como respuesta a los requerimientos de la CNMV.

FUENTES: (a) Discussion Paper on Enforcement of IFRS within Europe, FEE, 2002 (points 9 and 8 and page 22). (b) Norma n.º 1, CESR, 2003 (principios 13 and 16). (c) Ley del Mercado de Valores 24/1988. (d) Ley Financiera 44/2002 (e) Companies Act, 2004.

La transparencia de ambos organismos es analizada según la recomendación de la FEE (2003) sobre la información que deben publicar. Así, se identifica que ambos organismos publican informe anual e informe sobre sus actividades así como información sobre los casos detectados de irregularidades contables (sanciones o casos de reformulación). Sólo se identifica un punto débil con respecto a la transparencia de la CNMV, porque hasta la promulgación de la Ley Financiera (44/2002), sólo era de obligado cumplimiento la publicación de las sanciones impuestas por la CNMV de carácter muy grave, por lo que las sanciones de carácter grave eran publicadas, en su caso, de manera voluntaria.

b) Mecanismos de supervisión, control y penalización de los organismos del sistema de auditoría en España y el Reino Unido.

La FEE (2002a) y CESR (2003) indican que para asegurar el cumplimiento de la normativa contable de manera efectiva el sistema de *enforcement* debe contener: (1) mecanismos reactivos y proactivos para detectar errores u omisiones, (2) mecanismos para exigir información adicional si fuera necesario para completar las investigaciones pertinentes, (3) mecanismos que garanticen la rectificación del error u omisión descubierto y (4) mecanismos para sancionar o tomar otras acciones para asegurar la rectificación de la información y evitar los futuros casos de incumplimiento.

Al observar la **tabla 10** donde se analizan y comparan los mecanismos existentes por ambos organismos y la **tabla 11** que contiene los pasos a seguir por los organismos de ambos países en la resolución de los casos, se distingue que tanto el FRRP como la CNMV poseen en general todos los mecanismos efectivos indicados por la CESR (2003) para asegurar el cumplimiento de la normativa contable.

Tanto la CNMV como el FRRP poseen mecanismos proactivos y reactivos para detectar errores u omisiones así como mecanismos para exigir información adicional si fuera necesario. Sin embargo, podría localizarse un punto débil en el sistema de *enforcement* español al considerarse que la CNMV no posee ningún mecanismo proactivo. Aunque la FEE (2001) considera que el seguimiento que la CNMV realiza de las salvedades señaladas por los auditores es un mecanismo proactivo, nosotros somos más reacios a considerarlo como tal, ya que las investigaciones son iniciadas cuando los casos son indicados por los propios auditores en sus opiniones y no como iniciativa propia de la CNMV.

Los mecanismos para garantizar la rectificación del error u omisión descubierto son diversos, ya que, por un lado, se puede requerir ampliación de la información aportada a las compañías y auditores, como lo hace la CNMV; y, por otro, puede ser requerida la reformulación de las cuentas anuales. Este requerimiento es práctica habitual del FRRP y ha sido recientemente adoptado por la CNMV. En este sentido, el FRRP tiene potestad para requerir a las compañías la reformulación de sus cuentas y llevar a los tribunales a las compañías que no accedan. Sin embargo, aunque la CNMV ha recomendado la reformulación a varias compañías cotizadas, no tiene potestad para requerirlo por ley ⁶.

⁶ En ninguna ley se le reconoce a la CNMV la capacidad para requerir la reformulación de sus cuentas a las empresas cotizadas. En este sentido, el ex director de la CNMV admitió: *Ahora mismo nosotros no tenemos ninguna posibilidad de decir a la empresa que reordene sus cuentas, sino sencillamente decimos las dificultades que han aparecido en la auditoría y las que se derivan de nuestros requerimientos*» VII Legislatura Núm. 769, 04/06/2003, http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_769.PDF

TABLA 11. *Pasos a seguir en la resolución de los casos.*

FRRP	CNMV
a) Mecanismos reactivos y proactivos para detectar errores y/o omisiones	
	1. Revisar si la información es mandada y si está completa
	2. Requerir información en caso necesario
1. Revisar el problema (referenciado por mecanismos proactivos y reactivos)	3. Revisar las salvedades referenciadas por los auditores (o excepcionalmente otros problemas referenciados por otras fuentes)
b) Mecanismos para exigir la información adicional si fuera necesario	
2. Contactar con los directores y auditores de la compañía a revisar	
3. Demandar a los directores información adicional	4. Demandar a los directores información adicional y/o requerir la información contenida en la memoria
c) Mecanismos que garanticen la rectificación de error y/o omisión descubierto	
4. Realización de reuniones formales o informales entre los directores y miembros del FRRP	
5. Publicación del caso si es de gravedad	5. Publicación de la información financiera, informes de auditoría, e información adicional requerida
	6. Penalizar, en caso necesario, por irregularidades contables
	7. Requerir un informe especial a los auditores
6. Requerir a la compañía la reformulación	8. Proponer a la compañía la reformulación
d) Mecanismos para sancionar o tomar otras acciones para asegurar la rectificación de la información y evitar los futuros casos de incumplimiento.	
7. Llevar a la compañía a juicio	9. Suspensión o expulsión de la compañía del mercado de valores (este paso podría ser tomado en medio del proceso)

FUENTES: *Elaboración propia. La información expuesta se basa en la información recogida en la Norma n.º 1, CESR (2003), la página web oficial de la CNMV y el FRRP y en notas de prensa (MONFORTE 2006; Europa Press 2006a).*

Según se muestra en la **tabla 12**, desde el año 1991 y el 2008 el FRRP ha publicado en su página web 78 casos de reformulación de aparente importancia. Asimismo, según se muestra en la **tabla 13**, el primer caso de reformulación detectado por la CNMV fue en 2004, habiendo en la actualidad unos 18 casos de reformulación considerados de aparente importancia. La mayoría de estos casos han sido publicados en la página web de la CNMV. Sin embargo, dos de ellos han sido sólo encontrados en comunicados de prensa (Europa Press 2006b; SANZ 2004). Además, han sido detectados otros 6 casos de reformulación de menor importancia, los cuales no han sido considerados para este estudio, ya que la mayoría de ellos se trataba de casos de cambio de formato, errores tipográficos, etc.

A la vista de los hechos, podría afirmarse que la capacidad del FRRP para requerir la reformulación de las cuentas anuales es más evidente y aceptada que la de la CNMV, fundamentalmente, por dos razones: (1) es más sencillo detectar la información publicada sobre los casos de reformulación de aparente importancia requeridos por el FRRP que por la CNMV, (2) la capacidad de la CNMV para requerir la reformulación de las cuentas anuales no está clara.

TABLA 12. *Total casos de reformulación de aparente importancia detectados por el FRRP.*

Organismo supervisor		Número de casos de reformulación	Media de años. Desde informe anual hasta la publicación de la reformulación
FRRP	1992	10	1
FRRP	1993	10	1,5
FRRP	1994	4	1,5
FRRP	1995	5	1
FRRP	1996	8	1,5
FRRP	1997	5	1
FRRP	1998	7	1
FRRP	1999	2	1
FRRP	2001	8	2
FRRP	2002	2	2,5
FRRP	2003	2	2
FRRP	2004	4	2
FRRP	2005	3	4
FRRP	2006	4	1
FRRP	2007	1	2
FRRP	2008	3	2
Total casos en el Reino Unido		78	

FUENTE: <http://www.frc.org.uk>

TABLA 13. *Total casos de reformulación de aparente importancia detectados por la CNMV.*

Organismo supervisor	Año de publicación	Número de casos de reformulación	Media de años. Desde informe anual hasta la publicación de la reformulación
CNMV	2003		No existen casos previos
CNMV	2004	8	1,5
CNMV	2005	7	1
CNMV	2006	2	1

.../...

.../...

CNMV	2007	0	NA
CNMV	2008	1	1
Total casos en España		18	

Nota: En la tabla no son incluidos los casos de reformulación de menor importancia

FUENTE: *www.cnmv.es & press comments (Europa Press 2006b; SANZ 2004).*

La capacidad de la CNMV y los organismos británicos en la calidad de la información financiera reflejada en los informes de auditoría también ha sido analizada. En las **tablas 14 y 15** se muestra la evolución a lo largo del tiempo sobre los tipos de opiniones de auditoría emitidas sobre la información financiera publicada de las compañías cotizadas en España y el Reino Unido. En este sentido, se observa una disminución a partir del año 2002 del número de informes de auditoría con salvedades emitidas sobre la información de las compañías cotizadas españolas. Este hecho responde a una política seguida por la CNMV, por la que se hace un seguimiento a las compañías que presenten salvedades, las cuales deben presentar un plan para subsanarlas (CNMV, 2004a, 2000b, 2007b). Por el contrario, en el Reino Unido, el número de informes de auditoría con salvedades es considerablemente más bajo que el del caso español y se mantiene constante. En general, se podría deducir que mientras la calidad de la información financiera de las empresas cotizadas británicas es alta y se mantiene constante, la calidad de la información financiera de las empresas cotizadas españolas aumenta a lo largo del tiempo. Sin embargo, esta deducción debe tomarse con precaución, ya que para que sea cierta, se debe presuponer que el número de informes de auditoría limpios responde a una información de calidad y no a una falta de independencia del auditor. Así, se hace necesario aceptar que, por un lado, el trabajo de auditoría en el Reino Unido es de mayor calidad o al menos de similar calidad para ambos países y, por otro, que la calidad de auditoría en ambos países aumenta a lo largo del tiempo o al menos se mantiene constante.

TABLA 14. *Información sobre las opiniones de auditoría de las compañías cotizadas en España.*

Año	2006	2005	2004	2003	2002
Informe de auditoría con opinión favorable	807 95,50%	704 91,91%	636 88,95%	615 89,10%	570 83,90%
Informe de auditoría con salvedades	38 4,50%	62 8,09%	79 11,05%	75 10,90%	109 16,10%
Total informes de auditoría	845 100%	766 100%	715 100%	690 100%	679 100%
	2001	2000	1999	1998	1997
Informe de auditoría con opinión favorable	563 85,70%	556 85,40%	541 88,10%	547 86,40%	550 83,80%
Informe de auditoría con salvedades	94 14,30%	95 14,60%	73 11,90%	86 13,60%	106 16,20%
Total informes de auditoría	657 100%	651 100%	614 100%	633 100%	656 100%

FUENTE: *Informe sobre las auditoría de las cuentas anuales recibidas en la CNMV, 1996-2007.*

TABLA 15. *Información sobre las opiniones de auditoría de las compañías cotizadas en el Reino Unido.*

Año	2006		2005		2004		2003		2002	
Informe de auditoría con opinión favorable	2.317	99,06%	2.278	98,87%	2.223	98,54%	2.161	99,36%	2.086	99,62%
Informe de auditoría con salvedades	22	0,94%	26	1,13%	33	1,46%	14	0,64%	8	0,38%
Total informes de auditoría	2.339	100%	2.304	100%	2.256	100%	2.175	100%	2.094	100%
	2001		2000		1999		1998		1997	
Informe de auditoría con opinión favorable	1.976	99,55%	1.680	99,47%	1.506	99,93%	1.554	99,68%	1.433	99,79%
Informe de auditoría con salvedades	9	0,45%	9	0,53%	1	0,07%	5	0,32%	3	0,21%
Total informes de auditoría	1.985	100%	1.689	100%	1.507	100%	1.559	100%	1.436	100%

FUENTE: *Thomsom one banker.*

En cuanto a la existencia de mecanismos disciplinarios que aseguren la rectificación de la información y eviten futuros casos de incumplimiento, se identifica que en España la CNMV es el organismo supervisor y disciplinario. Por el contrario, en el Reino Unido el FRRP es sólo un organismo supervisor por lo que en caso necesario remite los casos detectados de irregularidades contables a los organismos disciplinarios británicos: el ICAEW, JDS, AADB y FSA.

Por último, es importante considerar el posible impacto de los mecanismos de los organismos británicos y españoles en las actividades y aptitudes desarrolladas desde las compañías cotizadas y las firmas de auditoría.

Del estudio de la influencia de los mecanismos de *enforcement* del FRRP y la CNMV, se deduce que ambos organismos parecen influir en las prácticas de buen gobierno adoptadas por las compañías (CNMV 2005c; PEASNELL *et al.* 2001). Adicionalmente, mientras que estudios previos respaldan la influencia del FRRP, parece que la de la CNMV no ha sido probada.

En general, el FRRP parece tener gran influencia en los gerentes de las compañías cotizadas para el cumplimiento de la normativa contable, porque existe un alto riesgo de que se detecten irregularidades contables en los informes financieros, lo que conllevaría un aumento de trabajo, una pérdida de prestigio, un coste monetario derivado de las posibles sanciones y un aumento de trabajo. Además, a pesar de que en ningún estudio previo se encuentra evidencia de las reacciones de la cotización en bolsa como consecuencia de la publicación de irregularidades contables por el FRRP (HINES *et al.* 1999), los directores de las compañías admiten que prefieren evitar el riesgo de que sea publicado que son investigados por la FRRP, ya que eso supondría una pérdida de prestigio (FEARNLEY *et al.* 2002; HINES *et al.* 2001).

Por el contrario, aunque parece existir una influencia de la CNMV en el comportamiento de los gerentes de las compañías cotizadas, ésta es más difícil de valorar, debido a la escasez de estudios previos que la identifiquen. En rasgos generales puede encontrarse existencia de la influencia de la CNMV en la evolución de la opinión de los informes de auditoría de las compañías cotizadas, cuya opinión con salvedades ha disminuido notablemente en los últimos años (CNMV 1996b; 2000b;

2007b). Desde el año 2004, se detecta una mayor influencia de la CNMV sobre la información financiera presentada por las empresas cotizadas, ya que como respuesta a requerimientos previos de la CNMV aparecen los primeros casos de reformulación de cuentas. Por último, parecen encontrarse casos en los que aparece una disminución en el precio de cotización como consecuencia del anuncio de la reformulación de cuentas (SANZ 2004).

Aunque no ha sido probado, se podría considerar que también existe una influencia de los mecanismos de *enforcement* de la FRRP y la CNMV en el trabajo de los auditores, ya que las actividades desarrolladas por ambos organismos aumentan el riesgo de que sean detectadas irregularidades contables, y, por lo tanto, de que el inadecuado trabajo de auditoría sea identificado y sancionado, con la correspondiente pérdida de prestigio del auditor (FEARNLEY *et al.* 2002). Así, parece ser que si la probabilidad de detectar irregularidades contables es mayor en el Reino Unido que en España, se podría deducir que también lo es la influencia de los mecanismos británicos en el comportamiento de los auditores.

En general, las principales diferencias encontradas entre los sistemas de supervisión y control institucional británico y español se deben a que, además de que cada país tiene implantado un organismo diferente para asegurar el cumplimiento de la normativa contable, el sistema británico parece estar más consolidado que el español, porque hay más casos de incumplimientos publicados, el FRRP lleva más años exigiendo con éxito la reformulación y el impacto de sus actividades en las compañías, mecanismos de gobierno corporativo y auditores parece ser mayor que el de las actividades de la CNMV (FEARNLEY *et al.*, 2000a; HINES *et al.*, 2001; PEASNELL *et al.*, 2001; FEARNLEY *et al.*, 2002; PUCHETA MARTÍNEZ *et al.*, 2004). No obstante, el nivel de actividad de la CNMV está creciendo significativamente durante los últimos años (CNMV, 2001; 2002; 2003; 2004; 2006; 2007) y, por tanto, su efectividad. Por lo que, teniendo en cuenta que el mercado de valores en el Reino Unido está más desarrollado que en España, podría decirse que ambos sistemas de *enforcement* parecen ser apropiados para las condiciones existentes del país en el que están implementados.

Por consiguiente, es arriesgado determinar qué sistema de *enforcement* para la supervisión y control institucional de los estados financieros es más efectivo, debido a que en general ambos organismos poseen los mecanismos considerados por la CESR (2003) como efectivos y están tomando medidas que parecen ser adecuadas para asegurar la adopción de las NIIF/NIC (CNMV 2004a; 2007a; FRRP 2005).

4.3. Reacciones de los mecanismos de *enforcement* en presencia de escándalos financieros.

Con objeto de mostrar, explicar y analizar los puntos débiles de cada sistema de *enforcement*, se hará un recorrido por los principales escándalos financieros y contables sucedidos en el Reino Unido y España.

De entre todos los casos de escándalos financieros acontecidos en el Reino Unido (Wickes, Versailles Group, Barings, Resort Hotels, Transtec, etc.) se pueden resaltar como los más significativos los casos de Polly Peck, Banco de Crédito y Comercio Internacional y Maxwell. En los dos primeros casos, Polly Peck en 1990, una compañía cotizada y el Banco de Crédito y Comercio Internacional –BCCI– que fue intervenido por el Banco de Inglaterra en 1991, fueron abiertas investigaciones por el *Joint Disciplinary Scheme –JDS–*⁷, organismo independiente creado en

⁷ Información disponible en la página web del JDS: <http://www.castigator.org.uk>

1979 dentro del sistema de autorregulación británico (DTI, 2002; 2003; 2004). Como consecuencia de estas investigaciones, entre el año 2002 y el 2006, fueron sancionados los auditores y los directores de ambas entidades por inadecuada realización de su trabajo. Sin embargo, en el tercer escándalo financiero protagonizado por Maxwell ⁸, además de abrirse una investigación por el JDS, organismo que sancionó a los auditores, se inició otra investigación por el DTI. Las conclusiones de esa investigación fueron publicadas en 1995, donde se hacía referencia a las deficiencias detectadas en el sistema de *enforcement* británico, que afectaban al FSA, el OPRA (regulador de pensiones) y a los auditores externos. Además, unos años antes, con objeto de reforzar y mejorar el sistema, se creó en 1991 el FRRP y se publicó en 1992 el Informe Cadbury. Este informe es pionero en considerar los mecanismos de gobierno corporativo como mecanismos eficaces para evitar escándalos financieros.

En España, tras el caso Banesto en el año 1993, cuyos auditores fueron sancionados por el ICAC, comenzó el debate que cuestionaba la efectividad de los auditores externos (GARCÍA BÉNAU *et al.*, 1993; GARCÍA BÉNAU *et al.* 1999). En concreto, fue cuestionada la independencia y calidad de sus trabajos de auditoría. Además, supuso el inicio de las sanciones impuestas por el ICAC, que sancionó entre otras, a las firmas de auditoría PriceWaterhouse por el caso Ebro Agrícolas, Ernst & YOUNG por inadecuado trabajo de auditoría en el caso de la Cooperativa Promotora Social de Viviendas (PSV) y Coopers & Librand por la auditoría del grupo Torras (BOICAC 1994: N.º 17 y N.º 19; 1995: N.º 23; 2003: N.º 53; 2005: N.º 61 y 2006: N.º 66).

A pesar de estos escándalos financieros y del papel que desempeñó el Banco de España en el caso Banesto, la efectividad y responsabilidad de los organismos públicos de supervisión (CNMV y la DGSFP, BE) no fueron realmente cuestionadas hasta el año 2003, en el cual apareció el caso de fraude protagonizado por la agencia de valores Gescartera. Este fraude puso en evidencia la falta de efectividad, independencia y transparencia de la CNMV ⁹. Además, sus auditores fueron penalizados por el ICAC con la mayor sanción impuesta hasta el momento por fallos en su auditoría (BOICAC 2003: N.º 53). A raíz de este caso y en línea con el proceso que desde la UE se había iniciado para el desarrollo e implementación de mecanismos de *enforcement*, la CNMV ha ido reforzando y perfeccionando significativamente sus mecanismos de *enforcement*. Para ello, se han ido aumentando progresivamente sus actividades, sus recursos, el número de personal, las sanciones impuestas, la transparencia de su sistema, etc. (CNMV 2000a; 2001a; 2002a; 2003a; 2004a; 2005a; 2006a; 2007a).

5. CONCLUSIONES

Este estudio analiza el proceso centrado en la mejora y armonización de los sistemas de *enforcement* desarrollado por todos los países de la UE. Este proceso es un requisito indispensable para alcanzar la plena comparabilidad y transparencia de la información financiera a nivel europeo, que sólo será alcanzada si además de la aplicación de unas únicas normas de contabilidad, las NIIF/NIC, hay un sistema de *enforcement* que garantice su cumplimiento (FEE, 2001; 2002a).

⁸ Información disponible en: <http://www.dti.gov.uk/cld/mirrorgroup/summary.htm>

⁹ Información disponible en: <http://www.adicae.net/gescartera/datos.htm> (consultada el 24/04/2006).

Desde la UE se han emitido documentos oficiales que identifican los elementos necesarios del sistema de *enforcement* para que sea efectivo (*inputs*), con objeto de ayudar a los Estados miembros en su proceso de armonización e implementación de los mecanismos de *enforcement* (CESR 2003; FEE 2002a; FEE 2003; Directiva 2006/43/EC). Este hecho pone de relieve la especial trascendencia que tiene el analizar e identificar los elementos que componen los sistemas de *enforcement* nacionales en la UE.

Este trabajo se centra en identificar, analizar y comparar los elementos o mecanismos que forman los sistemas de *enforcement* de España y el Reino Unido, dos países de la UE con diferentes condiciones históricas, legales, económicas y políticas, cuyas diferencias también están reflejadas en sus sistemas de *enforcement*. Con esto se profundiza en el conocimiento del proceso de armonización e implementación de los sistemas de *enforcement* nacionales en la UE, lo que resulta de interés para las instituciones europeas y académicos preocupados por medir el impacto de los mecanismos de *enforcement* en la calidad de la información financiera.

Los resultados de este estudio muestran que, a pesar de las grandes diferencias existentes entre ambos países, los sistemas de *enforcement* de España y el Reino Unido tienden a converger como consecuencia del proceso de armonización contable de la UE. En este sentido, el sistema de *enforcement* en España tiende a desarrollarse e implementar elementos que persiguen aumentar la efectividad de su sistema, mientras que el sistema de *enforcement* en el Reino Unido, que puede considerarse bastante completo, tiende a estar más regulado, y dirige sus cambios con objeto de armonizar su sistema dentro de la UE.

Las principales diferencias encontradas entre ambos sistemas son debidas al poco rodaje que tiene el incipiente sistema de *enforcement* en España frente al sistema de *enforcement* en el Reino Unido, con una larga experiencia. Además, mientras que en España, los cambios llevados a cabo en el sistema de *enforcement* están fundamentalmente dirigidos a mejorar y completar el mismo, en el Reino Unido, los cambios acontecidos, se centran más en armonizar su sistema dentro de la UE, que ha de mejorarlo o completarlo.

Concretamente, con objeto de realizar y mejorar su sistema de *enforcement* español se están invirtiendo más recursos destinados a aumentar el personal de la CNMV o a la realización de buenos controles de calidad de la profesión de auditoría. Al mismo tiempo, la Ley Financiera (44/2002), ha resuelto bastantes deficiencias debidas fundamentalmente a una falta de transparencia e independencia del sistema.

Sin embargo, a pesar de los cambios llevados a cabo, el sistema de *enforcement* en España sigue siendo menos transparente que el del Reino Unido. Esta falta de transparencia puede ser explicada debido al hecho de que el sistema del Reino Unido, está caracterizado por una menor concentración de la propiedad y, por lo tanto, una mayor protección del inversor, a lo que se le une la falta de capacidad y recursos del sistema de *enforcement* español frente al sistema británico. Esta deficiencia debe ser corregida, porque los inversores tienden a confiar menos en sistemas que se caracterizan por su falta de transparencia, la cual está relacionada con un ambiente más proclive a la corrupción. Por ello, además de la necesidad de establecer un sistema de *enforcement* eficiente, éste debe ser también transparente, con la intención de que los inversores perciban dicha efectividad.

Paralelamente pueden destacarse dos cambios significativos dirigidos a armonizar el sistema de *enforcement* en el Reino Unido. En primer lugar, con el objeto de implantar un sistema público

de supervisión de la profesión de auditoría en el Reino Unido, dos nuevos organismos han sido creados, el POBA en 2005 y el AADB en 2003. En segundo lugar y siguiendo las recomendaciones de la CESR (2003), el FRRP ha introducido un mecanismo proactivo en sus procedimientos y ha empezado a trabajar conjuntamente con el FSA desde el 2005.

Considerando los cambios y mejoras llevadas a cabo en ambos sistemas de *enforcement* podríamos predecir que si la implementación y desarrollo de esos nuevos mecanismos de *enforcement* se sigue realizando como hasta el momento, el sistema de *enforcement* en España será tan aceptado como el del Reino Unido con el tiempo, porque como se ha mostrado en este estudio, ambos sistemas de *enforcement* son muy similares y además tienden a converger. El hecho de que los inversores perciban de diferente manera la información presentada por las compañías británicas que la presentada por las compañías españolas (DASKE *et al.* 2008; HOPE 2003) es en cierto modo consecuencia de que, como este estudio muestra, hace unos años el sistema de *enforcement* español tenía más carencias e insuficiencias que el sistema de *enforcement* británico. Además, la calidad de la información financiera parece estar también determinada por otros factores institucionales específicos del país (BALL *et al.* 2000; LEUZ *et al.* 2003). Como hemos señalado en este trabajo, los cambios y mejoras introducidos en los sistemas de *enforcement* en España son relativamente recientes. Por lo que, para que la calidad del sistema de *enforcement* español sea percibida de la misma manera que la del sistema británico, además de las modificaciones necesarias y de mejora que se han llevado a cabo en el sistema de *enforcement* en España, es necesario tiempo para que se consoliden y asienten esas mejoras.

Finalmente, mientras que puede ser argumentado que el sistema de *enforcement* en el Reino Unido es más robusto, desarrollado y aceptado que el sistema de *enforcement* en España, principalmente porque en el sistema británico es más transparente, lleva más tiempo en funcionamiento, tiene un marco legal más estricto y posee más recursos para desarrollar actividades de refuerzo y control, es arriesgado concluir que un sistema es más efectivo que otro, puesto que la medición de la efectividad de cada mecanismo de *enforcement* es compleja, entre otras razones, por la falta de datos disponibles sobre los casos de incumplimiento de la normativa contable. Además, cada sistema parece ser el adecuado a las características existentes en cada país, las cuales están basadas en diferentes condiciones históricas, legales, económicas y políticas.

En este sentido, los resultados y conclusiones derivadas de este estudio abren nuevos temas de investigación dirigidos a medir la efectividad de los sistemas de *enforcement*.

Podrían ser encontradas medidas de la efectividad de los mecanismos de *enforcement* analizando la reacción del mercado de capitales ante las actividades realizadas en materia de *enforcement* o como resultado de los cambios y mejoras llevadas a cabo en los sistemas de *enforcement*. Además, centrándonos en el estudio de las reacciones del mercado de capitales las futuras investigaciones pueden ir orientadas a estudiar cuestiones específicas, como, por ejemplo, medir el impacto en la confianza de los inversores ante la falta de transparencia del sistema de *enforcement* o el impacto en el comportamiento de los inversores ante las opiniones expresadas en los informes de auditoría.

Por último, pueden encontrarse nuevas oportunidades de investigación en el análisis comparado del sistema de *enforcement* de otros países europeos, identificando, por un lado, sus puntos fuertes y débiles y, por otro, las mejoras y cambios llevados a cabo en cada sistema bajo el mismo contexto, como el desarrollado en Europa como consecuencia de la adopción de las NIIF/NIC a partir del año 2005.

Bibliografía

- BAKER, C.R., A. MIKOL y R. QUICK [2001]: «Regulation of the statutory auditor in the European Union: a comparative survey of the United Kingdom, France and Germany». *European Accounting Review* **10** (4): 763-786.
- BALL, R., S. P. KOTHARI y A. ROBIN [2000]: «The effect of international institutional factors on properties of accounting earnings». *Journal of Accounting and Economics* **29** (1): 1-51.
- BALL, R., A. ROBIN y J. S. WU [2003]: «Incentives versus standards: properties of accounting income in four East Asian countries». *Journal of Accounting and Economics* **36** (1-3): 235-270.
- BOICAC [1993-2008]: Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Números del 10 al 75.
- BONNER, S. E., Z.-V. PALMROSE y S. M. YOUNG [1998]: «Fraud type and auditor litigation: An analysis of SEC accounting and auditing enforcement releases». *The Accounting Review* **73** (4): 503.
- BRANDT, R., FEARNEY, HINES y BEATTIE [1997]: *The Financial Reporting Review Panel: an analysis of its activities*. Financial Reporting Today: Current and Emerging Issues: The 1998 Edition. London: accountancy Books. ICAEW.
- BROWN, P. y A. TARCA [2005]: «A commentary on issues relating to the enforcement of International Financial Reporting Standards in the EU». *European Accounting Review* **14** (1): 181-212.
- [2008]: «Achieving High Quality, Comparable Financial Reporting: A Comparison of Independent Enforcement Bodies in Australia and the United Kingdom». *Abacus* **43** (4): 438-473.
- BROWN, P., S.L. TAYLOR and T. S. WALTER [1999]: «The Impact of Statutory Sanctions on the Level and Information Content of Voluntary Corporate Disclosure». *Abacus* **35** (2): 138-162.
- CAMPBELL, D.R. a. R. L. P. [1992]: «SEC communications to the independent auditors: An analysis of enforcement actions». *Journal of Accounting and Public Policy* **11** (winter): 297-330.
- CAÑIBANO, L. y F.P. ALBERTO [2008]: «El control institucional de la información financiera: aplicación de un estudio DELPHI». *Revista Española de Financiación y Contabilidad* **140** (795-828).
- COMBARROS, J.L.L. [2000]: «Accounting and financial audit harmonization in the European Union». *European Accounting Review* **9** (4): 643-654
- COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES (CNMV) [2000a-2007a]: *Memoria Anual sobre sus actividades*. Madrid, CNMV.
- [1999b-2007b]: *Informe sobre las auditorías de las cuentas anuales recibidas en la CNMV*. Madrid, CNMV.
 - [2005c]: *Informe de Gobierno Corporativo de las Entidades Emisoras de Valores Admitidos a Negociación en Mercados Secundarios Oficiales*. Madrid, CNMV.
- COMMITTEE OF EUROPEAN SECURITIES REGULATORS (CESR) [2003]: «Standard n.º 1 on Financial Information: Enforcement of Standards on Financial Information in Europe».
- [2007]: «CESR's review of the implementation and enforcement of IFRS in the EU».
- DAO, T.H.P. [2005]: «Monitoring Compliance with IFRS: Some Insights from the French Regulatory System». *Accounting in Europe* **2**: 107-135.
- DASKE, H., L. HAIL, C. LEUZ y R. VERDI [2008]: «Mandatory IFRS Reporting Around the World: Early Evidence on the Economic Consequences». *Journal of Accounting Research* **46** (5): 1.085-1.142.

- DELVAILLE, P., G. EBBERS y C. SACCON [2005]: «International Financial Reporting Convergence: Evidence from Three Continental European Countries». *Accounting in Europe* 2: 137-164.
- DESAL, H., C.E. HOGAN y M.S. WILKINS [2006]: «The Reputational Penalty for Aggressive Accounting: Earnings Restatements and Management Turnover». *The Accounting Review* 81 (1): 83.
- EUROPA PRESS [2006a]: «La CNMV estudia de oficio la revalorización de Avanzit, que alcanza el 19,4% desde el miércoles». *Europa Press* Madrid: 16/02/2006.
- [2006b]: «Tudor reformula las cuentas del ejercicio 2005-2006 y rebaja su beneficio en 1,4 millones». *El economista.com* Madrid: 22/09/2006.
- EUROPEAN COMMISSION (EC) [1984]: «Eighth Directive on Company Law 84/253/EEC». Brussels: Office of the European Communities L 126.
- [2001]: «Commission Recommendation 2001/256/EC of 15 November 2000 on quality assurance for the statutory audit in the European Union: minimum requirements». Brussels: *Official Journal of the European Communities* L 91/91.
 - [2002]: «Commission Recommendation 2002/590/EC of 16 May 2002: Statutory Auditors' Independence in the EU: A Set of Fundamental Principles». Brussels: *Official Journal of the European Union* L191/22.
 - [2002]: «Regulation (EC) N1606/2002 of the European Parliament and of the Council of 19 July 2002, on the application of international accounting standards». Brussels: *Official Journal of the European Union* L243/1.
 - [2006]: «Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC and repealing Council Directive 84/253/EEC». Brussels: *Official Journal of the European Union* L157/87.
- FEARNLEY, S. y V. BEATTIE [2004]: «The Reform of the UK's Auditor Independence Framework after the Enron Collapse: An Example of Evidence-based Policy Making». *International Journal of Auditing* 8 (2): 117-138.
- FEARNLEY, S., T. HINES, K. MCBRIDE y R. BRANT [2002]: «The Impact of the Financial Reporting Review Panel on Aspects of the Independence of Auditors and their Attitudes to Compliance in the UK». *The British Accounting Review* 34 (2): 109-139.
- FEARNLEY, S., K. MCBRIDE y R. BRANT [2000]: «Problems and politics of regulatory fragmentation; the case of the Financial Reporting Review Panel and the Institute of Chartered Accountants in England and Wales». *Journal of Financial Regulation and Compliance* 8 (16-35):
- FÉDÉRATION DES EXPERTS COMPTABLES EUROPÉENS (FEE) [2001]: «Enforcement mechanism in Europe-a preliminary investigation of oversight systems».
- [2002a]: «Discussion Paper on Enforcement of IFRS within Europe».
 - [2002b]: «The role of accounting and auditing in Europe».
 - [2003]: «Discussion Paper European Co-ordination of Public Oversight».
- FERNÁNDEZ, M. [2001]: «Más control para asegurar la calidad». *Expansión*. Madrid: 14/06/2001.
- [2003]: «El ICAC contratará expertos privados para controlar la labor de los auditores». *Expansión*. Madrid. 09/01/2003.
- FINANCIAL REPORTING REVIEW PANEL (FRRP) [2005]: «Report on Pro-activity».
- FIRTH, M., P.L.L. MO y R.M.K. WONG [2005]: «Financial Statement Frauds and Auditor Sanctions: An Analysis of Enforcement Actions in China». *Journal of Business Ethics* 62: 367-381.

- FRANCIS, J.R. y D. WANG [2008]: «The Joint Effect of Investor Protection and Big 4 Audits on Earnings Quality Around the World». *Contemporary Accounting Research* **25** (1): 157-91.
- GARCÍA BENAÚ, M. A., E. R. BARBADILLO, C. HUMPHREY and W. A. HUSAINI [1999]: «Success in failure? Reflections on the changing Spanish audit environment». *European Accounting Review* **8** (4): 701-730.
- GARCÍA LARA, J.M., B. GARCÍA OSMA y F. PEÑALVA [2008]: «Accounting conservatism and corporate governance». *Review of Accounting Studies* **forthcoming**.
- GONZALO ANGULO J.A: Presidente [2002]: *Informe sobre la situación actual de la contabilidad en España y líneas básicas para abordar su reforma (Libro Blanco para la reforma de la contabilidad en España)* Madrid, ICAC.
- HINES, T., K. MCBRIDE, S. FEARNLEY y R. BRANDT [2001]: «We're off to see the wizard An evaluation of directors' and auditors' experiences with the Financial Reporting Review Panel». *Accounting, Auditing & Accountability Journal* **14** (1): 53.
- HINES, T., K. MCBRIDE y PAGE [1999]: «An Investigation into the stock market reaction to press notices issued by the Financial Reporting Review Panel». *Journal of Applied Accounting Research* **5**: 58-83.
- HOPE, O.-K. [2003]: «Disclosure Practices, Enforcement of Accounting Standards, and Analysts' Forecast Accuracy: An International Study». *Journal of Accounting Research* **41** (2): 235-272.
- HUNG, M. and K. R. SUBRAMANYAM [2004]: «Financial Statement Effects of Adopting International Accounting Standards: The Case of Germany». *Working paper: SSRN*.
- KLEIN, A. [2002]: «Audit committee, board of director characteristics, and earnings management». *Journal of Accounting and Economics* **33** (3): 375-400.
- LA PORTA, R. and F. LÓPEZ-DE-SILANES [1997]: «Legal Determinants of External Finance». *Journal of Finance* **52** (3): 1.131.
- LA PORTA, R., F. LÓPEZ-DE-SILANES y A. SHLEIFER [2006]: «What Works in Securities Laws?». *The Journal of Finance* **61** (1): 1-32.
- LA PORTA, R., F. LÓPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER y R. VISHNY [2000]: «Investor protection and corporate governance». *Journal of Financial Economics* **58** (1-2): 3-27.
- [1998]: «Law and Finance». *Journal of Political Economy* **106** (6): 1.113.
- LEUZ, C., D. NANDA y P.D. WYSOCKI [2003]: «Earnings management and investor protection: an international comparison». *Journal of Financial Economics* **69** (3): 505-527.
- MONFORTE, C. [2006]: «La CNMV abre una investigación sobre las reservas de Repsol». *Cinco Días*. Madrid: 08/02/2006.
- MOIZER, P., M.A. GARCÍA BENAÚ, C. HUMPHREY y A.V. MARTÍNEZ [2004]: «The corporate image of auditors in a developing audit market within the EU: the case of Spain». *European Accounting Review* **13** (3): 561-582.
- MUHAMAD SORI, Z. y Y. KARBHARI [2005]: «The Impact of Regulatory Sanctions to Auditor Independence: Some Evidence from Malaysia». *Working paper: SSRN*.
- PEASNELL, K.V., P.F. POPE y S. YOUNG [2000]: «Accrual Management to Meet Earnings Targets: UK Evidence Pre- and Post-Cadbury». *The British Accounting Review* **32** (4): 415-445.
- [2001]: «The characteristics of firms subject to adverse ruling by the Financial Reporting Review Panel». *Accounting and Business Research* **31** (4): 291-311.
- SANZ, F. [2004]: «Antena 3 cae un 2,9% en Bolsa tras verse obligada a corregir las cuentas de 2003». *Cinco Días*. Madrid: 02/04/2004.
- VOLMER, P.B., J.R. WERNER y J. ZIMMERMANN [2007]: «New governance modes for Germany's financial reporting system: another retreat of the nation state?». *Socio-Economic Review* **5**: 437-465.

CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC

JAVIER FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

Profesor del CEF

BOICAC núm. 74, junio 2008. Arrendamiento de un inmueble.

SUMARIO:

Sobre la clasificación de un inmueble destinado al arrendamiento como inmovilizado material o como inversiones inmobiliarias, por parte de una empresa que tiene entre sus actividades principales el alquiler de inmuebles.

Respuesta:

El Plan General de Contabilidad (PGC) aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, define las inversiones inmobiliarias –en la quinta parte. Definiciones y relaciones contables– como:

«Activos no corrientes que sean inmuebles y que se posean para obtener rentas, plusvalías o ambas, en lugar de para:

- Su uso en la producción o suministro de bienes o servicios, o bien para fines administrativos; o
- Su venta en el curso ordinario de las operaciones».

Asimismo en el apartado 5 de la norma sexta de elaboración de cuentas anuales (tercera parte del PGC) relativa al balance, se dispone que:

«Los terrenos o construcciones que la empresa destine a la obtención de ingresos por arrendamiento o posea con la finalidad de obtener plusvalías a través de su enajenación, fuera del curso ordinario de sus operaciones, se incluirán en el epígrafe A. III. "Inversiones inmobiliarias" del activo».

En consecuencia, el tratamiento a dar a un inmueble destinado al arrendamiento es el de inversión inmobiliaria, ya que:

- Es un activo no corriente de naturaleza inmobiliaria.
- Está destinado al alquiler y que, por tanto, genera rentas por arrendamiento y no mediante el uso en la producción o suministro de bienes y servicios distintos del alquiler.

En definitiva, para calificar un inmueble como inversión inmobiliaria, habría de cumplir las siguientes condiciones:

- Ser un activo no corriente de naturaleza inmobiliaria.
- Mantenerse para generar plusvalías o rentas y no para la producción o suministro de bienes y servicios distintos del alquiler.
- La venta de inmuebles no forme parte del curso ordinario de sus operaciones.

EJEMPLO:

La sociedad «JENA, SA», cuyo objeto social es el alquiler de locales y viviendas y que está dada de alta en el epígrafe correspondiente del Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE), tiene los siguientes inmuebles:

- Un edificio de oficinas adquirido por 800.000 euros y que aún no ha sido amortizado.
- Unas naves industriales que figuran en balance por 1.500.000 euros y amortizadas en el 25% de su valor.
- Un edificio adquirido por 600.000 euros y en el que el 80% del espacio se dedica a la sede social y a la gestión administrativa de la sociedad. La amortización acumulada asciende al 35% del valor contable.
- En todos los casos se estima que el suelo representa el 30% del valor total del edificio.

Se pide:

Determinar las cuentas en las que la sociedad «JENA» contabilizará los diferentes inmuebles.

.../...

.../...

Solución:

En el nuevo PGC la calificación de los activos no corrientes entre las diferentes cuentas del balance se hace atendiendo a su finalidad.

En el caso que nos ocupa, la parte del edificio destinada a sede social y a la gestión administrativa de la sociedad se considera integrada dentro del inmovilizado material.

En cuanto a los restantes bienes inmuebles, destinados al alquiler, la cuestión que se plantea es si han de considerarse inversiones inmobiliarias o si son elementos del inmovilizado material, ya que la actividad principal de la empresa es el arrendamiento de bienes inmuebles.

La norma de registro y valoración 4.^a del PGC no permite llevar a cabo esa distinción ya que se trata de una norma muy concisa, al establecer únicamente: «Los criterios contenidos en las normas anteriores, relativas al inmovilizado material, se aplicarán a las inversiones inmobiliarias».

Hay que acudir a la parte 5.^a del PGC y a la Consulta n.º 9 del BOICAC 74 donde se establece que:

«Los terrenos o construcciones que la empresa destine a la obtención de ingresos por arrendamiento o posea con la finalidad de obtener plusvalías a través de su enajenación, fuera del curso ordinario de sus operaciones, se incluirán en el epígrafe A. III. "Inversiones inmobiliarias" del activo».

En consecuencia, el tratamiento a dar a un inmueble destinado al arrendamiento es el de inversión inmobiliaria, ya que:

- Es un activo no corriente de naturaleza inmobiliaria.
- Está destinado al alquiler y que, por tanto, genera rentas por arrendamiento y no mediante el uso en la producción o suministro de bienes y servicios distintos del alquiler.

En definitiva, para calificar un inmueble como inversión inmobiliaria, habría de cumplir las siguientes condiciones:

- Ser un activo no corriente de naturaleza inmobiliaria.
- Mantenerse para generar plusvalías o rentas y no para la producción o suministro de bienes y servicios distintos del alquiler.
- La venta de inmuebles no forme parte del curso ordinario de sus operaciones.

Por tanto, los inmuebles destinados al alquiler, aunque la sociedad tenga como objeto social el alquiler de locales y viviendas, han de ser clasificados como inversiones inmobiliarias.

.../...

.../...

Y los diferentes edificios de la sociedad «JENA, SA» se contabilizarán en ambas categorías (inmovilizado material o inversiones inmobiliarias) de la siguiente forma:

Inmueble	P. adquisición	Suelo	Edificación	Calificación
Edificio de oficinas	800.000	240.000	560.000	Inversiones inmobiliarias
Naves industriales	1.400.000	420.000	980.000	Inversiones inmobiliarias
Amortiz. acumulada			245.000	
Edificio:				
80% sede social	480.000	144.000	336.000	Construcciones
20% alquiler	120.000	36.000	84.000	Inversiones inmobiliarias
Total edificio	600.000	180.000	420.000	
Amoriz. acumulada			147.000	

Y las cuentas utilizadas y su saldo serían los siguientes:

N.º cuenta	Descripción	Importe	Saldo
210	Terrenos y bienes naturales	144.000	Deudor
211	Construcciones	336.000	Deudor
2811	Amortización acumulada de construcciones	117.600	Acreedor
220	Inversiones en terrenos y bienes naturales ¹	696.000	Deudor
221	Inversiones en construcciones ²	1.624.000	Deudor
282	Amortización acumulada de las inversiones inmobiliarias ³	274.400	Acreedor

¹ 240.000 + 420.000 + 36.000

² 560.000 + 980.000 + 84.000

³ $0,25 \times (245.000 + 980.000) + 0,35 \times 84.000$

NOTA: Este artículo también ha sido publicado en la *Revista Cefgestión*. CEF. Núm. 134, octubre 2009.

SEGUNDO EJERCICIO DE LAS PRUEBAS SELECTIVAS PARA EL INGRESO EN EL CUERPO SUPERIOR DE INSPECTORES DE SEGUROS DEL ESTADO

MIGUEL ÁNGEL GÁLVEZ LINARES

Profesor del CEF

[Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el ingreso por el sistema general de acceso libre y promoción interna en el Cuerpo Superior de Inspectores de Seguros del Estado, convocada por Orden EHA/1144/2008, de 15 de abril (BOE del 25)].

Sumario

- Caso 1. Contabilidad financiera.** Combinación de negocios, fusión por absorción, efecto impositivo, contabilidad del proceso.
- Caso 2. Contabilidad financiera.** Provisión para garantías.
- Caso 3. Contabilidad financiera.** Cartera a vencimiento, determinación tipo de interés efectivo, coste amortizado.
- Caso 4.** Análisis y proyección de resultados empresariales: reconstrucción de la cuenta de resultados, rentabilidad económica de explotación y de activos financieros, rentabilidad financiera y apalancamiento financiero.

Los siguientes supuestos pueden resolverse en el orden que se desee, indicando el número correspondiente para su identificación. Deben explicarse los criterios contables o financieros seguidos para elaborar los cálculos y las soluciones, cuando sea preciso para la comprensión de las contestaciones. No deben contabilizarse los impuestos salvo que se pida expresamente; a tal efecto se utilizará un tipo del 16 por 100 en el IVA y del 30 por 100 en el impuesto sobre beneficios.

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

COMBINACIÓN DE NEGOCIOS, FUSIÓN POR ABSORCIÓN, EFECTO IMPOSITIVO, CONTABILIDAD DEL PROCESO

ENUNCIADO

La empresa «FUSSION, SA», dedicada a la confección de ropa de caballero, tras haber hecho los oportunos estudios y comprobaciones, procedió con fecha 1 de enero de 2008 a la absorción de la sociedad «JALADA, SA», que tiene una fábrica dedicada a la elaboración de ropa de señora, complementando así su negocio inicial.

La sociedad absorbida se disolvió tras la absorción. A los accionistas de la misma se les canjearon sus 10.000 acciones, de 10 euros de valor nominal, por 20.000 acciones de «FUSSION» emitidas al efecto, con un valor nominal de 30 euros cada una (en realidad, sólo habrá que emitir 19.000 acciones nuevas, porque las acciones que la absorbida tiene de la absorbente se utilizarán en el proceso de canje y no habrá que emitirlas).

El patrimonio de «JALADA» estaba formado el día de la absorción, según el estudio efectuado, por los siguientes elementos:

- Como inmovilizado inmaterial, dos patentes que se tasaron en 500.000 euros, una campaña de publicidad realizada en 2007 por 30.000 euros, cuyos resultados se esperan en 2008 y 2009 y un contrato de alquiler sobre las oficinas firmado hace unos años con un precio fijo para toda su duración, que supone un ahorro de casi la mitad del precio de mercado en la actualidad, y cuyo valor ha sido establecido por descuento de flujos en 50.000 euros. Ninguno de estos elementos figura en el balance de la absorbida en el momento de la absorción.
- Como inmovilizado material, un terreno que costó 60.000 euros (valor razonable actual de 100.000 euros) y edificios (nave industrial) con un valor contable neto de 250.000 euros (valor razonable 200.000 euros).
- 1.000 acciones de «FUSSION», suscritas hace tiempo por su valor nominal. La empresa absorbente es una entidad con un mercado seguro y fiel. Viene ganando cada año 4 euros por acción, que reparte íntegramente como dividendos, y su coste de capital medio ponde-

rado —que representa la apetencia de rentabilidad de los inversores— es de un 10 por 100 anual. Con la absorción, se estima que tanto el beneficio como el dividendo por acción podrían crecer un 20 por 100 al año.

- Existencias: productos terminados por 120.000 euros, con un valor en el mercado de 80.000 euros. Este deterioro no ha sido objeto de registro por parte de la empresa absorbida.
- Efectivo: 20.000 euros.
- Préstamos: un préstamo del banco, contabilizado por su coste amortizado al tipo de interés efectivo del 3,5 por 100, con un valor contable de 196.000 euros. En estos momentos los intereses han subido al 5 por 100. El préstamo es a 3 años, tiene un principal de 200.000 euros y unos intereses, pagaderos al final de cada año, del 3,5 por 100 del principal. Los costes de cancelación del préstamo ascenderán a unos 197 euros.
- Reclamación judicial por daños y perjuicios, realizada por un competidor que solicita el pago de 40.000 euros. No hay experiencia en el desenlace de este tipo de reclamaciones. En el informe de los letrados que llevan el caso no existe un pronunciamiento claro sobre la probabilidad de ganancia del pleito, ni sobre el importe que, en su caso, impondría como indemnización el Magistrado, aunque se señala que la sentencia se producirá en unos meses.
- La base fiscal de los anteriores activos y pasivos es igual a su valor contable neto en los libros de «JALADA», siempre que estuviesen registrados en los mismos.

TRABAJO A REALIZAR:

1. Determinar el valor razonable del patrimonio neto que «JALADA» aporta en la fusión, así como el valor del fondo de comercio o diferencia de combinación implícita en la fusión.
2. Contabilizar la absorción a 1 de enero de 2008, junto con la correspondiente diferencia de combinación, suponiendo que todos los accionistas de «JALADA» acuden al canje de sus acciones por otras de «FUSION». En el enunciado se contienen los datos para calcular el valor razonable de la contrapartida entregada por la absorbente.
3. Determinar el tratamiento contable que tendría la recepción, el 1 de junio de 2008, de:
a) una sentencia por la reclamación judicial que condenara a «JALADA» a pagar 30.000 euros al cliente demandante, b) un estudio demostrando que la costosa campaña de publicidad realizada en 2007 no ha tenido ningún efecto en la intención de compra de los clientes, y c) una comunicación del banco estableciendo que el tipo de interés de los próximos préstamos será de un 5 por 100 anual, en lugar del 4 por 100 que venía aplicando.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1

1. Determinar el valor razonable del patrimonio neto que «JALADA» aporta en la fusión, así como el valor del fondo de comercio o diferencia de combinación implícita en la fusión.



Cálculo del patrimonio de fusión de «JALADA».

ACTIVO	Importe
Intangible	500.000
Patentes	30.000
Publicidad	50.000
Alquiler	100.000
Material	200.000
Terrenos y bienes naturales	55.000
Construcciones	27.000
Inmovilizado financiero	
Acciones de «FUSSION» (1)	
Activos por diferencias temporarias deducibles (3)	
Existencias	80.000
Productos terminados	
Efectivo	20.000
Caja, euros	
	1.062.000

PASIVO	Importe
Préstamo (2)	192.000
Provisión para responsabilidades (4)	0
Pasivos por diferencias temporarias imponible (3)	187.200
	379.200

(1) El valor de las acciones de «FUSSION» es el valor actual de una renta perpetua prepagable con $i = 0,1$ y $q = 1,02$. Aunque el enunciado señala que el incremento del beneficio es del 20 por 100 anual entendemos que se trata de un error en el enunciado, ya que si la razón es mayor que el tipo de

interés, el valor de las acciones tiende a infinito y no se podría realiza su valoración. Por otro lado, la valoración se realiza bajo la hipótesis de que el resultado del ejercicio no se ha repartido.

$$\text{Valor actual} = \frac{C}{1+i-q} (1+i) = \frac{1.000 \times 4}{1+,01 - 1,02} 1,1 = 55.000$$

Según el enunciado, la base fiscal es su valor contable. Aunque el enunciado no señala en qué cartera están incluidas, sea la de negociación o disponibles para la venta, se habrán valorado a su valor razonable y a falta de otro dato suponemos que su valor razonable era de 55 euros (55.000/1.000)

A partir de los datos anteriores, y considerando que la relación de canje propuesta por el enunciado del ejercicio es de 2 acción de «FUSSION» por 1 acción de «JALADA» –o lo que es lo mismo, 20.000 acciones «FUSSION» por 10.000 acciones «JALADA»–, se puede obtener el valor de razonable (VR) de las acciones de «JALADA».

$$2 \text{ «FUSSION»} \times 55 = 1 \text{ «JALADA»} \times \text{VR}$$

$$\text{Valor razonable} = 110$$

(2) El enunciado señala que el valor contable del préstamo es de 196.000 y que está contabilizado al coste amortizado con un tipo de interés efectivo del 3,5 por 100. Sin embargo, más adelante señala que el valor capital pendiente de amortización es de 200.000 con unos interés pagaderos al final de cada año de 3,5 por 100, cuestión que en nuestra opinión no es posible, ya que si el valor contable y el coste amortizado no coinciden es porque los tipos mencionados no coinciden. No obstante a efectos de la valoración de las cantidades a pagar, esta cuestión no tiene ninguna trascendencia.

$$\text{Valor actual} = 7.000 \times 1,05^{-1} + 7.000 \times 1,05^{-2} + 207.197 \times 1,05^{-3} = 192.000$$

(3) El supuesto indica que la base fiscal es el valor contable. Al tratarse de una combinación de negocios en la que la sociedad adquirida es «JALADA», y sus activos y pasivos se integran en la sociedad adquirente («FUSSION») a valor razonable, se produce una situación en la que los valores contables y las bases fiscales de estos elementos no coinciden y, por tanto, se deben reconocer las diferencias temporarias siguientes:

Valor contable de los elementos en la sociedad absorbida.....	580.000
Patente.....	500.000
Publicidad	30.000
Alquiler	50.000
Base fiscal	0
Diferencia temporaria imponible (580.000 × 30%)	174.000

Valor contable terrenos	100.000
Base fiscal	60.000
Pasivo por diferencias temporarias imponibles ($40.000 \times 30\%$)	12.000
Valor contable construcciones	200.000
Base fiscal	250.000
Activos por diferencias temporarias deducibles ($50.000 \times 30\%$)	15.000
Valor contable existencias	80.000
Base fiscal	120.000
Activos por diferencias temporarias deducibles ($40.000 \times 30\%$)	12.000
Valor contable préstamo	192.000
Base fiscal	196.000
Pasivo por diferencias temporarias imponibles ($4.000 \times 30\%$)	1.200

(4) Al no poderse valorar de manera fiable no se incluye este elemento en el balance de la sociedad resultante de la fusión.

A partir de los datos anteriores se puede calcular el fondo de comercio resultante de la combinación de negocios:

Coste de la combinación de negocio: (20.000×55)	1.100.000
Valor razonables de los activos menos los pasivos asumidos	682.800
Valor activos identificados	1.062.000
Valor pasivos identificados.....	379.200
Fondo de comercio.....	417.200

2. Contabilizar la absorción a 1 de enero de 2008, junto con la correspondiente diferencia de combinación, suponiendo que todos los accionistas de «JALADA» acuden al canje de sus acciones por otras de «FUSSION». En el enunciado se contienen los datos para calcular el valor razonable de la contrapartida entregada por la absorbente.

Por la recepción del patrimonio de «JALADA»:

Cuenta	Debe	Haber
Patentes	500.000	
Campaña de publicidad	30.000	
Contrato de alquiler	50.000	
Terrenos	100.000	
Construcciones	200.000	
Acciones o participaciones propias en situaciones especiales	55.000	
Activos por diferencias temporarias deducibles	27.000	
Productos terminados	80.000	
Caja	20.000	
Fondo de comercio	417.200	
Deudas a largo plazo		192.000
Pasivos por diferencias temporarias imponibles		187.200
Socios de sociedad disuelta		1.100.000

Por la entrega de las acciones:

Cuenta	Debe	Haber
Socios de sociedad disuelta	1.100.000	
Acciones o participaciones propias en situaciones especiales		55.000
Capital social (19.000×30)		570.000
Prima de emisión o asunción (19.000×25)		475.000

3. a) Determinar el tratamiento contable que tendría la recepción, el 1 de junio de 2008, de una sentencia por la reclamación judicial que condenara a «JALADA» a pagar 30.000 euros al cliente demandante.

El Plan General de Contabilidad (PGC) señala en la norma de registro y valoración 19.^a Combinaciones de negocios respecto a la contabilidad provisional:

«Si en la fecha de cierre del ejercicio en que se ha producido la combinación de negocios no se pudiese concluir el proceso de valoración necesario para aplicar el método de adquisición, las cuentas anuales se elaborarán utilizando valores provisionales.

Los valores provisionales serán ajustados en el periodo necesario para obtener la información requerida para completar la contabilización inicial. Dicho periodo en ningún caso será superior a un año desde la fecha de la adquisición.

En cualquier caso, los ajustes a los valores provisionales únicamente incorporarán información relativa a los hechos y circunstancias que existían en la fecha de adquisición y que, de haber sido conocidos, hubieran afectado a los importes reconocidos en dicha fecha.

Los ajustes que se reconozcan para completar la contabilización inicial se realizarán de forma retroactiva, es decir, de forma tal que los valores resultantes sean los que se derivarían de haber tenido inicialmente la información que se incorpora. Por lo tanto:

- Los ajustes al valor inicial de los activos y pasivos identificables se considerarán realizados en la fecha de adquisición.
- El valor del fondo de comercio o de la diferencia negativa se corregirá, con efectos desde la fecha de adquisición, por un importe igual al ajuste que se realiza al valor inicial de los activos y pasivos identificables.
- La información comparativa incorporará los ajustes. Transcurrido el periodo mencionado en este apartado, sólo se practicarán ajustes a las valoraciones iniciales cuando:
 - Proceda ajustar las contraprestaciones adicionales que dependan de eventos futuros o del cumplimiento de ciertas condiciones, según lo establecido en el apartado 2.3 de esta norma.
 - Se reconozcan activos por impuesto diferido no contabilizados previamente conforme a lo establecido en el apartado 4 de la norma relativa a impuestos sobre beneficios.
 - Proceda corregir errores conforme a lo establecido en la norma relativa a cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables».

Por tanto:

Cuenta	Debe	Haber
Activos por diferencias temporarias deducibles	9.000	
Fondo de comercio	21.000	
Provisión para otras responsabilidades		30.000

b) Un estudio demostrando que la costosa campaña de publicidad realizada en 2007 no ha tenido ningún efecto en la intención de compra de los clientes.

Por la baja de la campaña de publicidad:

Cuenta	Debe	Haber
Gastos excepcionales	30.000	
Campaña de publicidad		30.000

y al cierre del ejercicio:

Cuenta	Debe	Haber
Pasivos por diferencias temporarias imposables	9.000	
Impuesto diferido		9.000

c) Una comunicación del banco estableciendo que el tipo de interés de los próximos préstamos será de un 5 por 100 anual, en lugar del 4 por 100 que venía aplicando.

No procede realizar ninguna anotación contable por este hecho, ya que el cambio de tipo de interés producirá una modificación del tipo de interés efectivo en los ejercicios siguientes.

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

PROVISIÓN PARA GARANTÍAS

ENUNCIADO

Una sociedad, cuyo nombre es «GARANTE, SA», se dedica a la fabricación de electrodomésticos de línea blanca y ofrece a los consumidores una garantía de dos años sobre los productos vendidos, que abarca tanto las piezas defectuosas como la mano de obra. El saldo del pasivo por garantía de productos en el balance inicial ascendía a 680.000 euros.

Durante el ejercicio se han producido 380 reparaciones, que han sido subcontratadas, con un taller colaborador, al que se le han facilitado las piezas de repuesto necesarias para las sustituciones. El precio de coste de las citadas piezas ha sido de 200.000 euros, mientras que las facturas del taller, todavía sin pagar en un 25 por 100, han ascendido a 350.000 euros.

El departamento de Contabilidad de «GARANTE» está preparando las cuentas anuales cerradas a 31 de diciembre de 2008. Uno de los economistas del servicio de estudios de la empresa ha elaborado, con los datos que constan en los archivos, una estimación del posible coste de las reparaciones para los próximos 12 meses, que afectan a 2.000 unidades de producto por término medio en función de la envergadura de las mismas y de la probabilidad que tienen de presentarse, cuyo resumen se encuentra en la tabla siguiente:

Tipo de reparación	Probabilidad	Coste promedio	
		Materiales	Taller
Ninguna	80%	0	0
Ligera	10%	100	50
Media	5%	150	1.000
Importante	3%	300	3.000

Para el segundo año, las variantes sobre las anteriores cifras son las siguientes:

- Productos en garantía (media anual): 1.000.
- Evolución del precio de los materiales: incremento del 6 por 100.
- Evolución de los precios cargados por el taller: disminución del 10 por 100.

La empresa utiliza para los cálculos del valor de los pasivos, cuando es preciso, una tasa de descuento del 8 por 100, que es el interés al que recibe en esa fecha los préstamos bancarios a más de un año.

TRABAJO A REALIZAR:

1. Determinar el importe de la provisión por garantía de productos a 31 de diciembre de 2008.

2. Contabilizar en el Diario de la empresa las transacciones exteriores relativas a la provisión para el año 2008, así como la regularización final de la misma, de acuerdo con el cálculo hecho en el punto anterior.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2

La provisión que existe al inicio de ejercicio (680.000) será anulada al cierre de este ejercicio fecha en la que se dotará la nueva.

Por otro lado, los gastos se contabilizarán en las respectivas que por naturaleza le correspondan a medida que se van devengado. A este respecto durante este ejercicio ha hecho los siguientes:

Por la compra de piezas de repuesto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
602	Compras de otros aprovisionamientos	200.000	
400	Proveedores		200.000

Por la facturación del taller donde se realizan las reparaciones:

Código	Cuenta	Debe	Haber
607	Trabajos realizados por otras empresas	350.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		262.500
400	Proveedores		87.500

En cuanto al importe necesario de la provisión al cierre del ejercicio debemos tener en cuenta que la garantía es de dos años.

Primer año de garantía:

Tipo de reparación	Operación	Importe
Ligera	$2.000 \times 10\% \times 150$	30.000
Media	$2.000 \times 5\% \times 1.150$	115.000
Importante	$2.000 \times 3\% \times 3.300$	198.000
TOTAL		343.000

Segundo año de garantía:

Tipo de reparación	Número de reparaciones	Operación	Importe
Ligera	$1.000 \times 10\% = 100$	$100 \times 100 \times 1,06 + 100 \times 50 \times 0,9$	15.100
Media	$1.000 \times 5\% = 50$	$50 \times 150 \times 1,06 + 50 \times 1.000 \times 0,9$	52.950
Importante	$1.000 \times 3\% = 30$	$30 \times 300 \times 1,06 + 30 \times 3.000 \times 0,9$	90.540
TOTAL			158.590

Al tratarse de una provisión que abarca un periodo de dos años será necesaria su actualización al tipo que facilita el enunciado del ejercicio.

$$\text{Valor actual} = \frac{343.000}{1,08} + \frac{158.590}{1,08^2} = 317.592,59 + 135.965,36 = 453.557,95$$

Asientos contables al cierre del ejercicio

Por la provisión del ejercicio actual:

Dado que la provisión abarca un periodo de dos años sería conveniente hacer un desglose de ambos periodos independientemente de que la provisión se anulará en su totalidad al año siguiente:

Código	Cuenta	Debe	Haber
695	Dotación a la provisión por operaciones comerciales	453.557,95	
49991	Provisión para operaciones comerciales a corto plazo		317.592,59
49992	Provisión para otras operaciones comerciales a largo plazo		135.965,36

Estas provisiones se actualizarán al año siguiente antes de ser dadas de baja.

Por la provisión antigua:

Dado que las provisiones son a dos años deben actualizarse por lo que en primer lugar actualizamos la provisión antigua para posteriormente eliminarla.

Código	Cuenta	Debe	Haber
660	Gastos financieros por actualización de provisiones	54.400	
4990	Provisión para operaciones comerciales (680.000 × 0,08)		54.400

Código	Cuenta	Debe	Haber
4990	Provisión para operaciones comerciales (680.000 + 54.400)	734.400	
795	Exceso de provisiones		734.400

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

CARTERA A VENCIMIENTO, DETERMINACIÓN TIPO DE INTERÉS EFECTIVO, COSTE AMORTIZADO

ENUNCIADO

La empresa «PAGARÉ, SA», que tiene un compromiso de pago al personal por importe de unos 3.000.000 de euros con vencimiento el 31 de diciembre de 2009, constituyó una cartera de inversión man-

tenida hasta el vencimiento el 1 de enero de 2008, adquiriendo 30.000 obligaciones emitidas por una empresa privada que estaban admitidas a cotización bursátil, tenían un nominal de 100 euros, que también es su precio de reembolso, y un cupón de intereses anual, pagadero a fin de cada año, del 6 por 100. El reembolso de los títulos se producirá precisamente el día en que está programado el citado pago.

Cada una de las obligaciones tenía, en el momento de la compra, una cotización del 102,7 por 100 de su valor nominal. Se supone que dicho precio incluye también el interés devengado hasta el momento de la compra. Los costes de transacción (comisiones, tasas, impuestos...) fueron del 1 por 100 del precio pagado al vendedor.

A 31 de diciembre de 2008, tras el cobro del cupón correspondiente al año, la cotización de los bonos era del 90 por 100 y la empresa, temiendo una bajada mayor, vendió la mitad de los títulos por ese precio (costes de transacción a cargo del vendedor del 1%), con lo que contaminó la cartera mantenida a vencimiento y hubo de reclasificar el resto de la partida de obligaciones.

TRABAJO A REALIZAR:

1. Determinar el interés efectivo de la cartera de inversión a vencimiento, con los flujos de efectivo ya efectuados y los esperados en el momento de la compra.
2. Contabilizar la compra de las obligaciones, el cobro de los intereses a final de 2008 y la regularización de toda la cartera en función del coste amortizado a final de ese año.
3. Contabilizar la venta de la mitad de la cartera a 31 de diciembre de la reclasificación del resto.
4. Contabilizar las transacciones relativas a la cartera de obligaciones en 2009, sabiendo que la cotización en el momento del reembolso es del 100 por 100 y que, previamente, se han recibido los intereses anuales. En el reembolso, así como en el pago de intereses, los costes de transacción van a cargo del emisor de los títulos.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 3

1. Determinar el interés efectivo de la cartera de inversión a vencimiento, con los flujos ya efectuados y los esperados en el momento de la compra.

Fechas	Pago/Cobro	Importe
01-01-2008	Pago	$30.000 \times 100 \times 102,7\% \times 1,01 = 3.111.810$
31-12-2008	Cobro	$30.000 \times 100 \times 6\% = 180.000$
31-12-2009	Cobro	$30.000 \times 100 \times 6\% + 30.000 \times 100 = 3.180.000$

$$3.111.810 = \frac{180.000}{(1+i)} + \frac{3.180.000}{(1+i)^2}$$

$$i = 0,040232995$$

El cuadro de amortización según el tipo de interés efectivo es el siguiente:

Fechas	Capital inicio periodo	Intereses devengados (tie)	Intereses explícitos	Cobro	Coste amortizado
01-01-2008					3.111.810,00
31-12-2008	3.111.810,00	125.197,44	180.000,00	180.000,00	3.057.007,44
31-12-2009	3.057.007,44	122.992,56	180.000,00	3.180.000,00	0,00

2. Contabilizar la compra de las obligaciones, el cobro de los intereses al final de 2008 y la regularización de la cartera en función del coste amortizado a final de ese año.

01-01-2008.

Por la compra, teniendo que los gastos es mayor importe del valor de las obligaciones y que no existen intereses devengados en el momento de la compra:

Código	Cuenta	Debe	Haber
251	Valores representativos de deuda a largo plazo	3.111.810,00	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		3.111.810,00

31-12-2008.

Por el vencimiento y cobro del cupón:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	180.000,00	
761	Ingresos de valores representativos de deuda		125.197,44
251	Valores representativos de deuda a largo plazo		54.802,56

Al vencimiento de las obligaciones se producirá dentro de un año por lo que procede su reclasificación a corto plazo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
541	Valores representativos de deuda a corto plazo	3.057.007,44	
251	Valores representativos de deuda a largo plazo		3.057.007,44

En cuanto a posible deterioro de la cartera el PGC señala que se ha de comparar el valor contable con el importe recuperable. La pérdida por deterioro del valor de estos activos financieros será la diferencia entre su valor en libros y el valor actual de los flujos de efectivo futuros que se estima van a generar, descontados al tipo de interés efectivo calculado en el momento de su reconocimiento inicial.

Valor contable	3.057.007,44
Valor actual $[3.180.000 (1 + 0,040232995)^{-1}]$	3.057.007,44
Deterioro	0

Por otro lado, el PGC señala también «No obstante, como sustituto del valor actual de los flujos de efectivo futuros se puede utilizar el valor de mercado del instrumento, siempre que éste sea lo suficientemente fiable como para considerarlo representativo del valor que pudiera recuperar la empresa».

Valor contable	3.057.007,44
Valor de mercado ($30.000 \times 100 \times 90\%$)	2.700.000
Deterioro	357.007,44

A efecto de solución entendemos que una cotización del 90 por 100 no está influida por posibles insolvencias del emisor y que se debe a circunstancias coyunturales del mercado por lo que no se contabiliza deterioro.

3. Contabilizar la venta de la mitad de la cartera a 31 de diciembre de la reclasificación del resto.

Por la venta de la mitad de la cartera:

Código	Cuenta	Debe	Haber
57	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros ($15.000 \times 100 \times 90\% \times 99\%$)	1.336.500,00	
666	Pérdidas en participaciones y valores representativos de deuda	192.003,72	
541	Valores representativos de deuda a corto plazo (3.057.007,44/2)		1.528.503,72

A este respecto el PGC señala en la norma de registro y valoración 9.^a apartado 2.7:

«No se podrá clasificar o tener clasificado ningún activo financiero en la categoría de inversiones mantenidas hasta el vencimiento si en el ejercicio a que se refieren las cuentas anuales o en los dos precedentes, se han vendido o reclasificado activos incluidos en esta categoría por un importe que no sea insignificante en relación con el importe total de la categoría de inversiones mantenidas hasta el vencimiento, salvo aquellas que correspondan a ventas o reclasificaciones:

- Muy próximas al vencimiento, o
- Que hayan ocurrido cuando la empresa haya cobrado la práctica totalidad del principal, o
- Atribuibles a un suceso aislado, fuera del control de la empresa, no recurrente y que razonablemente no podía haber sido anticipado por la empresa».

En el párrafo siguiente el PGC nos indica que a partir de este momento se ubican en la cartera de disponibles para la venta:

«Cuando dejase de ser apropiada la clasificación de un activo financiero como inversión mantenida hasta el vencimiento, como consecuencia de un cambio en la intención o en la capacidad financiera de la empresa o por la venta o reclasificación de un importe que no sea insignificante según

lo dispuesto en el párrafo anterior, dicho activo, junto con el resto de activos financieros de la categoría de inversiones mantenidas hasta el vencimiento, se reclasificarán a la categoría de disponibles para la venta y se valorarán por su valor razonable. La diferencia entre el importe por el que figure registrado y su valor razonable se reconocerá directamente en el patrimonio neto de la empresa y se aplicarán las reglas relativas a los activos disponibles para la venta».

Valor contable	1.528.503,72
Valor razonable ($15.000 \times 100 \times 90\%$)	1.350.000
Pérdida imputable a patrimonio.....	178.503,72

Por el reconocimiento de la pérdida y su efecto impositivo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
800	Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta	178.503,72	
541	Valores representativos de deuda a corto plazo		178.503,72

Código	Cuenta	Debe	Haber
4740	Activos por diferencias temporarias deducibles ($178.503,72 \times 30\%$)	53.551,12	
8301	Impuesto diferido		53.551,12

Por la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9:

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	53.551,12	
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	124.952,60	
800	Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta		178.503,72

4. Contabilizar las transacciones relativas a la cartera de obligaciones en 2009, sabiendo que la cotización en el momento del reembolso es del 100 por 100 y que, previamente, se han recibido los intereses anuales. En el reembolso, así como en el pago de intereses, los costes de transacción van a cargo del emisor de los títulos.

Las operaciones relativas a la inversión se producen al 31 de diciembre:

Por el cobro del cupón:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	90.000,00	
761	Ingresos de valores representativos de deuda ($122.992,56 \times 15.000/30.000$)		61.496,28
541	Valores representativos de deuda a corto plazo		28.503,72

Por el ajuste a valor razonable:

Valor contable ($1.350.000 - 28.503,72$) 1.321.496,28

Valor razonable ($15.000 \times 100 \times 100\%$) 1.500.000

Beneficio a patrimonio 178.503,72

Código	Cuenta	Debe	Haber
541	Valores representativos de deuda a corto plazo	178.503,72	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		178.503,72

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido ($178.503,72 \times 30\%$)	53.551,12	
4740	Activos por diferencias temporarias deducibles		53.551,12

Por la regularización del 8 y 9:

Código	Cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	178.502,72	
8301	Impuesto diferido		53.551,12
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		124.952,60

Por el reembolso de los títulos:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	1.500.000	
541	Valores representativos de deuda a corto plazo		1.500.000

CASO PRÁCTICO NÚM. 4

ANÁLISIS Y PROYECCIÓN DE RESULTADOS EMPRESARIALES: RECONSTRUCCIÓN DE LA CUENTA DE RESULTADOS, RENTABILIDAD ECONÓMICA DE EXPLOTACIÓN Y DE ACTIVOS FINANCIEROS, RENTABILIDAD FINANCIERA Y APALANCAMIENTO FINANCIERO

ENUNCIADO

La empresa «RENTAKA, SA» está realizando la proyección de su actividad, representada por la cuenta de pérdidas y ganancias, a partir de las cifras del balance de situación y de ciertos parámetros de comportamiento que viene observando en los últimos años.

La estructura del balance y la cuenta de pérdidas y ganancias válidos para la proyección que se requiere son las reflejadas a continuación:

Balance (en miles de euros)			
Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Activos de la explotación		Patrimonio neto inicial	
• Fijos	8.000	Pérdidas y ganancias del ejercicio	8.000
• Circulantes	3.000	Pasivo financieros (a largo plazo y con coste)	
Inversiones financieras	5.000	Pasivo de la explotación (corriente y sin coste)	1.000
TOTAL	16.000	TOTAL	16.000

Cuenta de pérdidas y ganancias	
Ventas	
Coste de mercancías vendidas	
MARGEN BRUTO	
Gastos comerciales	
Gastos de administración	
RESULTADO DE LA EXPLOTACIÓN	
Ingresos financieros	
Gastos de administración	
RESULTADO ANTES DE IMPUESTOS	
Impuestos sobre los resultados	
RESULTADO DEL EJERCICIO	

Según los estudios con que cuenta la compañía, los costes de las mercancías vendidas varían proporcionalmente con las ventas, exactamente igual que los gastos comerciales; sin embargo, los gastos de administración son una cantidad que no del volumen de negocio. Los ingresos financieros dependen directamente de las inversiones efectuadas, al igual que los gastos por intereses varían con el endeudamiento.

Las cifras que se ofrecen en el balance son valores medios de las partidas.

Los parámetros que la empresa ha manejado en la proyección son los siguientes:

Parámetros	
Rotación de ventas sobre activos netos de la explotación	2,5
Coste de mercancías vendidas sobre ventas	70%
Gastos comerciales sobre ventas	12%
Costes de administración (fijos, en miles de €)	3,42
Rentabilidad media de los activos financieros	8%
Coste medio de los pasivos financieros	6%
Tasa impositiva efectiva	30%

TRABAJO A REALIZAR:

1. Reconstruir la cuenta de resultados a partir de los parámetros del enunciado, y completar el balance de situación, en la parte referida al patrimonio neto.

2. Determinar la rentabilidad económica (distinguiendo la que procede de activos netos de explotación y la que procede de los activos financieros) así como la rentabilidad financiera alcanzadas en el ejercicio.
3. ¿Qué parte de la rentabilidad financiera depende de la rentabilidad económica media de la empresa y qué otra del endeudamiento con coste? (determinación del efecto apalancamiento).
4. Determinar la variación del resultado ante la eventualidad de una disminución de las ventas del 10 por 100 con un aumento del porcentaje de costes de las mercancías vendidas sobre las ventas, que pasa de ser un 70 a ser un 72 por 100 de la cifra de facturación, acompañado de un aumento de los gastos fijos por importe de 100 unidades. Estas variaciones son las máximas que se pueden dar en el ejercicio que se está proyectando para las variables citadas.
5. Determinar la sensibilidad del resultado del ejercicio ante una subida de 200 puntos básicos (un 2%) en los tipos de interés del endeudamiento, con una rebaja de 200 puntos básicos (un 2%) de la rentabilidad de los activos financieros. Estas variaciones son las máximas que se pueden dar en el ejercicio que se está proyectando para las variables citadas.

Nota: Los apartados 4 y 5 son independientes entre sí.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 4

1. Reconstruir la cuenta de resultados a partir de los parámetros del enunciado, y completar el balance de situación, en la parte referida al patrimonio neto.

Ventas (1)	27.500
– Coste de ventas ($27.500 \times 70\%$)	–19.250
Margen bruto	8.250
– Gastos comerciales ($27.500 \times 12\%$)	–3.300
– Gastos administración	–3.420
Resultado de explotación (BAII)	1.530
Ingresos financieros ($5.000 \times 8\%$)	400
Gastos financieros ($8.000 \times 6\%$)	–480
Beneficio antes de impuestos (BAI)	1.450
– Impuestos ($1.450 \times 30\%$)	–435
Beneficio neto	1.015

(1) Rotación = Ventas/Activos netos de la explotación

Teniendo en cuenta que los activos netos de la explotación (fijos más circulantes) ascienden a 11.000.

$$2,5 = \text{Ventas}/11.000; \text{Ventas} = 11.000 \times 2,5 = 27.500$$

El balance completo es el siguiente:

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Activos de la explotación		Patrimonio neto inicial	5.985
• Fijos	8.000	Pérdidas y ganancias del ejercicio	1.015
• Circulantes	3.000	Pasivo financieros (a largo plazo y con coste)	8.000
Inversiones financieras	5.000	Pasivo de la explotación (corriente y sin coste)	1.000
TOTAL	16.000	TOTAL	16.000

2. Determinar la rentabilidad económica (distinguiendo la que procede de activos netos de explotación y la que procede de los activos financieros) así como la rentabilidad financiera alcanzadas en el ejercicio.

Rentabilidad económica total (ROI):

$$\text{BAII/AT} = (1.530 + 400)/16.000 = 0,12625$$

Rentabilidad económica activos de la explotación:

$$\text{BAII/Activos explotación} = 1.530/11.000 = 0,139090$$

Rentabilidad económica activos financieros:

$$\text{Ingresos financieros/Activos financieros} = 400/5.000 = 0,08$$

Rentabilidad financiera (ROE):

$$\text{Beneficio/Patrimonio neto} = 1.015/7.000 = 0,145$$

3. ¿Qué parte de la rentabilidad financiera depende de la rentabilidad económica media de la empresa y qué otra del endeudamiento con coste? (determinación del efecto apalancamiento)

A efectos de solución los cálculos del apalancamiento financiero se realizan después de impuestos, por lo que en primer lugar se calcula la rentabilidad económica después de impuestos:

$$\text{ROI} (1 - t) = 0,12625 (1 - 0,3) = 0,08375$$

El apalancamiento financiero será:

$$\text{ROE} = \text{ROI} + \text{Apalancamiento financiero}$$

$$0,145 = 0,08375 + \text{Apalancamiento}$$

$$\text{Apalancamiento} = 0,056625$$

4. Determinar la variación del resultado ante la eventualidad de una disminución de las ventas del 10 por 100 con un aumento del porcentaje de costes de las mercancías vendidas sobre las ventas, que pasa de ser un 70 a ser un 72 por 100 de la cifra de facturación, acompañado de un aumento de los gastos fijos por importe de 100 unidades. Estas variaciones son las máximas que se pueden dar en el ejercicio que se está proyectando para las variables citadas.

Ventas ($27.500 \times 90\%$)	24.750
– Coste de ventas ($24.750 \times 72\%$)	–17.820
Margen bruto	6.930
– Gastos comerciales ($24.750 \times 12\%$)	–2.970
– Gastos administración	–3.520
Resultado de explotación (BAII)	440
Ingresos financieros ($5.000 \times 8\%$)	400
Gastos financieros ($8.000 \times 6\%$)	–480
Beneficio antes de impuestos (BAI)	360
– Impuestos ($360 \times 30\%$)	–108
Beneficio neto	252

La variación de resultado proyectado es la siguiente:

$$\frac{1.015 - 252}{1.015} = 0,7517 \Rightarrow \text{Disminución del } 75,17\%$$

5. Determinar la sensibilidad del resultado del ejercicio ante una subida de 200 puntos básicos (un 2%) en los tipos de interés del endeudamiento, con una rebaja de 200 puntos básicos (un 2%) de la rentabilidad de los activos financieros. Estas variaciones son las máximas que se pueden dar en el ejercicio que se está proyectando para las variables citadas.

En este caso la cuenta de resultado presenta la siguiente estructura:

Ventas (1)	27.500
– Coste de ventas ($27.500 \times 70\%$)	–19.250
Margen bruto	8.250
– Gastos comerciales ($27.500 \times 12\%$)	–3.300
– Gastos administración	–3.420
Resultado de explotación (BAII)	1.530
Ingresos financieros ($5.000 \times 6\%$)	300
Gastos financieros ($8.000 \times 8\%$)	–640
Beneficio antes de impuestos (BAI)	1.190
– Impuestos ($1.190 \times 30\%$)	–357
Beneficio neto	833

La variación del resultado en este caso es:

$$\frac{1.015 - 833}{1.015} = 0,1793 \Rightarrow \text{Disminución del } 17,93\%$$

Recensiones Bibliográficas

El régimen impositivo de las entidades y actividades educativas

Alejandro BLÁZQUEZ LIDOY
Aranzadi, Navarra, 2009, 250 págs.

El autor de esta monografía, Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Rey Juan Carlos, viene dando muestra, a través de sus muchas publicaciones, de un conocimiento de primera mano de los diferentes aspectos jurídicos y fiscales que rodean al denominado *tercer sector* de la economía (integrado por ese mundo de fundaciones, organizaciones no gubernamentales y entidades sin fines lucrativos), además de ser un destacado especialista en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA); aspectos ambos que tienen lazos en común con varios de los temas que se abordan esta vez, al estudiar con un gran detenimiento la tributación de los distintos tipos de centros educativos, así como del personal docente y discente que participa en las actividades realizadas en ellos.

En el prólogo, escrito por Francisco CLAVIJO, Catedrático de la misma materia en la Universidad de La Laguna, se ponen de manifiesto algunas de las notas más sobresalientes del trabajo que comentamos: su profundidad y el carácter de conjunto que representa al estudiar el IVA y los impuestos sobre la renta y municipales, que se adentre en los numerosos problemas fiscales que suscita la educación, que proponga soluciones con la finalidad de alcanzar un sistema tributario más justo, la valoración de nuestro ordenamiento a la luz del Derecho comunitario y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y, en fin, la utilidad por el enfoque práctico con que se han examinado las diferentes cuestiones por el autor.

Resulta innegable que, entre otros factores influyentes en la educación, no puede perderse de vista el sistema impositivo, por incidir en su precio y coste, así como en el acceso a la misma, BLÁZQUEZ LIDOY encara así la delimitación del objeto de su investigación: «se va a analizar el régimen impositivo de la educación, dejando al margen el resto de tributos como pueden ser las tasas o los precios públicos de las Universidades. El análisis tiene un anhelo de ser crítico, identificando los problemas impositivos y proponiendo una solución en aquellos casos en los que el autor se sienta capacitado para ello. Pero ello no es óbice para que el presente estudio sirva como una referencia completa del sistema tributario de los profesores, conferenciantes y centros educativos, así como de los propios estudiantes en lo que afecta al IRPF».

En el primer capítulo se observa el régimen del IVA, ámbito donde la educación presenta mayores inseguridades y problemas. Al principio, se alude a la no sujeción de la enseñanza impartida por entes públicos de forma gratuita o mediante contraprestación tributaria (art. 7.8 de la LIVA) y prosigue con el estudio de los aspectos subjetivo y objetivo de la exención de las actividades educativas reflejada en el artículo 20.Uno.9.º de la LIVA. En ambos casos se ponen de relieve varias

dudas que ofrece la doctrina de la Dirección General de Tributos (DGT) si se compara con la jurisprudencia del TJCE. Así se considera el «reconocimiento» de los centros docentes autorizados para llevar a cabo estas tareas y de los fines comparables a las entidades de Derecho público para que se garantice la vigencia del principio de neutralidad fiscal. También la inclusión de las materias en planes de estudio frente a la más amplia consideración de actividades de formación cuyo fin estaría en el desarrollo de los conocimientos y aptitudes de los estudiantes, siempre que no revistan carácter meramente recreativo. El autor comenta algunos casos particulares como el de las clases de preparación para oposiciones de acceso a la función pública y los servicios de guarda y custodia de niños prestados por las guarderías.

Luego se analiza el concepto de actividades «directamente relacionadas» con la educación tanto en la normativa, como en la jurisprudencia comunitarias. Y dado que no todas las operaciones que se relacionan con la educación están exentas, lo cual podría ocasionar graves distorsiones en la competencia, BLÁZQUEZ LIDOY va refiriéndose, sucesivamente, a las actividades que formarían una unidad a los efectos de la exención, después a los servicios expresamente excluidos –si el prestador de los mismos no es el propio centro docente, operaciones singulares como la práctica del deporte o el alojamiento y manutención facilitados por colegios mayores y residencias de estudiantes, así como las entregas de bienes efectuadas a título oneroso (v. gr.: entrega de material didáctico)–, diferentes supuestos que se han planteado de actividades que revestirían un carácter accesorio a la formación (como la organización y gestión de los cursos de enseñanza, actividades de comedor, la ruta de transporte en los colegios, seguro escolar, funciones de evaluación y tutorías de apoyo, prácticas en empresas, búsqueda de empleos...) y las que no estarían exentas por tratarse de actividades independientes de la educación (por ejemplo: la venta de libros y material escolar, fotocopias y teléfonos, bases de datos, viajes de estudios, alquiler de aulas y otros espacios, cesión de alumnos para prácticas, custodia y atención fuera del horario escolar). Por último, se hace una especial mención a la investigación y desarrollo realizada por entidades educativas.

El tratamiento del IVA se completa con la consideración de diferentes contestaciones de la DGT en relación con especialidades como la educación a distancia y los servicios prestados por medios electrónicos; el régimen de actividades concretas como conferencias, prestaciones a jóvenes, asistencia social y educación física; los problemas que la interpretación del TJCE supone a la exención de los conferenciantes y docentes de clases particulares; la subcontratación de servicios con otras empresas a los efectos de impartir y organizar determinadas enseñanzas, así como la prestación de servicios educativos a empresas para que su personal reciba formación. Al final se hace referencia al lugar de realización del hecho imponible, según que las conferencias y cursos se impartan en otros países o en España, a residentes o no, y se aborda el régimen de deducciones del IVA y la prorrateo para el caso de que se realicen actividades educativas exentas junto a otras que se encuentren gravadas.

En el segundo capítulo de la obra de BLÁZQUEZ LIDOY, la atención recae en los impuestos directos sobre la renta de personas físicas, no residentes y sociedades.

En el IRPF se estudian las diferentes cuestiones que se suscitan en relación con las rentas obtenidas por estudiantes (becas) y docentes (retenciones, tributación o no de las dietas o gravá-

menes y rentas en especie). El autor comienza refiriéndose a la calificación, como rendimientos del trabajo o de actividades económicas, de las rentas que deriven de impartir «cursos, conferencias, coloquios, seminarios y similares», según han quedado delimitadas estas actividades en contestaciones de la DGT a consultas vinculantes. Más adelante se alude al tratamiento de las rentas en especie por la realización de cursos, prestación de servicios de guardería, etc., por la empresa, cantidades satisfechas a universitarios en concepto de bolsas de viaje, asistencia a congresos, etc. Prosigue considerando los requisitos objetivos y subjetivos de la exención de las becas de estudio, así como determinadas condiciones de carácter positivo y negativo presentes en la normativa del impuesto. También se plantea el régimen tributario que tendrían las ayudas al estudio y a la investigación para el caso de que no estuviesen exentas. Al final se comentan otros aspectos como la exención de los rendimientos del trabajo obtenidos en el extranjero por trabajadores desplazados, la facturación que ciertas personalidades y conferenciantes de prestigio pueden hacer de charlas, seminarios, etc., no de manera personal, sino por medio de una sociedad a través de la cual canalizan sus ingresos, las deducciones en la cuota, previstas por alguna Comunidad Autónoma, por gastos de educación y, por último, el carácter de la información impositiva facilitada por la Agencia Tributaria a la Administración educativa y que afecta a la admisión de estudiantes en determinados centros escolares.

Las observaciones que se efectúan en relación al Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR) se justifican por la creciente internacionalización de la educación y la movilidad de estudiantes y profesores, afectando a problemas relacionados con la residencia, las rentas sujetas al IRNR, exenciones y las referencias que en los convenios para evitar la doble imposición internacional se contienen sobre conferenciantes y profesores, de un lado, y respecto de las becas, por otro.

Por lo que respecta al Impuesto sobre Sociedades (IS), en el libro se examina detenidamente el privilegiado sistema que configuró la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo. Además, y dado que un considerable sector de la oferta educativa está en manos de fundaciones, se consideran los donativos y aportaciones de los padres a las mismas como complemento a la educación, así como las donaciones a Universidades que se destinen a investigación o doctorado. Al término de este apartado se tienen en cuenta las deducciones que, en el IS, de forma directa o indirecta se encuentran vinculadas a la enseñanza (servicios de guardería, gastos de formación profesional, edición y exportación de libros, provisiones por depreciación de fondos editoriales, formación en Internet, etc.).

En el tercer capítulo se examina el régimen especial que afectará a las fundaciones educativas en los tributos locales, como consecuencia de la previsión que efectuó la ya citada Ley 49/2002, de 23 de diciembre, y que se fundamentan en la exención de las actividades económicas en el IS: «en la medida en que las actividades estén exentas en el Impuesto sobre Sociedades, no habrá que pagar ni Impuesto sobre Actividades Económicas, cualquiera que sea la cuantía, ni Impuesto sobre Bienes Inmuebles en el caso de los inmuebles afectos a las actividades económicas exentas o no sujetas, ni tampoco IIVTNU en caso de transmisiones onerosas de bienes afectos a actividades económicas exentas o no sujetas, ni en todo caso cuando sea sujeto pasivo por donaciones de bienes inmuebles. El resto de los tributos locales, como el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras o el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica, no gozan de exención».

También en este último capítulo se considera la exención de las Universidades públicas en el ámbito de los tributos locales y las exenciones que aparecen fijadas en el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (RDLeg. 2/2004, de 5 de marzo) y que están pensadas para actividades educativas en los Impuestos sobre Actividades Económicas o en el de Bienes Inmuebles. En relación con el primero de estos gravámenes, se apunta igualmente la tributación de las actividades ocasionales de los conferenciantes. Por último, se tiene en cuenta la posibilidad de que las ordenanzas municipales bonifiquen en el ICIO las construcciones, instalaciones y obras referidas a los diversos tipos de centros docentes.

Miguel Ángel Martínez Lago

La imputación de rentas inmobiliarias en la imposición sobre la renta de las personas físicas

Jesús RAMOS PRIETO
CEF, Madrid, 2008, 253 págs.

La presente reseña tiene por objeto la monografía del profesor Jesús RAMOS PRIETO *La imputación de rentas inmobiliarias en la imposición sobre la renta de las personas físicas*, fruto de un pormenorizado análisis de esta figura impositiva que ya adelantó en parte en el artículo premiado por el Centro de Estudios Financieros en el año 2007, «Imputación de rentas inmobiliarias en el IRPF y capacidad económica: ¿una controversia zanjada con la Sentencia del Tribunal Constitucional 295/2006, de 11 de octubre?», posteriormente publicado en la *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 295. La presentación de la obra por parte del profesor J. LASARTE alaba el interés del tema abordado y su profesional profundidad, llegando a afirmar que con esta monografía el asunto queda «visto para sentencia».

1. Introducción.

Existen pocos temas en que sea más latente la disparidad entre su relevancia práctica y la profundidad del análisis doctrinal realizado. Es más, la imputación de rentas inmobiliarias ha sido objeto de estudio por algunos de los más autorizados autores, sin que sea motivo de ello la dificultad conceptual de la materia, su complejidad teórica o su problemática aplicación. Nada más lejos de la realidad; si algo aviva la pluma de la doctrina es la terquedad del legislador y su incapacidad para enmendar los errores del pasado, entre ellos, en opinión de la mayoría de estos estudiosos, la subsistencia de una reliquia tributaria como la que se analiza con exhaustivo detalle en este trabajo.

La idea central de esta obra es la de valorar críticamente la existencia y contenido de la imputación de rentas inmobiliarias, mediante un exhaustivo estudio de la doctrina y una honda reflexión.

Después de una breve introducción histórica para entender la evolución experimentada por esta figura, acompañada de una exposición crítica de su régimen jurídico actual, se hace mención expresa de la postura del Tribunal Constitucional con relación al principio de igualdad y la imputación de rentas inmobiliarias, plasmada en las recientes Sentencias 295/2006 y 91/2007.

Concluida la parte que podemos considerar más expositiva, aunque no exenta de apreciaciones críticas sobre las normas vigentes, el autor inicia su viaje a las entrañas de la imputación de rentas inmobiliarias con una enumeración de las razones esgrimidas a favor de la existencia de este gravamen. Dichas razones son posteriormente desmontadas con dureza, dejando entrever las posteriores líneas de argumentación en pro de la eliminación de esta categoría de rendimiento no monetario. Estas líneas son desarrolladas detenidamente a continuación, destacándose el criticado carácter de renta ficticia, la inexistencia de este gravamen en los sistemas de nuestro entorno (incluidas las Haciendas forales de Navarra y el País Vasco) o la posible vulneración del principio de capacidad económica del artículo 31.1 de la Constitución.

Ese artículo 31.1 y su interpretación constitucional son el eje del planteamiento postrero del autor, que finalmente, a modo de epílogo y antes de sus ordenadas conclusiones, se decanta por la supresión de la imputación de rentas inmobiliarias de nuestra normativa fiscal, en consonancia con otras voces doctrinales.

2. Contenido de la obra.

El estudio marca claramente en su introducción (capítulo 1) las pautas que guían la exposición. Partiendo de la incontestable subsistencia de esta figura impositiva desde la ya lejana reforma fiscal de 1978 y deduciendo las razones de la misma [simplicidad, escasa cuantía, difuminación dentro de la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), etc.], el autor plantea los tres objetivos que pretende abordar. En primer lugar, realizar un examen crítico de la evolución legislativa de la imputación de rentas inmobiliarias, detectando sus principales problemas y deficiencias. En segundo lugar, indagar en los argumentos a favor y en contra de la existencia de tal categoría en la tributación sobre la renta de las personas físicas. Por último, en base a las argumentaciones anteriores y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, valorar tanto su ajuste al principio de capacidad económica, como la conveniencia del mantenimiento o desaparición de esta forma de tributación en nuestro ordenamiento.

Siguiendo el esquema esbozado anteriormente, el capítulo 2 se inicia con un paseo a través de los antecedentes normativos de la actual regulación prestando, cómo no, especial atención a la evolución legislativa desde la primera Ley 44/1978 a la vigente Ley 35/2006, pasando por las diversas reformas aprobadas entre ambos textos legales. Se confirma claramente, en opinión del autor, la tendencia hacia la simplificación del gravamen por la imputación de rentas inmobiliarias, visible en aspectos como la utilización de un porcentaje fijo sobre el valor catastral o a las recientes exoneraciones de la vivienda y otros inmuebles urbanos (suelo no edificado, en construcción, etc.). Concluye esta aproximación histórica con un cuadro a modo de resumen, útil e ilustrativo.

Fruto de la evolución apuntada en las primeras páginas de la obra del profesor RAMOS PRIETO es el régimen jurídico actual de la imputación de rentas inmobiliarias, tanto en el IRPF (Ley 35/2006, de 28 de noviembre), como en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR) (DLeg. 5/2004, de 5 de marzo), del cual se ocupan los capítulos 3 y 4, respectivamente.

El capítulo 3 comienza con una velada crítica a la ubicación sistemática de este componente de la base imponible del IRPF dentro de los regímenes especiales del IRPF. Esta calificación procede de la Ley 40/1998 y, a pesar de las críticas de la doctrina, permanece inalterada desde entonces en las sucesivas reformas. De hecho, como recalca el autor, el vigente artículo 85 de la Ley 35/2006 tiene una vocación netamente continuista con la anterior redacción de la Ley 40/1998, refundida posteriormente en 2004; no en vano, apenas introduce como novedad en su redacción un par de correcciones técnicas. Continúa el capítulo con la explicación del régimen jurídico de la imputación de rentas inmobiliarias en el IRPF, cual extenso manual sobre la materia. Cabe destacar, dentro de este contenido homogéneo con cualquier otro artículo sobre la materia, la especial atención dedicada a dos aspectos: la delimitación del ámbito objetivo de aplicación y la determinación del importe de la renta imputada. Este capí-

tulo 3 se completa con una exhaustiva relación de supuestos prácticos que facilita la comprensión de la materia y pueden ser especialmente útiles para entender los matices normativos más puntillosos.

El capítulo 4 aborda con un planteamiento similar, pero obviamente más breve, el régimen en el IRNR de la imputación de rentas inmobiliarias. Merece la pena destacar que si bien el artículo 13.1 h) del actual texto refundido solo hace referencia a la tenencia de inmuebles por personas físicas (que tributará al tipo de gravamen general del 24% aplicable a las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente), los artículos 40 a 45 del mismo texto configuran el denominado Gravamen Especial sobre Bienes Inmuebles de Entidades no Residentes, cuya finalidad es salir al paso de la anterior técnica defraudatoria de constituir entidades extranjeras de mera tenencia de inmuebles con el fin de eludir su gravamen.

Dentro de la primera fase de la obra, más apegada al estudio del Derecho vigente, podemos encuadrar también la referencia efectuada en el capítulo 5 a la controversia, ya solucionada, en torno a la colisión entre el principio de igualdad y la redacción dada por el artículo 34 b) de la Ley 18/1991, de 6 de junio (ya ha llovido desde entonces en nuestro tormentoso panorama tributario), que ha motivado dos pronunciamientos recientes del Tribunal Constitucional. Ese precepto ordenó que el cálculo de la renta imputada se hiciese aplicando un porcentaje del 2 por 100 al valor por el que los inmuebles urbanos se hallasen computados o debieran, en su caso, computarse a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio (IP), donde se atiende a la mayor de tres magnitudes (valor catastral, el comprobado por la Administración a efectos de otros tributos o el precio, contraprestación o valor de adquisición).

En la inicial Sentencia 295/2006 el supremo intérprete de nuestra Norma Fundamental reconoce que esa solución podía provocar, al remitir a las normas del IP, una diferente imputación entre inmuebles idénticos en función de sus diferentes valores de adquisición. Esta disparidad no era razonable, al ser análogas las capacidades económicas potenciales a efectos del IRPF de los hipotéticos inmuebles. Por ello, contravenía el principio de igualdad en el sostenimiento de los gastos públicos establecidos en el artículo 31.1 de la Constitución.

El posterior pronunciamiento 91/2007 sólo vino a confirmar que el precepto vulnerado era el 31.1 y no el del artículo 14, al ser la causa de discriminación puramente objetiva. El principal efecto de tal apreciación es la exclusión de esta situación del amparo constitucional a los derechos y libertades fundamentales. Apunta eso sí, acertadamente el profesor RAMOS, que en el momento presente el artículo 85 de la Ley 35/2006 sigue incluyendo una referencia similar a la declarada inconstitucional en caso de ausencia de valor catastral. Una espada de Damocles pende, pues, sobre el mismo.

Poco hay que decir de la acertada y detallada introducción teórica a la evolución normativa de la imposición sobre la propiedad o la titularidad de derechos reales de disfrute sobre inmuebles en el ámbito de la imposición estatal sobre la renta. En la página 113, mediada la exposición del autor, comienza el núcleo duro de su planteamiento, que concluirá con una pausada e inequívoca petición: la desaparición de la imputación de rentas inmobiliarias de nuestro sistema fiscal.

Los capítulos 6 y 7 compilan respectivamente las razones esgrimidas por detractores y defensores de esta figura impositiva, siendo posteriormente rebatidas por el autor, que se posiciona desde

un principio junto a la corriente doctrinal más crítica con las rentas imputadas de origen inmobiliario. Los argumentos que históricamente han sustentado su existencia y mantenimiento, identificados al inicio del capítulo 6, son:

- Renta por el uso, disfrute o tenencia del inmueble.
- Renta en especie.
- Supuesto de autoconsumo.
- Renta potencial por la renuncia a ceder en alquiler el uso del inmueble.
- Utilización con fines extrafiscales para fomentar el alquiler y combatir la especulación.
- Lucha contra el fraude fiscal en los arrendamientos inmobiliarios.

Estos argumentos son dismantelados a continuación con solvencia por el profesor RAMOS. En un principio no tiene ya justificación hablar de la existencia de una renta de disfrute, a la vista de la exclusión de imputación de la vivienda habitual. Tampoco, arguye el autor, se deben extender nociones como el autoconsumo o la renta en especie más allá de sus espacios de actuación. Finalmente, se muestra contrario a la desvirtuación de un impuesto tan esencial como el IRPF, clave de bóveda del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, con fines extrafiscales como la lucha contra el fraude o la especulación inmobiliaria, al disponer nuestro sistema de herramientas más idóneas para combatir estos problemas. La referencia a la renta potencial y su conexión con el principio de capacidad económica abarca casi por completo el capítulo 8, al cual haremos referencia más detallada en breve.

Siguiendo el mismo esquema organizativo, el autor cambia de bando para presentar en el capítulo 7 los argumentos más comúnmente expuestos contra la imputación de rentas inmobiliarias. Estas razones son:

- Renta ficticia o inexistente.
- Vulneración del artículo. 31.1 de la Constitución Española (principio de capacidad económica).
- Discriminación entre formas de inversión y entre inmuebles urbanos y rústicos.
- Penalización fiscal a la tenencia de bienes inmuebles no productores de rentas monetarias.
- Inexistencia de este gravamen en los sistemas fiscales de nuestro entorno.
- Dificultad para la valoración de la renta imputada.

En esta ocasión el profesor RAMOS respalda el clamor doctrinal contra la imputación de rentas inmobiliarias, tanto por su carácter de *ficción legal*, como por la discriminación que provoca entre

inversores, al quedar excluidos de la imputación no ya bienes muebles de incluso superior valor, sino los propios inmuebles rústicos. Acertadamente, a nuestro modo de ver, excluye el aparente carácter sancionador que apunta parte de la doctrina, así como la posibilidad de incurrir en plurimposición o confiscatoriedad, al no alcanzar los límites constitucionales y legales (difusamente definidos, no lo olvidemos) que permitirían cuestionar la imposición sobre bienes inmuebles, máxime con la reciente desaparición del gravamen del IP (Ley 4/2008, de 23 de diciembre), no apuntada en el libro por su aparición previa a la reforma.

Particularmente interesante es el pormenorizado análisis de derecho comparado con los sistemas de nuestro entorno, que manifiesta la obstinación del legislador español por mantener una figura que apenas sobrevive en Suiza e Italia, y que incluso las haciendas forales de Navarra y País Vasco se han prestado a eliminar recientemente. Advierte al respecto el autor de las posibles repercusiones de estas diferencias territoriales, aunque se muestra esperanzado en que, una vez más, la valentía de las haciendas forales sirva de ejemplo al legislador español para dar este paso.

El análisis de la jurisprudencia constitucional sobre el varias veces nombrado principio de capacidad económica copa el capítulo 8. Se inicia con un recordatorio de las críticas doctrinales a la escasez, vaguedad y poca profundidad de que adolece la delimitación del significado y alcance de este principio por el Tribunal Constitucional. Por un lado, el alto tribunal ha aceptado en su jurisprudencia el gravamen sobre rentas potenciales o virtuales. Por otro lado, ha conferido un amplísimo margen de discrecionalidad al legislador, que éste ha utilizado para optar por un sistema de cálculo simplificado del importe de determinadas rentas, respaldado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1994.

Pero, sin duda, es la Sentencia 295/2006 la más importante en este campo, por cuanto ratifica la concordancia con el principio de capacidad económica de las rentas imputadas por los inmuebles urbanos. Después de aclarar que no constituye una renta ficticia, el Tribunal recurre a la noción de renta potencial, en lo que supone un giro respecto a su anterior postura defensora de la renta de disfrute (tímidamente apuntada en la Sentencia 150/1990, de 4 de octubre). A juicio del profesor RAMOS, este giro argumental puede deberse a la influencia de la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* italiana, que ya se pronunció en este sentido. Nos recuerda el autor las muchas incógnitas que deja pendiente este pobre desarrollo jurisprudencial, entre ellas los motivos de la progresiva simplificación del tributo o la ya apuntada discriminación entre las distintas opciones de inversión.

En vistas del detallado trabajo de revisión crítica y las opiniones vertidas a lo largo del libro, la petición que aparece en el epílogo del capítulo 9 no puede ser más coherente: la desaparición de la imputación de rentas inmobiliarias de nuestro sistema de IRPF, cuyas deficiencias e incongruencias llegan a provocar la propia desnaturalización del objeto de gravamen del que pasa por ser el pilar fundamental de nuestro sistema impositivo.

El autor recalca en sus últimas reflexiones que los efectos de su supresión serían apenas perceptibles e incluso beneficiosos. En primer lugar, por su escasa relevancia desde el punto de vista recaudatorio (como se puede comprobar en el anejo estadístico del capítulo 11). En segundo térmi-

no, porque el Catastro contiene toda la información relevante que se podría temer perder. Por último, permitiría un mayor campo de acción a las castigadas arcas municipales, para gravar con mayor intensidad la titularidad de bienes inmuebles a través del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

Las conclusiones finales no hacen sino afianzar y resumir de manera concisa y ordenada los distintos argumentos desarrollados a lo largo de esta obra. Apenas 250 páginas que desgranar con detallada profesionalidad y valentía crítica todos los aspectos de una figura que parece herida de muerte, pero que corresponde apuntillar a nuestro legislador si se decide, por fin, a dar un paso al frente tan anhelado.

3. Comentario final.

El rigor y detalle con que la imputación de rentas inmobiliarias es desnudada a lo largo de este libro no nos puede llevar más que a alabar su didáctica claridad y recomendar su lectura a aquellos interesados en la materia, pues nos hallamos ante un referente en la literatura sobre este campo. Viene avalada, además, por un manejo exhaustivo de la bibliografía, tanto tributaria como hacendística, existente en la materia. Eso sí, de atender el legislador a la propia fortaleza doctrinal de sus argumentos, así como a los de otros reputados autores, el mayor éxito de esta obra consistiría en quedar pronto relegada de la actualidad tributaria, pasando a conformar parte de su historia. Esperemos que así sea.

José Miguel Martín Rodríguez