

CEF.-

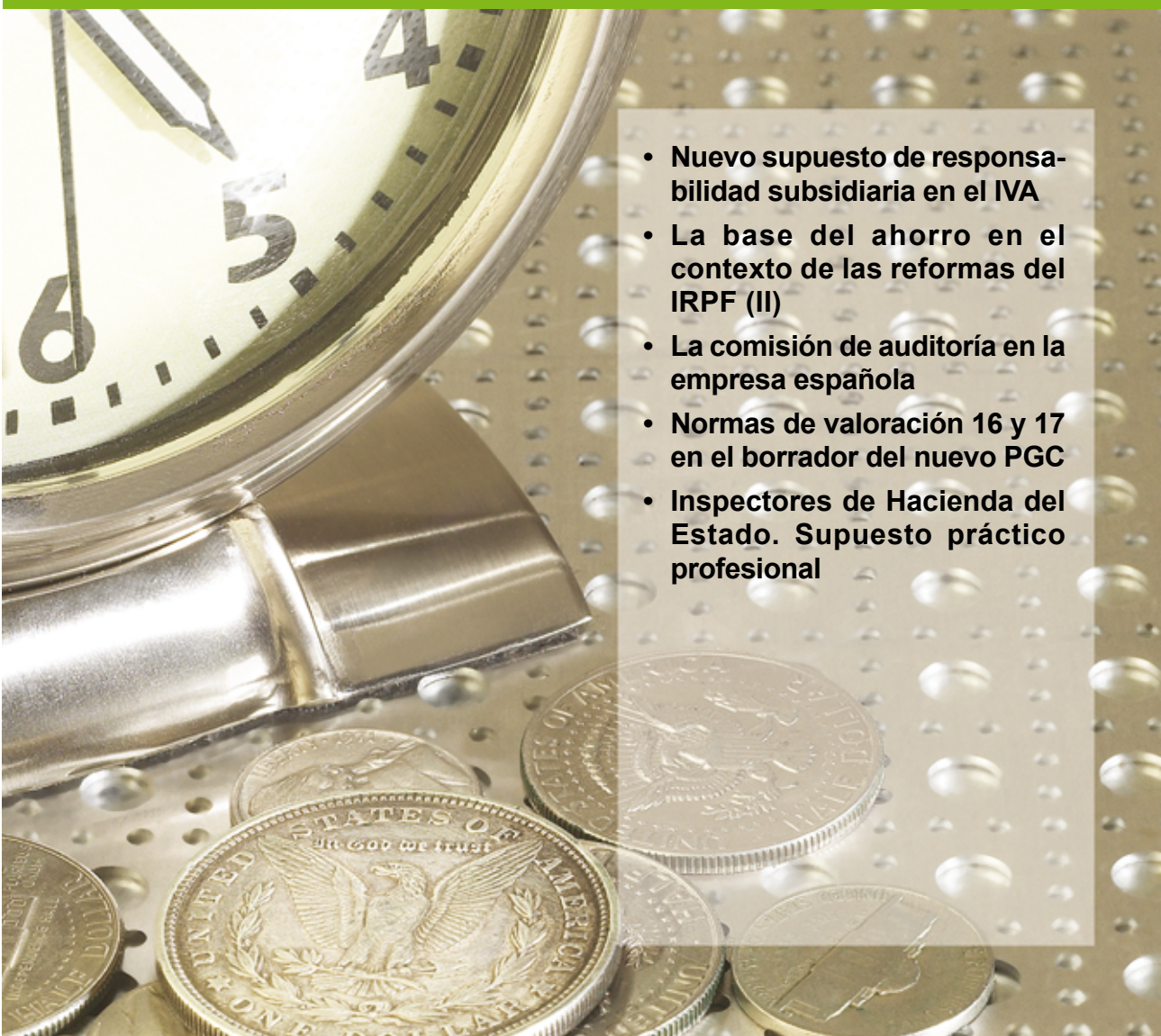
Contabilidad y Tributación

Comentarios y Casos Prácticos

ISSN: 1138-9540

Revista mensual núms. 293-294

Agosto-Septiembre 2007



- Nuevo supuesto de responsabilidad subsidiaria en el IVA
- La base del ahorro en el contexto de las reformas del IRPF (II)
- La comisión de auditoría en la empresa española
- Normas de valoración 16 y 17 en el borrador del nuevo PGC
- Inspectores de Hacienda del Estado. Supuesto práctico profesional

CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

Viriato, 52
28010 MADRID

Gran de Gràcia, 171
08012 BARCELONA

Alboraya, 23
46010 VALENCIA

Ponzano, 15
28010 MADRID

www.cef.es

902 88 89 90

info@cef.es

AGOSTO-SEPTIEMBRE 2007 – NÚMEROS 293-294

DIRECTOR

Roque de las Heras Miguel

COORDINADORES

M.^a José Leza Angulo

Javier Romano Aparicio

CONSEJO ASESOR

- Valentín Azofra Palenzuela
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Valladolid)
- Leandro Cañibano Calvo
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad Autónoma de Madrid)
- Inocencio Carazo González
(Socio Director de INSESA & Abogados)
- José Luis Cea García
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad Autónoma de Madrid)
- Abelardo Delgado Pacheco
(Socio de Garrigues. Inspector de Hacienda del Estado -exce-
dente-)
- Zulima Fernández Rodríguez
(Catedrática de Organización de Empresas. Universidad
Carlos III)
- Lorenzo de las Heras Miguel
(Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España)
- Jesús Lizcano Álvarez
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad Autónoma de Madrid)
- Ricardo Lozano Aragüés
(Director General de Seguros)
- Carlos Mallo Rodríguez
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad Carlos III)
- Luis Alberto Malvárez Pascual
(Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Huelva)
- Alberto Monreal Lasheras
(Socio PWC Landwell. Inspector de Hacienda del Estado
-excedente-)
- Carlos Palao Taboada
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad
Autónoma de Madrid)
- Álvaro Rodríguez Bereijo
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad
Autónoma de Madrid)
- J. Andrés Sánchez Pedroche
(Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Castilla-La Mancha)
- Eduardo Sanz Gadea
(Inspector de Hacienda del Estado. Ministerio de Economía y
Hacienda)
- Marta Villar Ezcurra
(Catedrática de Derecho Financiero y Tributario. Universidad
CEU San Pablo)
- Juan Zornoza Pérez
(Catedrático de Derecho Tributario. Universidad Carlos III)

SUMARIO

		Página
TRIBUTACIÓN		
54/2007	Un nuevo supuesto de responsabilidad tributaria para combatir el fraude del IVA 1.^{er} PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2007 (Pilar Álvarez Barbeito)	3
55/2007	La base del ahorro en el contexto de las reformas del IRPF (II)..... (Eduardo Sanz Gadea)	43
CONTABILIDAD		
56/2007	La comisión de auditoría en la empresa española: en busca de la independencia..... 1.^{er} PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2007 (Estibaliz Biedma López, Mauricio Alejandro Jara Bertin, Félix Javier López Iturriaga y Emiliano Ruiz Barbadillo)	117
57/2007	Normas de valoración 16 y 17 en el borrador del nuevo PGC (Celedonio Villamayor Pozo, José Antonio Fernández de Pinto y Daniel Pérez Ortiz)	149
58/2007	Supuesto práctico profesional (Ejercicio propuesto para el ingreso al Cuerpo de Inspectores de Hacienda del Estado)..... (José Barrio Bondía, Alfonso García Tavares, Eva Martín Díaz y Fernando Salazar)	175
RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS		227

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

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

- REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

C/ Viriato, 52 - 28010 MADRID
Telf.: 914 444 920

- EDITA:

Centro de Estudios Financieros, S.L.

- IMPRIME:

Artes Gráficas Coyve, S.A.
Avda. Córdoba, 21 - 2.º 1.ª
28026 MADRID

- DEPÓSITO LEGAL: M-1947-1981

- SUSCRIPCIÓN ANUAL (2007) 125,00 € (IVA no incluido)

Comprende dos volúmenes:

- 1.º Legislación, Consultas, Jurisprudencia.
- 2.º Comentarios y Casos prácticos.

- SUSCRIPCIÓN ANUAL (2007) 182,70 € (IVA no incluido)

(Comprende los dos volúmenes indicados anteriormente y al final de cada año se recopilan en Tomos independientes: Legislación, Jurisprudencia, Consultas tributarias y Normativa contable).

- NÚMEROS SUELTOS (Completo):

- Suscriptores 14,43 € (IVA no incluido)
- No suscriptores 19,24 € (IVA no incluido)

© 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.

UN NUEVO SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA PARA COMBATIR EL FRAUDE DEL IVA

PILAR ÁLVAREZ BARBEITO

Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.

Universidad de A Coruña



Este trabajo ha obtenido el 1.º **Premio Estudios Financieros 2007** en la Modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Abelardo DELGADO PACHECO, don Luis Alberto MALVÁREZ PASCUAL, don Alberto MONREAL LASHERAS, don Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO, doña Marta VILLAR EZCURRA y don Juan ZORNOZA PERÉZ.

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

Extracto:

EN el presente estudio se aborda el análisis de una cuestión que, sin duda, constituye una de las novedades más relevantes de cuantas modificaciones normativas se han introducido en nuestro sistema tributario de la mano de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal. Nos referimos concretamente al establecimiento de un nuevo supuesto de responsabilidad subsidiaria regulado en el apartado cinco del artículo 87 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, calificación aplicable a quienes adquieran mercancías procedentes de tramas organizadas para defraudar dicho tributo, las cuales, respondiendo a denominaciones diversas tales como la de «fraude carrusel», ocasionan importantes perjuicios tanto a la Hacienda Pública como a aquellos operadores económicos que actúan legalmente en el mismo sector del mercado en el que se desarrolla el fraude.

Tras una breve exposición de las principales causas que han podido provocar la proliferación de este tipo de tramas, especialmente relacionadas con el régimen fiscal aplicable actualmente a las operaciones intracomunitarias de bienes, en este estudio se realiza un exhaustivo examen del artículo 87.Cinco de la Ley del IVA. Con ese objetivo se plantean, en primer lugar, las cuestiones más relevantes que se desprenden de dicho precepto desde el punto de vista de nuestro derecho interno para, a continuación, analizar su grado de compatibilidad con las exigencias del Derecho Comunitario. El estudio de ambos extremos conduce a una serie de conclusiones que obligan a poner en tela de juicio algunos de los principales aspectos de la regulación del nuevo supuesto de responsabilidad subsidiaria, cuya aplicación práctica se verá previsiblemente afectada por problemas de difícil solución. Esta situación nos ha conducido a examinar, en último lugar, las medidas que otros países han arbitrado para luchar contra las tramas de fraude, de entre las cuales, figuras como la denominada «inversión del sujeto pasivo» consideramos que constituyen alternativas susceptibles de ser valoradas en tanto no se implante el régimen definitivo de las operaciones intracomunitarias en el IVA.

Palabras clave: IVA, responsabilidad subsidiaria y fraude fiscal.

Sumario

- I. Consideraciones generales.
- II. La configuración del nuevo supuesto de responsabilidad subsidiaria en el IVA.
 1. La condición de empresario o profesional del responsable.
 2. Condiciones para exigir la responsabilidad.
 - 2.a) Existencia de una cuota del IVA no declarada e ingresada.
 - 2.b) Presunción «razonable» del conocimiento del fraude.
 - 2.b.1) La configuración legal de la presunción. Especial referencia al precio «notoriamente anómalo».
 - 2.b.2) La presunción a la luz de la jurisprudencia comunitaria.
 3. Identificación de los responsables subsidiarios en las tramas de fraude.
 4. Alcance de la responsabilidad.
 - 4.a) La responsabilidad de la «cuota tributaria».
 - 4.b) Posibilidad de aplicar sanciones al responsable.
- III. La responsabilidad subsidiaria del artículo 87.Cinco de la LIVA en el contexto comunitario.
 1. Fundamento de la responsabilidad en el Derecho comunitario.
 2. Consecuencias de la configuración de la responsabilidad como subsidiaria.
- IV. Valoración del supuesto de responsabilidad introducido en el artículo 87.Cinco de la LIVA.
- V. Posibles soluciones alternativas a la lucha contra las tramas de fraude.
 1. Límites a la deducción del IVA.
 2. La inversión del sujeto pasivo.

Bibliografía.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El presente estudio tiene por objeto analizar uno de los aspectos más relevantes de la recientemente aprobada Ley de Medidas de Prevención del Fraude Fiscal, en virtud de la cual se han introducido una serie de cambios normativos que, entre otras cuestiones, están directamente dirigidos a luchar contra determinadas prácticas fraudulentas en el contexto del IVA.

Ciertamente, en los últimos años no solo la Administración española, sino también las de los países de nuestro entorno, han venido detectando importantes bolsas de fraude a efectos de ese impuesto, comportamientos de evasión fiscal que, en muchos casos, incluyen prácticas de falsedad documental y ocultación de datos ¹, y cuyo origen puede situarse en la implantación del Mercado Único Europeo el 1 de enero de 1993. En ese sentido, la supresión de fronteras fiscales derivada de esa nueva realidad terminó con el anterior sistema de ajustes en frontera necesarios para garantizar la neutralidad sobre el comercio, lo que derivó en la necesidad de arbitrar un sistema a través del cual fuera posible someter a gravamen a las denominadas operaciones intracomunitarias de bienes.

Respecto de esta cuestión, la intención inicial pasaba por sustituir, a esos efectos, la tributación en destino por la tributación en el Estado Miembro de origen de los bienes entregados o servicios prestados, previsión que todavía no se ha llevado a la práctica por varios motivos. Entre ellos, las deficiencias estructurales de algunas administraciones y las diferencias de tipos de gravamen aplicables a efectos de IVA en los diferentes Estados miembros adquieren una especial relevancia ². Así pues, ante la imposibilidad de hablar de una auténtica armonización a esos efectos, fue necesario arbitrar un sistema para gravar las transacciones efectuadas entre sujetos pasivos del IVA pertenecientes a diferentes Estados miembros, régimen que nació con visos de transitoriedad y que todavía no ha derivado en ninguna solución definitiva. En ese sentido, el final de la aplicación de dicho régimen transitorio estaba previsto inicialmente para el 31 de diciembre de 1996, momento en el que el Consejo de la CE debería haber fijado el paso de dicho régimen al definitivo, extremo que ni siquiera se prevé a día de hoy que ocurra a corto o medio plazo ³.

¹ MORALEDA GARCÍA, M.V. y TREVIÑO ALFONSO, M.T.: «Propuestas razonadas para erradicar la modalidad de fraude carrusel en el IVA», IEF, *Cuadernos de formación*, Colaboración 07/06, Volumen I/2006, pág. 119.

² Vid. VANISTENDAEL, F.: «A proposal for a definitive VAT system taxation in the country of origin at the rate of the country of destination, without clearing», *EC Tax Review*, n.º 1, 1995, pág. 47 y ss.

³ Sobre esta cuestión vid. ADAME MARTÍNEZ, F.: «El régimen transitorio de las operaciones intracomunitarias en el IVA: Análisis de los problemas generados por su funcionamiento y consideraciones sobre la necesidad de sustituirlo por el régimen definitivo», en la obra colectiva *Las operaciones intracomunitarias en el Impuesto sobre el Valor Añadido y en los Impuestos especiales armonizados*, IEF, Madrid, 2004, pág. 57 y ss.

Pues bien, de acuerdo con el régimen transitorio vigente actualmente en las operaciones intracomunitarias que tienen por objeto la entrega de bienes, en las que vamos a centrar este estudio, pueden identificarse generalmente dos hechos impositivos. Esto es, una entrega intracomunitaria exenta en origen y una adquisición intracomunitaria gravada en destino.

Así las cosas, y tomando como punto de partida al Estado español como país de origen en el primer caso, y como punto de destino en el segundo supuesto, procede analizar, aunque sea muy brevemente, los rasgos más relevantes del gravamen que afecta a dichas operaciones.

En ese sentido, la entrega de bienes intracomunitaria presupone que un bien sea expedido o transportado desde un Estado miembro (en el caso de España desde la Península o Baleares) hasta otro Estado miembro de la CE. Pues bien, en esos casos el vendedor estará exento de IVA, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones. Así, el comprador debe figurar en el registro del IVA de otro Estado miembro a cuyos efectos deberá comunicar al vendedor el número de identificación fiscal que se le haya atribuido en un Estado miembro diferente al de aquel, requisito que permite la identificación de los operadores intracomunitarios. Esta exención, que por lo tanto afecta al Estado miembro de origen, constituye una exención plena, toda vez que dichas entregas originan el derecho a la deducción del IVA soportado por el vendedor.

Desde la óptica contraria, cuando se produzca una adquisición intracomunitaria de bienes, y habida cuenta de que en virtud del régimen transitorio se aplica la tributación en destino, los bienes corporales objeto de transporte desde un Estado miembro hacia otro diferente, tributarán en este último. A estos efectos habrá de tenerse en cuenta, para delimitar este hecho impositivo, que solo estarán sujetas las adquisiciones intracomunitarias efectuadas a título oneroso y realizadas por empresarios o profesionales, o bien entre personas jurídicas que no actúen como tales.

Estas son, a grandes rasgos, las líneas generales por las que discurre el régimen transitorio aplicable a las operaciones intracomunitarias de bienes, sistema que, además de presentar algunos problemas puntuales en su aplicación en los que no vamos a entrar por situarse fuera de los límites de este estudio, ha dado lugar a un importante volumen de fraude ⁴, conectado directamente con el hecho de poner en circulación bienes que no van acompañados del impuesto correspondiente, por encontrarse exentos.

Desde este punto de vista, las conductas evasivas pueden tener por finalidad enmarcar bajo la apariencia de operaciones intracomunitarias las entregas de bienes que realmente no son objeto de tráfico intracomunitario, porque las mercancías no abandonan en ningún momento el país de origen, persiguiéndose con ello el consumo interior de bienes sin que se haya soportado el IVA. Sin embargo, también es posible hablar de fraude cuando el tráfico de bienes se realiza efectivamente en el contexto comunitario, conductas evasivas éstas que bajo la denominación común de

⁴ Sobre esta cuestión se ha manifestado el propio Tribunal de Cuentas de la UE en el Informe Especial n.º 9/98 sobre protección de los intereses financieros de la Unión Europea en materia de IVA aplicable a los intercambios intracomunitarios (Diario Oficial Serie C 356, de 20 de noviembre de 1998).

«fraude carrusel», se presentan con diferentes modalidades, las cuales, básicamente, pueden resumirse en el siguiente supuesto ⁵.

Piénsese en una sociedad «A» residente en Francia, que procede a vender un producto a una sociedad «B», domiciliada en España, realizando así una entrega intracomunitaria de bienes no sujeta a IVA. La sociedad «B» es la que realiza la adquisición, habiendo de liquidar el IVA correspondiente y pudiendo así obtener un IVA deducible que en última instancia lo que hace es anular la tributación.

A continuación la sociedad española «B» procede a vender el producto a una tercera entidad «C», también residente en España, por lo que aquella debe expedir una factura incluyendo el IVA correspondiente ⁶, impuesto que se repercutirá pero que no se declarará ni ingresará. Precisamente por esa razón puede vender el producto a un precio menor del que pagó por él a la empresa francesa, rebaja que compensará con el importe del impuesto que, pese a ser repercutido, no ha sido objeto de ingreso.

De ese modo la entidad «C» estará adquiriendo los productos por un precio que el legislador español califica ahora como «notoriamente anómalo».

A su vez, la sociedad «C» puede transmitir los bienes de nuevo a otra sociedad española «D», esta vez por un precio superior al que pagó por ellos (que puede continuar siendo un importe inferior al del precio de la primera transmisión), y repercutiendo el IVA correspondiente e ingresándolo debidamente ⁷.

La operación podría cerrarse con una nueva venta por parte de la entidad «D» ⁸ a la sociedad «A», residente en Francia y primera vendedora en esta operación circular, de forma que la vendedora, al realizar una entrega intracomunitaria, estará exenta de IVA pudiendo, además, solicitar la devolución del IVA soportado.

Siguiendo esta dinámica básica las operaciones pueden complicarse mucho, normalmente a través de la interposición de varias empresas en el camino cuya misión principal es la de dificultar el seguimiento de las operaciones y mercancías, o utilizando empresas situadas en varios países comunitarios distintos, lo que obliga a realizar intercambios de información entre varias administra-

⁵ Vid. PALAO TABOADA, C.: «New Income Tax Law and Anti-Fraud Legislation in Spain», *Bulletin for International Taxation*, abril 2007, pág. 139 y ss.

⁶ A este tipo de participantes en la trama de IVA que se describe *supra*, se les denomina trucha o *missing trader*. Son las encargadas de introducir en el país en el que residen mercancía sin IVA procedente de otro Estado miembro, procediendo posteriormente a su venta repercutiendo el IVA correspondiente al siguiente eslabón de la cadena, pero dejando de declarar e ingresar su importe.

⁷ Este tipo de participantes en los «fraudes carrusel» son sociedades denominadas *pantalla* o *buffer* en la terminología anglosajona, y su papel principal es el de situarse entre la distribuidora y la trucha, con el objetivo de dificultar la conexión directa entre la empresa que introduce el producto en el país y la que lo vuelve a sacar del mismo, solicitando la correspondiente devolución. Cuanto mayor sea el número de sociedades pantalla introducidas en la trama, mayores serán también las dificultades para la Administración en orden a controlar y sancionar este tipo de operaciones.

⁸ Esta sería la entidad distribuidora o *final link*, que obtendrá el beneficio al poder deducirse como IVA soportado las cuotas repercutidas por las sociedades interpuestas que éstas no llegan a ingresar, e incluso solicitar las devoluciones del IVA soportado cuando la entrega que realizan puede calificarse como intracomunitaria.

ciones tributarias⁹. A estos efectos se creó un sistema de intercambio de información y compensación entre las administraciones nacionales de datos relativos al valor de las entregas intracomunitarias de mercancías denominado VAT Information Exchange System, o sistema VIES¹⁰.

Con este tipo de operaciones el perjuicio que se causa se proyecta no solo sobre los intereses de la Hacienda pública, sino también sobre los comerciantes del mismo sector en el que se desarrolla el fraude ya que, cuando no participan en dichas tramas, se encuentran con el hecho de que no pueden competir con los bajos precios a los que se distribuyen los productos entre las empresas fraudulentas.

Debe también ponerse de manifiesto el hecho de que dichas tramas se han diseñado de tal forma que, cuando se descubre el fraude, este es atribuido a una persona insolvente que además suele desaparecer ante cualquier indicio de actividad administrativa que pueda suponerle un riesgo, no sin antes emitir de forma correcta desde un punto de vista formal toda la documentación que precisan los operadores que intervienen posteriormente en la cadena de transacciones para que puedan exonerarse de responsabilidades en caso de un hipotético control administrativo¹¹.

Pues bien, precisamente para atajar estas prácticas y habida cuenta del importante volumen de fraude detectado como consecuencia de la puesta en marcha de operaciones como las mencionadas, los Estados miembros de la Unión Europea son conscientes de la necesidad de tomar medidas que consigan paliar los negativos efectos de tales conductas, soluciones que, sin duda, serán más efectivas cuando se adopten en el contexto de armonización que debe presidir la aplicación de un tributo como el IVA. No obstante lo anterior, y ante el retraso que está sufriendo el paso del sistema de tributación «provisional» al definitivo, centrado este último en sustituir la tributación en destino por el gravamen en origen, las legislaciones nacionales de diferentes Estados miembros han optado por introducir medidas nacionales con las que detectar, regularizar y perseguir comportamientos tributarios como los que derivan de operaciones fraudulentas del tipo de las descritas.

En ese sentido, la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, ha introducido un nuevo supuesto de responsabilidad subsidiaria que, a efectos del IVA, se aplicará respecto de quienes adquieran mercancías de tramas organizadas precisamente para defraudar¹².

A estos efectos, se añade un nuevo apartado Cinco al artículo 87 de la LIVA, con la siguiente redacción:

⁹ MORALEDA GARCÍA, M.V. y TREVIÑO ALFONSO, M.T.: «Propuestas razonadas para erradicar la modalidad de fraude carrusel en el IVA», *op. cit.*, pág. 121.

¹⁰ El sistema VIES es un medio electrónico de transmisión de información relativa al registro de IVA de las empresas que operan en la Unión Europea. A través de este sistema también se transmite información relativa a los suministros intracomunitarios (exentos de impuestos) entre las Administraciones de los Estados miembros.

¹¹ SÁNCHEZ-BLANCO CODORNIU, E.: «El denominado fraude carrusel en el IVA: un desafío a la Unión Europea», IEF, *Cuadernos de Formación*, Colaboración 10/06, Volumen I/2006, pág. 177.

¹² La medida adoptada en la Ley de Prevención del Fraude Fiscal en virtud de la cual se ha creado un nuevo apartado cinco al artículo 87 de la LIVA, fue inicialmente suprimida en el Senado (BOCG 19 de octubre de 2006, Serie A, n.º 81, 15), y reintroducida por el Congreso en votación de 2 de noviembre de 2006.

«1. Serán responsables subsidiarios de las cuotas tributarias correspondientes a las operaciones gravadas que hayan de satisfacer los sujetos pasivos aquellos destinatarios de las mismas que sean empresarios o profesionales, que debieran razonablemente presumir que el Impuesto repercutido o que hubiera debido repercutirse por el empresario o profesional que las realiza, o por cualquiera de los que hubieran efectuado la adquisición y entrega de los bienes de que se trate, no haya sido ni va a ser objeto de declaración e ingreso.

2. A estos efectos, se considerará que los destinatarios de las operaciones mencionadas en el número anterior debían razonablemente presumir que el Impuesto repercutido o que hubiera debido repercutirse no ha sido ni será objeto de declaración e ingreso, cuando, como consecuencia de ello, hayan satisfecho por ellos un precio notoriamente anómalo.

Se entenderá por precio notoriamente anómalo:

- a) El que sea sensiblemente inferior al correspondiente a dichos bienes en las condiciones en que se ha realizado la operación o al satisfecho en adquisiciones anteriores de bienes idénticos.
- b) El que sea sensiblemente inferior al precio de adquisición de dichos bienes por parte de quien ha efectuado su entrega.

Para la calificación del precio de la operación como notoriamente anómalo la Administración tributaria estudiará la documentación de que disponga, así como la aportada por los destinatarios, y valorará, cuando sea posible, otras operaciones realizadas en el mismo sector económico que guarden un alto grado de similitud con la analizada, con objeto de cuantificar el valor normal de mercado de los bienes existente en el momento de realización de la operación.

No se considerará como precio notoriamente anómalo aquel que se justifique por la existencia de factores económicos distintos a la aplicación del Impuesto.

3. Para la exigencia de esta responsabilidad la Administración tributaria deberá acreditar la existencia de un Impuesto repercutido o que hubiera debido repercutirse que no ha sido objeto de declaración e ingreso.

4. Una vez que la Administración tributaria haya constatado la concurrencia de los requisitos establecidos en los apartados anteriores declarará la responsabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 41.5 de la Ley 58/2003, General Tributaria.»

Precisamente al estudio de dicho precepto dedicaremos las siguientes páginas con el objetivo de destacar, en primer lugar, los aspectos principales que este artículo plantea desde el punto de vista del derecho interno para, posteriormente, someter tales cuestiones al obligado examen de compatibilidad que, especialmente en el caso de impuestos como el IVA, debe hacerse entre la norma nacional y el Derecho Comunitario.

II. LA CONFIGURACIÓN DEL NUEVO SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA EN EL IVA

Tal y como se desprende del tenor literal del precepto transcrito, serán responsables subsidiarios en el pago del IVA los *empresarios o profesionales* que hayan realizado operaciones con sociedades participantes en las tramas creadas para defraudar dicho impuesto. Más concretamente, la responsabilidad recaerá sobre aquellos empresarios que debieran *razonablemente presumir* que su proveedor o alguno de los partícipes en la cadena de transmisiones no ha declarado e ingresado el IVA correspondiente, presunción que podrán deducir del propio beneficio que ellos mismos experimenten con la operación cuando aprecien que han pagado por los productos un *precio notoriamente anómalo*.

La descripción que acaba de realizarse del supuesto de responsabilidad subsidiaria introducido por la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal introduce una serie de conceptos cuya concreción, como ya puede intuirse, no siempre va a resultar sencilla, por lo que puede ser útil desglosar su tenor literal para intentar identificar sus aspectos más controvertidos.

1. La condición de empresario o profesional del responsable.

Como es sabido, los empresarios o profesionales, ya sean personas físicas o jurídicas, serán sujetos pasivos del IVA cuando realicen las operaciones gravadas por este tributo. Pues bien, cuando los destinatarios de dichas operaciones sean también empresarios o profesionales, estos, además de tener que soportar la repercusión que proceda por la operación, adquirirán la condición de responsables subsidiarios cuando concurren las condiciones establecidas en el artículo 87.Cinco de la LIVA.

Con el fin de desarrollar esta cuestión, la primera aclaración que debe realizarse reside en la determinación de los sujetos que tienen la condición de empresarios o profesionales a efectos del IVA, para lo cual habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 5 de su ley reguladora. Este es el precepto que sienta las bases en torno a lo que debe entenderse por empresario o profesional, concepto que, en términos generales ¹³, se hace corresponder con las personas físicas o jurídicas que realicen una actividad susceptible de ser calificada, también de acuerdo con la ley, como empresarial o profesional.

En ese sentido, una actividad será empresarial o profesional, a tenor de la ley, cuando implique la ordenación por cuenta propia de factores de producción, materiales y/o humanos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios, objetivo que,

¹³ La Ley del IVA considera que tienen la condición de empresarios o profesionales determinadas personas o entidades, independientemente de que la actividad que realicen sea considerada realmente como empresarial o profesional, como es el caso de las sociedades mercantiles o los llamados empresarios ocasionales. *Vid.* SOLÉ ESTALELLA, J.: *El IVA inteligible*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 24-25.

en términos generales y a salvo de algunas excepciones, se lleva a cabo a título oneroso ¹⁴ y con habitualidad ¹⁵.

Así las cosas, serán empresarios o profesionales los sujetos que realicen dichas operaciones, condición que a efectos del artículo 87.Cinco de la LIVA, habrán de reunir tanto el sujeto que realiza las operaciones gravadas como el destinatario de las mismas y, por tanto, sujeto obligado a soportar la repercusión del impuesto.

2. Condiciones para exigir la responsabilidad.

Aclaradas las características de los sujetos que eventualmente pueden convertirse en responsables en virtud del apartado cinco del artículo 87 de la LIVA, procede ahora determinar los requisitos que deben concurrir para que, efectivamente, tales sujetos pasen a ocupar dicha posición en el círculo de los obligados tributarios. Pues bien, atendiendo al tenor literal de dicho precepto, dos son las condiciones que deben apreciarse. De un lado, que se haya dejado de declarar e ingresar alguna cuota del IVA en cualquiera de los eslabones del proceso de comercialización del producto de que se trate y, de otro, que el adquirente hubiera podido presumir, razonablemente, que el impuesto no iba a ingresarse.

Nos encontramos así con dos condiciones de diferente naturaleza, ya que mientras la acreditación de la existencia de un impuesto no declarado y no ingresado se configura como un requisito de corte más objetivo, la presunción relativa al conocimiento de dicho incumplimiento por parte de los destinatarios de las operaciones gravadas aparece revestida, al menos a primera vista, de mayor complejidad en orden a constatar o destruir dicha presunción. Conviene pues, examinar separadamente cada una de las circunstancias mencionadas.

2.a) Existencia de una cuota del IVA no declarada e ingresada.

Una de las particularidades de los fraudes en cadena, tal y como se han descrito *supra*, radica en el hecho de que alguna de las entidades que intervienen en las sucesivas transmisiones de un bien no ingresa el IVA repercutido, compensando así la rebaja que puede hacer en el precio de los bienes entregados.

¹⁴ La exigencia del requisito de la onerosidad se encuentra excepcionado en algunos casos, como sucede con determinados supuestos de autoconsumos. *Vid.* LÓPEZ MOLINO, A.M.: «Entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetos a IVA», en la obra colectiva, *El Impuesto sobre el Valor Añadido. Comentarios a sus normas reguladoras*, Comares, Granada, 2001, pág. 45 y ss.

¹⁵ Aun con ser la habitualidad la nota más característica de las actividades empresariales o profesionales desarrolladas por los sujetos pasivos del IVA, también se considera empresario a quien efectúa de forma ocasional o aislada alguna actividad, como es el caso de los arrendadores de muebles o inmuebles, o los sujetos que realicen entregas intracomunitarias de medios de transporte nuevos exentas del impuesto, que solo tendrán la condición de empresarios a efectos de dichas entregas.

Teniendo en cuenta el modo de actuar de este operador (trucha o *missing trader*), no cabe duda de que nos encontramos ante un infractor tributario cuya conducta puede calificarse como una infracción muy grave, de acuerdo con lo señalado por el artículo 191 de la LGT.

Así pues, una de las condiciones requeridas por el legislador para poder aplicar la responsabilidad del artículo 87.Cinco de la LIVA ha de poder verificarse, no respecto del responsable mismo, sino de un sujeto diferente que no es otro que aquel que cometió la infracción tributaria, debiendo ser la Administración tributaria, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 87.Cinco de la LIVA, la encargada de acreditar la existencia de un impuesto repercutido o que hubiera debido repercutirse que, sin embargo, no ha sido objeto de declaración e ingreso.

De ese modo parece lógico pensar, sin perjuicio de las consideraciones que se harán más adelante, que el empresario o profesional que a la postre merecerá la condición de responsable lo será «junto al» infractor, sujeto que el artículo 181.2 de la LGT califica como «deudor principal» precisamente con el objetivo de que otras personas puedan ser declaradas responsables solidarios o subsidiarios junto con él.

Así las cosas, constatada por la Administración la circunstancia de la falta de declaración e ingreso antes señalada, podrá dictar acto de derivación de responsabilidad respecto de aquel o aquellos sujetos respecto de los cuales pueda presumir que conocían dicha situación. Esta presunción, como seguidamente analizaremos, podrá ser destruida por los afectados, si bien es cierto que dado el carácter subjetivo de los motivos que puede llevar a su aplicación, la prueba en contrario no será fácil para el eventual responsable.

A este respecto, otros Estados, donde también se han adoptado medidas específicas para frenar la actividad de las tramas de fraude en el IVA, se muestran más respetuosos con las garantías de los partícipes en las cadenas de transmisiones de los cuales se sospecha que puedan estar realizando operaciones fraudulentas.

Así, la legislación británica obliga a la Administración (*Commissioner of Customs and Excise*) a enviar un aviso al sujeto afectado en el que se le informa de la cuota de IVA que ha sido defraudada y que podrá exigírsele en calidad de responsable¹⁶, con lo que principios como el de proporcionalidad o el de seguridad jurídica invocados permanentemente por el TJCE al abordar la cuestión que nos ocupa, aparecen protegidos en mayor medida que en nuestro país, tal y como expondremos posteriormente de una forma más detenida.

2.b) Presunción «razonable» del conocimiento del fraude.

2.b.1) La configuración legal de la presunción. Especial referencia al precio «notoriamente anómalo».

Tal y como ya se ha señalado, el legislador subordina la posibilidad de calificar como responsable al empresario o profesional destinatario de las operaciones gravadas, al hecho de que este pue-

¹⁶ PUEBLA AGRAMUNT, N.: «Estrategias en la lucha contra los fraudes del IVA», *Quincena Fiscal*, núms. 3-4, 2007, pág. 89.

da «razonablemente presumir» que el importe del IVA que se le ha repercutido o que se le hubiera debido repercutir, no haya sido o vaya a ser objeto de declaración e ingreso, presunción que se deducirá del precio «notoriamente anómalo» pagado por el destinatario de la operación. Por su parte, dicha anomalía en el precio existirá, salvo cuando se pueda justificar por la existencia de factores económicos distintos a la aplicación del impuesto, cuando el precio pagado sea «sensiblemente inferior»:

- a) Al correspondiente a dichos bienes en las condiciones en que se ha realizado la operación o al satisfecho en adquisiciones anteriores de bienes idénticos.
- b) Al precio de adquisición de dichos bienes por parte de quien efectúa la entrega.

Una primera aproximación a la utilidad de estos criterios a la hora de concretar qué debe entenderse por precio notoriamente anómalo, lo cual, a la postre, conducirá a determinar si puede aplicarse la presunción a la que alude el legislador, pone en entredicho la virtualidad de la norma para cumplir el fin para el que se ha creado.

En ese sentido consideramos que poca luz arroja el hecho de que tener que atender al «precio correspondiente a dichos bienes en las condiciones en las que se ha realizado la operación» para que, al compararlo con la cantidad pagada por el destinatario de la operación, pueda deducirse si este es o no un precio anómalo.

A la falta de concreción de ese criterio se une la imposibilidad de aplicar con carácter general el segundo inciso del apartado a) del artículo 87.Cinco.2 de la LIVA, en el que se hace referencia al precio «satisfecho en adquisiciones anteriores de bienes idénticos». En ese sentido, atender al precio que un empresario puede haber satisfecho en adquisiciones anteriores de bienes idénticos puede resultar útil respecto de los bienes que el empresario o profesional adquiera con frecuencia o habitualidad, pero no cabe decir lo mismo respecto de aquellos sujetos para los que la adquisición de esos bienes no forme parte de su tráfico comercial habitual. Sobre esta cuestión el Anteproyecto de Ley de Prevención del Fraude Fiscal introducía una norma específica aclarando que «en particular, se entenderá que el destinatario ha conseguido, en la operación sujeta a gravamen, un provecho extraordinario cuando, dedicándose con habitualidad a la comercialización de los bienes de que se trate, haya satisfecho por ellos un precio notoriamente anómalo para los bienes transmitidos en circunstancias idénticas o similares». Ciertamente, y aunque no era este el objetivo del anteproyecto que «en particular» hacía referencia al supuesto que acaba de describirse y que finalmente no se incorporó ni al texto del Proyecto ni al de la ley finalmente aprobada, esta podía haber sido la vía para limitar el ámbito de aplicación del supuesto de responsabilidad que nos ocupa para adaptarlo en mayor medida al principio de proporcionalidad, entendido este en el sentido apuntado por el TJCE, tal y como enseguida veremos.

En ese sentido, consideramos que hubiera sido más efectivo limitar el ámbito del supuesto de responsabilidad ubicado en el artículo 87.Cinco de la LIVA a aquellas operaciones que forman parte del tráfico económico habitual del sujeto que pueda llegar a ser calificado como responsable subsidiario, y ello por varias razones. Así, en primer lugar, no puede olvidarse que, a salvo de algunas excepciones, la habitualidad constituye una de las características que cabe predicar de la actividad

económica desarrollada por los empresarios o profesionales a efectos de IVA. Por otra parte, si la base sobre la que pivota la presunción de conocimiento que afecta al responsable es el pago de un precio notoriamente anómalo, parece que dicha anomalía podrá detectarse con mayor certeza si la misma acontece en el marco de una operación de tráfico de bienes que ese sujeto ha desarrollado ya en otras ocasiones, toda vez que será en esos casos donde puede detectar con mas facilidad el hecho de que el precio que paga por el bien objeto de la transmisión se aleja del satisfecho en operaciones similares.

Lejos de adoptar esa solución, los casos de responsabilidad basados en una presunción de conocimiento que pivota sobre la satisfacción de un precio al que la ley se refiere como notoriamente anómalo son susceptibles de predicarse de cualquier empresario o profesional, lo que generará importantes dificultades de aplicación de la norma y vendrá a suponer también poner un manto de sospecha sobre todas las operaciones en las que se haya obtenido una ventaja económica¹⁷, formen o no parte del tráfico comercial habitual del destinatario de los bienes.

A mayor abundamiento, tampoco el criterio apuntado como indicador del precio pagado como notoriamente anómalo en el apartado b) del artículo 87.Cinco.2 de la LIVA ayudará en exceso a resolver las muchas dudas que se plantearán sobre el tema. Piénsese que el hecho de considerar como anómalo el precio pagado cuando este sea «sensiblemente inferior al precio de adquisición de dichos bienes por parte de quien ha efectuado su entrega», obligará al sujeto afectado a conocer aspectos internos de la política comercial o de la estructura de costes de sus proveedores, y ello siempre que pueda presumirse la existencia de una información transparente sobre márgenes de mercado. A nuestro juicio, la exigencia del conocimiento de aspectos como los señalados supera con creces el límite de lo que «razonablemente» puede exigirse al operador de que se trate, especialmente si esta cuestión se analiza, una vez más, a la luz de principios como el de seguridad jurídica o el de proporcionalidad¹⁸.

A la calificación del precio pagado por el destinatario de las operaciones gravadas como notoriamente anómalo se refiere también el artículo 87.Cinco.2 de la LIVA, cuando señala que con ese fin «la Administración tributaria estudiará la documentación de que disponga, así como la aportada por los destinatarios, y valorará, cuando sea posible, otras operaciones realizadas en el mismo sector económico que guarden un alto grado de similitud con la analizada, con objeto de cuantificar el valor normal de mercado de los bienes existentes en el momento de realización de la operación».

Así las cosas, el objetivo de la Administración en este tema ha de ser la determinación del «valor normal de mercado» de los bienes con el fin de poder concluir que el precio efectivamente

¹⁷ Cfr. Informe de la AEDAF sobre el Anteproyecto de Ley de Prevención del Fraude Fiscal. www.aedaf.es.

¹⁸ PUEBLA AGRAMUNT, N.: «Estrategias en la luchas contra los fraudes del IVA», *op. cit.*, pág. 94, «La indeterminación del supuesto de hecho genera una indiscutible inseguridad jurídica; la presunción se basa en un supuesto absolutamente indeterminado, que no es ni un hecho ni un indicio de un hecho, sino una situación subjetiva y relativa que exige fijar parámetros de comparación; solo se tiene en cuenta que se haya satisfecho un precio notoriamente anómalo sin tener en cuenta otras ventajas que puede haber obtenido el operador; no se habla de precio anómalo como precio que ningún otro operador habría satisfecho (criterio del Dritten Verständige de la teoría alemana) o como precio que nunca se ha satisfecho en el mercado en el que normalmente opera el sujeto (criterio que introducía la norma británica); se trata de un supuesto de responsabilidad que aplicará para cualquier operador en el mercado, a quien no tendrá por qué avisarse (como sí se prevé en la norma británica) de la cantidad de impuesto que no ha sido pagado ni advertírsele de los efectos que tendría la notificación de ese aviso, con la consiguiente inseguridad desproporcionada que ello generará en el tráfico mercantil».

satisfecho en la transmisión de los bienes de que se trate debe calificarse como «notoriamente anómalo». En ese sentido, y a efectos de la ley reguladora del IVA, «se entenderá por valor normal de mercado aquel que, para adquirir los bienes o servicios en cuestión en ese mismo momento, un destinatario, en la misma fase de comercialización en la que se efectúe la entrega de bienes o prestación de servicios, debería pagar en el territorio de aplicación del Impuesto en condiciones de libre competencia a un proveedor independiente».

De acuerdo con lo anterior, la Administración puede llevar a cabo una comprobación del valor declarado a través de la cual tratará de determinar el denominado valor normal de mercado, magnitud esta que solo en contadas excepciones podrá determinarse con exactitud (v. gr: acciones que coticen en Bolsa), mientras que en el resto de los casos dicho valor depende de muy diversos factores¹⁹ y su concreción precisa del empleo, en muchos casos, de conocimientos y datos extrajurídicos cuya aplicación puede dar lugar a conclusiones no siempre idénticas.

2.b.2) La presunción a la luz de la jurisprudencia comunitaria.

Realizando una primera aproximación al contenido del precepto comentado, pueden ya intuirse las dificultades que puede tener la aplicación de este concreto supuesto de responsabilidad subsidiaria, habida cuenta, sobre todo, del juego de presunciones y conceptos jurídicos no siempre fáciles de determinar que será preciso manejar. Piénsese así que el artículo 87.Cinco de la LIVA hace recaer la explicación del término «razonablemente», relativo a la presunción de conocimiento del destinatario de las operaciones gravadas, sobre la expresión del precio «notoriamente anómalo» que, a su vez, debe concretarse, entre otras cosas, mediante la comparación con bienes transmitidos por importes «sensiblemente» inferiores a otros y con operaciones que guarden un «algo grado de similitud» con la cuestionada.

Con respecto a la posibilidad de que la responsabilidad en el caso comentado pivote sobre una «razonable presunción de conocimiento» por parte del destinatario de las operaciones gravadas se ha manifestado expresamente el TJCE en varias ocasiones, matizando su interpretación a lo largo de sucesivos pronunciamientos.

Sobre esta cuestión, la STJCE de 12 de enero de 2006²⁰ se manifestó sobre la posibilidad de negar la deducción del IVA a un sujeto que adquirió bienes procedentes de una cadena de fraude. En esta ocasión el Tribunal de Luxemburgo, apoyándose también en las conclusiones del Abogado General, considera que cada transacción debe ser considerada en sí misma, por lo que si existe una «entrega de bienes» realizada por un «sujeto pasivo que actúa como tal» en el marco de una «actividad económica», conceptos todos ellos definidos en la Sexta Directiva, habrán de entenderse cumplidos los requisitos objetivos sobre los que pivota el derecho a la deducción, «con independencia de cuál sea la intención de un operador diferente del sujeto pasivo afectado que interviene en la misma cade-

¹⁹ SEER, R.: *Verständigungen in Steuerverfahren*, Dr. Otto Schmidt, Köln, 1996, págs. 197-198.

²⁰ STJCE 2006/16, dictada en los asuntos acumulados C-354/03 (Optigen), C-355/03 (Fulcrum Electronics) y C-484/03 (Bond House Systems).

na de entregas y/o del posible carácter fraudulento, del que dicho sujeto pasivo no tenía conocimiento ni podía tenerlo, de otra operación que forma parte de esa cadena», no considerándose revelador de dicho conocimiento, en sí mismo, el hecho de haber pagado un precio reducido por la adquisición del bien de que se trate ²¹.

Respecto de esa cuestión el Tribunal dio un paso más en la Sentencia 6 de julio de 2006 ²², introduciendo una serie de puntualizaciones a la doctrina anterior que no vienen sino a flexibilizar la posibilidad de que los Estados miembros otorguen un papel más gravoso a los sujetos repercutidos señalando que «cuando resulte acreditado, *mediante datos objetivos*, que la entrega se realiza por un sujeto pasivo que sabía o debía haber sabido que, mediante su adquisición, participaba en una operación que formaba parte de un fraude en el IVA, corresponde al órgano jurisdiccional nacional denegar a dicho sujeto el derecho a deducir».

En la misma línea se había mantenido ya el Tribunal de Luxemburgo en la Sentencia de 11 de mayo de 2006 ²³, donde se aborda específicamente la posibilidad de que los Estados miembros puedan adoptar una normativa por la que se declare la responsabilidad del adquirente de bienes o servicios, siempre que supiera o razonablemente pudiera sospechar que el IVA de las operaciones gravadas no iba a ser objeto de declaración e ingreso, situación a la que no se opone el artículo 21.3 de la Sexta Directiva. Ahora bien, el Tribunal deja claro que para dar entrada a esa posibilidad el conocimiento debe acreditarse, «mediante datos objetivos», pudiéndose establecer a esos efectos presunciones basadas en circunstancias claramente reveladoras del fraude, que pueda razonablemente pensarse que son conocidas por los operadores, sin que ello implique una prueba excesivamente difícil, y sin que el sistema pueda desembocar en una responsabilidad sin culpa (puntos 27 y ss.). Así las cosas, la presunción que atañe a ese conocimiento debe ser una presunción *iuris tantum*, formulada de tal modo que no resulte excesivamente difícil para el obligado destruirla mediante prueba en contrario, exigiéndose además de manera expresa que sea respetuosa en todo caso con los principios generales del ordenamiento comunitario. En ese sentido y de manera expresa, el Tribunal afirmó, siguiendo las conclusiones del Abogado General presentadas el 7 de diciembre de 2005 (puntos 24 y 25), que el establecimiento de supuestos de responsabilidad en el IVA solo es posible respetando los dictados de principios tales como el de seguridad jurídica y el de proporcionalidad.

Así pues, esos han de ser los parámetros que deben servir para enjuiciar, entre otras cuestiones, la compatibilidad de la medida adoptada por el legislador español en el artículo 87.Cinco de la LIVA, con el Derecho Comunitario, toda vez que solo el respeto a dichos principios alejará al supuesto de responsabilidad subsidiaria que nos ocupa de la proscrita responsabilidad objetiva ²⁴.

²¹ Sobre esta sentencia *vid.* FALCÓN Y TELLA, R.: «Las cadenas de fraude en el IVA y la STJCE 12 de enero de 2006 (TJCE 2006/16): la incompatibilidad de la Sexta Directiva en los supuestos de responsabilidad previstos en la Ley General Tributaria y en el Anteproyecto de Ley de Prevención del Fraude», *Quincena Fiscal*, n.º 2/2006, pág. 5-9; GARCÍA NOVOA, C.: «El Proyecto de Ley de Prevención del Fraude (I) y (II)», *Quincena Fiscal*, núms. 9 y 10, 2006, págs. 11-28 y 11-29, respectivamente.

²² Asuntos C-439/04 y C-440-04, Asuntos Axel Kittel y REcolta Recycling respectivamente.

²³ Asunto C-384/04, Federation of Technological Industries y otros.

²⁴ En ese sentido *vid.* CALDERÓN CARRERO, J.M.: «Una introducción al Derecho Comunitario como fuente del Derecho Financiero y Tributario: ¿Hacia un ordenamiento financiero "bifronte" o "dual"», *REDF*, Civitas, n.º 132, 2006, pág. 745, donde, siguiendo a WOUTERS, J., señala que «la interpretación que el TJCE viene realizando de un buen número de principios gene-

a) La presunción y el principio de seguridad jurídica.

En ese orden de cosas, y tomando como punto de partida la seguridad jurídica, habrá que averiguar si la responsabilidad que establece el artículo 87.Cinco de la LIVA es realmente previsible para el sujeto que pueda incurrir en la misma, ya que en esos términos alude el Tribunal al citado principio (punto 29 de la STJCE de 11 de mayo de 2006).

A nuestro juicio, el aspecto más difícil de conciliar con la seguridad jurídica es la abundancia de conceptos jurídicos indeterminados presentes en el precepto que nos ocupa, aludiendo a una presunción «razonable», a un precio «notoriamente» anómalo traducido en el hecho de que sea «sensiblemente inferior» a otras magnitudes²⁵. Todos esos conceptos aparecen enlazados para que como consecuencia de su interpretación conjunta resulte un supuesto de responsabilidad que, lejos de tener que acreditarse mediante datos objetivos, se deducirá a partir de una presunción basada en datos que el propio afectado puede desconocer. Piénsese así en el caso de que el precio notoriamente anómalo haya de deducirse a partir del precio que el sujeto que entrega los bienes haya pagado previamente por ellos.

Todo ello ha llevado a la doctrina a considerar que la técnica presuntiva adoptada por nuestro legislador no guarda sintonía con las exigencias de la jurisprudencia comunitaria, incluso en sus manifestaciones más permisivas. En ese sentido se apunta que «el TJCE exige para que proceda declarar responsable al repercutido no tanto que haya comprado bienes y/o servicios a precios anómalos, deducida la "anomalía" del precio de las diferencias con el mercado, sino que claramente exige que la Administración aporte prueba de que el repercutido sabía o debía haber sabido que, mediante su adquisición, participaba en una operación que formaba parte de un fraude en el IVA, cosa, como es evidente, bien distinta»²⁶.

Así las cosas, si la seguridad jurídica a la que alude el Tribunal de Luxemburgo en el contexto del supuesto que nos ocupa debe traducirse en el hecho de que un sujeto pueda realmente prever que con su actuación puede incurrir en el supuesto de responsabilidad previsto en el artículo 87.Cinco de la LIVA, muchos serán los casos en los que, aun siendo aplicable el citado precepto, el afectado por el mismo no sea consciente de su participación en una cadena de fraude, especialmente teniendo en cuenta la cantidad de sujetos que pueden verse implicados en la misma.

b) La presunción a la luz del principio de proporcionalidad.

Por lo que respecta al principio de proporcionalidad, este se entenderá respetado, a juicio del Abogado General Sr. Poiares Maduro, en la conclusiones presentadas el 7 de diciembre de 2005, cuando sea posible encontrar «un justo equilibrio entre la necesidad de asegurar la recaudación del IVA y el

rales del Derecho (seguridad jurídica, proporcionalidad, control judicial, transparencia normativa, eficacia de la administración, jerarquía normativa, etc.) en el ámbito ordenado por el Derecho Comunitario, además de dotar de mayor relevancia y valor jurídico a tales principios, requiere reinterpretar su alcance y el de ciertas instituciones nacionales al objeto de cumplir con las exigencias comunitarias». (WOUTERS, J.: «The application of General Principles of Law by the ECJ and their relevance for EC and National Tax Law», en *Selected issues in EU Tax Law*, Kluwer, Deventer, 1999, págs. 19-33).

²⁵ Vid. PUEBLA AGRAMUNT, N.: «El tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Gobierno español en la lucha contra los fraudes de IVA en cadena», *Temas Tributarios de Actualidad*, n.º 1-3, AEDAF, 2006, págs. 20-21.

²⁶ CAAMAÑO ANIDO, M.: «Notas a la Reforma Fiscal 2007», *Revista O Economista*, n.º 34, 2007.

interés de garantizar que una operación normal no se convierta en irrazonablemente difícil por la amenaza de una responsabilidad a consecuencia del impago de un IVA debido a un tercero» (punto 25).

A ese respecto, los operadores de telefonía móvil y unidades de procesamiento informático del Reino Unido que habían recurrido los preceptos legales en virtud de los cuales se modificaba la normativa del IVA para dar entrada a un supuesto de responsabilidad en las tramas de fraude, aludían precisamente a los «riesgos financieros inaceptables para los inversores» que se generan cuando se establece la responsabilidad de todas las empresas que participan en una misma cadena de transacciones, especialmente cuando esa responsabilidad se basa en el precio de entregas anteriores. En la práctica, señalan, «resulta imposible para los operadores investigar la cadena de transacciones más allá de sus inmediatos clientes y proveedores. En consecuencia, estos no pueden protegerse adecuadamente, con independencia de la diligencia con la que actúen y pese al hecho de que pueden ser ajenos a cualquier conducta incorrecta» (punto 26).

Ciertamente, y aunque las alegaciones de los implicados en dicho asunto sean susceptibles de relativizarse, lo cierto es que establecer un sistema de responsabilidad basado en una presunción de conocimiento, aun siendo aceptada por el TJCE, «no debe provocar de facto un sistema de responsabilidad objetiva». Por ello las circunstancias sobre las que pivote dicha presunción habrán de establecerse de forma que su conocimiento se pueda suponer en el operador responsable o respecto de las cuales se le puede exigir que se informe y siempre que aquellas pueda ser rebatidas «sin que se exija la prueba de hechos cuya determinación sea demasiado difícil para los operadores» (puntos 27 y ss. de las conclusiones del Abogado General).

Así pues, en definitiva, lo que proscribe el Derecho Comunitario respecto del tema que nos ocupa es el establecimiento de un sistema de responsabilidad objetiva, esto es, sin ningún indicio de culpa o negligencia por parte del responsable. Lo anterior, tal y como se ha señalado por algunos autores como MARTÍN JIMÉNEZ²⁷, conduce a afirmar que «la existencia de supuestos de responsabilidad no fundados en la existencia de dolo o, al menos, culpa del responsable, no se admitirán en el campo del IVA». Por ello, en el contexto de la Sexta Directiva del IVA resultan inadmisibles «los supuestos de responsabilidad entendida como garantía en sentido estricto. Se admitirá, de forma proporcionada y cuidando la seguridad jurídica, que los Estados miembros establezcan supuestos de responsabilidad vinculados al incumplimiento (doloso o negligente) de determinadas obligaciones (en este caso, de estar alerta frente a maniobras defraudatorias y comportamientos anormales en el tráfico jurídico por parte de quien factura el IVA) que pueda establecer la legislación nacional (estando la responsabilidad precisamente ligada a dicho incumplimiento)».

Como también apunta el mencionado autor, esta afirmación puede tener consecuencias relevantes no solo respecto del supuesto de responsabilidad que estamos examinando, sino también sobre otros casos de responsabilidad establecidos por el legislador español cuando de una forma u otra afecten al IVA y persigan únicamente una finalidad de garantía difícil de encajar en el contexto comunitario del IVA.

²⁷ MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «La responsabilidad tributaria en la LGT y el Derecho Comunitario», *REDF*, Civitas, n.º 132, 2006, pág. 789.

Desde un punto de vista diferente, pero atendiendo igualmente al papel que el principio de proporcionalidad debe desempeñar en el tema que nos ocupa, habría que cuestionar también si la introducción del supuesto de responsabilidad del artículo 87.Cinco de la LIVA respecto de cualquier sector o actividad económica, no vulnera en cierta medida dicho principio. En ese sentido, si atendemos a lo que está sucediendo en los países de nuestro entorno veremos que los sectores económicos en los que se ha detectado el fraude no difieren mucho de unos a otros Estados, teniendo por objeto, fundamentalmente, el tráfico de oro y metales preciosos; informática y telefonía móvil; metales no preciosos; o bebidas alcohólicas. Advertida esa situación, algunos de los países en los que se han detectado las tramas de fraude han optado por acotar las medidas destinadas a luchar contra ellas precisamente a dichos sectores, como ha sucedido, por ejemplo, en el Reino Unido ²⁸ respecto del sector de la telefonía y de la informática.

Esta no ha sido, sin embargo, la opción del legislador español, que ha preferido introducir una medida de aplicación general para cualquier ámbito del tráfico económico, obligando de ese modo a todos los operadores a investigar la cadena de transacciones que hayan afectado al bien que se les transmite en un determinado momento. Ciertamente, si esta medida no se establece de tal modo que se cierren las puertas a la inseguridad jurídica que parece impregnar la configuración de este supuesto de responsabilidad, puede acabar afectando a la fluidez de las transacciones debido a los importantes riesgos que los diferentes operadores tienen que aceptar, interfiriéndose así en la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros cuya restricción debe evitarse.

Desde este punto de vista debemos insistir en el hecho de que si el legislador español se decanta, como así ha sucedido, por introducir un supuesto de responsabilidad en el caso que nos ocupa y decide no limitar su aplicación a aquellos sectores económicos en los que se han detectado tramas de fraude, quizá ante el temor de que esa limitación lleve a los defraudadores a operar en otros ámbitos de la actividad económica, lo cierto es que la incorporación del elemento de la habitualidad al que antes nos hemos referido serviría para delimitar en mayor medida las consecuencias negativas que la aplicación indiscriminada del artículo 87.Cinco de la LIVA puede acabar produciendo. Si el destinatario de los bienes de que se trate no comercia u opera regular o habitualmente con ellos será complicado aplicar la presunción de conocimiento analizada sin incurrir en excesos difícilmente compatibles con los principios examinados. Desde esa óptica no cabe sino lamentar que finalmente se haya prescindido de ese término en la redacción definitiva de una ley, pese a aparecer recogido en el Anteproyecto, como ya hemos señalado.

3. Identificación de los responsables subsidiarios en las tramas de fraude.

Hasta el momento nos hemos limitado a abordar las cuestiones más relevantes que suscitan los requisitos a los que el legislador ha vinculado la existencia del nuevo supuesto de responsabilidad introducido en el ámbito del IVA, sin perjuicio de que sus consecuencias más relevantes, sobre todo

²⁸ *Vid.* artículo 77 A VAT Act 1994, en su apartado 1 concreta las categorías de bienes a cuyo tráfico afecta la responsabilidad solidaria de los consecutivos proveedores en caso de impago del impuesto.

desde el punto de vista del Derecho Comunitario, como ya se ha avanzado, vayan a ser posteriormente objeto de un desarrollo más exhaustivo.

Pues bien, siguiendo con el análisis de los aspectos en los que debe repararse simplemente a la vista del tenor literal del precepto, es preciso aclarar desde ahora otra duda que puede plantear la lectura del artículo 87.Cinco de la LIVA, cuestión relacionada con el nexo de unión que debe existir entre los deudores principales y aquellos sujetos que, por distintas causas, pueden ocupar el papel de responsables en nuestro sistema tributario.

Desde ese punto de vista, el mecanismo de la repercusión –inherente al funcionamiento del IVA al configurarse como medio a través del cual se produce efectivamente la traslación de la cuota tributaria al siguiente eslabón de la cadena de quienes intervienen en las operaciones económicas gravadas por ese tributo– se sitúa como eje en torno al cual gira el supuesto de responsabilidad objeto de este comentario.

En ese sentido, el sujeto obligado a soportar la repercusión entrará en el círculo de obligados tributarios a título de responsable subsidiario cuando deba «razonablemente presumir» que la cuota del IVA repercutida no ha sido objeto de declaración o ingreso, bien por parte del empresario o profesional que haya realizado la operación gravada de la cual es destinatario, bien por otro sujeto pasivo que forme parte de la cadena de transmisiones en cualquier fase anterior, ya que la ley habla expresamente de «cualquiera de los que hubieran efectuado la adquisición y entrega de los bienes».

Partiendo de dichas afirmaciones, varias son las cuestiones que suscita la figura de la responsabilidad en el ámbito concreto del artículo 87.Cinco de la LIVA. Así, la primera de ellas pasa por la necesidad de analizar la configuración misma de un supuesto de responsabilidad tributaria referido a un tributo como es el IVA, respecto del cual las consecuencias de la aplicación del Derecho Comunitario pueden obligar a matizar e incluso a cuestionar la oportunidad de utilizar determinados mecanismos arbitrados a nivel interno con las mismas características y efectos que tienen en ese ámbito.

Tal y como tendremos ocasión de analizar cuando examinemos la figura de la responsabilidad tributaria a la luz de las normas y jurisprudencia comunitarias, varios son los aspectos de dicha institución que deberán ser tenidos en cuenta a nivel interno para que la misma pueda acomodarse a los dictados del Derecho Comunitario sin colisionar con algunos de sus más elementales principios jurídicos.

Dejando por el momento al margen esta cuestión, pese a la repercusión que tanto desde un punto de vista teórico como práctico puede tener, y ciñéndonos al tenor literal del precepto, ha de identificarse cuál o cuáles de los muchos operadores que pueden formar parte de una cadena de fraude acabarán formando parte del círculo de obligados tributarios en calidad de responsables.

A este respecto y estudiando esta cuestión a la luz de la normativa tributaria española, parece que no existe duda acerca del hecho de que los sujetos que eventualmente y por distintas circunstancias previstas en una norma con rango de ley puedan ser calificadas como responsables, lo serán siempre y en todo caso «junto a» otro sujeto que tendrá la condición de deudor principal.

Desde esa óptica ha de tenerse en cuenta que la obligación de los responsables en el ordenamiento jurídico tributario español se caracteriza, entre otras cosas, por su accesoriedad así como por su subsidiariedad en el pago. En ese sentido, el responsable tributario se configura siempre en última instancia como un obligado en nombre propio a pagar una deuda tributaria ajena, de tal forma que la responsabilidad nunca existirá sin un sujeto obligado al pago de la deuda principal²⁹. Por otro lado, y dada la subsidiariedad en el llamamiento al pago antes mencionada, el responsable entrará efectivamente en el círculo de obligados tributarios solo cuando pueda constatar el incumplimiento por parte del deudor principal, así como de sus responsables solidarios.

Expuestas las ideas anteriores, es preciso trasladarlas ahora al supuesto que nos ocupa con el fin de identificar con claridad la calificación que haya de otorgarse a cada uno de los partícipes en las denominadas tramas de fraude del IVA. Desde ese punto de vista varios son los supuestos que pueden plantearse. Así, en primer lugar, cabe pensar en la posibilidad de que el empresario o profesional destinatario de operaciones gravadas por el IVA pueda presumir «razonablemente» que el sujeto pasivo de dicho impuesto que ha realizado directamente con él la operación gravada, por ejemplo entregándole un bien, ha dejado de declarar e ingresar el importe del IVA. En este caso las dudas serán pocas a la hora de identificar el papel que desde el punto de vista de nuestro derecho interno juegan ambos operadores en el contexto de esa relación jurídica, pudiendo afirmarse que el destinatario de la operación ocupará la posición de responsable subsidiario junto con el empresario o profesional que haya realizado la entrega, que no es sino el deudor principal.

Mayores problemas se suscitarán cuando el impago del impuesto alcance a una fase anterior a la que relaciona al último destinatario de las operaciones gravadas con su proveedor, supuesto que no será infrecuente teniendo en cuenta el *modus operandi* de las tramas de IVA, tal y como se han descrito *supra*, en las que pueden llegar a participar un grupo muy nutrido de empresas con el objetivo, precisamente, de dificultar la identificación de aquel eslabón de la operación en el que se incumplió el deber de declarar e ingresar el importe del IVA.

En ese supuesto habrá que determinar, en primer lugar, si únicamente merece la calificación de responsable subsidiario el empresario o profesional que pueda identificarse como último destinatario de las operaciones gravadas, o si, por el contrario, esa condición ha de ser compartida con anteriores partícipes en la trama siempre y cuando, claro está, sea posible su identificación y localización. En este último caso será preciso determinar, a su vez, si todos los responsables subsidiarios identificados lo son respecto de un mismo sujeto pasivo, y de qué modo se articula esa pluralidad de sujetos de una misma obligación tributaria o si, por el contrario, es posible hablar de un caso de «cadena» de responsabilidades, de tal forma que cada uno responde junto con el operador que le haya precedido.

Tal y como está redactado el primer apartado del artículo 87.Cinco de la LIVA pudiera pensarse que la respuesta a la primera cuestión planteada debe pasar por calificar como responsable únicamente al último destinatario de las operaciones gravadas, ya lo sea junto a su proveedor, si este

²⁹ Vid. GONZÁLEZ ORTIZ, D.: *La responsabilidad tributaria en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, 1992, pág. 32.

es quien eludió su obligación de declarar e ingresar el IVA, ya junto a un sujeto pasivo anterior en la cadena de transmisiones. De aceptarse esta solución, los problemas se plantearán cuando el fraude haya alcanzado a un operador que no sea el que ha contratado directamente con el sujeto que ha dejado de declarar e ingresar el IVA, ya que en estos casos la aludida interpretación conduciría a calificar como responsable *únicamente* al último destinatario de las operaciones gravadas, ignorando la participación de otros operadores intermedios lo cual, a nuestro juicio, resulta difícil de conciliar con los más elementales principios de justicia tributaria.

Por otra parte, observando lo que ha sucedido en el Derecho comparado y sin perjuicio de las diferencias que cabe apreciar entre la solución adoptada por el legislador español y las medidas con las que otros Estados miembros han encarado el problema de las tramas de fraude en el IVA, puede afirmarse que aquellos países que se han decantado por introducir el mecanismo de la responsabilidad para paliar el problema lo han hecho estableciendo la responsabilidad de todos los participantes en el fraude. En ese sentido podemos destacar la reforma realizada en el Reino Unido, donde varios preceptos de la Ley de 1994 del Impuesto sobre el Valor Añadido (VAT Act 1994), resultaron modificados por la Finance Act 2003, siendo actualmente el artículo 77 A de aquella el que recoge la «Responsabilidad solidaria de los *consecutivos* proveedores en caso de impago del impuesto». De este modo, y dejando por el momento al margen el hecho de que en dicho Estado se haya optado por una responsabilidad de corte solidario y, por tanto, más gravosa que la subsidiaria introducida en España por la Ley de prevención del fraude fiscal, lo cierto es que la legislación inglesa hace expresa referencia a la responsabilidad no solo del último destinatario de los bienes objeto de la operación gravada, sino a los «consecutivos proveedores».

Esta es, a nuestro juicio, la solución más idónea en el caso que nos ocupa, de forma que, detectado el fraude, debe tratar de identificarse a todos los partícipes en el mismo pese a las dificultades que tendrá el averiguar respecto de cada uno de ellos el nivel de conocimiento que tenía o debía tener de su participación en tales operaciones ³⁰.

Llegados a este punto, tal y como se avanzaba anteriormente, es necesario afrontar ahora otra cuestión, a saber, averiguar si la pluralidad de responsables que haya sido posible identificar lo son respecto de un mismo sujeto, y en ese caso cuál es la forma de articular la relación entre ellos o si, por el contrario, es posible hablar de una «cadena» de responsabilidades, de tal forma que cada uno responde junto con el operador anterior en la trama de fraude ³¹.

³⁰ En ese sentido, ALONSO GONZÁLEZ, L.: «El proyecto de ley de medidas para la prevención del fraude fiscal», *op. cit.*, pág. 20, «Se extiende esta responsabilidad (...), también en relación con cualquier empresario o profesional que ha intervenido en la cadena de repercusiones con anterioridad a aquel que ha prestado el servicio o ha entregado el bien al sujeto repercutido que será convertido por designio legal en responsable»; SÁNCHEZ ARILLA, T. y TAVERA OTERO, P.: «Fraude intracomunitario al IVA», *Cuadernos de formación*. IEF, Colaboración 09/06, Volumen I/2006, pág. 167; Plan de Prevención del Fraude Fiscal, 29 de noviembre de 2004, pág. 12.

³¹ Esta es la forma en la que se entiende mayoritariamente por la doctrina la responsabilidad en el supuesto contemplado en el artículo 43.1 f) de la LGT. En ese caso se considera que la responsabilidad debe aplicarse a los contratistas y subcontratistas en relación con los contratistas o subcontratistas que ellos hubieran contratado. De ese modo la responsabilidad opera tramo por tramo, aunque la cadena de empresarios implicada pueda ser amplia si se tiene en cuenta un proceso completo de producción o prestación de servicios. Esto es, la responsabilidad operará teniendo en cuenta cada relación jurídica por separado, esto es, empresario principal-contratista, contratista-subcontratista, subcontratista A-subcontratista B, etc.

Respecto de esta cuestión resulta útil reparar en la redacción que el legislador ha dado al artículo 35 de la LGT, cuyo apartado 2 realiza una enumeración abierta de los sujetos que pueden calificarse como obligados tributarios, relación entre la que no se halla referencia alguna a los responsables tributarios. La razón de ello puede encontrarse en el hecho de que todos los tipos de sujetos mencionados en dicho apartado se catalogan como deudores principales, expresión a la que alude el artículo 41 de la LGT al definir la responsabilidad tributaria para referirse a los sujetos «junto a» los cuales se podrán situar los responsables, limitando expresamente esa posibilidad a los sujetos del artículo 35.2 de la LGT³². De ese modo puede haberse excluido deliberadamente la referencia a los responsables tributarios de ese apartado 2 del artículo 35, reservándose su mención como obligados tributarios al apartado 5 del mismo precepto, con el objeto de excluir así la posibilidad de que pueda hablarse de «responsables junto con otros responsables»³³.

Conforme a lo anterior, la solución que nos parece más acertada pasará por considerar como responsables subsidiarios a todos los sujetos que han intervenido en la cadena de transmisiones participando en una trama de fraude de IVA. De acuerdo con esta conclusión, y habida cuenta de la redacción que la LGT de 2003 ha dado a su artículo 35.6, todos los sujetos que puedan identificarse como responsables subsidiarios habrán de responder de un mismo presupuesto de hecho frente a la Administración de forma solidaria, entendida esta en términos civiles, de forma que la Hacienda pública podrá exigir el cumplimiento íntegro de la obligación a cualquiera de ellos. Ciertamente esta conclusión, no compartida por toda la doctrina³⁴ no está exenta de problemas procedimentales que habrá que solventar. Entre ellos, deberá aclararse si procede un solo acto de derivación de responsabilidad³⁵ o si, por el contrario, la Administración debe girar tantos como responsables pueda identificar; deberá también determinarse si respecto de los sujetos implicados en las tramas de fraude procede o no solicitar la división de la deuda al amparo del artículo 35.6 de la LGT; y, entre otras cuestiones, será necesario concretar cuál es la forma en la que un responsable puede ejercitar su acción de regreso frente al resto³⁶.

Vid. CALVO ORTEGA, R.: *La nueva Ley General Tributaria*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004; PITCH ROSELL, V. y OBESO RIESS, C.: «Responsabilidad tributaria subsidiaria en la contratación y subcontratación de obras en la nueva Ley General Tributaria», *Revista Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 249, 2003; VILARROIG MOYA, R.: «Responsabilidad tributaria de contratas y subcontratas», *Actualidad Aranzadi*, n.º 640, pág. 12.

No obstante lo anterior, el supuesto que nos ocupa plantea diferencias sustanciales con la responsabilidad contemplada en el artículo 43.1 f) de la LGT, lo cual nos lleva a defender una interpretación diferente.

³² Ciertamente, como apunta FALCON Y TELLA, respecto de algunos de los sujetos mencionados en el artículo 35.2 de la LGT, es difícil imaginar a un sujeto que «junto con ellos» pueda ser calificado como responsable, («La regulación sustantiva de los responsables en el Anteproyecto de Ley General Tributaria», en *Quincena Fiscal*, n.º 10, 2003, pág. 5 y ss.).

³³ Diferente opinión parece mantener FALCÓN Y TELLA: «El artículo 35.6 de la nueva LGT (I): supuestos de solidaridad tributaria», en *Quincena Fiscal*, n.º 2, 2004, pág. 6.

³⁴ Para FALCON Y TELLA, el único caso de solidaridad entre varios responsables debe identificarse con el supuesto de que esos sujetos merezcan esa calificación «como consecuencia de la realización de presupuestos de hecho distintos generadores de responsabilidad», «El artículo 35.6 de la nueva LGT (II): ¿un régimen de mancomunidad con la carga de identificar a los coobligados?», *Quincena Fiscal*, núms. 3-4, 2004, pág. 7.

³⁵ En ese sentido, MARTÍN JIMÉNEZ, F.: *El procedimiento de derivación de responsabilidad tributaria*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 210 «los responsables en idéntico grado (solidarios o subsidiarios) deben estar determinados en el mismo acto».

³⁶ En torno a los problemas procedimentales que pueden derivarse de este aspecto *Vid.* BLÁZQUEZ LIDOY, A.: «Obligados tributarios», en la obra colectiva *Comentario sistemático a la nueva Ley General Tributaria*, CEF, Madrid, 2004, págs. 139-140; CALVO ORTEGA, R.: *La nueva Ley General Tributaria*, op. cit., pág. 170.

4. Alcance de la responsabilidad.

4.a) La responsabilidad de la «cuota tributaria».

Como es sabido, y así lo aclara expresamente el artículo 87.Cinco de la LIVA en su último apartado, la exigencia de responsabilidad en este caso ha de adaptarse al procedimiento que, con carácter general, establece el artículo 41.5 de la LGT. En ese sentido, y entre otras cuestiones, se requiere un acto administrativo en el que, previa audiencia del interesado, se declare la responsabilidad y se determine su alcance y extensión.

Pues bien, precisamente en torno a ese último aspecto es necesario aclarar determinadas cuestiones, algunas de ellas planteadas también en el marco de otros supuestos de responsabilidad, como es el caso de la también responsabilidad subsidiaria de los contratistas y subcontratistas prevista en el artículo 43.1 f) de la LGT. Nos referimos a la cantidad de la que habrán de hacerse cargo los sujetos que terminen situándose como responsables «junto al deudor principal», cuestión cuyas principales dificultades radican en determinar el concepto del cual se harán responsables, en el caso que nos ocupa, los partícipes en las tramas de fraude.

Desde ese punto de vista el artículo 87.Cinco de la LIVA comienza señalando que los responsables subsidiarios se harán cargo de las «cuotas tributarias» correspondientes a las operaciones gravadas que hayan de satisfacer los sujetos pasivos. Se emplea, por tanto, el concepto de «cuota tributaria» y no el de «deuda tributaria», más amplio que el anterior, al que hace referencia el artículo 43 de la LGT como objeto de la responsabilidad subsidiaria en general.

Pues bien, analizando esta cuestión en relación con el supuesto de la responsabilidad subsidiaria de los contratistas y subcontratistas, ubicado en el mencionado artículo 43 de la LGT, la mayor parte de la doctrina que ha examinado la cuestión se decanta por entender que la «deuda tributaria» a la que alude el concepto ha de interpretarse, en relación con el IVA, como expresión equivalente al importe del «IVA a ingresar», esto es, la cantidad que resulte de restar al IVA devengado o repercutido, el IVA soportado³⁷. Varios son los argumentos que se barajan en defensa de esa tesis, pudiendo reconducirse básicamente a la idea de que, en consonancia con una interpretación lógica y coherente con la naturaleza de la responsabilidad tributaria, esta lo es siempre «respecto de una obligación de pago a Hacienda, es decir, la responsabilidad se debe referir a las cuotas de IVA que deben ser ingresadas»³⁸ y no, por tanto, a las cuotas devengadas o repercutidas³⁹ extremo que, en opinión de algún autor, puede llevar a resultados «esperpénticos»⁴⁰.

³⁷ FALCÓN Y TELLA, R.: «La responsabilidad subsidiaria en los supuestos de contratación o subcontratación en el Anteproyecto de LGT (I): su inaplicabilidad al IVA», *Quincena Fiscal*, n.º 8, 2003, págs. 5-6; RODRÍGUEZ RAMOS LADARIA, L.: «Sucesión y responsabilidad tributarias» *Boletín del ICAM*, n.º 29, 2004; AA.VV.: *La responsabilidad subsidiaria por contratación y subcontratación de obras y servicios*, Freshfields Bruckhaus Deringer, 2004, pág. 3; CAYÓN GALIARDO, A.: «La responsabilidad tributaria en las contratas y subcontratas», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 70, 2005, pág. 15.

³⁸ CAYÓN GALIARDO, A.: «La responsabilidad tributaria en las contratas y subcontratas», *op. cit.*, pág. 15.

³⁹ De esta idea participan CALVO ORTEGA, R.: *La nueva Ley General Tributaria*, *op. cit.*; VILARROIG MOYA, R.: «Responsabilidad tributaria de contratistas y subcontratistas», *op. cit.*

⁴⁰ En ese sentido FALCÓN Y TELLA, R.: «La responsabilidad subsidiaria en los supuestos de contratación o subcontratación en el Anteproyecto de LGT (I): su inaplicabilidad al IVA», *op. cit.*, pág. 6, dice textualmente «los resultados prácticos serían esper-

Teniendo en cuenta lo anterior, habrá que analizar la posibilidad de trasladar las conclusiones expuestas, mayoritariamente defendidas entre nuestra doctrina respecto del supuesto de responsabilidad del artículo 43.1 f) de la LGT, al caso que nos ocupa. De ser así habría que entender que, en todo caso, los responsables subsidiarios que lo sean como consecuencia de la aplicación del artículo 87.Cinco de la LIVA, habrán de hacerse cargo únicamente de la cantidad que resulte de restar al IVA repercutido las deducciones que pudieran corresponder al sujeto pasivo deudor principal.

No obstante lo anterior, y aun compartiendo las premisas fundamentales de los anteriores razonamientos, pensamos que la singularidad que rodea a las tramas de fraude del IVA obliga a profundizar un poco más en la cuestión. Piénsese que la dinámica de estas operaciones, aun cuando pueden instrumentarse de varias formas ⁴¹, suelen compartir una serie de características que afectan singularmente al operador que repercute el IVA correspondiente a una entrega sin que exista posteriormente declaración e ingreso del mismo. Así, dichos sujetos se constituyen como empresarios a los solos efectos de posibilitar el fraude y desaparecen inmediatamente al menor atisbo de intervención de las autoridades tributarias; en muchos casos no realizan una actividad comercial clara; normalmente tienen su domicilio fiscal en una empresa de domiciliaciones o simplemente facilitan una dirección oficial falsa, lo que dificulta su localización ⁴²; se constituyen como sociedades limitadas cuyos administradores son testaferros o sociedades extranjeras establecidas en paraísos fiscales, lo que obstaculiza el acceso de la Administración a la contabilidad o cualquier otro documento de la entidad.

A la vista de lo anterior, parece poco probable que ante la existencia de un operador en el que puedan identificarse esas características se exija a la Administración que proceda a calcular la cantidad de la que debe hacerse cargo el responsable en los términos en los que mayoritariamente se manifiesta la doctrina respecto del supuesto del artículo 43.1 f) de la LGT, esto es, IVA devengado por la operación menos IVA soportado por un operador del que prácticamente la Administración no tiene datos.

Conforme a esa realidad pensamos que el legislador español debería haber introducido al respecto una aclaración expresa de lo que ha de entenderse por «cuotas tributarias» en este caso. Mucho más explícita en ese sentido se muestra la legislación inglesa, que en el artículo 77 A de la VAT Act 1994 (precepto añadido por el artículo 18 de la Finance Act 2003), especifica en su apartado 4) que «la cantidad de IVA adeudado en relación con una transacción será la menor entre:

- a) La cantidad correspondiente a la transacción, y
- b) La cantidad que figure como adeudada en la declaración del proveedor relativa al período impositivo correspondiente (si efectúa dicha declaración) sumada a cualquier otra cantidad que se estime adeudada por este en el mismo período (sin perjuicio de recurso por su parte).»

pénticos, por ejemplo cuando el sujeto pasivo de cuyo IVA se responde tenga un resultado negativo en sus autoliquidaciones, o hubiera debido tenerlo en caso de haberlas realizado correctamente, e incluso en caso de resultado positivo la eficiencia de la responsabilidad sobre el IVA devengado normalmente daría lugar a un enriquecimiento injusto de la Hacienda».

⁴¹ *Id.* la referencia que el Abogado General POIARES MADURO realiza a las diferentes modalidades de tramas de fraude, que principalmente identifica con el «fraude en la adquisición» y con el llamado «fraude carrusel». Conclusiones presentadas el 7 de diciembre de 2005.

⁴² En torno a los problemas que suscita el domicilio fiscal respecto del tema que nos ocupa *vid.* SÁNCHEZ-BLANCO CODORNIU, E.: «El denominado fraude carrusel en el IVA: un desafío a la Unión Europea», *op. cit.*, pág. 183 y ss.

Así las cosas, la legislación inglesa permite identificar la cantidad de IVA adeudado del que tendrá que hacerse cargo el responsable con el «IVA a ingresar», y no, por tanto, con el IVA repercutido si este se traduce en una cantidad superior a aquel, todo ello siempre y cuando haya mediado declaración por parte del deudor principal. Por el contrario, en el supuesto de que no sea así, dicha magnitud se hace corresponder con «la cantidad correspondiente a la transacción», esto es, el IVA repercutido.

Pues bien, trasladando esas conclusiones a nuestro país consideramos que, tal y como está redactado el artículo 87.Cinco de la LIVA, en el que se habla de «falta de declaración e ingreso», la cantidad exigible al responsable debe coincidir con el IVA repercutido en la transacción de la que trae causa la responsabilidad del sujeto que sea declarado como tal.

No obstante todo lo anterior, hubiera sido deseable una manifestación expresa al respecto por parte del legislador, toda vez que su ausencia puede ocasionar una serie de conflictos con los que previsiblemente, y a la espera de las consecuencias que en la práctica vaya a tener la aplicación del supuesto de responsabilidad que comentamos, tendrá que enfrentarse la Administración.

4.b) Posibilidad de aplicar sanciones al responsable.

Como ya se ha comentado *supra*, el empresario o profesional que sea declarado responsable subsidiario a través del procedimiento que a tal efecto establece el artículo 41.5 de la LGT, se verá inmerso en una situación cuyo punto de arranque se halla en la conducta de un sujeto, ya sea su proveedor o un operador anterior en la cadena de transmisiones, que con su actuación ha cometido una infracción tributaria y al que el artículo 181.2 de la LGT atribuye la condición de deudor principal precisamente con el objetivo de que junto a él puedan situarse otros sujetos en calidad de responsables.

Teniendo en cuenta lo anterior, y desde el punto de vista del alcance de la responsabilidad que deben asumir los empresarios y profesionales destinatarios de las operaciones gravadas, se puede plantear la duda de si el responsable únicamente debe hacerse cargo de las «cuotas tributarias correspondientes a las operaciones gravadas», expresión empleada por el artículo 87.Cinco de la LIVA y que ya hemos interpretado, o si, por el contrario, su responsabilidad debería alcanzar también a las sanciones.

Desde esta óptica hemos de reparar en otros supuestos de responsabilidad establecidos en la LGT y respecto de los cuales el legislador ha atribuido expresamente a los sujetos afectados la responsabilidad también respecto de las sanciones.

En este sentido cabe pensar en el supuesto de los causantes o colaboradores en la comisión de una infracción tributaria; de los sucesores en la titularidad de una explotación o actividad económica cuando no hayan solicitado el certificado al que se refiere el artículo 175.2 de la LGT; o el caso de los administradores de personas jurídicas infractoras. En todos esos casos, y sin perjuicio de los reproches que por varios motivos cabría hacer especialmente a algunos de esos supuestos ⁴³, la

⁴³ Coincidimos plenamente con la posición de FALCÓN Y TELLÁ al considerar jurídicamente inviable la extensión de la responsabilidad en las sanciones al caso del sucesor de empresa. «Los responsables en la nueva LGT», *Impuestos*, núms. 15-16, 2003.

responsabilidad, solidaria en los dos primeros casos y subsidiaria en el último, alcanza también al pago de las sanciones.

Pues bien, volviendo al caso que nos ocupa no parece que la conducta de los responsables subsidiarios a los que alude el artículo 87.Cinco de la LIVA diste mucho del caso de responsabilidad solidaria recogido en el artículo 42.a) de la LGT. Piénsese que si finalmente puede probarse que el destinatario de las operaciones gravadas por el IVA era consciente de su participación en una cadena de fraude no parece que pueda dudarse, al menos, de su condición de «colaborador» en la realización de la infracción tributaria, pese a lo cual no solo no se le atribuye la responsabilidad más gravosa, sino que además el legislador evita toda referencia a las sanciones en el apartado 5 del artículo 87 de la LIVA.

Todo lo anterior redundaría en una falta de rigor jurídico en una materia que ya en sí misma debería haberse revisado por el legislador, que con la LGT de 2003 perdió una ocasión inmejorable de enfrentarse a esa cuestión. En esa línea, y sin ánimo de extendernos en exceso sobre esa cuestión, pensamos que dicho texto legal debiera haber corregido los defectos que en materia de responsabilidad rodean al tema de las sanciones. No en vano buena parte de la doctrina ha centrado sus críticas en torno a la incoherencia que respecto del principio penal de personalidad de las penas, tantas veces invocado también en materia tributaria, supone, entre otros casos, el hecho de considerar a los colaboradores, que además ahora han de serlo «activamente», en la comisión de una infracción, como «responsables de las sanciones». Ciertamente, como ya se ha apuntado «el colaborador debería responder de la sanción a título de deudor principal, para lo cual se debería haber establecido un procedimiento sancionador frente al mismo en aras de determinar la sanción que le es propia. De ese modo, el colaborador en la comisión de actos ilícitos sería responsable por la cuota (...) y deudor principal por la sanción. Esto, sin duda, supone una mayor carga de trabajo para la Administración tributaria pero, de igual modo, redundaría en unas mayores garantías para el administrado»⁴⁴.

Esta es, a nuestro juicio, la idea que debería presidir también la regulación del supuesto de responsabilidad incorporado al artículo 87.Cinco de la LIVA, de forma que el empresario o profesional que de acuerdo con los requisitos establecidos en ese precepto sea llamado a formar parte del círculo de obligados tributarios a título de responsable, debería ser considerado también como infractor a consecuencia del conocimiento de su participación en una trama de fraude, toda vez que sin la colaboración de empresarios que estén dispuestos a formar parte de las mismas el fraude no podría articularse de ese modo. No puede olvidarse que la trama precisa de varios operadores para que pueda llevarse a cabo de la forma expuesta.

A este respecto hay que tener en cuenta, tal y como se configura el supuesto de responsabilidad del artículo 87.Cinco de la LIVA, que el presupuesto de hecho generador de la responsabilidad debe

⁴⁴ GALÁN RUIZ, J.: *La responsabilidad tributaria*, Aranzadi, 2005, pág. 144. En ese mismo sentido se habían pronunciado ya HERRERO MADARIAGA, J.: «El responsable tributario», *REDF*, Civitas, n.º 26, 1980, pág. 198; SÁNCHEZ GALIANA, J.A.: «El responsable (arts. 37 a 39 LGT)», en *Comentarios a la LGT y líneas para su reforma*, vol. I, IEF, Madrid, 1991, págs. 661-662; ESEVERRI MARTINEZ, E.: *Temas prácticos de Derecho Financiero (Parte General)*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 405; VARONA ALABERN, J.E.: «La responsabilidad tributaria de los síndicos», *Impuestos*, n.º 22, 2000, «Consideramos, por tanto, que no se puede exigir al responsable solidario del artículo 38.1 de la LGT las sanciones impuestas al deudor principal, salvo (...) cuando sea autor o coautor en sentido estricto de una infracción, en cuyo caso no será responsable, sino deudor principal de la correspondiente sanción».

aparecer inevitablemente unido a una conducta antijurídica, traducida en última instancia en el conocimiento y por tanto en la participación activa en una cadena de fraude, ya que, en otro caso, no existe responsabilidad ni cabe plantear tampoco la existencia de infracción alguna. Recuérdesse a este respecto cómo desde el punto de vista del Derecho Comunitario se insiste en la necesidad de alejar la responsabilidad en el ámbito del IVA de los supuestos de responsabilidad objetiva, debiendo existir algún indicio de dolo, o al menos culpa, en la conducta del sujeto que en última instancia va a responder del pago de una deuda tributaria contraída por otro sujeto.

Pues bien, pese a ello y atendiendo a la configuración actual del supuesto de responsabilidad que estamos analizando, pudiera darse el caso de que el responsable subsidiario que haya formado parte de una trama de fraude y haya ejercitado con éxito su acción de regreso frente al deudor principal, lo cual, dicho sea de paso, parece poco probable, se quede finalmente sin sanción alguna por su conducta, extremo que no parece ajustarse bien a la idea de justicia que debe presidir a todo el sistema tributario ⁴⁵.

Pese a todo lo señalado, el participante activo en una cadena de fraude no solo no se verá afectado por las consecuencias de la responsabilidad solidaria, más gravosa que la subsidiaria teniendo especialmente en cuenta el momento en el que el responsable puede entrar a formar parte del círculo de obligados tributarios, sino que tampoco parece que vaya a aplicársele sanción alguna ni como responsable, ni mucho menos como infractor.

No obstante todo lo señalado hasta el momento, lo cierto es que la descripción de los requisitos que deben constatar para apreciar el supuesto de responsabilidad que comentamos adolece de una evidente falta de concreción así como de seguridad jurídica en su aplicación. Por esa razón, la consideración del operador afectado como infractor merecedor de una sanción por su propia conducta no podrá introducirse si antes no se lleva a cabo una modificación del tenor literal del artículo 87.Cinco de la LIVA para que, desde el punto de vista del derecho sancionador, pueda ser compatible como principios tan elementales en ese ámbito como el de presunción de inocencia, responsabilidad, culpabilidad, taxatividad en la descripción de conductas y seguridad jurídica ⁴⁶.

III. LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL ARTÍCULO 87.CINCO DE LA LIVA EN EL CONTEXTO COMUNITARIO

1. Fundamento de la responsabilidad en el Derecho Comunitario.

Examinar el supuesto de responsabilidad incorporado en el artículo 87.Cinco de la LIVA no puede limitarse al análisis de sus características desde el punto de vista de nuestro derecho interno. Antes al contrario, y como ya se ha ido adelantando, el estudio de esta cuestión debe realizarse tenien-

⁴⁵ Vid. CALVO ORTEGA, R.: *La nueva Ley General Tributaria*, op. cit., pág. 166.

⁴⁶ En esos términos se manifestó ALONSO GONZÁLEZ, L.: «El proyecto de ley de medidas para la prevención del fraude fiscal», op. cit., pág. 20, al considerar que el precepto que comentamos recoge un supuesto de «responsabilidad sanción».

do muy presentes las consecuencias de la configuración del IVA como tributo armonizado, extremo que obliga a tener muy presentes las disposiciones dictadas al respecto desde la Unión Europea.

Desde esta óptica, y ciñéndonos al tema objeto de nuestro estudio, adquiere especial relevancia la determinación que las Directivas comunitarias realicen acerca de los sujetos que deben soportar la carga tributaria derivada de la aplicación del IVA, toda vez que esa concreción puede limitar efectivamente la posibilidad de que desde las normativas internas de los diferentes países de la Unión Europea se puedan introducir supuestos específicos de responsabilidad tributaria como el del artículo 87.Cinco de la LIVA.

Los problemas que puede generar esta cuestión se han planteado efectivamente en la práctica, existiendo actualmente importantes pronunciamientos jurisprudenciales por parte del TJCE al respecto, a los que ya hemos aludido en este trabajo. Ha de tenerse en cuenta que la opción que el legislador español ha tomado orientada a luchar contra las prácticas fraudulentas del IVA en el sentido ya expuesto no constituye una medida innovadora en el contexto de la Unión Europea. Antes al contrario, y como ya hemos tenido ocasión de exponer, son varios los Estados miembros que con el objeto de reforzar su legislación antifraude han introducido también supuestos de responsabilidad fiscal no exentos de controversia ⁴⁷.

Pues bien, una de las principales cuestiones que es necesario abordar, en relación con este tema, es la de identificar en la normativa comunitaria algún precepto que sirva de base jurídica a la posibilidad de que las normativas internas de los diferentes Estados miembros puedan introducir «una excepción al principio general según el cual debe existir un único sujeto obligado al pago del impuesto en cada tipo de transacción» ⁴⁸, extremo aceptado por la jurisprudencia comunitaria basándose en la necesidad de garantizar la recaudación del impuesto y la prevención del fraude, ahora bien, sin olvidar en ningún caso el respeto a los principios generales del Derecho Comunitario, especialmente los de seguridad jurídica y proporcionalidad ⁴⁹.

Desde este punto de vista el TJCE situó el fundamento jurídico de la posibilidad de arbitrar supuestos de responsabilidad en el ámbito del IVA en el artículo 21.3 de la Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios ⁵⁰, cuyo tenor literal se ha trasladado en términos prácticamente idénticos al artículo 205 de la nueva Directiva 2006/112 del Consejo, de 28 de noviembre de 2006 ⁵¹. Así, desde

⁴⁷ *Id.* como ejemplo, artículo 30 de la Ley 55-B, de 2004, de Presupuestos para 2005, por el que se modifica el artículo 72 de la LIVA portuguesa.

⁴⁸ Conclusiones del Abogado General POIARES MADURO, de 7 de diciembre de 2005 (punto 21).

⁴⁹ Sobre esta cuestión *vid.* SSTJCE de 8 de junio de 2000, Shclosstrasse, C-396/98; Rec. P. I 4279, apartado 44; 26 de abril de 2005, Goed Wonen, C-376/02, Rec. P. I, 3445, apartado 32, citadas por el Tribunal en la STJCE de 11 de mayo de 2006, asunto C-384/84, ya citada, (punto 29).

⁵⁰ Directiva de 17 de mayo de 1977 (DO L 145, p. 1; EE 09/01, pág. 54), en su versión modificada por la Directiva 2000/65/CE del Consejo, de 17 de octubre de 2000, por la que se modifica la Directiva 77/388, en lo que respecta a la determinación del deudor del IVA (DO L 269, pág. 44).

⁵¹ Diario Oficial de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2006. Esta Directiva supone la refundición de la anterior Directiva 77/388/CEE, de 17 de mayo, y las disposiciones todavía aplicables de la Directiva 67/227/CEE, de 11 de abril. De ese modo se aspira a lograr un mayor claridad y racionalidad del texto.

el 1 de enero de 2007, fecha de entrada en vigor de esta norma, este es el precepto que sirve de apoyo a la posibilidad de introducir la figura de los responsables tributarios en el pago del IVA, ya que en él se dice que «(...) los Estados miembros podrán disponer que una persona distinta del deudor del impuesto quede solidariamente obligada al pago del IVA», siendo ahora el artículo 273 de la nueva Directiva⁵² el que, de acuerdo con los razonamientos del tribunal, servirá de base a los diferentes Estados miembros, no para establecer supuestos de responsabilidad en sí mismos, que necesariamente habrán de basarse en el artículo 205, sino para concretar las obligaciones administrativas que en cada caso pueda llevar aparejado un supuesto de responsabilidad.

Sin embargo, lo cierto es que la normativa comunitaria no concreta cuál es el significado que en este caso haya de darse al término «solidariamente», expresión que, como es sabido, no cuenta en nuestro ordenamiento jurídico ni en el de los países de nuestro entorno con un significado unívoco. Así, el término solidaridad puede implicar que dos o más sujetos hayan de hacerse cargo de una deuda tributaria como cotitulares de la misma por tratarse de obligados en un mismo presupuesto de una obligación, pero dicha expresión también puede aplicarse con otras consecuencias respecto de la relación que pueden mantener dos sujetos que ocupan una posición jurídica distinta respecto de la deuda tributaria principal⁵³. Esta es precisamente la situación en la que se hallan el deudor principal y su responsable solidario a efectos tributarios, relación calificada por la doctrina alemana como solidaridad impropia (*unechten Gesamtschuld*)⁵⁴ por las particularidades que las características propias de la institución de la responsabilidad introducen en el concepto de solidaridad.

De acuerdo con las acepciones manejadas del término solidaridad, consideramos oportuno examinar cuál de ellas se ajusta mejor al tenor literal del artículo 205 de la Directiva 2006/112, precepto que servirá de base o fundamento jurídico a la posibilidad de que sujetos diferentes al deudor principal terminen estando obligados al pago del IVA, aun cuando el TJCE ya se manifestó al respecto, como ya vimos.

En ese sentido resulta evidente que el Tribunal ha desechado la posibilidad de interpretar dicho precepto en el primero de los sentidos apuntados, extremo que compartimos. En efecto, teniendo en cuenta la dinámica del impuesto no parece de recibo que un sujeto distinto al que ha realizado el hecho imponible vaya a situarse precisamente en la misma posición jurídica que este, cuando el presupuesto de su obligación tributaria es radicalmente distinto al de la obligación que incumbe al deudor principal, aunque pueda existir relación entre ambas. Desde nuestro punto de vista la solidaridad, así entendida, y a la que podemos calificar como «propia» siguiendo la clasificación realizada por la doctrina alemana, solo podría predicarse en el caso de que el deudor principal y esa «persona distinta» a la que se

⁵² El artículo 273 de la Directiva 2006/112 reza, en términos idénticos a los del artículo 22.8 de la Sexta Directiva, lo siguiente: «Los Estados miembros podrán establecer otras obligaciones que estimen necesarias para garantizar la correcta recaudación del IVA y prevenir el fraude, siempre que respete el principio de igualdad de trato de las operaciones interiores y de las operaciones efectuadas entre Estados miembros por sujetos pasivos, a condición que dichas obligaciones no den lugar, en los intercambios entre los Estados miembros, a formalidades relacionadas con el paso de una frontera».

⁵³ Vid. GONZÁLEZ ORTIZ, D.: *La responsabilidad tributaria en el ordenamiento jurídico español*, op. cit., pág. 55 y ss; GALÁN RUIZ, J.: *La responsabilidad tributaria*, op. cit., pág. 50 y ss.

⁵⁴ Vid. GÜTH, J. y LING, R.: *Steuerrechtliche Haftung*, CE Poeschel, Stuttgart, 1982, pág. 60.

refiere la normativa comunitaria estuviesen unidos por una misma relación obligacional en caso de que, por ejemplo, ambos hubiesen realizado conjuntamente una operación gravada por el IVA.

Entender la cuestión de un modo diferente exigiría una manifestación expresa al respecto por parte de la normativa comunitaria, ya que implicaría romper con la dinámica del tributo. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con supuestos como el contemplado en el artículo 204 de la Directiva 2006/112. En ese precepto se establece que «2. (...) cuando el hecho imponible se efectúe por un sujeto pasivo que no esté establecido en el Estado miembro en el que se devengue el IVA y que no exista, con el país de la sede o de establecimiento de dicho sujeto pasivo, ningún instrumento jurídico que instituya una asistencia mutua similar a la prevista por la Directiva 76/308/CEE (1) y por el Reglamento (CE) n.º 798/2003 (1), los Estados miembros podrán adoptar disposiciones por las que se atribuya la *consideración de deudor del impuesto* a un representante fiscal designado por el sujeto pasivo no establecido (...)). De acuerdo con lo anterior, la normativa comunitaria está dando entrada a la posibilidad de que un sujeto diferente al que realiza el hecho imponible, en este caso su representante fiscal, desempeñe el papel de deudor principal con las relevantes consecuencias que de ello se desprenderán en la práctica.

Así las cosas, si se hubiera buscado un resultado similar en el caso de las tramas de fraude del IVA consideramos que hubiera sido necesaria una manifestación inequívoca al respecto, calificando también como deudor principal al operador que actúe con posterioridad al sujeto que incumple con su obligación de declarar e ingresar el IVA.

Habida cuenta de que lo anterior no se ha producido, estimamos más conveniente enmarcar la relación entre el deudor principal y esa «persona distinta» a la que se refiere la Directiva, que en el marco de las operaciones fraudulentas de IVA que nos ocupan no será sino un operador que con posterioridad a aquel intervenga en la cadena de transmisiones, en el ámbito de la responsabilidad.

2. Consecuencias de la configuración de la responsabilidad como subsidiaria.

Llegados a esta conclusión se plantea de nuevo una duda a la hora de encontrar en el artículo 205 de la Directiva 2006/112 (art. 22.8 de la Sexta Directiva), el fundamento al supuesto de responsabilidad del artículo 87.Cinco de la LIVA, duda que de nuevo se sitúa en torno al término solidaridad allí empleado.

La cuestión se centra ahora en dilucidar si el mencionado precepto comunitario habilita al legislador nacional para considerar que los operadores en la cadena de fraude habrán de ser catalogados en todo caso como responsables solidarios respecto del deudor principal o si, por el contrario, las legislaciones nacionales podrán hacer uso de cualquier otra categoría subjetiva que sirva de garantía añadida al deudor principal a la hora de exigir el pago de la deuda que este no ha afrontado, y lo que se determina es la solidaridad entre todos los sujetos que vayan a ocupar esa posición.

Ciertamente, y aunque este planteamiento puede resultar a primera vista sorprendente, lo cierto es que de la respuesta que se haga del mismo dependerá la calificación que proceda realizar de la medida antifraude escogida por el legislador español como ajustada o no al Derecho Comunitario.

Esto es, si se entiende que el Derecho Comunitario está haciendo referencia únicamente a la posibilidad de introducir la figura del responsable solidario como garantía del pago de la deuda del IVA, sería inevitable cuestionar dónde habría que situar el fundamento a la responsabilidad de carácter subsidiario escogida por el legislador español.

La interpretación sostenida por el TJCE parece orientarse en este sentido, refiriéndose siempre al supuesto de la responsabilidad solidaria, opción por otra parte escogida mayoritariamente por los Estados que han introducido la figura de la responsabilidad referida a las tramas de fraude del IVA y objeto expreso del análisis realizado por dicho tribunal en la Sentencia ya mencionada de 11 de mayo de 2006. Por otra parte, tanto la manifestación expresa al respecto en algunos documentos comunitarios⁵⁵, como la referencia del artículo 205 de la Directiva a «otra persona», en singular, podría reforzar esa interpretación frente a la de considerar que la solidaridad se predica desde el Derecho Comunitario respecto de la relación que se establecerá entre los varios operadores que puedan identificarse en la cadena de fraude y que sean diferentes al deudor principal. Tal y como ya hemos señalado *supra*, en el caso de que pueda identificarse a varios sujetos en esa situación, pensamos que no puede sino defenderse su solidaridad, toda vez que todos ellos concurren en el mismo presupuesto de una obligación que no es otra que la que en las tramas de fraude da lugar a la responsabilidad tributaria.

No obstante lo anterior, ello no implica que esa sea la interpretación que deba hacerse únicamente a la vista del aludido precepto comunitario, conclusión con la que somos conscientes de que se estaría realizando una labor hermenéutica muy forzada cuyo fin no sería otro que el procurar ajustar la responsabilidad subsidiaria introducida por el legislador español a dicha normativa.

Dada la situación pensamos que el legislador español debió de ajustarse a los dictados de la norma comunitaria en este caso implantando un supuesto de responsabilidad de carácter solidario. Piénsese que si ciertamente el supuesto de responsabilidad que estamos comentando pivota sobre la presunción de que el afectado conoce o puede conocer la existencia del fraude, formando parte así de una cadena de sujetos que en última instancia no son sino infractores, la responsabilidad debería haberse arbitrado como solidaria, habida cuenta de que el artículo 41.1 a) de nuestra LGT atribuye tal calificación a todos los sujetos que de cualquier modo colaboren en la comisión de una infracción tributaria.

Además, el configurarla como subsidiaria tiene un inconveniente evidente en la práctica dada la forma de operar de las entidades implicadas en las tramas de fraude. Efectivamente, si pensamos en el hecho de que el operador de la cadena que ha dejado de declarar e ingresar el IVA por lo general desaparece inmediatamente (*missing trader*), el cobro por parte de la Administración solo podrá lograrse si se dirige a los responsables aunque, al estar calificados como subsidiarios, el procedimiento se dilatará excesivamente ya que habrá que llegar a la declaración de fallido del obligado principal y de sus responsables solidarios para que pueda dictarse el correspondiente acto de derivación de responsabilidad contra el responsable subsidiario.

⁵⁵ *Vid.* punto 6.1.4 del Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la utilización de mecanismos de cooperación administrativa en la lucha contra el fraude en el IVA, COM (2004), 260 final. Bruselas 16.4.2004.

IV. VALORACIÓN DEL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD INTRODUCIDO EN EL ARTÍCULO 87.CINCO DE LA LIVA

A la vista de los diferentes aspectos examinados en relación con el caso de responsabilidad subsidiaria objeto de este estudio, consideramos oportuno efectuar una valoración final acerca de las ventajas e inconvenientes que de su aplicación pueden derivarse.

En ese sentido, de los diferentes estudios doctrinales que se han realizado en torno a esta cuestión, el efecto disuasorio que la incorporación de esta medida a nuestro sistema tributario puede generar parece situarse como una de sus principales ventajas sin perjuicio de que, lo que a primera vista y desde esa óptica puede presentarse como una medida positiva, termine por generar más problemas que aquellos que han tratado de atajarse con su adopción, extremo que no podrá valorarse en tanto no se vean las consecuencias de la aplicación del precepto en la práctica.

Desde esa perspectiva ha de tenerse en cuenta que el nuevo supuesto de responsabilidad tributaria puede desembocar en un importante aumento de la presión fiscal indirecta sobre todos los operadores económicos, traducida tanto en un incremento de sus obligaciones formales como en la adopción de un régimen de permanente evaluación del riesgo de los obligados tributarios que actúan en cualquier transacción económica susceptible de ser sometida al IVA. Por ello, si bien parece indiscutible que todas aquellas medidas legislativas encaminadas a eliminar o, al menos, combatir las tramas del fraude fiscal son encomiables desde el punto de vista del fin que persiguen, también es cierto que las mismas no deben incurrir en el error de inmiscuirse y dificultar el tráfico mercantil de forma desproporcionada. Habrán de valorarse por ello las perniciosas consecuencias que puede acarrear la aplicación práctica excesiva de un precepto cuyo eje pivota en torno a una serie de presunciones que, una vez aplicadas por la Administración, no resultarán fáciles de destruir por parte del afectado. Sobre esta cuestión la AEAF, en su Informe sobre el Borrador del Plan de Prevención de la Lucha contra el Fraude considera que la existencia de la presunción comentada, en torno a la cual gira precisamente el supuesto de responsabilidad subsidiaria arbitrada por el legislador español, introduce una figura próxima a la evaluación de riesgos presente en el ordenamiento norteamericano, con la diferencia de que este último tiene su fundamento en las infracciones cometidas y no, como sucede aquí, en meras sospechas o indicios.

Teniendo en cuenta lo anterior consideramos, como se ha defendido a lo largo del trabajo, que hubiera sido deseable un mayor esfuerzo por parte del legislador a la hora de redactar el precepto estudiado, acotando el ámbito de aplicación de la responsabilidad de acuerdo con los dictados de la seguridad jurídica como, sobre todo, teniendo en cuenta el papel que aquí debe jugar el principio de proporcionalidad. En ese sentido, y si ante el temor de que las prácticas fraudulentas pudieran extenderse a sectores económicos diferentes de los expresamente previstos a estos efectos en la legislación comparada se considera más oportuno defender su aplicación generalizada, consideramos que la nota de la habitualidad referida a las operaciones económicas que en un determinado momento puedan considerarse inmersas en una trama de fraude del IVA hubiera sido deseable, sobre todo de cara a que la Administración pueda en un momento dado defender la presunción de conocimiento del operador económico de que se trate o, en su caso, que este pueda oponerse a la misma.

La inseguridad jurídica que a la postre generará la obligación de manejar lo que, a nuestro juicio, constituye un cúmulo de conceptos jurídicos indeterminados, puede dar lugar a interpretaciones muy dispares lo cual, sin duda, es especialmente difícil de conciliar con algunos de los más importantes principios del Derecho Comunitario. Por ese motivo, consideramos imprescindible un esfuerzo por parte del legislador en el sentido de paliar tales inconvenientes para que, partiendo de esa deseable mayor concreción, pueda redibujarse el supuesto de responsabilidad por el que se ha optado en nuestro país con el objeto de luchar contra las tramas de fraude.

En ese sentido, y cuando verdaderamente y con datos objetivos pudiera probarse la participación de un operador económico en una trama de fraude, las consecuencias para él deberían ser más gravosas de las que puedan derivarse de una responsabilidad subsidiaria como la contemplada actualmente. A este respecto es necesario traer a colación cuestiones sobre las que ya hemos incidido. Así, en primer lugar, si realmente hablamos de un caso de responsabilidad atribuible a un operador que conscientemente participa en una trama de fraude porque conoce la falta de declaración e ingreso del IVA por parte de un operador anterior, y consciente de ello participa en la trama motivado por los beneficios que él mismo pueda obtener, no parece que debiera dudarse de su condición de, al menos, colaborador activo en la comisión de una infracción a través de su participación, dolosa o culposa, en dicho ilícito.

Sentado lo anterior, y en aplicación de los principios de orden penal tantas veces invocados en el ámbito del derecho tributario sancionador⁵⁶, esos partícipes deberían ser sancionados por su propia conducta, independientemente de que se les pueda hacer responder, además, de la deuda tributaria surgida a costa del deudor principal. Lo contrario, como ha señalado un importante sector doctrinal, sería tanto como afirmar la impunidad de conductas contrarias al ordenamiento jurídico⁵⁷.

Verdaderamente esa cuestión no ha sido resuelta de forma unánime entre nuestra doctrina y jurisprudencia, pese a lo cual consideramos que la solución más correcta debe pasar por defender que «la exclusión de las sanciones solo resulta aplicable en el supuesto de que el responsable no haya participado o colaborado en la comisión de la infracción, ya que, en caso contrario, la conducta de este llevará inevitablemente aparejada la pertinente sanción»⁵⁸, afirmación que consideramos debería aplicarse en el caso que nos ocupa.

⁵⁶ CAAMAÑO ANIDO, M.: «El derecho tributario sancionador desde la perspectiva del ordenamiento comunitario I y II», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF.

⁵⁷ En este sentido se había manifestado ya en 1970 el profesor CALVO ORTEGA, R.: «La responsabilidad tributaria solidaria por actos ilícitos», *HPE*, n.º 5, 1970, pág. 57. En la misma línea, PEREZ ROYO, I. y AGÜALLO AVILES, A.: *Comentarios a la reforma de la Ley General Tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 98; DELGADO GARCÍA, J. L.: «El alcance de la responsabilidad tributaria: una cuestión abierta», *REDF*, Civitas, n.º 106, 2000, pág. 229.

⁵⁸ CHECA GONZÁLEZ, C.: «Los responsables tributarios», *Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 50. En la misma línea se habían manifestado ya anteriormente algunos autores, como DELGADO GARCÍA, A.M.: *La derivación de responsabilidades en la recaudación de los tributos*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 159, «Ahora bien, a mi juicio, cuando se está en presencia de la colaboración o participación de un responsable en la comisión de infracciones tributarias, la LGT debería, de *lege ferenda*, atribuirle la condición de un verdadero sujeto infractor —es decir, de un sujeto infractor autónomo— como sucede en otros ordenamientos de nuestro entorno, y aplicarle, en consecuencia, una sanción en el correspondiente procedimiento en el que se respetaran todos los principios que informan el Derecho sancionador».

Ciertamente, como se ha apuntado por la doctrina, sorprende especialmente que una ley directamente encaminada a la lucha contra el fraude fiscal apenas haya introducido medidas directa y abiertamente sancionadoras, sustituyéndolas por disposiciones «indirectamente sancionadoras, o restrictivas de derechos o de reforzamiento de las facultades administrativas de control frente a los contribuyentes»⁵⁹ las cuales, pese a todo, no van acompañadas de las garantías procedimentales adecuadas⁶⁰.

Consideraciones como las anteriores, unidas a la escasa efectividad que en la práctica puede tener la incorporación de un supuesto de responsabilidad de corte subsidiario, como ya se ha señalado, hacen dudar de la eficacia real de esta medida en la lucha contra las tramas de fraude, conclusión que, teniendo presentes también los defectos de los que adolece la redacción del artículo 87.Cinco de la LIVA, no puede sino derivar en un juicio negativo de tal solución⁶¹.

Así pues, el legislador debería replantearse esta cuestión, bien para erradicar los defectos que rodean a la medida introducida por la Ley de Prevención del Fraude, bien para desecharla como solución dando entrada a otras alternativas que, como el mismo fin, podrían barajarse.

V. POSIBLES SOLUCIONES ALTERNATIVAS A LA LUCHA CONTRA LAS TRAMAS DE FRAUDE

1. Límites a la deducción del IVA.

Atendiendo a la configuración del IVA, tributo con el que se pretende gravar todas y cada una de las entregas de bienes y prestaciones de servicios que tengan lugar en las diferentes fases de la cadena de producción y distribución de los mismos, sometiendo a imposición únicamente el valor incorporado o añadido en cada una de las fases de la cadena de transacciones que puedan tener lugar hasta llegar al consumidor final, el mecanismo de las deducciones resulta esencial. De ese modo, en cada transacción se exigirá el IVA, liquidado en función del precio del bien o servicio de que se trate, previa

⁵⁹ CAYÓN GALIARDO, A.: «El Proyecto de Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal: otro enfoque», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 72, 2006, 12.

⁶⁰ *Vid.* BANACLOCHE PALAO, C.: «El nuevo supuesto de responsabilidad subsidiaria en el IVA: operadores que soportan el IVA en operaciones intracomunitarias fraudulentas», *Impuestos*, n.º 21, 2006, pág. 54.

⁶¹ En la línea aquí defendida se manifestó ya el profesor FALCÓN Y TELLA, al señalar lo siguiente: «si la existencia del fraude en una fase anterior se conoce y puede probarse, nos encontraremos normalmente ante un supuesto de colaboración en la comisión de una infracción tributaria, y por tanto ante un supuesto de responsabilidad solidaria, conforme al artículo 42.1.a) de la nueva Ley General Tributaria, por lo que el establecimiento de un supuesto de responsabilidad subsidiaria no tiene sentido alguno respecto a estos casos.

Y si el sujeto pasivo es ajeno al fraude en una fase anterior, ya se ha dicho que ni puede negarse la deducción del IVA soportado ni puede exigirse responsabilidad alguna, lo que vacía totalmente de contenido el nuevo supuesto de responsabilidad subsidiaria que nos ocupa».(FALCÓN Y TELLA, R.: «La responsabilidad subsidiaria prevista en el nuevo artículo 87.cinco, LIVA: una medida vacía de contenido (en la medida en que si el comprador conoce el fraude la responsabilidad es solidaria, y si no lo conoce, la responsabilidad resulta inexigible) que debería sustituirse por una ampliación de los supuestos de inversión del sujeto pasivo)», *Quincena Fiscal*, n.º 21, 2006, pág. 9.

deducción del importe de las cuotas impositivas que se hubieran devengado por el mismo impuesto que hayan gravado directamente el coste de los diversos elementos constitutivos del precio.

Así las cosas, el derecho a deducción regulado en los artículos 167 y ss. de la Directiva 2006/112, no viene sino a garantizar la perfecta neutralidad con respecto a la carga fiscal de todas las actividades económicas, cualesquiera que sean los fines o los resultado de estas, a condición de que dichas actividades estén a su vez sujetas a IVA ⁶².

Pues bien, pese a lo anterior, en algunos Estados se ha optado por limitar las posibilidades de deducir el IVA soportado de aquellos operadores que estén inmersos en operaciones que puedan considerarse como fraudulentas en el ámbito de este tributo, posibilidad que ha sido también objeto de análisis por el Tribunal de Luxemburgo pudiendo apreciarse al respecto una evolución en su doctrina ⁶³.

En ese sentido, la STJCE de 12 de enero de 2006, a la que ya hemos aludido en varias ocasiones, resuelve una cuestión prejudicial centrada, básicamente, en determinar si un sujeto pasivo tiene o no derecho a deducir el IVA soportado cuando en la cadena de transacciones en la que ha intervenido existe un operador incumplidor.

En respuesta a esta cuestión, el Tribunal insiste en el criterio de que el fraude en cadena no debe considerarse como un todo sino que, antes al contrario, cada transacción debe ser tenida en cuenta de forma independiente a las demás al margen del hecho de formar o no parte de una cadena de fraude. De otro modo, tal y como señala el Abogado General en sus Conclusiones, se llegaría al «incongruente resultado de que toda una cadena de entregas quedaría fuera del ámbito de aplicación de la Sexta Directiva simplemente porque un operador que interviene en la cadena no ha declarado el IVA a las autoridades tributarias» ⁶⁴.

Consideraciones como las anteriores llevaron en principio al Tribunal a negar la posibilidad de que un Estado pudiera impedir la deducción del IVA soportado por un operador que se ve inmerso en una cadena de fraude, limitándose así dicha posibilidad únicamente respecto de aquellas operaciones que, en sí mismas, sean constitutivas de fraude en el IVA. Si esto no es así, pudiendo constatarse que una operación constituye una «entrega de bienes» realizada por un «sujeto pasivo» en el marco de una «actividad económica», cumpliéndose los criterios objetivos en los que se basan esos conceptos, no podrá negarse el derecho legítimo del sujeto a practicar la deducción del IVA soportado.

No obstante lo anterior, en Sentencias posteriores como la de 6 de julio de 2006 puntualiza la doctrina que hasta entonces había mantenido en el sentido de aludir a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional nacional pueda denegar el derecho a deducir el IVA cuando resulte acreditado «median-

⁶² Vid. entre otras, SSTJCE 6 de julio de 1995 (TJCE 1995, 117), Asunto C-62/93; 8 de junio de 2000 (TJCE 2000, 127), Asunto C-400/98; 26 de mayo de 2005 (TJCE 2005, 143), Asunto C-465/03.

⁶³ Vid. CHECA GONZÁLEZ, C.: «El derecho a la deducción del IVA. Criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunitario, y su reflejo en nuestro Derecho Interno», *Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

⁶⁴ Vid. Conclusión n.º 36.

te datos objetivos», que el operador afectado sabía o debía haber sabido que mediante su adquisición participaba en una operación fraudulenta.

Teniendo en cuenta lo anterior, los límites al derecho a deducir, o bien, la posibilidad de que la Administración pueda solicitar la devolución de las cantidades deducidas cuando un sujeto participa conscientemente en una cadena de fraude y dicha situación puede demostrarse con datos objetivos, podría ser otra solución para luchar contra las tramas de fraude. Sin embargo, dar entrada a esta posibilidad exigiría del legislador la necesidad de extremar la precaución a la hora de redactar el precepto a través del cual se estableciese esta medida, toda vez que las circunstancias que en un momento dado se consideren reveladoras del conocimiento de un sujeto acerca de su participación en un fraude, pueden chocar con los muchos inconvenientes que actualmente cabe achacar a la solución adoptada por el legislador español en el artículo 87.Cinco de la LIVA.

Desde esa óptica y con el fin de obviar las críticas que, tanto la medida arbitrada en nuestro país a través de la Ley de Prevención del Fraude como la posibilidad de recurrir a la denegación de la deducción a la que acabamos de referirnos, pueden ocasionar, especialmente cuando son analizadas desde la perspectiva de la seguridad jurídica, otras son las soluciones que podrían barajarse como es el caso, por ejemplo, de la posible ampliación de los casos del denominado mecanismo de «inversión del sujeto pasivo».

2. La inversión del sujeto pasivo.

Analizando la cuestión que nos ocupa desde la perspectiva comunitaria pueden apreciarse algunos cambios referidos a las líneas que desde las instituciones de la Unión Europea se están considerando cada vez con más fuerza como instrumentos de lucha contra las tramas de fraude ⁶⁵. En ese sentido, primero de la Directiva 2006/69/CE del Consejo, de 24 de julio de 2006 ⁶⁶, y más tarde la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido, autorizan en determinados supuestos y respecto de sectores económicos concretos a introducir la figura de la «inversión del sujeto pasivo». A través de esta medida el IVA es ingresado por el destinatario de la operación, que tendrá para él la consideración de IVA soportado. De ese modo, ese sujeto no entrega el IVA a su proveedor para que este lo ingrese, sino que es él quien lo incluye en su autoliquidación como IVA devengado. Con ello se impide que el proveedor repercuta un IVA que posteriormente no es objeto de declaración e ingreso, iniciándose así el fraude en el que pueden participar múltiples operadores.

Ciertamente esta medida había sido acogida ya por el legislador español, que a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, modificó el artículo 84.uno, 2.º c) de la LIVA. Así, y con efectos

⁶⁵ Sobre esta cuestión *vid.* KEEN, M. y SMITH, S.: «VAT fraud and evasion: what do we know, and what can be done», *IMF Working Paper*, n.º 31, 2007, pág. 23 y ss.

⁶⁶ Directiva 2006/69/CE del Consejo, de 24 de julio de 2006, por la que se modifica la Directiva 77/388/CEE en lo relativo a determinadas medidas de simplificación del procedimiento de aplicación del impuesto sobre el valor añadido y de contribución a la lucha contra la evasión o fraude fiscales y por la que se derogan determinadas Decisiones destinadas a la concesión de excepciones (DOUE L 221, de 12 de agosto de 2006).

desde el 1 de enero de 2004, en nuestro país se introdujo la figura de la inversión del sujeto pasivo antes incluso de la aprobación de las mencionadas Directivas, lo que fue posible merced a una autorización que a tal efecto realizó el Consejo ⁶⁷.

No obstante lo anterior, lo cierto es que dicha medida, tal y como se ha adoptado en España, tiene una eficacia limitada, y ello porque únicamente se ha establecido respecto de un tipo de entregas que no agotan ni siquiera las previsiones de las Directivas mencionadas, y que, por lo que aquí interesa, no afectan a los sectores económicos en los que se han venido detectando los fraudes de IVA.

Conscientes de ello algunos estados como Alemania y Austria han realizado propuestas en el sentido de solicitar, previa derogación del artículo 21 de la Sexta Directiva, y en tanto no se implante el sistema definitivo de tributación en origen, la posibilidad de aplicar de forma generalizada la figura de la inversión del sujeto pasivo, pretensiones que han sido desestimadas por la Comisión europea por considerar que, además de suponer un cambio fundamental en la estructura del impuesto, extremo que exige cautelas especiales a la hora de adoptar una medida de esa índole, la generalización de la inversión del sujeto pasivo no vendría si no a complicar el sistema actual de aplicación del tributo pudiendo dar entrada, además, a nuevos y distintos tipos de fraude fiscal.

No obstante lo anterior, lo cierto es que, ante la negativa de dar carta abierta para la utilización indiscriminada de este sistema, bien pudiera plantearse su aplicación a aquellos sectores económicos en los que se han detectado las tramas de fraude del IVA los cuales, a la luz de lo acontecido a nivel comunitario, suelen ser similares en los diferentes Estados en los que se han detectado estas prácticas.

Precisamente en esta línea el Reino Unido solicitó autorización para establecer una medida especial de inaplicación del artículo 21, apartado 1, letra a), de la Directiva 77/388/CEE, ahora bien, limitando su petición a las entregas de bienes respecto de los cuales se han detectado las más importantes bolsas de fraude, tales como telefonía móvil, microprocesadores, soportes electrónicos de almacenamiento para uso en ordenadores, o dispositivos electrónicos utilizados para el almacenamiento, tratamiento o grabación de datos electrónicos, siempre y cuando las transacciones se realicen entre empresarios o profesionales y superen un umbral económico cifrado en 5.000 libras esterlinas.

En la valoración que la Comisión ha efectuado acerca de la medida propuesta tiene especialmente en cuenta las consecuencias que ello puede producir en el funcionamiento del régimen general del IVA. Así, en primer lugar, se pone de manifiesto la variedad de regímenes fiscales a los que podrían quedar sometidos los sujetos pasivos del impuesto, esto es, el sistema clásico, el de inversión del sujeto pasivo en las condiciones aludidas, y el régimen intracomunitario, extremo que podría elevar de manera sustancial la presión fiscal indirecta sobre las empresas. Así, se complicarían sus obligaciones contables, a la vez que se introducirían obligaciones formales adicionales respecto de

⁶⁷ La autorización se concedió a través de la Decisión del Consejo, de 26 de febrero de 2004, por la que se autoriza al Reino de España para adoptar una medida de inaplicación del artículo 21 de la Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios.

las que ya existen, como la de comprobar la naturaleza de todos sus clientes o la de notificar todas las operaciones. A mayor abundamiento, y también como inconveniente a tener en cuenta respecto de la propuesta del Reino Unido, la Comisión no ignora la posibilidad de que el mecanismo de la inversión del sujeto pasivo en este caso abra nuevas y diferentes posibilidades de fraude, en particular en la fase del consumo final, lo que exigiría adoptar medidas de control adecuadas que sean capaces de garantizar que ello no ocurra.

Sin embargo, el hecho de que la medida se dirija a combatir un tipo de fraude específico en el que está en juego un enorme volumen de ingresos en concepto de IVA, condujo finalmente a la Comisión a presentar una Propuesta de Decisión⁶⁸ autorizando la aplicación del mecanismo de la inversión del sujeto pasivo en los términos expuestos, aunque con una duración limitada, con el fin comprobar efectivamente si esa puede ser una solución idónea para luchar contra las tramas organizadas de fraude en el IVA.

De acuerdo con lo anterior, la Comisión es consciente de que otros Estados miembros que sufran situaciones de fraude similares, afectando a las mismas u otras categorías de bienes, pueden estar interesados en medidas como la apuntada, ante lo cual manifiesta el riesgo que la generalización de esta solución podría tener desde el punto de vista de las diferentes obligaciones a las que tendrían que atender los sujetos pasivos en función del Estado miembro en el que operasen, extremo que se considera incompatible con los requisitos necesarios para el buen funcionamiento del mercado interior.

Desde esta óptica, y si atendemos a la forma de operar de las instituciones comunitarias respecto de otras medidas relativas al procedimiento de aplicación del IVA y de contribución a la lucha contra la evasión y el fraude fiscal, puede observarse que si bien en un primer momento la solución puede pasar por la concesión de autorizaciones aisladas de inaplicación de determinados preceptos del Derecho Comunitario que afectan al IVA, las mismas han sido en ocasiones derogadas a través de la modificación de las propias Directivas, con el fin de que todos los Estados miembros pudieran aplicar tales excepciones, convirtiéndose así en cuestiones de aplicación general, siempre y cuando previamente hubieran demostrado su utilidad y eficacia.

Así pues, y teniendo en cuenta que la referida propuesta relativa a la inaplicación del ahora artículo 193 de la Directiva 2006/112/CE, se aprobó mediante Decisión del Consejo de 16 de abril de 2007 (2007/250/CE), probablemente habrá que esperar al 30 de abril de 2009, momento en el que expira la Decisión, para que, a la vista de los resultados, pueda plantearse la generalización de la medida como solución intermedia en tanto no se implante el sistema definitivo de tributación en origen. No puede olvidarse que en el retraso del que este es objeto tienen precisamente su origen conductas fraudulentas del tipo de la analizada en este trabajo, provocando la implantación de medidas aisladas por parte de los diferentes Estados miembros de dudosa eficacia, como la que se ha plasmado en el artículo 87.Cinco de la LIVA.

⁶⁸ «Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza al Reino Unido a establecer una medida especial de inaplicación del artículo 21, apartado 1, letra a), de la Sexta Directiva 77/388/CEE en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocio (presentada por la Comisión)», COM (2006) 555 final, Bruselas, 28.9.2006.

Bibliografía

- AA.VV. [2004]: *La responsabilidad subsidiaria por contratación y subcontratación de obras y servicios*, FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER.
- ADAME MARTÍNEZ, F. [2004]: «El régimen transitorio de las operaciones intracomunitarias en el IVA: Análisis de los problemas generados por su funcionamiento y consideraciones sobre la necesidad de sustituirlo por el régimen definitivo», en la obra colectiva *Las operaciones intracomunitarias en el Impuesto sobre el Valor Añadido y en los Impuestos especiales armonizados*, IEF, Madrid.
- ALONSO GONZÁLEZ, L. [2006]: «El proyecto de ley de medidas para la prevención del fraude fiscal», *Temas Tributarios de Actualidad*, n.º 7.
- BANACLOCHE PALAO, C. [2006]: «El nuevo supuesto de responsabilidad subsidiaria en el IVA: operadores que soportan el IVA en operaciones intracomunitarias fraudulentas», *Impuestos*, n.º 21.
- BLÁZQUEZ LIDOY, A. [2004]: «Obligados tributarios», en la obra colectiva *Comentario sistemático a la nueva Ley General Tributaria*, CEF, Madrid.
- CAAMAÑO ANIDO, M. [2003]: «El derecho tributario sancionador desde la perspectiva del ordenamiento comunitario I y II», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF.
- [2007]: «Notas a la Reforma Fiscal 2007», *Revista O Economista*, n.º 34.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. [2006]: «Una introducción al Derecho Comunitario como fuente del Derecho Financiero y Tributario: ¿Hacia un ordenamiento financiero "bifronte" o "dual"», *REDF*, Civitas, n.º 132.
- CALVO ORTEGA, R. [1970]: «La responsabilidad tributaria solidaria por actos ilícitos», *HPE*, n.º 5.
- [2004]: *La nueva Ley General Tributaria*, Thomson-Civitas, Madrid.
- CAYÓN GALIARDO, A. [2005]: «La responsabilidad tributaria en las contrata y subcontratas», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 70.
- [2006]: «El Proyecto de Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal: otro enfoque», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 72.
- CHECA GONZÁLEZ, C. [2003]: «Los responsables tributarios», *Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, Pamplona.
- [2006]: «El derecho a la deducción del IVA. Criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunitario, y su reflejo en nuestro Derecho Interno», *Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, Pamplona.
- DELGADO GARCÍA, J.L. [2000]: «El alcance de la responsabilidad tributaria: una cuestión abierta», *REDF*, Civitas, n.º 106.
- [2000]: *La derivación de responsabilidades en la recaudación de los tributos*, Marcial Pons, Madrid.
- ESEVERRI MARTÍNEZ, E. [1999]: *Temas prácticos de Derecho Financiero (Parte General)*, Aranzadi, Pamplona.

FALCÓN Y TELLA, R. [2003]: «La responsabilidad subsidiaria en los supuestos de contratación o subcontratación en el Anteproyecto de LGT (I): su inaplicabilidad al IVA», *Quincena Fiscal*, n.º 8.

- [2003]: «La regulación sustantiva de los responsables en el Anteproyecto de Ley General Tributaria», en *Quincena Fiscal*, n.º 10.
- [2004]: «El artículo 35.6 de la nueva LGT (I): supuestos de solidaridad tributaria», en *Quincena Fiscal*, n.º 2.
- [2004]: «El artículo 35.6 de la nueva LGT (II): ¿un régimen de mancomunidad con la carga de identificar a los coobligados?», *Quincena Fiscal*, n.º 3-4.
- [2006]: «Las cadenas de fraude en el IVA y la STJCE 12 de enero de 2006 (TJCE 2006/16): la incompatibilidad de la Sexta Directiva en los supuestos de responsabilidad previstos en la Ley General Tributaria y en el Anteproyecto de Ley de Prevención del Fraude», *Quincena Fiscal*, n.º 2.
- [2006]: «La responsabilidad subsidiaria prevista en el nuevo artículo 87.Cinco, LIVA: una medida vacía de contenido (en la medida en que si el comprador conoce el fraude la responsabilidad es solidaria, y si no lo conoce, la responsabilidad resulta inexigible) que debería sustituirse por una ampliación de los supuestos de inversión del sujeto pasivo)», *Quincena Fiscal*, n.º 21.

GALÁN RUIZ, J. [2005]: *La responsabilidad tributaria*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.

GARCÍA NOVOA, C. [2006]: «El Proyecto de Ley de Prevención del Fraude (I) y (II)», *Quincena Fiscal*, núms. 9 y 10.

GONZÁLEZ ORTIZ, D. [1992]: *La responsabilidad tributaria en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid.

GÜTH, I. y LING, R. [1982]: *Steuerrechtliche Haftung*, CE Poeschel, Stuttgart.

HERRERO MADARIAGA, J. [1980]: «El responsable tributario», *REDF*, Civitas, n.º 26.

Informe de la AEDAF sobre el Anteproyecto de Ley de Prevención del Fraude Fiscal.

KEEN, M. y SMITH, S. [2007]: «VAT fraud and evasion: what do we know, and what can be done», *IMF Working Paper*, n.º 31.

LÓPEZ MOLINO, A.M. [2001]: «Entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetos a IVA», en la obra colectiva *El Impuesto sobre el Valor Añadido. Comentarios a sus normas reguladoras*, Comares, Granada.

MARTÍN JIMÉNEZ, A. [2006]: «La responsabilidad tributaria en la LGT y el Derecho Comunitario», *REDF*, Civitas, n.º 132.

MARTÍN JIMÉNEZ, F. [2000]: *El procedimiento de derivación de responsabilidad tributaria*, Lex Nova, Valladolid.

MORALEDA GARCÍA, M.V. y TREVIÑO ALFONSO, M.T. [2006]: «Propuestas razonadas para erradicar la modalidad de fraude carrusel en el IVA», *IEF, Cuadernos de formación*, Colaboración 07/06, Volumen I.

PALAO TABOADA, C. [2007]: «New Income Tax Law and Anti-Fraud Legislation in Spain», *Bulletin for International Taxation*.

PÉREZ ROYO, I. y AGÜALLO AVILÉS, A. [1996]: *Comentarios a la reforma de la Ley General Tributaria*, Aranzadi, Pamplona.

- PITCH ROSELL, V. y OBESO RIESS, C. [2003]: «Responsabilidad tributaria subsidiaria en la contratación y subcontratación de obras en la nueva Ley General Tributaria», *Revista Contabilidad y Tributación*, CEF, n.º 249.
- PUEBLA AGRAMUNT, N. [2006]: «El tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Gobierno español en la lucha contra los fraudes de IVA en cadena», *Temas Tributarios de Actualidad*, núms. 1-3, AEDAF.
- [2007] «Estrategias en la lucha contra los fraudes del IVA», *Quincena Fiscal*, núms. 3-4.
- RODRÍGUEZ RAMOS LADARIA, L. [2004]: «Sucesión y responsabilidad tributarias» *Boletín del ICAM*, n.º 29.
- SÁNCHEZ ARILLA, T. y TAVERA OTERO, P. [2006]: «Fraude intracomunitario al IVA», *Cuadernos de formación IEF*, Colaboración 09/06, Volumen I.
- SÁNCHEZ-BLANCO CODORNIU, E. [2006]: «El denominado fraude carrusel en el IVA: un desafío a la Unión Europea», *Cuadernos de Formación*, IEF. Colaboración 10/06, Volumen I.
- SÁNCHEZ GALIANA, J.A. [1991]: «El responsable (arts. 37 a 39 LGT)», en *Comentarios a la LGT y líneas para su reforma*, vol. I, IEF, Madrid.
- SEER, R. [1996]: *Verständigungen in Steuerverfahren*, Dr. Otto Schmidt, Köln.
- SOLÉ ESTALELLA, J. [2005]: *El IVA inteligible*, Marcial Pons, Madrid.
- VANISTENDAEL, F. [1995]: «A proposal for a definitive VAT system taxation in the country of origin at the rate of the country of destination, without clearing», *EC Tax Review*, n.º 1.
- VARONA ALABERN, J.E. [2000]: «La responsabilidad tributaria de los síndicos», *Impuestos*, n.º 22.
- VILARROIG MOYA, R. [2004]: «Responsabilidad tributaria de contratas y subcontratas», *Actualidad Aranzadi*, n.º 640.
- WOUTERS, J. [1999]: «The application of General Principles of Law by the ECJ and their relevance for EC and National Tax Law», en *Selected issues in EU Tax Law*, Kluwer, Deventer.

LA BASE DEL AHORRO EN EL CONTEXTO DE LAS REFORMAS DEL IRPF (II)

EDUARDO SANZ GADEA

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

Extracto:

ESTA segunda parte tiene por objeto calibrar la significación y trascendencia de la base del ahorro. A tal efecto, se efectúa un análisis a la luz de los precedentes legislativos, los sistemas fiscales europeos, los principios constitucionales y la neutralidad.

Palabras clave: IRPF, rentas y ganancias del capital y base del ahorro.

Sumario

1. La tributación de las rentas y ganancias del capital en los precedentes legislativos.
 - 1.1. Intereses.
 - 1.2. Dividendos y participaciones en beneficios.
 - 1.3. Ganancias de capital.
 - 1.4. La tributación de la inversión colectiva.
2. La tributación de las rentas y ganancias del capital en el contexto europeo.
 - 2.1. La tributación de intereses, dividendos y ganancias del capital.
 - 2.1.1. Alemania.
 - 2.1.2. Francia.
 - 2.1.3. Reino Unido.
 - 2.1.4. Italia.
 - 2.1.5. Portugal.
 - 2.1.6. Holanda.
 - 2.1.7. Bélgica.
 - 2.1.8. Austria.
 - 2.1.9. Irlanda.
 - 2.1.10. Polonia.
 - 2.1.11. Eslovaquia.
 - 2.1.12. República Checa.
 - 2.1.13. Hungría.
 - 2.1.14. Grecia.
 - 2.1.15. Estonia.
 - 2.1.16. Letonia.

- 2.1.17. Lituania.
- 2.1.18. Finlandia.
- 2.1.19. Suecia.
- 2.1.20. Dinamarca.
- 2.1.21. Noruega.
- 2.1.22. Turquía.
- 2.1.23. Rusia.
- 2.1.24. Ucrania.
- 2.1.25. Rumanía.
- 2.1.26. Bulgaria.
- 2.1.27. Estados Unidos.
- 2.2. La tributación de las Instituciones de Inversión Colectiva y de sus partícipes.
 - 2.2.1. Reino Unido.
 - 2.2.2. Alemania.
 - 2.2.3. Francia.
- 2.3. Los modelos de tributación de las rentas y ganancias del capital. Ubicación de los distintos países.
 - 2.3.1. El modelo de tributación progresiva, con atenuación de la doble imposición.
 - 2.3.2. El modelo de tributación proporcional.
 - 2.3.3. El modelo dual.
 - 2.3.4. Ubicación de otros países.
- 3. La significación y trascendencia de la base del ahorro.
 - 3.1. La dimensión constitucional.
 - 3.1.1. La igualdad, la capacidad económica y la progresividad.
 - 3.1.2. La igualdad territorial.
 - 3.2. La dimensión histórica. La comparación con las leyes precedentes.
 - 3.2.1. Tributación de los intereses.
 - 3.2.2. Tributación de los dividendos.
 - 3.2.3. Tributación de las ganancias de capital.
 - 3.2.4. La tributación de la inversión colectiva.

3.3. La neutralidad.

3.3.1. La no neutralidad del TRIRPF.

3.3.2. Los supuestos de superación de la no neutralidad.

3.3.3. El mantenimiento de la no neutralidad.

3.3.4. El aumento de la no neutralidad.

3.4. Comparación con los países de nuestro entorno.

3.4.1. Fraccionamiento por tipos de activos o por plazos.

3.4.2. La eliminación o atenuación de la doble imposición de dividendos.

3.4.3. El encuadramiento del sistema de tributación de las rentas y ganancias del capital en los modelos de tributación.

4. Conclusiones.

Anexo

1. LA TRIBUTACIÓN DE LAS RENTAS Y GANANCIAS DEL CAPITAL EN LOS PRECEDENTES LEGISLATIVOS

En los apartados 3, 4 y 5 de la primera parte del trabajo se ha expuesto el régimen establecido por la Ley 35/2006, respecto de las rentas del capital mobiliario y las ganancias del capital. En el presente apartado se efectúa un resumen de la evolución de la tributación de dichas rentas en el tiempo.

1.1. Intereses.

En el momento de la entrada en vigor de la Ley de 20 de diciembre de 1932 de la Contribución General sobre la Renta, los intereses de la Deuda Pública tributaban al 20 por 100, y los restantes intereses entre el 5,5, y el 5,75 por 100, de acuerdo con lo dispuesto en la Tarifa 2.^a del Texto Refundido de la Contribución sobre las Utilidades de la Riqueza Mobiliaria, y lo habían venido haciendo así desde la Ley por la que se estableció la Contribución sobre las Utilidades en 1900.

El artículo 11 de la Ley de 20 de diciembre de 1932 incluyó entre los ingresos a los intereses de todo tipo y, en general, a las retribuciones de los valores dados a préstamo, ya tuvieran carácter explícito o implícito.

Como se ha dicho en el apartado 2 de la primera parte del trabajo, la Contribución General sobre la Renta se superpuso a los impuestos de producto, entre ellos a la Contribución de Utilidades, la cual pasó a ser un gasto deducible para la determinación de la renta gravable. Un sencillo cálculo nos indica que, en el alborar del IRPF, los intereses de la Deuda Pública podían tributar entre el 21,44 y el 28,8 por 100.

La Ley de 16 de diciembre de 1940 elevó el tipo marginal hasta el 40 por 100, y consideró deducible de la cuota de la Contribución General sobre la Renta la cuota de la Tarifa 2.^a, con lo que el tipo marginal sobre los intereses se situó en el 40 por 100. Pero, como se ha indicado, lo más importante de esta ley fue el establecimiento de una serie de medidas relativas a la obligación de informar a la Administración Tributaria, cuya eficacia, en materia de intereses estaba muy mermada por el secreto bancario.

La Ley de 16 de diciembre de 1954 redujo la progresividad, y consideró la cuota de la Tarifa 2.^a como gasto deducible, en vez de deducción de la cuota, de la Contribución General, con lo cual esta recobró su carácter de imposición complementaria.

La Ley de 26 de diciembre de 1957 no afectó a la tributación sobre los intereses.

La Ley de Reforma del Sistema Tributario, de 11 de junio de 1964, creó el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas, y los impuestos de producto pasaron a ser a cuenta del mismo, de manera tal que los intereses tributaban primero por el Impuesto sobre las Rentas del Capital, y luego por el Impuesto General, de cuya cuota se deducía la de aquel.

El tipo de gravamen de la escala oscilaba entre el 15 y el 61,4 por 100, y así, siendo el tipo de gravamen del impuesto a cuenta el 24 por 100, la tributación sobre los intereses podía oscilar entre el 24 y el 61,4 por 100.

Es importante señalar que los intereses de imposiciones en cuenta corriente a la vista o plazo y en cuenta de ahorro en toda clase de entidades de crédito estuvieron exentos, en la imposición de producto, hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley de 7 de abril de 1975.

Y así llegamos a la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, que no modificó la tributación de los intereses, aunque sí incidió en ella de manera efectiva, a través del levantamiento del secreto bancario.

La Ley 44/1978 puso fin a la imposición de producto, y el IRPF pasó a tener carácter único, si bien la obligación de retener que, desde luego, afectaba a los intereses con el carácter de a cuenta, quedó configurada con carácter autónomo. Probablemente a este carácter único del IRPF quiere referirse la Exposición de Motivos de la Ley 35/2006 cuando afirma que la idea de un impuesto personal sobre la renta de las personas físicas de carácter general, personal y progresivo, se introdujo en España con la reforma tributaria de 1978.

El tránsito de una situación en la que sobre buena parte de los intereses la Hacienda Pública carecía de control a otra en la que, a través del fortalecimiento de las obligaciones de información, el círculo del control se extendió notablemente, fue facilitado por la amnistía fiscal de la Ley 50/1977.

Sin embargo, como quiera que la obligación de información de carácter automático, esto es, mediante suministro, estaba asociada a la obligación de retener, y esta limitada a los rendimientos calificados como del capital mobiliario, a lo largo de la década de los ochenta se asistirá a la configuración de activos financieros determinantes, ciertamente, de rendimientos del capital en sentido económico, pero dudosamente subsumibles en tal calificación desde la perspectiva de la aplicación de las normas fiscales. La reacción de la Hacienda Pública está escrita en la Ley 14/1985, el Real Decreto-Ley 1/1989 y el Real Decreto-Ley 5/1989, cuyas exposiciones de motivos, alrededor de veinte años después, conviene repasar porque hablan con claridad de cuáles eran las preocupaciones y los principios del legislador fiscal de dicha época.

La Exposición de Motivos de la Ley 14/1985 constata la existencia de un conjunto de activos financieros cuyas rentas escapaban a las obligaciones de retención e información, lo cual determinaba la opacidad fiscal de los mismos, contrariando así los principios de equidad y generalidad, y, en

particular, aliviaba indebidamente la presión sobre las rentas del capital en perjuicio de las rentas del trabajo. Para resolver la cuestión se ensancha el concepto de rendimiento del capital, a fin de incluir en el mismo los intereses de carácter implícito, y se establece un sistema de retención e información que pretende asegurar la tributación de estos rendimientos a escala general progresiva en paridad con las demás rentas.

De este vigoroso régimen escaparán los pagarés del Tesoro, cuyos rendimientos quedaron exceptuados de la obligación de retener. Con este desfallecimiento en orden a la equidad y generalidad, la Hacienda Pública se aseguraba el monopolio de las emisiones de activos financieros fiscalmente opacos. Gran paradoja que se resolverá con la Ley 18/1991, la cual estableció el canje de los pagarés del Tesoro por títulos de la Deuda Pública Especial, mediante un procedimiento que garantizaba la continuidad de la opacidad fiscal por el tiempo necesario para que operase la prescripción, si bien con la contrapartida de un tipo de interés del 2 por 100, muy por debajo del existente en el mercado en aquellas fechas. El tecnicismo legal apenas pudo disimular una amnistía fiscal encubierta pero no gratuita.

Pese al ensanchamiento de la obligación de retener operada por la Ley 14/1985, el legislador se vio en la necesidad de dar otra vuelta de tuerca algunos años más tarde. Y así, mediante el Real Decreto-Ley 1/1989, estableció un régimen de retención sobre los rendimientos de las Letras del Tesoro percibidas por no residentes y, sobre todo, mediante el Real Decreto-Ley 5/1989, sometió a la obligación de retención e información a los rendimientos de cuentas financieras basadas en operaciones sobre Letras del Tesoro, y a los derivados de la transmisión, cesión o transferencia de créditos, al tiempo que daba los primeros pasos para controlar efectivamente las rentas de las operaciones de seguro que envolvían operaciones financieras.

La reacción legislativa fue precedida por la administrativa ¹. En efecto, la Administración tributaria instruyó expedientes de comprobación y practicó liquidaciones en las que sostuvo la calificación de rendimiento del capital mobiliario y, por tanto, la procedencia de la obligación de retener e ingresar, respecto de los rendimientos de operaciones masivas basadas en el contrato de seguro o en las cesiones de crédito, todavía hoy día, algunas de ellas, pendientes de resolución ante los Tribunales de Justicia, y otras, las más, resueltas por los mismos con distinto signo, aunque generalmente estimando las tesis administrativas (SAN 7/11/97 y TS 2/11/02, califica ciertas operaciones a prima única como determinantes de rendimientos del capital mobiliario sujetas a retención; en sentido contrario, SAN 1/07/99; y SAN 3/10/03 considera que las cesiones de crédito determinan operaciones bancarias de captación de pasivo).

La Ley 18/1991 no modificó la tributación de los intereses, ya fuesen explícitos o implícitos, ni alteró el sistema vigoroso de retención e información establecido por la Ley 14/1985, al tiempo que, como se ha indicado, puso fin al ciclo de los pagarés del Tesoro. Los intereses, por aquel entonces derivados de elevadas tasas de rentabilidad, tributaron por una escala que oscilaba entre el 20 y el 53 por 100, y que hubo de ser elevada pocos meses después de la entrada en vigor de la Ley 18/1991 hasta el 56 por 100, por razones presupuestarias.

¹ NIETO, A. *Crítica de la Razón Jurídica*. Pág. 87.

En la Ley 18/1991 se aborda, eso sí, la calificación de las rentas derivadas del seguro, cuestión esta ciertamente no desconocida para la Ley 44/1978, que calificó como rendimiento del capital mobiliario a los intereses acumulados por rendimientos de contratos de seguros de vida con capital diferido, pero que con el paso del tiempo había ido adquiriendo una complejidad superlativa. El problema era calificar las rentas del seguro como del capital o como incremento de patrimonio. El legislador identificó el criterio de distinción en el riesgo y duración de la operación, estableciendo una habilitación reglamentaria cuya concreción no fue feliz si hemos de juzgar por las incertidumbres que su aplicación desencadenó (art. 9 del Reglamento del IRPF, aprobado por el RD 1841/1991).

El Real Decreto-Ley 7/1996 no incidió sobre la tributación de los intereses, pero al extraer las ganancias patrimoniales a largo plazo de la tarifa general progresiva para hacerlas tributar al 20 por 100, creó una suerte de «tierra prometida» al alcance de quienes fueran hábiles para transformar rendimientos en ganancias patrimoniales. La denominada «ingeniería financiera», que años antes había maniobrado para confeccionar activos financieros que escaparan de la obligación de retener, ahora se aplicaba a la tarea de revestir una rentabilidad financiera con los ropajes de las ganancias derivadas de la variación del precio de los activos. Así, algunos rendimientos puramente financieros ganaron plaza como incrementos patrimoniales.

La Ley 40/1998, y posteriormente la Ley 46/2002, de reforma de la primera, ambas refundidas en el TRIRPF, mantuvieron la tributación separada de las rentas y ganancias del capital y, muy probablemente para hacer frente a las transformaciones de rentas en ganancias, ensancharon notablemente el ámbito de las primeras, y así, quedaron alojadas entre los rendimientos del capital las rentas de las cuentas financieras, las derivadas de la cesión temporal de activos financieros con pacto de recompra, las procedentes de las operaciones sobre créditos de las entidades financieras, y la totalidad de las rentas del seguro. Importante golpe de timón en méritos de la progresividad impositiva, pues alojaba en la escala general a la totalidad de las rentas del seguro y ensanchaba los conceptos determinantes de rendimientos del capital, pero, al tiempo, la aplicación de unos porcentajes reductores en función del plazo de duración de la operación financiera frustraba la eficacia de la tarifa progresiva. Así, para plazos superiores a dos años la reducción era del 40 por 100 y, tratándose de contratos de seguro, la reducción era del 75 por 100 para plazos de duración superiores a cinco años. El Informe Lagares otorgaba al coeficiente reductor la función de evitar el exceso de imposición sobre las rentas irregulares, pero su efecto práctico era el de una exención parcial para aquellos contribuyentes, perceptores de elevadas rentas, cuyo tipo medio de gravamen estaba próximo al marginal máximo de la escala de gravamen.

Únase a ello la consagración legal de los seguros en los que el tomador asume el riesgo de la inversión (cuyo contenido real es el de un patrimonio productor de intereses, dividendos y plusvalías o minusvalías que se compensan entre sí), para comprender que el ensanchamiento de la categoría de las rentas del capital constituyó una protección puramente formal de la progresividad impositiva. Los intereses y productos financieros y del seguro tributaban a tarifa general, ciertamente, pero la progresividad solo operaba entre los perceptores de rentas bajas y medias, y de manera harto deficiente, en tanto que los perceptores de rentas elevadas, al cobijo de los porcentajes reductores habían dado el salto hacia la tributación proporcional a tipo reducido, y así, considerando el tipo marginal, la tributación efectiva de las rentas del capital oscilaba entre el 27 por 100 $[45/(1-0,4)]$ y el 11,5

por 100 $[45/(1-0,75)]$, todo ello sin contar con que si los patrimonios determinantes de estas rentas se alojaban en sociedades patrimoniales el tipo de gravamen de referencia habría de ser el 40 por 100.

La precedente exposición, sumaria, de textos legislativos, permite una división de los periodos de tributación de los intereses agrupada en torno a los siguientes criterios: imposición de producto frente a imposición personal; exención o tributación de los intereses procedentes de entidades financieras; obligación de información; progresividad o proporcionalidad.

- La imposición de producto será la única existente hasta la Ley de 20 de diciembre de 1932. A partir de la misma, imposición de producto e imposición personal convivirán, teniendo la imposición de producto carácter de gasto o de deducción de la cuota, según los casos, hasta la desaparición de la imposición de producto, esto es, del Impuesto sobre las Rentas del Capital, con la Ley 44/1978.
- Los intereses procedentes de las entidades financieras estarán exentos en la imposición de producto, no así en la personal, hasta el Decreto-Ley de 15 de diciembre de 1975.
- La obligación de información está asociada al levantamiento del secreto bancario y al establecimiento de la obligación de retener. Por tanto, es a partir de la Ley 50/1977 cuando el control masivo y eficaz de los intereses comienza a configurarse. El punto culminante de los esfuerzos para imponer la efectividad de la obligación de informar será la Ley 14/1985.
- La tributación progresiva de los intereses, con todas sus limitaciones, comienza con la Ley de 20 de diciembre de 1932, y vive lánguidamente, sofocada por la inoperatividad de las fuentes de información de las que disponía la Administración tributaria, hasta la Ley 44/1978. Durante las dos décadas posteriores la tributación progresiva de las rentas del capital vendrá a ser el paradigma de la justicia tributaria en la imposición personal. El objetivo de hacer tributar en paridad de condiciones a las rentas del trabajo y a las del capital se expresa abiertamente en la Exposición de Motivos de la Ley 14/1985, vinculándolo a los principios de equidad y progresividad. La Ley 40/1998 y la Ley 46/2002 conservarán formalmente la progresividad, pero realmente establecerán una tributación proporcional a través del juego de los porcentajes reductores, al menos para los perceptores de rentas elevadas.

1.2. Dividendos y participaciones en beneficios.

La tributación sobre los dividendos y participaciones en beneficios debe ser contemplada conjuntamente con la tributación sobre los beneficios, pues la relación existente entre ambas tributaciones configura un rasgo básico de aquella.

A partir de 1900, la Contribución sobre las Utilidades de la Riqueza Mobiliaria gravará tanto a los beneficios como a las distribuciones de los mismos bajo la forma de dividendos o participaciones en beneficios.

En el Texto Refundido de 1922, los beneficios tributan en la Tarifa 3.^a en función de una tarifa progresiva construida en relación con la rentabilidad del capital fiscal, y los beneficios lo hacen por la Tarifa 2.^a, igualmente en función de una tarifa progresiva construida sobre la relación existente entre el valor de adquisición de la participación y el importe del dividendo o participación en beneficios. No se trataba, pues, de una progresividad tal y como, hasta la Ley 35/2006, se ha venido entendiendo, esto es, deuda tributaria creciente en función del importe de la renta. Así, dividendos en cuantía absoluta muy elevados podían tributar por el tipo más bajo de la escala (5,5%) y otros de cuantía absoluta moderada podían hacerlo por el tipo más alto (17,25%).

La Ley de 20 de diciembre de 1932, de la Contribución General sobre la Renta, consideró como ingresos los dividendos y participaciones en beneficios distribuidos por las sociedades civiles, mercantiles y cooperativas. De esta manera, los beneficios pasaron a soportar tres tributos, si bien la Tarifa 2.^a constituyó gasto de la Contribución General sobre la Renta. Lo moderado de los tipos de gravamen de los impuestos de producto y personal dulcificó esta triple imposición.

La Ley de 16 de diciembre de 1940 incrementó notablemente la tributación al llevar el tipo marginal de la Contribución General sobre la Renta al 40 por 100, pero, al tiempo, introdujo una exención en la imposición sobre los beneficios derivados del arrendamiento de fincas urbanas y en la relativa a los dividendos y participaciones correspondientes, que estuvo vigente hasta el Real Decreto-Ley 15/1977. La imposición de producto sería considerada a cuenta de la imposición personal.

Con la Ley de 16 de diciembre de 1954, la imposición de producto vuelve a tener la consideración de gasto deducible de la Contribución General, la cual, como ya sabemos, moderó su progresividad. En esta ley se otorga la consideración de dividendos, y como tales se gravan, a las asignaciones a fondos de reserva voluntaria de las sociedades de carácter personal. Bajo esta singular disposición late la idea de que la renta disponible por parte de los socios debe imputarse a los mismos, aunque no se distribuya.

La Ley de 26 de diciembre de 1957 suprimió la tributación progresiva sobre los beneficios y su distribución, en la imposición de producto.

Con la Ley de Reforma del Sistema Tributario, de 11 de junio de 1964, los dividendos, al igual que los intereses, tributan por la imposición de producto, esto es, el Impuesto sobre las Rentas del Capital, que se configura como un impuesto a cuenta del Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas. Por tanto, los dividendos continuarán padeciendo doble imposición. Se mantuvo la exención relativa a los beneficios y dividendos procedentes del arrendamiento de fincas urbanas, la cual se hacía efectiva en el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas a través de la deducción en cuota de las cuotas integras teóricas de la imposición de producto. Por otra parte, el Impuesto sobre las rentas del Capital suprime la norma de imputación de las reservas voluntarias a los socios de las sociedades personalistas, y la sustituye por la inversa, de manera tal que las cantidades asignadas a reservas no serán imputadas a aquellos, excepto si su distribución resulta obligada en virtud de los pactos sociales escriturados.

El deficiente control que la Administración tributaria tenía sobre los beneficios de las sociedades se trasluce en un conjunto de presunciones relativas a la distribución de dividendos, de entre las cuales

la más eficaz fue la relativa a la determinación de plusvalías y dividendos por referencia al precio de mercado en la enajenación de elementos del activo (art. 17 del Impuesto sobre las Rentas del Capital).

La Ley 50/1977 no afectó a la tributación sobre los dividendos, de manera directa, pero la regularización voluntaria de la situación fiscal prevista en su artículo 31 permitió la afloración de activos ocultos y la eliminación de pasivos ficticios, de manera tal que la veracidad de los beneficios, y de su distribución, aumentó significativamente.

La Ley 44/1978 abordó, por vez primera, el problema de la doble imposición de dividendos, y, a tal efecto, estableció una deducción en la cuota del 15 por 100 de los dividendos procedentes de beneficios que hubiesen tributado sin bonificación ni reducción alguna en el Impuesto sobre Sociedades. La Ley 48/1985 redujo este porcentaje al 10 por 100, y así lo mantuvo la Ley 18/1991.

A comienzos de la década de los noventa existía una corriente de opinión entre los hacendistas españoles muy favorable a la integración del Impuesto sobre Sociedades y el IRPF. Veamos algunas reflexiones en tal sentido:

- «... El Impuesto sobre Sociedades solo tiene apoyo sólido en su función de retención a cuenta del impuesto personal correspondiente. En consecuencia, cuanto mayor sea la integración de este impuesto y el gravamen personal sobre la renta, mejor servirá aquel a su función, menores serán sus efectos distorsionadores sobre las decisiones empresariales de inversión y financiación, y menos acusada su incidencia indeseable sobre la equidad en la distribución de la carga tributaria...»².
- «... Las crecientes posibilidades de arbitraje financiero-fiscal, especialmente a partir de 1992, recomiendan avanzar decididamente hacia una mayor integración de los impuestos personal y societario...»³.
- «... Adoptar un sistema de imputación plena, con un tipo de imputación del 35 por 100 sobre los dividendos brutos (incrementados por el propio crédito fiscal), manteniendo el tipo general de gravamen en el 35 por 100. De esta forma se evita la doble imposición económica de los dividendos, favoreciendo la neutralidad y la equidad interpersonal a nivel interno...»⁴.
- «... El dividendo bruto –es decir, el dividendo neto percibido más sus retenciones en la fuente– debería aumentarse multiplicándolo por el coeficiente 1,4... A su vez, el contribuyente en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tendría derecho a deducir en su cuota el 40 por 100 del dividendo bruto percibido...»⁵.

La opinión de la doctrina hacendística influyó en la autoridad fiscal, de manera tal que el Informe para Reforma del Impuesto sobre Sociedades (1994) consagró su capítulo III a la cuestión de la

² GONZÁLEZ-PÁRAMO: *Impuesto sobre Sociedades*; Hacienda Pública Española 2/1992.

³ FUENTES QUINTANA y otros: *La reforma fiscal y los problemas de la Hacienda Pública Española*. Civitas 1990.

⁴ CORONA RAMÓN: *Doble imposición económica e internacional de los dividendos*. I.E.F. PT 1/92

⁵ LAGARES, CASTELLANO Y VALLE: *Reforma del Impuesto sobre Sociedades*. 1992.

eliminación de la doble imposición de dividendos, y esbozó una propuesta de reforma inspirada en la de Lagares, Castellano y Valle, la cual, finalmente, fue adoptada por la Ley 42/1994. En efecto, esta Ley, y las que en lo sucesivo han venido regulando el IRPF hasta la Ley 35/2006, esto es, la Ley 40/1998 y la Ley 46/2002, asumieron la denominación imputación estimativa, consistente en integrar en la base imponible el dividendo antes de retención multiplicado por 1,4, y deducir de la cuota el dividendo referido multiplicado por 0,4, lo que implicaba incorporar a la base imponible del IRPF el beneficio del que provenía el dividendo y deducir la cuota del Impuesto sobre Sociedades correspondiente a tal dividendo, todo ello bajo la hipótesis de un tipo efectivo de gravamen de este impuesto del 28,57 por 100.

El método descrito era, en realidad, un híbrido de los sistemas clásico y de imputación, puesto que, en definitiva, no tomaba en consideración importe efectivamente satisfecho por el Impuesto sobre Sociedades.

Por lo demás, la Ley 40/1998 y la Ley 46/2002, y, consecuentemente, el TRIRPF, mantuvieron la tradicional tributación a tipo progresivo sobre los dividendos, en paridad con las restantes rentas. Tributación progresiva que, a diferencia de lo que sucedió respecto a los intereses y rentas del seguro, no se vio falseada por la aplicación de porcentajes reductores en función del tiempo de tenencia de la participación.

La historia de la tributación de los dividendos y participaciones en beneficios puede ser, al igual que se hizo respecto de los intereses, agrupada en torno a los siguientes criterios: imposición de producto frente a imposición personal; imposición clásica frente a eliminación de la doble imposición; progresividad o proporcionalidad.

- La imposición de producto, al igual que sucedió con los intereses, fue la única existente hasta la Ley de 20 de diciembre de 1932. Hasta la supresión del Impuesto sobre las Rentas del Capital, realizada por la Ley 44/1978, la imposición de producto y personal convivieron.
- Hasta la Ley 44/1978 existirá doble, e incluso triple, imposición de dividendos. Esta ley atenuó la doble imposición mediante una deducción proporcional de la cuota, pero la integración, si bien imperfecta, del Impuesto sobre Sociedades y el IRPF será hija de la Ley 42/1994, y se mantendrá hasta la Ley 35/2006.
- Los dividendos siempre tributaron, hasta la Ley 35/2006, bajo criterios de progresividad, incluso en el periodo de vigencia única de la imposición de producto, y tal progresividad, a diferencia de lo ocurrido respecto de los intereses, no sufrió el desmerecimiento de los porcentajes reductores de la Ley 40/1998.

1.3. Ganancias de capital.

Las ganancias de capital únicamente formaban parte de la renta gravada por la Ley de 20 de diciembre de 1932, cuando eran obtenidas dentro del plazo de tres años, mediando, además, corrección monetaria.

La primera modificación importante del régimen de las ganancias de capital se produjo con la Ley de 16 de diciembre de 1954. Se mantuvo el plazo de tres años y la corrección monetaria, se excluyeron las ganancias patrimoniales derivadas de los activos adquiridos a título lucrativo, así como las procedentes del cobro de cédulas con premio autorizado legalmente, y aquellas que eran objeto de reinversión, pero, frente a estas medidas restrictivas, se tipificaron los denominados incrementos no justificados de patrimonio exteriorizados por adquisiciones a título oneroso que guardaban desproporción con la renta atribuida en los cuatro años anteriores al en que la adquisición tuvo lugar. Con el tiempo, se comprobará que esta medida concedió a la inspección tributaria un arma poderosísima para regularizar rentas ocultas, en un contexto de carencia de información y fraude generalizado. Afloraba tal estado de cosas en la propia literatura legal, que otorgó al Jurado Central de la Contribución sobre la Renta la función de fijar los valores de enajenación figurados en los documentos traslativos cuando la Administración tributaria discrepara de los mismos, así como los valores de las inversiones tomadas a los efectos de calcular los incrementos de patrimonio no justificados.

La Ley de 11 de junio de 1964 recortó severamente la tributación de las ganancias patrimoniales, pues excluyó de la consideración de renta el precio de venta de los derechos de suscripción preferente de valores mobiliarios y, sobre todo, a la que pudiera descubrirse a través de los incrementos no justificados de patrimonio. Por otra parte, también excluyó a las plusvalías mobiliarias a más de un año, y mantuvo la exención por reinversión así como el no gravamen de las ganancias derivadas del cobro de capitales de contratos de seguros o de la amortización de cédulas con premio autorizado legalmente. Finalmente, suprimió la corrección monetaria.

El Real Decreto-Ley de 30 de noviembre de 1973 ensanchó significativamente el ámbito de tributación de las ganancias de capital, e introdujo normas sobre compensación de pérdidas. Se incorporan a tributación la totalidad de las plusvalías, pero aquellas obtenidas en un plazo superior a uno o tres años, según se tratase de bienes muebles o inmuebles, se gravaban al 15 por 100, con una reducción del 5 por 100, por cada año que excediera de los plazos citados. Las pérdidas sufridas rebasados dichos plazos se compensarán con las ganancias patrimoniales de igual condición. La exención por reinversión se limitó a las ganancias obtenidas en la transmisión de activos empresariales o la vivienda habitual, y, tratándose de las plusvalías a largo plazo, la reinversión en valores mobiliarios cotizados determinaba una reducción del 50 por 100 de la renta computable.

La Ley 44/1978 sometió a tributación la totalidad de las ganancias patrimoniales, considerándolas como una renta más, si bien con atenuación de la progresividad propia de las rentas irregulares a través de un sistema de promediación. No obstante, permaneció la exención por reinversión tratándose de activos empresariales y una reducción de dos millones de pesetas en el caso de vivienda habitual. Los derechos de suscripción preferente no determinaban renta gravable, pero el importe derivado de su transmisión se aplicaba a aminorar el valor de adquisición de la participación. Desaparece también la exención de los contratos de seguro, y, lo que es más importante, se reputa renta aquella que se ponga de manifiesto a través de adquisiciones a título oneroso cuya financiación no se corresponda con la renta y patrimonio declarados. También desaparecieron las normas restrictivas de la compensación de pérdidas. La modificación fue, ciertamente, radical, y tal vez por ello se estableció una regularización del valor fiscal de los activos adquiridos antes de la fecha de publicación de la citada ley, asociada al Impuesto sobre el Patrimonio y referenciada al valor de mercado.

El tiempo demostraría que esta reforma radical, y bienintencionada, contenía dos debilidades que algunos contribuyentes intentaron explotar, con diverso resultado práctico: la transmisión sustancial de la participación a través de ampliaciones de capital cuyos derechos de suscripción se transmitían por un precio que determinaba unos más que discutibles valores fiscales negativos de la participación, y la generación de pérdidas que compensaban rentas ordinarias.

En los primeros años de aplicación del nuevo régimen las tasas de inflación fueron realmente elevadas, con lo cual se sometieron a tributación plusvalías meramente nominales, hasta que la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, estableció la corrección monetaria.

La Ley 48/1985, de 27 de diciembre, estableció un complejo sistema de integración y compensación de rentas, que determinó la estanqueidad de las pérdidas de capital respecto de las restantes rentas, saliendo así al paso de una de las principales debilidades de la Ley 44/1978. La segunda debilidad fue sanada por el Real Decreto-Ley 1/1989, en cuya virtud el precio de venta de los derechos de suscripción preferente de acciones y participaciones no cotizadas se consideró ganancia patrimonial, y el relativo a cotizadas continuó aplicándose al valor de adquisición, pero el exceso sobre el mismo se consideraba ganancia patrimonial, lo que, probablemente, ya era así según una interpretación razonable de la norma hasta entonces vigente.

La Ley 18/1991, de 6 de junio, introdujo los porcentajes reductores de plusvalías para aquellas obtenidas a más de dos años, al tiempo que suprimió la corrección monetaria. Los porcentajes reductores (7,14, general; 11,11, valores cotizados y 5,26, inmuebles) determinaban la exención, total o parcial, de las plusvalías a medio y largo plazo, pero también el no cómputo de las pérdidas, total o parcial. Como quiera que el nuevo régimen no fue acompañado de una norma transitoria, se produjo una suerte de exención inmediata respecto de los patrimonios más antiguos. El régimen de integración y compensación de las plusvalías continuó regido por el principio de estanqueidad.

El Real Decreto-Ley 7/1996, de 6 de junio, distinguió tres tipos de ganancias de capital, según el plazo de obtención. Las obtenidas dentro del año continuaban tributando a tarifa progresiva; las obtenidas entre uno y dos años, se gravaban al tipo medio de gravamen, y las obtenidas a más de dos años al 20 por 100, con una reducción de 200.000 pesetas, no aplicable respecto de las ganancias derivadas de la transmisión o el reembolso de participaciones de instituciones de inversión colectiva. Por lo demás, se mantuvo el régimen de estanqueidad en la integración y compensación de ganancias y pérdidas patrimoniales, así como la corrección monetaria, en los términos previstos en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

La Ley 40/1998, de 9 de diciembre, distinguió dos tipos de ganancias de capital. Las obtenidas a más de dos años, que tributarán al 17 por 100 y las obtenidas en un plazo inferior, las cuales lo harán a tarifa progresiva. Continuó el sistema de integración y compensación regido por el principio de estanqueidad, si bien se simplificó, y la corrección monetaria se restringió a los inmuebles. La exención por reinversión se limitó a la vivienda habitual, pudiendo acogerse las plusvalías de activos empresariales al diferimiento por reinversión. Las rentas derivadas del cobro de capitales en los contratos de seguros pasaron a calificarse como rendimientos del capital mobiliario.

La denominada «plusvalía del muerto» dejó de considerarse ganancia o pérdida patrimonial, así como las derivadas de transmisiones lucrativas de empresas o participaciones fiscalmente protegidas.

Las modificaciones posteriores del régimen de las ganancias de capital, básicamente introducidas por la Ley 46/2002, se integran en el TRIRPF, siendo la más relevante la disminución del tipo de gravamen de las ganancias de capital a más de un año al 15 por 100.

La tributación de las ganancias de capital puede ser agrupada en torno a los siguientes criterios: plazo de obtención; progresividad frente a tipo fijo; corrección monetaria.

- El plazo de obtención siempre ha sido relevante. Así, hasta el Real Decreto-Ley de 30 de noviembre de 1973, las plusvalías a medio y largo plazo no tributaron, y cuando comenzaron a hacerlo tributaron a tipo proporcional. La Ley 44/1978 fue una excepción, pues sometió todas las plusvalías a tarifa general progresiva, sin perjuicio de la corrección por rentas irregulares. La Ley 18/1991 retomó la distinción a través de los porcentajes reductores, y tal distinción se consolidó a partir del Real Decreto-Ley 7/1996. Así pues, con el paréntesis de la Ley 44/1978, el plazo de obtención de la plusvalía siempre ha sido relevante.

Las ganancias de capital a corto plazo siempre se han gravado a tarifa progresiva, oscilando el corto plazo entre uno y tres años. Las ganancias de capital a medio o largo plazo, o bien no se han sometido a tributación, total o parcialmente, o bien se han gravado a tipo proporcional, con el paréntesis de la Ley 44/1978.

- La corrección monetaria ha tenido una aplicación discontinua. Así, la elegante dicción de la Ley de 20 de diciembre de 1932 —«... habida cuenta del valor del dinero entre ambas fechas...»— no sedujo a todos los legisladores posteriores, probablemente desconcertados ante el desacuerdo doctrinal imperante.

Los informes que sobre el particular se han publicado en España han sido, por regla general, reticentes respecto de la aplicación de la corrección monetaria.

El *Informe para la Reforma del Sistema Tributario Español* (1973) descartó la corrección monetaria con el argumento de que la misma no se aplicaba a las rentas ordinarias. Inversamente, en el *Informe Sistema Tributario Español. Criterios para su reforma* (1977) se admitió la necesidad de la corrección monetaria, si bien se descartaba la técnica, entonces vigente, de los coeficientes de abatimiento. El informe que precedió a la Ley 18/1991 rechazó el retorno a los coeficientes de abatimiento, pero dicha Ley los reestableció. En el informe de la «Comisión Lagares» se argumenta vigorosamente contra la corrección monetaria, seguramente con base en las teorías del hacendista WICKREY, sustentadas en la discriminación que de tal corrección se derivaría para las restantes rentas, y probablemente también siguiendo las opiniones del *Informe Carter*. Sin embargo, tanto el *Informe Meade* como el *Informe Bradford* propugnaron la corrección monetaria.

1.4. La tributación de la inversión colectiva.

La Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, describe la función de las instituciones de inversión de colectiva diciendo que son «... aquellas que tienen por objeto captar fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos...» (art. 1).

Las Instituciones de Inversión Colectiva pueden adoptar la forma de fondo de inversión o de sociedad de inversión.

Los fondos de inversión son «... patrimonios separados sin personalidad jurídica, pertenecientes a una pluralidad de inversores, incluidos entre ellos otras I.I.C., cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario, y cuyo objeto es la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos...» (art. 3).

El partícipe tiene el derecho de «... solicitar y obtener el reembolso del valor de sus participaciones... y el traspaso de sus inversiones entre I.I.C...» [art. 5.3 a) y b)].

Las sociedades de inversión adoptan la forma de sociedad anónima, «...y su capital social será susceptible de aumentar o disminuir dentro de los límites del capital máximo o mínimo fijados en sus estatutos, mediante la venta o adquisición por la sociedad de sus propias acciones, sin necesidad de acuerdo de la junta general...» (art. 29). Las acciones «... se recomprarán por la sociedad a solicitud de cualquier interesado según el valor liquidativo que corresponda a la fecha de la solicitud...».

Mediante el ejercicio del derecho de reembolso (fondos de inversión) o de recompra (sociedades de inversión), el inversor, por su sola voluntad, puede recuperar su inversión más los rendimientos imputables a la misma. Las rentas del patrimonio colectivo son, por tanto, disponibles incondicionalmente para los partícipes, y los beneficios de la sociedad de inversión para sus socios.

El fondo de inversión y la sociedad de inversión tienen, según su vocación inversora, un activo compuesto de instrumentos financieros o inmuebles, de manera tal que los inversores tienen una parte alícuota de esos bienes. Si el inversor tuviera directamente tales bienes (valores, depósitos, inmuebles...), tributaría por los rendimientos derivados de los mismos, a partir de la Ley 35/2006, al 18 por 100 tratándose de instrumentos financieros, y por la escala progresiva tratándose de inmuebles, aunque reinvirtiera tales frutos o productos. Pero si los obtiene indirectamente, esto es, a través de la Institución de Inversión Colectiva, no tributa mientras no ejerce los derechos de reembolso o recompra.

Como quiera que la Institución de Inversión Colectiva tributa al 1 por 100 por el Impuesto sobre Sociedades, el inversor colectivo tributa privilegiadamente respecto del inversor individual.

En teoría, tal privilegio es puramente temporal, esto es, se trata de un diferimiento o demora en la tributación de las rentas generadas en la Institución de Inversión Colectiva hasta el reembolso o recompra de la participación, pero como quiera que uno y otra dependen de la voluntad del inversor es concebible que este no los ejercite y que el patrimonio acumulado pase a sus herederos, sin otra tributación que la simbólica del 1 por 100 por el Impuesto sobre Sociedades. Únase a todo ello que el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se halla en franco declive.

De esta manera, el régimen fiscal de las instituciones de inversión colectiva y de sus partícipes procura una tributación privilegiada para las rentas del capital.

Innecesario es decir que el régimen fiscal privilegiado de la inversión colectiva no es obra de la Ley 35/2006. Esta se ha limitado a perpetuar el privilegio. Por ello, la reseña de la evolución histórica de la tributación de las Instituciones de Inversión Colectiva y de sus partícipes reviste un interés superlativo.

La Ley de 15 de julio de 1952 reguló, por vez primera, el régimen jurídico y fiscal de la inversión colectiva, declarando exentas por la Tarifa 3.^a de la Contribución de Utilidades a las entonces denominadas sociedades mobiliarias de cartera. La Ley de 26 de diciembre de 1958 insertó esta exención, ya referida a las sociedades de inversión mobiliaria, en el Impuesto sobre los beneficios de las Sociedades y Entidades Jurídicas. El Decreto-Ley de 30 de abril de 1964 declaró aplicable la exención a los fondos de inversión, y habilitó al Ministro de Hacienda para regular la exención en la Contribución General sobre la Renta de las rentas distribuidas por los fondos de inversión, en cuanto procedieran de la enajenación de sus valores. La Orden de 1 de diciembre de 1970 sistematizó las exenciones fiscales otorgadas a la inversión colectiva: exención por el Impuesto sobre Sociedades de las instituciones; aplicación de la deducción para evitar la doble imposición en el Impuesto sobre Sociedades respecto de las rentas distribuidas por la institución, exención en el Impuesto sobre la Renta del Capital y, finalmente, exención en el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas las rentas distribuidas por los fondos de inversión siempre que se paguen con cargo a plusvalías derivadas de la transmisión de valores que hubieran permanecido por más de un año en el patrimonio de la Institución de Inversión Colectiva.

Nada dice la Orden de 1 de diciembre de 1970 respecto de las rentas derivadas del reembolso, pero tampoco era necesario, pues seguían el régimen general de las plusvalías, esto es, solo se gravaban las realizadas a corto plazo en la forma anteriormente expuesta.

La legislación reseñada muestra aspectos muy interesantes. En efecto, el legislador estimaba que había diseñado un régimen de beneficio fiscal, y, sin duda de manera pionera, esbozaba técnicas de transparencia fiscal al objeto de proteger dicho beneficio fiscal en su plenitud, pues, en efecto, no otra explicación tenía la exención en el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas de las rentas distribuidas por el fondo de inversión con cargo a plusvalías a más de un año, ya que estas, de haber sido obtenidas directamente por el socio o partícipe, no hubieran tributado en dicho impuesto. Se trataba, ciertamente, de una utilización sesgada de la transparencia fiscal, en el contexto de un régimen de privilegio fiscal, pero demostrativa de la conciencia de su existencia y de la voluntad de mantenerlo.

El Decreto-Ley de 30 de noviembre de 1973 afectó al régimen fiscal de los socios y partícipes de las Instituciones de Inversión Colectiva de manera derivada, en la medida en que el reembolso o la transmisión de la participación determinaban una plusvalía, y las plusvalías a largo plazo comenzaron a tributar en la forma que ha sido expuesta. La institución de inversión colectiva continuó exenta por el Impuesto sobre Sociedades.

La Ley 50/1977 recortó la exención de la que disfrutaban las instituciones de inversión colectiva, sometiendo a tributación a aquellas sociedades de inversión mobiliaria que no cotizaban efectivamente en Bolsa, por la parte de los beneficios que no eran objeto de distribución a los socios. De esta manera, se atendía a un doble objetivo, por una parte se evitaba la acumulación de rentas sin tributación en las instituciones de inversión colectiva, y por otra, se eliminaba la doble imposición, que hubiera sobrecargado indebidamente a la inversión colectiva. El contenido de la medida revela un entendimiento correcto del carácter instrumental de la inversión colectiva, pero, lamentablemente, no se extendió a la totalidad de las Instituciones de Inversión Colectiva pues quedó limitada a las que tenían forma de sociedad. El régimen de los partícipes no se modificó.

La Ley 44/1978 y la Ley 61/1978 pusieron fin al régimen fiscalmente privilegiado de la inversión colectiva. En efecto, la Ley 61/1978 suprimió la exención en el Impuesto sobre Sociedades, y, para evitar la doble imposición intersocietaria, se concedía a la Institución de Inversión Colectiva la deducción del 100 por 100 por razón de los dividendos percibidos. Por otra parte, las sociedades de inversión mobiliaria cuyas acciones no eran de cotización calificada, pasaron a tributar por el régimen de transparencia fiscal, cuando se cumplían los requisitos al efecto.

No obstante, tratándose de sociedades de inversión colectiva que, a la entrada en vigor de la Ley 61/1978, disfrutaban de exención, continuarían en su disfrute por un plazo de cinco años. La Orden de 31 de julio de 1980 clarificó el régimen fiscal de las Instituciones de Inversión Colectiva distinguiendo tres modalidades: general, transparencia obligatoria, y transitoria.

La transparencia obligatoria se aplicaba, cuando concurrían los requisitos legalmente establecidos, de manera inmediata, y una vez concluido el régimen transitorio, estaba previsto que todas las Instituciones de Inversión Colectiva perderían la exención por el Impuesto sobre Sociedades. La tributación del inversor no varió, pero las plusvalías derivadas del reembolso o transmisión de la participación pasaron a tributar a tarifa general.

Como se verá seguidamente, la prevista desaparición de los beneficios fiscales de la inversión colectiva no llegó a entrar en vigor.

La Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, estableció un tipo de gravamen del 13 por 100 para las Instituciones de Inversión Colectiva cotizadas en Bolsa, con derecho a la deducción para evitar la doble imposición de dividendos del 100 por 100. La tributación de los socios y/o partícipes no varió, si bien las participaciones pudieron ser actualizadas sin coste fiscal.

La Ley 18/1991 minoró el tipo de gravamen hasta el 1 por 100 y suprimió la deducción para evitar la doble imposición de dividendos. La tributación de los socios y partícipes varió en la medida en que lo hizo el régimen general de las ganancias patrimoniales, de manera tal que, transcurridos quince años, disfrutaban de exención plena.

El régimen fiscal de la Institución de Inversión Colectiva establecido por la Ley 18/1991 ya no se modificaría hasta la Ley 35/2003, la cual mantuvo el tipo de gravamen en el 1 por 100, pero no condicionado a la cotización en Bolsa sino al mantenimiento de un número mínimo de socios que se fijó en 100, justamente el mismo número que se requería para cotizar, y, además, estableció una habilitación reglamentaria para reducir el número de socios, y para establecer requisitos de difusión o distribución de la participación, cuya finalidad era cortar los abusos consistentes en camuflar inversiones controladas por un reducido número de personas bajo el régimen de la inversión colectiva. El Reglamento de la Ley 35/2003, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, hizo uso de la habilitación para rebajar el número de socios o partícipes, pero no para asegurar la difusión o distribución de la participación.

Finalmente, la disposición adicional tercera de la Ley 23/2005 estableció un procedimiento para constatar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación sustantiva que incidían en el disfrute del régimen fiscal, cuyo sentido último era otorgar preferencia a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en relación con la inspección tributaria.

La tributación de las Instituciones de Inversión Colectiva y de sus partícipes pueden ser agrupadas en torno a los siguientes criterios: tributación o exención de la Institución de Inversión Colectiva; transparencia o plusvalía en el momento del reembolso:

- En el largo periodo que va desde la Ley de 15 de julio de 1952 hasta la Ley 44/1978 y la Ley 61/1978, la Institución de Inversión Colectiva está exenta, si bien la Ley 50/197 recorrió dicha exención.
- La Ley 44/1978 y la Ley 61/1978 incorporan a la Institución de Inversión Colectiva al régimen general, pero concediendo una prórroga de la exención de acuerdo con los criterios generales relativos a la supresión de los beneficios fiscales.

El régimen fiscal previsto en la Ley 44/1978 y en la Ley 61/1978 nunca fue aplicado, porque, primero la Ley 46/1984 y posteriormente la Ley 18/1991, volvieron a introducir los privilegios fiscales establecidos por la Ley de 15 de julio de 1952, bajo la forma de tipo de gravamen reducido (13% y 1% respectivamente).

- La transparencia fiscal se implanta con la Ley 44/1978 y la Ley 61/1978, pero su efectividad práctica será nula porque tal régimen no se aplicará respecto de las sociedades cotizadas en Bolsa, y las Instituciones de Inversión Colectiva cotizaban, aunque, en algunos casos, había motivos para dudar de la calidad de tal cotización.

Puede apreciarse que, excepto en el corto periodo que abrió la Ley 44/1978 y posteriormente la Ley 61/1978, la inversión colectiva ha venido disfrutando de un régimen de beneficio fiscal. A pesar de ello muy pocos informes fiscales relativos a reformas fiscales se han ocupado de investigar la justificación del beneficio fiscal.

El informe de la «Comisión Lagares» aborda la cuestión desde la perspectiva del socio o partícipe e indica que los «... productos (de la inversión colectiva) deberían continuar manteniendo un tratamiento propio de las ganancias patrimoniales...», pero no alude a los beneficios fiscales de las Instituciones de Inversión Colectiva.

El informe *Una alternativa fiscal para España* se pronunció con rotundidad al afirmar que las participaciones en fondos de inversión «... gozan en la actualidad de un tratamiento fiscal privilegiado...», y puntualiza que «... De esta manera en la Ley 40/1998 coexisten dos impuestos diferentes: el impuesto sobre la renta extensiva y a tarifa progresiva que pagan perceptores de rentas del trabajo... y el impuesto proporcional que pagan los perceptores de ganancias del capital que canalizan sus colocaciones a través de instituciones de inversión colectiva...». Y más adelante se afirma que «... La acumulación de rentas en las participaciones de instituciones de inversión colectiva o en los seguros de vida de capital diferido puede suponer una grave fisura en un impuesto que pretende gravar la renta disponible...». No obstante, este informe no llegó a definir una alternativa reformadora basada en la imposición sobre la renta.

Quienes escudriñen críticamente la historia del sistema fiscal español hallarán motivos de reflexión en los párrafos entresacados del informe citado, pues certeros en el diagnóstico del contenido privilegiado del régimen de la inversión colectiva, son piedra de toque de la Ley 35/2006, la cual se ha hurtado a la cita con la reforma de la fiscalidad de la inversión colectiva. Y también iluminan el nervio, dispar, de las decisiones legislativas de los años de la transición a la democracia (Ley 44/1978; Ley 61/1978) y de años posteriores (Ley 46/1984; Ley 18/1991).

2. LA TRIBUTACIÓN DE LAS RENTAS Y GANANCIAS DEL CAPITAL EN EL CONTEXTO EUROPEO

Escapa a las posibilidades del autor describir con precisión la tributación de las rentas y ganancias del capital en los Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, siendo tal información relevante para ubicar a la Ley 35/2006 en el contexto de la fiscalidad europea, parece necesario, cuando menos, esbozar los rasgos más básicos. A tal efecto, se dará noticia de la tributación de los dividendos, intereses y ganancias patrimoniales de buena parte de los Estados miembros, y de otros países, así como del tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades⁶. Por lo que se refiere a la fiscalidad de la inversión colectiva, el análisis se limitará a Francia, Alemania y Reino Unido.

⁶ *European Tax Handbook* (2006).

2.1. La tributación de intereses, dividendos y ganancias del capital.

2.1.1. Alemania.

- Intereses: tarifa general progresiva.
- Dividendos: su mitad, a tarifa general progresiva.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 26,38 por 100 (más imposición local).
- Ganancias de capital: activos empresariales, a tarifa general progresiva; inmuebles, a tarifa general progresiva, con exención a partir de 10 años; acciones: su mitad, a tarifa general progresiva, tratándose de participaciones significativas (1 por 100), resto exento; límite exento de 9.060 euros cuando la plusvalía no supera 36.100 euros y se transmite toda la participación.

2.1.2. Francia.

- Intereses: tarifa general progresiva; liberatorio para ciertos intereses, entre 16,35 y 60 por 100.
- Dividendos: su mitad, a tarifa general progresiva.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 33,33 por 100.
- Ganancias de capital: activos empresariales, a tarifa general progresiva a menos de dos años y al 16 por 100 el resto; inmuebles, al 16 por 100 con coeficiente de abatimiento del 10 por 100 a partir del quinto año; acciones: al 10 por 100 con coeficiente de abatimiento del 33 por 100 a partir del quinto año.

2.1.3. Reino Unido.

- Intereses: tarifa progresiva.
- Dividendos: imputación estimativa (1/9 dividendo) y tarifa progresiva.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 30 por 100.
- Ganancias de capital: activos empresariales, a tarifa progresiva con exención del 50 por 100 (a partir del primer año) y del 75 por 100 (a partir del segundo año); activos no empresariales, a tarifa progresiva con exención del 5, 10, 15 y 20 por 100 (a partir de los años tercero, cuarto, quinto y sexto, respectivamente).

2.1.4. Italia.

- Intereses: liberatorio del 20 por 100 sobre intereses bancarios y de valores a menos de 18 meses; liberatorio del 12,5 por 100 sobre intereses de valores a más de 18 meses, y de valores públicos.
- Dividendos: sus 2/5 partes a tarifa general progresiva respecto de participaciones empresariales o significativas (5% o 25% según que coticen o no); liberatorio del 12,5 por 100 para el resto de dividendos.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 33,33 por 100.
- Ganancias de capital: activos empresariales, a tarifa progresiva; acciones: a tarifa general progresiva o según criterios relativos a los dividendos.

2.1.5. Portugal.

- Intereses: 20 por 100 liberatorio, o del 8 y 16 por 100 para operaciones a largo plazo.
- Dividendos: su mitad, a tarifa general progresiva o liberatorio del 20 por 100, a elección del contribuyente.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 20 por 100.
- Ganancias de capital: su 50 por 100 a tarifa general tratándose de inmuebles; acciones, a tipo fijo del 10 por 100.

2.1.6. Holanda.

- Intereses: sobre una retribución objetivamente determinada del 4 por 100, a tipo fijo del 30 por 100.
- Dividendos: procedente de participación sustancial (5% del capital), a tipo fijo del 25 por 100; otros, retribución objetiva del 4 por 100 al 25 por 100.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 25 ó 30 por 100.
- Ganancias de capital: activos empresariales, a tarifa general progresiva; participaciones significativas, según lo previsto para los dividendos; resto, exento.

2.1.7. Bélgica.

- Intereses: liberatorio del 15 por 100.

- Dividendos: liberatorio del 25 por 100.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 33,99 por 100.
- Ganancias de capital: activos empresariales, a tarifa progresiva; otras exentas, salvo ciertas excepciones relativas a plusvalías inmobiliarias o de participaciones significativas, que se gravan entre el 16,5 y el 25 por 100.

2.1.8. Austria.

- Intereses: liberatorio del 25 por 100.
- Dividendos: liberatorio del 20 por 100; ciertos dividendos, exentos.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 25 por 100.
- Ganancias de capital: activos empresariales, inmuebles a menos de diez años y participaciones significativas, a la mitad del tipo efectivo de gravamen derivado de tarifa general; resto de las ganancias, exentas.

2.1.9. Irlanda.

- Intereses: 20 por 100, liberatorio.
- Dividendos: 20 por 100, liberatorio.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 12,5 por 100.
- Ganancias de capital: 20 por 100.

2.1.10. Polonia.

- Intereses: 19 por 100, liberatorio.
- Dividendos: 19 por 100, liberatorio
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 19 por 100.
- Ganancias de capital: activos empresariales, a tarifa progresiva; otros activos, al tipo fijo del 19 por 100; excepto a plazo superior a cinco años, en cuyo caso se aplica el 10 por 100.

2.1.11. Eslovaquia.

- Intereses: 19 por 100, liberatorio.

- Dividendos: exentos.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 19 por 100.
- Ganancias de capital: activos empresariales, a tarifa progresiva que es tipo único del 19 por 100; otros, al 19 por 100 o exentos a partir de cinco años.

2.1.12. República Checa.

- Intereses: 15 por 100, liberatorio, como regla general para los intereses procedentes de entidades de crédito y financieras.
- Dividendos: 15 por 100 liberatorio.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 24 por 100.
- Ganancias de capital: a tarifa progresiva.

2.1.13. Hungría.

- Intereses: 0 por 100.
- Dividendos: 25 por 100, liberatorio.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 16 por 100.
- Ganancias de capital: 25 por 100, con coeficientes de abatimiento a partir del sexto año.

2.1.14. Grecia.

- Intereses: 10 por 100, liberatorio.
- Dividendos: exención.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 25 por 100.
- Ganancias de capital: activos empresariales, a tarifa general progresiva; otros: 20 por 100, con coeficiente de abatimiento a partir del quinto año para propiedad inmueble.

2.1.15. Estonia.

- Intereses: a tipo fijo general del 23 por 100 (20% en 2009), con exención de los intereses procedentes de instituciones financieras.

- Dividendos: a tipo fijo general del 23 por 100 (20% en 2009), en concepto de Impuesto sobre Sociedades.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: solo grava el beneficio distribuido.
- Ganancias de capital: a tipo fijo general del 23 por 100 (20% en 2009).
- Otras rentas: a tipo fijo general del 23 por 100 (20% en 2009).

2.1.16. Letonia.

- Intereses: a tipo fijo general del 25 por 100, con exención de los intereses procedentes de instituciones financieras.
- Dividendos: exentos.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 15 por 100.
- Ganancias de capital: a tipo fijo general del 25 por 100, sobre plusvalías inmobiliarias a menos del año, el resto exentas.
- Otras rentas: a tipo fijo del 25 por 100.

2.1.17. Lituania.

- Intereses: tipo fijo del 15 por 100, con exención de intereses de instituciones financieras, públicos y de operaciones a más de un año.
- Dividendos: tipo fijo del 15 por 100.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 15 por 100.
- Ganancias de capital: tipo fijo del 15 por 100 con exención de plusvalías a más de tres años.
- Otras rentas: tipo fijo del 33 por 100.

2.1.18. Finlandia.

- Intereses: tipo fijo, de la renta del capital, del 28 por 100, o liberatorio del 28 por 100 sobre intereses de instituciones financieras.
- Dividendos: cotizadas, se grava en su 70 por 100 al tipo fijo, de la renta del capital, del 20 por 100; no cotizadas, hasta una rentabilidad del 9 por 100, exentas hasta 90.000 euros, y el exceso se grava en su 70 por 100 a la tarifa general progresiva de las rentas ganadas.

- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: solo grava el beneficio distribuido.
- Ganancias de capital: 26 por 100.
- Otras rentas: a tipo fijo, de la renta del capital, del 28 por 100.

2.1.19. Suecia.

- Intereses: tipo fijo, de la renta del capital, del 30 por 100.
- Dividendos: tipo fijo, de la renta del capital, del 30 por 100; los dividendos procedentes de sociedades controladas y a las que se presta significativo trabajo por el socio, se gravan como renta ganada a tarifa progresiva (0%, 20% y 25%); exención para los dividendos de no cotizadas que supongan una rentabilidad inferior al 70 por 100 del interés de los bonos públicos.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 28 por 100.
- Ganancias de capital: tipo fijo, de la renta del capital, del 30 por 100.

2.1.20. Dinamarca.

- Intereses: a tarifa general progresiva
- Dividendos: 28 por 100 hasta 44.300 DKK, y el exceso al 43 por 100; crédito fiscal del 28 por 100.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 28 por 100.
- Ganancias de capital: 28 por 100, procedentes de acciones.

2.1.21. Noruega.

- Intereses: tipo proporcional del 28 por 100.
- Dividendos: tipo proporcional del 28 por 100, pero exento un importe igual a la remuneración del capital invertido libre de riesgo.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 28 por 100.
- Ganancias de capital: tipo proporcional del 28 por 100.

2.1.22. Turquía.

- Intereses: liberatorio del 15 por 100.

- Dividendos: exentos, hasta un límite de renta de 16.000 (YTRL); por encima del límite el 50 por 100 del dividendo está exento, y el restante 50 por 100 se grava a tarifa general, con un crédito del impuesto a tipo proporcional equivalente a la retención del 10 por 100.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 30 por 100.
- Ganancias de capital: inmuebles, a tarifa general progresiva, pero exentas a más de cuatro años; acciones cotizadas al 15 por 100, pero exentas a más de un año; acciones no cotizadas, a tarifa general progresiva, pero exentas a más de dos años.

2.1.23. Rusia.

- Intereses: liberatorio del 13 por 100, con exención de interés de bonos públicos, y de entidades de crédito, excepto en la parte que exceda del tipo de interés fijado por el Banco Central que se grava al 35 por 100.
- Dividendos: liberatorio del 9 por 100.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 24 por 100.
- Ganancias de capital: tipo proporcional del 13 por 100, pero exención a tres años.

2.1.24. Ucrania.

- Intereses: liberatorio del 13 por 100, con exención de intereses de bonos públicos, y de entidades de crédito.
- Dividendos: liberatorio del 13 por 100.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 25 por 100.
- Ganancias de capital: tipo proporcional del 13 por 100.

2.1.25. Rumanía.

- Intereses: retención liberatoria del 16 por 100.
- Dividendos: retención liberatoria del 16 por 100.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 16 por 100.
- Ganancias de capital: 16 por 100.

2.1.26. Bulgaria.

- Intereses: 20 por 100 liberatorio; exención para los intereses de cuentas bancarias de ahorro.
- Dividendos: 7 por 100, liberatorio.
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: 15 por 100.
- Ganancias de capital: gravamen a tarifa progresiva (tipos del 0% al 24%), con numerosas exenciones.

2.1.27. Estados Unidos.

- Intereses: a tarifa general progresiva, pero exentos los procedentes de bonos públicos calificados.
- Dividendos: tipo fijo del 15 por 100
- Tipo gravamen Impuesto sobre Sociedades: tarifa progresiva entre el 15 y el 35 por 100.
- Ganancias de capital: tarifa general progresiva; a más de un 10 por 100 ó 20 por 100, en función de las restantes rentas del contribuyente.

2.2. La tributación de las Instituciones de Inversión Colectiva y de sus partícipes.

La fiscalidad de la inversión colectiva ofrece, en el Derecho comparado, dos modelos: el de acumulación y el de transparencia ⁷.

En el modelo de acumulación, la Institución de Inversión Colectiva o vehículo de la inversión (en adelante vehículo por motivos de traducción de textos), generalmente está libre de gravamen sobre sus beneficios, y el partícipe (en adelante inversor por motivo de traducción de textos) tributa cuando el vehículo distribuye rentas o bien cuando transmite su participación.

En el modelo de transparencia si el vehículo está libre de gravamen, el inversor tributa en régimen de transparencia, y si el vehículo no está libre de gravamen, esto es, tributa como cualquier otra sociedad, el inversor tributa de la misma manera que lo hacen los socios de las sociedades.

2.2.1. Reino Unido.

En el Reino Unido, existen, básicamente, cuatro vehículos: «Authorized unit trust» (AVTs), «Open-ended investment companies» (OEICs), «Unauthorized unit trust» (UVTs) y «Approved investment trust companies» (ITCs).

⁷ *Taxation of Investment Funds*. IBFD.

AVTs y OEICs están sujetas al «Corporation tax», pero exentas sobre las ganancias de capital y las rentas de futuros y opciones. Además, AVTs que son aprobados por el «Inland Revenue» como «personal pension schemes», están exentos por toda su renta.

Por otra parte, AUTs y OEICs pueden tributar bajo el sistema de «equalization», en cuyo caso la renta es imputada a los inversores.

UVTs están sujetos al «income tax», generalmente al tipo básico, ITCs tributan por el «corporation tax», pero, bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, las ganancias de capital obtenidas por los mismos están exentas.

A efectos fiscales se considera que AVTs y OEICs distribuyen toda la renta obtenida. En consecuencia, el inversor está sujeto al «income tax» tanto sobre los dividendos efectivamente recibidos como sobre las rentas acumuladas. Sin embargo, un crédito fiscal del 10 por 100, satisface la obligación tributaria de los contribuyentes situados en los tramos de renta más bajos y básicos, no así la de los preceptores de rentas más elevadas.

La renta obtenida por UVTs después de impuestos se considera distribuida a los inversores, quienes tributan por el «income tax».

Los inversores de ITCs están sujetos al «income tax» por los dividendos recibidos, de la misma manera que los socios de cualquier compañía mercantil.

2.2.2. Alemania.

En Alemania se distinguen, básicamente, «closed-end investments funds» y «open-end investment vehicles». Los primeros tributan sin especialidad alguna por el «corporation tax». Los segundos están sujetos pero exentos, y son tratados como entidades transparentes, tanto si distribuyen la renta como si la acumulan.

Los inversores de los «closed-end investments funds» tributan como lo hacen los socios de las sociedades capitalistas. Los inversores de los «open-end investment vehicles» están sujetos a un régimen especial, gobernado por el principio de que deben recibir el mismo trato que si hubieran adquirido directamente los activos mantenidos por el vehículo. Por esta razón, el inversor tributa por la renta que el vehículo distribuye, pero también por la renta acumulada que, a efectos fiscales, se considera distribuida (*deemed distributions*). Sin embargo, el principio de igualdad de trato no conduce a una transparencia perfecta. Así, las distribuciones de renta tanto efectivas como así consideradas a efectos fiscales (*deemed distributions*) se califican como dividendos, cualquiera que sea la naturaleza de la renta subyacente, y la calificación de las ganancias de capital a corto plazo como ganancias especulativas no se aplica respecto del fondo, de manera que las distribuciones hechas a los inversores están exentas cuando se han nutrido de ganancias de capital derivadas de la transmisión de valores.

2.2.3. Francia.

En Francia existe un abigarrado conjunto de vehículos que cumplen la función de inversión colectiva. Los más importantes son «société d'investissement à capital variable» (SICAV), «fonds commun de placement» (FCP), «venture capital funds» (FCPR) y «fonds d'intervention sur les marchés à terme» (FCIMT).

Todos los vehículos citados están exentos del «Impôt de Sociétés», cualquiera que sea la renta obtenida y si efectúan o no distribución de la misma.

Los inversores tributan sobre la renta distribuida, pero no sobre la renta acumulada por el vehículo que, además, desde 1989, no está obligado a distribuir. La acumulación de renta en el vehículo aumenta el valor de participación, y la renta obtenida por consecuencia de su transmisión o reembolso se gravará en concepto de ganancia de capital. Se trata, por tanto, de un sistema muy próximo al actualmente vigente en España. Un régimen similar se aplica en Italia.

Podríamos espigar un conjunto más amplio de países, pero no obtendríamos una conclusión, en vía de principios, diferente a la que divide a la tributación de la inversión colectiva en los dos modelos anteriormente expuestos. El elemento básico es si la renta acumulada por la institución de inversión colectiva se considera, o no, distribuida a efectos fiscales (*deemed distributions*). Es este elemento, o su ausencia, el que realmente define el sentido de la tributación de la inversión colectiva.

Un aspecto relevante de la fiscalidad de la inversión colectiva es el concerniente a la tributación de los contribuyentes residentes que participan en vehículos constituidos en el extranjero. Es importante examinar esta cuestión porque con frecuencia se argumenta que la eliminación del régimen fiscal privilegiado de los partícipes de las Instituciones de Inversión Colectiva impulsaría a aquellos a colocar sus inversiones en vehículos constituidos en el extranjero, señaladamente en Luxemburgo. Hay en este argumento una falacia que conviene desvelar.

Es cierto que en Luxemburgo, como en la mayoría de los países, el vehículo está exento o disfruta de una tributación simbólica por las rentas que obtiene. Y también es cierto que las rentas acumuladas en el vehículo no se consideran distribuidas ni se imputan a los partícipes, y, finalmente, que Luxemburgo no grava las rentas distribuidas a los socios.

Ahora bien, la fiscalidad de los partícipes no residentes en Luxemburgo la determina y establece el país de residencia de los citados partícipes. Estos, por tanto, podrán tributar en el país de residencia en régimen de imputación, transparencia o distribuciones supuestas, aunque tal régimen no se aplique en Luxemburgo.

En este sentido. Los países que, como Alemania o el Reino Unido, tienen establecido un modelo de transparencia, también lo proyectan respecto de las participaciones de sus residentes en vehículos constituidos en el extranjero, incluso en algún Estado miembro de la Unión Europea. Por el contrario, los países que, como Francia o España, tienen establecido un modelo de acumulación, también lo

proyectan respecto de las participaciones en vehículos extranjeros. En realidad, tratándose de vehículos constituidos en algún Estado miembro de la Unión Europea no podrían hacer otra cosa, pues incurrirían en una discriminación incompatible con el Derecho de la Unión.

Alemania tiene establecido un régimen especial, basado en la distinción de tres tipos de vehículos en atención a sus condiciones de publicidad y transparencia.

Los partícipes de los vehículos de máximo nivel (*high-level funds*) tienen el régimen fiscal correspondiente a los partícipes de los vehículos constituidos en Alemania. Por tanto, las rentas distribuidas en concepto de dividendos, y las rentas no distribuidas también tributan bajo tal concepto (*deemed distributions*). Tratándose de vehículos de nivel intermedio (*medium-level funds*), el régimen es el mismo, con la diferencia de que también tributa el componente de la renta atribuible a las ganancias del capital. Finalmente, tratándose de vehículos de bajo nivel (*low-level funds*), se grava toda renta distribuida y el 90 por 100 del aumento del valor liquidativo de la participación en el ejercicio, con el mínimo del 10 por 100 del valor liquidativo.

En consecuencia una persona física residente en Alemania que participase en un fondo de inversión constituido en España tributaría sobre las rentas acumuladas por el mismo, pero una persona física residente en España que participase en un fondo de inversión constituido en Alemania no tributaría por tales rentas.

2.3. Los modelos de tributación de las rentas y ganancias del capital. Ubicación de los distintos países.

Aun a riesgo de incurrir en imprecisiones, los datos y características descritos en los apartados 2.1 y 2.2, permiten esbozar la existencia de los siguientes modelos de imposición de las rentas y ganancias del capital.

- El modelo de tributación progresiva, con atenuación de la doble imposición de dividendos.
- El modelo de tributación proporcional.
- El modelo dual.

Es importante señalar que los modelos se refieren exclusivamente a la tributación de las rentas y ganancias del capital. Sin duda estos modelos se enriquecerían si tuvieran en cuenta las demás rentas, pero a este aspecto solo se hará una referencia marginal, por exceder de los propósitos de nuestro estudio ⁸.

⁸ Para un análisis completo de los modelos tributarios puede consultarse la Lección 4.^a de Política y Técnica Tributarias. SEVILLA SEGURA, J.V., I.E.F. Madrid, 2004.

Para un análisis del modelo proporcional en relación con el modelo dual: DURÁN CABRÉ, J.M. *The dual tax as a flat tax with Surtax on labour income*. I.E.F. Madrid. 2003.

También ha de señalarse que no se trata de definir modelos teóricos, sino de esbozarlos a partir de los sistemas de imposición efectivamente existentes, si bien con las limitaciones ya apuntadas.

2.3.1. El modelo de tributación progresiva con atenuación de la doble imposición.

En este modelo los intereses, los dividendos y las plusvalías a corto plazo tributan a tarifa general progresiva. Los dividendos disfrutan de un sistema para paliar la doble imposición.

En este modelo pueden incluirse: Alemania, Francia (aunque algunos intereses tributan mediante liberatorio), Reino Unido y Dinamarca, si bien con características de progresividad diferentes, y también con sistemas diferentes de atenuación de la doble imposición de dividendos.

En este grupo también podía incluirse España hasta la entrada en vigor de la Ley 35/2006, si bien con las quiebras derivadas de los porcentajes reductores de rentas irregulares en materia de intereses.

La característica esencial de este modelo es la tributación progresiva de las rentas del capital.

2.3.2. El modelo de tributación proporcional.

Este modelo se caracteriza porque los intereses, dividendos y plusvalías tributan a tipo proporcional o mediante retenciones liberatorias. Los dividendos no disfrutan de una sistema para evitar la doble imposición.

En este modelo pueden incluirse Bélgica, Holanda, Austria, Irlanda, Polonia, Estonia, Lituania, Ucrania, Rusia, República Checa, Rumanía y Bulgaria.

La característica esencial de este modelo es la tributación a tipo proporcional.

No obstante, dentro de este modelo es útil distinguir en función del tipo de gravamen. Así, Austria, Irlanda y Holanda tienen establecidos tipos proporcionales iguales o superiores al 20 por 100. Bélgica solo grava por encima del 20 por 100 a los dividendos. Polonia, la República Checa, Estonia, Lituania, Ucrania, Rumanía, Bulgaria y Rusia gravan por debajo del 20 por 100. Podría, entonces, esbozarse el modelo del Este.

Es arriesgado imputar la similitud fiscal de estos países a su reciente pasado político común, o a su proximidad geográfica, pero no parece que lo sea etiquetar a este modelo como modelo del Este. Así, el modelo del Este consistiría en la tributación de dividendos, intereses y plusvalías a un tipo proporcional por debajo del 20 por 100.

2.3.3. El modelo dual.

En el modelo dual los intereses, dividendos y plusvalías tributan a tipo proporcional. Los dividendos disfrutan de un sistema para evitar la doble imposición.

En este modelo pueden incluirse Finlandia, Suecia y Noruega, por eso también se denomina modelo Nórdico.

Este modelo se diferencia del modelo de tributación proporcional en que los dividendos disfrutan de un sistema para eliminar la doble imposición. Por otra parte, los tipos proporcionales siempre exceden del 20 por 100, y están en el entorno del tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades.

Las restantes rentas se gravan a tarifa general progresiva.

2.3.4. Ubicación de otros países.

Ciertos países no pueden encuadrarse en los modelos precedentes, aunque presentan características que los acercan a alguno de ellos.

Italia está próxima al modelo de tipo de gravamen proporcional, pero no puede encuadrarse en el mismo porque grava los dividendos derivados de participaciones significativas a tarifa general progresiva, al tiempo que establece un mecanismo para paliar la doble imposición.

Portugal está próximo al modelo dual, pero no puede incluirse en el mismo porque las plusvalías no se gravan en la misma forma que los dividendos. Bajo la hipótesis de que la opción de gravamen liberatorio para los dividendos sea la mejor para el contribuyente, Portugal está más próximo al modelo a tipo proporcional.

Eslovaquia puede encuadrarse en el modelo dual, en la medida en que la exención de dividendos pueda ser entendida, como así parece, un método para eliminar la doble imposición de dividendos.

Hungría no es susceptible de encuadramiento, pues la tributación nula de los intereses la aparta de todos los modelos.

Finalmente, los Estados Unidos no pueden encuadrarse en el modelo de tributación progresiva con atenuación de la doble imposición de dividendos, porque excluyen los dividendos de la tarifa progresiva.

3. LA SIGNIFICACIÓN Y TRASCENDENCIA DE LA BASE DEL AHORRO

Existe una corriente de opinión, de no despreciable caudal, que considera escasamente relevante la reforma introducida por la Ley 35/2006. Se alimenta la misma de los debates sobre los contribuyentes beneficiados o perjudicados, materialmente, por la reforma del IRPF. Ahora bien, cuando, como es el caso, la reforma asume una disminución de la recaudación, lo natural es que la práctica

totalidad los contribuyentes paguen una cuota menor. Es fácil advertir que tal enfoque es parcial y sesgado, pues menosprecia el impacto de la menor recaudación sobre el gasto público. Ya en el ámbito de la base del ahorro, estos debates son notoriamente insuficientes para tomar conciencia de la verdadera significación de la reforma.

Para percibir la verdadera significación de la base del ahorro de la Ley 35/2006, es preciso ir más allá, y aceptar la invitación, implícitamente contenida en el Preámbulo de la Ley 35/2006, consistente en contemplar la base del ahorro en su dimensión constitucional (véanse las reiteradas apelaciones a la equidad como causa que justifica buena parte de las medidas adoptadas), histórica (véanse los párrafos dedicados a Antecedentes), económica (véanse las también reiteradas citas del desarrollo económico y la loa a la neutralidad, que dice conseguirse), y, finalmente, internacional (véanse las menciones a los sistemas tributarios de otros países de la Unión Europea).

Ante la ausencia del tradicional *Libro Blanco* explicativo de la reforma, el Preámbulo facilita la comprensión de la norma y también su valoración, a poco que el intérprete sepa desembarazarse de sus laudatorios deslices.

3.1. La dimensión constitucional.

3.1.1. La igualdad, la capacidad económica y la progresividad.

La Ley 35/2006 grava la renta del capital mobiliario y las plusvalías, mobiliarias e inmobiliarias, de manera diferente a como grava las restantes rentas. Esta forma de concebir la tributación determinará, inexorablemente, que contribuyentes que perciban igual importe de renta y tengan las mismas circunstancias personales y familiares, paguen una deuda tributaria diferente.

Tal diferencia deriva, esencialmente, de que la tarifa progresiva se retira de las rentas del capital mobiliario y de las ganancias del capital, incluso a muy corto plazo.

La inquietud por el impacto que sobre la equidad pudiera tener la tributación correspondiente a las rentas que se integran en la base del ahorro ha sido explicitada por algunos autores. Así Ignacio ZUBIRI comenta que «... la separación de fuentes abre una brecha esencial en la equidad de un impuesto cuya justificación última es, precisamente, lograr la justicia tributaria... la reforma... rompe la naturaleza y filosofía del IRPF...»⁹, y J. R. RUIZ GARCÍA advierte de que «... Desde la perspectiva de los principios de justicia tributaria recogidos en el artículo 31.1 CE, al menos tal y como estos han sido entendidos hasta la fecha, resulta difícilmente comprensible que la mencionada ruptura del principio de igualdad tenga por efecto, precisamente, favorecer los rendimientos del capital mobiliario por comparación con otros tipos de rendimientos, y de manera especial con los rendimientos del trabajo dependiente...»¹⁰. En fin, en un sentido similar, R. FALCÓN observa que «... El sistema presenta ciertas

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

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

ventajas desde el punto de vista de la eficiencia en la asignación de recursos y la neutralidad fiscal, en un contexto de libre circulación de capitales, pero plantea serias dudas desde el punto de vista de la equidad... Además, ... se ha puesto de manifiesto lo que a menudo se denomina el talón de Aquiles del sistema dual: la tendencia a reconducir a las rentas del ahorro otros tipos de renta, sobre todo en los contribuyentes con ingresos más elevados, lo que perjudica la progresividad del sistema...»¹¹.

En el recurso 193/2004, el Tribunal Constitucional afirmó que «... el artículo 14 CE... impone al legislador el deber de dispensar el mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales... lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resultan artificiosas o injustificadas...». Y en la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la Sentencia 295/2006, de 11 de octubre, que «... lo que el artículo 31.1 CE prohíbe es que, salvo que exista justificación razonable, el legislador grave de manera diferente idénticas manifestaciones de riqueza...», y, en base a tal razonamiento, declaró la inconstitucionalidad del artículo 34. b), párrafo primero, de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

En la Ley 35/2006 dos rentas iguales en cuantía, pero de diferente origen, por ejemplo, rendimiento de actividad económica y del capital, suponen, en principio, idéntica manifestación de riqueza, pero soportan una cuota diferente. La diferencia de trato, en la forma descrita, anida en la Ley 35/2006, por causa de la base del ahorro. Ahora bien, no se trata de una diferencia de trato carente de justificación o caprichosa.

Los motivos del legislador están expresados en el Preámbulo: lograr la neutralidad, mejorar la posición de nuestro país en un entorno libre de circulación de capitales y fuerte competencia, y otorgar el mismo trato a los dividendos internos e intracomunitarios.

Con todo, si es claro que la diferencia de trato que introduce la Ley 35/2006, no es ni artificiosa ni injustificada, no lo es tanto que resulte proporcionada. La neutralidad, como se comentará más adelante, puede alcanzarse respetando la igualdad y la progresividad; los efectos de la libre circulación de capitales respecto de la deslocalización del ahorro aliviarse mediante sistemas de información en línea con lo previsto en la Directiva del ahorro, y, en fin, el régimen común para los dividendos internos e intracomunitarios puede lograrse sin provocar doble imposición y respetando la progresividad. Más difícil sería paliar el desplazamiento de personas, poseedoras de elevados capitales mobiliarios, por motivos fiscales.

En suma, la restricción que la Ley 35/2006 podría haber infringido a la igualdad y a la progresividad, con no ser arbitraria ni injustificada, suscita cierta ansiedad en relación con las exigencias de la proporcionalidad¹².

Cuando el Real Decreto-Ley 7/1996 desgajó las plusvalías a más de dos años de la escala progresiva de gravamen, para hacerlas tributar al 20 por 100, sesenta y cuatro diputados del entonces

¹¹ FALCÓN Y TELLA, R. *Quincena Fiscal* 2007/8.

¹² HERRERA MOLINA, P.: *Capacidad Económica y Sistema Fiscal*, pág. 51 y ss. donde relata la evolución de la jurisprudencia constitucional alemana, respecto del principio de caducidad económica.

principal partido de la oposición interpusieron un recurso de inconstitucionalidad, precisamente porque, a su entender, tal regulación violentaba el artículo 31.1 de la Constitución.

Es interesante espigar los razonamientos de los recurrentes, contenidos en la sentencia relativa a tal recurso (3372/96). Así, se alegó que «... el nuevo régimen tributario que para los incrementos y disminuciones patrimoniales establece el Real Decreto-Ley 7/1996, vulnera también los principios de igualdad, progresividad y capacidad económica del artículo 31.1 CE al estarse en presencia de medidas que producen una considerable reducción de la progresividad...», y que «... como consecuencia de la nueva regulación de los incrementos y disminuciones patrimoniales efectuada por el Real Decreto-Ley 7/1996, se origina una desigualdad entre estas rentas y el resto de las fuentes gravadas en el IRPF, desaparece la progresividad al establecerse un tipo de gravamen proporcional y se desconoce el principio de capacidad porque no se busca la riqueza real donde esta se encuentra...», y que «... al establecer un tipo de gravamen fijo y único del 20 por 100 sobre unos determinados rendimientos (ganancias del capital) se produce una distribución injusta de la carga fiscal porque "lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros..."».

La sentencia no entró en las pretensiones de inconstitucionalidad basadas en la alegada vulneración del artículo 31.1 de la Constitución, porque apreció inconstitucionalidad de la norma atacada en virtud de su rango de decreto-ley.

¿Qué valor tienen los argumentos precedentes en relación con la Ley 35/2006? Si nos ceñimos a las plusvalías, vemos que el Real Decreto-Ley 7/1996 incluía en la parcela de la progresividad a las plusvalías a corto plazo, cuando la Ley 35/2006 grava todas las plusvalías al 18 por 100, y así, es fácil advertir que dicha Ley 35/2006 es, cuando menos, tan vulnerable a los referidos argumentos como lo pudo ser el Real Decreto-Ley 7/1996. Y si se contemplan las rentas del capital mobiliario, en suma, las restantes rentas que se integran en la base del ahorro, la vulnerabilidad se intensifica.

Sean o no justificadas las preocupaciones de constitucionalidad que, en relación con la base del ahorro de la Ley 35/2006, suscita la argumentación jurídica contenida en el recurso 3372/96, parece claro que en la misma anida una concepción rigurosa de las exigencias del principio de igualdad, a la que difícilmente se adecua aquella Ley.

3.1.2. La igualdad territorial.

El establecimiento de la imposición personal sobre la renta de las personas físicas, mediante la Ley de 20 de diciembre de 1932, planteó el problema de la relación de este impuesto con los poderes políticos territoriales.

En el primer Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por Ley de 15 de septiembre de 1932, ya se contenía una previsión sobre el particular: «... La Generalidad podrá crear nuevas contribuciones que no se apliquen a las mismas materias que ya tributan en Cataluña a la República... En ningún caso la ordenación tributaria de la Generalidad podrá estorbar la implantación y desarrollo del impuesto sobre la renta, que será tributo del Estado...» (art. 17).

Nótese que el Estatuto se adelantó en meses a la Ley de la imposición sobre la renta, promovida por el Ministro de Hacienda Jaume CARNER, de manera tal que el legislador quiso dejar bien claro que el IRPF escapaba a la competencia normativa de la Generalidad catalana. Es muy posible que en la conciencia de los diputados de aquellas Cortes constituyentes republicanas, presididas por BESTEIRO, pesara fuertemente el discurso sobre el Estatuto de Cataluña pronunciado por ORTEGA Y GASSET, el 13 de mayo de 1932, en el que razonaba que «... deseamos que se entreguen a Cataluña cuantías suficientes y holgadas para poder regir y poder fomentar la vida de su pueblo dentro de los términos del Estatuto: lo hacemos no solo con lealtad, sino con entusiasmo; pero lo que no podemos admitir es que esto se haga en detrimento de la economía española... no es posible entregar a Cataluña ninguna contribución importante, íntegra, porque eso la desconectaría de la economía general del país, y la economía general del país, desarticulada, no por el más o menos de cuantía en lo que se entregara, no podría vivir con salud, y mucho menos en aumento y plenitud... Un Estado en decadencia fomenta los nacionalismos: un Estado en buena ventura los desnute y los reabsorbe...»¹³.

A la sazón, Álava, Vizcaya y Guipúzcoa disfrutaban del régimen de concierto económico, regulado por el Real Decreto de 9 de junio de 1925, bajo el amparo legal de los artículos 3 y 5 de la Ley de 21 de julio de 1876, corolario de la terminación de la segunda guerra carlista, y Navarra igualmente disfrutaba de un régimen de convenio, en virtud de la denominada Ley paccionada de 16 de agosto de 1841, cuyo antecedente y fundamento era la Ley de 25 de octubre de 1839, a su vez deudora del convenio de Vergara, celebrado entre el Capitán General de los Ejércitos Nacionales, Baldomero ESPARTERO, y el Teniente General Rafael MAROTO, en cuya virtud «... El Capitán General recomendará con interés al Gobierno el cumplimiento de su oferta de comprometerse formalmente a proponer a las Cortes la concesión o modificación de los fueros...».

El artículo 1 de la Ley de 20 de diciembre de 1932, de la Contribución General sobre la Renta, establecía que «... A partir del ejercicio económico de 1933 se exigirá en todas las provincias del territorio de la nación una Contribución General sobre la Renta, con sujeción a los preceptos de esta Ley...», pero las Diputaciones Forales rechazaron que el nuevo impuesto no se sometiera al régimen de concierto. La cuestión fue sometida al dictamen del Consejo de Estado, y del mismo se hace eco la Orden de 2 de diciembre de 1933, la cual estableció «Que procede declarar que la Contribución General sobre la Renta, creada por Ley de 20 de diciembre de 1932, no está comprendida en el concierto económico vigente con las provincias vascongadas ni en el Reglamento dictado para su ejecución, de 24 de diciembre de 1926, ni en el Decreto de 15 de agosto de 1927 sobre el régimen especial con Navarra; y que, por tanto, las provincias de Álava, Guipúzcoa, Vizcaya y Navarra están obligadas al pago de aquella Contribución, que se administrará, liquidará y exigirá directamente por el Estado en la misma forma que en las demás provincias de España... Establecido esto resta tan solo examinar la forma en que el Estado ha de hacer efectiva... la complejidad de la contribución, el carácter total de la renta gravada, sin distinción del terreno o lugar en que se haya obtenido, y la circunstancia de que este tributo va a constituir, sin duda alguna, el antecedente o base para establecer en su día la Contribución General sobre la Renta propiamente dicha, no ya aconsejan, sino que imponen la necesidad de que sea el Estado quien rija y administre el tributo en todo el territorio nacional, sin concertarlo, por tanto, ni en cuanto a su rendimiento ni en cuanto a su exacción...», y en cuanto

¹³ ORTEGA Y GASSET: *Rectificación de la República. Discurso sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*.

a Navarra se decía que «... su régimen económico especial no puede impedir al Estado implantar en aquella región nuevos tributos y regirlos y administrarlos por sí...». César ALBIÑANA comenta que «... en cuanto a este tributo, se había conseguido la uniformidad fiscal española...».

No duraría mucho, porque el Estatuto del País Vasco aprobado por la Ley de 6 de octubre de 1936, estableció en su artículo 12 que «... El País Vasco podrá adoptar el sistema tributario que juzgue justo y conveniente...».

Estas dos líneas eran de una importancia superlativa, porque, en rigor, suponían una novación respecto del régimen de concierto establecido por la Ley de 21 de julio de 1876, cuyo artículo 3 precisaba que las provincias de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava estaban obligadas «... a pagar en la proporción que les correspondan y con destino a los gastos públicos, las contribuciones, rentas e impuestos ordinarios y extraordinarios que se consignen en los presupuestos Generales del Estado...», de manera tal que el concierto podía ser entendido como un sistema para que, de manera paulatina, las provincias vascas entraran en el «concierto económico» de la nación española, en palabras del Real Decreto de 28 de febrero de 1878, regulador del primer concierto, si bien es cierto que el Real Decreto de 9 de junio de 1925 contenía una cesión de capacidad normativa en materia tributaria, tal vez yendo más allá de las previsiones de la Ley de 21 de julio de 1876.

Si la unidad fiscal se había logrado, en cuanto a la imposición sobre la renta contenida en la Ley de 20 de diciembre de 1932, esta unidad se quebró con el Estatuto de 1936. El Decreto-Ley de 23 de junio de 1937 suprimió el concierto económico con Guipúzcoa y Vizcaya, pero no así con Álava, ni el régimen de Navarra, por mor de que las dos primera se «... alzarán en armas contra el Movimiento Nacional...».

La situación de la Contribución General sobre la Renta en Navarra y Álava fue definida, respectivamente, por la Ley de 8 de noviembre de 1941 y el Decreto de 9 de mayo de 1942, en cuya virtud se extendió el régimen de convenio y concierto a la misma. Y César ALBIÑANA comenta que «... en méritos a la unidad fiscal española, sea esta meta próxima o remota, debió mantenerse el régimen anterior en cuanto a un tributo personal y, como tal, aplicable a todos los españoles, sea cual fuere su vecindad, y exigible por el Estado español...»¹⁴.

La Constitución de 1978 no traerá la unidad fiscal pues el amparo y respeto otorgado a los derechos históricos de los territorios forales, y la derogación del Real Decreto de 25 de octubre de 1839, en lo que pudiese afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, así como de la Ley de 21 de julio de 1876, significaba la recuperación del régimen de concierto económico para las provincias de Guipúzcoa y Vizcaya, como así lo reconoció la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 8/1980.

Exceptuados los territorios forales –Álava, Vizcaya, Guipúzcoa y Navarra-, en los cuales el IRPF se rige por normativa foral, sin perjuicio de las limitaciones establecidas en las leyes del concierto o el convenio, respectivamente, en el resto del territorio español dicho tributo se vino rigiendo exclusivamente mediante leyes de las Cortes, hasta que en 1996 se estableció la cesión parcial del

¹⁴ ALBIÑANA, C.: «La Contribución General sobre la Renta en los Años 1953 y 1954». *Revista de Economía Política*. n.º 51/1969.

IRPF a las Comunidades Autónomas, las cuales pudieron asumir ciertas competencias normativas, en los términos previstos en la Ley 14/1996. A partir de la modificación del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas efectuada en 1996 –Ley Orgánica 3/1996 y Ley 14/1996– la diversidad normativa, ciertamente limitada, penetra en el IRPF. La Ley 21/2001, acentuará dicha diversidad, pero también en un ámbito limitado.

La cesión de rendimiento y de capacidad normativa en el IRPF, suscitó inquietudes de constitucionalidad, por más que tal cesión fuera parcial y sometida a limitaciones. Estas preocupaciones se avivaron a raíz de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, el cual consideraba como recurso de la Generalidad «El rendimiento de todos los tributos estatales soportados en Cataluña, que tienen la consideración de cedidos...» (art. 203), y otorgaba amplias competencias normativas a la Generalidad, que incluían «... en todo caso la participación en la fijación del tipo impositivo, las exenciones, y las bonificaciones sobre la base imponible y las deducciones sobre la cuota...». Afloraba, por otra parte, en la propuesta la tensión entre los regímenes común y foral. Así tras apelar la Disposición Adicional Primera a la actualización de los derechos históricos, «... de acuerdo con lo establecido por la disposición adicional primera de la Constitución...», la Disposición Adicional Octava concretaba que «La capacidad de financiación por habitante de la Generalidad debe equipararse gradualmente, en un plazo no superior a quince años, a la obtenida en aplicación de los sistemas de concierto y convenio vigentes en las comunidades autónomas forales». Nada nuevo, pues la aspiración del catalanismo al régimen de concierto data, en rigor, de la última década del siglo XIX ¹⁵, aunque el fuerte impulso que cobró en el contexto de la reforma del Estatuto de 2006 rebasó los precedentes históricos.

La Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, establece que el IRPF se cederá parcialmente, con el límite del 50 por 100, a la Generalidad, debiendo instrumentarse la cesión a través de la Ley de cesión de impuestos, la cual, por otra parte, «... propondrá aumentar las competencias normativas de la Comunidad en dicho Impuesto...» (disp. adic. octava).

Aunque de manera soterrada, el Estatuto Catalán finalmente ha reflejado la tensión entre el régimen común y foral, y así se prevé que «... la financiación de la Generalitat no debe implicar efectos discriminatorios para Cataluña respecto del resto de las Comunidades Autónomas...», norma de fondo jurídico ambiguo, pero de intensa significación política, en cuanto expresiva de la viva reacción ante un agravio comparativo, real o supuesto ¹⁶.

Por lo que se refiere al IRPF, la Ley Orgánica 6/2006, no hace sino ensanchar, a favor de la Generalidad, los criterios desplegados, primero por la Ley 14/1996, y luego por la Ley 21/2001, actualmente vigente.

El Título VII de la Ley 35/2006, relativo al Gravamen autonómico, concreta las previsiones establecidas respecto del IRPF en la Ley 21/2001. No incorpora, por tanto, novedades sustanciales en relación con el TRIRPF. Sin embargo, llegado el tiempo en que deba darse efectividad a lo esta-

¹⁵ PI I MARGALL, F.: *La qüestió de Catalunya*, traducción al catalán de Rovira i Virgili. Pág. 63.

¹⁶ ZUBIRI, I.: «La equidad en el sistema actual de financiación de las Comunidades Autónomas». *Papeles de Economía*. n.º 99/2004.

blecido en la Disposición Adicional Octava de la Ley Orgánica 6/2006, dicho Título VII sufrirá el influjo a las nuevas competencias normativas autonómicas, pues lo previsible es que las mismas se extiendan a todas las Comunidades Autónomas.

Y es en este punto y escenario donde se presentan las preocupaciones constitucionales. Ya con ocasión de la Ley 14/1996, se afirmó que «... El nuevo modelo de financiación de las Comunidades Autónomas consagra, en definitiva, la desigualdad de los ciudadanos, en razón del territorio en el que residan, en relación con el IRPF, consagra, por eso, la desigualdad en lo atinente a una pieza clave del sistema tributario. Ello supone la instauración de una desigualdad en el cumplimiento del deber tributario previsto en el artículo 31.1 de la Constitución, y, por eso mismo, supone desconocer tanto ese precepto constitucional cuanto la igualdad de los españoles en cualquier parte del territorio nacional establecida en el artículo 139.1 de la Constitución y la obligación estatal de garantizar la igualdad de los ciudadanos en el cumplimiento de los deberes constitucionales, prevista en el artículo 149.1.1.^a de la Norma Fundamental...»¹⁷.

Tales críticas también pueden proyectarse sobre la Ley 21/2001, y la Ley Orgánica 6/2006.

La diversidad es consustancial con el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones, y ese derecho tiene una vertiente financiera o autonomía financiera (art. 156 de la CE). Sin embargo, la diversidad del sistema autonómico no es ilimitada, porque, finalmente, la autonomía se inserta en el ordenamiento jurídico único, estatal y autonómico, fundamentado en la Constitución.

La igualdad es un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 de la CE), y en el plano tributario se concreta por medio del principio de capacidad económica (art. 31.1 de la CE). La tributación de acuerdo con el principio de capacidad económica es un derecho y un deber de los ciudadanos, los cuales tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado (art. 139.1 de la CE), correspondiendo al Estado la competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1.^a de la CE).

Estamos, por tanto, ante una tensión entre igualdad y diversidad, que la STC 37/1981 ha resuelto brillantemente afirmando que la «... diversidad se da dentro de la unidad y que, por consiguiente, la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no puede regular las condiciones básicas del ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales...».

A través del IRPF es como «... se realiza la personalización del reparto de la carga fiscal en el sistema tributario según los criterios de capacidad económica, igualdad y progresividad...» (STC 134/1996), de manera tal que constituye «... uno de los pilares estructurales de nuestro sistema tributario, y por sus características... cualquier alteración en sus elementos esenciales repercute inmediatamente sobre la cuantía o el modo de reparto de la carga tributaria que debe levantar la generalidad de los contribuyentes...», en fin, el IRPF es el tributo «... en el que el principio de capacidad económica y su correlato, el de igualdad y progresividad tributarias, encuentran una más cabal proyección...» (STC 19/1987).

¹⁷ GARCÍA MORILLO, PÉREZ TREMPES, ZORNOZA PÉREZ: *Constitución y Financiación Autonómica*. Pág. 28.

De acuerdo con todo lo anterior, considerando, de una parte, que la tributación con arreglo a la capacidad económica bien puede ser entendida como un derecho o posición jurídica fundamental por su relación con el principio de igualdad, y de otra, la especial significación del IRPF respecto de la capacidad económica, cabe colegir que el IRPF no es, precisamente, el tributo más apropiado para enriquecer el campo competencial de las Comunidades Autónomas en materia fiscal.

En tal sentido, el aumento de competencias a que se refiere la Disposición Adicional Octava de la Ley Orgánica 6/2006, tal vez no pueda ser de gran envergadura, por razones constitucionales.

Los anhelos de unidad fiscal en torno al IRPF, expresados inequívocamente en el artículo 1 de la Ley de 20 de diciembre de 1932, primera norma del IRPF, plenamente respetados en el primer Estatuto de Autonomía catalán, así como por la fiscalidad foral durante el periodo republicano previo a la Guerra Civil, sufren, en los tiempos más próximos, un cierto desaliento con la Ley 14/1996, y posteriormente con la Ley 21/2001.

El desarrollo y ejecución de las previsiones de la Ley Orgánica 6/2006, del Estatuto de Autonomía de Cataluña, mostrará hasta qué punto el ideal fiscal republicano relativo al IRPF guarda vigor en razón a la savia que dimana del principio constitucional de igualdad en todas sus vertientes, o sufre un proceso de languidecimiento al compás de la diversidad inherente a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, y, en fin, el grado de pericia del legislador para configurar un punto de equilibrio que respete los rasgos esenciales de la igualdad y la diversidad, lo que, tratándose de un tributo que, como el IRPF, sirve, esencialmente, a la igualdad, se revela tarea preñada de dificultades, y de ahí que se entiendan bien y se comprendan sin dificultad los textos legislativos republicanos concernientes a dicho tributo.

Sea como fuere, lo que sí demuestra el camino ya andado es que el legado de la Segunda República relativo a la dimensión territorial del IRPF no ha encontrado eco en ninguna de las reformas de la financiación autonómica emprendidas en 1996, 2001, y 2006, esta última esbozada en las reformas estatutarias.

3.2. La dimensión histórica. La comparación con las leyes precedentes.

La tributación de intereses, dividendos, plusvalías y renta de la inversión colectiva y del seguro, establecida en las leyes que a lo largo de la historia han regido el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, muestra las dificultades que la Hacienda Pública ha padecido para gravar estas rentas, y también sus claudicaciones.

3.2.1. Tributación de los intereses.

La Ley 35/2006 grava los intereses al tipo proporcional del 18 por 100, cuyo carácter reducido se constata si se considera que el tipo marginal mínimo de la tarifa progresiva es del 24 por 100.

Para buscar un precedente de tributación proporcional de los intereses hay que remontarse al sistema fiscal prerrepblicano. Todas las leyes del IRPF han incluido a los intereses en la tarifa progresiva. Sin embargo, de ahí no se sigue la tributación efectiva y progresiva de los intereses, pues la imposibilidad de investigar las cuentas en entidades de crédito propiciaba un amplio campo para la ocultación, situación esta que solo se modificó a partir de la Ley 50/1997.

Los mayores esfuerzos por consolidar la tributación progresiva sobre los intereses se manifiestan en la Ley 14/1985. El fortalecimiento de la obligación de retener y de informar derivan de esa Ley y ha sido mantenido con posterioridad, e incluso mejorado a raíz de la aprobación y transposición al ordenamiento interno de la Directiva 2003/48/CE relativa a la fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de intereses, de manera que la Administración tributaria ha venido disponiendo de un sistema de información sobre los intereses realmente eficaz.

A pesar de ello, la Ley 40/1998, y posteriormente la Ley 46/2002, a través del coeficiente reductor para intereses con periodo de generación superior a dos años, si no abdicaron de la progresividad, sí la redujeron de manera significativa, pues el tipo marginal máximo efectivo podía quedar reducido al 27 por 100 (60%/45) y el mínimo al 9 por 100 (60%/15), cuando procedía la aplicación del coeficiente reductor.

La Ley 35/2006 ha renunciado a la progresividad respecto de los intereses.

El establecimiento de un tipo proporcional reducido del 18 por 100, perjudicará, por relación con la situación precedente, a pocos contribuyentes, pero beneficiará a los perceptores de intereses elevados, máxime si tales intereses no determinaban la aplicación del coeficiente reductor. Aparentemente así es, pero realmente tal vez no lo sea pues los perceptores de elevados intereses suelen canalizar sus inversiones a través de Instituciones de Inversión Colectiva, de manera que, en la realidad, ya venían escapando a la progresividad, cuando no al propio impuesto, a través de la acumulación de los intereses en la Institución de Inversión Colectiva.

El establecimiento del tipo de retención en el 18 por 100 determina una cierta aproximación a la tributación de producto liberatoria de los intereses. Pero solo una cierta aproximación, pues, de una parte, la base del ahorro puede quedar afectada por las normas concernientes a la adecuación del impuesto a las circunstancias personales y familiares del contribuyente, y de otra, se mantiene en su plenitud el sistema de información. Por ello, no sería correcto ver en la tributación de los intereses al tipo proporcional del 18 por 100 un retorno a la imposición de producto.

Ciertamente, el 18 por 100 es un tipo incluso más reducido que el existente en el último impuesto de producto existente en nuestro país sobre las rentas de capital, pues tal tipo era del 24 por 100, pero en dicho tributo los intereses de cuentas en entidades de crédito estuvieron exentos hasta 1975 y el secreto bancario impedía el eficaz despliegue de la obligación de información.

La tributación de los intereses en la Ley 35/2006, supone una cierta desviación de los requerimientos de la progresividad impositiva en términos absolutos, pero no el retorno a la imposición

de producto con todas sus carencias de información y no consideración de las circunstancias personales del contribuyente.

Para valorar la oportunidad del abandono de la progresividad impositiva habría que poner en el otro platillo de la balanza los efectos positivos de esta medida. Si nos atenemos al Preámbulo de la Ley 35/2006, parece que hay una razón eminentemente económica, a saber, la neutralidad y la mejora de «... la posición de nuestro país un entorno internacional de libre circulación de capitales y de fuerte competencia...».

Tras esta manifestación late el temor a la fuga de capitales por motivos fiscales. Esta parece ser la razón de mayor peso, porque, como se verá, la neutralidad no solo se logra a través de un tipo proporcional igual para todas las rentas del capital.

Configurar una tributación sobre los intereses que no invite a los ahorradores españoles a colocar sus ahorros en el exterior es un efecto realmente positivo, en la medida que fortalece nuestro sistema financiero.

No parece, sin embargo, que la tributación progresiva de los intereses hubiera provocado, antes de la Ley 35/2006, apreciables movimientos deslocalizadores, entre los ahorradores cuyos patrimonios estaban declarados. Seguramente ello se debía tanto al eficaz sistema de información sobre este tipo de rentas como a la existencia de dos refugios fiscales que continúan tras la Ley 35/2006, a saber, el régimen de la inversión colectiva y de los seguros de ahorro.

En este sentido, la Ley 35/2006 no ha deparado una protección adicional al sistema financiero, pero ha dado oficialidad al abandono de la progresividad sobre las rentas del capital mientras la conserva sobre las rentas del trabajo y de actividades económicas. La balanza está desequilibrada, incluso aunque se ponga en el platillo la sinceridad del legislador, en cuanto desiste expresamente de una progresividad que realmente no existía.

La tributación de las rentas del capital al 18 por 100, incluidas las remansadas en instituciones de inversión colectiva y en seguros de ahorro, hubiera supuesto una medida equitativa y no perturbadora del sistema financiero, al tiempo que provechosa para los ingresos públicos, que hubiera permitido disminuir, todavía más el tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades, medida esta de verdadera enjundia y eficacia en el contexto de la libertad de movimiento de capitales y de establecimiento. Pero, como ya sabemos, la Ley 35/2006 ha confirmado los privilegios fiscales de la inversión colectiva.

Es posible que el legislador no haya considerado, contrariamente a lo que afirma el Preámbulo de la Ley 35/2006, aisladamente los riesgos inherentes a la libertad de movimiento de capitales sino asociados a los derivados de la libertad de movimiento de personas. En efecto, estos riesgos no se combaten a través de la información fiscal, sino a través de una legislación armonizadora que, hoy por hoy, ni existe ni se la espera en el ámbito de la imposición sobre la renta de las personas físicas. El desplazamiento de la residencia de las personas con mayores capitales hacia otros países con fis-

calidad más liviana sobre las rentas y ganancias del capital es, ciertamente, un riesgo. Ahora bien, la fiscalidad privilegiada de la inversión colectiva y del seguro de ahorro, lo conjuraban sobradamente, con independencia de sus perniciosos efectos sobre la equidad.

Un aspecto que, finalmente, ha de considerarse es el efecto de la tributación de los intereses al 18 por 100 sobre la inversión colectiva. Buena parte de los ahorradores pequeños y medianos, han venido soportando, sobre todo en los últimos años, unas comisiones relativamente elevadas respecto de la rentabilidad de la inversión colectiva. Ahora el atractivo fiscal de este régimen disminuye en términos comparativos, lo que tal vez propicie que dichos ahorradores mejoren su situación cancelando la colocación colectiva y abriendo colocaciones individuales. El saldo final de estos hipotéticos movimientos es incierto, porque la recomposición de las colocaciones se realizará, generalmente, frente al mismo intermediario financiero.

3.2.2. *Tributación de los dividendos.*

La Ley 35/2006 grava los dividendos al tipo proporcional del 18 por 100 sin que exista método alguno para eliminar la doble imposición. No obstante, la exención de los 1.500 primeros euros de dividendos podría ser entendida como una técnica para eliminar, de manera limitada, la doble imposición.

Al igual que en el caso de los intereses, para buscar un precedente de tributación proporcional de los dividendos hay que remontarse al sistema fiscal prerrepblicano, pues, en efecto, todas las leyes del IRPF han incluido a los dividendos en la tarifa progresiva.

Por lo que se refiere a la eliminación de la doble imposición, si bien la Ley 44/1978 introdujo una deducción porcentual en la cuota, realmente tal cuestión no se abordó de manera efectiva, aunque tosca técnicamente, hasta la Ley 42/1994, mediante la que se conocería como el sistema de imputación estimativa.

Por tanto, y salvo el pequeño alivio de la exención de 1.500 euros, la regulación contenida en la Ley 35/2006, implica, por lo que se refiere a la eliminación de la doble imposición de dividendos, un retorno a patrones normativos previos a la reforma tributaria liderada en 1978 por Francisco FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ.

El abandono del sistema de imputación estimativa, trunca la asunción, por parte de la Hacienda Pública, de las sugerencias venidas del mundo universitario durante la última década del pasado siglo¹⁸.

Si atendemos al Preámbulo de la Ley 35/2006, el retorno al denominado sistema clásico, responde, de una parte, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que obliga a gravar de igual manera los dividendos de fuente interna y extranjera, y de otra, a las tendencias recientes concretadas en las reformas habidas en los países de nuestro entorno.

¹⁸ CORDÓN EZQUERRO, T.: «Ley 35/2006, de Reforma del IRPF: novedades». *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF. Febrero 2007. Pág. 70 y ss.

Es cierto que si contemplamos los sistemas fiscales de los países de nuestro entorno con una perspectiva temporal de tres lustros, podemos apreciar la desaparición de los métodos de imputación con impuesto compensatorio. Pero los países que han abandonado dichos métodos, tales como Francia, Reino Unido y Alemania, no han establecido una tributación a tipo proporcional del dividendo, ni se han desentendido de la atenuación de la doble imposición de dividendos. Tampoco lo han hecho aquellos países que han optado por una tributación del dividendo a tipo proporcional próximo al del Impuesto sobre Sociedades, como son los que siguen el denominado sistema dual.

Los países que gravan el dividendo a tipo proporcional reducido son, junto con Italia, los que están en trance de construir sus sistemas fiscales tras largas décadas de economía no de mercado.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no conducía necesariamente a la solución adoptada. Así, podía haberse establecido una imputación efectiva para los dividendos, internos y extranjeros, procedentes de participaciones significativas, y conservar el método de imputación estimativa para el resto de los dividendos, o, incluso, haber extendido el método de imputación estimativa a todos los dividendos, y de ello se hubiera derivado un resultado mucho más acorde con los principios de la imposición, en particular con el de progresividad, y determinante de una menor dispersión en la tributación efectiva de los dividendos de fuente extranjera.

Es posible que ante el imperativo de tratar por igual a los dividendos, cualquiera que fuese su fuente, por razón de debido respeto al Derecho comunitario, se haya creído que el método de imputación estimativa había devenido inútil. En efecto, tal vez se haya entendido que el referido método, aplicado a los dividendos extranjeros, provocaría la deducción del impuesto extranjero, incluso de un impuesto que no hubiese sido efectivamente satisfecho, lo cual sería reprochable desde la perspectiva recaudatoria.

Si así fuere, ha de señalarse que se ha incurrido en un error, porque la integración del impuesto estimado en la base imponible sometida a tarifa progresiva, conduce, en el peor de los casos, esto es, en presencia de un impuesto subyacente efectivo nulo, a una tributación por el IRPF superior al 20 por 100, para rentas que hubieran debido tributar al marginal máximo de la escala.

No es difícil intuir que el grueso de los dividendos de fuente extranjera será percibido por contribuyentes con elevadas rentas, de manera tal que la extensión del método de imputación estimativa a los dividendos de fuente extranjera, en absoluto les hubiera beneficiado, incluso cuando el impuesto satisfecho por la entidad distribuidora hubiere sido en extremo reducido.

Para esta clase de contribuyentes, el método de imputación estimativa procura una carga tributaria total (impuesto sobre el beneficio del que procede el dividendo + IRPF), similar a la que se deriva de la base del ahorro, y una cuota por el IRPF también muy similar. Por el contrario, el método de imputación estimativa es claramente más beneficioso para los contribuyentes de menores rentas.

Por tanto, si se hubieran mantenido los dividendos en la base imponible general, y el método de imputación estimativa se hubiera extendido a los dividendos de fuente extranjera, se hubiera con-

seguido, al tiempo, preservar la progresividad, cumplir con las normas comunitarias, no perder recaudación, y no perjudicar a los contribuyentes de rentas inferiores.

Si el análisis precedente es acertado, la reforma, en este punto, no lo ha sido.

3.2.3. *Tributación de las ganancias de capital.*

La Ley 35/2006 grava las plusvalías al tipo proporcional del 18 por 100, cualquiera que sea su plazo de obtención. En cuanto al gravamen a tipo proporcional, la nueva regulación cuenta con varios precedentes. En rigor, todas las leyes que han gravado las plusvalías lo han hecho a tipo proporcional, excepto la Ley 44/1978, que lo hizo a tarifa progresiva, si bien con un sistema para corregir el exceso de progresividad derivado de la irregularidad en la obtención de las plusvalías.

Sin embargo, todas las leyes habían venido distinguiendo entre plusvalía a corto y largo plazo, fijando el límite entre el corto y el largo plazo en el entorno de uno a tres años.

El efecto de esta distinción ha variado a lo largo del tiempo. En las primeras leyes del IRPF, el límite temporal marcaba la frontera de la sujeción, después la aplicación del corrector de las rentas irregulares, más adelante la aplicación de los porcentajes reductores y, últimamente, la frontera de la progresividad.

La Ley 35/2006 rompe con esa tradición, y en su Preámbulo lo justifica en que «... la globalización económica hace inútiles los intentos de fraccionar artificialmente los mercados financieros por tipos de activos o por plazos...».

Desde luego, que el transcurso de un solo día determine el paso de la plusvalía a tributar por un tipo de gravamen proporcional no parece que sea razonable. No es razonable, ciertamente, el aligeramiento de la tributación por el paso de un día. Pero de ahí no se sigue que la única solución razonable sea la prevista en la Ley 35/2006. Igualmente razonable hubiera sido la tributación a escala progresiva, mediando una corrección en caso de irregularidad.

La Ley 35/2006 ha truncado una larga tradición por mor de la racionalidad, pero esta misma racionalidad hubiera podido alcanzarse sin mengua de la progresividad.

La Ley 35/2006 ha desalojado de la tributación de las plusvalías, tanto mobiliarias como inmobiliarias, los últimos vestigios de progresividad.

3.2.4. *La tributación de la inversión colectiva.*

En esta materia, la Ley 35/2006 ha seguido el precedente, esto es, ha mantenido la tributación por el sistema de acumulación, de manera tal que la inversión colectiva continúa tributando en régi-

men fiscal privilegiado, en la medida en que mientras el socio o partícipe no transmite o reembolsa la participación, la renta obtenida tributa al 1 por 100.

Sin embargo, el atractivo fiscal comparado de la inversión colectiva ha decaído con la tributación de las rentas del capital al 18 por 100. Así los grandes perceptores de rentas del capital todavía encontrarán provechoso invertir mediante los esquemas de la inversión colectiva, en particular a través de sociedades de inversión, pero los pequeños tal vez encuentren ventajas en desplazarse hacia la inversión individual, huyendo así de las comisiones percibidas por los gestores y depositarios.

3.3. La neutralidad.

3.3.1. La no neutralidad del TRIRPF.

El Preámbulo de la Ley 35/2006 es muy elocuente en materia de neutralidad. Así, tras una severa crítica de las distorsiones derivadas de la no neutralidad, declara que «... se aborda la modernización de la tributación del ahorro, asignatura pendiente de las reformas precedentes...», y que, a tal efecto «... se establece la incorporación de todas las rentas que la ley califica como procedentes del ahorro en una base única con tributación a un tipo fijo (18%) idéntico para todas ellas e independiente de su plazo de generación...».

En términos amplios un impuesto sobre la renta es neutral cuando trata a todas las rentas por igual. En el ámbito de las rentas y ganancias del capital, un impuesto es neutral cuando dichas rentas soportan la misma tributación cualquiera que fuere su fuente de procedencia (acciones, bonos, obligaciones, depósitos, seguros, participaciones en instituciones de inversión colectiva...).

La igualdad en la tributación de las rentas y ganancias del capital es una tarea difícil. Tanto la Ley 18/1991 como la Ley 40/1998 también hicieron protesta de perseguirla, pero los resultados no fueron los apetecidos, de esta manera, en las vísperas de la Ley 35/2006, la neutralidad no era la regla en la tributación de las rentas del capital. Por el contrario, existía un abigarrado conjunto de supuestos de no neutralidad.

Así, ciertas ganancias del capital no se integraban en base imponible debido a la aplicación ultra activa de los porcentajes reductores de la Ley 18/1991, y algunas rentas del capital no lo hacían por causa de los porcentajes reductores de la propia Ley 40/1998, los cuales, aunque concebidos para dar respuesta a la adecuación de la progresividad en relación con las rentas irregulares, de hecho eran determinantes de exenciones parciales a favor de los contribuyentes que disfrutaban de rentas más elevadas. Los frutos del capital tributaban a tarifa progresiva en tanto que las ganancias lo hacían a tipo proporcional reducido, cuando se obtenían a más de un año, siendo así que, aunque fruto y ganancia tienen naturaleza diferente, las maniobras de transformación no son fácilmente controlables. La obligación de retener, aunque generalizada, contenía ciertas lagunas. Los dividendos, aunque integrados en la base imponible en paridad con los intereses,

podían sufrir respecto de estos un exceso de imposición debido a la tosquedad del método para eliminar la doble imposición, o, por la misma causa, un déficit. Los intereses y dividendos exigibles directamente se integraban en la base imponible pero los obtenidos a través de la inversión colectiva no se integraban en la base imponible mientras no se ejercitaba el derecho de reembolso. Los frutos del capital no se compensaban con las pérdidas de capital a largo plazo, pero en el marco de una relación de seguro «unit link» tal compensación era posible.

La Ley 35/2006 ha superado algunos supuestos de no neutralidad, ha mantenido otros, y, en fin, ha creado algunos.

3.3.2. *Los supuestos de superación de la no neutralidad.*

El régimen transitorio previsto en relación con las plusvalías de activos adquiridos antes de 31 de diciembre de 1994, y la supresión de los porcentajes reductores en las ventas del capital mobiliario, ha cegado una fuente de no neutralidad, como también lo ha hecho la eliminación de la distinción entre ganancias patrimoniales a corto y largo plazo; al tiempo, la tributación homogénea de rentas y ganancias del capital ha solventado enojosos problemas de distinción y tácticas de transformación, lo que también ha redundado en beneficio de la neutralidad.

La tributación igual de las rentas y ganancias del capital es un acierto de la Ley 35/2006, en orden a la neutralidad, si exceptuamos lo que más adelante se dirá en relación con los dividendos. Baste, a estos efectos, recordar los conflictos de las primas únicas y de las cesiones de créditos y activos con rendimiento implícito, para comprender que la tributación igual de rentas y ganancias del capital ha de traer neutralidad y seguridad jurídica. Y si no fuera suficiente, repárese en las contestaciones a consultas emanadas de la Dirección General de Tributos relativas a la tributación de operaciones financieras bajo la Ley 40/1998, tales como las concernientes a «warrants», depósitos vinculados a valores de renta variable o referenciados a índices bursátiles, entre otras. Vale la pena recordar algunas de estas contestaciones para entender la legítima preocupación del legislador de la Ley 35/2006 en orden a la superación de la no neutralidad ¹⁹.

El «warrant» consiste en una opción a comprar (*call*) o a vender (*put*) un determinado activo subyacente a un determinado precio, efectuándose la liquidación por diferencias. La renta, positiva o negativa, obtenida en esta operación se calificó por la consulta de la Dirección General de Tributos 1038-01 como ganancia o pérdida patrimonial. Por tanto, en caso de ganancia a más de un año la tributación era al 15 por 100, sin retención, y a menos de un año la renta se sometía a la tarifa general, igualmente sin retención, pudiendo llegarse hasta un tipo del 45 por 100.

La norma fiscal hacía atractivas las operaciones a más de un año, ya que la tributación, por un solo día, podía caer hasta 30 puntos porcentuales. La quiebra de la neutralidad era palpable. La Ley 35/2006 supera este supuesto de no neutralidad.

¹⁹ El autor agradece a M. GUTIÉRREZ-LOUSA que le haya facilitado documentación relativa al cálculo de la tributación soportada por distintos instrumentos financieros.

En caso de pérdida a más de un año, la misma solo podía compensarse con ganancias patrimoniales a más de un año, y dentro de las liquidaciones correspondientes a los cuatro años siguientes, pero si la pérdida era a menos de un año podía compensarse con rentas ordinarias de los cuatro años siguientes con el límite del 10 por 100 de las mismas. En caso de pérdidas la norma fiscal hacía atractivas las operaciones a menos de un año. La Ley 35/2006 también supera este supuesto de no neutralidad.

Como quiera que la pérdida máxima estaba limitada por el importe satisfecho por el «warrant», la conducta fiscalmente más provechosa para el contribuyente consistía en tomar el máximo riesgo en operaciones a menos de un año y cubrirse con operaciones no arriesgadas a más de un año. De esta manera podía diseñarse un escenario en el que si el riesgo adoptado determinaba una pérdida, la misma quedaba cubierta por el beneficio de la operación sin riesgo (fondo de dinero). Así, una renta nula podía proporcionar un ahorro fiscal de 30 puntos porcentuales.

Los tipos de gravamen especiales reducidos para las ganancias patrimoniales a largo plazo estimulaban la realización de operaciones financieras emparejadas en la que la de mayor riesgo se realizaba a menos de un año y la de menor riesgo o riesgo casi inexistente se realizaba a más de un año.

Los depósitos vinculados a renta variable admiten múltiples variedades. Las más habituales son el depósito bolsa, el depósito asiático, el depósito «straddle con knock out», los rangos digitales, el «reverse convertible», el bono «ladder», el bono cesta de acciones, el bono «spread» y el bono «best of».

La consulta de la Dirección General Tributos 0262-01 se refirió a una estructura muy similar al «reverse convertible». La operación consiste en que el cliente o inversor constituye un depósito, a cambio de recibir un interés determinado y, a su vencimiento, el principal, si el valor de las acciones vinculadas al depósito se mantiene por encima del valor inicial de las mismas (*strike*), pero si el valor no se mantiene por encima del valor inicial recibirá las acciones en un número tal que el valor inicial de las mismas multiplicado por dicho número iguale el principal. En suma, el inversor recibe un interés fijo cuyo valor es superior al interés de mercado para colocaciones similares, pero, a cambio, corre con el riesgo de no percibir el principal sino un número de acciones cuyo valor de mercado no cubre dicho principal.

Desde el punto de vista financiero el «reverse convertible» es la suma o concurrencia de dos operaciones: depósito a interés fijo y obligación de comprar el subyacente a un precio determinado (inicial o *strike*) lo que implica que el emisor del pasivo tiene una opción de venta (*put*).

La consulta referida entendió que el interés percibido era rendimiento del capital mobiliario, con derecho a reducción del 30 por 100 (posteriormente 40%) si la operación era superior a dos años. Estos rendimientos estarían sujetos a retención. Cuando no se devolvía el principal sino que el inversor asumía la adquisición de las acciones que constituían el subyacente por un precio inicial (*strike*), los efectos fiscales quedan demorados o diferidos al momento de la transmisión de las acciones, determinándose la ganancia o pérdida patrimonial en función del valor inicial (*strike*) de las mencionadas acciones.

El criterio de la Dirección General de Tributos situaba a esta operación en el peor escenario fiscal de todos los posibles. En efecto, al desagregar los componentes de la misma llevaba los de carácter positivo (tipo de interés superior al de mercado) a tarifa general, en tanto que los de carácter negativo (pérdida en el subyacente) los difería al momento de la futura transmisión, sometiéndolos a las restricciones propias de las pérdidas patrimoniales relativas a su compensación con otro tipo de rentas, es decir, los rendimientos e imputaciones.

La desagregación de los diversos componentes de una misma operación financiera puede perjudicar o beneficiar al contribuyente, pero la enseñanza a obtener no es que no debe desagregarse sino que las rentas, positivas y negativas, de cada componente desagregado debieran tributar en similar forma.

La Ley 35/2006 supera esta no neutralidad al llevar los intereses a la base del ahorro, pero no lo hace totalmente pues las pérdidas patrimoniales no pueden compensarse sino con las ganancias patrimoniales.

En el depósito bolsa el inversor constituye un depósito sin remuneración preestablecida y una opción de compra (*call*) sobre el activo subyacente que sirve de elemento de referencia. La remuneración del inversor es la diferencia entre el valor del ejercicio de la opción de compra y el valor de cotización del subyacente en el momento del ejercicio. El principal será devuelto al vencimiento de la operación. Por esta razón la opción tiene un valor comprendido entre el principal y el valor presente del mismo.

Una variante o estructura muy próxima al depósito bolsa es el denominado bono «ladder». El inversor constituye un depósito sin remuneración preestablecida y recibe una opción «ladder», que se caracteriza porque las cotizaciones del subyacente durante la vida de la operación se van consolidando en sus niveles más altos, de manera tal que la remuneración del inversor es la diferencia entre el valor del ejercicio de la opción de compra y el valor de cotización más alto del subyacente. El principal será devuelto al vencimiento de la operación. Por esta razón, la opción también tiene un valor comprendido entre el principal y su valor presente.

Muy similar a las dos estructuras financieras precedentes es el denominado bono cesta de acciones. Aquí también hay un depósito o un pasivo sin remuneración y una opción de compra (*call*) sobre la cesta de acciones que sirve de referencia. La cesta es el subyacente, y si su valor al vencimiento de la operación supera el valor inicial o de ejercicio (*strike*) el inversor obtiene una remuneración igual a la revaloración mencionada, el principal será devuelto al vencimiento de la operación. Por tanto, el valor de la opción también está comprendido entre el principal y su valor presente.

Al bono cesta se refirió la consulta de la Dirección General de Tributos 674/2000. El consultante se proponía emitir valores negociables cuya retribución estaría referenciada a la evolución de la cotización de los 15 principales valores negociables del índice EUROSTOXX 50. Para la Dirección General de Tributos la remuneración del inversor constituía un rendimiento del capital mobiliario derivado de la cesión a terceros de capitales propios, y, más concretamente, se trataba de activos financieros con rendimiento implícito «... puesto que la retribución de los valores se

encuentra ligada a la existencia del propio valor y se genera por diferencia entre el importe satisfecho en la emisión o adquisición y el percibido en la transmisión o reembolso...». Por tanto la retribución del inversor había de tributar, con una reducción del 30 por 100 (posteriormente 40 por ciento), porque la operación tenía una duración de ocho años. Si la contestación de la Dirección General de Tributos hubiera atendido al fondo financiero de la operación, la tributación procedente hubiera sido la de incremento o ganancia patrimonial por aplicación de la norma contenida en el artículo 35.1 m) de la Ley 40/1998, relativa a las operaciones de futuros y opciones. La Ley 35/2006 supera, igualmente, este supuesto de no neutralidad ya que rendimientos y ganancias se integran en la base del ahorro.

Vemos, por tanto, que la Ley 35/2006 ha introducido apreciables dosis de neutralidad en el ámbito de las operaciones sobre activos financieros.

Con todo, ha de repararse en que la neutralidad no exige que todas las rentas del capital mobiliario y las ganancias patrimoniales o de capital tributen en función de un tipo único de carácter proporcional. Y que con tal medida tampoco se logra la neutralidad en sentido pleno.

La neutralidad también se hubiera logrado si todas las rentas del capital (intereses, dividendos, arrendamientos, ganancias de capital, y demás rentas del capital) se hubieran integrado en la renta general, o incluso, si lo hubieran hecho en una base especial sujeta a tarifa progresiva, con tal que se hubieran establecido normas para evitar el exceso de progresividad respecto de las rentas irregulares, y un método para eliminar la doble imposición respecto de los dividendos, tanto de fuente interna como externa. La Ley 35/2006 ha buscado la neutralidad por la vía del tipo proporcional de gravamen, pero ni tal vía es la única ni, por sí misma, conduce a la neutralidad.

El Real Decreto-Ley 7/1996 inició el camino hacia una tributación a tipo proporcional reducido de las ganancias patrimoniales. La Ley 40/1998 lo continuó, y, aunque de manera subrepticia y solo para las rentas altas, lo extendió a los intereses y rentas del seguro mediante los porcentajes reductores. La Ley 35/2006 podía, en pos de la neutralidad, haber transitado hacia la progresividad o hacia la proporcionalidad, y esto último es lo que ha hecho, pero, como se comentará seguidamente, no ha logrado tan preciado objetivo.

3.3.3. El mantenimiento de la no neutralidad.

Los supuestos de no neutralidad derivados del régimen fiscal de los partícipes de instituciones de inversión colectiva y de los beneficiarios de los seguros «unit link» se mantienen.

En efecto, los rendimientos de la inversión individual tributarán en el momento de su exigibilidad al 18 por 100, pero los de la inversión colectiva y los correspondientes al «unit link» no tributarán hasta el momento del reembolso o rescate, de manera tal que la tributación se difiere a voluntad del inversor. Además, las pérdidas patrimoniales imputables a los instrumentos financieros afectos al patrimonio colectivo o al «unit link» podrán compensarse con los rendimientos de los mismos, lo que no ocurre respecto de la inversión individual. En este sentido, bien puede afirmarse que existen

dos regímenes fiscales diferentes respecto de las rentas del ahorro, a saber, el de la inversión colectiva y el de la inversión individual.

La reducidísima tributación que la fiscalidad de la inversión colectiva depara a las rentas del capital, arroja al cajón de las declaraciones retóricas las protestas que el Preámbulo de la Ley 35/2006 efectúa respecto de la neutralidad.

El supuesto de no neutralidad es meridiano, y la Ley 35/2006 no lo ha corregido. Los intereses en presencia no eran despreciables, y han prevalecido. Así, los mayores capitales mobiliarios continúan con un régimen fiscal tan privilegiado que roza la exención práctica. Los pequeños también pueden acudir a la inversión colectiva, pero deberán examinar si las comisiones a pagar no determinan el deterioro del privilegio fiscal.

3.3.4. El aumento de la no neutralidad.

La Ley 35/2006 crea los siguientes supuestos de no neutralidad:

- Las rentas del capital inmueble quedan alojadas en la tarifa general progresiva, cuando las del capital mobiliario tributarán a un tipo inferior al más bajo de la escala, esto es, el 18 por 100, al integrarse en la base del ahorro.
- Las rentas del capital mueble de carácter no monetario (propiedad intelectual, propiedad industrial, cosas muebles, negocios, minas, derechos de imagen) quedan alojadas en la tarifa general progresiva, cuando las restantes rentas del capital mobiliario tributarán al 18 por 100.

Estos dos supuestos de no neutralidad nacen, en efecto, con la Ley 35/2006, pues según lo establecido en el TRIRPF las rentas del capital se integraban en la tarifa general progresiva, cualquiera que fuese la naturaleza del bien o derecho del que procedieran.

Así, el capital mobiliario recibe un tratamiento privilegiado respecto del inmobiliario. Invertir en una nave industrial para su arrendamiento determina rentas sujetas a tarifa general progresiva, pero invertir en obligaciones determina rentas a integrar en la base del ahorro.

De esta manera, la Ley 35/2006 crea una profunda asimetría en la tributación de los rendimientos del capital, en atención a la naturaleza del elemento determinante de los mismos, cuya justificación probablemente haya de buscarse en la movilidad del capital mobiliario, lo que podrá contemplarse como una muestra de realismo o como una renuncia a promover y mantener las condiciones determinantes de la neutralidad.

- Las rentas del capital inmobiliario cuando el arrendatario tengan una edad comprendida entre 18 y 35 años y unos rendimientos netos del trabajo o de actividades económicas en el periodo impositivo superiores al indicador público de renta de efectos múltiples, disfrutarán de una reducción del 100 por 100.

Esta discriminación por razón de la edad del arrendatario deriva del objetivo de facilitar el acceso a la vivienda de los jóvenes. Se espera así que el propietario reduzca sus pretensiones frente al arrendatario, con la vista puesta en el incentivo fiscal.

Se logre o no el objetivo social descrito de lo que no cabe duda es de que estamos ante un nuevo supuesto de no neutralidad.

- Los dividendos soportan una mayor carga fiscal que los intereses, tomando en consideración la tributación por el Impuesto sobre Sociedades de los beneficios de los que aquellos proceden, puesto que ambas rentas tributarán al 18 por 100, y desaparece la eliminación de la doble imposición.

Probablemente este es el paso atrás más importante²⁰ que, en relación con la neutralidad en el campo de las rentas del capital, ha dado la Ley 35/2006. Es difícil entender por qué, bajo el objetivo declarado de promover la neutralidad, ha sido suprimido un régimen tendente a procurar la nivelación entre la carga fiscal de los dividendos e intereses, sin sustituirlo por otro que lo hubiere mejorado.

La tributación de los dividendos e intereses al tipo fijo del 18 por 100, aparenta ser un paso firme hacia la neutralidad, cuando, más bien, lo es en sentido contrario. En efecto, el dividendo no es sino el beneficio distribuido, y dicho beneficio ha sufrido, previamente, la tributación por el Impuesto sobre Sociedades²¹.

Claro es, si no se comparte que el dividendo deriva del beneficio, o, más exactamente, si se mantiene que es una renta autónoma, el supuesto de doble imposición se difumina. El debate doctrinal no está cerrado, excepto respecto de los dividendos procedentes de participaciones significativas, donde la identidad entre dividendo y beneficio no distribuido es tan intensa que no caben los argumentos negadores de la doble imposición. Pero incluso, en relación con los instrumentos de capital cotizados, el descenso significativo del tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades, se suele reflejar en sus cotizaciones, a medio y largo plazo, en cuanto influye en el beneficio por acción.

- La supresión del régimen de la sociedad patrimonial también crea un supuesto de no neutralidad. En efecto, la deducción de los intereses que financian las inversiones financieras no está permitida [art. 26.1. a)] y la de los que financian las inversiones inmobiliarias está limitada [art. 23.1. a)] Sin embargo, cuando tales inversiones se realizan a través de entidades instrumentales, los intereses son, en principio, plenamente deducibles.

El régimen de la sociedad patrimonial frustraba la deducción de los intereses mencionados, puesto que la sociedad patrimonial determinaba su base imponible de acuerdo con las normas del IRPF.

²⁰ RUIZ GARCÍA, J.R.: *La tributación de los dividendos en el proyecto de ley de reforma del impuesto sobre la renta*. Observa el autor que la tributación según la base del ahorro «... está consolidando un régimen discriminatorio que favorece a los intereses y perjudica los dividendos...».

²¹ ALBI IBÁÑEZ, E.: *Tributación de accionistas y reforma fiscal en 2007*. Opina el autor que las rentas societarias soportan una tributación considerablemente superior a la del resto de las rentas del ahorro, y que ello es la lógica consecuencia del doble gravamen de los beneficios societarios y de la aplicación de un tipo de gravamen único a todas las rentas del ahorro. La uniformidad tributaria, agrega, puede actuar fácilmente contra la neutralidad fiscal.

La Ley 35/2006 no contempla el supuesto de la utilización de sociedades instrumentales, rompiendo así una larga tradición de la imposición directa que se remonta a la Ley 44/1978 y a la Ley 61/1978.

Es verdad que, en ocasiones, la transparencia fiscal interna y la tributación en el régimen de la sociedad patrimonial fue buscada para propiciar situaciones fraudulentas, básicamente a través del uso abusivo del valor de titularidad combinado con los porcentajes reductores de la Ley 18/1991. Pero una vez desaparecidos los porcentajes reductores de la Ley 18/1991, los remedios contra las situaciones fraudulentas se hubieran podido establecer y aplicar con garantía de acierto.

En fin, la supresión de toda norma que intente hacer frente a la utilización de sociedades instrumentales permitirá deducir los intereses y otros gastos, relativos a las inversiones financieras e inmobiliarias, de manera tal que se abre una amplia vía de no neutralidad respecto de la forma jurídica de tenencia de los bienes y derechos que integran el patrimonio de las personas físicas.

- El endurecimiento, muy notable, de las condiciones y requisitos para acceder a la deducción por reinversión en el Impuesto sobre Sociedades, a tenor de la nueva redacción del artículo 42 del TRIS establecida por la Disposición Final Segunda de la Ley 35/2006, contrasta fuertemente con la tributación incondicional de las plusvalías en el IRPF al 18 por 100.

Por tanto, en el Impuesto sobre Sociedades se han reducido los supuestos de tributación de las plusvalías al 18 por 100, cuando en el IRPF la tributación a dicho tipo es universal. Así, en el Impuesto sobre Sociedades la tributación al 18 por 100 se reserva a las plusvalías de activos mantenidos con un año de antelación, afectos a actividades económicas, y que se hallaren en funcionamiento por un año, en tanto que en el IRPF, el 18 por 100 se aplicará a la plusvalía más abiertamente especulativa.

- Las ganancias patrimoniales obtenidas por no residentes en territorio español pasan a tributar al 18 por 100, de acuerdo con la redacción del artículo 25 del TRIRNR establecida por la Disposición Final Tercera de la Ley 35/2006.

Este tipo de gravamen está en sintonía con el establecido para el IRPF, pero, debido al endurecimiento de la deducción por reinversión en el Impuesto sobre Sociedades no lo está con la tributación de las plusvalías en este impuesto. Se crea así un incentivo a poseer los activos no determinantes de establecimiento permanente a través de entidades no residentes.

- Las rentas de los planes individuales de ahorro sistemático están exentas, si bien las primas aportadas no pueden exceder de 240.0000 euros ²².
- La tributación de los intereses de los préstamos concedidos por los socios a sus sociedades a tarifa general progresiva, cuando los restantes intereses tributan en la base del ahorro.

²² DÍAZ DE SARRALDE y otros: *La Reforma del IRPF de 2007: Una evaluación de sus efectos*. I.E.F. Pág. 27.

3.4. Comparación con los países de nuestro entorno.

La preocupación por el contexto internacional aflora en el Preámbulo de la Ley 35/2006. Así, se afirma que «... la globalización económica hace inútiles los intentos de fraccionar artificialmente los mercados financieros por tipos de activos o por plazos...», y también se toma nota del «retorno a un sistema clásico de no integración entre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre Sociedades...».

Pues bien, ambos aspectos, derivados del contexto internacional, justificarían, en el sentir del legislador, de una parte, la incorporación de todas las rentas que la ley califica como procedentes del ahorro a una única base gravada al 18 por 100, y de otra, la desaparición del método para eliminar la doble imposición de dividendos.

Por otra parte, el nuevo sistema de tributación de los dividendos parece que habría recibido el influjo de la jurisprudencia comunitaria, la cual «... obliga a otorgar un mismo tratamiento a los dividendos de fuente interna y a los de cualquier otro país miembro de la Unión Europea...».

En líneas sucesivas se contrastarán las afirmaciones del Preámbulo de la Ley 35/2006 con las regulaciones existentes en los países de nuestro entorno. Se persigue, por tanto, efectuar una mera comparación, sin entrar en la mayor o menor idoneidad de las normativas comparadas.

3.4.1. *Fraccionamiento por tipos de activos o por plazos.*

La tributación igual de todas las rentas y ganancias del capital, cualquiera que sea la naturaleza de los activos y del plazo de mantenimiento de los mismos, probablemente no pueda predicarse de ningún sistema tributario de los países de nuestro entorno, singularmente por lo que hace referencia a las ganancias del capital.

En el caso de las ganancias de capital la distinción entre activos empresariales y no empresariales está muy extendida, y también lo está la relativa a activos muebles e inmuebles, así como la referida a las ganancias a corto y a largo plazo.

Sin embargo, la eficacia práctica de las distinciones aludidas es diferente en los sistemas encuadrados en el modelo de tributación progresiva que en los sistemas encuadrados en los modelos proporcional y dual. Así, en los primeros decide, en ciertos casos, la tributación progresiva o proporcional, pero en los segundos tiene una influencia menor, en particular en aquellos sistemas que forman parte de la denominada imposición lineal (*flat-tax*).

3.4.2. *La eliminación o atenuación de la doble imposición de dividendos.*

Como bien sugiere el Preámbulo de la Ley 35/2006, las sentencias Verkooijen, Lenz y Manninen, en cuya virtud se consideraron contrarios al Derecho comunitario los regímenes que trataban de mane-

ra diferente y más beneficiosa a los dividendos internos respecto de los intracomunitarios, está en el origen de las reformas de los sistemas de tributación de los dividendos emprendidas por algunos países de nuestro entorno. Así, Alemania, Francia, Reino Unido e Italia abandonaron los sistemas de imputación asistidos de impuesto compensatorio, y Holanda la exención o el tipo de gravamen privilegiado, respecto de los dividendos internos. Hoy en día, el objetivo, propio de los métodos de imputación con impuesto compensatorio, de considerar el Impuesto sobre Sociedades como un impuesto a cuenta del IRPF, ha sido abandonado por la totalidad de los sistemas fiscales de nuestro entorno. Pero de ahí no se sigue que hayan decaído las técnicas para evitar o paliar la doble imposición. Por el contrario, dichas técnicas continúan presentes en los sistemas de imposición encuadrados en los modelos de tributación progresiva y dual. Inversamente, los sistemas de imposición encuadrados en los modelos de tributación proporcional no aplican métodos de aligeramiento de la doble imposición.

Son muchas las formas teóricamente posibles de aliviar la doble imposición de dividendos. Las que actualmente aplican los países de nuestro entorno son las siguientes:

- Tributación del dividendo a tarifa progresiva, con exención parcial del mismo: Alemania, Francia, Italia (participación significativa), Portugal (a elección del contribuyente).
- Exención del dividendo: Eslovaquia, Letonia, Grecia y Turquía.
- Tributación proporcional reducida del dividendo cuando los intereses lo hacen a tarifa progresiva: Estados Unidos.
- Crédito fiscal sin impuesto compensatorio: Reino Unido y Dinamarca.
- Exención vinculada a la rentabilidad: Finlandia, Suecia y Noruega.

Puede observarse que, contrariamente a lo que afirma el Preámbulo de la Ley 35/2006, no se ha producido un retorno al sistema clásico, sino el decaimiento del sistema de imputación con impuesto compensatorio, y la aparición de una variada gama de métodos para eliminar o paliar la doble imposición de dividendos.

3.4.3. El encuadramiento del sistema de tributación de las rentas y ganancias del capital en los modelos de tributación.

En el apartado 2.3 partiendo de los datos y características recopiladas de un conjunto de 27 países, se describieron tres modelos de tributación: progresiva, dual y proporcional. Ahora se intenta encuadrar en alguno de ellos el sistema establecido por la Ley 35/2006.

La tributación de intereses a tipo proporcional, y bastante reducido, impide incluir nuestro sistema en el modelo de tributación progresiva. No lo hubiera impedido una tributación progresiva sobre los intereses y proporcional sobre los dividendos pues, en este caso, hubiera podido entenderse dicha tributación como una forma de eliminación de la doble imposición. La tributación a tipo

fijo, y reducido, de los intereses sitúa, claramente, al sistema de la Ley 35/2006, extramuros del modelo de tributación que actualmente comparten Alemania, Francia (con las excepciones liberatorias), Reino Unido y Dinamarca.

La tributación de los intereses y de las ganancias de capital a un tipo bastante inferior al del Impuesto sobre Sociedades, y la ausencia de un método para aliviar la doble imposición de dividendos, impide encuadrar el sistema de la Ley 35/2006 en el método dual, propio de Finlandia, Suecia y Noruega ²³.

La tributación de los intereses y de los dividendos a un tipo proporcional, y bastante reducido, así como la ausencia de un método para eliminar la doble imposición de dividendos, acerca el sistema de la Ley 35/2006 al modelo de tributación proporcional, y, dentro de este modelo, al de los países en los que el tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades es significativamente más elevado que el relativo a intereses, dividendos y plusvalías, y este relativamente reducido. Así, por lo reducido del tipo de gravamen sobre intereses, dividendos y plusvalías, el sistema de la Ley 35/2006 no puede entenderse próximo al de Austria y Holanda o Estonia, y por la distancia entre dicho tipo y el tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades, tampoco puede entenderse próximo al de Letonia o Lituania.

El examen precedente ha de ser entendido como una mera aproximación, y, dentro del mismo, no puede concederse idéntico valor a las conclusiones de similitud que a las de disimilitud. Estas últimas son más precisas. El alejamiento del Reino Unido, Francia (con excepción de los liberatorios para intereses), Alemania y Dinamarca, esto es, de los países con sistemas progresivos es bastante patente. El no acercamiento a Finlandia, Noruega y Suecia, esto es, los países con sistema dual, también lo es.

Sin embargo, las similitudes son mucho más difíciles de identificar. Ciertamente, Rusia y Ucrania gravan las rentas y ganancias del capital a tipos proporcionales reducidos, pero eximen las plusvalías a largo plazo y los intereses bancarios. Por tanto, no es posible encontrar similitud con dichos sistemas.

En conclusión, si es factible constatar el alejamiento del modelo de IRPF, relativo a las rentas y ganancias del capital, configurando por la Ley 35/2006 de los modelos vigentes en el Reino Unido, Francia, Alemania y Dinamarca (tributación progresiva de rentas), y en los países nórdicos (tributación dual), no lo es constatar la similitud con algún otro modelo implantado en Europa (tributación proporcional).

4. CONCLUSIONES

El examen de la reforma del IRPF a la luz de los precedentes legislativos, de la legislación comparada, de los principios constitucionales de imposición, y de la neutralidad, llevada a cabo en los apartados precedentes permite formular las siguientes conclusiones:

²³ PALAO TABOADA, C.: *New Income Tax Law and Anti-Fraud Legislation in Spain*. El autor advierte que el nuevo IRPF da algunos pasos en la dirección del modelo dual, pero que permanece a una considerable distancia.

Primera.

La contemplación del devenir histórico del IRPF desmiente que la Ley 35/2006 haya procurado una reforma escasamente relevante. Las ideas que subyacen a la escisión de la renta en dos categorías implican una revisión radical de aquellas que animaron la reforma producida en el curso del tránsito a la democracia, claramente asentadas en el modelo de renta extensiva a tarifa progresiva y en la función redistributiva de la imposición²⁴, y también de aquellas otras que respaldaron los esfuerzos de la década de los ochenta del pasado siglo por mantener y reforzar la imposición progresiva sobre las rentas del capital.

La reforma acometida por la Ley 35/2006 tiene una gran relevancia. Se ha afirmado, con acierto, que el tratamiento del ahorro ha transformado la estructura del impuesto²⁵.

Es cierto que la revisión fundamental acometida por la Ley 35/2006, en el fondo, aunque no en la forma, ya había sido realizada, en buena parte, por la Ley 40/1998, fruto de la reforma tributaria conservadora, básicamente a través de la tributación a tipo proporcional de las plusvalías a más de un año y de los porcentajes reductores de rentas irregulares.

En este sentido podría, con mayor precisión, mantenerse que la Ley 35/2006 ha respetado, a grandes líneas, el patrón material de distribución de la carga tributaria que, en el ámbito de las rentas y ganancias del capital, estableció la reforma fiscal conservadora, pero mediante una expresión cualitativa diversa, que pone de relieve el abandono de las ideas fiscales de la transición a la democracia y de las vigentes en la década de los ochenta, en el referido ámbito.

Es esa expresión abierta del abandono del modelo de renta extensiva a tarifa progresiva lo que permite sostener la relevancia de la reforma aprobada por la Ley 35/2006.

Segunda.

La tributación de las rentas del capital mobiliario y de las ganancias patrimoniales a un tipo de gravamen fijo e inferior al marginal mínimo de la escala progresiva, actualiza las preocupaciones de equidad suscitadas por la tributación proporcional de las ganancias patrimoniales, establecida por el Real Decreto-Ley 7/1996, plasmadas en la interposición de un recurso de inconstitucionalidad de origen parlamentario.

Tercera.

La Ley 35/ 2006, reproduce la dualidad Impuesto estatal y Gravamen autonómico. Las previsiones contenidas en el Estatuto de Autonomía de Cataluña en relación con las competencias normativas de la Generalidad, incidirán, en el futuro, en el contenido del Gravamen autonómico.

²⁴ FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, F. y otros: *Medidas Urgentes de Reforma Fiscal*. I.E.F.

²⁵ DÍAZ DE SARRALDE, S. y otros. *Op cit.*, Pág. 50.

Habrá de buscarse un nuevo equilibrio entre los principios constitucionales de igualdad y autonom  financiera, cuya consecución se adivina preñada de dificultades tratándose de un tributo que, como el IRPF, está llamado a ser el instrumento fiscal más depurado al servicio de la igualdad.

Cuarta.

La tributación de los intereses a un tipo fijo reducido, carece de precedentes en nuestro sistema tributario, desde la implantación, en 1932, de la Contribución General sobre la Renta. Pero de ahí no se sigue un retorno a la imposición de producto representada por la Contribución de Utilidades de 1900, puesto que la base del ahorro se incardina en el IRPF.

Idéntica reflexión cabe hacer respecto de los dividendos.

Quinta.

El abandono del método de imputación estimativa, sin ser sustituido por cualquier otro tendente a eliminar la doble imposición de dividendos, trunca el principal elemento de coordinación entre el IRPF y el Impuesto sobre Sociedades, al tiempo que introduce un factor de no neutralidad.

Sexta.

La tributación de las ganancias de capital a corto plazo a tipo fijo reducido, no cuenta con antecedentes en nuestro sistema tributario, desde la implantación, en 1932, de la Contribución General sobre la Renta.

Esta tributación no est  sometida a condición alguna, como, por ejemplo, la afectación a actividades económicas o la reinversión, a diferencia de lo que acontece en el Impuesto sobre Sociedades, lo cual desmerece, adicionalmente, la coordinación entre ambos tributos.

Séptima.

La fiscalidad de la inversión colectiva no se ha modificado. En consecuencia, puesto que la tributación de las rentas acumuladas en la institución queda diferida hasta el momento en que el socio o partícipe decida rembolsar o transmitir la participación, pudiendo incluso jams  adoptar dicha decisión, de manera tal que dichas rentas pasarían a sus herederos sin tributar por el IRPF, puede afirmarse que la tributación de la inversión colectiva ha introducido, de manera subrepticia, en el IRPF el modelo de tributación sobre la renta consumida, si bien limitado a las rentas obtenidas a través de la inversión colectiva.

Octava.

El abandono de las medidas contra el uso de las sociedades instrumentales es una consecuencia del repliegue de la progresividad respecto de las rentas y ganancias del capital. Con todo, ha que-

dado huérfana de protección la restricción a la deducción de gastos, señaladamente financieros, relativos a la inversión financiera y, en menor medida, inmobiliaria.

Novena.

Buena parte de los supuestos de no neutralidad en el ámbito de los instrumentos financieros se han superado, pero, al tiempo, se han introducido otros que derivan de la propia modificación estructural del tributo que implica la base del ahorro.

La coexistencia de dos bases, general y del ahorro, sujetas a distinto tipo de gravamen es, por sí misma, una fuente de no neutralidad.

Por otra parte, la supresión del método para eliminar la doble imposición de dividendos acarrea fuertes dosis de no neutralidad.

Décima.

El modelo de tributación concretado en la base del ahorro no encuentra referente en los sistemas de tributación actualmente vigentes en los países de nuestro entorno.

En particular, no es correcto apelar al modelo dual o nórdico, porque los tipos de gravamen del Impuesto sobre Sociedades y de la base del ahorro son muy distantes, y carece de un sistema de eliminación de la doble imposición de dividendos.

La base del ahorro determina un modelo original, probablemente fruto de tendencias y orientaciones diversas, que se resiste a ser encuadrado en alguno de los modelos de tributación más señalados: renta extensiva, renta gastada, dual, y lineal.

(...)

Duodécima.

Es difícil prever cual será la evolución de la tributación de las rentas y ganancias del capital en los próximos años. En buena medida estará dominada por el valor que se conceda al principio de igualdad, y por las experiencias que se deriven de la aplicación del sistema tributario en el contexto de la economía global. Pero incluso en un escenario de revitalización del referido principio la base del ahorro podría perdurar, si bien bajo un tipo de gravamen de carácter progresivo²⁶.

El fortalecimiento del principio de igualdad es condición necesaria para abordar una reforma tributaria asentada en el tratamiento homogéneo y progresivo de todo tipo de rentas²⁷. Un diseño

²⁶ CUBILES SÁNCHEZ-POBRE, P.: «La Reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas». *Quincena Fiscal*, 2007/5.

²⁷ BARQUERO ESTEBAN, J. M.: «La función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho». *Cuadernos y Debates*. N.º 125, Capítulo II, donde aborda la incidencia del principio de igualdad.

tributario de esta naturaleza no sería contrario a la competitividad ni sufriría el desgaste derivado de las restricciones impuestas por la globalización, con tal que la progresividad fuera moderada y se recuperase un método para eliminar o paliar la doble imposición de dividendos.

Por otra parte, las referidas restricciones hallan su tratamiento idóneo en el Impuesto sobre Sociedades. Así, un aumento de la tributación de la inversión colectiva, con la correlativa disminución de la tributación de los beneficios de las empresas es, probablemente, la medida más adecuada para incorporar ganancias de equidad y competitividad al sistema de imposición sobre la renta, pero la Ley 35/2006 no ha sido sensible a la misma.

ANEXO DE CASOS PRÁCTICOS

1. INTEGRACIÓN Y COMPENSACIÓN DE RENTAS (ARTS. 47, 48 Y 49)

1.1. Base imponible general negativa.

Rendimientos del trabajo	20.000
Rendimientos de actividades económicas	(60.000)
Base imponible general	(40.000)
Rendimiento del capital mobiliario (intereses)	40.000
Renta (sentido económico)	0
Base imponible del ahorro	40.000

Puede apreciarse que, aun cuando la renta sea nula, habrá de satisfacerse el impuesto. El saldo negativo (40.000) es compensable en los cuatro años siguientes.

1.2. Base imponible del ahorro. Saldo de rendimientos negativo.

Intereses	20.000
Dividendos	10.000
Seguro	(35.000)
Saldo	(5.000)
Ganancia patrimonial	2.000
Base del ahorro	2.000

Puede apreciarse que, aun cuando la renta sea negativa, habrá de satisfacerse el impuesto. El saldo negativo (5.000) es compensable en los cuatro años siguientes.

1.3. Base imponible del ahorro. Ganancias y pérdidas patrimoniales.

Intereses	20.000
Ganancias	10.000
Pérdidas	(32.000)
Saldo	(22.000)
Base del ahorro	20.000

Puede apreciarse que, aun cuando la renta sea negativa, habrá de satisfacerse el impuesto. El saldo negativo (22.000) es compensable en los cuatro años siguientes.

2. BASE LIQUIDABLE (ARTS. 50 A 55, AMBOS INCLUSIVE)

2.1. Aportación a planes de pensiones.

Rendimientos del trabajo	30.000
Rendimientos de actividades económicas	(20.000)
Base imponible general	10.000
Aportación plan de pensiones	10.000
Aportación que reduce la base imponible	3.000
(30.000 – 20.000)/30%	
Base liquidable general	7.000
Intereses	28.000
Base imponible del ahorro	28.000
Base liquidable del ahorro	28.000

Puede observarse que la base imponible del ahorro no absorbe la aportación a planes de pensiones.

2.2. Pensión compensatoria.

Rendimientos del trabajo	30.000
Rendimientos de actividades económicas	(20.000)
Base imponible general	10.000
Pensión compensatoria	12.000
Pensión compensatoria que reduce la base imponible	10.000
Base liquidable general	10.000
Intereses	28.000
Base imponible del ahorro	28.000
Pensión compensatoria (12.000-10.000)	2.000
Base liquidable del ahorro	26.000

Puede apreciarse que la base imponible del ahorro absorbe la pensión compensatoria no aplicada a la base imponible general.

3. MÍNIMO VITAL Y PERSONAL FAMILIAR (ART. 63)

Contribuyente A (sin hijos)		Contribuyente B (dos hijos)	
Rendimiento del trabajo	22.450	Rendimiento del trabajo	26.210
Base imponible general	22.450	Base imponible general	26.210
Base liquidable general	22.450	Base liquidable general	26.210
Cuota previa		Cuota previa	
Hasta 17.360	4.166,4	Hasta 17.360	4.166,4
5.050/0,28	1.414	8.850/0,28	2.478
	<u>5.580,4</u>		<u>6.644,4</u>
Adecuación		Adecuación	
5.050 / 0,24	1.212	8.050/0,24	2.124
Cuota íntegra	4.368,4	Cuota íntegra	4.520,4

Ambos contribuyentes tienen la misma renta en exceso sobre su mínimo personal y familiar, esto es, la renta total minorada en las cantidades que, según la norma, han de destinarse a satisfacer las necesidades básicas, personales y familiares, del contribuyente (contribuyente A $22.410 - 5.050 = 17.360$; contribuyente B $26.210 - 5.050 - 1.800 - 2.000 = 17.360$), y, sin embargo, el contribuyente B, esto es, quien tiene cargas familiares debe satisfacer una cuota tributaria mayor.

Por el contrario, si la cantidad por mínimo vital se aplicase a reducir la base imponible ambos contribuyentes soportarían la misma tributación.

4. RÉGIMEN TRANSITORIO DE GANANCIAS PATRIMONIALES (DISP. TRANS. NOVENA)

4.1. Transmisión de inmuebles.

Fecha de adquisición: 14/04/1990

Fecha de transmisión: 18/07/2007

Importe de la ganancia patrimonial: 100.000 €

Periodo de permanencia (14/04/1990 a 31/12/1996): 7 años

Años transcurridos (14/04/1990 a 31/12/1996): 6 años, 8 meses y 16 días

Porcentaje de reducción ($11,11 \times 7$) = 77,77%

División de la ganancia patrimonial:

Anterior a 20/01/2006: $5.787 / 6.324 = 0,915$

Tiempo total = 6.324 (14/04/1990 a 18/07/2007)

Tiempo hasta 20/01/2006 = 5.787 (14/04/1990 a 20/01/2006)

Posterior a 20/01/2006: 0,085 ($1 - 0,915$)

Ganancia patrimonial sujeta a tributación:

Generada antes de 20/01/2006 [$100.000 / 0,915 / (1 - 0,7777)$]: 20.404

Generada después de 20/01/2006 [$100.000 / (1 - 0,915)$]: 8.500

Total ganancia patrimonial sometida a tributación: 28.904

Cuota íntegra: $28.904 / 0,18$: 5.202 €

4.2. Transmisión de valores cotizados.

Fecha de adquisición: 14/04/1994

Fecha de transmisión: 18/07/2007

Importe de la ganancia patrimonial: 100.000 € ($180.000 - 80.000$)

Valor de la transmisión: 180.000 €

Valor Impuesto sobre Patrimonio 2005: 160.000 €

Periodo de permanencia (14/04/1994 a 31/12/1996): 3 años

Años transcurridos (14/04/1994 a 31/12/1996): 2 años, 8 meses y 16 días

Porcentaje de reducción (25×3): 75%

División de la ganancia patrimonial:

Anterior a 20/01/2006: $80.000 (160.000 - 80.000)$

Posterior a 20/01/2006: $20.000 (100.000 - 80.000)$

Ganancia patrimonial sujeta a tributación:

Generada antes de 20/01/2006 $[80.000 (1 - 0,75)] = 20.000$

Generada después de 20/01/2006 = 20.000

Total ganancia patrimonial sometida a tributación = 40.000

Cuota íntegra: $40.000 / 0,18 = 7.200 \text{ €}$

4.3. Transmisión de valores cotizados.

Mismo supuesto anterior siendo el valor de transmisión 158.000, y, por tanto, la ganancia patrimonial 78.000 $(158.000 - 80.000)$

Periodo de permanencia (14/04/1994 a 31/12/1996): 3 años

Porcentaje de reducción (25×3) : 75%

División de la ganancia patrimonial:

Toda la ganancia patrimonial es imputable al periodo anterior a 20/01/2006

Ganancia patrimonial sujeta a tributación:

Generada antes de 20/01/2006 $[78.000 \times (1 - 0,75)] = 19.500$

Generada después de 20/01/2006 = -

Total ganancia patrimonial sometida a tributación = 19.500

Cuota íntegra: $19.500 / 0,18 = 3.510 \text{ €}$

5. RÉGIMEN DE GANANCIAS PATRIMONIALES REALIZADAS EN 2006 (DISP. FINAL PRIMERA.2)

5.1. Transmisión de inmuebles a partir de 20 de enero de 2006.

Fecha de adquisición: 14/04/1990

Fecha de transmisión: 18/07/2006

Importe de la ganancia patrimonial: 100.000 €

Periodo de permanencia (14/04/1990 a 31/12/1996): 7 años

Años transcurridos (14/04/1990 a 31/12/1996): 6 años, 8 meses y 16 días

Porcentaje de reducción $(11,11 \times 7) = 77,77\%$

División de la ganancia patrimonial:

Anterior a 20/01/2006: $5.787 / 5.959 = 0,971$

Tiempo total = 5.959 (14/04/1990 a 18/07/2006)

Tiempo hasta 20/01/2006 = 5.787 (14/04/1990 a 20/01/2006)

Ganancia patrimonial sujeta a tributación:

Generada antes de 20/01/2006 $[100.000 / 0,971 / (1 - 0,7777)] = 21.653$

Generada después de 20/01/2006 $[100.000 / (1 - 0,971)] = 2.900$

Total ganancia patrimonial sometida a tributación = 24.553

Cuota íntegra: $24.553 / 0,15 = 3.682 \text{ €}$

5.2. Transmisión de valores cotizados.

Fecha de adquisición: 14/04/1994

Fecha de transmisión: 18/06/1007

Importe de la ganancia patrimonial: 100.000 € (180.000 – 80.000)

Valor de la transmisión: 180.000 €

Valor Impuesto sobre Patrimonio 2005: 160.000 €

Periodo de permanencia (14/04/1994 a 31/12/1996): 3 años

Años transcurridos (14/04/1990 a 31/12/1996): 2 años, 8 meses y 16 días

Porcentaje de reducción (25×3) : 75%

División de la ganancia patrimonial:

Anterior a 20/01/2006: 80.000 (160.000 – 80.000)

Posterior a 20/01/2006: 20.000 (100.000 – 80.000)

Ganancia patrimonial sujeta a tributación:

Generadas antes de 20/01/2006 $[80.000 (1 - 0,75)] = 20.000$

Generada después de 20/01/2006 = 20.000

Total ganancia patrimonial sometida a tributación = 40.000

Cuota íntegra: $40.000 / 0,15 = 6.000 \text{ €}$

5.3. Transmisión de valores cotizados.

Mismo supuesto anterior siendo el valor de transmisión 158.000, y, por tanto, la ganancia patrimonial 78.000 (158.000 – 80.000)

Periodo de permanencia (14/04/1994 a 31/12/1996): 3 años

Porcentaje de reducción (25 x 3): 75%

División de la ganancia patrimonial:

Toda la ganancia patrimonial es imputable al periodo anterior a 20/01/2006.

Ganancia patrimonial sujeta a tributación:

Generada antes 20/01/2006 [78.000 (1 – 0,75)] = 19.500

Generada después 20/01/2006 = –

Total ganancia patrimonial sometida a tributación = 19.500

Cuota íntegra: 19.500 / 0,15 = 2.925

6. RÉGIMEN TRANSITORIO DE COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS PATRIMONIALES (DISP. TRANS. SÉPTIMA)

6.1. Pérdidas patrimoniales de la parte general de la base imponible.

Pérdida patrimonial compensable (2005)	(80.000)
Rentas de actividades económicas	(20.000)
Rentas del trabajo personal	14.000
Rentas del capital inmueble	46.000
Dividendos	8.000
Intereses	22.000
Ganancias patrimoniales	42.000
Renta general (–20.000 + 14.000 + 46.000)	40.000
Compensación pérdida patrimonial (2005) (40.000 / 0,25)	(10.000)
Base imponible general	30.000
Renta del ahorro (8.000 + 22.000 + 42.000)	72.000
Compensación pérdida patrimonial (2005)	–
Base imponible del ahorro	72.000
Saldo pendiente de compensación (80.000 – 10.000)	70.000

6.2. Pérdidas patrimoniales de la parte especial de la base imponible.

Pérdida patrimonial compensable (2005)	(80.000)
Rentas de actividades económicas	(20.000)
Rentas del trabajo personal	14.000
Rentas del capital inmueble	46.000
Dividendos	8.000
Intereses	22.000
Ganancias patrimoniales	42.000
Renta general (-20.000+14.000+46.000)	40.000
Compensación pérdida patrimonial (2005)	—
Base imponible general	40.000
Renta del ahorro (8.000 + 22.000 + 42.000)	72.000
Compensación pérdida patrimonial (2005)	42.000
Base imponible del ahorro	30.000
Saldo pendiente de compensación (80.000 – 42.000)	28.000

7. RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL (DISP. TRANS. VIGÉSIMA SEGUNDA TRIS)

P y G (2007)			
Intereses devengados	20.000	Intereses devengados	10.000
Resultado	80.000	Otros	90.000
	<u>80.000</u>		<u>80.000</u>

Intereses implícitos devengados en 2005 y 2006	18.000
Gastos financieros devengados en 2005 y 2006, no computados	14.000
Base imponible negativa 2006 pendiente de compensación	(20.000)
Saldos pendientes de compensación	Dividendos determinantes del saldo
Dividendo participación inferior 5%	3.000
Dividendo participación igual o superior 5%	7.000
Resultado contable	80.000
Intereses implícitos devengados 2005 y 2006	18.000

Gastos financieros devengados 2005 y 2006	—
Base imponible	78.000 (98.000-20.000)
Cuota íntegra 78.000/0,325	25.350
Deducción saldo pendiente dividendos	2.762,5
3.000/0,5/0,325	487,5
7.000/0,325	2.275

8. RÉGIMEN TRANSITORIO DE LAS GANANCIAS Y PÉRDIDAS PATRIMONIALES DERIVADAS DE LA TRANSMISIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE SOCIEDADES QUE TRIBUTARON EN RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL Y DE LAS SOCIEDADES PATRIMONIALES (DISP. TRANS. DÉCIMA)

Adquisición (1998) por constitución: 10.000 €

Capital: 10.000 €

Reservas: 21.000 € (1998-2002, inclusive)

Reservas: 12.000 € (2003-2006, inclusive)

Reservas: 13.000 € (2007-2009, inclusive)

Precio de transmisión: 58.000 €

Ganancia patrimonial (58.000-10.000-21.000-12.000) = 15.000 €

Puede apreciarse que el régimen transitorio evita la doble imposición

9. GANANCIAS Y PÉRDIDAS PATRIMONIALES EN LA TRANSMISIÓN DE ELEMENTOS PATRIMONIALES ADJUDICADOS COMO CONSECUENCIA DE LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL (DISP. TRANS. VIGÉSIMA CUARTA TRIS).

Valor adquisición de la participación: 10.000 €

Balance de liquidación

Inmueble	40.000	Capital	10.000
Valores	15.000	Reservas	20.000 (2003 a 2006 inclusive)
Tesorería	8.000	Pasivos	50.000
Créditos	17.000		
	80.000		80.000

Valor a distribuir entre los elementos $(10.000+20.000+50.000-8.000-17.000) = 55.000$

El socio no tributa sobre las plusvalías latentes.

Valor de mercado

Inmueble: 60.000 (adquirido por la sociedad en 2003)

Valores: 20.000 (adquirido por la sociedad en 2004)

Valor fiscal inmueble: 41.250 €

$$\frac{55.000 \times 60.000}{(60.000 + 20.000)}$$

Valor fiscal valores: 13.750 €

$$\frac{55.000 \times 20.000}{(60.000 + 20.000)}$$

Valor transmisión inmueble (2009): 70.000 €

Ganancia patrimonial $(70.000-41.250)$: 28.750 €

Ganancia patrimonial corregida (de acuerdo con los coeficientes que se establezcan en la Ley de Presupuestos para 2009).

10. TRIBUTACIÓN DE DIVIDENDOS DE FUENTE EXTRANJERA EN ALEMANIA, FRANCIA, ESPAÑA Y REINO UNIDO

La empresa que distribuye el dividendo reside en EE.UU.

Tipo de gravamen EE.UU. Impuesto Sociedades: 30%

Beneficio 100 – Impuesto Sociedades 30 = 70 (dividendo)

a) Alemania

Tipos de la escala	Bajo	Medio	Marginal
	15%	23%	42%
Base imponible (70/0,5)	35	35	35
			.../...

.../...			
Cuota	5,25	8,05	14,7
I. Soc. EE.UU.	30	30	30
Total	35,25	38,05	44,7

b) Francia

Tipos de la escala	Bajo	Medio	Marginal
	6,83%	28,26%	48,09%
Base imponible (70/0,5)	35	35	35
Cuota	2,39	9,89	16,83
I. Soc. EE.UU.	30	30	30
Total	32,39	39,89	46,83

c) Reino Unido

Tipos de la escala	Bajo	Medio	Marginal
	10%	10%	32,5%
Base imponible (70 + 1/9/70)	77,77	77,77	77,77
Cuota previa	7,77	7,77	25,275
Crédito	7,77	7,77	7,77
Cuota	0	0	17,505
I. Soc. EE.UU.	30	30	30
Total	30	30	47,505

d) España

Tipos de la escala	Bajo	Medio	Marginal
Base imponible	70	70	70
Cuota	12,6	12,6	12,6
I. Soc. EE.UU.	30	30	30
Total	42,6	42,6	42,6

Puede apreciarse que los métodos para eliminar la doble imposición de Alemania, Francia, y Reino Unido, deparan una tributación menor para las rentas menores, en tanto que la Ley 35/2006, depara una tributación constante.

e) España (sistema previo a la Ley 35/2006, extendido, por hipótesis, a dividendos externos)

Tipos de la escala	24%	28%	37%	43%
Base imponible (1,4 x 70)	98	98	98	98
Cuota previa	23,52	27,44	36,26	42,14
Crédito (0,4 x 70)	28	28	28	28
Cuota	0	0	8,26	14,14
I. Soc. EE.UU.	30	30	30	30
Total	30	30	38,26	44,14

Puede apreciarse que el método de imputación estimativa aplicado respecto de los dividendos de fuente extranjera depara menor tributación para las rentas menores.

11. COMPARACIÓN DEL MÉTODO DE IMPUTACIÓN ESTIMATIVA CON LA BASE DEL AHORRO

País	Beneficio antes I/B°	I/B°	Dividendo	Base del ahorro	Cuota del ahorro	Total	Base TRIRPF	Cuota marginal	Deducción	Cuota	Total
Irlanda	100	12,5	87,5	87,5	15,75	28,25	122,5	52,675	35	17,675	30,125
Austria	100	25	75	75	13,5	38,5	105	45,15	30	15,15	40,15
Dinamarca	100	28	72	72	12,96	40,96	100,8	43,34	28,8	14,54	42,54
España	100	30	70	70	12,6	42,6	98	42,14	28	14,14	44,14
Teórico	100	–	100	100	18	18	140	60,2	40	20,2	20,2

Puede apreciarse que, para un tipo marginal del 43 por 100, el método de imputación estimativa y la base del ahorro deparan resultados muy próximos.

LA COMISIÓN DE AUDITORÍA EN LA EMPRESA ESPAÑOLA: EN BUSCA DE LA INDEPENDENCIA

ESTÍBALIZ BIEDMA LÓPEZ
MAURICIO ALEJANDRO JARA BERTÍN
FÉLIX JAVIER LÓPEZ ITURRIAGA
EMILIANO RUIZ BARBADILLO

*Profesores de la Universidad Pablo de Olavide.
Sevilla, Cádiz y Valladolid.*



Este trabajo ha obtenido el 1.^{er} **Premio Estudios Financieros 2007** en la Modalidad de **CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Leandro CAÑIBANO Calvo, don Valentín AZOFRA PALENZUELA, doña Zulima FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, don Ricardo LOZANO ARAGÜÉS, don Carlos MALLO RODRÍGUEZ y don Jesús LIZCANO ÁLVAREZ.

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

Extracto:

LA entrada en vigor de la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (44/2002), introdujo la obligación de que las empresas cotizadas formen una comisión de auditoría delegada del consejo de administración. En el presente trabajo analizamos los factores que han conducido a que las empresas formen dicha comisión con un nivel de independencia superior al mínimo legal requerido. Nuestros resultados ponen de manifiesto que la independencia de la comisión de auditoría mantiene una relación no lineal con el tamaño del consejo de administración. También encontramos que dicha independencia se encuentra favorecida por la presencia de miembros independientes en el consejo de administración y por el tamaño de la empresa, y que el tamaño de la comisión se relaciona negativamente con su independencia. Por el contrario, la participación de los consejeros en la propiedad, el nivel de endeudamiento o la presencia de accionistas de referencia no influyen significativamente en la independencia de la mencionada comisión.

Palabras clave: comisión de auditoría, consejo de administración y gobierno corporativo.

Sumario

1. Introducción y motivación.
2. Fundamentos teóricos e hipótesis.
 - 2.1. Comisión de auditoría y consejo de administración.
 - 2.2. Tamaño de la comisión de auditoría.
 - 2.3. Comisión de auditoría y propiedad directiva.
 - 2.4. Comisión de auditoría y presencia de accionistas de referencia.
 - 2.5. Comisión de auditoría y endeudamiento.
3. Diseño empírico.
 - 3.1. Muestra.
 - 3.2. Variables.
 - 3.3. Metodología.
4. Resultados.
 - 4.1. Análisis descriptivo
 - 4.2. Análisis explicativo
5. Conclusiones.

Bibliografía.

Tablas de Resultados.

Nota: Este trabajo ha obtenido financiación del Ministerio de Educación y Ciencia (proyecto SEJ 2006-14021).

1. INTRODUCCIÓN Y MOTIVACIÓN

Es indudable que la fiabilidad de la información proporcionada por las empresas constituye un elemento de importancia crítica para el buen funcionamiento de los mercados financieros, del sistema corporativo y, en general, para la asignación eficiente de recursos dentro del sistema económico. La Historia es pródiga en ejemplos que atestiguan cómo prácticas contables incorrectas se hallan en la base de numerosos engaños y fracasos empresariales. Ya desde la Edad Antigua era frecuente que los soberanos encomendaran la llevanza de las cuentas de su residencia a dos escribanos independientes como forma de evitar desfalcos en su patrimonio. Y es que las cuentas públicas eran objeto de intervención interesada por parte de aquellos que sobre ellas poseían cierta autoridad. Se entienden así las palabras de Sancho Panza quien, como relata CERVANTES en el capítulo LIV de la segunda parte del Quijote, al abandonar la ínsula Barataria, rinde cuentas de su administración en los siguientes términos: «Vuestas mercedes se queden con Dios, y digan al duque, mi señor, que desnudo nací, desnudo me hallo, ni pierdo ni gano; Quiero decir, que sin blanca entré en este gobierno, y sin ella salgo, bien al revés de cómo suelen salir los gobernadores de otras ínsulas».

En el siglo XIX esas prácticas contables poco ortodoxas eran algo tan común que se convirtieron en un tema habitual en las obras de los novelistas europeos como Honoré de BALZAC en *La comedia humana*, Charles DICKENS en *La pequeña Dorrit*, William THACKERAY en *Los recién llegados*, Gustav FREYTAG en *Deber y Haber*, Alejandro DUMAS en *El tulipán negro* o Émile ZOLA en *El dinero*. Quizás a consecuencia de ello la Ley Británica de Sociedades Anónimas de 1862, el primer texto legal que reconoce la auditoría como profesión ¹, establece «la necesidad de un sistema metódico y normalizado de contabilidad para una adecuada información y para la prevención del fraude». Esta misma ley se postula claramente en favor de una característica crucial de la función auditora cual es la independencia, al proclamar «una aceptación general de la necesidad de efectuar una versión independiente de las cuentas de las pequeñas y grandes empresas».

El siglo XXI no es ajeno a esta preocupación por la veracidad de la información contable y, en consecuencia, por la actuación de los responsables de auditoría. Escándalos mundialmente conocidos como Enron, Worldcom o Parmalat han conducido, de alguna forma, a la desaparición de grandes firmas de auditoría como Arthur Andersen o han salpicado a otras empresas como Deloitte & Touche o Grant Thornton. No en vano una de las líneas básicas que ha inspirado las recientes modi-

¹ Sin afán de realizar una revisión histórica exhaustiva, el reconocimiento de la Ley Británica no está reñido con el hecho de que existieran ya asociaciones profesionales que realizaban funciones de auditoría como los Consejos Londinenses o el Colegio de Contadores de Venecia.

ficaciones legales de los mercados financieros, no solo en España sino en otros países de nuestro entorno ², ha sido el intento de mejorar la protección de los inversores a través del fortalecimiento de la transparencia y de la calidad de la información en tales mercados (MÉNDEZ y GARCÍA, 2002).

La relevancia, veracidad y completitud de la información contable se encuentra estrechamente vinculada a la calidad del proceso de elaboración de la misma y, muy especialmente, a la función de auditoría y supervisión de dicho proceso. Se entiende, en consecuencia, el énfasis puesto por las instituciones internacionales en asegurar una auténtica auditoría de calidad ³. La auditoría, tanto en su vertiente interna como externa, se revela como un medio apto de garantizar la transmisión de una idea exacta de la eficiencia empresarial y del desempeño directivo.

España no constituye una excepción a esta corriente internacional de consolidación de la función de auditoría. Sin embargo, concurren en nuestro país ciertos elementos históricos que le confieren un perfil peculiar. El primero de estos rasgos es la deficiente protección legal de los inversores. España se encuentra incluida dentro de la rama francesa de los países de tradición legal civil, países en los que los derechos de los obligacionistas y acreedores no están suficientemente garantizados y los estándares contables presentan deficiencias en comparación con otros países de semejante nivel de desarrollo económico (LA PORTA *et al.*, 1997, 1998 y 1999) ⁴.

Junto con lo anterior, las empresas españolas presentan un elevado nivel de concentración de la propiedad, siendo frecuentes los bloques de participaciones cruzadas. Ello conduce a la preponderancia de los titulares de esos paquetes accionariales, hasta el punto de que el conflicto de intereses, entre los accionistas minoritarios y los accionistas de referencia, toma más importancia que las posibles divergencias entre accionistas y directivos como problema al que los mecanismos de gobierno corporativo han de dar respuesta (BECHT y RÖELL, 1999; BIANCO y CASAVOLA, 1999; MORCK *et al.*, 2005).

Una tercera característica es la tradicional inclinación hacia los intermediarios financieros, en comparación con los mercados de capitales, como forma de canalización del ahorro hacia la inversión real (FANJUL, 1998; SALAS, 1998). Las instituciones de crédito han venido realizando una tarea de supervisión de los prestatarios, especializándose en la obtención de información e incorporando

² Piénsese, a modo de ejemplo, en la Sarbanes-Oxley Act de 2002.

³ En este sentido se ha pronunciado el Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades sobre un Marco Regulatorio Moderno (Informe Winter de 4 de noviembre de 2002), y la Comisión de las Comunidades Europeas en su recomendación de 15 de noviembre de 2000, sobre el control de la calidad de la auditoría legal en la UE, y de 16 de mayo de 2002, sobre la independencia de los auditores de cuentas en la Unión Europea, y en la Comunicación de 21 de mayo de 2003, sobre refuerzo de la auditoría legal en la UE.

⁴ A grandes rasgos, estos autores clasifican los países en dos grupos en función de su origen legal, dando lugar al denominado *Law & Finance approach* o enfoque jurídico-financiero (EMMONS y SCHMID, 2000; LEVINE, 1998; LEVINE *et al.* 2000;). En el contexto de esta explicación, existirían unas naciones adscritas al entorno del Derecho consuetudinario (entorno de ley común siguiendo la terminología acuñada por estos autores) en las que la fuente básica de legalidad se encuentra en los tribunales y en la interpretación que los jueces hacen de la ley. Existen otros países incluidos en el grupo de ley civil en los que la fuente básica de legalidad son las leyes emanadas del Parlamento. Más allá de esta tradición histórica, ambos grupos presentan notables diferencias en cuanto a la protección legal de los inversores, el grado de coerción de las leyes, la calidad de la información contable, la estructura de propiedad de las empresas y los ingresos per cápita.

esta dimensión a su labor de intermediación financiera, lo que ha permitido a los mercados de capitales despreocuparse de los aspectos informativos.

En cuarto lugar, y como se reconoce explícitamente en el Informe ALDAMA (ALDAMA y MIÑÓN, 2003), los gestores de las empresas españolas han mantenido unas relaciones privilegiadas con los poderes públicos y, simultáneamente, han estado libres del escrutinio del consejo de administración y de la Junta de accionistas.

La conjunción de todos estos factores ha fraguado una tradición contable en la que la información se concebía como un elemento de rendición de cuentas de los administradores a los propietarios de las empresas y, por tanto, se encontraba ajena a la creciente demanda de tal información por los mercados financieros (GONZALO, 2004). La información contable se ha circunscrito al entorno de la empresa y, hasta fechas recientes, han sido escasos los intentos de adaptarla al nuevo entorno y a las necesidades derivadas de la nueva función desempeñada por los mercados de capitales.

Se entiende así que la comisión de auditoría sea una figura relativamente novedosa en nuestro país (GARCÍA BENAÚ *et al.*, 2003). A diferencia del entorno anglosajón, en el que algunas compañías ya en los años 70 contaban con ese órgano, la experiencia española se remonta únicamente a finales de la década de los 90 (LÓPEZ COMBARROS, 2004). Será en 1998 cuando el Código OLIVENCIA recomiende la formación de comisiones delegadas del consejo de administración y, más en concreto, la existencia de una comisión de auditoría con el fin de «evaluar el sistema de verificación contable de la sociedad, velar por la independencia del auditor externo y revisar el sistema de control interno» (OLIVENCIA, 1998).

Las comisiones de auditoría son comisiones delegadas del consejo de administración, al que representan y asisten en materias relacionadas con la supervisión de la información financiera. Su existencia contribuye a la asunción por el consejo de administración de sus obligaciones estatutarias, contribuyendo a reducir el posible fraude contable (EICHENSEHER y SHIELDS, 1985; PINCUS *et al.*, 1989). No obstante, el escrutinio de nuestro entorno empresarial, donde los escándalos financieros han continuado sucediéndose en empresas que contaban con comités de auditoría entre sus mecanismos de gobierno, pone de relieve que la mera existencia de un comité de auditoría no es garantía absoluta de eliminación del oportunismo informativo de las empresas. Esta cuestión ya fue constatada por los primeros estudios empíricos, centrados en el análisis del efecto de la existencia del comité de auditoría, cuyos resultados no permitían afirmar de manera unánime su total capacidad para reducir los problemas de gobierno⁵. Este hecho, unido a la alta heterogeneidad de los comités de auditoría (KLEIN, 2000), ha provocado que tanto la literatura especializada como los organismos reguladores hayan prestado especial atención a los factores que mejoran la eficacia de dicha comisión.

⁵ Estos trabajos, entre los que podemos mencionar los de BEASLEY (1996), BEATTIE y FEARNLEY (1998), BEATTIE *et al.* (1998), COLLIER y GREGORY (1999), DECHOW *et al.* (1996), DEFOND y JIAMBALVO (1991), EICHENSEHER y SHIELDS (1985), GUL (1989), KUNITAKE (1981 y 1983), LYNN (1985), McMULLEN (1996), TEOH y LIM (1996), VERSCHOOR (1989, 1990a y 1990b), WECHSLER (1989) y WILD (1996), han relacionado la existencia de comités de auditoría con alguna medida de la calidad de la información financiera (ajustes discrecionales por devengo, denuncias de fraude, calidad informativa de los resultados, etc.) o con otros indicadores de auditoría externa.

La eficacia del comité de auditoría depende, entre otras cuestiones, de la formación de sus miembros, de las responsabilidades formales asumidas, del poder y legitimidad para asumir esas responsabilidades y, de forma especial, de la capacidad de sus miembros para mantener una actitud independiente frente a posibles presiones de la dirección cuya labor, en lo que se refiere a la información contable, han de supervisar. La independencia del comité de auditoría ha sido considerada un atributo básico para garantizar su eficacia, pues aun cuando los consejeros que lo forman puedan contar con las capacidades necesarias y cumplir formalmente las responsabilidades asumidas, si no pudieran actuar con independencia de la dirección de la empresa, la eficacia de su actuación quedaría profundamente mermada⁶. Más aún, se observa que la independencia de sus miembros suele estar asociada con una mayor actividad y experiencia de las comisiones de auditoría (ABBOTT y PARKER, 2000; ABBOTT *et al.*, 2001, 2003a y 2004; AGRAWAL y CHADHA, 2005; CARCELLO y NEAL, 2006; GOODWIN y KENT, 2004; GOODWIN y SEON, 2002; LEE y MANDE, 2005).

La mayor capacidad de los consejeros independientes para desempeñar su función ha sido internacionalmente corroborada por distintos organismos como la New York Stock Exchange en 1978, la Treadway Commission en 1987, la McDonald Commission en 1988, el Cadbury Committee en 1992, el American Law Institute en 1994, el Blue Ribbon Committee en 1999 o la Securities and Exchange Commission en 2003. No obstante, a diferencia de EE.UU., aunque la mayor parte de los códigos reconocen la conveniencia de la independencia de los miembros del comité de auditoría (COLLIER y ZAMMAN, 2005), en Europa las consideraciones sobre el grado de independencia son más variadas y menos estrictas. En general, todos los códigos coinciden en hacer un llamamiento a la presencia de consejeros no ejecutivos o externos en el comité de auditoría, aunque solo los informes SMITH (2003) y HIGGS (2003) exigen que este se halle compuesto exclusivamente por consejeros independientes⁷ (COLLIER y ZAMAN, 2005). Las autoridades de la Unión Europea también se ha decantado decididamente por comités de auditoría compuestos exclusivamente por consejeros no ejecutivos y con mayoría de independientes (Informe Winter, 2002; Comisión Europea, 2005). Sin embargo, estas recomendaciones no se han traducido en un marco legal europeo único y, finalmente, la Directiva 2006/43/CE ha dejado a discreción de los Estados miembros la regulación en materia de composición, con la única condición de que al menos uno de los miembros sea independiente y posea reconocida competencia en contabilidad, auditoría o en ambas (art. 41.1).

Queda patente la preocupación de los reguladores por la forma de asegurar el funcionamiento efectivo del comité de auditoría a través de la independencia de sus integrantes. No obstante, también

⁶ En este sentido, investigaciones precedentes han resaltado cómo la independencia del comité de auditoría mejora la calidad de la información contable (BEASLEY *et al.*, 2000; DAVIDSON *et al.*, 2005; KLEIN, 2002b; McMULLEN y RAGHUNANDAN, 1996; XIE *et al.*, 2003), reduce los problemas de control interno (KRISHNAN, 2005), facilita las relaciones con la función de auditoría interna de la empresa (SCARBROUGH *et al.*, 1998) e incrementa su capacidad para actuar como salvaguarda de la independencia del auditor externo (ABIDIN *et al.*, 2006; ABBOTT y PARKER, 2000; ABBOTT *et al.* 2001 y 2003a y b; ARCHAMBEAULT y DeZOORT, 2001; CARCELLO y NEAL, 2000 y 2003; CHEN *et al.*, 2005; GARCÍA OSMA *et al.*, 2004; LEE y MANDE, 2005; LEE *et al.*, 2004; NG y TAN, 2003; MORECROFT *et al.*, 2005).

⁷ En este trabajo nos referimos a los consejeros independientes en sentido amplio, es decir, a los consejeros no dependientes de la dirección, o dicho de otro modo, externos sin funciones ejecutivas. No obstante, tomando como referencia la clasificación incluida en el informe OLIVENCIA, el término «externos» incluye tanto consejeros dominicales (titulares o representantes de titulares de paquetes accionariales de la compañía), como consejeros independientes en sentido estricto (personas con experiencia, competencia y prestigio profesional, no vinculadas con el equipo de gestión ni con los núcleos accionariales de control).

se percibe una continua disyuntiva entre regular aquellos aspectos que, como la independencia, se consideran fundamentales para asegurar que en situaciones conflictivas prevalezcan los intereses generales de la sociedad, y permitir que sean las propias empresas quienes elijan el modo concreto de gobernarse. Esta cuestión es aún más patente en el contexto español.

Puesto que la eficacia de esta comisión depende en buena medida del rigor con que actúe, el Código OLIVENCIA se inclina decididamente por su independencia y aconseja –sin que pueda calificarse de obligación dada la naturaleza voluntaria del cumplimiento de este Código– que se encuentre formada exclusivamente por consejeros externos⁸. En esta misma línea, para asegurar su funcionamiento colegiado, se recomienda un número mínimo de tres consejeros.

La clara apuesta por la independencia con que se introdujo la comisión de auditoría en el ordenamiento español se ha visto triplemente matizada con posterioridad. De una parte, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (en adelante, Ley Financiera), establece por primera vez la obligación legal para las empresas que participan en mercados financieros oficiales de contar con una comisión de auditoría. Y, aunque la independencia sigue siendo un elemento clave en el funcionamiento de la misma, la Ley Financiera relaja las exigencias anteriores, fijando únicamente la necesidad de que cuente con una mayoría de consejeros no ejecutivos y de que su presidente sea también un consejero no ejecutivo. Como puede verse, a pesar de que la comisión de auditoría es la única comisión cuya creación viene legalmente impuesta por la Ley Financiera, se produce un cambio en la orientación de nuestro legislador permitiendo la presencia en la misma de consejeros ejecutivos siempre que estos no constituyan la mayoría de sus integrantes.

De otra parte, el Informe ALDAMA, publicado en enero de 2003, profundiza en la denominada comisión de auditoría y control, aconsejando de nuevo que se encuentre formada únicamente por consejeros independientes y dominicales, y que lo hagan en una proporción similar a la existente en el consejo de administración. Se trata, por tanto, de una propuesta que remite a lo ya recomendado cinco años antes en el Código OLIVENCIA.

Finalmente, el Informe del Grupo Especial de Trabajo sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, de mayo de 2006, redonda sobre este aspecto, al resaltar la necesidad de que la comisión de auditoría cuente con un mínimo de tres miembros y de que esté integrada exclusivamente por consejeros externos, requiriéndose que su presidencia recaiga sobre un consejero independiente.

Por lo tanto, se puede afirmar que el tratamiento de la comisión de auditoría en las normas sobre gobierno corporativo en España, a pesar de su reducido recorrido histórico, ha seguido un sinuoso devenir. Aunque la necesidad de garantizar su independencia ha estado siempre fuera de discusión, la obligación inicial de estar formada únicamente por consejeros externos se modificó posteriormente hasta que, en fechas muy recientes, se ha vuelto a introducir esa composición.

Parece justificado afirmar que la normativa española deja un amplio margen de maniobra en lo referente a la organización del comité de auditoría, confiando en el buen hacer de las empresas y

⁸ Más en concreto, se aconseja que la composición de la comisión refleje la relación existente en el consejo de administración entre los consejeros independientes y los consejeros dominicales vinculados a los accionistas de control.

en la capacidad sancionadora del mercado. Esto plantea una serie de interrogantes acerca de cómo se han adaptado las empresas españolas a la obligatoriedad de formar comités de auditoría, cuál ha sido la estructura del mismo que han elegido o qué móviles han conducido a las empresas a superar los mínimos legales en cuanto a la presencia de consejeros independientes en dicha comisión.

En esta línea se encuentra nuestro trabajo, cuyo objetivo es dar respuesta, siquiera parcial, a las anteriores preguntas y analizar los factores que explican que las empresas españolas hayan creado comisiones de auditoría enteramente independientes. Más en concreto, y puesto que la comisión de auditoría resulta obligatoria a partir de la entrada en vigor de la Ley 44/2002, tratamos de analizar la incidencia de los mecanismos habituales de gobierno corporativo en la independencia de la mencionada comisión para una muestra formada por 141 empresas cotizadas durante 2002 y 2003. Dado que dicha ley relaja la exigencia de independencia total de la comisión hasta requerir únicamente que la mayoría de sus miembros sean consejeros independientes, nos planteamos indagar en los motivos por los que las empresas superan ese mínimo legal e imponen la condición de que todos los integrantes de la comisión de auditoría sean independientes. Podríamos afirmar que nuestro trabajo sugiere una doble perspectiva: de una parte, tratamos de contribuir a la investigación sobre administración de empresas y, más concretamente, sobre el funcionamiento de los mecanismos de gobierno corporativo —máxime si se tiene en cuenta la escasa experiencia española acerca de este mecanismo de control— y, de otra parte, adoptamos una óptica contable para analizar un elemento clave de la elaboración de la información contable como es la comisión de auditoría.

Implícitamente subyacen en nuestro trabajo dos tipos de hipótesis. Unas hipótesis se centran en el estudio de los costes de agencia como posibles factores explicativos de la formación de comités de auditoría con un nivel de independencia superior al mínimo legal. En este sentido, la configuración de la empresa como un tejido de relaciones contractuales marcadas por la asimetrías informativas, la imposibilidad de supervisar completamente la actuación directiva, y los costes de formalización y ejecución de contratos en los que se prevean todas las contingencias (JENSEN y MECKLING, 1976; FAMA y JENSEN, 1983a y 1983b), llevan a las empresas a introducir mecanismos de control corporativo —como pueden ser los comités de auditoría— tendentes a reducir los costes de agencia. Un segundo tipo de hipótesis se centra en las posibles relaciones de complementariedad entre distintos mecanismos de control, a fin de analizar en qué medida la formación de comités de auditoría independientes se encuentra relacionada con la ineficacia de otros mecanismos de gobierno corporativo.

Nuestros resultados ponen de manifiesto que la independencia de la comisión de auditoría mantiene una relación no lineal con el tamaño del consejo de administración. También encontramos que dicha independencia se encuentra favorecida por la presencia de miembros independientes en el consejo de administración y por el tamaño de la empresa. Por el contrario, el tamaño de la comisión se relaciona negativamente con su independencia. A la luz de nuestros resultados, factores tales como la presencia de accionistas de referencia, la concentración de la propiedad, la propiedad directiva o las oportunidades de inversión no parecen tener influencia significativa sobre la independencia de la comisión.

El trabajo se estructura en cinco epígrafes. Tras la introducción, en el segundo de ellos realizamos un repaso de la literatura más relevante, al hilo del cual formularemos las hipótesis susceptibles de contraste empírico. La descripción de la muestra objeto de estudio así como la presentación de la metodo-

logía y de las variables utilizadas para el análisis constituyen el contenido del tercer epígrafe, mientras que en el cuarto expondremos los resultados obtenidos y realizaremos un análisis de la sensibilidad de los mismos ante formulaciones alternativas. El trabajo finaliza con un apartado en el que se exponen las conclusiones alcanzadas y se apuntan algunas líneas futuras de investigación.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS E HIPÓTESIS

De acuerdo con el objetivo del trabajo, en este epígrafe pasaremos revista a algunos mecanismos de gobierno corporativo con el fin de perfilar su previsible influencia en la aparición de conflictos y costes de agencia y, en consecuencia, fundamentar su relación con la independencia de la comisión de auditoría. Se han elegido aquellos mecanismos que pueden hallarse más directamente relacionados con la independencia de la comisión de auditoría. Por eso, un rasgo común es la identificación de aquellas situaciones en las que resulta más difícil garantizar el apropiado funcionamiento de tales mecanismos y, en consecuencia, la presunción de que la comisión de auditoría ha de adquirir un mayor protagonismo, supliendo las carencias operativas de los mecanismos de control y asegurando –a través de una mayor independencia– la adecuada práctica empresarial. De entre todos los posibles mecanismos consideraremos el consejo de administración, el tamaño de la propia comisión de auditoría, la estructura de propiedad de la empresa (tanto en términos de participación directa en el capital como de presencia de grandes accionistas) y la estructura de capital.

Puede ser conveniente recordar que el comité de auditoría es un instrumento más dentro del entramado de mecanismos de gobierno corporativo, siendo posible que entre ellos se planteen relaciones de sustitución o de complementariedad (AGRAWAL y KNOEBER, 1996; DIACON y O’SULLIVAN, 1996; KLEIN, 1998; REDIKER y SETH, 1995), lo que ha de ser tenido en cuenta al matizar la formulación de las hipótesis y en la interpretación de los resultados.

2.1. Comisión de auditoría y consejo de administración.

La comisión de auditoría, como órgano delegado del consejo de administración, ha de velar por la creación de valor para los propietarios de la empresa y moderar los conflictos de intereses surgidos dentro de las compañías. En la realización de esta tarea la literatura ha puesto de manifiesto la influencia de dos características del consejo: su tamaño y su composición (JOHN y SENBET, 1998).

Por lo que se refiere al tamaño del consejo de administración, se pueden apreciar dos efectos opuestos. Por una parte, es obvio que un mayor número de consejeros facilita la realización de funciones de supervisión y control al poder contar con más personas dedicadas a esas tareas. Sin embargo, un excesivo tamaño del consejo dificulta la coordinación y comunicación en su seno y limita su agilidad operativa, existiendo evidencia de una pérdida de eficiencia en las empresas con consejos de administración sobredimensionados (EISENBERG *et al.*, 1998; GOODSTEIN *et al.*, 1994; LIPTON y LORSCH, 1992; MÍNGUEZ y MARTÍN, 2005; YERMACK, 1996). La investigación ha demostrado la coexis-

tencia de estos dos efectos, mostrando una relación no lineal entre la eficiencia del consejo de administración y su tamaño (FERNÁNDEZ *et al.*, 1998; ANDRÉS y VALLELADO, 2006), de modo que la incorporación de nuevos miembros mejora la eficiencia del consejo de administración cuando este tiene un tamaño relativamente reducido y redundante en una pérdida de eficiencia en consejos ya de por sí excesivamente grandes. Aplicando, *mutatis mutandis*, el mismo razonamiento a la capacidad de la comisión de auditoría de desempeñar eficazmente su función mediante la adecuada independencia, podríamos formular nuestra primera hipótesis en los siguientes términos:

H1: Existirá una relación no lineal entre la independencia de la comisión de auditoría y el tamaño del consejo de administración, coexistiendo una relación inicialmente positiva con una relación negativa una vez que se alcanza un tamaño crítico.

En relación con la estructura del consejo de administración, es frecuente identificar su independencia con la presencia de consejeros externos no ejecutivos. De hecho, la investigación ha demostrado el positivo influjo que, en la eficiencia del consejo, posee la participación de consejeros independientes (DAILY y DALTON, 1994; ZAHRA y PEARCE, 1989). Estos aportan un control de mayor calidad, un equilibrio de poder en el seno del consejo y una mayor libertad de cara a una supervisión más efectiva de los directivos (PINCUS *et al.*, 1989). La comisión de auditoría, en cuanto órgano delegado del consejo, tenderá a ser más independiente si es mayor la independencia del consejo o, en otros términos, si es menor la presencia de consejeros ejecutivos. Esto permite enunciar la siguiente hipótesis:

H2: La independencia de la comisión de auditoría estará positivamente relacionada con la independencia del consejo de administración.

No obstante lo anterior, no cabe rechazar *a priori* la relación contraria, puesto que la existencia de una alta proporción de consejeros ejecutivos puede interpretarse como señal de que la empresa está controlada por sus directivos (MIZRUCHI, 1983; MENON y WILLIAMS, 1994), quienes pueden estar interesados en evitar la supervisión de su actividad. Estos directivos tratarán de debilitar la capacidad de control del comité de auditoría incorporando «caras amigas» al mismo. Además, no se debe perder de vista que los consejeros encuentran una serie de limitaciones a la hora de ejercer su labor supervisora, pues la información con la que trabajan les es suministrada por los directivos, pudiendo hallarse sesgada en beneficio de estos últimos (MÍNGUEZ y MARTÍN, 2005). En consecuencia, puede que un consejo de administración dominado por consejeros externos perciba más nítidamente la necesidad de preservar la independencia de la comisión de auditoría para asegurarse de su eficacia (WILLEKENS *et al.*, 2004).

2.2. Tamaño de la comisión de auditoría.

El tamaño de la comisión de auditoría también puede influir sobre su independencia. Hay motivos para pensar que la entrada en vigor de la Ley 44/2002 ha conducido a las empresas afectadas a contar con un auditor que, además de desempeñar la función de auditor externo, forme parte de la

comisión de auditoría⁹. Más aún, siguiendo el espíritu de dicha ley y la evolución de las versiones iniciales de los códigos de buen gobierno, es probable que la comisión se constituya partiendo de un núcleo de consejeros externos que preservan su independencia para ir posteriormente incorporando consejeros ejecutivos. Vistas así las cosas, a medida que aumenta el número de miembros de la comisión se modifica su independencia, pudiéndose establecer la siguiente hipótesis:

H3: La independencia de la comisión de auditoría estará negativamente relacionada con su tamaño.

2.3. Comisión de auditoría y propiedad directiva.

Como consecuencia de la separación entre propiedad y control, las grandes empresas sufren un problema endémico de divergencia de intereses entre los directivos y los aportantes de recursos financieros (JENSEN, 1986; JENSEN y MECKLING, 1976). Los directivos pueden tomar sus decisiones en función de criterios que menoscaban la utilidad o la riqueza de los accionistas, observándose comportamientos de consumo de beneficios no pecuniarios (JENSEN, 1986), una política errónea de inversiones que lleva a la denominada sobreinversión o realización de inversiones que, a pesar de no ser financieramente rentables, contribuyen a incrementar la utilidad del equipo gestor, una excesiva diversificación —con la consiguiente destrucción de valor corporativo— en la configuración de la estrategia empresarial (THAKOR, 1993; DENIS *et al.*, 1996 y 1999), o la elección de medios financieros basados en el aprovechamiento de las asimetrías informativas entre directivos y accionistas (MYERS y MAJLUF, 1984; HARRIS y RAVIV, 1991; SCHMID *et al.*, 2002).

Una posible forma de resolución de ese conflicto consiste en la incorporación de los directivos al accionariado de la empresa a fin de propiciar una convergencia de intereses (JENSEN, 1993; MORCK *et al.*, 1988; THOMSEN y PEDERSEN, 2000), de modo que los costes de agencia derivados de esta relación serán tanto menores cuanto mayor sea la participación directiva en el capital. La actuación de la comisión de auditoría, como mecanismo efectivo de control directivo y garante de la fiabilidad de la información contable, será menos necesaria cuando la participación en la propiedad proporcione a los directivos incentivos para evitar comportamientos oportunistas. Hay razones, por tanto, para formular nuestra cuarta hipótesis en los siguientes términos:

H4: La independencia de la comisión de auditoría estará negativamente relacionada con la participación de los directivos en la propiedad de la empresa.

2.4. Comisión de auditoría y presencia de accionistas de referencia.

Otra vía de resolución de los conflictos de intereses es la presencia de inversores propietarios de grandes paquetes accionariales o la formación de estructuras de propiedad altamente concentradas.

⁹ Así parece sugerirlo una somera revisión de la información que, sobre la comisión de auditoría, proporcionan en sus memorias anuales no pocas empresas cotizadas y el Informe de Gobierno Corporativo de las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales elaborado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (disponible en <http://www.cnmv.es>).

Estas situaciones contribuyen a aliviar ciertos problemas de acción colectiva como el denominado *free-rider*¹⁰, otorgando a los principales accionistas unos incentivos de supervisión directiva con los que no cuentan los pequeños accionistas (BERGSTRÖM y RYDQVIST, 1990; GALVE y SALAS, 1992).

En tales casos es de esperar que los propietarios mayoritarios se impliquen en tareas de supervisión directiva, haciendo menos necesaria la intervención de la comisión de auditoría. La independencia de la comisión sería, por tanto, un mecanismo de control alternativo a la formación de grandes paquetes accionariales. Siguiendo esta línea de razonamiento podemos formular la siguiente hipótesis:

H5: La independencia de la comisión de auditoría estará negativamente relacionada con la existencia de accionistas de referencia.

2.5. Comisión de auditoría y endeudamiento.

La deuda constituye un mecanismo de disciplina para atenuar el conflicto de intereses existente entre los inversores en la empresa y los directivos (BARCLAY y SMITH, 2005; GROSSMAN y HART, 1982; HARRIS y RAVIV, 1991). Estructuras de capital fuertemente apalancadas incrementan el riesgo de quiebra de la empresa y actúan como amenaza sobre la seguridad en el empleo de los directivos. Los acreedores tratarán de evitar un uso ineficiente de la deuda imponiendo unos costes financieros más altos y aplicando instrumentos de control. En consecuencia, cuanto mayor sea el nivel de endeudamiento de la empresa, mayor será la presión sobre la empresa para poner en funcionamiento instrumentos de supervisión de la discrecionalidad contable directiva. Esta intuición se encuentra reforzada por la positiva relación existente entre la gestión del resultado y la utilización de financiación ajena (AZOFRA *et al.*, 2002).

Dado que la independencia de la comisión de auditoría mejora la capacidad de este órgano para la realización de sus competencias, podemos enunciar nuestra sexta hipótesis en los siguientes términos:

H6: La independencia de la comisión de auditoría estará positivamente relacionada con el nivel de endeudamiento de la empresa.

A pesar del anterior razonamiento, la comisión de auditoría también puede ser considerada como un mecanismo de gobierno alternativo a la estructura de capital. Desde esta perspectiva, recurrir con mayor asiduidad al endeudamiento se traduciría en una mayor identificación de las decisiones directivas con el objetivo de creación de valor y, por consiguiente, resultaría menos necesaria la

¹⁰ Se conoce por la expresión de *free-rider* o polizón el problema que surge en las organizaciones cuando ciertos miembros soportan la totalidad del coste de una acción cuyo beneficio se va a distribuir entre todos los integrantes de esa organización. En las sociedades anónimas, un capital ampliamente distribuido en manos de pequeños accionistas conduce a que ninguno de ellos asuma la tarea de supervisar al equipo directivo –lo cual supondría asumir todos los costes de control que tal actuación conlleva– si únicamente se beneficia de la mejora de la eficiencia de la empresa en la proporción correspondiente a su participación en la propiedad.

independencia de la comisión de auditoría. Sería un argumento para justificar una eventual relación negativa entre el nivel de endeudamiento y la independencia de la comisión de auditoría.

Además del efecto de los anteriores mecanismos de control corporativo, también es de reseñar la posible influencia que, sobre la independencia de la comisión de auditoría, pueden tener otras características de la empresa como son su tamaño o las oportunidades de inversión a su alcance. Estas características se introducirán en nuestro análisis mediante variables de control y, aunque no constituyen estrictos mecanismos de gobierno, pueden modelar el funcionamiento de estos. De hecho, la literatura ha mostrado cómo la presencia o ausencia de oportunidades de crecimiento modela el efecto de la deuda o de la estructura de propiedad sobre el valor de la empresa (ANDRÉS *et al.*, 2000; DÍAZ y GARCÍA, 2003; MCCONNELL y SERVAES, 1995).

Como ponen de manifiesto estos autores, la estructura de capital puede tener un doble efecto sobre el valor de la empresa. En aquellos casos en los que la empresa cuente con la posibilidad de emprender proyectos de inversión rentables, un elevado nivel de endeudamiento podría conducir al denominado problema de *subinversión*¹¹ y, por tanto, iría en detrimento del valor de la empresa. Por el contrario, si la empresa no dispone de tales oportunidades de inversión, el recurso al endeudamiento creará valor al reducir el *free cash flow* o recursos libres de tesorería susceptibles de uso discrecional por parte de los directivos.

Además de que la capacidad de las estructuras de capital y de propiedad para modelar la discrecionalidad directiva se halla condicionada por la existencia de oportunidades de crecimiento, ha de tenerse presente, asimismo, que la información contable de las empresas que cuentan con las mencionadas oportunidades tiende a ser de peor calidad (DELI y GILLAN, 2000), por lo que es posible que estas empresas presten menos atención a la independencia de la comisión de auditoría. Igualmente, es posible que a las empresas más grandes, debido a su mayor presencia pública, se les exija una información contable de más calidad y, por tanto, estén inclinadas a la formación de comisiones de auditoría más independientes.

3. DISEÑO EMPÍRICO

3.1. Muestra.

Habida cuenta de la vinculación entre la independencia de la comisión de auditoría, el reciente Informe ALDAMA y la Ley 44/2002, circunscribiremos el ámbito de estudio a las empresas a las que conciernen dichas normas y a los años 2002 y 2003, pues de esas fechas datan los primeros estados financieros a los que resultan aplicables los cambios legales. La muestra final está formada por un total de 221 observaciones correspondientes a 141 empresas cotizadas en la Bolsa española.

¹¹ MYERS (1984) utiliza esta expresión para referirse a aquellas situaciones en las que la empresa desestima proyectos de inversión con valor actual neto positivo si el excedente generado por esos proyectos se destina a la remuneración de los acreedores.

La información analizada tiene su origen en la base de datos SABI. De esta base hemos extraído el balance de situación y la cuenta de resultados de las empresas. La información sobre el tamaño y la composición, tanto de la comisión de auditoría como del consejo de administración, se obtuvo a partir de la página web de Informa S.A., empresa responsable de la mencionada base de datos. En algunos casos esos datos no se encontraban disponibles o la información presentaba deficiencias, haciéndose precisa la consulta de la memoria anual de las empresas estudiadas.

Una aproximación descriptiva a los principales rasgos de las empresas incluidas en la muestra se proporciona en la Tabla 1, si bien parece oportuno proceder a una explicación previa de la definición de las variables a fin de comprender en su totalidad el contenido de dicha tabla.

3.2. Variables.

Teniendo en cuenta que el objetivo de nuestro trabajo es analizar los factores determinantes de la independencia de la comisión de auditoría, mediremos tal independencia a través de dos variables. La primera de ellas (ICA) es una variable dicotómica que toma el valor 1 cuando la comisión se encuentra formada íntegramente por miembros externos. Con ello pretendemos conocer los factores que conducen a las empresas a formar comisiones con un nivel de independencia por encima del mínimo requerido por la Ley 44/2002. La segunda variable (CAEXT), que permitirá un análisis de robustez de nuestros resultados, es la proporción de consejeros externos sobre la totalidad de miembros de la comisión de auditoría (KLEIN, 2002a y 2002b).

Pasando a los factores explicativos de dichas variables, y de acuerdo con lo expuesto en la formulación de hipótesis, distinguiremos las siguientes variables. En primer término, mediremos el tamaño del consejo de administración (TAMBD) a través del número de miembros. Hemos incorporado también una especificación cuadrática de esa variable dado el posible efecto no lineal. En consonancia con la hipótesis 1, cabría esperar un signo positivo para TAMBD y un signo negativo para TAMBD², indicativos de la existencia de un umbral o punto crítico a partir del cual los problemas de coordinación y comunicación de un consejo excesivamente grande compensan las ventajas de la dedicación de un mayor número de miembros.

La segunda variable (CONSINT) se basa en la composición del consejo de administración, definida como la proporción de consejeros internos o ejecutivos sobre el total del consejo. También hemos incluido el tamaño de la comisión de auditoría, medido a través del número de integrantes de la misma (TAMCA). Aunque no se pueda inferir directamente a partir de la Tabla 1, del análisis de la muestra se desprende que un cierto número de empresas presentan una comisión formada exclusivamente por un miembro. Esto concuerda con la idea anteriormente expuesta acerca de la opción tomada por algunas empresas para cumplir la exigencia legal de independencia de la comisión. Se trata de una presunción que refuerza nuestra hipótesis de una relación negativa entre el tamaño de la comisión y su independencia.

Otro de los determinantes de la independencia de la comisión es la participación directiva en la propiedad (PDP), calculada como la proporción de acciones poseídas por los consejeros. También

se ha incorporado otro aspecto de la estructura de propiedad como es la presencia de accionistas de referencia, objeto de la hipótesis 5. Ese hecho se ha introducido mediante DUMC1, variable *dummy* representativa de la existencia de un *blockholder* propietario de, al menos, el 10% de la propiedad. La estructura de capital se ha definido como el cociente entre el valor contable de la deuda y los fondos propios (DEUDA).

Por lo que se refiere a las variables de control, deseamos hacer referencia a dos aspectos: el tamaño de la empresa y las oportunidades de crecimiento. El tamaño de la empresa se mide a través del logaritmo del valor contable del activo (LNACT), y las oportunidades de crecimiento, de acuerdo con gran parte de la literatura al respecto (McCONNELL y SERVAES, 1995), vienen definidas como el cociente entre el valor de mercado de los recursos propios y su valor contable (MTB).

Una vez definidas las variables, presentamos una tabla con algunos datos descriptivos de los principales rasgos de la muestra (Tabla 1). De entre las características más representativas de dicha tabla, podemos resaltar el hecho de que en torno al 40% de las empresas españolas han optado por formar comisiones de auditoría compuestas exclusivamente por consejeros independientes, representando estos por término medio cerca de las tres cuartas partes de los miembros de dichas comisiones. Asimismo, la comisión de auditoría está formada por un número de miembros comprendido entre uno y cinco, con un tamaño medio de 1,8 consejeros.

3.3. Metodología.

El procedimiento que seguiremos para el análisis empírico se estructura en dos fases. En primer lugar realizaremos un análisis de índole descriptiva, basado en un contraste de medias, que nos servirá como evidencia preliminar para valorar el nivel de cumplimiento de nuestras hipótesis. A partir de esos resultados acometeremos la segunda fase, consistente en un análisis de regresión, donde trataremos de explicar las dos variables representativas de la independencia de la comisión de auditoría en función de un elenco de variables dependientes.

La dualidad de variables dependientes obliga también a la utilización de dos modelos diferenciados. El primero de ellos (ecuación 1) es una regresión logística cuya variable dependiente es la variable dicotómica ICA y las variables explicativas son los distintos aspectos recogidos en las hipótesis, así como las variables de control:

$$ICA = \beta_0 + \beta_1 \times TAMBD + \beta_2 \times TAMBD^2 + \beta_3 \times CONSINT + \beta_4 \times TAMCA + \beta_5 \times PDP + \beta_6 \times DUMC1 + \beta_6 \times DEUDA + \beta_K \times Control + \varepsilon_i \quad (1)$$

El segundo modelo (ecuación 2) es una regresión de sección cruzada cuya variable dependiente es CAEXT y las variables independientes son las mismas que las incluidas en el primer modelo. La estimación de un segundo modelo nos sirve como prueba de robustez, a fin de valorar hasta qué punto los resultados del análisis pueden hallarse afectados por la definición realizada de la independencia de la comisión de auditoría o por el método de estimación utilizado.

$$CAEXT = \beta_0 + \beta_1 \times TAMBD + \beta_2 \times TAMBD^2 + \beta_3 \times CONSINT + \beta_4 \times TAMCA + \beta_5 \times PDP + \beta_6 \times DUMC1 + \beta_6 \times DEUDA + \beta_K \times Control + \varepsilon_i \quad (2)$$

Para la estimación de ambos modelos seguimos un patrón de actuación análogo, pues inicialmente introducimos de forma aislada cada una de las variables en el modelo (columnas A-D de las tablas 3 y 4), y finalizamos con una estimación conjunta de todas las variables (columna E de esas mismas tablas 3 y 4). Trataremos de complementar el análisis explicativo con un análisis de sensibilidad de los resultados, presentado en las tablas 5 y 6.

4. RESULTADOS

4.1. Análisis descriptivo.

Los primeros resultados que se han de mencionar son los proporcionados por el análisis de diferencias de medias (tabla 2). La muestra se ha segmentado en función de la variable ICA, de modo que se pueden comparar las características de las empresas que han creado comisiones de auditoría formadas íntegramente por consejeros independientes con el resto de las empresas. En la tabla 2 se presenta el valor medio, la desviación típica y el estadístico *t* para realizar la comparación entre los dos grupos.

Como puede verse, las empresas con comisiones más independientes suelen tener consejos significativamente más grandes. Aunque tal resultado es consecuente con lo afirmado en la primera hipótesis, es recomendable esperar hasta contrastar en nuestro modelo de regresión la posible relación cuadrática con la independencia de la comisión. Además, en consonancia con lo propuesto en nuestras hipótesis, se observa una relación negativa entre la independencia de la comisión y tanto el tamaño de la misma como la proporción de consejeros internos. Análogamente, las empresas con comisiones más independientes suelen encontrarse significativamente más endeudadas y suelen ser más grandes. Se trata de una simple evidencia descriptiva preliminar pero, de algún modo, presta apoyo a las suposiciones teóricas anteriormente avanzadas.

4.2. Análisis explicativo.

Por lo que respecta al efecto del tamaño del consejo de administración sobre la independencia de la comisión de auditoría, las columnas A y E de las tablas 3 y 4 ponen de manifiesto un inequívoco efecto no lineal de dicha variable: en un primer momento, un consejo de mayor tamaño alienta la independencia de la comisión de auditoría hasta alcanzar un cierto número de miembros, momento en el cual los problemas de comunicación y sobredimensionamiento del consejo repercuten en una menor independencia de la comisión ¹².

¹² Los resultados de la estimación indican que el tamaño óptimo del consejo de administración a estos efectos se sitúa entre 10 y 11 consejeros.

En relación con la composición del consejo, tanto la tabla 3 como la tabla 4 (columnas B y E) muestran una clara y significativa relación negativa entre la proporción de consejeros internos y la independencia de la comisión de auditoría. Estos resultados apoyan lo propuesto en la hipótesis 2, de modo que una mayor independencia del consejo de administración suele traducirse en la formación de comisiones de auditoría más independientes.

Si centramos la atención en el tamaño de la comisión de auditoría (columnas C y E de las tablas 3 y 4), se constata una relación negativa entre el mismo y la independencia de la comisión, en consonancia con lo afirmado en la tercera hipótesis. Ratificando la evidencia preliminar obtenida en el análisis descriptivo, cabe afirmar que las comisiones de menor tamaño resultan más independientes y que a un núcleo de consejeros independientes se le suman progresivamente consejeros ejecutivos.

Pasando a la presencia de accionistas de referencia, objeto de la quinta hipótesis, los resultados contenidos en cualquiera de las columnas de las tablas 3 y 4 no permiten validar dicha hipótesis. Semejante deducción puede extraerse en relación con la participación del equipo directivo en la propiedad, pues PDP no tiene efecto digno de mención sobre ICA o sobre CAEXT. Estos resultados podrían entenderse a la luz de lo sugerido por BECHT y RÖELL (1999), BIANCO y CASAVOLA (1999) o MORCK *et al.* (2005), quienes subrayan que, en las empresas europeas del entorno continental, a diferencia de las empresas anglosajonas, se plantea un problema de agencia entre accionistas mayoritarios y accionistas minoritarios que puede llegar a superar en importancia al establecido entre directivos y accionistas. De ahí que la participación directiva en la propiedad no constituya un mecanismo de gobierno corporativo y de alineación de intereses tan destacado en las empresas españolas como en las de otros países anglosajones. No obstante, la posibilidad de otro tipo de influencia requiere que volvamos sobre este aspecto en el apartado de análisis de sensibilidad.

En cuanto al efecto de la estructura de capital, no hay evidencia de una relación estadísticamente significativa entre el nivel de endeudamiento de la empresa (variable DEUDA) y la independencia de la comisión de auditoría en ninguna de las estimaciones efectuadas.

De las dos variables de control, la única que parece tener un comportamiento repetido en todas las estimaciones es el tamaño de la empresa. El signo positivo de su coeficiente indica que las empresas más grandes cuentan con comisiones de auditoría más independientes. Esto viene a confirmar la idea de que la mayor presencia pública de las empresas grandes les impone una mayor necesidad de control y, por tanto, las conduce a recurrir a comisiones de auditoría más independientes.

Haciendo un análisis general de la validez de las estimaciones, los resultados del análisis *logit* vienen avalados por dos indicadores. De una parte, el test de la razón de verosimilitud muestra que los coeficientes estimados resultan significativos en su conjunto. De otra parte, en este tipo de estimaciones, la bondad del análisis viene dada por el porcentaje de observaciones correctamente clasificadas, que en nuestro caso se sitúa siempre por encima del 74%. La validez del análisis de sección cruzada del modelo 2 está confirmada por el valor del estadístico *F*, indicador de que todas nuestras estimaciones son conjuntamente significativas con un nivel de confianza superior al 99%, mientras que la bondad del ajuste, medida por el coeficiente de determinación ajustado, está siempre por encima de 0.3.

Para contrastar la robustez de nuestros resultados añadiremos dos estimaciones adicionales. La primera de ellas considera un posible efecto no lineal de la participación directiva, combinación de las hipótesis de convergencia y atrincheramiento (MORCK et al., 1988; KOLE, 1995; FERNÁNDEZ y ARRONDO, 2003) ¹³. Esta relación es importante en la medida en que puede afectar a la configuración de los costes de agencia, y, por consiguiente, a la necesidad de contar con un comité de auditoría compuesto exclusivamente por externos. De esta forma, para niveles de participación accionarial en los que se produce una convergencia de intereses entre directivos y accionistas, una relación negativa entre dicha participación y la composición del comité de auditoría podría interpretarse como producto de un «efecto sustitución» entre mecanismos de control (CHAU y LEUNG, 2006).

Por el contrario, para niveles de participación en los que domine el efecto atrincheramiento, la participación directiva en el capital de la empresa no reduciría los costes de agencia, sino que aumentaría la discrecionalidad directiva. En este contexto, un eventual signo positivo de la relación respondería a un incremento en las necesidades de control derivado del aumento en los problemas de agencia. Por su parte, el signo negativo podría implicar que cuando los directivos tienen el suficiente poder para actuar interesadamente, hay tendencia a evitar cualquier actividad de control sobre su actuación. Los resultados de estas estimaciones aparecen en las columnas A y B de las tablas 5 y 6 y no apoyan la existencia de un efecto no lineal de la propiedad directiva sobre la independencia de la comisión de auditoría.

Otra estimación alternativa del modelo se basa en la posible expropiación de los accionistas minoritarios por parte del accionista mayoritario (MÍNGUEZ y MARTÍN, 2007). Este hecho requiere reconocer que gran parte de la actuación del comité de auditoría está dirigida a salvaguardar los intereses de los accionistas minoritarios y que, por tanto, la necesidad de contar con un comité de auditoría independiente podría depender de en qué medida el control del accionista mayoritario produce beneficios públicos (en el sentido de beneficiar a todos los accionistas), o privados (generando un beneficio que solo repercute en él). La evidencia disponible para el mercado español muestra la existencia de un determinado umbral de concentración accionarial en manos de los accionistas mayoritarios, a partir del cual se detecta un efecto expropiación de estos sobre los accionistas minoritarios (MÍNGUEZ y MARTÍN, 2007).

Si se acepta que el objeto del comité de auditoría es reducir los costes de agencia, la necesidad de contar con un comité de auditoría efectivo será menor para aquellos niveles de concentración de propiedad en los que la supervisión llevada a cabo por el accionista mayoritario redunde en beneficio de todos los propietarios. En cambio, para los niveles en los que se produce el efecto expropiación, habrá mayor demanda de un comité de auditoría independiente que proteja los intereses de los accionistas minoritarios. No obstante, si la relación entre ambos aspectos continuara siendo negativa, podría deducirse que el control excesivo del accionista mayoritario impide la configuración de un comité de auditoría que pueda interferir en su gestión.

Con el fin de testar tal escenario, hemos introducido la proporción de acciones en manos del principal accionista (C1), tanto en términos lineales como cuadráticos (C1²). De esta manera incor-

¹³ Como demuestran esos autores, en los niveles bajos de participación directiva en la propiedad puede dominar un efecto de convergencia o de alineación de los intereses de los directivos con los del resto del accionariado. Sin embargo, alcanzado un nivel suficientemente elevado de propiedad directiva, los gestores de la empresa pueden prevalerse de su elevada participación en el capital (atrincherarse) para extraer beneficios privados en su propio provecho.

poramos simultáneamente los mayores incentivos a la supervisión directiva conforme aumenta la participación en la propiedad y la posibilidad de que exista una relación no lineal combinando una convergencia inicial de intereses con un cierto atrincheramiento. Los resultados (Tablas 5 y 6) no son concluyentes y, aunque C1 parece influir positivamente en la independencia de la comisión de auditoría, carece de la suficiente robustez.

5. CONCLUSIONES

La entrada en vigor de la Ley 44/2002 y las repetidas recomendaciones de los códigos de buen gobierno, tanto españoles como internacionales, han subrayado la importancia de la comisión de auditoría en el gobierno corporativo y, más específicamente, en la transmisión de información fidedigna sobre la eficiencia directiva. La eficacia de la comisión de auditoría para cumplir tal cometido se encuentra estrechamente vinculada a su independencia, por lo que resulta oportuno realizar un análisis sobre los condicionantes de su independencia. Dicha comisión constituye una figura relativamente novedosa dentro de los mecanismos de gobierno corporativo de las empresas españolas y, aunque la necesidad de independencia ha estado siempre fuera de duda, los niveles exigidos o aconsejados han variado de unos códigos o leyes a otros.

Nuestro trabajo se centra en los motivos que han conducido a las empresas españolas a superar el mínimo legal exigido por la Ley Financiera y formar comisiones de auditoría totalmente independientes. Los resultados a los que llegamos ponen de manifiesto que la independencia de la comisión de auditoría se encuentra influida por el tamaño y la composición del consejo de administración, por el propio tamaño de la comisión y por el tamaño de la empresa. En consonancia con trabajos previos acerca de la eficiencia del consejo de administración, se observa una relación no lineal entre el tamaño del mismo y la independencia de la comisión de auditoría: en un primer estadio, un consejo más grande parece estimular la independencia de la comisión, hasta llegar a un punto a partir del cual los problemas de sobredimensionamiento compensan las ventajas de un mayor número de miembros, reduciéndose la independencia de la comisión.

Hemos encontrado evidencia de que los consejos de administración con una mayor proporción de consejeros independientes suelen tender a formar comisiones de auditoría más independientes. Nuestros resultados también apoyan la idea de que las comisiones más grandes presentan menos independencia y que el tamaño de la empresa es un factor que influye positivamente en la independencia de la comisión.

Por el contrario, la participación de los consejeros en la propiedad, el nivel de endeudamiento, la presencia de accionistas de referencia o las oportunidades de crecimiento de la empresa no influyen significativamente en la independencia de la comisión de auditoría.

Son varias las líneas de investigación que se abren a partir de nuestro trabajo. Al no existir una dilatada experiencia en España sobre el funcionamiento de las comisiones de auditoría, habría que profundizar en su eficiencia y en la importancia de su independencia. Así, a modo de ejemplo,

sería interesante conocer si cabe hablar de una actuación diferenciada de la comisión de auditoría en función de si esta ha sido voluntariamente creada por la empresa o es el resultado del cumplimiento de la obligación legal al respecto. Del mismo modo, se podría estudiar si la adaptación de las comisiones de auditoría a la nueva normativa ha conducido a una mejora en la calidad de la información contable. Se trata, en cualquier caso, de avanzar en el conocimiento del potencial de la comisión de auditoría y en cómo esta ha quedado incorporada a la estructura de gobierno de las empresas españolas.

Bibliografía

- ABBOTT L. J., PARKER, S. y PETERS, G.F. [2004]: «Audit committee characteristics and restatements». *Auditing: A Journal of Practice and Theory*, vol. 23, págs. 69-87.
- ABBOTT, L.J. y PARKER, S. [2000]: «Auditor selection and audit committee characteristics». *Auditing: A Journal of Practice and Theory*, vol. 19, págs. 47-66.
- ABBOTT, L.J., PARKER, S., PETERS, G.F. y RAGHUNANDAN, K. [2001]: «The effect of audit committee characteristics and non-audit fees on audit fees». *Working paper*. <http://ssrn.com/abstract=275808> [01/12/2006].
- [2003a]: «An empirical investigation of audit fees, nonaudit fees, and audit committees». *Contemporary Accounting Research*, vol. 20, págs. 215-234.
 - [2003b]: «The association between audit committee characteristics and audit fees». *Auditing: A Journal of Practice and Theory*, vol. 22, págs. 17-32.
- ABIDIN, S., BEATTIE, V. y GOODACRE, A. [2006]: «The determinants of auditor change in the UK audit market». *29th European Accounting Association Congress*. Dublín.
- AGRAWAL, A. y CHADHA, S. [2005]: «Corporate governance and accounting scandals». *The Journal of Law and Economics*, vol. 48, págs. 371-406.
- AGRAWAL, A. y KNOEBER, C.R. [1996]: «Firm performance and mechanisms to control agency problems between managers and shareholders». *Journal of Financial Quantitative Analysis*, vol. 31, págs. 377-397.
- ALDAMA Y MIÑÓN, E. [2003]: *Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados financieros y las sociedades cotizadas*.
- ANDRÉS, P., AZOFRA, V. y RODRÍGUEZ, J.A. [2000]: «Endeudamiento, oportunidades de crecimiento y estructura contractual: un contraste empírico para el caso español». *Investigaciones Económicas*, vol. 24, págs. 641-679.
- ANDRÉS, P. y VALLELADO, E. [2006]: «Corporate governance in banking: The role of board of directors». *Documents de Treball. Universitat Autònoma de Barcelona*, 06/04.
- ARCHAMBEAULT, D. y DEZOORT, F.T. [2001]: «Auditor opinion shopping and the audit committee: An analysis of suspicious auditor switches». *International Journal of Auditing*, vol. 5, págs. 33-52.

- AZOFRA, V., CASTRILLO, M.J. y DELGADO, M.M. [2002]: «Ownership concentration, debt financing and the investment opportunity set determinants of accounting discretion: empirical evidence from Spain». *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, n.º 115, págs. 215-255.
- BARCLAY, M.J. y SMITH, C.W. [2005]: «The capital structure puzzle: The evidence revisited». *Journal of Applied Corporate Finance*, vol. 17, n.º 1, págs. 8-17.
- BEASLEY, M.S. [1996]: «An empirical analysis of the relation between the board of director composition and financial statement fraud». *Accounting Review*, vol. 71, págs. 443-465.
- BEASLEY, M.S., CARCELLO, J., HERMANSON, D. y LAPIDES, P. [2000]: «Fraudulent financial reporting: consideration of industry traits and corporate governance mechanisms». *Accounting Horizons*, vol. 14, págs. 441-454.
- BEATTIE, V. y FEARNLEY, S. [1998]: «Auditor changes and tendering. UK interview evidence». *Accounting Auditing and Accountability Journal*, vol. 11, págs. 72-98.
- BEATTIE, V., BRAND, R. y FEARNLEY, S. [1998]: «Perceptions of auditor independence: UK evidence». *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation*, vol. 8, págs. 67-107.
- BECHT, M. y RÖELL, A. [1999]: «Blockholdings in Europe: An international comparison». *European Economic Review*, n.º 43, págs. 1.049-1.056.
- BERGSTRÖM, C. y RYDQVIST, K. [1990]: «The determinants of corporate ownership». *Journal of Banking and Finance*, vol. 14, págs. 237-253.
- BIANCO, M. y CASAVOLA, P. [1999]: «Italian corporate governance: Effects on financial structure and firm performance». *European Economic Review*, n.º 43, págs. 1.057-1.069.
- CARCELLO, J.V. y NEAL, T.L. [2000]: «Audit committee composition and auditor reporting». *Accounting Review*, vol. 75, págs. 453-467.
- [2003]: «Audit committee characteristics and auditor dismissal following "new" going concern reports». *The Accounting Review*, vol. 78, págs. 95-117.
- CARCELLO, J.V., HOLLINGSWORTH, C.W., KLEIN, A. y NEAL, T.L. [2006]: «Audit committee financial expertise, competing corporate governance mechanisms, and earnings management». *Working paper*. <http://ssrn.com/abstract=887512> [01/12/2006].
- CHAU, G. y LEUNG, P. [2006]: «The impact of board composition and family ownership on audit committee formation: Evidence from Hong Kong». *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation*, vol. 15, págs. 1-15.
- CHEN, Y.M., MORONEY, R. y HOUGHTON, K. [2005]: «Audit committee composition and the use of an industry specialist audit firm». *Accounting and Finance*, vol. 45, págs. 217-239.
- COLLIER, P. y GREGORY, A. [1999]: «Audit committee activity and agency costs». *Journal of Accounting and Public Policy*, vol. 18, págs. 311-332.
- COLLIER, P. y ZAMAN, M. [2005]: «Convergence in European Corporate Governance: the audit committee concept». *Corporate Governance*, vol. 13, págs. 753-768.
- Commission of the European Communities [2005]: «Commission Recommendation of 15 February 2005 on the role of non-executive or supervisory directors of listed companies and on the committees of the [supervisory] board», 2005/162/EC, Bruselas.
- DAILY, C.M. y DALTON, D.R. [1994]: «Corporate governance and the bankruptcy firm: An empirical assessment». *Strategic Management Journal*, vol. 14, págs. 643-654.

- DAVIDSON, R., GOODWIN-STEWART, J. y KENT, P. [2005]: «Internal governance structures and earnings management». *Accounting and Finance*, vol. 45, págs. 241-267.
- DECHOW, P.M., SLOAN, R.G. y SWEENEY, A.P. [1996]: «Causes and consequences of earnings manipulation: an analysis of firms subject to enforcement actions by the SEC». *Contemporary Accounting Research*, vol. 13, págs. 1-13.
- DEFOND, M. y JIAMBALVO, J. [1991]: «Incidence and circumstances of accounting errors». *Accounting Review*, vol. 66, págs. 643-655.
- DELI, D.N. y GILLAN, S. [2000]: «On the demand for independent and active audit committees». *Journal of Corporate Finance*, vol. 6, págs. 427-445.
- DENIS, D.J.; DENIS, D.K. y SARIN, A. [1996]: «Agency problems, equity ownership, and corporate diversification». *Journal of Finance*, vol. 52, n.º 1, págs. 135-160.
- [1999]: «Agency theory and the influence of equity ownership structure on corporate diversification strategies». *Strategic Management Journal*, vol. 20, págs. 1.071-1.076.
- DIACON, S. y O’SULLIVAN, N. [1996]: «Does corporate governance influence performance? Some evidence from UK insurance companies». *International Review of Law and Economics*, vol. 15, págs. 405-424.
- DÍAZ DÍAZ, B. y GARCÍA OLALLA, M. [2003]: «Estructura accionarial y creación de valor. Análisis empírico del comportamiento supervisor y de los beneficios privados». *Economía Industrial*, vol. 352, págs. 145-162.
- EICHENSEHER, J. y SHIELDS, D. [1985]: «Corporate director liability and monitoring preferences». *Journal of Accounting and Public Policy*, vol. 4, págs. 13-31.
- EISENBERG, T., SUNDGREN, S. y WELLS, M.T. [1998]: «Larger board size and decreasing firm value in small firms». *Journal of Financial Economics*, vol. 48, págs. 35-54.
- EMMONS, W.R., y SCHMID, F.A. [2000]: «Corporate governance and corporate performance». BOYD, G., y COHEN, S. [Ed.]. *Corporate governance and globalization*. Edward Elgar. Northampton.
- FAMA, E.F. y JENSEN, M.C. [1983a]: «Separation of ownership and control». *Journal of Law and Economics*. vol. 26, págs. 301-325.
- [1983b]: «Agency problems and residual claims». *Journal of Law and Economics*. vol. 26, págs. 327-349.
- FANJUL, O. [1998]: «Mercado de capitales y gobierno de las empresas». *Moneda y Crédito*, n.º 206, pág. 193-210.s
- FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, A.I., GÓMEZ ANSÓN, S. y FERNÁNDEZ MÉNDEZ, C. [1998]: «El papel supervisor del consejo de administración sobre la actuación gerencial. Evidencia para el caso español». *Investigaciones Económicas*, vol. 22, n.º 3, págs. 501-516.
- FERNÁNDEZ MÉNDEZ, C. y ARRONDO GARCÍA, R. [2003]: «Análisis de la interdependencia entre mecanismos de gobierno empresarial». *Análisis financiero*, vol. 89, págs. 46-55.
- GALVE, C. y SALAS, V. [1992]: «Propiedad y resultados de la gran empresa española». *Investigaciones Económicas*, vol. 17, n.º 2, págs. 207-238.
- GARCÍA BENAÚ, M.A., PUCHETA, C. y ZORIO, A. [2003]: «Los comités de auditoría, ¿útiles y necesarios?». *Revista de Contabilidad*, vol. 6, págs. 87-121.
- GARCÍA OSMA, B., GORE, P. y POPE, P.F. [2004]: «Corporate Governance, non-audit services and auditor independence» *Working paper*, The European Institute for Advanced Studies in Management, Copenhagen.

- GONZALO ANGULO, J.A. [2004]: «Influencias recíprocas entre información financiera y gobernanza empresarial». BUENO CAMPOS, E. [ed.]. *El gobierno de la empresa. En busca de la transparencia y la confianza*, Pirámide, Madrid, págs. 277-311.
- GOODSTEIN, J., KANAK, G. y BOEKER, W. [1994]: «The effects of board size and diversity on strategic change». *Strategic Management Journal*, vol. 15, págs. 241-251.
- GOODWIN-STEWART, J. y SEON, J.L. [2002]: «The influence of corporate governance mechanisms on the quality of financial reporting and auditing: Perceptions of auditors and directors of Singapore». *Accounting and Finance*, vol. 42, págs. 195-223.
- GOODWIN-STEWART, J. y KENT, P. [2006]: «Relation between external audit fees, audit committee characteristics and internal audit». *Accounting and Finance*, vol. 46, págs. 387-404.
- GROSSMAN, S.J. y HART, O.D. [1982]: «Corporate financial structure and managerial incentives». MCCALL, [Ed.]: *Financial markets and financial crises*, The University of Chicago Press, Chicago. págs. 107-140.
- Grupo de Trabajo Especial sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas [2006]: *Informe del Grupo Especial de Trabajo sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas [Código Unificado de Buen Gobierno]*, Madrid.
- GUL, F.A. [1989]: «Banker's perceptions of factors affecting auditor independence». *Accounting, Auditing and Accountability Journal*, vol. 3, págs. 40-51.
- HARRIS, M. y RAVIV, A. [1991]: «The theory of capital structure». *Journal of Finance*. vol. 46, n.º 1, págs. 297-355.
- HIGGS Report [2003]: *Report on non-executive directors*. Dechert.
- High Level Group of Company Law Experts [2002]: *Report on a modern regulatory framework for company law in Europe*. Bruselas
- JENSEN, M.C. [1986]: «Agency costs of free cash flow, corporate finance and takeovers» *The American Economic Review*, vol. 76, págs. 323-329.
- [1993]: «The modern revolution, exit, and the failure of international control systems». *Journal of Finance*, vol. 48, págs. 831-880.
- JENSEN, M.C. y MECKLING, W.H. [1976]: «Theory of the firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure». *Journal of Financial Economics*, vol. 4, págs. 305-360.
- JOHN, K. y SENBET, L.W. [1998]: «Corporate governance and board effectiveness». *Journal of Banking & Finance*, vol. 22, págs. 371-403.
- KLEIN, A. [1998]: «Economic determinants of audit committee composition and activity». *Working paper*. New York University.
- [2002a]: «Economic Determinants of Audit Committee Independence». *The Accounting Review*, vol. 77, págs. 435-452.
- [2002b]: «Audit committee, board of director characteristics, and earning management». *Journal of Accounting and Economics*, vol. 33, págs. 375-400.
- KOLE, S. [1995]: «Measuring managerial equity ownership: a comparison of sources of ownership data». *Journal of Corporate Finance*, vol. 1, págs. 413-435.
- KRISHNAN, J. [2005]: «Audit committee quality and internal control: an empirical analysis». *The Accounting Review*, vol. 80, págs. 649-675.

- KUNITAKE W. [1981]: «Do audit committees favor the large CPA firms?». *Journal of Accountancy*, August, págs. 43-45.
- [1983]: «Auditor changes by audit committees and outside directors». *Akron Business and Economic Review*, vol. 6, n.º 4, págs. 48-52.
- LA PORTA, R., LÓPEZ DE SILANES, F. y VISHNY, R. [1999]: «Corporate ownership around the world». *Journal of Finance*, vol. 54, n.º 2, págs. 471-517.
- LA PORTA, R., LÓPEZ DE SILANES, F., SHLEIFER, A. y VISHNY, R. [1998]: «Law and finance». *Journal of Political Economy*, vol. 106, págs. 1.113-1.155.
- [1997]: «Legal determinants of external finance». *Journal of Finance*, vol. 52, n.º 3, págs. 1.131-1.150.
- LEE, H.Y. y MANDE, V. [2005]: «The relationship of audit committee characteristics with endogenously determined audit and non-audit fees». *Quarterly Journal of Business and Economics*, vol. 44, págs. 93-112.
- LEE, H.Y., MANDE, V. y ORTMAN, R. [2004]: «The effect of audit committee and board of director independence on auditor resignation». *Auditing: A Journal of Practice and Theory*, vol. 23, págs. 131-146.
- LEVINE, R. [1998]: «The legal environment, banks, and long-run economic growth». *Journal of Money, Credit and Banking*, vol. 30, n.º 3, págs. 596-620.
- LEVINE, R., LOAYZA, N., y BECK, T. [2000]: «Financial intermediation and growth: Causality and causes». *Journal of Monetary Economics*, vol. 46, págs. 31-77.
- LIPTON, M. y LORSCH, J.W. [1992]: «A modest proposal for improved corporate governance». *Business Lawyer*, vol. 48, págs. 59-77.
- LÓPEZ COMBARROS, J.L. [2004]: «Los comités de auditoría». BUENO CAMPOS, E. (ed.). *El gobierno de la empresa. En busca de la transparencia y la confianza*, Pirámide, Madrid, págs. 259-268.
- LYNN, S.A. [1985]: «Audit committee in review: their impact on the CPA selection process». *The Ohio CPA Journal*, vol. 10, págs. 9-16.
- MCCONNELL, J.J. y SERVAES, H. [1995]: «Equity ownership and the two faces of debt». *Journal of Financial Economics*, vol. 39, págs. 131-157.
- MCMULLEN, D.A. [1996]: «Audit committee performance: an investigation of the consequences associated with audit committee». *Auditing: a Journal of Practice and Theory*, vol. 15, págs. 87-103.
- MCMULLEN, D.A. y RACHUNANDAN, K. [1996]: «Enhancing audit committee effectiveness. What factors help companies avoid financial reporting problems?». *Journal of Accountancy*, vol. 182, págs. 79-81.
- MÉNDEZ ALVAREZ-CEDRÓN, J.M. y GARCÍA ANDRÉS, G. [2002]: «La Ley Financiera: Un nuevo hito en la reforma del sistema financiero español». *Información Comercial Española*, n.º 801, págs. 13-24.
- MENON, K. y WILLIAMS, J. [1994]: «The use of audit committees for monitoring». *Journal of Accounting and Public Policy*, vol. 13, págs. 121-139.
- MÍNGUEZ VERA, A. y MARTÍN UGEDO, J.F. [2005]: «¿Afectan las características del consejo de administración a su labor supervisora? Nueva evidencia para el mercado español». *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, vol. 14, págs. 55-74.
- [2007]: «Does ownership structure affect value? A panel data analysis for the Spanish market». *International Review of Financial Analysis*, vol. 16, n.º 1, págs. 81-98.

- MIZRUCHI, M.S. [1983]: «Who controls whom? An examination of the relation between management and board of directors in large American corporations». *Academy of Management Review*, vol. 8, págs. 426-435.
- MORCK, R., SHLEIFER, A. y VISHNY, R. [1988]: «Management ownership and market valuation: an empirical analysis». *Journal of Financial Economics*, vol. 20, págs. 293-315.
- MORCK, R., WOLFENZON, D. y YEUNG, B. [2005]: «Corporate governance, economic entrenchment, and growth». *Journal of Economic Literature*, vol. 43, págs. 655-720.
- MORECROFT C., O'CONNELL, B.T. y JUBB, C. [2005]: «What's happening to Australian non-audit service fees in a climate of increased corporate governance focus?» *Working paper*.
<http://www.afaanz.org/web2005/papers/Morecroft-GOV.pdf> [01/12/2006].
- MYERS, S.C. [1984]: «The capital structure puzzle». *Journal of Finance*, vol. 39, n.º 3, págs. 575-592.
- [1977]: «Determinants of corporate borrowing». *Journal of Financial Economics*, vol. 5, págs. 147-175.
- MYERS, S.C. y MAJLUF, N.S. [1984]: «Corporate financing and investment decisions when firms have information that investors do not have». *Journal of Financial Economics*, vol. 13, n.º 2, págs. 187-221.
- NG, T.B. y TAN H-T. [2003]: «Effects of authoritative guidance availability and audit committee effectiveness on auditors' judgments in an auditor-client negotiation context». *The Accounting Review*, vol. 78, págs. 801-818.
- OLIVENCIA RUIZ, M. [1998]: *El gobierno de las sociedades cotizadas*. Comité especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades.
- PINCUS, K., RUSBARSKY, M. y WONG, J. [1989]: «Voluntary formation of corporate audit committees among NASDAQ firms». *Journal of Accounting and Public Policy*, vol. 8, págs. 239-265.
- REDIKER, K. y SETH, A. [1995]: «Board of directors and substitution effects of alternative governance mechanisms». *Strategic Management Journal*, vol. 16, págs. 85-99.
- SALAS, V. [1998]: «Mercado de capitales y gobierno de las empresas». *Moneda y Crédito*, n.º 206, págs. 210-224.
- SCARBROUGH, D., RAMA, D.V. y RAGHUNANDAN, K. [1998]: «Audit committee composition and interaction with internal auditing: Canadian evidence». *Accounting Horizons*, vol. 12, págs. 51-62.
- SCHMID, L., O'BRIEN, T. y PETERS, S. [2002]: «Debt vs. equity and asymmetric information: A review». *The Financial Review*, vol. 37, n.º 3, págs. 317-349.
- SMITH Report [2003]: *Audit committees combined code guidance*. Financial Reporting Council.
- TEOH, N.Y. y LIM, C.C. [1996]: «An empirical study of the effects of audit committees, disclosure of nonaudit fees, and other issues on audit independence: Malaysian evidence». *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation*, vol. 5, págs. 231-248.
- THAKOR, A.V. [1993]: «Corporate investments and finance». *Financial Management*, vol. 22, n.º 2, págs. 135-144.
- THOMSEN, S. y PEDERSEN, T. [2000]: «Ownership structure and economic performance in the largest European companies». *Strategic Management Journal*, vol. 21, págs. 689-705.
- VERSCHOOR, C.C. [1989]: «A case study of audit committee ineffectiveness» *Internal Auditing*, vol. 4, págs. 11-19.
- [1990a]: «MiniScribe: a new example of audit committee ineffectiveness». *International Auditing*, vol. 5, págs. 13-19.
- [1990b]: «The aftermath of audit committee ineffectiveness at MiniScribe», *International Auditing*, vol. 6, págs. 25-28.

- WECHSLER, D. [1989]: «Giving the watchdog fangs to deal whit management and outsider auditors». *Forbes*, vol. 144, págs. 130-133.
- WILD, J.J. [1996]: «The audit committee and earnings quality». *Journal of Accounting, Auditing and Finance*, vol. 11, págs. 247-276.
- WILLEKENS, M., BAUWHEDE H. V. y GAEREMYNCK, A. [2004]: «Voluntary audit committee formation and practices among Belgian listed companies». *International Journal of Auditing*, vol. 8, págs. 207-222.
- XIE, B., DAVIDSON, W.N. y DADALT, P.J. [2003]: «Earnings management and corporate governance: the roles of the board and the audit committee». *Journal of Corporate Finance*, vol. 9, págs. 295-316.
- YANG, J.S. y KRISHNAN, J. [2005]: «Audit committees and quarterly earnings management». *International Journal of Auditing*, vol. 9, págs. 201-219.
- YERMACK, D. [1996]: «Higher market valuation of companies with a small board of directors». *Journal of Financial Economics*, vol. 40, págs. 185-211.
- ZAHRA, S.A. y PEARCE, J.A. [1989]: «Boards of directors and corporate financial performance: A review and integrative model». *Journal of Management*, vol. 15, págs. 291-334.

TABLAS DE RESULTADOS

TABLA 1: *Estadística descriptiva de la muestra*

Valores medios, mínimos y máximos, mediana y desviación estándar de las principales variables. En el Panel A se muestran las variables dependientes: ICA o *dummy*, representativa de una comisión de auditoría formada exclusivamente por consejeros externos y CAEXT, proporción de consejeros externos en el comité de auditoría. El Panel B muestra las variables explicativas referentes al control directivo: tamaño del consejo de administración [TAMBD], proporción de consejeros internos en el consejo de administración [CONSINT], participación directiva en la propiedad [PDP] y tamaño de la comisión de auditoría [TAMCA]. En el Panel C se muestran las variables de control: ratio de endeudamiento [DEUDA], tamaño de la empresa [LNACT], ratio de valor de mercado sobre valor contable [MTB] y DUMC1, variable *dummy* que toma el valor 1 cuando el principal accionista posee un cantidad mayor al 10% del capital social de la empresa y cero en otro caso.

Panel A: Variables dependientes						
Variable	Obs.	Media	Desviac.	Mínimo	Máximo	Mediana
CAEXT	221	0.730	0.371	0.257	1	1
ICA	221	0.403	0.492	0	1	0
Panel B: Control directivo						
Variable	Obs.	Media	Desviac.	Mínimo	Máximo	Mediana
TAMBD	221	14.77	5.832	5	34	12
.../...						

.../...						
CONSINT	221	0.382	0.137	0.10	0.86	0.2336
PDP	221	0.090	0.175	0	0.676	0.0137
TAMCA	221	1.888	0.947	1	5	2
Panel C: Variables de control						
Variable	Obs.	Media	Desviac.	Mínimo	Máximo	Mediana
DEUDA	221	0.480	0.214	0.003	0.950	0.448
LNACT	221	11.99	2.047	7.371	17.73	11.69
MTB	221	2.376	1.771	0.100	8.815	1.902
DUMC1	221	0.762	0.427	0	1	1

TABLA 2: *Test de diferencias de medias*

Comparación de valores medios en función de la variable ICA y estadístico *t* asociado a la comparación. TAMBD es el tamaño del consejo de administración, CONSINT la proporción de consejeros internos en el consejo de administración, PDP la participación directiva en la propiedad, TAMCA el tamaño de la comisión de auditoría, DEUDA el ratio de endeudamiento, LNACT el tamaño de la empresa, MTB el ratio de valoración y DUMC1 es una variable dicotómica que toma el valor 1 cuando el principal accionista posee un participación superior al 10% del capital social de la empresa y cero en otro caso. *** indica un nivel de significación inferior al 1%, ** inferior al 5% y * inferior al 10%.

	Comisión totalmente independiente		Comisión no totalmente independiente		Estadístico <i>t</i>
	Media	Desviación	Media	Desviación	
TAMBD	13.819	6.148	10.652	6.501	3.497 ***
CONSINT	0.188	0.151	0.272	0.160	-3.702 ***
PDP	0.252	0.252	0.218	0.247	0.933
TAMCA	1.819	0.864	2.043	1.104	-1.691 *
DEUDA	0.468	0.203	0.354	0.265	3.506 ***
MTB	2.271	1.707	2.714	1.960	-1.178
LNACT	12.530	1.933	10.807	1.791	6.294 ***
DUMC1	0.839	0.369	0.783	0.415	1.010

TABLA 3: *Determinantes de la composición del comité de auditoría [Modelo 1]*

Coefficientes y estadísticos *t* [entre corchetes] de la estimación *logit* del modelo [1]. La variable dependiente es ICA, variable dicotómica que toma el valor uno cuando el comité de auditoría

está formado únicamente por consejeros independientes. Las variables explicativas son el tamaño del consejo de administración [TAMBD], la proporción de consejeros internos en el consejo [CONSINT], la participación directiva en la propiedad [PDP], el tamaño de la comisión de auditoría [TAMCA], el ratio de endeudamiento [DEUDA], el tamaño de la empresa [LNACT], el ratio de valor de mercado sobre valor contable [MTB] y DUMC1, variable dicotómica que toma el valor 1 cuando el principal accionista posee una participación superior al 10% del capital social y cero en otro caso. La significación conjunta del modelo se evalúa a través del contraste de la razón de verosimilitud que se distribuye siguiendo una función χ^2 con tantos grados de libertad como variables explicativas tiene el modelo. *** indica un nivel de significación inferior al 1%, ** inferior al 5% y * inferior al 10%.

	(A)	(B)	(C)	(D)	(E)
TAMBD	0.178 ** [2.04]				0.373 ** [1.86]
TAMBD ²	-0.008 ** [-2.32]				-0.016 ** [-1.77]
CONSINT		-2.716 ** [-2.50]			-2.667 *** [-2.25]
TAMCA			-0.247 * [-1.72]	*	-0.293 ** [-1.69]
PDP				0.355 [0.54]	0.500 [0.70]
DUMC1	0.502 [1.18]	0.312 [0.74]	0.351 [0.83]	0.341 [0.81]	0.306 [0.69]
DEUDA	0.773 [0.95]	0.477 [0.59]	0.767 [0.97]	0.747 [0.94]	0.303 [0.36]
LNACT	0.473 *** [3.54]	0.462 *** [4.33]	0.468 *** [4.45]	0.472 *** [4.43]	0.483 **** [3.43]
MTB	-0.259 ** [-2.05]	-0.220 * [-1.82]	-0.198 * [-1.65]	-0.201 * [-1.66]	-0.237 ** [-1.79]
Constante	-6.403 *** [-4.62]	-5.677 *** [-4.57]	-5.318 *** [-4.45]	-4.789 *** [3.82]	-6.257 **** [-3.93]
Razón verosimilitud	45.51 ***	47.12 ***	40.6 ***	42.31 ****	52.29 ****
Clasificación correcta	77.83%	74.66%	74.21%	76.92%	79.19%
Observaciones	221	221	221	221	221

TABLA 4: *Determinantes de la composición del comité de auditoría [Modelo 2]*

Coefficientes y estadísticos t [entre corchetes] de la estimación de sección cruzada del modelo [2]. La variable dependiente es CAEXT, proporción de consejeros externos en la comisión de auditoría. Las variables explicativas son el tamaño del consejo de administración [TAMBD], la proporción de consejeros internos en el consejo [CONSINT], la participación directiva en la propiedad [PDP], el tamaño de la comisión de auditoría [TAMCA], el ratio de endeudamiento [DEUDA], el tamaño de la empresa [LNACT], el ratio de valor de mercado sobre valor contable [MTB] y DUMC1, variable dicotómica que toma el valor 1 cuando el principal accionista posee una participación superior al 10% del capital social y cero en otro caso. *** indica un nivel de significación inferior al 1%, ** inferior al 5% y * inferior al 10%.

	(A)	(B)	(C)	(D)	(E)
TAMBD	0.015 *				0.005 *
	[1.98]				[1.92]
TAMBD ²	-0.0007 *				-0.00023 *
	[-1.72]				[-1.70]
CONSINT		-0.462 ***			-0.485 ***
		[-3.14]			[-3.17]
TAMCA			-0.053 **		-0.057 **
			[-2.22]		[-2.27]
PDP				0.023	0.034
				[0.23]	[0.35]
DUMC1	0.026	0.005	0.017	0.002	0.030
	[0.41]	[0.07]	[0.26]	[0.03]	[0.46]
DEUDA	0.033	0.055	0.010	0.016	0.098
	[0.27]	[0.47]	[0.09]	[0.13]	[0.81]
LNACT	0.067 ***	0.062 ***	0.063 ***	0.061 ***	0.070 ***
	[3.71]	[4.79]	[4.79]	[4.72]	[3.91]
MTB	-0.023	-0.022	-0.020	-0.021	-0.025
	[-1.31]	[-1.27]	[-1.16]	[-1.24]	[-1.41]
Constante	-0.147	-0.373 *	-0.033	-0.118	-0.422 *
	[-0.80]	[-1.86]	[-0.21]	[0.70]	[-1.83]
Estadístico F	4.97 ***	7.33 ***	5.45 ***	6.43 ***	5.2 ***
R ² ajustado	0.3121	0.3471	0.3082	0.3290	0.3603
Observaciones	221	221	221	221	221

TABLA 5: *Análisis de sensibilidad [Modelo 1]*

Coefficientes y estadísticos t [entre corchetes] de la estimación *logit* del modelo [1]. La variable dependiente es ICA, variable dicotómica que toma el valor uno cuando el comité de auditoría está formado únicamente por consejeros independientes. Las variables explicativas son el tamaño del consejo de administración [TAMBD], la proporción de consejeros internos en el consejo [CONSINT], la participación directiva en la propiedad [PDP], el tamaño de la comisión de auditoría [TAMCA], el ratio de endeudamiento [DEUDA], el tamaño de la empresa [LNACT], el ratio de valor de mercado sobre valor contable [MTB], la propiedad del principal accionista [C1] y DUMC1, variable dicotómica que toma el valor 1 cuando el principal accionista posee una participación superior al 10% del capital social y cero en otro caso. La significación conjunta del modelo se evalúa a través del contraste de la razón de verosimilitud que se distribuye siguiendo una función χ^2 con tantos grados de libertad como variables explicativas tiene el modelo. *** indica un nivel de significación inferior al 1%, ** inferior al 5% y * inferior al 10%.

	(A)	(B)	(C)	(D)
TAMBD		0.154 ** [1.58]		0.137 [1.39]
TAMBD ²		-0.005 *** [-1.96]		-0.005 ** [-1.76]
CONSINT		-3.182 **** [-2.64]		-3.306 **** [-2.68]
TAMCA		-0.315 ** [-1.70]		-0.354 ** [-1.87]
PDP	0.706 [0.22]	1.088 [0.50]		-6.047 [-1.20]
PDP ²	-0.569 [-0.15]	-0.969 * [-0.24]		
DEUDA	0.781 [1.03]	0.512 [0.64]	0.752 [0.99]	0.383 [0.48]
LNACT	0.508 *** [4.54]	0.548 **** [3.81]	0.499 *** [4.62]	0.584 **** [3.97]
MTB	-0.150 [-1.33]	-0.246 *** [-2.13]	-0.142 [-1.26]	-0.232 *** [-2.00]
DUMC1	0.333 [0.78]	0.178 [0.40]	-0.305 [-0.53]	-1.169 * [-1.44]
.../...				

.../...				
C1			4.392 [1.50]	5.928** [-1.85]
C1 ²			-3.449 [-1.36]	-0.014 [-0.01]
Constante	-5.540*** [-4.71]	-6.509**** [-4.50]	-5.634*** [-4.76]	-6.314*** [-4.20]
Razón verosimilitud	42.12***	58.41****	44.47***	62.38****
Clasificación correcta	72.85%	79.64%	74.21%	76.92%
Observaciones	221	221	221	221

TABLA 6: *Análisis de sensibilidad [Modelo 2]*

Coefficientes y estadísticos t [entre corchetes] de la estimación de sección cruzada del modelo [2]. La variable dependiente es CAEXT, proporción de consejeros externos en la comisión de auditoría. Las variables explicativas son el tamaño del consejo de administración [TAMBD], la proporción de consejeros internos en el consejo [CONSINT], la participación directiva en la propiedad [PDP], el tamaño de la comisión de auditoría [TAMCA], el ratio de endeudamiento [DEUDA], el tamaño de la empresa [LNACT], el ratio de valor de mercado sobre valor contable [MTB], la propiedad del principal accionista [C1] y DUMC1, variable dicotómica que toma el valor 1 cuando el principal accionista posee una participación superior al 10% del capital social y cero en otro caso. La significación conjunta del modelo se evalúa a través del contraste de la razón de verosimilitud que se distribuye siguiendo una función χ^2 con tantos grados de libertad como variables explicativas tiene el modelo. *** indica un nivel de significación inferior al 1%, ** inferior al 5% y * inferior al 10%.

	(A)	(B)	(C)	(D)
TAMBD		0.014** [1.82]		0.013* [1.66]
TAMBD ²		-0.004*** [-2.07]		-0.004** [-1.85]
CONSINT		2.229*** [-2.63]		-0.231*** [-2.66]
TAMCA		-0.139*** [-9.71]		0.140*** [9.78]
.../...				

.../...				
PDP	0.096 [0.32]	0.305 [1.20]		-0.055 [-0.14]
PDP ²	0.004 * [0.01]	-0.269 [-0.60]		
DEUDA	0.128 [1.47]	0.123 * [1.71]	0.123 [1.41]	0.112 [1.55]
LNACT	0.052 *** [5.34]	0.447 *** [4.40]	0.052 *** [5.55]	0.048 *** [4.51]
MTB	-0.002 [-0.22]	-0.017 * [-1.79]	-0.002 [-0.21]	-0.016 * [-1.75]
DUMC1	0.025 [0.57]	-0.027 [-0.75]	-0.005 [-0.08]	-0.094 [-1.44]
C1			0.160 [0.56]	0.385 * [1.49]
C1 ²			-0.054 [-0.22]	-0.218 [-0.72]
Constante	0.111 *** [1.01]	0.353 *** [3.11]	0.111 [1.00]	0.364 *** [3.19]
Estadístico F	9.50 ***	20.41 ****	9.60 ***	18.75 ****
R ² ajustado	0.2143	0.5094	0.2162	0.5107
Observaciones	221	221	221	221

NORMAS DE VALORACIÓN 16 Y 17 EN EL BORRADOR DEL NUEVO PGC

CELEDONIO VILLAMAYOR POZO
JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ DE PINTO
DANIEL PÉREZ ORTIZ
Inspectores de Seguros Del Estado

Extracto:

EL borrador del Plan General Contable introduce en la normativa española el espíritu de las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC). Para ello recoge los conceptos básicos de las mismas, optando, en las situaciones en que las Normas Internacionales dan varias alternativas de valoración, por aquella que mejor se adapte a la tradición contable española.

En lo relativo a las retribuciones al personal a largo plazo, norma que va a ser objeto de análisis en este artículo, el borrador se basa en la NIC 19. Sin embargo, las Normas Internacionales no conocen de los sistemas legales internos de cada uno de los Estados y por ello, la NIC 19 ha sido objeto de adaptación a nuestra propia legislación de compromisos por pensiones y debe ser interpretada a la luz de la misma.

Palabras clave: nuevo PGC y retribución al personal a largo plazo.

Sumario

- I. Norma de valoración 16: pasivos por retribuciones a largo plazo al personal (Borrador PGC febrero 2007).
 1. Introducción.
 2. Concepto de retribuciones a largo plazo al personal.
 3. Tipos de retribuciones al personal a largo plazo.
 4. Contabilización de las retribuciones al personal a largo plazo de aportación definida.
 5. Contabilización de las retribuciones al personal a largo plazo de prestación definida.
 6. Costes por servicios pasados.
- II. Norma de valoración 17: transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio.
 1. Introducción.
 2. Objetivo.
 3. Ámbito de aplicación.
 4. Valoración y registro.
 5. Información a revelar.

I. NORMA DE VALORACIÓN 16: PASIVOS POR RETRIBUCIONES A LARGO PLAZO AL PERSONAL (BORRADOR PGC FEBRERO 2007)

1. Introducción.

El borrador del Plan General Contable introduce en la normativa española el espíritu de las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC). Para ello recoge los conceptos básicos de las mismas, optando, en las situaciones en que las Normas Internacionales dan varias alternativas de valoración, por aquella que mejor se adapte a la tradición contable española.

En lo relativo a las retribuciones al personal a largo plazo, norma que va a ser objeto de análisis en este artículo, el borrador se basa en la NIC 19. Sin embargo, las Normas Internacionales no conocen de los sistemas legales internos de cada uno de los Estados y por ello, la NIC 19 ha sido objeto de adaptación a nuestra propia legislación de compromisos por pensiones y debe ser interpretada a la luz de la misma.

1.1. Regulación en vigor.

La regulación de las retribuciones a largo plazo al personal está contenida en:

1. La disposición adicional primera del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.
2. El Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios.
3. La Norma de Valoración 19 del Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre.

4. La Orden de 29 diciembre de 1999, sobre el régimen transitorio a aplicar contablemente en la exteriorización de los compromisos por pensiones, regulada en el Reglamento sobre la Instrumentación de los Compromisos por Pensiones de las Empresas con los Trabajadores y Beneficiarios, aprobado por el Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre.

1.2. Contabilización de los compromisos por pensiones en la Norma de Valoración 19 del Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre.

1.2.1. Contabilización anterior a la disposición adicional primera de la Ley 8/1997, de 8 de junio, de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones.

Se seguía el criterio de pasivo bruto, de tal forma que se iba recogiendo en el pasivo del Balance la totalidad de los compromisos asumidos por la empresa con sus trabajadores como una provisión de riesgos y gastos, realizando la dotación a la misma con cuentas de gasto.

Mediante este sistema no se producía la salida de recursos de la empresa sino que se iba generando un Fondo Interno.

El aumento de la provisión venía determinado, bien por el aumento de los compromisos, bien por los intereses financieros de las inversiones en las que se materializaban los mismos.

Hay que resaltar que los activos con los que la empresa iba a hacer frente a los compromisos permanecían en el balance de ésta, teniendo la empresa la plena disposición de los activos, con el consiguiente riesgo para los trabajadores en caso de concurso de la entidad (entonces quiebra o suspensión de pagos).

1.2.2. Contabilización después de la redacción dada a la citada disposición adicional primera por la disposición adicional undécima de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

La disposición adicional undécima de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, introdujo el régimen de instrumentación y exteriorización de los compromisos por pensiones de las empresas con sus trabajadores, dando nueva redacción a la disposición adicional primera de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones, adaptando así el artículo 8 de la Directiva 80/987/CEE, con el objeto de proteger los intereses de los trabajadores frente a posibles insolvencias del empresario, en orden al cumplimiento de los compromisos por pensiones asumidos por éste, aun en los supuestos en los que los contratos de trabajo se hubieran extinguido.

El régimen de instrumentación y exteriorización de los compromisos por pensiones de las empresas persigue un doble objetivo:

1. La protección de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios en caso de insolvencia o de dificultades financieras para la empresa.

2. La exteriorización de los compromisos por pensiones fuera del balance de las empresas, permitiéndoles liberar recursos y concentrarse en su actividad típica.

Adicionalmente, este proceso supone trasladar la gestión de los recursos que instrumentan compromisos por pensiones a entidades especializadas en la gestión e inversión financieras, entidades gestoras de fondos de pensiones y entidades aseguradoras. Esta gestión especializada podría suponer, para la empresa, un menor coste a la hora de financiar y atender sus compromisos por pensiones.

Existe una excepción transitoria al régimen general señalado para las entidades del sector financiero: entidades de crédito, entidades aseguradoras y sociedades y agencias de valores, al considerar que estas entidades actúan en sectores regulados y sometidos a la supervisión de un órgano de control, lo cual redundará en la garantía de solvencia perseguida, y que estas entidades son especialistas y concentran su actividad típica, precisamente, en la administración y gestión de fondos y, en su caso, en la valoración y cobertura de riesgos.

La citada disposición adicional, actualmente recogida en la disposición adicional primera del Texto Refundido de la Ley de regulación de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, señala:

«Los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, incluyendo las prestaciones causadas, deberán instrumentarse, desde el momento en que se inicie el devengo de su coste, mediante contratos de seguro, a través de la formalización de un plan de pensiones o de ambos. Una vez instrumentados, la obligación y responsabilidad de las empresas por los referidos compromisos por pensiones se circunscribirán exclusivamente a las asumidas en dichos contratos de seguro y planes de pensiones.»

En este precepto se limitaba la responsabilidad de la empresa a lo contenido en el contrato de seguro o en el plan de pensiones y, por tanto, parecía que no existía ningún riesgo que se quedara en sede de la empresa, no reconociendo, consecuentemente, ningún pasivo en el Balance. Es decir, parece que la instrumentación de los compromisos por pensiones a través de un plan de pensiones o de un contrato de seguro supone la exteriorización de todos los riesgos, cuestión que no se cumple siempre.

La contabilización de los compromisos por pensiones, en el caso de identificar instrumentación y exteriorización, se limita a dar el gasto por las primas pagadas a la aseguradora para cubrir el compromiso o por las aportaciones al plan de pensiones.

2. Concepto de retribuciones a largo plazo al personal.

Son objeto de la norma 16 del borrador del Plan General Contable:

- Las prestaciones post empleo, tales como pensiones y otras prestaciones por jubilación o retiro.
- Cualquier otra prestación a largo plazo que suponga una compensación económica a satisfacer con carácter diferido respecto al momento en el que se presta el servicio. En estas

prestaciones no ha terminado el período de empleo, es decir no son empleados retirados. Un ejemplo de ese tipo de prestaciones podría ser un premio de antigüedad. El empleado lo recibe pero puede seguir trabajando en la empresa.

No obstante lo anterior, se exceptúan las siguientes:

- a) Las retribuciones basadas en instrumentos de patrimonio que se regulan por la norma 17 del borrador.
- b) Las indemnizaciones por despido.
- c) Las retribuciones a corto plazo a los empleados en activo.

3. Tipos de retribuciones al personal a largo plazo.

3.1. De aportación definida.

Las retribuciones de aportación definida son aquellas que consisten en contribuciones de carácter predeterminado a una entidad separada –como puede ser una entidad aseguradora o un plan de pensiones–, siempre que la empresa no tenga la obligación legal, contractual o implícita de realizar contribuciones adicionales en caso de que la entidad separada no pudiera atender los compromisos asumidos. Es decir, aquellas en las que el empleador limita su obligación al pago de las contribuciones establecidas a priori, ya como aportaciones al plan de pensiones, ya como primas a la entidad aseguradora, sea cual sea el importe a percibir por el trabajador al finalizar su relación laboral.

En este tipo de retribuciones lo único que está definido para el empleador, y por lo que responde, es la cantidad que tiene que aportar al plan de pensiones o a la póliza de seguro (que puede ser una cuantía absoluta o bien referenciada a otra de tipo variable como puede ser la masa salarial), en otras palabras: no asume ningún riesgo financiero-actuarial en la operación de cara al futuro.

En principio, y según lo dispuesto en la disposición adicional primera del Texto Refundido de la Ley de regulación de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, estarían incluidos aquí todos los compromisos por pensiones instrumentados a través de un plan de pensiones o por una póliza de seguro colectivo. Sin embargo, no debemos olvidar que el importe a percibir por el trabajador puede depender de variables cuya evolución no es asumida por el plan de pensiones o la entidad aseguradora (nuestra normativa de seguros colectivos sólo permite asegurar variables de comportamiento actuarial), y por tanto, el riesgo suscitado por la variación de dichas variables lo asume el empleador, pudiendo originarle aportaciones adicionales cuando los compromisos futuros excedan de los fondos constituidos (a esto se refiere el borrador del plan con contribuciones de prestación definida).

El concepto de entidad separada sería aquella entidad que jurídica y patrimonialmente fuera ajena a la empresa. El borrador del Plan contable adapta aquí el contenido de la NIC, que no entiende de regulaciones nacionales, a la realidad española, marcando como ejemplos de entidades separadas aquellas en las que, según la normativa española, tienen que estar instrumentados los compromisos por pensiones de las empresas (con la excepción de las entidades financieras que cumplan los requisitos fijados en la citada norma).

3.2. De prestación definida.

El borrador del plan da una definición negativa de este tipo de retribuciones, definiéndolas como aquellas que no tienen el carácter de aportación definida. Por tanto, serán las retribuciones en las que el empleador podría tener la obligación de responder a algún pago por el compromiso asumido con el trabajador, distinto de las aportaciones periódicas al plan de pensiones o pagos de primas fijados y que contabilizará atendiendo a su devengo.

4. Contabilización de las retribuciones al personal a largo plazo de aportación definida.

La contabilización es idéntica a la actual, cuando el compromiso por pensiones está exteriorizado en un Plan de Pensiones o en una entidad aseguradora, así:

- Se contabilizará como gasto del ejercicio la aportación realizada a una entidad separada, es decir, plan de pensiones o contrato de seguro.
- Se contabilizarán Activos o Pasivos en función de la periodificación contable, es decir, de la coincidencia o no del devengo con el criterio de caja:
 - a) Cuando, al cierre del ejercicio, figuren contribuciones devengadas no satisfechas, se contabilizará un pasivo por las mismas.
 - b) Cuando, al cierre del ejercicio, se hayan satisfecho contribuciones no devengadas, se contabilizará un activo por las mismas.

5. Contabilización de las retribuciones al personal a largo plazo de prestación definida.

5.1. Reconocimiento inicial.

El enfoque es de pasivo neto, ya que existe un activo que tiene como finalidad exclusiva el hacer frente a los compromisos por pensiones.

El importe del compromiso se determinará *restando* del *valor actual actuarial* de las retribuciones comprometidas, el *valor razonable* de los activos con los que se liquidarán las obligaciones.

Compromiso = VAA Retribuciones – VR Activos afectos.

Será necesario realizar las siguientes tareas para determinar el importe del compromiso:

- Proyectar los flujos de las retribuciones comprometidas, cuya cuantía normalmente no será conocida a priori y por ello se producirán desviaciones sobre lo estimado.
- Probabilizar los flujos de pago, ya que existen otras posibilidades (fallecimiento, invalidez) antes de la fecha de jubilación (de ahí el término actuarial). Nuevamente se abre la puerta a que surjan desviaciones, ya que esas probabilidades están basadas en la experiencia pasada, que no tiene porque reproducirse en el futuro.
- Actualizar los flujos probables de pagos futuros a una tasa de descuento.
- Calcular el valor razonable de los activos afectos a la fecha en que se evalúa el compromiso.

Si el resultado de la resta anterior es positivo (tenemos más obligaciones que derechos a valor actual), registraremos una provisión por retribuciones al personal a largo plazo.

Por el contrario, si el resultado es negativo, podremos reconocer un activo teniendo en cuenta, que el valor del activo reconocido no podrá superar el *valor actual* de las prestaciones económicas, que *pueden retornar* a la empresa en forma de *reembolsos directos* o en forma de *menores contribuciones futuras*.

En último extremo, se trata de comprobar en valor actual si el importe de los *activos afectos* es suficiente para satisfacer el importe de los flujos probables a los que se ha comprometido. En caso afirmativo, la empresa computará el exceso como un activo, en la medida en que pueda recuperarlo de alguna manera. En otro caso, la empresa contabilizará una deuda.

Cabe señalar que, a los *activos afectos* la norma de valoración 16 los define como aquellos, incluidas las pólizas de seguros, que:

- No sean propiedad de la empresa sino de un tercero separado legalmente.
- Y, además, solo estén disponibles para la liquidación de las retribuciones a los empleados.

Estos activos no pueden retornar a la empresa salvo cuando los activos remanentes para cumplir con todas las obligaciones sean suficientes. Estamos en el caso de instrumentación de compromisos por pensiones a través de un plan de pensiones, o a través de un contrato de seguro, a la que obliga el Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, salvo para aquellas empresas financieras que se hubieran acogido al régimen excepcional.

5.1.1. Estimación del Valor Actual de las Contribuciones Comprometidas.

Podemos representar las prestaciones comprometidas por el empleador como una serie de flujos de pago distribuidos en el tiempo que habrán de actualizarse a la fecha de cálculo mediante una tasa de descuento. Además no se trata de flujos ciertos, sino sometidos a una doble incertidumbre, su cuantía puede depender de variables aleatorias, al igual que la obligación de pago del empleador, que dependerá de la probabilidad de que el empleado finalmente se jubile en esa empresa.

La norma prevé que se utilicen métodos actuariales de cálculo e hipótesis financieras y actuariales.

La norma de valoración no fija un método actuarial de cálculo determinado, nosotros, siguiendo la NIC 19, utilizaremos el Método de la Unidad de Crédito Proyectada.

Las hipótesis financieras y actuariales deberán tener las siguientes características:

- Insesgadas: ni muy imprudentes ni muy conservadoras
- Compatibles entre sí: reflejo coherente de las relaciones económicas entre las distintas variables.
- El tipo de descuento a aplicar: según la NIC 19, es el tipo que corresponda, en la fecha del balance, a los títulos de deuda emitidos por grandes empresas.

EJEMPLO 1:

Unidad de Crédito Proyectada.

La empresa debe pagar, al finalizar el período de contrato de sus trabajadores, un beneficio consistente en una suma única de dinero igual a un 1% del sueldo final por cada año de servicio.

El sueldo del año 1 es de 10.000 y se estima que aumentará a razón del 7% anual compuesto. La tasa de descuento utilizada es el 10% anual. La empresa cuenta con un solo empleado y se espera que abandone la misma al final del año 5, asumiendo que no se produzcan cambios en las hipótesis actuariales.

Por razones de simplicidad, se ignora el ajuste adicional que sería necesario para reflejar, eventualmente, la probabilidad de que el empleado pueda abandonar la empresa en una fecha anterior o posterior.

a) Calculamos el importe del salario al final del año 5 con las hipótesis del supuesto:

.../...

.../...

Importe del salario en cada año:

$$S1 = 10.000$$

$$S2 = 10.000 (1 + 0,07)^1 = 10.700$$

$$S3 = 10.000 (1 + 0,07)^2 = 11.449$$

$$S4 = 10.000 (1 + 0,07)^3 = 12.250$$

$$S5 = 10.000 (1 + 0,07)^4 = 13.108$$

Importe Jubilación al final del año 5 = $0.01 \times 13.108 \times 5 = 655$

b) Obtenemos la cuantía de la unidad proyectada de crédito:

La unidad de crédito proyectada para cada uno de los años será el importe de la prestación entre el número de años.

Prestación por cada año de servicio = $655 / 5 = 131$

c) **Calculamos el valor de la unidad proyectada de crédito que corresponde a cada año:**

Costes corrientes:

El coste por salarios del ejercicio presente es el valor actual de las retribuciones atribuidas al mismo.

$$\text{Año 1: } C1 = 131 \times (1,10)^{-4} = 89$$

$$\text{Año 2: } C2 = 131 \times (1,10)^{-3} = 98$$

$$\text{Año 3: } C3 = 131 \times (1,10)^{-2} = 108$$

$$\text{Año 4: } C4 = 131 \times (1,10)^{-1} = 119$$

$$\text{Año 5: } = 131$$

d) **Calculamos el valor de las Prestaciones Definidas:**

El coste por retribuciones a largo plazo del ejercicio presente es el valor actual de las retribuciones atribuidas a este ejercicio.

$$\text{VPAD1} = 131 \times (1,10)^{-4} = 89$$

$$\text{VPAD2} = [131 \times (1,10)^{-4} \times (1,10)] + 131 \times (1,10)^{-3} = (131 \times 2) \times (1,10)^{-3} = 196$$

...

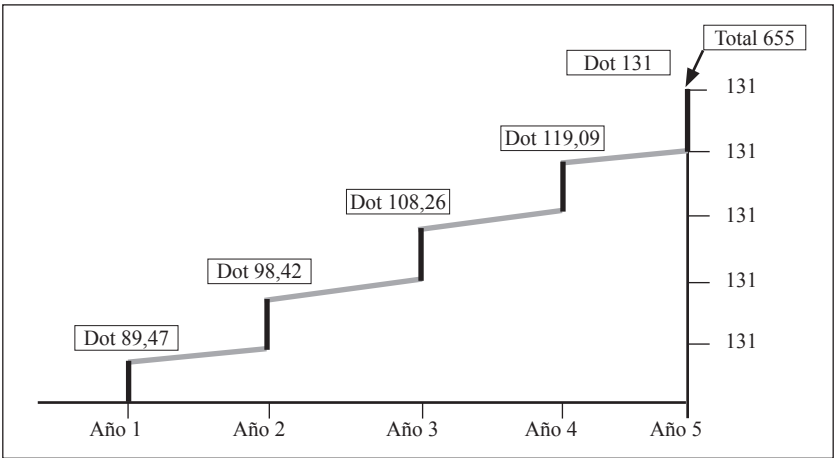
$$\text{VPAD5} = 131 \times 5 = 655$$

.../...

.../...

e) Cuadro resumen y gráfico:

Año	Costes corrientes	Carga financiera	VAPD
1	89	0	89
2	98	9	196
3	108	20	324
4	119	33	476
5	131	48	655



5.1.2. Estimación del Valor Actual de los activos afectos.

La valoración a valor actual de los activos afectos se simplifica bastante puesto que será:

- El *valor de la Cuenta de Posición del Plan* en el Fondo de Pensiones correspondiente, en el caso de que la entidad tenga instrumentados sus compromisos por pensiones a través de un plan de pensiones.
- El *valor del derecho de rescate*, en el caso de una póliza de seguro:
 - a) Como norma general, en el caso de contratos de seguro que instrumenten compromisos por pensiones, el importe del valor de rescate será la cuantía de la provisión matemática porque el artículo 20.2 d) del Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, por el que

se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, señala que : «A la cuantía del derecho de rescate no se le podrá aplicar ningún tipo de penalizaciones o descuentos».

- b) *Como excepción*, para el caso de *casamiento de inversiones*, regulado en el apartado 2, párrafo a), del artículo 33 del Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, podríamos entender que el *importe del derecho de rescate es el valor de realización de los activos de la póliza*.

Ya que el citado artículo establece que cuando el valor de mercado de los activos fuera inferior al de la provisión matemática correspondiente, las partes podrán pactar un descuento que, en ningún caso, podrá ser superior a dicha diferencia. Dicho descuento o penalización no podrá ser efectivo cuando la entidad aseguradora hubiera tenido que aplicar lo dispuesto en el último párrafo del apartado 1 del artículo 33 del Reglamento de Ordenación y supervisión de los seguros privados.

5.2. Variaciones en el Valor Actual de la provisión o activo reconocido.

En el caso que se produzcan variaciones en el importe a registrar en el activo o pasivo reconocido, dicho elemento se registrará por el nuevo valor reconociendo pérdidas y ganancias actuariales en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en el que surjan.

6. Costes por servicios pasados.

6.1. Concepto de costes por servicios pasados.

Son aquellos surgidos por:

- El establecimiento de un plan de retribuciones a largo plazo de prestación definida,
- O por una mejora en las condiciones del plan de retribuciones a largo plazo de prestación definida ya existente en la empresa.

6.2. Reconocimiento de costes por servicios pasados.

Los costes por servicios pasados se reconocerán, *en todo caso*, como *gasto*. La cuantía del mismo, a llevar cada año a pérdidas y ganancias, depende de si se trata de derechos irrevocables (aquellos a los que queda obligada la empresa de forma definitiva, aunque el trabajador cese la relación laboral al día siguiente) o de derechos revocables (aquellos que quedan condicionados para ser irrevocables al cumplimiento de algún término o condición, por ejemplo, que la relación laboral se prolongue 3 años más). Así:

- Los derechos irrevocables se llevarán a Pérdidas y Ganancias de manera inmediata.
- Los revocables se llevarán a Pérdidas y Ganancias de forma lineal en el período medio que resta hasta que los derechos por servicios pasados sean irrevocables.

Si tuviéramos un activo reconocido en balance, como consecuencia de la valoración de las retribuciones al personal a largo plazo, y como consecuencia del reconocimiento de servicios pasados el importe del mismo fuera menor, la disminución se imputará como pérdida en la cuenta de Pérdidas y Ganancias de forma inmediata, incluso aunque se trate de servicios pasados revocables.

EJEMPLO 2:

Una empresa se ha comprometido con sus trabajadores a pagar una determinada cantidad en el momento de su jubilación. A día de hoy, el valor actual actuarial de dicha obligación según las hipótesis de la compañía es de 8.000 €. Se acaba de firmar un compromiso por servicios pasados de tal forma que el valor de las obligación pasa de 8.000 a 10.000 € siendo las prestaciones irrevocables.

_____ 01-01-2007 _____		
2.000,00	<i>Retribuciones a largo plazo mediante sistemas de prestación definida (644)</i>	
	<i>a</i>	<i>Provisión para retribuciones al personal LP (140)</i>
		2.000,00
_____ x _____		

EJEMPLO 3:

Una empresa se ha comprometido con sus trabajadores a pagar una determinada cantidad en el momento de su jubilación. A día de hoy, el valor actual actuarial de dicha obligación según las hipótesis de la compañía es de 8.000 €. Se acaba de firmar un compromiso por servicios pasados reconociendo unas prestaciones adicionales desde 1 de enero de 2003 a 1 de enero de 2008 cuando los empleados tengan más de 5 años de antigüedad. El importe total de las prestaciones por servicios pasados es de 5.500 € correspondiendo como sigue:

- Empleados con más de 6 años de servicios pasados a 1/1/2008: 3.000 €.
- Empleados con menos de 5 años a la citada fecha: 2.500 € (Período medio de irrevocabilidad, 3 años).

.../...

.../...

La empresa reconocerá 3.000 € inmediatamente como pasivo puesto que el derecho a recibir las prestaciones es ya irrevocable:

	01-01-2008	
3.000,00	<i>Retribuciones a largo plazo mediante sistemas de prestación definida (644)</i>	
	<i>a Provisión para retribuciones al personal LP (140)</i>	3.000,00
	x	

Por otra parte, la empresa repartirá linealmente los 2.500 € en los tres años que por término medio restan hasta la irrevocabilidad, es decir 833,33 al año.

	01-01-2008	
833,33	<i>Retribuciones a largo plazo mediante sistemas de prestación definida (644)</i>	
	<i>a Provisión para retribuciones al personal LP (140)</i>	833,33
	x	

II. NORMA DE VALORACIÓN 17: TRANSACCIONES CON PAGOS BASADOS EN INSTRUMENTOS DE PATRIMONIO

1. Introducción.

Se trata de una norma de valoración nueva respecto al Plan General de Contabilidad vigente, aunque la problemática de los pagos basados en instrumentos de patrimonio u otros instrumentos de patrimonio (opciones, *stock options*, etc.) no es desconocida en nuestra normativa contable:

- El BOICAC 45, de marzo de 2001, incluía la respuesta a una consulta sobre el registro contable de determinadas opciones sobre acciones de la propia sociedad a entregar a sus empleados.

- b) En el ámbito de las entidades financieras, la norma trigésima sexta de la Circular 4/2004 del Banco de España regula el registro contable de las remuneraciones al personal basadas en instrumentos de capital.

No obstante, como puede comprobarse, sendas referencias normativas se centran en el tratamiento de las remuneraciones a empleados bajo esta modalidad, consistente en entregar instrumentos de patrimonio propio (acciones, opciones y similares). La norma de valoración 17 es más amplia, y abarca también a cualquier adquisición de bienes y servicios que se pague de esta manera.

El contenido de la norma de valoración 17 del borrador del Plan General de Contabilidad de 19 de febrero de 2007, viene a ser un reflejo del contenido de la Norma Internacional de Información Financiera (NIIF) número 2, adoptada por la Unión Europea a través del Reglamento de la Comisión Europea n.º 211/2005, de 4 de febrero, y por tanto, incorporada al ordenamiento jurídico interno español, ya que los Reglamentos comunitarios son de aplicación directa, sin necesidad de transposición.

2. Objetivo.

El objetivo de esta norma de valoración consiste en especificar la información financiera que ha de incluir una entidad cuando lleve a cabo una transacción con pagos basados en instrumentos de patrimonio. En particular, requiere que la entidad refleje en el resultado del período y en su posición financiera los efectos de las transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio, incluyendo los gastos asociados a las transacciones en las que se conceden opciones sobre acciones a los empleados.

3. Ámbito de aplicación.

Una entidad debe aplicar la norma de valoración 17 para contabilizar todas las transacciones en las que el pago esté basado en instrumentos de patrimonio y alcanza a:

- Las transacciones en las que el pago esté basado en instrumentos de patrimonio y que sean liquidadas en instrumentos de patrimonio propio.
- Las transacciones en las que el pago esté basado en instrumentos de patrimonio y que sean liquidadas en efectivo.
- Las transacciones por las que la entidad reciba o adquiera bienes o servicios y que por las características del acuerdo la entidad o el proveedor de esos bienes o servicios tengan la facultad de elegir entre:
 - Una liquidación de la transacción en efectivo, o
 - La entrega de instrumentos de patrimonio propios.

Por el contrario no se aplicará a:

- Las transacciones por las que la entidad adquiera activos representativos de patrimonio neto mediante una combinación de negocios, a las que se le aplicará la norma de valoración 19, «Combinaciones de negocios».
- Los contratos que se rijan por la norma de valoración 9, «Instrumentos Financieros».

Así pues, la norma de valoración 17 requiere que la entidad reconozca las transacciones por pagos basados en instrumentos de patrimonio en sus estados financieros, incluyendo las transacciones con los empleados o con terceros que vayan a ser liquidadas en efectivo, con otros activos o con instrumentos de patrimonio de la entidad. No hay otras excepciones, en la aplicación de la norma de valoración 17, distintas de las que correspondan a transacciones a las que se aplique otra norma.

Esto también se aplicará a transferencias con instrumentos de patrimonio de la matriz de la entidad, o con instrumentos de patrimonio de otra entidad perteneciente al mismo grupo, realizadas con terceros que hayan suministrado bienes o servicios a la entidad.

4. Valoración y registro.

La norma de valoración 17 establece principios de medición y requerimientos específicos para tres tipos de transacciones de pago basadas en instrumentos de patrimonio:

- a) Transacciones de pago basadas en instrumentos de patrimonio liquidadas con instrumentos de patrimonio propio, en cuyo caso la entidad recibe bienes o servicios como contrapartida de los instrumentos entregados (incluyendo acciones u opciones sobre acciones).
- b) Transacciones de pago basadas en instrumentos de patrimonio liquidadas con efectivo, en las que la entidad adquiere bienes o servicios incurriendo en pasivos con el proveedor de dichos bienes o servicios, por importes que están basados en el precio (o valor) de las acciones de la entidad o en el de otros instrumentos de patrimonio de la misma; y
- c) Transacciones en las que la entidad recibe o adquiere bienes o servicios, y los términos del acuerdo proporcionan a la entidad o al proveedor de los mismos la opción de decidir, si la entidad liquida la transacción con efectivo o emitiendo instrumentos de patrimonio.

En este tipo de transacciones, la entidad registrará por un lado un gasto (para el caso de servicios de empleados o en la adquisición de servicios a terceros) o un activo atendiendo a su naturaleza y, por otro, el correspondiente incremento en el patrimonio neto como contrapartida, o el correspondiente pasivo si la transacción se liquidase con un importe en efectivo que esté basado en el valor de instrumentos financieros.

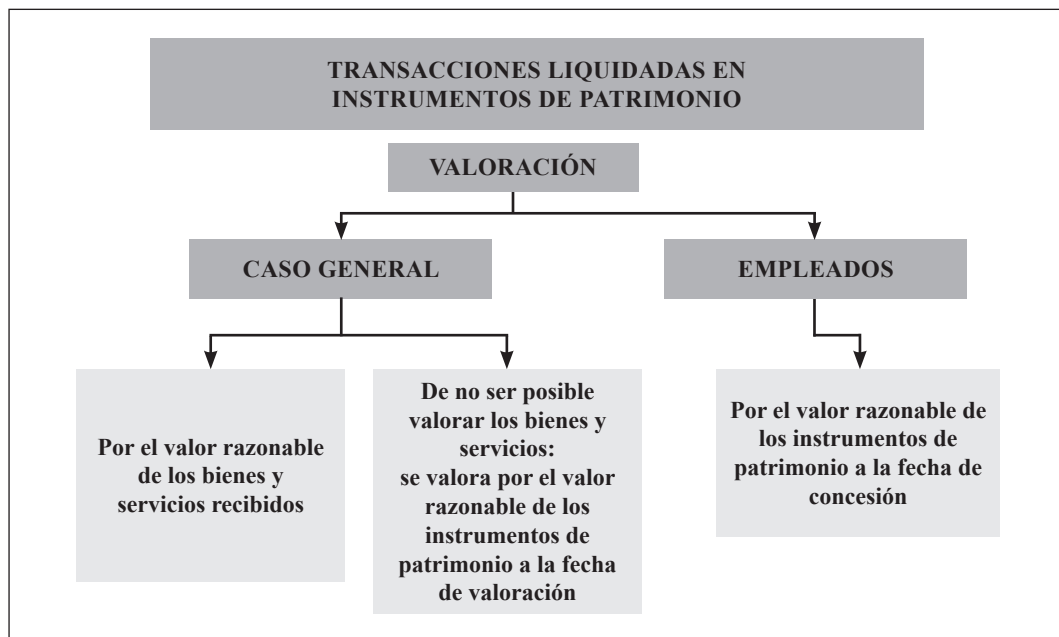
4.1. Transacciones liquidadas con instrumentos de patrimonio.

Para las transacciones basadas en instrumentos de patrimonio liquidadas con instrumentos de patrimonio, la norma de valoración 17 requiere que la entidad valore los bienes o servicios recibidos, y el correspondiente aumento del patrimonio neto, directamente al valor razonable de los bienes o servicios recibidos, a menos que dicho valor razonable no pueda ser estimado con fiabilidad.

Si la entidad no pudiera estimar fiablemente el valor razonable de los bienes o servicios recibidos, estará obligada a medir su valor, y el correspondiente aumento en el patrimonio neto, de forma indirecta, por referencia al valor razonable de los instrumentos de patrimonio concedidos.

Además:

- a) Para transacciones con los empleados, la entidad está obligada a medir el valor razonable de los instrumentos de patrimonio concedidos, porque habitualmente no es posible estimar fiablemente el valor razonable de los servicios recibidos de los empleados. El valor razonable de los instrumentos de patrimonio concedidos se determina en la fecha en que se otorgan.
- b) Para transacciones con sujetos distintos de los empleados, existe una presunción *iuris tantum* por la que el valor razonable de los bienes o servicios recibidos puede ser estimado con fiabilidad. Ese valor razonable se determina en la fecha en la que la entidad obtiene los bienes o la contraparte presta los servicios. En los raros casos en que la presunción sea refutada, la transacción se medirá por referencia al valor razonable de los instrumentos de patrimonio concedidos, valorados en la fecha en que la entidad recibe los bienes o la contraparte presta los servicios.



4.2. *Transacciones liquidadas en efectivo.*

Para las transacciones basadas en instrumentos de patrimonio, pero que van a ser liquidadas en efectivo (o mediante la entrega de otros activos), la norma de valoración 17 requiere que la entidad valore, tanto los bienes y servicios adquiridos como el pasivo incurrido, por el valor razonable de los instrumentos de patrimonio concedidos, referido este valor razonable a la fecha de valoración. La fecha de valoración será la del acuerdo de concesión en las transacciones con empleados o la del momento en que la empresa recibe los bienes o servicios distintos de los prestados por los empleados.

Del contenido literal de la norma de valoración, parece deducirse que una vez registrado el pasivo, este no vuelve a ser valorado hasta su liquidación. Esta interpretación viene «forzada» por la aclaración que la norma hace respecto a lo que debe entenderse por fecha de valoración. La consecuencia inmediata de esta interpretación, es que en el caso de producirse un incremento del valor de los instrumentos de patrimonio en que se basa el importe del pasivo, se produciría un incremento de las obligaciones de la entidad, que no tendría reflejo contable (ni en la cuenta de pérdidas y ganancias ni en la situación financiera) hasta que no se produjese la liquidación.

Esta consecuencia, no es congruente con la definición de pasivo que hace el Marco Conceptual del Borrador de Plan General Contable, que define un pasivo como: «obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados, para cuya extinción la empresa espera desprenderse de recursos que puedan producir beneficios o rendimientos económicos en el futuro. A estos efectos, se entienden incluidas las provisiones». Por tanto, a nuestro juicio, una interpretación congruente con el Marco Conceptual, implica que hasta que el pasivo no sea liquidado, la entidad estará obligada a volver a medir el valor razonable del pasivo en cada fecha en la que presente información, así como en la fecha de liquidación, debiendo reconocer los cambios en el valor en el resultado del período. Este es el tratamiento previsto por la norma trigésima sexta de la Circular 4/2004 del Banco de España, y por la NIIF 2 adoptada, que constituye el referente de esta norma de valoración.

Por otro lado este parece ser el tratamiento que persigue el borrador del Plan General Contable, ya que al indicar el contenido de la Nota 17 del modelo Normal de la Memoria, dice que en el caso de registrar un pasivo por estas transacciones, se incluirá la información exigida en el apartado 1 de la Nota 14 para las provisiones y contingencias. Entre la información exigida en esa Nota se encuentran los resultados de las sucesivas valoraciones a la formulación de cada balance, lo que nos conduce a la exigencia de valorar el pasivo registrado en cada fecha de formulación de balances.

4.3. *Transacciones con liquidación a elegir.*

Para las transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio en las que los términos del acuerdo proporcionan, a la entidad o al proveedor de los bienes o de los servicios, la elección acerca de si la entidad liquida la transacción con efectivo o mediante la emisión de instrumentos de patrimonio, la entidad estará obligada a contabilizar esa transacción, o los componentes de la misma:

- a) Si la opción le corresponde al proveedor de bienes o servicios, como si fuera una transacción con pagos basados en instrumentos de patrimonio liquidada con efectivo, registrando el pasivo correspondiente.
- b) Si la opción le corresponde a la entidad, deberá reconocer una partida de patrimonio neto si suele liquidar en instrumentos de patrimonio o de pasivo si suele liquidar en efectivo, en función de su práctica habitual, o en función de sus expectativas actuales.

4.4. Condiciones en los acuerdos de remuneraciones a los empleados basados en instrumentos de capital.

La norma de valoración 17 establece que en las transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio en las que sea necesario completar un determinado período de servicios, el reconocimiento se efectuará a lo largo del período en el que tales servicios sean prestados. Por tanto, el reconocimiento del incremento de patrimonio o del pasivo en su caso, se producirá en la medida en que se vaya completando el período de servicios, lo que viene a ser una especie de periodificación.

Las condiciones de consolidación se tendrán en cuenta a través del ajuste del número de instrumentos de patrimonio incluidos en la valoración del importe de la transacción.

A medida que vayan cumpliéndose las condiciones de consolidación, el importe reconocido en balance o cuenta de resultados por los bienes o los servicios recibidos como contrapartida se irá ajustando en base al número de instrumentos de patrimonio que eventualmente se consolidarán.

Por ello, no se reconocerá ningún importe acumulado por los bienes o servicios recibidos si los instrumentos de patrimonio concedidos no se han consolidado, porque no se haya cumplido la condición de consolidación de los mismos.

Por otro lado, y para el caso de que se reconozca un pasivo, no podría realizarse el reconocimiento de otra forma. Es conveniente recordar que el concepto de pasivo del Marco Conceptual solo tiene en consideración «obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados», por tanto, registrar como un pasivo un importe que está pendiente de sucesos futuros (completar un determinado período de servicios) no es congruente, ya que no cumple la definición de pasivo.

Por último, se echa en falta una mayor regulación de los distintos tipos de condiciones a las que se suele someter este tipo de transacciones por parte de las empresas. Nos referimos a la existencia de condiciones de mercado, como por ejemplo que la cotización de los instrumentos de capital alcance un determinado nivel; o la existencia de condiciones relacionadas con la consecución de un determinado objetivo que no esté vinculado a condiciones externas de mercado, tal como un crecimiento mínimo de los beneficios. Y tampoco dice nada la norma, para el caso de que se modifiquen los plazos y condiciones de una opción o una acción concedida (por ejemplo si se fija nuevamente el precio de la opción) o si una determinada concesión es cancelada, recomprada o reemplazada por otra concesión de instrumentos de patrimonio.

Entendemos que se trata de aspectos de la norma de valoración que serán regulados, bien en el texto definitivo que se apruebe, bien mediante Resoluciones del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, una vez haya entrado en vigor el texto definitivo.

4.5. *¿Qué se entiende por valor razonable de los instrumentos de patrimonio?*

Como ya hemos visto en los apartados «3.1. Transacciones liquidadas con instrumentos de patrimonio», «3.2. Transacciones liquidadas en efectivo» hay varios supuestos en los que la transacción se valora por el valor razonable de los instrumentos de patrimonio concedidos. Y en este punto es donde surge la pregunta: ¿qué hemos de entender por valor razonable de los instrumentos de patrimonio?

El Marco Conceptual define el valor razonable como «el importe por el que puede ser adquirido un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua», y añade que «con carácter general, el valor razonable se calculará con referencia a un valor de mercado fiable». Por tanto, si existe mercado para los instrumentos de patrimonio propios, el valor razonable será el valor de mercado.

A falta de precios de mercado, el valor razonable se determinará empleando alguna técnica de valoración para estimar cuál habría sido el precio de dichos instrumentos de patrimonio, en la fecha de valoración, en una transacción realizada en condiciones de independencia mutua entre partes interesadas y debidamente informadas.

Modelos y técnicas de valoración disponibles:

- El empleo de referencias a transacciones recientes en condiciones de independencia mutua entre partes interesadas y debidamente informadas, si estuviesen disponibles,
- Así como referencias al valor razonable de otros activos que sean sustancialmente iguales,
- Métodos de descuento de flujos de efectivo futuros estimados y modelos generalmente utilizados para valorar opciones.

En cualquier caso, las técnicas de valoración empleadas deberán ser consistentes con las metodologías aceptadas y utilizadas por el mercado para la fijación de precios, debiéndose usar, si existe, la técnica de valoración empleada por el mercado que haya demostrado ser la que obtiene unas estimaciones más realistas de los precios.

5. Información a revelar.

La nota 17 del Modelo Normal de la Memoria prescribe varios requerimientos sobre la información a revelar para permitir a los usuarios de los estados financieros comprender:

- a) La naturaleza y alcance de los acuerdos de pagos basados en instrumentos de patrimonio que hayan existido durante el período.
- b) Cómo se determinó el valor razonable de los bienes o servicios recibidos, o el valor razonable de los instrumentos de patrimonio concedidos, durante el ejercicio; y
- c) El efecto de las transacciones de pagos basados en instrumentos de patrimonio sobre el resultado del periodo y sobre la situación financiera de la entidad.

Así, para cada acuerdo de pagos basados en instrumentos de patrimonio, deberá indicarse:

1. Descripción de cada tipo de acuerdo de pagos basados en instrumentos de patrimonio que haya existido a lo largo del ejercicio, con indicación del beneficiario. Si dichos acuerdos tienen características similares se podrá informar sobre los mismos de forma conjunta, siempre que dicha información permita comprender la naturaleza y el alcance de dichos acuerdos.
2. Cuando proceda registrar pasivos en las transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio, se incluirá la información requerida para las provisiones reconocidas en el balance en el apartado 1 de la nota 14.
3. Cuando las transacciones consistan en pagos basados en opciones sobre acciones, se informará sobre:
 - a) El número de opciones existentes al comienzo del ejercicio, las concedidas y anuladas durante el mismo, así como las que hayan caducado a lo largo de ejercicio.
 - b) El número de opciones sobre acciones ejercitadas durante el ejercicio y el precio medio ponderado de las acciones en la fecha de ejercicio.
 - c) El número de opciones existentes al final del ejercicio, el rango de precios de ejercicio y la vida media ponderada pendiente de las mismas.

Se deberá indicar cómo se ha determinado durante el ejercicio el valor razonable de los bienes o servicios recibidos o el valor razonable de los instrumentos de patrimonio concedidos.

Se deberá indicar el efecto que hayan tenido las transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio sobre la situación financiera y el resultado de la empresa.

EJEMPLO 4:

Transacciones liquidadas con instrumentos de patrimonio.

«VIFERPE, S.A.» concede el 1 de enero de 2008 un incentivo a sus 200 trabajadores de 20 acciones de la empresa a cada uno de ellos.

.../...

.../...

La evolución del número de trabajadores que constituían la plantilla de la empresa en la fecha de concesión del incentivo es la siguiente:

- 31 de diciembre de 2008: 190 trabajadores.
- 31 de diciembre de 2009: 180 trabajadores.
- La cotización de la acción de la empresa a 1 de enero de 2008 es de 20 €/acción.

Supuesto A: La concesión es irrevocable.

Supuesto B: Se exige que el trabajador continúe en la empresa a 31 de diciembre de 2009.

Solución supuesto A: La concesión es irrevocable.

_____ 01-01-2008 _____

La concesión es irrevocable, no está condicionada a la permanencia en la empresa, se trata de la retribución de servicios ya prestados por los trabajadores a la fecha de concesión, con independencia de cuándo se liquide, por tanto se valoran los servicios recibidos por el valor razonable de los instrumentos de patrimonio entregados: 200 empleados $\times$ 20 acciones/empleado $\times$ 20 €/acción = 80.000 €.

80.000	<i>Retribuciones mediante instrumentos de patrimonio (645)</i>		
		<i>a Capital (10)</i>	80.000
_____		<i>x</i>	_____

Solución supuesto B: Se exige que el trabajador continúe en la empresa a 31 de diciembre de 2009.

La concesión está condicionada a la permanencia en la empresa a la fecha de 31 de diciembre de 2009, o lo que es lo mismo, se exigen 2 años de servicios desde la fecha de concesión, por tanto, se valoran los servicios recibidos por el valor de los instrumentos de patrimonio entregados en la fecha de concesión, pero se reconocen a lo largo del periodo en que dichos servicios sean prestados.

En el momento de la concesión, no hay reconocimiento alguno.

El 31 de diciembre de 2008 se reconoce el gasto y el correspondiente incremento de patrimonio en función del tiempo de servicios prestados y del número de trabajadores que cumplen la condición.

Debe registrarse el importe correspondiente al valor de las acciones comprometidas con los trabajadores que aún permanecen en la plantilla de la empresa, y por la parte proporcional del tiempo de permanencia transcurrido respecto del periodo total exigido para consolidar la retribución. Dicho importe será la cantidad que resulta de la siguiente fórmula:

.../...

.../...

$$(N.º \text{ trabajadores}_{31-12-2008}) \times (N.º \text{ acciones}) \times (\text{Valor acción}_{1-1-2008}) \times \frac{\text{Tiempo transcurrido}}{\text{Número de años permanencia exigidos}}$$

$$\text{Gasto a registrar} = 190 \times 20 \times 20 \times \frac{1}{2} = 38.000$$

38.000 *Retribuciones mediante instrumentos de patrimonio (645)*

a Capital (10) 38.000

_____ x _____

El 31 de diciembre de 2009 se reconoce el gasto y el correspondiente incremento de patrimonio en función del tiempo de servicios prestados y del número de trabajadores que cumplen la condición. En la práctica se calcula el gasto acumulado y se registra la diferencia con el incremento de Patrimonio Neto, que ya se ha reconocido en balance.

Solo 180 trabajadores tienen, finalmente, derecho a recibir las acciones, por tanto el gasto total será $180 \times 20 \times 20 = 72.000$

$$\text{Gasto 2009} = 180 \times 20 \times 20 \times \frac{2}{2} - 38.000 = 34.000$$

34.000 *Retribuciones mediante instrumentos de patrimonio (645)*

a Capital (10) 34.000

_____ x _____

EJEMPLO 5:

Transacciones liquidadas en efectivo.

«VIFERPE, S.A.» concede el 1 de enero de 2008 un incentivo irrevocable a cada uno de sus 200 trabajadores, consistente en entregarles la revalorización que experimente un paquete 20 acciones de la empresa desde la fecha de concesión hasta el 31 de diciembre de 2009.

En la práctica esto supone la entrega de una *Call* sobre acciones con precio de ejercicio 20 € y fecha de ejercicio 31 de diciembre de 2009.

.../...

.../...

La evolución de la cotización de la acción y de las opciones es la siguiente:

Fechas	Cotización acción	Valor razonable opción	Valor intrínseco opción
1-1-2008	20	3,224	0
31-12-2008	19	1,568	0
31-12-2009	22	2	(22 - 20) = 2

Solución:

Valoración inicial

El 1 de enero de 2008 se procede a registrar el gasto de personal y el correspondiente pasivo generado.

El importe a registrar como gasto será el resultado de multiplicar el número de trabajadores por el valor razonable de la opción: $200 \times 3,224 \times 20 = 12.894 \text{ €}$.

12.894 *Retribuciones mediante instrumentos de patrimonio (645)*

a *Provisiones por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio (147)* 12.894

_____ x _____

Valoración sucesiva si no se valora el pasivo en cada fecha de formulación de balances.

Como ya hemos comentado, no está claro si debe valorarse el pasivo generado en cada fecha de formulación de balances.

Si no realiza la corrección del valor del pasivo generado durante el período que resta hasta la efectiva liquidación, no habría que hacer ningún ajuste del valor del pasivo hasta la efectiva liquidación.

El importe a registrar en la cuenta (147) «Provisiones por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio», sería el resultado de multiplicar el número de trabajadores por el valor razonable de la obligación (pasivo) a 31 de diciembre de 2009:

$$200 \times (22 - 20) \times 20 = 8.000 \text{ €}$$

_____ 31-12-2009 _____

12.894 *Provisiones por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio (147)*

.../...

.../...

a Bancos (572)	8.000
a Exceso de provisiones por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio (7957)	4.894

 x

Como el pasivo registrado es superior a valor de las opciones entregadas en la fecha de ejercicio, el exceso se lleva a resultados a través de la cuenta (7957) «Exceso de Provisiones por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio».

Valoración sucesiva si se valora el pasivo en cada fecha de formulación de balances.

Por otro lado, tal como se explicó en las páginas anteriores, el tratamiento que de estas transacciones hace tanto la Circular 4/2004 del Banco de España como la NIIF 2, y lo que parece deducirse del contenido exigido para la Nota 17 de la Memoria, parece que resulta obligatorio valorar el pasivo en cada fecha de formulación de balances llevando los cambios a resultados. De ser tratado así habría que valorar el pasivo a 31 de diciembre de 2008.

 31-12-2008

El importe a registrar como gasto será el resultado de multiplicar el número de trabajadores por el valor razonable de la obligación (pasivo): $200 \times 1,568 \times 20 = 6.272$ €.

La cuenta (147) «Provisiones por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio» arroja un saldo acreedor de 12.894 €, luego el exceso de provisión es de:

$$12.894 - 6.272 = 6.622$$

6.622 *Provisiones por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio (147)*

a Exceso de provisiones por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio (7957)	6.622
--	-------

 x

Y finalmente a 31 de diciembre de 2009 se produce la liquidación del pasivo.

 31-12-2009

El importe a registrar como gasto será el resultado de multiplicar el número de trabajadores por el valor razonable de la obligación (pasivo): $200 \times 2 \times 20 = 8.000$ €.

.../...

.../...

La cuenta (147) «Provisiones por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio» arroja un saldo acreedor de 6.272 €, luego hay que reconocer un gasto adicional de:

$$8.000 - 6.272 = 1.728$$

6.272 *Provisiones por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio (147)*

1.728 *Retenciones mediante instrumentos de patrimonio (645)*

a Bancos (572)

8.000

_____ x _____

SUPUESTO PRÁCTICO PROFESIONAL (EJERCICIO PROPUESTO PARA EL INGRESO AL CUERPO DE INSPECTORES DE HACIENDA DEL ESTADO)

JOSÉ BARRIO BONDÍA
ALFONSO GARCÍA TAVARES
EVA MARTÍN DÍAZ
FERNANDO SALAZAR
Profesores del CEF

[Primera parte del tercer ejercicio de las pruebas de acceso al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado. Convocatoria de 17 de noviembre de 2006. Resolución de 14 de junio de 2006 (BOE de 30 de junio)].

Extracto:

DESARROLLAMOS, a continuación, el supuesto práctico profesional correspondiente a la primera parte del tercer ejercicio de las pruebas de acceso al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado (Resolución de 14 de junio de 2006, BOE del 30).

A lo largo del dictamen, estructurado en 8 partes, se plantean diferentes supuestos relativos a aspectos de IRPF, IS, IVA e ITP y AJD, Aduanas e Impuestos Especiales y, también, a aspectos relacionados con los procedimientos de Gestión Tributaria, Inspección de los Tributos y Recaudación.

En la solución al caso se plantea el problema al cual se enfrenta el opositor, su solución con la fundamentación jurídica adecuada y la actuación inspectora correspondiente.

Palabras clave: IRPF, IS, IVA e ITP y AJD, Aduanas e Impuestos Especiales y Procedimientos de gestión, inspección y recaudación.

Sumario

Parte 1.^a Aspectos jurídicos, civiles, mercantiles y aquellos otros de índole tributaria no expresamente contemplados en las otras partes del informe.

Parte 2.^a Aspectos relativos al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Parte 3.^a Aspectos relativos al Impuesto sobre Sociedades.

Parte 4.^a Aspectos relativos a los Impuestos sobre el Valor Añadido y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Parte 5.^a Aspectos relativos a Aduanas e Impuestos Especiales.

Parte 6.^a Aspectos relacionados con los procedimientos de Gestión Tributaria.

Parte 7.^a Aspectos relacionados con los procedimientos de Inspección de Tributos.

Parte 8.^a Aspectos relacionados con los procedimientos de Recaudación Tributaria.

I. PLANTEAMIENTO

A partir de la información que se facilita en las páginas siguientes debe elaborarse un dictamen relativo a los diversos ámbitos de índole tributaria, mercantil, civil, etc., que se solicitan.

El dictamen se desglosa o estructura en las 8 partes siguientes:

- Parte 1.^a Aspectos jurídicos, civiles, mercantiles y aquellos otros de índole tributaria no expresamente contemplados en las otras partes del informe.
- Parte 2.^a Aspectos relativos al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- Parte 3.^a Aspectos relativos al Impuesto sobre Sociedades.
- Parte 4.^a Aspectos relativos a los Impuestos sobre el Valor Añadido y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- Parte 5.^a Aspectos relativos a Aduanas e Impuestos Especiales.
- Parte 6.^a Aspectos relacionados con los procedimientos de Gestión Tributaria.
- Parte 7.^a Aspectos relacionados con los procedimientos de Inspección de Tributos.
- Parte 8.^a Aspectos relacionados con los procedimientos de Recaudación Tributaria.

Deben tenerse en cuenta y considerarse los siguientes criterios y requisitos:

- Los diversos apartados del dictamen son autónomos e independientes entre sí; la única correlación entre ellos es la derivada de la información básica que se facilita en el siguiente número II.
- La normativa de aplicación de cada apartado, de índole tributaria o de otros ámbitos jurídicos, es la vigente en los períodos, ejercicios o fechas que se especifican; en caso de inexistencia de referencias temporales, la vigencia normativa es la fecha de hoy.

- Cada apartado del dictamen debe atenderse estrictamente, en su formación, a las exigencias expuestas al final de cada enunciado, obviando otras posibles cuestiones implícitas en el mismo.
- Finalmente, no se precisa ni requiere el cálculo o cuantificación de bases o cuotas tributarias, tanto en los apartados relativos a la calificación de situaciones jurídico-tributarias, como en los de índole procedimental.

II. INFORMACIÓN BÁSICA, COMÚN A TODOS LOS APARTADOS

- El dictamen se refiere a una persona física que es titular de acciones representativas del capital social de diversas entidades mercantiles, de variada configuración.
- La persona física obtiene rendimientos del trabajo personal, del capital mobiliario y del ejercicio de actividades profesionales.
- La citada persona física participa en el capital social de 2 entidades mercantiles que gestionan y administran su patrimonio: una sociedad de inversión de capital variable (SICAV) y una sociedad inmobiliaria cuyo objeto social es la promoción inmobiliaria y la compraventa de inmuebles, así como el alquiler de viviendas y locales comerciales.
- Dichas participaciones mayoritarias se instrumentan a través de una sociedad *holding*, titular de las acciones de las entidades del apartado anterior.
- Asimismo, la persona física es titular mayoritaria del capital de una entidad mercantil, sociedad limitada, cuya actividad es la construcción de obra civil.
- Finalmente, participa en el capital de otra sociedad limitada, que realiza una actividad industrial con compras a proveedores de la Unión Europea y de terceros países.

Parte 1.^a

1. La empresa *holding* ha nombrado a todos los miembros de los órganos de administración de las dos sociedades constituidas para la gestión y administración del patrimonio de la persona física.
2. En la sociedad de responsabilidad limitada cuya actividad es la construcción de obra civil, y de acuerdo con sus estatutos, el órgano de administración está formado por dos administradores mancomunados –la persona física y su cónyuge– este último solicitó por su cuenta el NIF de la sociedad a la Administración Tributaria y su petición fue desestimada.
3. En la constitución de la citada sociedad de responsabilidad limitada la persona física aportó un inmueble adquirido por su sociedad de gananciales mediante un contrato de compraventa formalizado en documento privado.

Debe responderse a las siguientes cuestiones:

- a) ¿Qué consecuencias tiene desde el punto de vista contable lo expuesto en el punto 1?
- b) ¿Ha sido correcta la decisión de la Administración Tributaria según lo expuesto en el punto 2?
- c) De acuerdo con lo expuesto en el punto 3, ¿puede la persona física aportar a la sociedad el inmueble a título de propiedad?
- d) ¿Es suficiente la intervención de la persona física para la aportación de este bien a la sociedad mercantil?
- e) ¿Qué requisitos exige la válida constitución de una SICAV en lo relativo al capital social?

Parte 2.^a

La persona física del supuesto al objeto de confeccionar la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio 2005, dentro del plazo de presentación de la declaración acudió a las oficinas de la Agencia Tributaria solicitando información sobre diferentes fuentes de renta que obtienen él y su familia; las actividades, operaciones y cuestiones planteadas son las siguientes:

1. La persona física trabaja como arquitecto, por cuenta ajena, teniendo cedido un vehículo de la empresa para fines laborales, visitas a las diferentes obras y también, si lo precisa, puede utilizarlo para usos particulares. Teniendo en cuenta la naturaleza y características de las funciones desarrolladas, el porcentaje de utilización del vehículo para fines laborales de la empresa se estima en un 60%.
2. Asimismo tiene un despacho profesional dedicado a la arquitectura y durante el ejercicio 2005 adquirió para dicho despacho diverso material, entre otro, dos ordenadores portátiles por un precio unitario de 2.100 €.
3. Por otra parte, la persona física es miembro de varios Consejos de Administración, percibiendo por su asistencia a los mismos un total anual de 12.000 €.
4. Finalmente, la citada persona física adquirió el 1 de enero de 2000 en Bolsa un paquete de acciones por un importe equivalente de 6.010,12 €; el 31 de enero de 2005 las donó a su hijo con ocasión de la entrega de diplomas de fin de carrera. El valor de las acciones, en tal fecha y según cotización en el mercado oficial, ascendió a un importe de 7.520,00 €.
5. Su esposa trabaja como asalariada en una empresa que forma parte de un grupo de sociedades; en enero de 2004 el grupo le hace entrega de forma gratuita de 100 títulos de acciones por valor de 10.000 € dentro de la política retributiva general del grupo. La esposa, ante la subida de precio de las acciones, decidió venderlas en diciembre de 2005.

Debe responderse, para cada una de las 5 cuestiones expuestas y de forma independiente, respecto de su calificación jurídico-tributaria y al alcance y modalidad de tributación en el IRPF.

Parte 3.^a

1. La sociedad de inversión de capital variable (SICAV) del supuesto no cotiza en Bolsa y su único accionista es la sociedad *holding*. A la hora de efectuar la autoliquidación del Impuesto sobre Sociedades, el Administrador de la sociedad constata las siguientes circunstancias ocurridas durante el último ejercicio de referencia:

- La sociedad ha percibido dividendos de sociedades extracomunitarias por importe de 30.000,00 € brutos, que han soportado, en sus países de origen, una retención del 15 por 100.
- Durante el ejercicio se han producido rentas positivas y negativas, por enajenación de valores mobiliarios, de 75.000,00 € y 90.000,00 €, respectivamente.
- Ha repartido a la sociedad *holding* dividendos por importe de 100.000,00 € a los que no ha sometido a retención a cuenta.

2. Se dispone de la siguiente información de la sociedad limitada del supuesto, que realiza una actividad industrial, en la que la persona física participa en un 50 por 100:

- En los primeros días del ejercicio actual se realizó una mejora en una de las cadenas de fabricación cuyo precio de adquisición, hace seis ejercicios, fue de 150.000,00 €. Durante los cinco ejercicios anteriores la empresa ha aplicado el coeficiente máximo de amortización (12%) por lo que la amortización acumulada, a 31 de diciembre del ejercicio anterior, ascendía a 90.000 €. El importe de la mejora ha sido de 30.000,00 €, pero no alarga la vida útil de la cadena. En el ejercicio actual la empresa pretende seguir aplicando el mismo porcentaje de amortización del 12 por 100.
- Dentro de la Cartera de Valores, la sociedad posee la siguiente Cartera de Títulos de Renta fija, todos ellos con cotización oficial:

Título	Ejercicio anterior Cotización 31-12	Ejercicio actual Cotización 31-12
Sociedad A	125.000	150.000
Sociedad B	250.000	200.000
Sociedad C	175.000	150.000
Sociedad D	250.000	210.000

- La cuenta de tributos, a 31 de diciembre, refleja adeudados los siguientes importes:

Impuesto sobre Sociedades	25.000
Intereses de demora por aplazamiento solicitado en el ejercicio	1.200
Impuesto sobre el Valor Añadido (soportado)	75.000
IBI de los inmuebles afectos	6.700

- Durante el ejercicio, la sociedad transmitió a título lucrativo un solar afecto, con un coste de adquisición contabilizado de 27.000 €; su valor de mercado se estima en 35.000 €.

Debe procederse a la calificación y tratamiento de las operaciones efectuadas o contabilizadas por las entidades enumeradas en los dos apartados anteriores, a efectos del Impuesto sobre Sociedades.

Parte 4.^a

1. La sociedad inmobiliaria en la que participa la persona física del supuesto a través de la sociedad *holding* ha realizado, entre otras, la siguiente operación: ha adquirido un terreno a un particular, sobre el que, una vez urbanizado por la misma sociedad inmobiliaria, está construyendo un edificio de 30 viviendas, 30 oficinas, 10 locales comerciales y 120 plazas de aparcamiento, cuyo destino no tiene todavía específicamente determinado, pudiendo ser destinado a la venta o al alquiler o parcialmente a una u otra finalidad.

La actividad inmobiliaria por cuenta propia –que abarca la promoción inmobiliaria y la compraventa de inmuebles– se enclava en el grupo 70.1 de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, mientras que el alquiler de bienes inmobiliarios por cuenta propia está incardinado en el grupo 70.2 de dicha Clasificación.

La actividad principal de la sociedad, dedicada a la promoción inmobiliaria y a la compraventa y alquiler de inmuebles, es la de alquiler de inmuebles que supone el 90 por 100 del total de la actividad; a su vez, dentro de la actividad principal, se destaca que el 40 por 100 de la misma consiste en el arrendamiento de viviendas y el resto al arrendamiento de oficinas y locales comerciales.

2. La sociedad limitada que realiza una actividad industrial adquiere mercancías (recipientes, barriles, depósitos y envases de otros tipos) a proveedores que se encuentran fuera del territorio comunitario, así como a proveedores comunitarios, para su tratamiento y venta posterior en nuestro país.

Las operaciones consisten en adquirir fuera de España los elementos de los envases industriales y ensamblarlos en nuestro país, para su venta posterior en el territorio español; el porcentaje de adquisiciones intracomunitarias es del 80 por 100, mientras que el resto se adquiere fuera de la UE.

Debe responderse a las siguientes cuestiones:

- a) Respecto del apartado 1, describir de forma concisa las consecuencias fiscales de las operaciones descritas y especialmente los aspectos relativos a la sujeción y deducibilidad de las cuotas y de la aplicación de la regla de prorrata, tanto respecto de la concreta operación descrita de promoción inmobiliaria como en relación a la sociedad por sus actividades habituales o corrientes.

- b) Respecto del apartado 2, exponer y razonar de forma sucinta en relación con el IVA, la determinación del sujeto pasivo, el devengo del impuesto en las adquisiciones, su deducibilidad, el devengo en las ventas y, asimismo, los demás elementos esenciales del impuesto en las operaciones citadas.

Parte 5.^a

1. La sociedad limitada cuya actividad es la construcción de obra civil compra vehículos y maquinaria de obras públicas a una empresa norteamericana radicada en Detroit (USA) a través de un agente de ventas que el fabricante tiene en Madrid.

La mercancía es enviada por vía marítima a Valencia en condiciones «CIF Valencia» por un importe (x) que incluye los intereses por pago aplazado a un año (y) y la comisión de venta del agente en España (z).

Los vehículos y maquinaria objeto de la importación son los siguientes:

- Una grúa automotriz que dispone de dos motores independientes, un motor de grúa y un motor de propulsión del vehículo; cada uno de los motores se suministra de su propio depósito de carburante, totalmente independientes.
 - Una pala cargadora de cadenas que no dispone de autorización para circular por vías públicas.
 - Un microbús de catorce plazas para el desplazamiento de los obreros a las zonas de obras.
2. La persona física y socio mayoritario, con motivo de la proximidad de las fiestas de Navidad, quiere realizar un regalo a cada uno de los componentes de los consejos de administración de las empresas en las que participa; con tal motivo ha decidido adquirir 50 cajas (12 botellas cada caja) de whisky en una destilería de Edimburgo.

Debe responderse a las siguientes cuestiones:

- a) Determinar razonadamente la base imponible del impuesto o impuestos que habrá de liquidar en la Aduana para la importación a consumo de los citados vehículos y la maquinaria.
- b) Determinar razonadamente la sujeción de los citados vehículos y maquinaria al Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.
- c) Analizar la posibilidad de utilizar gasóleo bonificado por los vehículos importados con aplicación del tipo establecido en el epígrafe 1.4 de la tarifa 1.^a del Impuesto Especial sobre Hidrocarburos.
- d) Exponer las distintas posibilidades que la normativa en materia de Impuestos Especiales ofrece a la persona física para realizar la adquisición del apartado 2.

Parte 6.^a

1. La sociedad limitada cuya actividad es la construcción de obra civil presenta, sin existir requerimiento previo de la Administración Tributaria, las siguientes autoliquidaciones:

- El 31 de enero de 2006, declaración (modelo 110) de retenciones e ingresos a cuenta del último período del ejercicio 2004, con resultado negativo.
- El 31 de enero de 2006, declaración trimestral de IVA por el cuarto trimestre (modelo 300) del ejercicio 2003, con resultado a ingresar por importe de 3.000 €.
- El 31 de enero de 2006, declaración trimestral de IVA, por el cuarto trimestre (modelo 300) del ejercicio 2005, con resultado a compensar por importe de -5.000 €.
- El 31 de enero de 2006, declaración-resumen anual de IVA (modelo 390) correspondiente al ejercicio 2005.

El 28 de febrero de 2006 la sociedad presenta solicitud de rectificación de la autoliquidación del IVA, cuarto trimestre del ejercicio 2005 (modelo 300), solicitando la devolución pertinente.

2. La persona física del supuesto presentó el 18 de junio de 2005 declaración-liquidación por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del ejercicio 2004. El 10 de marzo de 2006, una vez tramitado el oportuno procedimiento, los órganos de gestión de la Administración Tributaria le notifican liquidación provisional de fecha 6 de marzo, por el referido impuesto y ejercicio, por un importe a ingresar de 10.000 €.

La referida liquidación viene motivada por unas prestaciones abonadas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y no declaradas por el obligado tributario; el importe de dicha liquidación fue ingresado en el plazo estipulado en el artículo 62.2 de la LGT.

El 12 de julio de 2006 el Instituto Nacional de la Seguridad Social declara improcedente la percepción de las rentas que motivaron la liquidación anterior, ordenando su reintegro; el acuerdo adoptado, transcurrido el plazo oportuno, adquiere firmeza al no ser recurrido.

El 28 de julio de 2006 el obligado tributario presenta recurso contra la liquidación provisional por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de 6 de marzo, solicitando se le reintegre el importe de 10.000 € ingresado en exceso por las referidas prestaciones.

Deberá responderse, respecto de ambos apartados 1 y 2, analizando y fundamentando las posibles actuaciones a realizar por los órganos competentes de Gestión Tributaria de la Administración y, en su caso, por el obligado tributario, a la vista de las potenciales decisiones administrativas adoptadas.

Parte 7.^a

La sociedad inmobiliaria del supuesto está siendo objeto de un procedimiento de inspección, con el objeto de comprobar e investigar el adecuado cumplimiento de sus obligaciones tributarias, habiéndose notificado el inicio de las actuaciones el 6 de julio de 2005.

El 10 de noviembre de dicho año se notifica al obligado tributario un acuerdo del Inspector-Jefe por el cual se amplía el plazo de duración de las actuaciones, por otros quince meses; en dicho acuerdo, la Inspección justifica la ampliación del plazo en el hecho de que la sociedad inmobiliaria ha ocultado en sus declaraciones los ingresos correspondientes a una de las promociones de viviendas que desarrolla.

El obligado tributario interpone recurso de reposición contra el acuerdo de ampliación de plazo alegando, entre otras cuestiones, que el supuesto en el que la Inspección se apoya para acordar tal ampliación no se encuentra entre los incluidos en la normativa vigente y que, por lo tanto, la adopción de tal acuerdo administrativo supone directamente la caducidad del procedimiento, por lo cual solicita se den por terminadas las actuaciones inspectoras.

Debe responderse a las siguientes cuestiones:

- a) Fundamentar y valorar la actuación inspectora en el trámite de la ampliación del plazo, la vía del recurso planteada por la entidad y los argumentos alegados.
- b) En el supuesto de que continúen las actuaciones inspectoras y se supere su plazo máximo de duración, indicar los efectos y consecuencias de índole jurídico-tributaria derivados de tal situación.

Parte 8.^a

La sociedad de responsabilidad limitada cuya actividad es la construcción de obra civil tiene pendiente de pago la liquidación de un acta por el Impuesto de Sociedades, ejercicio 2003 por importe de 600.000 € y notificada el 5 de junio de 2005. El órgano de recaudación competente de la AEAT, dictada providencia de apremio y no habiendo sido ingresada la deuda dentro del plazo de pago señalado en período ejecutivo, procedió a embargar un inmueble valorado en 300.000 €, único bien conocido de la sociedad. La diligencia de embargo tiene fecha de 20 de julio de 2006 y se notificó al deudor el 22 de julio de 2006. Asimismo se cursó mandamiento al Registro para que anotara el embargo, trámite efectuado con la letra «B», dado que ya existía inscrito un embargo previo acordado por un Juzgado como consecuencia de juicio ejecutivo ordinario instado por un banco como consecuencia del impago de las cuotas de un préstamo por importe de 400.000 €.

El juicio se había iniciado el 2 de enero de 2004 y posteriormente el Juzgado notificó al órgano de recaudación el señalamiento de la subasta para el 20 de diciembre de 2006, teniéndose a su vez conoci-

miento de que existía anotado otro embargo con la letra «C», emitido por un Juzgado de lo Social como consecuencia del impago del sueldo correspondiente a los últimos 30 días de trabajo de unos trabajadores por importe de 20.000 €; el sueldo reclamado era dos veces el salario mínimo interprofesional.

Asimismo y de las investigaciones desarrolladas por la Agencia Tributaria se puso de manifiesto que, al poco de iniciarse la actuación inspectora, la sociedad deudora transmitió, como aportación no dineraria a otra sociedad de responsabilidad limitada de reciente constitución, otros dos inmuebles valorados en 6.000.000 de €; tras la aportación citada, la sociedad deudora consiguió una posición mayoritaria en el capital de la nueva sociedad. Posteriormente, la sociedad deudora enajenó las acciones a la persona física del supuesto a un precio inferior al de aportación y aplazado a fecha de 20/2/2015. Se significa que el administrador de la sociedad deudora es persona física y que la AEAT desconoce la existencia de otros bienes. Asimismo, desde enero de 2006 la sociedad deudora ya no realiza ninguna actividad.

Debe responderse con un informe motivado sobre las actuaciones que ha de desarrollar la AEAT en orden a la consecución del cobro del crédito tributario.

SOLUCIÓN

PARTE 1.^a ASPECTOS JURÍDICOS, CIVILES, MERCANTILES Y AQUELLOS OTROS DE ÍNDOLE TRIBUTARIA NO EXPRESAMENTE CONTEMPLADOS EN LAS OTRAS PARTES DEL INFORME

a) El hecho de que la empresa *holding* nombre a todos los miembros de los órganos de administración de las dos sociedades constituidas para la gestión y administración del patrimonio de la persona física, de las que también detenta todas las acciones (dato este extraído de la información básica, común a todos los apartados), provoca, desde el punto de vista contable, que estemos ante un grupo de sociedades. Así, establece el artículo 42 del Código de Comercio que existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión. En particular, se presumirá que existe unidad de decisión cuando una sociedad, que se calificará como dominante, sea socio de otra sociedad, que se calificará como dependiente, y se encuentre en relación con esta en alguna de las siguientes situaciones:

- Posea la mayoría de los derechos de voto.
- Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.

- Haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

El mismo precepto dispone que toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados. En aquellos grupos en que no pueda identificarse una sociedad dominante, esta obligación recaerá en la sociedad de mayor activo en la fecha de primera consolidación. La obligación de formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados no exime a las sociedades integrantes del grupo de formular sus propias cuentas anuales y el informe de gestión correspondiente, conforme a su régimen específico.

La sociedad dominante deberá incluir en sus cuentas consolidadas no solo a las sociedades por ella directamente dominadas, sino también a las sucesivamente dominadas por estas, cualquiera que sea el lugar del domicilio social de ellas.

La Junta General de la sociedad dominante designará a los auditores de cuentas que habrán de controlar las cuentas anuales y el informe de gestión del grupo. Los auditores verificarán la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales consolidadas.

Las cuentas consolidadas habrán de someterse a la aprobación de la Junta General ordinaria de la sociedad dominante simultáneamente con las cuentas anuales de esta sociedad. Los accionistas de las sociedades pertenecientes al grupo podrán obtener de la sociedad dominante los documentos sometidos a la aprobación de la Junta, así como el informe de gestión del grupo y el informe de los auditores. El depósito de las cuentas consolidadas, del informe de gestión del grupo y del informe de los auditores de cuentas en el Registro Mercantil y la publicación del mismo se efectuarán de conformidad con lo establecido para las cuentas anuales de las sociedades anónimas.

Podemos asimismo subrayar que el artículo siguiente del Código de Comercio, el 43, regula las circunstancias en que las sociedades integrantes no estarán obligadas a efectuar la consolidación, salvo que alguna de ellas haya emitido valores admitidos a negociación en un mercado bursátil.

- b) Según el artículo 139 de la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, la administración de estas sociedades podrá confiarse a un órgano unipersonal o a un órgano pluripersonal, cuyos miembros actuarán solidaria o mancomunadamente. La representación de la sociedad y la certificación de los acuerdos sociales corresponderá, caso de existir varios administradores mancomunados, a dos cualesquiera de ellos.

Por otra parte, el artículo 10 del Real Decreto 338/1990, en relación con la asignación del Número de Identificación Fiscal de las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica, señala:

- «1. Las personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica que vayan a ser titulares de relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria deberán solicitar la asignación de un Número de Identificación Fiscal.

2. Cuando se trate de personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que vayan a realizar actividades empresariales o profesionales, deberán solicitar su Número de Identificación Fiscal antes de la realización de cualesquiera entregas, prestaciones o adquisiciones de bienes o servicios, de la percepción de cobros o el abono de pagos, o de la contratación de personal laboral, efectuados para el desarrollo de su actividad. En todo caso, la solicitud se formulará dentro del mes siguiente a la fecha de su constitución o de su establecimiento en territorio español.
3. La solicitud se efectuará mediante la presentación de la oportuna declaración censal de alta regulada en el artículo 7 del Reglamento por el que se regulan determinados censos tributarios (...).
4. La Delegación o Administración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria competente asignará el Número de Identificación Fiscal en el plazo máximo de 10 días, y podrá asignarse a personas jurídicas o entidades en período de constitución. El Número de Identificación Fiscal de las personas jurídicas y entidades sin personalidad tendrá carácter provisional mientras la entidad interesada no haya aportado copia de la escritura pública o documento fehaciente de su constitución y de los estatutos sociales o documento equivalente, así como certificación de su inscripción, cuando proceda, en un registro público. En ningún caso el Número de Identificación Fiscal provisional o definitivo se asignará a personas jurídicas o entidades que no aporten, al menos, un documento debidamente firmado en el que los otorgantes de aquel manifiesten su acuerdo de voluntades para la constitución de la persona jurídica o entidad de que se trate. En cualquiera de los casos, el firmante de la declaración censal de solicitud deberá acreditar que actúa en representación de la persona jurídica, entidad sin personalidad, o colectivo que se compromete a su creación».

Pues bien, poniendo en conexión los dos preceptos citados anteriormente, habiendo solicitado el NIF de la sociedad solo uno de los dos administradores mancomunados, es correcta la decisión de la Administración Tributaria desestimando la petición, puesto que no ha quedado acreditada de forma válida la representación de la sociedad.

- c) El inmueble fue adquirido por la sociedad de gananciales mediante un contrato privado de compraventa formalizado en documento privado.

Siempre que además de la formalización del contrato, haya existido tradición de la cosa vendida, la sociedad de gananciales habría adquirido válidamente la propiedad del inmueble, puesto que el Derecho español recoge la teoría del título y el modo, al disponer el artículo 609 del Código Civil que: «La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la Ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción».

Sin perjuicio de lo anterior, también prevé el mismo cuerpo legal, en su artículo 1.280, que, entre otros, deben formalizarse en documento público los actos y contratos que tengan por

objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

Puesto que la compraventa del inmueble se ha formalizado en documento privado, cualquiera de los contratantes podría hacer uso de la facultad regulada en el artículo 1.279 del Código Civil según el cual «si la Ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez».

El problema que se suscita si la compraventa no se documenta en escritura pública es la imposibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad (así dispone el artículo 3 de la Ley Hipotecaria que para que puedan ser inscritos el título traslativo del dominio deberán estar consignados en escritura pública) y, consecuentemente, el verse privado de la protección que supone la inscripción en tal Registro público, de forma tal que, como contempla el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, si un tercero de buena fe llegara a adquirir la propiedad del inmueble de personas que en el Registro aparezcan con facultades para transmitirlo, el tercero sería mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el Registro.

Además posteriormente el bien inmueble es objeto de aportación no dineraria a una sociedad.

Pero la sociedad no podría inscribir el inmueble a su nombre si previamente no figurase inscrito el mismo a favor del aportante: así resulta del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, cuando dispone que para inscribir o anotar títulos por los que se transmitan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos, añadiendo que en el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada.

d) Siendo el régimen económico-matrimonial el de gananciales, NO es suficiente la intervención solo de la persona física para la aportación de este bien a la sociedad mercantil, de acuerdo con los siguientes preceptos del Código Civil:

- Artículo 1.375, según el cual, en defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges.
- Artículo 1.377, que a lo anterior añade que para realizar actos de disposición a título oneroso (como lo es una aportación no dineraria) sobre bienes gananciales, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges.
- Artículo 71, que afirma que ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida.

e) La Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva establece en su artículo 9.3 que el capital de las sociedades de inversión habrá de estar íntegramente suscrito y desembolsado desde su constitución, y se representará mediante acciones. Podrán emitirse diferentes series de acciones que se diferenciarán por las comisiones que les sean aplicables. Las acciones pertenecientes a una misma serie tendrán igual valor nominal y conferirán los mismos derechos. Asimismo, cada una de estas series recibirá una denominación específica, que irá precedida de la denominación de la sociedad y, en su caso, del compartimento. Dichas acciones podrán estar representadas mediante títulos nominativos o mediante anotaciones en cuenta.

Dicho precepto ha sido desarrollado por el artículo 50 del Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003; en el mismo se dispone, en cuanto al capital social y para la válida constitución de las SICAV:

- El capital mínimo desembolsado de las SICAV será de 2.400.000 € y deberá ser mantenido mientras la sociedad figure inscrita en el registro.
- El capital inicial deberá estar íntegramente suscrito y desembolsado desde el momento de la constitución de la sociedad.
- El capital estatutario máximo no podrá superar en más de 10 veces el capital inicial.
- En el caso de SICAV por compartimentos, cada uno de los compartimentos deberá tener un capital mínimo desembolsado de 480.000 €, sin que, en ningún caso, el capital total mínimo desembolsado sea inferior a 2.400.000 €.
- Las acciones representativas del capital estatutario máximo que no estén suscritas, o las que posteriormente haya adquirido la sociedad, se mantendrán en cartera hasta que sean puestas en circulación por los órganos gestores. Las acciones en cartera deberán estar en poder del depositario. El ejercicio de los derechos incorporados a las acciones en cartera quedará en suspenso hasta que hayan sido suscritas y desembolsadas.
- Las aportaciones para la constitución del capital social se realizarán exclusivamente en dinero, valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en los demás activos financieros que, de acuerdo con las reglas de cada institución, resulten aptos para la inversión o para dar cumplimiento al principio de liquidez. Las aportaciones de valores y demás activos financieros estarán sujetas a las normas sobre la política de inversión establecidas en dicho reglamento.

PARTE 2.^a ASPECTOS RELATIVOS AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

NOTA PREVIA: La normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas vigente en la fecha de realización de este ejercicio (17 de noviembre de 2006) era la contenida en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado mediante Real

Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo (en adelante, TRLIRPF), y su Reglamento, aprobado mediante el Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio.

No obstante, a partir del 1 de enero de 2007 resulta de aplicación la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, y su Reglamento aprobado mediante Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo.

Así las cosas, hemos considerado oportuno hacer referencia a ambas normativas al contestar esta parte del supuesto.

1. Estamos ante un rendimiento del trabajo en especie (constituyen rentas en especie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda).

La renta en especie se valorará, en el supuesto de utilización de vehículos, en el 20 por 100 anual del coste para el pagador, incluyendo todos los tributos que graven la operación. Si el vehículo no es propiedad de la empresa, dicho porcentaje se aplicará sobre el valor de mercado que correspondería al vehículo si fuese nuevo.

Como estamos ante un caso de utilización mixta o parcial, para fines particulares y para desarrollar funciones en la empresa, solo procede imputar retribución en especie en la medida en que el trabajador tenga la facultad de disponer del vehículo para fines particulares, con independencia de que exista o no una utilización efectiva.

Por lo tanto, en el presente supuesto, la valoración de la retribución en especie será el resultado de aplicar el porcentaje afectado a los fines particulares (el 40%) al 20 por 100 del coste de adquisición o del valor de mercado según el caso.

Todo ello de acuerdo con los artículos 47 del TRLIRPF y 43 de la Ley 35/2006.

Además, sobre la retribución en especie del trabajo deberá practicar el pagador el correspondiente ingreso a cuenta (al mismo porcentaje que el de retención).

Dicho ingreso a cuenta se adicionará a la valoración dada a la renta en especie, salvo que el importe de aquel hubiera sido repercutido al perceptor de la renta.

Finalmente, señalar que los rendimientos del trabajo forman parte, según el TRLIRPF, de la parte general de la base imponible, y de la renta general de conformidad con la Ley 35/2006.

2. Se trata de rendimientos de actividades económicas.

Los ordenadores portátiles merecen la consideración de elementos patrimoniales afectos (arts. 27 del TRLIRPF y 29 de la Ley 35/2006). En consecuencia, su amortización será un gasto fiscalmente deducible para determinar el rendimiento neto de la actividad.

Como presumiblemente, en función del importe neto de la cifra de negocios, este profesional va a poder beneficiarse de los incentivos fiscales previstos para las empresas de reducida dimensión en la normativa del Impuesto sobre Sociedades (Texto Refundido aprobado mediante Real Decreto Legislativo 4/2004), resultará de aplicación el régimen de amortización acelerada previsto en el artículo 111 del TRLIS, según el cual estos elementos del inmovilizado material nuevos, puestos a disposición del sujeto pasivo en el período impositivo en el que se cumplan las condiciones del artículo 108 del TRLIS, podrán amortizarse en función del coeficiente que resulte de multiplicar por 2 el coeficiente de amortización lineal máximo previsto en las tablas de amortización oficialmente aprobadas.

La deducción del exceso de la cantidad amortizable resultante de lo previsto en este artículo respecto de la depreciación efectivamente habida, no estará condicionada a su imputación contable a la cuenta de pérdidas y ganancias.

El citado artículo 111 del TRLIS prevé de forma expresa que este régimen de amortización es compatible con cualquier beneficio fiscal que pudiera proceder por razón de los elementos patrimoniales sujetos a la misma. Por lo tanto, también podría beneficiarse de la deducción prevista en el artículo 36 del TRLIS para el fomento de las tecnologías de la información y comunicación en las empresas de reducida dimensión.

La deducción en la cuota es en el año 2007 del 12 por 100 y en períodos anteriores el 15 por 100 y el 10 por 100 en los períodos impositivos iniciados antes del 20 de noviembre de 2005.

3. Las retribuciones de los administradores y miembros de los Consejos de Administración tiene en todo caso la consideración de rendimientos del trabajo (arts. 16 del TRLIRPF y 17 de la Ley 35/2006).

El porcentaje de retención aplicable sobre los 12.000 € de rendimientos íntegros será del 35 por 100 (arts. 103 del TRLIRPF y 101 de la Ley 35/2006).

4. La donación genera, para el donante personas física, una ganancia patrimonial sujeta y no exenta en el IRPF, por la diferencia entre el valor de adquisición (6.010,12 €) y el valor de transmisión, que será el que resulte de la aplicación de las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (sin que pueda exceder del valor de mercado, ha matizado la Ley 35/2006). En nuestro caso, tomaríamos como valor de transmisión los 7.520 € que indica el enunciado.

La ganancia patrimonial se integraría en la parte especial de la base imponible en los años 2006 y anteriores (dado que su período de generación es superior a un año) y en la renta del ahorro en el año 2007 (puesto que se trata de una ganancia patrimonial que deriva de una previa transmisión, artículo 46 de la Ley 35/2006).

La parte especial de la base imponible en el año 2006 quedaba gravada a un tipo fijo del 15 por 100, quedando sujeta a un tipo también fijo pero del 18 por 100 la renta del ahorro en el año 2007.

Para el donatario persona física, se trata de una renta no sujeta al IRPF puesto que está sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (arts. 6.4 del TRLIRPF y 6.4 de la Ley 35/2006).

5. En principio, cuando se concedieron en el año 2004, la entrega de los 100 títulos no tuvo la consideración de rendimientos del trabajo en especie (arts. 46 del TRLIRPF y 41 del RD 1775/2004 y arts. 42 de la Ley 35/2006 y 43 del RD 439/2007), puesto que se trata de la entrega a una trabajadora en activo, de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, de acciones o participaciones de la propia empresa o de otras empresas del grupo de sociedades, que no excede, para el conjunto de las entregadas a cada trabajador, de 12.000 € anuales.

No obstante, este supuesto de rentas no sujetas está condicionado al cumplimiento de los siguientes requisitos, el último de los cuales resulta finalmente incumplido por la esposa:

- 1.º Que la oferta se realice dentro de la política retributiva general de la empresa o, en su caso, del grupo de sociedades y que contribuya a la participación de los trabajadores en la empresa.
- 2.º Que cada uno de los trabajadores, conjuntamente con sus cónyuges o familiares hasta el segundo grado, no tengan una participación, directa o indirecta, en la sociedad en la que prestan sus servicios o en cualquier otra del grupo, superior al 5 por 100.
- 3.º Que los títulos se mantengan, al menos, durante tres años.

El incumplimiento de este plazo (las acciones finalmente se venden en diciembre de 2005) motivará la obligación de presentar una autoliquidación complementaria, con los correspondientes intereses de demora, en el plazo que medie entre la fecha en que se incumpla el requisito y la finalización del plazo reglamentario de declaración correspondiente al período impositivo en que se produzca dicho incumplimiento. En términos similares, nos encontramos con el artículo 122 de la Ley General Tributaria.

Por lo que respecta a la empresa, puesto que en principio esta entrega de acciones no tiene la consideración de rendimiento del trabajo en especie, no está obligada a efectuar un ingreso a cuenta. Si posteriormente, por decisión que incumbe solo al trabajador, se incumple el requisito del plazo de permanencia, sigue sin estar obligada a presentar el ingreso a cuenta (consulta DGT 7-6-99).

PARTE 3.^a ASPECTOS RELATIVOS AL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

La normativa reguladora del Impuesto sobre Sociedades se encuentra contenida básicamente en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (en adelante TRLIS), y en su Reglamento, aprobado mediante Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio (en adelante RIS).

1. El enunciado comienza subrayando que la SICAV no cotiza en Bolsa y que tiene un único accionista.

El régimen fiscal especial establecido para estas instituciones de inversión colectiva no alcanza a la totalidad de las mismas, sino solo a las que reúnan ciertos requisitos, estando el resto acogidas al régimen general del Impuesto sobre Sociedades.

El tratamiento fiscal es indiferente a que los títulos representativos de su capital estén o no admitidos a negociación en Bolsa, sino que se encuentra condicionado al número de accionistas de la SICAV, en función de que sea o no igual o superior a 100. Si el número de accionistas es igual o superior a 100, la principal especialidad impositiva, a efectos del tributo que aquí estamos considerando, el Impuesto sobre Sociedades, es que quedan sometidas a un tipo de gravamen del 1 por 100 (art. 28 del TRLIS). Otras especialidades en este impuesto serán (art. 57 del TRLIS):

- Que no tendrán derecho a deducción alguna de la cuota ni a la exención de rentas en la base imponible para evitar la doble imposición internacional.
- Que cuando el importe de los pagos fraccionados, retenciones e ingresos a cuenta practicados sobre los ingresos supere la cuantía de la cuota íntegra, la Administración Tributaria procederá a devolver, de oficio, el exceso.

En nuestro caso, evidentemente, el número de accionistas es inferior a 100, ya que existe un solo socio. Por tanto, la tributación de la SICAV se realizará conforme al régimen general del Impuesto. En tal hipótesis, le será de aplicación el tipo de gravamen del 35 por 100 (2006) o del 32,5 por 100 (2007) y si tendrá derecho a practicarse deducciones de la cuota y a la exención de rentas en la base imponible para evitar la doble imposición internacional.

DIVIDENDOS PERCIBIDOS DE SOCIEDADES EXTRACOMUNITARIAS

La entidad puede optar, respecto de estas rentas de fuente extranjera y cumpliendo los requisitos que más tarde se examinarán, por integrarlas en su base imponible y aplicar las deducciones por doble imposición internacional (previstas en los arts. 31 y 32 del TRLIS) o no integrarlas en la base imponible por aplicación del régimen de exención previsto en el artículo 21 del TRLIS, siendo esta última posibilidad, como norma general, la opción más ventajosa para los obligados tributarios.

En cualquier caso, la opción elegida no podría ser modificada con posterioridad fuera del período voluntario (art. 119.3 del LGT).

A continuación vamos a analizar los requisitos necesarios para aplicar la exención del citado artículo 21 del TRLIS, en esencia los siguientes:

Estarán exentos los dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes en territorio español, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad no residente sea, al menos, del 5 por 100.

La participación correspondiente se deberá poseer de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo. Para el cómputo del plazo se tendrá también en cuenta el período en que la participación haya sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades que reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades.

- b) Que la entidad participada haya estado gravada por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten o en los que se participa.

A estos efectos, se tendrán en cuenta aquellos tributos extranjeros que hayan tenido por finalidad la imposición de la renta obtenida por la entidad participada, siquiera sea parcialmente, con independencia de que el objeto del tributo lo constituya la propia renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario de aquella.

Se considerará cumplido este requisito, cuando la entidad participada sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información.

En ningún caso se aplicará lo dispuesto en este artículo cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

- c) Que los beneficios que se reparten o en los que se participa procedan de la realización de actividades empresariales en el extranjero.

Solo se considerará cumplido este requisito cuando al menos el 85 por 100 de los ingresos del ejercicio correspondan a:

- 1.º Rentas que se hayan obtenido en el extranjero y que no estén comprendidas entre aquellas clases de renta a que se refiere el apartado 2 del artículo 107 como susceptibles de ser incluidas en la base imponible por aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional. En cualquier caso, las rentas derivadas de la participación en los beneficios de otras entidades, o de la transmisión de los valores o participaciones correspondientes, habrán de cumplir los requisitos del párrafo 2.º siguiente.

En particular, a estos efectos, se considerarán obtenidas en el extranjero las rentas procedentes de las siguientes actividades:

- 1.ª Comercio al por mayor, cuando los bienes sean puestos a disposición de los adquirentes en el país o territorio en el que resida la entidad participada o en cualquier otro país o territorio diferente del español, siempre que las operaciones se efectúen a través de la organización de medios personales y materiales de que disponga la entidad participada.

- 2.^a Servicios, cuando sean utilizados en el país o territorio en el que resida la entidad participada o en cualquier otro país o territorio diferente del español, siempre que se efectúen a través de la organización de medios personales y materiales de que disponga la entidad participada.
- 3.^a Crediticias y financieras, cuando los préstamos y créditos sean otorgados a personas o entidades residentes en el país o territorio en el que resida la entidad participada o en cualquier otro país o territorio diferente del español, siempre que las operaciones se efectúen a través de la organización de medios personales y materiales de que disponga la entidad participada.
- 4.^a Aseguradoras y reaseguradoras, cuando los riesgos asegurados se encuentren en el país o territorio en el que resida la entidad participada o en cualquier otro país o territorio diferente del español, siempre que aquellas se efectúen a través de la organización de medios personales y materiales de que disponga la entidad participada.

En cualquier caso, si se hubiera aplicado la exención a los dividendos de fuente extranjera, no se podrá integrar en la base imponible la depreciación de la participación, cualquiera que sea la forma y el período impositivo en que se ponga de manifiesto, hasta el importe de dichos dividendos.

Si se aplicase esta exención, procedería efectuar un ajuste extracontable negativo y permanente por el importe íntegro de los dividendos, 30.000 €, que contablemente estarían recogidos como ingresos del ejercicio.

Si optase por aplicar la deducción en cuota del artículo 31 del TRLIS, o bien no se cumpliesen los requisitos anteriormente expuestos para aplicar el régimen de exención, se deducirá de la cuota íntegra la menor de las dos cantidades siguientes:

- a) El importe efectivo de lo satisfecho en el extranjero por razón de gravamen de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto. (No se deducirán los impuestos no pagados en virtud de exención, bonificación o cualquier otro beneficio fiscal. Siendo de aplicación un convenio para evitar la doble imposición, la deducción no podrá exceder del impuesto que corresponda según aquel).
- b) El importe de la cuota íntegra que en España correspondería pagar por las mencionadas rentas si se hubieran obtenido en territorio español.

Puesto que el supuesto nos dice que han soportado en el país de origen una retención del 15 por 100, sería esta la menor de las dos cantidades ($30.000 \times 15\%$) y, por lo tanto, esta sería la deducción a practicar.

Por último, para aplicar la deducción en cuota del artículo 32 del TRLIS sería preciso, dato este que ignoramos, que la sociedad residente ostente en las sociedades extracomunitarias una participación directa o indirecta en el capital de, al menos, del 5 por 100, y que aquella se hubiera poseído de mane-

ra ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, que se mantenga durante el tiempo que sea necesario para completar un año.

REPARTO DE DIVIDENDOS A SU ÚNICO ACCIONISTA

De acuerdo con el artículo 58 del TRLIS, el socio persona jurídica debe integrar en su base imponible el importe del dividendo percibido. Esta renta no le da derecho a aplicar en su cuota íntegra la deducción por doble imposición del artículo 30 del TRLIS (aunque el porcentaje de participación en la entidad que distribuye el dividendo sea igual o superior al 5% y se mantenga durante un plazo de al menos un año).

Por lo tanto, no resultando de aplicación en el socio la deducción del artículo 30.2 del TRLIS, la SICAV debería haber practicado la oportuna retención sobre los 100.000 de dividendos satisfechos a la *holding*, de acuerdo con el artículo 140 del TRLIS, siendo el porcentaje de retención el del 15 por 100 (2006) o el del 18 por 100 (para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2007).

2. MEJORA

De acuerdo con el artículo 1.7 del RIS, cuando las renovaciones, ampliaciones o mejoras de los elementos patrimoniales del inmovilizado material se incorporen a dicho inmovilizado, el importe de las mismas se amortizará durante los períodos impositivos que resten para completar la vida útil de los referidos elementos patrimoniales. A tal efecto, se imputará a cada período impositivo el resultado de aplicar al importe de las renovaciones, ampliaciones o mejoras el coeficiente resultante de dividir la amortización contabilizada del elemento patrimonial practicada en cada período impositivo, en la medida en que se corresponda con la depreciación efectiva, entre el valor contable que dicho elemento patrimonial tenía al inicio del período impositivo en el que se realizaron las operaciones de renovación, ampliación o mejora.

Los elementos patrimoniales que han sido objeto de las operaciones de renovación, ampliación o mejora, continuarán amortizándose según el método que se venía aplicando con anterioridad a la realización de las mismas.

Aplicando lo anterior a los datos del supuesto, efectuaríamos los siguientes cálculos:

Precio de adquisición elemento: 150.000

Amortización anual: 18.000 (150.000 al 12%)

Amortización acumulada al inicio del ejercicio: 90.000

Valor neto contable en el momento de introducirse la mejora: 60.000

Importe de la mejora: 30.000

Amortización que se practicará en el ejercicio actual:

- Elemento: 18.000
- Mejora: 9.000

$$(18.000/60.000) \times 30.000$$

Total amortización: 27.000

No procede practicar ajuste extracontable alguno, al no existir diferencia entre el criterio contable y el fiscal.

CARTERA DE TÍTULOS DE RENTA FIJA

De acuerdo con el artículo 12.4 del TRLIS, serán deducibles las dotaciones por depreciación de valores de renta fija admitidos a cotización en mercados secundarios organizados, con el límite de la depreciación global sufrida en el período impositivo por el conjunto de los valores de renta fija poseídos por el sujeto pasivo admitidos a cotización en dichos mercados.

No serán deducibles las dotaciones por depreciación de valores que tengan un valor cierto de reembolso que no estén admitidos a cotización en mercados secundarios organizados o que estén admitidos a cotización en mercados secundarios organizados situados en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales.

Por lo tanto, será fiscalmente deducible una dotación a la provisión por importe de 90.000 € (la diferencia entre 800.000 y 710.000).

La deducibilidad de la provisión está condicionada a su inscripción contable (art. 19.3 del TRLIS). Y contablemente, procedería dotar asimismo una provisión por importe total de 90.000 €, según la Norma 8.^a Plan General Contable (50.000 € por los títulos perteneciente a la sociedad B y 40.000 € por los títulos pertenecientes a la sociedad D).

TRIBUTOS

- Los 25.000 € del Impuesto sobre Sociedades no constituyen un gasto fiscalmente deducible [art. 14.1 b) del TRLIS]. Procede practicar un ajuste extracontable positivo y permanente.
- Los 1.200 € de intereses de demora por el aplazamiento sí son un gasto fiscalmente deducible (art. 14 del TRLIS).
- El IVA soportado no es un gasto fiscalmente deducible. Es un importe recuperable directamente de la Hacienda pública, a través de las correspondientes autoliquidaciones periódicas del Impuesto sobre el Valor Añadido. Procede practicar un ajuste extracontable positivo y permanente.
- El IBI de los inmuebles afectos sí constituye un gasto fiscalmente deducible.

TRANSMISIÓN DE UN SOLAR

A efectos del Impuesto sobre Sociedades, la operación descrita tiene las siguientes repercusiones:

1. De conformidad con el artículo 15 del TRLIS, se valorarán por su valor normal de mercado, entre otros, los elementos patrimoniales transmitidos a título lucrativo.

En este supuesto, la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable, esto es, 8.000 €. Por este importe se practicará un ajuste extracontable positivo y permanente.

2. La entidad habrá contabilizado una pérdida extraordinaria con motivo de la donación. Este gasto no es fiscalmente deducible, salvo que la donación se hubiese efectuado a favor de entidades beneficiarias de la Ley 49/2002, por lo que debe practicarse por cuantía de 27.000 € también el correspondiente ajuste positivo y permanente [art. 14.1 e) del TRLIS].

PARTE 4.^a ASPECTOS RELATIVOS A LOS IMPUESTOS SOBRE EL VALOR AÑADIDO Y SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

La normativa reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido se encuentra recogida, fundamentalmente, en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre (en adelante LIVA) y en su Reglamento, aprobado mediante Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre.

1. El supuesto comienza indicando que una sociedad inmobiliaria ha adquirido de un particular un terreno sobre el que, una vez urbanizado por la misma, se va a construir un edificio con viviendas, oficinas y locales destinados bien a su venta, bien al alquiler de los mismos. De esta actividad se infieren las siguientes consecuencias a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido:
 - a) En primer lugar, hay que determinar si las operaciones están sujetas o no al Impuesto sobre el Valor Añadido. En este sentido de conformidad con el artículo 4.1 de la LIVA, «estarán sujetas al Impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del Impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen».
 - b) En segundo lugar, debemos determinar quién tiene la condición de empresario o profesional a efectos del Impuesto, así la Ley del Impuesto, en su artículo 5, considera empresarios o profesionales a las personas o entidades que realicen las actividades empresariales o profesionales entendiendo por tales las actividades que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

En particular, el apartado uno d), del mismo artículo 5, considera empresarios a quienes efectúen la promoción o construcción de edificaciones destinadas, en todos los casos, a su venta, adjudicación o cesión por cualquier título, aunque sea ocasionalmente, y el apartado c) del mismo artículo y apartado, a los arrendadores de bienes.

De lo expuesto anteriormente se desprende que en el supuesto planteado la entrega del terreno realizada por el particular a la sociedad, es una entrega realizada por un sujeto que no tiene la condición de empresario o profesional a los efectos del artículo 5 de la Ley, se trata por tanto de una operación No Sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, estando sujeta a la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en los términos descritos en el artículo 4.Cuatro de la Ley.

Las ventas posteriores de las viviendas y locales que realice la sociedad inmobiliaria del supuesto, estarán sujetas y no exentas al Impuesto sobre el Valor Añadido, repercutiéndose con carácter general el 7 por 100 para el caso de las viviendas y garajes anexos que se vendan de forma conjunta con la vivienda con el límite de 2, y el 16 por 100 por la venta de los locales comerciales.

De los datos obrantes en el supuesto se desprende además que la entidad realiza dos tipos de actividades: las de promoción de viviendas para su venta posterior y la de alquiler de viviendas y locales. Llegados a este punto debemos a su vez analizar cada una de estas actividades, para determinar, en su caso, la posible existencia de sectores diferenciados de actividad en los términos del artículo 9 de la LIVA.

1. Actividad de promoción de inmuebles para su venta.

La promoción de viviendas y locales para su venta constituye una actividad empresarial sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido.

Si bien a pesar de esta sujeción, el artículo 20.Uno 22.º establece que estarán exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, incluidos los terrenos en que se hallen enclavadas, cuando tengan lugar después de terminada su construcción o rehabilitación.

A los efectos de lo dispuesto en la Ley, se considerará primera entrega la realizada por el promotor que tenga por objeto una edificación cuya construcción o rehabilitación esté terminada. No obstante, no tendrá la consideración de primera entrega la realizada por el promotor después de la utilización ininterrumpida del inmueble por un plazo igual o superior a dos años por su propietario o por titulares de derechos reales de goce o disfrute o en virtud de contratos de arrendamiento sin opción de compra, salvo que el adquirente sea quien utilizó la edificación durante el referido plazo. No se computarán a estos efectos los periodos de utilización de edificaciones por los adquirentes de los mismos en los casos de resolución de las operaciones en cuya virtud se efectuaron las correspondientes transmisiones.

Por lo tanto, en el caso de que se trate de primeras entregas no será de aplicación la exención del artículo 20.Uno 22.º, dando en principio la operación derecho a deducción del 100 por 100 de las cuotas soportadas y debiendo repercutirse el IVA en las entregas de las construcciones.

2. Arrendamiento de viviendas y locales.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 20.Uno, número 23.º de la LIVA, estarán exentos del Impuesto, y no originarán el derecho a la deducción, por aplicación del artículo 94 de la misma Ley, los arrendamientos que tengan la consideración de servicios que tengan por objeto los edificios o partes de los mismos destinados exclusivamente a viviendas.

Por tanto, para el caso de que se destinen parte de las viviendas construidas a la actividad de arrendamiento estaríamos ante una actividad empresarial sin derecho a deducción.

Respecto al arrendamiento de los locales comerciales, esta actividad es una operación sujeta y no exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido.

En consecuencia respecto de la actividad con IAE 702 «Arrendamiento de viviendas y locales», la entidad se encuentra en prorrata, debiendo determinar el porcentaje de deducción que en el supuesto planteado es el 60 por 100, toda vez que según se nos indica la actividad de alquiler de viviendas supone el 40 por 100 del total de la actividad.

Es doctrina reiterada de la Dirección General de Tributos (Resoluciones de 21 de septiembre de 1993, 10 de junio de 1994 y 10 y 27 de febrero de 1995, entre otras muchas), que la actividad de arrendamientos de inmuebles (viviendas y locales de negocio) constituye una única actividad económica a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, incluyéndose tales arrendamientos en un mismo sector de actividad a efectos de la aplicación del régimen de deducciones en sectores diferenciados de la actividad regulado en el artículo 101 de la Ley 37/1992.

Así las cosas, el antes citado artículo 9.1 de la LIVA dispone que se considerarán sectores diferenciados de la actividad empresarial o profesional, entre otros, aquellos en los que se cumplan de forma simultánea los dos requisitos siguientes:

- Que las actividades económicas realizadas sean distintas.
- Que los regímenes de deducción aplicables sean distintos.

Se considerarán actividades económicas distintas aquellas que tengan asignados grupos diferentes en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas. Este primer requisito concurre en el supuesto analizado, pues una actividad está clasificada en el epígrafe 701 y la otra en el 702.

Por lo que respecta a los regímenes de deducción, se considerarán distintos si los porcentajes de deducción, determinados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 104 de esta Ley, que resultarían aplicables en la actividad o actividades distintas de la principal difirieran en más de 50 puntos porcentuales del correspondiente a la citada actividad principal.

A estos efectos, se considerará principal la actividad en la que se hubiese realizado mayor volumen de operaciones durante el año inmediato anterior.

Por lo tanto, actividad principal es la de alquiler de inmuebles (que nos dice el enunciado que supone el 90% del total). Ya antes hemos determinado su porcentaje de deducción, el 60 por 100; si lo comparamos con el porcentaje de deducción que también hemos determinado para la actividad de promoción y compraventa, el del 100 por 100, llegamos a la conclusión de que no existen sectores diferenciados, pues los regímenes de deducción aplicables no son, a estos efectos, distintos.

Consecuentemente, habrá que determinar la prorrata de conformidad con el artículo 102 de la Ley.

A tal efecto el artículo 102 de la Ley, establece que:

«La regla de prorrata será de aplicación cuando el sujeto pasivo, en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, efectúe conjuntamente entregas de bienes o prestaciones de servicios que originen el derecho a la deducción y otras operaciones de análoga naturaleza que no habiliten para el ejercicio del citado derecho».

Vista la necesidad de aplicar la regla de prorrata hay que analizar la prorrata general y la prorrata especial, para determinar a su vez los límites de deducción.

Así, de conformidad con lo previsto por el artículo 103 de la Ley, la regla de prorrata tendrá dos modalidades de aplicación: general y especial.

La regla de prorrata general se aplicará cuando no se den las circunstancias indicadas en el apartado siguiente.

Será de aplicación la regla de prorrata especial en dos supuestos:

- a) Cuando los sujetos pasivos opten por la aplicación de dicha regla.
- b) Cuando el montante total de las cuotas deducibles en un año natural por aplicación de la regla de prorrata general exceda en un 20 por 100 del que resultaría de aplicar la regla de prorrata especial.

Para el cálculo de la prorrata general el artículo 104 de la Ley establece que:

«Uno. En los casos de aplicación de la regla de prorrata general, solo será deducible el Impuesto soportado en cada período de liquidación en el porcentaje que resulte de lo dispuesto en el apartado dos siguiente.

Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior no se computarán en el Impuesto soportado las cuotas que no sean deducibles en virtud de lo dispuesto en los artículos 95 y 96 de esta Ley.

Dos. El porcentaje de deducción a que se refiere el apartado anterior se determinará multiplicando por cien el resultante de una fracción en la que figuren:

- 1.º En el numerador, el importe total, determinado para cada año natural, de las entregas de bienes y prestaciones de servicios que originen el derecho a la deducción, realizadas por el sujeto pasivo en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional o, en su caso, en el sector diferenciado que corresponda.
- 2.º En el denominador, el importe total, determinado para el mismo período de tiempo, de las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas por el sujeto pasivo en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional o, en su caso, en el sector diferenciado que corresponda, incluidas aquellas que no originen el derecho a deducir, incrementado en el importe total de las subvenciones que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 78, apartado dos, número 3.º de esta Ley, no integren la base imponible, siempre que las mismas se destinen a financiar actividades empresariales o profesionales del sujeto pasivo. Las referidas subvenciones se incluirán en el denominador de la prorrata en el ejercicio en que se perciban efectivamente, salvo las de capital, que se imputarán en la forma en que se indica en el párrafo siguiente. No se incluirán las citadas subvenciones en la medida en que estén relacionadas con las operaciones exentas o no sujetas que originen el derecho a la deducción. (...)».

En cuanto a la prorrata especial, el artículo 106, apartado uno, de la Ley, establece que:

«El ejercicio del derecho a deducir en la prorrata especial se ajustará a las siguientes reglas:

- 1.ª Las cuotas impositivas soportadas en la adquisición o importación de bienes o servicios utilizados exclusivamente en la realización de operaciones que originen el derecho a la deducción podrán deducirse íntegramente.

No obstante, en el caso de que tales operaciones se financien a través de subvenciones que, según lo previsto en el artículo 78, apartado dos, número 3.º de esta Ley, no integren la base imponible, se aplicará lo dispuesto en la regla 3.ª de este apartado.

- 2.ª Las cuotas impositivas soportadas en la adquisición o importación de bienes o servicios utilizados exclusivamente en la realización de operaciones que no originen el derecho a deducir no podrán ser objeto de deducción.
- 3.ª Las cuotas impositivas soportadas en la adquisición o importación de bienes o servicios utilizados solo en parte en la realización de operaciones que originen el derecho a la deducción podrán ser deducidas en la proporción resultante de aplicar al importe global de las mismas el porcentaje a que se refiere el artículo 104, apartado dos y siguientes.

La aplicación de dicho porcentaje se ajustará a las normas de procedimiento establecidas en el artículo 105 de esta Ley».

Por lo que en el supuesto planteado la entidad deberá realizar los cálculos pertinentes para determinar si puede o no aplicar la regla de prorrata general o, por el contrario, si rebasa los límites del artículo 103 debe aplicar la prorrata especial.

2. La sociedad realiza tanto adquisiciones intracomunitaria de bienes como importaciones.

Los bienes adquiridos a entidades residentes en otros países miembros se regulan en el artículo 13 de la LIVA. Así estarán sujetas al impuesto las adquisiciones intracomunitarias de bienes efectuadas a título oneroso por empresarios, profesionales o personas jurídicas que no actúen como tales cuando el transmitente sea un empresario o profesional.

En este tipo de operaciones el sujeto pasivo conforme al artículo 85 de la LIVA serán quienes las realicen de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la Ley, así mismo el artículo 84 de la LIVA determina que serán sujetos pasivos los empresarios o profesionales para quienes se realicen las operaciones sujetas a gravamen, si las entregas las realiza una persona o entidad no establecida en el territorio de aplicación del impuesto, estamos por tanto ante un supuesto de Inversión del Sujeto Pasivo.

Respecto al devengo del impuesto el artículo 76 de la LIVA determina que en las adquisiciones intracomunitarias de bienes, el Impuesto se devengará en el momento en que se consideren efectuadas las entregas de bienes similares, de conformidad con lo establecido en el artículo 75; este a su vez establece que el Impuesto se devengará, cuando tenga lugar la puesta a disposición del adquirente o, en su caso, cuando se efectúen conforme a la legislación que les sea aplicable.

La única diferencia entre las adquisiciones intracomunitarias y las adquisiciones interiores será pues la no aplicación del artículo 75. Dos respecto al pago anticipado anterior a la realización de la adquisición intracomunitarias.

En cuanto a la deducibilidad de las cuotas soportadas en las adquisiciones intracomunitarias de bienes el artículo 92. Uno 4.º en relación a las cuotas tributarias deducibles admite la deducción de las cuotas soportadas en las adquisiciones intracomunitarias de bienes definidas en los artículos 13, número 1.º, y 16 de la Ley, todo ello claro está en el marco de lo dispuesto en el artículo 94 de la LIVA.

Cabe por último destacar como elemento esencial en este tipo de operaciones la necesidad de determinar el lugar de realización del hecho imponible, a tal efecto el artículo 71 de la LIVA dispone, que las adquisiciones intracomunitarias de bienes se considerarán realizadas en el territorio de aplicación del impuesto cuando se encuentre en este territorio el lugar de la llegada de la expedición o transporte con destino al adquirente. Asimismo se considerarán realizadas en el territorio de aplicación del impuesto las adquisiciones intracomunitarias a que se refiere el artículo 13, número 1.º de la presente Ley cuando el adquirente haya comunicado al vendedor el número de identificación a efectos del IVA atribuido por la Administración española, en la medida que no hayan sido gravadas en el Estado miembro de llegada de la expedición o transporte.

En segundo lugar, respecto de la adquisición de bienes de terceros países la sociedad esta realizando importaciones de bienes.

En este tipo de operaciones el sujeto pasivo conforme al artículo 86 de la LIVA, serán quienes realizan las operaciones de importación. Así se considerarán importadores siempre que se cumplan en cada caso los requisitos previstos en la legislación aduanera:

- 1.º Los destinatarios de los bienes importados, sean adquirentes, cesionarios o propietarios de los mismos o bien consignatarios que actúen en nombre propio en la importación de dichos bienes.

(...).

En relación al devengo de las importaciones de bienes conforme al artículo 77 de la LIVA el mismo se producirá en el momento en que hubiera tenido lugar el devengo de los derechos de importación, de acuerdo con la legislación aduanera, independientemente de que dichas importaciones estén o no sujetas a los mencionados derechos.

La deducibilidad de las cuotas soportadas en las importaciones de bienes encuentran su regulación en el artículo 92.Uno 2.º de la LIVA, indicándose que los sujetos pasivos podrán deducir las cuotas del IVA devengadas en las operaciones gravadas que realicen en el interior de país y las que, devengadas en el mismo territorio, hayan soportado por repercusión directa o satisfecho en las siguientes operaciones:

- 1.º (...).

- 2.º Las importaciones de bienes.

En cuanto a los requisitos formales necesarios para la deducción de las cuotas soportadas en importaciones de bienes el artículo 97.Uno 3.º de la LIVA establece como documento justificativo el documento acreditativo del pago del impuesto a la importación.

En relación al momento en que se genera el derecho a la deducción de las cuotas soportadas en las importaciones de bienes el artículo 98.Dos determina que en las importaciones de bienes, el derecho a la deducción nace en el momento en que el sujeto pasivo efectúa el pago de las cuotas deducibles.

En el presente supuesto la sociedad adquiere recipientes, barriles, depósitos y envases de otro tipo y se ensamblan en nuestro país por lo que no se puede acoger a ninguna de las exenciones de las importaciones previstas en los artículos 27 a 67 de la LIVA. Por lo que estaremos en una operación sujeta y no exenta.

Para concluir, en lo que concierne al devengo de las ventas procedentes de los bienes importados, nos encontramos en una operación de carácter interno, esto es, dentro del territorio de aplicación del impuesto, por lo que le es aplicable el artículo 75 de la LIVA, produciéndose el devengo del impuesto cuando tenga lugar la puesta a disposición del adquirente, debiendo en ese momento repercutirse el impuesto.

PARTE 5.^a ASPECTOS RELATIVOS A ADUANAS E IMPUESTOS ESPECIALES

- 1.a) Nos encontramos ante un supuesto de importación, o de despacho a libre práctica como define el Reglamento (CE) 2913/92 del Consejo por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario en su artículo 79 que señala que el despacho a libre práctica confiere el estatuto aduanero de mercancía comunitaria a las mercancías procedentes de fuera del territorio aduanero.

Esta declaración de despacho a libre práctica dará nacimiento a una deuda aduanera conforme señala el propio Código en su artículo 201.

Por tanto, una vez determinado que va a devengarse la deuda aduanera es necesario determinar cuál va a ser la cuantía de la base imponible del impuesto aduanero. Para ello el artículo 28 del Código establece que será el valor en aduana sobre el que se aplique el arancel aduanero común, definiendo a continuación en el artículo 29 el concepto de valor en aduana.

Este viene constituido por valor de transacción es decir, el precio efectivamente pagado o por pagar por las mercancías cuando estas se vendan para su exportación con destino al territorio aduanero de la Comunidad, ajustado, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 32 y 33. En principio no existen datos en el supuesto que nos lleven a rechazar el valor de transacción como punto de partida para el valor en aduana por lo que será a continuación necesario determinar si procede alguno de los ajustes de los artículos enumerados, sobre el importe (x) de la factura con condiciones CIF Valencia.

Comenzando por los intereses (y) incluidos en la factura debemos acudir a lo enunciado en el artículo 33.c) que establece que no formarán parte del valor en aduana los intereses derivados de un acuerdo de financiación concertado por el comprador, relativo a la compra de las mercancías importadas. Como en el supuesto no se recoge mención alguna al tipo de interés aplicado hay que suponer que es el corriente para el momento de la transacción y por tanto estos intereses habrá que restarlos del valor de transacción para fijar el valor en aduanas.

Por su parte, y en lo que respecta a la comisión de venta del agente en España (z), el artículo 32.1 señala que se sumarán al precio efectivamente pagado o por pagar las comisiones y gastos de corretaje salvo las de compra, siempre que los soporte el comprador y no estén incluidos en el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías. En el supuesto que nos atañe, estamos ante una comisión que se podría pensar que habría que sumarla al precio para conocer dicho valor en aduanas, mas al estar ya incluida en el precio, no sería necesario efectuar ajuste alguno.

Como consecuencia de todas estas operaciones, el valor en aduanas fijado de manera definitiva sobre el que se aplicará el arancel será de $x-y$.

Junto a la deuda aduanera, hay que acudir a la Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido que establece en su artículo 77 que con el devengo de la deuda aduanera se devengará también el IVA a la importación.

Para el cálculo de su base imponible, el artículo 83 de la propia LIVA recoge que en las importaciones de bienes la base imponible resultará de adicionar al valor en aduana los impuestos,

derechos, exacciones y demás gravámenes que se devenguen fuera del territorio de aplicación del impuesto, así como los que se devenguen con motivo de la importación, con excepción del Impuesto sobre el Valor Añadido. Por tanto, para el cálculo de la base imponible del IVA a la importación habrá que sumarle al valor en aduanas (x-y) el importe del arancel devengado.

- b) El artículo 65.1 a) de la Ley 38/1992, de Impuestos Especiales (en adelante LIE), establece que está sujeta al Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte (IEDMT) la primera matriculación definitiva en España de vehículos automóviles, nuevos o usados, accionados a motor, para circular por vías y terrenos públicos.

En el propio artículo 65.1 se establecen los supuestos de no sujeción al impuesto, y en el artículo 66.1 los supuestos de exención.

En relación con los vehículos y maquinaria del supuesto la situación es la siguiente:

- A) De los datos del supuesto se deduce que la grúa automotriz precisa de autorización para circular por vías públicas, de lo contrario se habría señalado, como así se ha hecho en el caso de la pala cargadora de cadenas. Es decir, que la grúa ha de ser matriculada, pues eso es lo que le confiere autorización para circular por vías y terrenos públicos.

Pues bien, la matriculación de la grúa automotriz está no sujeta al IEDMT, al serle de aplicación alguno de los supuestos de no sujeción establecidos en los números 3.º o 6.º del artículo 65.1 a). Con los datos del supuesto no podemos precisar, al cien por cien, cual de los dos supuestos será de aplicación, aunque todo parece indicar que sea el 6.º y por él nos inclinamos. Es decir, consideramos que se trata de un vehículo especial.

En el número 3.º, se establece la no sujeción al impuesto de la matriculación de los vehículos que, objetivamente considerados, sean de exclusiva aplicación industrial, comercial, agraria, clínica o científica, siempre que sus modelos de serie o los vehículos individualmente hubieran sido debidamente homologados.

En el número 6.º, se establece la no sujeción al impuesto de la matriculación de los vehículos especiales a que se refiere el número 10 del anexo del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre el Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. Se refiere ese número 10 a los vehículos autopropulsados, concebidos y contruidos para realizar obras o servicios determinados y que, por sus características, están exceptuados de cumplir alguna de las condiciones técnicas exigidas reglamentariamente o sobrepasa permanentemente los límites establecidos para pesos y dimensiones.

- B) En relación con la pala cargadora de cadenas, en el propio enunciado se indica que no dispone de autorización para circular por vías públicas, es decir, que no está autorizada para ello (no dispone de matrícula), con lo que no va a darse el hecho imponible del IEDMT, que no es otro que la primera matriculación definitiva en España de determinados vehículos.

Normalmente este tipo de maquinaria es transportada, mediante camiones o vehículos especiales, hasta los lugares en los que va a desarrollar las obras o servicios que le son propios,

tales como explotaciones mineras, canteras, construcción o reparación de vías públicas, perforaciones, desmontes, demoliciones, etc.

C) Por último, y en relación con el microbús, cabe decir algo similar a lo ya señalado con la grúa. Es decir, se trata de un vehículo que ha de ser matriculado, para poder circular por vías y terrenos públicos, aunque tal matriculación no está sujeta al IEDMT, al serle de aplicación el artículo 65.1 a) 2.º de la LIE que establece la no sujeción al impuesto de la matriculación de autobuses, microbuses y demás vehículos aptos para el transporte colectivo de viajeros que tengan una capacidad que exceda de nueve plazas, incluida la del conductor.

c) El artículo 50.1 de la LIE fija dos tipos impositivos distintos para el gasóleo, en función del uso o destino del mismo.

Si se utiliza como combustible (es decir con fines de calefacción), en todo caso, o como carburante en los motores a que se refiere el artículo 54.2 de la LIE, se aplica el tipo impositivo reducido fijado en el epígrafe 1.4 (en la actualidad 78,71 € por cada mil litros).

Si se utiliza como carburante en los demás motores, le es de aplicación el tipo impositivo ordinario fijado en el epígrafe 1.3 (en la actualidad 278 € por cada mil litros).

El artículo 54.2 de la LIE establece que la utilización de gasóleo como carburante, con aplicación del tipo establecido en el epígrafe 1.4 de la tarifa 1.ª del impuesto, queda autorizada en todos los motores, excepto en los siguientes:

- Motores utilizados en la propulsión de artefactos o aparatos que hayan sido autorizados para circular por vías y terrenos públicos (es decir que dispongan de matrícula), aunque se trate de vehículos especiales (hay algunas excepciones que no vienen al caso, como es el caso de los tractores y la maquinaria agrícolas).
- Motores utilizados en la propulsión de artefactos o aparatos que, por sus características y configuración objetiva, sean susceptibles de ser autorizados para circular por vías y terrenos públicos como vehículos distintos de los vehículos especiales, aunque no hayan obtenido efectivamente tal autorización (es decir que los vehículos ordinarios, aunque no hayan sido matriculados, no pueden utilizar gasóleo bonificado).
- Motores utilizados en la propulsión de buques y embarcaciones de recreo.

En base a lo señalado, el gasóleo que podrán utilizar como carburante los motores de los vehículos del supuesto, será el siguiente:

A) Grúa automotriz. El motor que propulsa este vehículo, al estar matriculado y no serle de aplicación ninguna de las excepciones previstas en la LIE, solo puede utilizar gasóleo como carburante con aplicación del tipo impositivo ordinario.

Sin embargo, el motor que acciona la grúa, al disponer de un depósito de carburante propio e independiente del que alimenta al motor de propulsión del vehículo, puede utilizar como carburante gasóleo bonificado.

- B) Pala cargadora de cadenas. Por tratarse de un vehículo especial, o de un artefacto, que no dispone de autorización para circular por vías y terrenos públicos ni es susceptible de ser matriculado como vehículo ordinario, el motor de que está provisto puede utilizar gasóleo como carburante con aplicación del tipo reducido.
- C) Microbús. Dado que se trata de un vehículo ordinario, que además está matriculado, su motor solo puede utilizar gasóleo como carburante con aplicación del tipo impositivo ordinario.
- d) A tenor de lo dispuesto en el artículo 16.2 de la LIE, los productos objeto de impuestos especiales de fabricación con destino al ámbito territorial interno y procedentes de otro Estado miembro de la Unión Europea, circularán, con cumplimiento de los requisitos establecidos reglamentariamente, al amparo de alguno de los siguientes procedimientos.
- a) En régimen suspensivo con destino a una fábrica o un depósito fiscal.
 - b) En régimen suspensivo con destino al depósito de recepción de un operador registrado.
 - c) En régimen suspensivo con destino a un operador no registrado.
 - d) Fuera del régimen suspensivo, con destino a un receptor autorizado.
 - e) Fuera del régimen suspensivo, dentro del sistema de ventas a distancia.

Según el enunciado, la persona física del supuesto quiere adquirir 50 cajas de whisky, de 12 botellas cada una, a una destilería de Edimburgo. Se subraya la condición de persona física, dado que esto limita sus posibilidades de actuación.

Envíos en régimen suspensivo.

Esta es la primera de las posibilidades, dado que el expedidor del whisky (una destilería de Edimburgo) es un depositario autorizado, es decir, un empresario autorizado para almacenar, expedir y recibir, en régimen suspensivo, bebidas alcohólicas con destino tanto al propio Reino Unido como a cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea.

Los posibles destinatarios en España son, como se ha señalado, una fábrica de bebidas alcohólicas, un depósito fiscal, un depósito de recepción o un operador no registrado autorizado para recibir una determinada expedición de bebidas alcohólicas.

Del concepto legal y de las características de las fábricas de productos objeto de los impuestos especiales de fabricación, de los depósitos fiscales y de los depósitos de recepción, se deduce la condición de empresario de sus titulares.

En cuanto a los operadores no registrados, artículo 33.2 a) del Reglamento de los Impuestos Especiales les obliga a acreditar su condición empresarial, en el momento de presentar, ante la Oficina Gestora de Impuestos Especiales correspondiente, la solicitud de autorización de recepción que precisan para poder recibir una determinada expedición de productos de otro Estado miembro.

Por otra parte, el artículo 32.1 del Reglamento deja meridianamente claro que, en la circulación intracomunitaria en régimen suspensivo, los posibles destinatarios en España solo podrán recibirlos en la medida en que sean productos «propios de su actividad».

En consecuencia, la persona física del supuesto no podría, en nombre propio, recibir una expedición de whisky, en régimen suspensivo, procedente de una destilería escocesa.

Nada le impediría, sin embargo, ponerse en contacto con algún empresario español que fuera titular en España de alguna fábrica o un depósito fiscal o de algún depósito de recepción para que fuesen ellos, en tales establecimientos, quienes figurasen como destinatarios del envío.

En el caso de que las cajas de whisky se recibieran en una fábrica o un depósito fiscal españoles, la recepción se efectuaría en régimen suspensivo. El titular de la fábrica o depósito fiscal sería el encargado de devolver a la destilería el ejemplar número 3 del documento de acompañamiento, una vez diligenciado el certificado de recepción y visado por la Oficina Gestora de impuestos especiales correspondiente.

En el momento en que el whisky saliera de la fábrica o depósito fiscal de recepción, para ser entregado a la persona física del supuesto, verdadero destinatario de la mercancía, se produciría el devengo del impuesto especial. Sería sujeto pasivo de dicho impuesto el depositario autorizado titular de la fábrica o del depósito fiscal. Dicho sujeto pasivo debería repercutir las cuotas correspondientes sobre dicho destinatario, siendo aquel el encargado de efectuar su autoliquidación en los plazos y forma previstos reglamentariamente.

Las bebidas circularían, desde la fábrica o depósito fiscal hasta el domicilio de la persona física destinataria, con un albarán de circulación y las botellas de whisky deberían llevar adheridas las precintas fiscales establecidas en el artículo 26 del Reglamento de los Impuestos Especiales.

En el caso de que las cajas de whisky se recibieran en un depósito de recepción, el devengo del impuesto especial se produciría en el momento de la entrada de los productos en dicho establecimiento. El operador registrado, titular del depósito de recepción, sería el encargado de devolver a la destilería el ejemplar número 3 del documento de acompañamiento, una vez diligenciado el certificado de recepción y visado por la Oficina Gestora de impuestos especiales correspondiente.

Sería sujeto pasivo del impuesto especial el operador registrado. Las cuotas de dicho impuesto serían repercutidas por dicho operador sobre la persona física destinataria del whisky. El operador registrado sería el obligado a autoliquidar el impuesto en los plazos y forma previstos reglamentariamente.

Envíos fuera del régimen suspensivo.

Este régimen de circulación intracomunitario está previsto para cuando los productos a expedir ya han sido puestos a consumo en el Estado miembro de expedición y, por tanto, ya se ha devengado el impuesto especial vigente en el mismo.

Dentro de este régimen, como ya se ha señalado, caben dos posibilidades:

- Envíos garantizados: cuando el destinatario es un receptor autorizado.

- Ventas a distancia: cuando el destinatario es cualquier persona domiciliada en otro Estado miembro.

De la definición legal y reglamentaria de «receptor autorizado» se desprende que ha de tratarse de un empresario que lleve a cabo, de forma independiente, una actividad económica o bien un organismo de derecho público que lo destine a sus necesidades.

Por lo tanto, la persona física del supuesto, no puede utilizar este procedimiento.

Le queda solo el recurso al sistema de «ventas a distancia».

La LIE define las «ventas a distancia» como aquel sistema de circulación intracomunitaria de productos objeto de impuestos especiales por los que ya se ha devengado el impuesto en el Estado miembro de origen, con destino a cualquier persona domiciliada en otro Estado miembro, siempre que tales productos sean enviados o transportados, directa o indirectamente, por el vendedor o a cargo del mismo y que se cumplan las condiciones o requisitos que se establezcan reglamentariamente.

Para poder recurrir a este procedimiento, sería preciso que la destilería escocesa del enunciado, como cuestión previa, hubiese designado en España un representante fiscal y que este se hubiera inscrito como tal en la oficina gestora de impuestos especiales correspondiente a su domicilio fiscal, previa presentación de la correspondiente garantía (arts. 40.4 y 43.8 del Reglamento de los Impuestos Especiales).

El representante fiscal es definido en la LIE como la persona designada por un vendedor dentro del sistema de ventas a distancia, establecido en otro Estado miembro de la Unión Europea y autorizada por la Administración Tributaria española, previo cumplimiento de los requisitos establecidos reglamentariamente, para garantizar el pago, así como para efectuarlo posteriormente, en lugar del vendedor a distancia, de los impuestos especiales correspondientes a los productos enviados a España por el vendedor al que representa.

Para que la persona física de nuestro supuesto pudiese recibir las 50 cajas de whisky que pretende, el representante fiscal en España de la destilería escocesa debería obtener previamente la oportuna autorización de recepción (modelo 505) a que se refiere el artículo 33 del Reglamento de los Impuestos Especiales.

La circulación de las 50 cajas de whisky hasta el domicilio de la persona física de nuestro ejemplo, deberá ir amparada mediante un ejemplar de la autorización de recepción (artículo 39.4 del Reglamento).

Desde el momento de la salida de la destilería, las botellas de whisky deben llevar adheridas las marcas fiscales españolas [art. 26.10 b) del Reglamento de los Impuestos Especiales].

Según el artículo 7 de la LIE, en las ventas a distancia, el devengo del impuesto especial en España se producirá en el momento de la entrega de los productos al destinatario. El artículo 8 señala que será sujeto pasivo el representante fiscal del vendedor a distancia. Por tanto será dicho representante fiscal quien asuma todas las obligaciones formales y materiales en relación con el impuesto especial.

PARTE 6.^a ASPECTOS RELACIONADOS CON LOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN TRIBUTARIA

1. Para contestar a esta parte del dictamen se va a tener en cuenta, en esencia, lo previsto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT).

- Modelo 110 último período de 2004, con resultado negativo. Resulta aplicable el régimen sancionador. Se ha cometido la infracción tipificada en el artículo 198 LGT, infracción tributaria por no presentar en plazo autoliquidaciones sin que se produzca perjuicio económico. Se sancionaría con multa pecuniaria fija de 100 € (200 €, reducido a la mitad, puesto que se ha presentado fuera de plazo pero sin requerimiento previo de la Administración Tributaria).
- Declaración trimestral de IVA (modelo 300) del ejercicio 2003, con resultado a ingresar de 3.000 €. Resulta aplicable el régimen de recargos por extemporaneidad del artículo 27 de la LGT, lo que excluye la posibilidad de aplicar el régimen de infracciones y sanciones.

El fin del período voluntario previsto para presentar esta autoliquidación es el 30 de enero de 2004. Como el retraso es superior a 12 meses, se aplica un recargo del 20 por 100 sobre 3.000 €, más intereses de demora también sobre los 3.000 € (la magnitud resultante de la autoliquidación extemporánea) desde el 31 de enero de 2005 (esto es, desde el día siguiente al término de los 12 meses posteriores a la finalización del plazo establecido para la presentación) hasta el momento en que la autoliquidación o declaración se haya presentado (hasta el 31 de enero de 2006).

Podemos añadir (es una modificación introducida por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal), que este recargo del 20 por 100 sobre los 3.000 €, se reducirá en el 25 por 100 siempre que se realice el ingreso total del importe restante del recargo en el plazo del artículo 62.2 de esta Ley, abierto con la notificación de la liquidación de dicho recargo, y siempre que se realice el ingreso total del importe de la deuda resultante de la autoliquidación extemporánea al tiempo de su presentación o siempre que se realice el ingreso en el plazo o plazos fijados en el acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento de dicha deuda que la Administración Tributaria hubiera concedido con garantía de aval o certificado de seguro de caución y que el obligado al pago hubiera solicitado al tiempo de presentar la autoliquidación extemporánea.

El importe de esta reducción se exigirá sin más requisito que la notificación al interesado, cuando no se hayan realizado los ingresos a que nos hemos referido en el párrafo anterior en los plazos previstos, incluidos los correspondientes al acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento.

- Declaración trimestral de IVA, cuarto trimestre del ejercicio de 2005, con resultado a compensar. El plazo para la presentación de esta autoliquidación periódica finalizó el 30 de enero de 2006. Resulta aplicable el régimen sancionador. Se ha cometido la infracción tipificada en el artículo 198 de la LGT, infracción tributaria por no presentar en plazo autoliquidaciones sin que se produzca perjuicio económico. Se sancionaría con multa pecuniaria fija de 100 € (200 €, reducido a la mitad, puesto que se ha presentado fuera de plazo pero sin requerimiento previo de la Administración Tributaria).
- Declaración resumen-anual de IVA (modelo 390) del año 2005. El plazo para la presentación de esta declaración finalizó el 30 de enero de 2006. Resulta aplicable el régimen sancionador. Se

ha cometido la infracción tipificada en el artículo 198 de la LGT, infracción tributaria por no presentar en plazo autoliquidaciones sin que se produzca perjuicio económico. Como se trata de una declaración exigida con carácter general en cumplimiento de la obligación de suministro de información recogida en los artículos 93 y 94 de la LGT, la sanción consistirá en multa pecuniaria fija de 10 € por cada dato o conjunto de datos referidos a una misma persona o entidad que hubiera debido incluirse en la declaración con un mínimo de 150 € y un máximo de 10.000 € (20 € por dato, con los límites mínimo 300 € y máximo de 20.000 € reducidos a la mitad, al no haber existido requerimiento previo por parte de la Administración Tributaria).

- Solicitud de rectificación de la autoliquidación previamente presentada el 31 de enero de 2006 por IVA, cuarto trimestre del año 2005. La entidad al presentar la autoliquidación extemporánea optó por la compensación. Ahora pretende modificar esta opción, solicitando la devolución. No es posible y la Administración Tributaria desestimará la solicitud de rectificación de la autoliquidación puesto que, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 119.3 de la LGT, las opciones que según la normativa tributaria se deban ejercitar, solicitar o renunciar con la presentación de una declaración no podrán rectificarse con posterioridad a ese momento, salvo que la rectificación se hubiere presentado dentro el período reglamentario de declaración (en términos similares, arts. 115 de la LIVA y 71 del RIVA). En el mismo sentido, contestación a consulta n.º 989/2003 de la Dirección General de Tributos de fecha 15 de julio de 2003.

2. Notificada la liquidación provisional con fecha 10 de marzo de 2006, el período voluntario de pago abarca, según el artículo 62.2 de la LGT, hasta el 20 de abril o inmediato hábil posterior.

Asimismo, notificada la liquidación provisional, se abre el plazo para la interposición del recurso potestativo de reposición o de reclamación económico-administrativa (el plazo es de un mes, contado a partir del día siguiente al de la notificación del acto recurrible, arts. 223 y 235 de la LGT). Pues bien, notificada la liquidación con fecha 10 de marzo de 2006, el plazo para interponer recurso de reposición contra la misma concluye el 10 de abril de 2006, siendo ya extemporáneo el recurso si se interpusiese el día 11 de abril (doctrina reiterada del Tribunal Económico-Administrativo Central en cuanto a las normas sobre el cómputo de los plazos para interponer recursos y reclamaciones). Consecuentemente, cuando el obligado tributario deduce el recurso contra la anterior liquidación con fecha 28 de julio de 2006, los órganos de gestión tributaria lo desestimaron por extemporaneidad.

Sin perjuicio de lo anterior, cabría la posibilidad de acudir a los procedimientos especiales de revisión. Así, el artículo 221.3 de la LGT establece que cuando el acto de aplicación de los tributos o de imposición de sanciones en virtud del cual se realizó el ingreso indebido hubiera adquirido firmeza (tal como acontece en el caso aquí examinado), únicamente se podrá solicitar la devolución del ingreso indebido instando o promoviendo la revisión del acto de liquidación mediante el recurso extraordinario de revisión regulado en el artículo 244 de la LGT o mediante los procedimientos de revisión de actos nulos de pleno derecho, de revocación o de rectificación de errores.

En el supuesto planteado, el hecho de que el INSS declare improcedente la percepción de determinadas rentas, ordenando su reintegro, no se encuentra contemplado dentro de ninguna de las causas tasadas que pueden provocar la nulidad de pleno derecho de acuerdo con el artículo 217 de la LGT.

Debemos descartar también que estemos ante un supuesto de error material, aritmético o de hecho, en los términos del artículo 220 de la LGT.

En cambio, sí podríamos estar ante uno de los supuestos que permiten que los órganos de gestión inicien de oficio el procedimiento especial de revocación, sin perjuicio de que el interesado puedan promover su iniciación mediante un escrito que dirigirán al órgano que dictó el acto, (según el art. 219 de la LGT, hay circunstancias sobrevenidas que afectando a una situación jurídica particular ponen de manifiesto la improcedencia del acto dictado).

La revocación solo será posible mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción.

También podría el obligado tributario para lograr la devolución del ingreso indebido (efectuado en virtud de un acto que ha devenido firme) interponer el recurso extraordinario de revisión. Así, el artículo 244 de la LGT prevé que el recurso extraordinario de revisión podrá interponerse por los interesados contra los actos firmes de la Administración Tributaria cuando, entre otras, concorra alguna de las siguientes circunstancias: que aparezcan documentos de valor esencial para la decisión del asunto que fueran posteriores al acto o resolución recurridos o de imposible aportación al tiempo de dictarse los mismos y que evidencien el error cometido. Ese documento posterior en nuestro caso lo sería el acuerdo de 12 de julio de 2006 del INSS. En este caso, el plazo para interponer el recurso es más breve: tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos.

PARTE 7.^a ASPECTOS RELACIONADOS CON LOS PROCEDIMIENTOS DE INSPECCIÓN DE TRIBUTOS

Para contestar a esta parte del dictamen se va a tener en cuenta, en esencia, lo previsto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y en el Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos (en adelante RGIT).

- a) La posibilidad de ampliar el plazo de duración de las actuaciones inspectoras está prevista en el artículo 150 de la LGT, que encuentra su desarrollo reglamentario en el actual artículo 31 ter del RGIT.

Así, dispone el citado artículo 150 de la Ley 58/2003 que, en principio y como norma general, las actuaciones del procedimiento de inspección deberán concluir en el plazo de 12 meses contado desde la fecha de notificación al obligado tributario del inicio del mismo. No obstante, podrá ampliarse dicho plazo, con el alcance y requisitos que reglamentariamente se determinen, por otro período que no podrá exceder de 12 meses (y no los otros quince meses que pretende en el supuesto planteado la Inspección), cuando en las actuaciones concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- Cuando revistan especial complejidad. Se entenderá que concurre esta circunstancia atendiendo al volumen de operaciones de la persona o entidad, la dispersión geográfica de sus actividades, su tributación en régimen de consolidación fiscal o en régimen de transparencia fiscal internacional y en aquellos otros supuestos establecidos reglamentariamente.
- O cuando en el transcurso de las mismas se descubra que el obligado tributario ha ocultado a la Administración Tributaria alguna de las actividades empresariales o profesionales que realice.

Los acuerdos de ampliación del plazo legalmente previsto serán, en todo caso, motivados, con referencia a los hechos y fundamentos de derecho.

Por su parte, el artículo 31 ter del Reglamento de Inspección especifica que el plazo, previo acuerdo del Inspector-Jefe, podrá ampliarse por un plazo no superior al inicialmente previsto, cuando concurra, en cualquiera de los ejercicios o tributos a que se refiere la actuación, alguna de las siguientes circunstancias:

1. Que se trate de actuaciones que revistan especial complejidad.

No es este el motivo que aquí se invoca para motivar la ampliación.

2. O cuando en el transcurso de las mismas se descubra que el contribuyente ha ocultado a la Administración Tributaria alguna de las actividades, empresariales o profesionales, que realice.

A estos efectos, precisa el Reglamento, que podrá considerarse que el contribuyente ha ocultado a la Administración Tributaria alguna de las actividades empresariales o profesionales que realiza, cuando la Inspección disponga de datos que pongan de manifiesto la realización por el obligado tributario de cualquier actividad empresarial o profesional respecto de la que no presentó declaración, o de actividades empresariales o profesionales distintas de las declaradas por el mismo.

Se considerará como actividad distinta de la declarada, aquella que hubiera dado lugar a la tributación por el Impuesto sobre Actividades Económicas en grupo distinto a aquel que corresponda al del epígrafe en que se encuentra dado de alta el contribuyente, o cuando se desarrolle la actividad descubierta en una unidad de local no declarada a efectos de dicho impuesto, así como cuando la actividad hubiera dado lugar a la inscripción en un Código de actividad y de establecimiento en el ámbito de los Impuestos Especiales, distinto de aquel en que se encuentre dado de alta el obligado tributario.

A efectos de la ampliación del plazo de duración de las actuaciones de comprobación e investigación, la apreciación de la concurrencia de alguna de las circunstancias mencionadas en los apartados anteriores se realizará por el funcionario, equipo o unidad que está desarrollando la actuación de que se trate. La propuesta de ampliación se dirigirá por escrito al Inspector-Jefe, ponderando la importancia de las circunstancias reseñadas en orden a la necesidad de ampliar el plazo. Cuando sea el Inspector-Jefe el que aprecie la concurrencia de dichas circunstancias, dictará acuerdo en tal sentido. En ambos casos, se concederá al interesado, previamente, un plazo de diez días para que alegue lo que considere oportuno.

El artículo 31 ter del RGIT termina añadiendo que el acuerdo de ampliación del Inspector-Jefe no podrá dictarse en tanto no hayan transcurrido al menos seis meses desde el inicio de las actuaciones, al objeto de que, durante dicho plazo, pueda apreciarse la necesidad de ampliar su duración. A estos efectos, no se tomarán en consideración las interrupciones justificadas ni las dilaciones imputables al interesado que concurran en la actuación.

Consecuentemente, podemos concluir que el acuerdo de ampliación del plazo de duración de las actuaciones inspectoras adolece de los siguientes defectos:

- El plazo máximo por el que se puede acordar la ampliación son otros 12 meses, y no quince meses más.
- Se ha prescindido del trámite de alegaciones al interesado con carácter previo a acordar la ampliación (lo cual podría generar indefensión).
- Tampoco se ha respetado el plazo de seis meses que debe transcurrir desde el inicio de las actuaciones (se iniciaron el 6 de julio de 2005 y el acuerdo de ampliación se notifica el 10 de noviembre de ese mismo año).
- No concurre ninguno de los supuestos que habilitan la ampliación. Las actuaciones inspectoras no reviste especial complejidad y el obligado tributario no ha ocultado a la Administración Tributaria alguna de las actividades que realiza, simplemente ha ocultado los ingresos correspondientes a una de las promociones de viviendas que desarrolla, lo que puede provocar la aplicación del régimen de infracciones y sanciones, pero no, como decimos, la ampliación del plazo de duración.

No obstante lo anterior, el obligado tributario interesado no puede interponer recurso de reposición ni reclamación económico-administrativa contra el acuerdo de ampliación, puesto que se trata de un acto de mero trámite, sin perjuicio de que se pueda plantear la procedencia o improcedencia de la ampliación del plazo, con ocasión de los recursos y reclamaciones que, en su caso, se interpongan contra la liquidación que ponga fin al procedimiento inspector. Por lo tanto, el recurso debería ser declarado inadmisibile, porque se dirige contra un acto no impugnabile (arts. 222, 226 y 227 de la LGT).

Además podemos añadir que, si con ocasión del recurso o la reclamación deducidos frente a la liquidación, se declarara la improcedencia de la ampliación acordada por la Inspección, la consecuencia jurídico-tributaria no sería la caducidad, como pretende el interesado (ya que la caducidad no existe en el procedimiento inspector, según el art. 150 de la LGT) sino que la consecuencia sería que se habría superado el plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras, con los efectos que prevé el artículo 150 de la LGT y que veremos a continuación.

b) Así, si finalmente se supera el plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras, los efectos y las consecuencias de índole jurídico-tributaria serían los siguientes, según dispone el citado artículo 150 de la LGT:

- No se produce la caducidad del procedimiento inspector, que continuará hasta su terminación.
- No se considerará interrumpida la prescripción como consecuencia de las actuaciones inspectoras desarrolladas. En tal caso, volverá a quedar interrumpida la prescripción por la realización de actuaciones con posterioridad a la finalización del plazo máximo, teniendo el obligado tributario derecho a ser informado sobre los conceptos y periodos a que alcanzan las actuaciones que vayan a realizarse.
- Tendrán el carácter de espontáneos los ingresos realizados desde el inicio del procedimiento hasta la primera actuación practicada con posterioridad al incumplimiento del

plazo máximo de duración del procedimiento y que hayan sido imputados por el obligado tributario al tributo y período objeto de las actuaciones inspectoras. En tal caso, resultará aplicable el régimen de recargos por extemporaneidad previsto en el artículo 27 de la LGT, sin que proceda la imposición de sanciones.

- Respecto de las obligaciones tributarias que se puedan regularizar, no se exigirán intereses de demora desde que se produzca el incumplimiento del plazo máximo de duración hasta la finalización efectiva del procedimiento.

PARTE 8.^a ASPECTOS RELACIONADOS CON LOS PROCEDIMIENTOS DE RECAUDACIÓN TRIBUTARIA

La regulación esencial para resolver el presente supuesto la encontramos en la LGT, así como en el RGR, aprobado mediante el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio.

PROCEDIMIENTO DE EMBARGO

En primer lugar, el artículo 167 de la LGT establece lo siguiente:

1. El procedimiento de apremio se iniciará mediante providencia notificada al obligado tributario en la que se identificará la deuda pendiente, se liquidarán los recargos a los que se refiere el artículo 28 de la ley y se le requerirá para que efectúe el pago.
2. La providencia de apremio será título suficiente para iniciar el procedimiento de apremio y tendrá la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial para proceder contra los bienes y derechos de los obligados tributarios.

En segundo lugar, y de conformidad con lo establecido en el artículo 169 de la LGT, los bienes del deudor se embargarán en el siguiente orden:

- a) Dinero efectivo o cuentas abiertas en entidades de crédito.
 - b) Créditos, efectos, valores y derechos realizables a corto plazo.
 - c) Sueldos, salarios y pensiones
 - d) Bienes inmuebles.
- (...).

Pues bien, en el supuesto que nos plantea el presente dictamen se indica expresamente que el inmueble embargado era el único bien conocido de la entidad, por lo que se ha cumplido el orden establecido legalmente respecto de los bienes a embargar del artículo 169 de la LGT, toda vez, que no existían bienes con orden anterior susceptibles de embargo.

A continuación, el supuesto nos indica la siguiente información: existe un juicio ejecutivo ordinario que se inició el 2 de enero de 2004, notificándose como fecha de subasta el 20 de diciembre de 2006. Este embargo está anotado en el registro de la propiedad con la letra A.

La diligencia de embargo de la AEAT se dictó el día 20 de julio de 2006, siendo notificada al deudor el día 22 del mismo mes, procediéndose con posterioridad a la anotación en el registro de la propiedad. Dado que existía una anotación anterior a favor de una entidad financiera se anotó el embargo con la letra B por parte del Registrador.

Con posterioridad, con letra de inscripción registral C, se ha procedido a una anotación de embargo por el Juzgado de lo Social como consecuencia, del impago del salario, correspondiente a los trabajadores de la entidad por importe de 20.000 €, correspondiendo su cuantía a los últimos 30 días de trabajo desempeñado e importe de 2 veces el salario mínimo interprofesional.

En relación a la diligencia de embargo y su posterior anotación en el registro de la propiedad, el artículo 170 de la LGT, dispone lo siguiente:

1. Cada actuación de embargo se documentará en diligencia, que se notificará a la persona con la que se entienda dicha actuación.

Efectuado el embargo de los bienes o derechos, la diligencia se notificará al obligado tributario y, en su caso, al tercero titular, poseedor o depositario de los bienes si no se hubiesen llevado a cabo con ellos las actuaciones, así como al cónyuge del obligado tributario cuando los bienes embargados sean gananciales y a los condueños o cotitulares de los mismos.

2. Si los bienes embargados fueran inscribibles en un registro público, la Administración Tributaria tendrá derecho a que se practique anotación preventiva de embargo en el registro correspondiente. A tal efecto, el órgano competente expedirá mandamiento, con el mismo valor que si se tratara de mandamiento judicial de embargo, solicitándose, asimismo, que se emita certificación de las cargas que figuren en el registro. El registrador hará constar por nota al margen de la anotación de embargo la expedición de esta certificación, expresando su fecha y el procedimiento al que se refiera.

En ese caso, el embargo se notificará a los titulares de cargas posteriores a la anotación de embargo y anteriores a la nota marginal de expedición de la certificación.

La anotación preventiva así practicada no alterará la prelación que para el cobro de los créditos tributarios establece el artículo 77 de esta ley, siempre que se ejercite la tercería de mejor derecho. En caso contrario, prevalecerá el orden registral de las anotaciones de embargo.

(...).

Pues bien de los anteriores hechos hay que distinguir dos elementos sustancialmente diferentes, por un lado la preferencia para la ejecución de los bienes embargados y, por otro lado, la preferencia para el cobro de los débitos pendientes.

En primer lugar, en relación a la preferencia para la ejecución cuando concurren varios procedimientos de forma simultánea hay que indicar lo siguiente:

El artículo 164 de la LGT referente a la concurrencia de procedimientos, dispone:

1. Sin perjuicio del respeto al orden de prelación que para el cobro de los créditos viene establecido por la ley en atención a su naturaleza, en caso de concurrencia del procedimiento de apremio para la recaudación de los tributos con otros procedimientos de ejecución, ya sean

singulares o universales, judiciales o no judiciales, la preferencia para la ejecución de los bienes trabados en el procedimiento vendrá determinada con arreglo a las siguientes reglas:

- a) Cuando concurra con otros procesos o procedimientos singulares de ejecución, el procedimiento de apremio será preferente si el embargo efectuado en el curso del procedimiento de apremio es el más antiguo. A estos efectos se estará a la fecha de la diligencia de embargo del bien o derecho.
 - b) Cuando concurra con otros procesos o procedimientos concursales o universales de ejecución, el procedimiento de apremio será preferente para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo, siempre que la providencia de apremio se hubiera dictado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso.
- (...).

De la misma forma se pronuncia el artículo 77 del RGR, en relación al procedimiento de embargo.

En el presente supuesto el embargo de la entidad financiera tiene fecha de 2 de enero de 2004, en tanto que la diligencia de embargo de la AEAT, es de fecha 20 de julio de 2006, por lo que la preferencia para la ejecución le corresponde al juzgado que lleva a cabo el juicio ejecutivo respecto de los créditos comerciales impagados.

Otro aspecto muy diferente es la preferencia o prelación para el cobro de las deudas pendientes como consecuencia de las rentas obtenidas en la enajenación del inmueble, a estos efectos debemos de considerar lo siguiente:

En primer lugar, el artículo 77.1 de la LGT dispone que:

1. La Hacienda pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de esta ley.

En segundo lugar el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, en relación a las garantías del salario, dispone lo siguiente:

1. Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque este se encuentre garantizado por prenda o hipoteca.
2. Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.
3. Los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mini-

mo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que estos, con arreglo a la Ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo.

4. Las preferencias reconocidas en los números precedentes serán aplicación tanto en el supuesto de que el empresario haya iniciado un procedimiento concursal, como en cualquier otro en el que concurra con otro u otros créditos sobre bienes del empresario.
5. Las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los créditos a los que se refiere este artículo no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal.
6. El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos.

Por otro lado, el artículo 169.2 de la LGT especifica que la anotación preventiva practicada no alterará la prelación que para el cobro de los créditos tributarios establece el artículo 77 de esta ley, siempre que se ejercite la tercería de mejor derecho. En caso contrario, prevalecerá el orden registral de las anotaciones de embargo.

De la conjunción de los anteriores preceptos podemos indicar, que la preferencia para la ejecución del bien le corresponde al Juzgado por el juicio ejecutivo iniciado, el cual una vez realizada la enajenación deberá entregar la parte obtenida en primer lugar al Juzgado de lo Social, ya que la cantidad reclamada tiene privilegio absoluto sobre el resto de acreedores conforme al artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores; posteriormente, previa la interposición de la tercería de mejor derecho por parte de la AEAT si existiera sobrante una vez satisfechos los créditos salariales, deberá entregarse (el importe obtenido) a la AEAT.

Por último, una vez satisfechos ambos créditos, si aún existiera sobrante esta cantidad se aplicaría al crédito pendiente por el juicio ejecutivo ordinario.

En el caso de que la AEAT no interpusiese la tercería de mejor derecho, la entidad de crédito tendría preferencia para el cobro de la deuda respecto a la AEAT, según se desprende del artículo 169.2 *in fine* de la LGT.

PROCEDIMIENTO DE TERCERÍAS

Respecto a la tercería de mejor derecho le es aplicable la siguiente normativa:

- i) El artículo 64 del RGR respecto al Derecho de prelación dispone lo siguiente:

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, cuando existan anotaciones de embargo en los Registros de la Propiedad y de Bienes Muebles, practicadas con anterioridad a la del crédito de la Hacienda

pública sobre unos mismos bienes embargados, el órgano de recaudación podrá elevar al órgano competente el expediente a efectos de acordar, si procede, el ejercicio de la acción de tercería de mejor derecho en defensa de los intereses de la Hacienda pública, previo informe del órgano con funciones de asesoramiento jurídico.

2. Cuando en los mencionados registros consten derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación de embargo a favor de la Hacienda pública, y existiesen indicios de que dichas inscripciones o anotaciones pudiesen ser consecuencia de actuaciones realizadas en perjuicio de los derechos de la Hacienda pública, se trasladará copia de la documentación al órgano con funciones de asesoramiento jurídico correspondiente, al efecto de determinar la procedencia, en su caso, de ejercer acciones legales en defensa del crédito público.
- ii) La regulación de las tercerías en materia tributaria en cuanto al procedimiento y ámbito de aplicación se regula específicamente en los artículos 117 a 123 del RGR, en resumen de los mismos podemos indicar lo siguiente:

- a. Respecto de las tercerías a favor de la Hacienda pública.

Cuando al efectuarse el embargo de bienes se compruebe que estos ya han sido embargados en el seno de otro procedimiento ejecutivo, judicial o administrativo, se informará al órgano competente con el detalle necesario para que este lo comunique al órgano con funciones de asesoramiento jurídico, a fin de que, si se estima procedente, se ejerciten las acciones pertinentes en defensa del mejor derecho de la Hacienda pública.

- b. Respecto de las Actuaciones de la Hacienda pública en procedimientos concursales y en otros procedimientos de ejecución.

1. Cuando los derechos de la Hacienda pública hayan de ejercerse ante los órganos judiciales, esta iniciará el proceso correspondiente o se personará en el proceso ya iniciado conforme a la normativa legal que resulte de aplicación.
2. Los órganos de recaudación competentes podrán solicitar de los órganos judiciales la información sobre los procedimientos que puedan afectar a los derechos de la Hacienda pública cuando dicha información no este disponible a través de la representación procesal. Asimismo, podrán solicitar información a tal efecto de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera y demás órganos de recaudación sobre créditos pendientes de cobro.

3. Los órganos de recaudación remitirán al órgano con funciones de asesoramiento jurídico los documentos necesarios para la defensa de los derechos de la Hacienda pública.

Los créditos de la Hacienda pública quedarán justificados mediante certificación expedida por el órgano competente.

4. Lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación, con las especialidades adecuadas a cada caso, a cualquier procedimiento no judicial de ejecución de bienes en que resulten afectados los derechos de la Hacienda pública.

ACCIONES CIVILES Y PENALES

Acciones civiles

Determinadas conductas de los deudores a la Hacienda pública hacen insuficientes los procedimientos administrativos de prevención del fraude, así como la gestión de las deudas tanto en período voluntario como en período ejecutivo.

Por ello, los órganos de recaudación se ven en la necesidad de acudir al orden jurisdiccional civil y penal, en busca de la defensa de los intereses generales.

Estas actuaciones defraudatorias son de muy diversos tipos: dispersión geográfica, administración de hecho, simulación, fraude de ley, etc., si bien todas estas prácticas tienen un elemento común, la finalidad última de las mismas es un vaciamiento patrimonial, que haga inútiles los esfuerzos de los órganos recaudatorios para el cobro de la deuda pendiente.

El RGR en su artículo 165.2 dispone que la declaración de crédito incobrable en la vía administrativa, no impide el ejercicio por la Hacienda pública de las acciones que puedan ejercitarse con arreglo a las leyes contra quien proceda, en tanto no se extinga la acción administrativa para su cobro. Es decir, se podrá exigir en vía judicial el importe de las deudas pendientes, en tanto no haya prescrito la acción administrativa, conforme a lo establecido en los artículos 66 y siguientes de la LGT.

Las actuaciones en vía jurisdiccional las podemos clasificar en actuaciones de carácter Civil y actuaciones de carácter Penal.

El fundamento de las acciones civiles está en los artículos 8 a 11 de la Ley General Presupuestaria, estableciéndose que los actos en perjuicio de la Hacienda Pública serán rescindibles según las normas de Derecho Común.

Dentro de las actuaciones de carácter civil a su vez podemos distinguir las siguientes acciones:

- Acción Revocatoria o Pauliana.
- Acción Subrogatoria.
- Acción de nulidad por Simulación.
- Levantamiento del velo.

Dentro de las actuaciones de carácter penal a su vez podemos mencionar como causa más común el delito de alzamiento de bienes.

- En relación con el ejercicio de este tipo de acciones judiciales, los criterios generales establecidos se determinan en la Resolución de 7 de marzo de 1991 de la Secretaría General de Hacienda.

Analizando brevemente las acciones civiles podemos indicar lo siguiente:

La acción revocatoria o pauliana

La regulación legal la encontramos en el Código Civil artículos 1.111 y 1.291.3. La acción revocatoria tiene por objeto la declaración de invalidez de aquellos negocios jurídicos inicialmente

válidos pero que cuando se realizaron pretendían la ineficacia de la responsabilidad patrimonial del deudor, siempre que el acreedor no pueda obtener satisfacción de su crédito por otra vía.

El artículo 1.111 del Código Civil establece que «los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se le debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de este con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho».

Por otra parte el artículo 1.291.3 del citado texto referente a la rescisión de los contratos, establece que son rescindibles los contratos celebrados en fraude de acreedores, cuando estos no puedan, de otro modo, cobrar lo que se les deba.

Los requisitos para su aplicación son los siguientes:

- a) Existencia de un crédito anterior a favor de una persona y en contra de otra. La jurisprudencia ha venido reconociendo que no es necesario que el crédito sea líquido, sino que bastará con que sea conocido y ha de tener próxima y segura existencia.
- b) Que haya ánimo de perjudicar al acreedor. A estos efectos el artículo 1.297 del Código Civil indica que se presumen celebrados en fraude de acreedores, todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito.
- c) Asimismo, se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes.
- d) Es necesario que se dé subsidiariedad, es decir, que se carezca de otro recurso legal para obtener la reparación de las cantidades debidas. Se trata pues de una responsabilidad de carácter subsidiaria que precisa una declaración previa de fallido del deudor principal y el responsable solidario.
- e) Los bienes no pueden hallarse en poder de un tercero de buena fe, en caso contrario la devolución del bien se transforma en una obligación de indemnizar por el valor del mismo.
- f) El plazo para ejercitar la acción revocatoria es de 4 años, siendo este plazo de caducidad, transcurrido dicho plazo no podrá ejercitarse esta acción, el plazo contará desde la declaración de fallido del deudor principal.

La acción subrogatoria

La regulación la encontramos en el artículo 1.111 del Código Civil. El objeto de esta acción es ejercitar los derechos del deudor, que este no ejercita, lo que permitiría aumentar su patrimonio, y así resarcirse por las deudas pendientes, por lo tanto la falta de ejercicio del deudor perjudica a sus acreedores.

La acción de nulidad por simulación

Los artículos 1.261, 1.275 y 1.276 del Código Civil recogen el fundamento normativo de esta acción.

El artículo 1.275 establece que los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.

El artículo 1.276 indica que la expresión de una causa falsa en los contrato dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera o lícita.

La simulación así, la podemos definir como una declaración de voluntad no real que se emite conscientemente y con acuerdo entre las partes intervinientes para crear la apariencia de negocio jurídico que no existe, para hacer figurar uno que es distinto del realmente celebrado. La simulación tiene como consecuencia la nulidad de pleno derecho del negocio simulado por falta de una causa negocial verdadera y lícita.

El propio artículo 1.277 establece que aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario, por lo que, corresponderá a la administración la demostración de la inexistencia o nulidad de la causa para poder aplicar esta figura.

Esta figura se recoge también en la propia LGT en el artículo 16:

1. En los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes.
2. La existencia de simulación será declarada por la Administración Tributaria en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios.
3. En la regularización que proceda como consecuencia de la existencia de simulación se exigirán los intereses de demora y, en su caso, la sanción pertinente.

Por lo que se podrá actuar bien por vía administrativa, bien por vía jurisdiccional contra esta práctica defraudatoria.

Levantamiento del velo

La doctrina del levantamiento del velo tiene su origen en el derecho anglosajón, y parte de la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica amparándose en ella para ocultar el patrimonio, así como para esquivar la responsabilidad.

Esta figura busca remover los obstáculos que se introducen para dificultar el cobro de los créditos pendientes, de tal forma que se trata de probar que la personalidad jurídica no tiene independencia del deudor y que se ha constituido para hacer ineficaz la gestión del cobro por los órganos de recaudación, vulnerando con ello lo establecido en el artículo 1.911 del Código Civil.

Sin embargo los Tribunales son muy rigurosos en la aplicación de esta figura, puesto que su ejecución desvirtúa la personalidad jurídica, introduciendo con ello cierta inseguridad en los accionistas de las entidades, por lo que solo será aplicable cuando exista abuso de las formas jurídicas para producir un daño ajeno.

Recientemente la Ley de Prevención del Fraude Ley 36/2006, de 29 de noviembre, ha introducido esta figura en el ámbito administrativo en el artículo 43.1 g) y h) de la LGT.

El ejercicio de esta acción tendrá carácter de subsidiario, por lo que se necesitará la previa declaración de fallido del deudor principal y de los responsables solidarios.

Acciones penales: el delito de alzamiento de bienes

El delito de alzamiento de bienes se encuentra regulado en el artículo 257 del Código Penal entre las insolvencias punibles.

El delito de alzamiento de bienes supone, la ocultación del patrimonio, o la salida de bienes del patrimonio del deudor, con la intención de hacer inútiles las actuaciones de los acreedores tendientes a recuperar sus créditos.

Los elementos que configuran el alzamiento de bienes son los siguientes:

- a) Es un tipo penal de actividad, pues basta con una insolvencia parcial para poder ejercitar acciones de cobro mediante acciones penales.
- b) Han de existir créditos, generalmente líquidos, contra el sujeto activo.
- c) No obstante a lo anterior, la doctrina ha venido determinando que no se exige que el crédito sea vencido y líquido, bastará que se haya iniciado un procedimiento ejecutivo o que este sea de previsible iniciación.
- d) Se requiere un elemento activo con el fin de destruir, enajenar, ocultar o transformar el bien o derecho con el objeto, de perjudicar al acreedor, este requisito debe ser probado por este último.
- e) Además se necesita un elemento subjetivo consistente en el dolo específico de defraudar. Esta intencionalidad es un elemento esencial para poder exigir esta vía penal, por lo que deberán acreditarse los hechos.
- f) La consecuencia final de todos estos elementos es la de provocar una pérdida de solvencia del deudor o una dificultad en el cobro de los créditos por parte del acreedor.

La presencia de *Consilium fraudis* (participación de los adquirentes de los bienes en la operación fraudulenta que motivó la acción penal) es un elemento muy importante en las acciones penales, por lo que, junto a la acción penal, es necesario que se inste la responsabilidad civil, con ello se conseguirá que bienes suficientes vuelvan al patrimonio del deudor a los efectos de que este sea solvente para afrontar el pago de las deudas pendientes, de lo contrario, la protección que los adquirentes de buena fe y justo título ostentan por adquisiciones a título oneroso conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria hará inútil el reconocimiento de la acción penal, pues esta no podrá declarar la nulidad del negocio originario y por lo tanto no habrá bienes bastantes que permitan satisfacer las deudas pendientes con el acreedor.

Por último, no debemos olvidar debido a la cuantía del acta incoada –600.000 €– la posibilidad de que el contribuyente incurriese en un delito contra la Hacienda pública. Así, en su artículo 305, el Código Penal recoge la responsabilidad de aquellos que por acción u omisión defrauden a la Hacienda pública, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran tenido que retener e ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones, ingresos a cuenta, de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 120.000 €, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

En el caso planteado, la sociedad deudora transmitió como aportación no dineraria a otra sociedad de responsabilidad limitada de reciente constitución dos inmuebles valorados en 6.000.000 €. Posteriormente, la sociedad deudora enajenó las acciones a la persona física del supuesto a un precio inferior a la aportación y aplazado a fecha de 20 de febrero de 2015.

De aquí se desprende claramente un fraude de acreedores, toda vez que lo que ha producido es un vaciado patrimonial de la entidad deudora –por la vía de la aportación no dineraria– y posteriormente la transmisión del patrimonio de esta a precio inferior, y de forma diferida, al administrador de la deudora, consiguiendo con ello que resulte infructuosa la actuación recaudatoria.

Contra esta actuación se podría intentar una acción revocatoria o pauliana de la primera transmisión, la cual, claramente se hizo en fraude de acreedores, mediante la creación de una entidad *ad hoc*.

La otra posibilidad vendría a través de la acción penal, por delito de alzamiento de bienes de la entidad, pues cumple con los requisitos descritos en el artículo 257 del Código Penal.

Responsabilidad tributaria.

Por último, debemos analizar la posible existencia de responsabilidad por parte del administrador de la sociedad, persona física, por las deudas pendientes de cobro por la persona jurídica.

Respecto a la responsabilidad en la que podría incurrir el administrador de la entidad esta podría ser de dos tipos: solidaria y subsidiaria.

Respecto a la responsabilidad solidaria el artículo 42 de la LGT determina que serán responsables solidarios de la deuda tributaria pendiente las siguientes personas y entidades: «Las que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria. Su responsabilidad también se extenderá a la sanción».

Pues bien, para incurrir en esta responsabilidad por parte del administrador persona física es necesario, por un lado que la entidad haya sido sancionada, por lo que no se podrá acudir a este artículo en el caso de que no existan actas con sanción y, además, se debe probar que el administrador es el causante, si no, al menos, probar la existencia de una colaboración activa en la realización de la infracción, es decir, es una responsabilidad activa.

Respecto a los medios de prueba admisibles para probar dicha responsabilidad, serán cualquiera de los admitidos en derecho en los términos establecidos en los artículos 105 a 109 de la LGT.

En el presente supuesto de la información aportada no se desprende la existencia de una sanción, por lo que en caso de inexistencia de la misma no se podría acudir a la responsabilidad solidaria descrita, debiendo entonces analizarse la posible existencia de una responsabilidad subsidiaria.

En relación a la responsabilidad subsidiaria su regulación la encontramos en el artículo 43 de la LGT, en el citado artículo se establecen varios supuestos de responsabilidad:

En primer lugar, serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades:

- a) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo a) del apartado 1 del artículo 42 de esta ley, los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas que, habiendo estas cometido infracciones tributarias, no hubiesen realizado actos necesarios que sean de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, hubiesen consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependan o hubiesen adoptado acuerdos que posibilitasen las infracciones. Su responsabilidad también se extenderá a las sanciones.

De lo expuesto anteriormente se desprende que la responsabilidad será subsidiaria en el caso de existencia de deudas pendientes por actas con sanción pero, si bien para exigir la responsabilidad del artículo 42 de la LGT se necesitaba probar la existencia de una acción por parte del administrador, es decir, debía de ser causante o colaborador activo, para la responsabilidad subsidiaria del artículo 43, basta con no haber realizado los actos necesarios de su incumbencia o haber consentido el incumplimiento, es decir, la pasividad o dejación en el ejercicio de sus funciones no le eximen de la responsabilidad por la deuda tributaria pendiente incluida la sanción.

En segundo lugar, el artículo 42 establece en su apartado b) una responsabilidad subsidiaria:

- b) Para los administradores de hecho o de derecho de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias devengadas de estas que se encuentren pendientes en el momento del cese, siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieran adoptado acuerdo o tomado medidas causantes del impago.

Esta responsabilidad es la denominada del «administrador en el cese», y surge como consecuencia del incumplimiento por parte de este de la obligación de disolver y liquidar la entidad, en los casos en los que conforme al artículo 260 de la Ley de Sociedades Anónimas, se producen las causas de disolución.

Así pues, el incumplimiento por parte del administrador de la obligación de instar la disolución y liquidación de la entidad, determina la exigencia de responsabilidad subsidiaria por la deuda pendiente a excepción de las sanciones.

Pues bien, de los datos del enunciado se desprende que la entidad dejó de realizar actividades en enero de 2006, transcurridos 6 meses sin instar la liquidación por parte del administrador podría iniciarse un procedimiento de derivación subsidiaria de responsabilidad frente al mismo, previa declaración de fallido de la entidad, así como de los responsables solidarios, para ello se deberá de acudir al procedimiento previsto en los artículos 174 a 176 de la LGT.

Finalmente, si una vez exigida la responsabilidad al obligado tributario y a los responsables solidarios y subsidiarios, no se consiguiera el cobro del crédito, se procedería a la declaración del mismo como crédito incobrable en los términos del artículo 173.2 de la LGT.

Recensiones Bibliográficas

El procedimiento de recaudación tributaria. (Estudio de la práctica administrativa mediante casos prácticos)

Luis MALVÁREZ PASCUAL y Manuel LEANDRO SERRANO
CEF, Madrid, 2007, 878 págs.

Los temas pertenecientes a la recaudación tributaria nunca se han encontrado entre mis predilectos. Será porque cada vez que me he acercado a ellos me ha parecido como si me adentrara en el desierto de Gobi y, claro, si uno no va bien pertrechado y con buena compañía, lo más probable es que pronto llegue el desfallecimiento.

El libro elegido en esta ocasión puede cumplir muy bien el papel de esa buena compañía para irse adentrando, poco a poco y con los medios adecuados para hacerlo, en los principales problemas que plantea el procedimiento de recaudación tributaria tras la aprobación de la nueva Ley General Tributaria y del desarrollo efectuado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, que aprobó el Reglamento General de Recaudación.

En efecto, Luis MALVÁREZ PASCUAL y Manuel LEANDRO SERRANO han construido un buen instrumento para acercarse a dicha problemática, al elegir el «método del caso» y ofrecer un total de 343 casos prácticos. De la bondad de su empleo, para ilustrar al lector de la práctica administrativa recaudatoria, no tengo ninguna duda, aunque sean ellos mismos quienes admitan que el mismo resulta minusvalorado en algunos ámbitos universitarios, pese a emplearse muy ampliamente en estudios de postgrado, ya se trate de Institutos Superiores, Centros o Escuelas de Negocios o, incluso, las propias aulas de las Universidades públicas y privadas.

La verdad es que después de casi noventa años de dominio absoluto, algunos reputados docentes han empezado a poner en cuestión la validez de dicho método (véase, por ejemplo, la obra de Peter B. VAILL: *El método del caso, sí pero...*, traducida del original *Learning as a way of being*, y publicada en el año 2003 por el Centro de Estudios Ramón Areces), al menos en su aproximación clásica y, de hecho, algunas Escuelas de Negocios han comenzado a replantear la presencia de esta metodología dentro de sus programas, realizando cambios de calado, incluso incorporando otras sistemáticas que se han revelado tanto o más eficaces para el desarrollo de determinadas competencias directivas (véase: *Método del caso y otras metodologías de éxito*, consultado en línea: <http://www.aprendemas.com/Reportajes/Pl.asp?Reportaje=685>).

Los autores consideran que el «método del caso» es compatible con el rigor científico y que el empleo del mismo en un trabajo jurídico «supone, en primer lugar, la identificación de las cuestiones más importantes que se suscitan en una determinada materia; en segundo lugar, el desarrollo de un

estudio teórico y conceptual sobre los aspectos más relevantes del caso propuesto, que permita, en tercer lugar, su resolución; lo que obliga a los autores a tomar decisiones sobre los asuntos a los que se hace referencia en el supuesto. En definitiva, el estudio del "caso" concreto de un procedimiento complejo, como es, sin duda, el procedimiento de recaudación tributaria, facilita la comprensión de cada una de sus fases y de sus interrelaciones».

Otro aspecto que merece destacarse de este nuevo libro editado por el CEF pasa por la colaboración entre un profesor universitario, Luis MALVÁREZ PASCUAL, y el jefe de la dependencia de recaudación de la Delegación de la Agencia Tributaria de Huelva, Manuel LEANDRO SERRANO. Según reconocen en el prólogo, ello ha supuesto un enriquecimiento mutuo, dadas esas dos diferentes visiones de una misma realidad.

Dadas las propias características del libro, sería extraordinariamente dificultoso dar nuestra opinión, siquiera sumaria, sobre todos y cada uno de los temas que encuentran tratamiento en el mismo, por lo que nos contentaremos con indicar las notas esenciales que afectan a su estructura y metodología.

Los 343 casos que comprende la obra presentan una sistemática similar, comenzando por el enunciado o planteamiento mismo y la resolución según el criterio de los autores y acompañando al final cada supuesto de las referencias normativas y, en ocasiones, orientación jurisprudencial y doctrina administrativa, para ilustrar convenientemente sobre la solución apuntada.

Los supuestos se reparten a lo largo de los cinco capítulos en que se divide la obra. Al principio de la misma se informa de los casos realizados por cada uno de los autores, aunque ellos mismos aclaran que todos resultaron supervisados conjuntamente. Cierra el libro un extenso índice analítico que permite localizar los casos que versan sobre cada una de las «voces» que en el mismo aparecen.

Limitándonos a informar ahora del contenido de los capítulos de la obra, tenemos que el primero, dedicado a la organización de la gestión recaudatoria, consta de cinco apartados que concitan los 17 casos generales referidos a: 1.º La recaudación de la Hacienda Pública estatal y de las entidades de Derecho público estatales; 2.º La recaudación de la Hacienda pública de las entidades locales y de sus organismos autónomos; 3.º Los ingresos en las entidades de crédito que prestan el servicio de caja; 4.º Los ingresos a través de entidades colaboradoras en la recaudación, y 5.º Las especialidades en la recaudación de las deudas de vencimiento periódico y notificación colectiva.

En el capítulo segundo se lleva a cabo un exhaustivo análisis de la extinción de la deuda tributaria, mediante el pago –sección donde aparecen 91 casos sobre legitimación para efectuarlo, pago ante órgano incompetente, medios de pago, empleo de efectos timbrados, pago en especie, plazos señalados por la normativa según el tipo de deuda y supuestos de suspensión de los mismos, justificantes del pago, imputación de pagos, consignación y diversos problemas relacionados con el aplazamiento y el fraccionamiento (presupuesto material, competencia, deudas aplazables, solicitud, garantías, tramitación, resolución y procedimiento en caso de falta de pago)–. Posteriormente se consideran también otras formas extintivas como son la prescripción –donde se encuadran 33 supuestos

relacionados con los derechos y acciones de la Administración tributaria, plazo de prescripción, interrupción y efectos derivados de la misma y, aparte de estos aspectos generales, se tratan también, en particular, casos de prescripción del derecho a imponer y a exigir el pago de las sanciones tributarias y la prescripción de las deudas en relación con los responsables–, la insolvencia del deudor, la condonación y la compensación.

El tercer capítulo se refiere a las garantías del crédito tributario. Un total de 28 casos prácticos repasan diversos problemas sobre el derecho de prelación, la hipoteca legal tácita, el derecho de afección, el derecho de retención y, también, las medidas cautelares.

El siguiente capítulo se dedica a la recaudación en período voluntario y en período ejecutivo. Lógicamente, la atención dedicada al primero es menor (aparecen 8 casos sobre iniciación y terminación del período voluntario, pago parcial, contenido de la deuda y consecuencias de la falta de pago en aquel), así que esta parte del libro se centra, sobre todo, en el estudio de las diferentes fases del procedimiento administrativo de apremio y las cuestiones jurídicas que se plantean en el desarrollo del mismo (un total de 104 casos referidos, por este orden, a la distinción entre período ejecutivo y vía de apremio, inicio de aquel, deudas tributarias exigibles, contenido de la deuda en período ejecutivo, órganos competentes para utilizar la vía de apremio, caracteres de este procedimiento, facultades de los órganos de recaudación, la providencia de apremio, motivos de oposición frente a la misma, suspensión del procedimiento de apremio y concurrencia del mismo con otros procedimientos de ejecución singulares o concursales, ejecución de garantías, petición de información para el embargo, diligencia de embargo, orden de embargo de bienes y derechos, bienes libres de embargo, supuestos concretos de embargo de bienes y derechos –dinero en efectivo, cuentas bancarias, valores, etc.–, embargos frustrados por actuación de funcionarios externos, actuaciones de los obligados al pago orientadas a evitar el embargo y actuaciones administrativas dirigidas a impedirlo, depósito de los bienes, enajenación de los bienes embargados –valoración de los bienes, licitadores, formación de lotes para la venta de bienes en subasta pública, desarrollo de la subasta, procedimiento de concurso, adjudicación directa, actuaciones posteriores a la enajenación y adjudicación de bienes a la Hacienda pública–, orden de aplicación de los ingresos obtenidos, rehabilitación de créditos incobrables, asistencia mutua en materia de recaudación y tercerías).

Por fin, el último capítulo analiza los procedimientos frente a sucesores y responsables, y en el mismo aparecen 7 casos que estudian la sucesión de personas físicas por un lado y de personas jurídicas y entidades sin personalidad, por otro. Posteriormente, otros 33 casos ventilan los problemas generales y procedimentales, así como los diferentes supuestos de responsabilidad solidaria y subsidiaria establecidos en la Ley General Tributaria.

Miguel Ángel Martínez Lago

La adición de bienes a la Herencia

Juan José NIETO MONTERO

Ed. Aranzadi, Navarra, 2007, 253 págs.

Hay que felicitar al autor de esta excelente monografía por el esmero que ha puesto en el estudio del régimen jurídico de la adición de bienes, presentando siempre con claridad la abundante literatura especializada que se ha consultado, al igual que sucede con la jurisprudencia y doctrina administrativa aplicables; así como por no dudar, tras el recorrido investigador efectuado sobre el artículo 11.1 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, con la conclusión que alcanza: «no tiene demasiado sentido el mantener vigente la norma estudiada» y que compartimos plenamente en cuanto a la justificación de que la Ley General Tributaria cuenta con medios para alcanzar los mismos fines ofreciendo mayores garantías para el particular y que el precepto citado «poco o nada aporta a la lucha contra el auténtico fraude. En efecto, quien quiera defraudar la imposición sucesoria tiene a su alcance mecanismos que le permiten llegar a tal fin sin entrar bajo el ámbito de aplicación de esta norma; y por el contrario, tal previsión normativa lo que puede originar es que negocios perfectamente lícitos y en los que el ánimo defraudatorio no existe, se vean recalificados a efectos tributarios por simples dificultades de prueba o por azares ajenos a la voluntad de los sujetos intervinientes».

El libro, según afirma en su prólogo el profesor CALVO ORTEGA, presenta dos aspectos muy positivos: por un lado, el riguroso análisis de la normativa jurídica sobre la adición de bienes y, por otro, el abrir un debate sobre la conveniencia misma de su mantenimiento o derogación. La estructura que presenta la obra responde acertadamente a los esfuerzos de consideración separada de los aspectos sustantivos y procedimentales que plantea el tema estudiado. Así, tras un breve capítulo de carácter introductorio viene otro —el más amplio—, en el se analizan cada uno de los supuestos de adición contemplados legalmente. En el tercero se tratan diversas cuestiones relacionadas con los procedimientos de adición de bienes y, al final, un capítulo más, dedicado a recapitular sobre los problemas concretos que genera la aplicación del artículo 11.1 de la LISD y a la valoración de conjunto de dicha norma. Cierra la investigación un amplio listado de sentencias, resoluciones económico-administrativas y trabajos de la doctrina científica.

Al principio, el profesor NIETO MONTERO efectúa una aproximación general a la figura de la adición de bienes que se encuadra dentro del capítulo que la LISD dedica a la base imponible, entre las normas especiales para las adquisiciones *mortis causa*, concibiéndola como una cláusula particular antielusoria —solo incidentalmente y sin profundizar en ello, se plantea si será una «sanción impropia» o «indirecta»— cuya finalidad pasa por «la inclusión en el caudal hereditario, a los meros efectos de la liquidación y pago del impuesto, de una serie de bienes que en el momento del fallecimiento del causante, por definición, ya no figuran como parte del patrimonio del mismo, pero con relación a los que la normativa considera que deberían integrarse en el caudal hereditario, ante la posibilidad de que su exclusión de éste responda a maniobras realizadas con el fin de eludir, al menos parcialmente, el pago del impuesto sucesorio».

El autor hace una breve reseña histórica, informando del primer antecedente legal del artículo 11.1 de la LISD, que se encuentra en la Ley de Reforma Tributaria de 26 de julio de 1922, que ya

contemplaba tres de las cuatro disposiciones para «la represión del fraude en el impuesto de Derechos reales», y da cuenta de los reproches que se han formulado por el mantenimiento de la figura por la LISD: 1.º Por la dificultad de prueba en contrario que supone el recurso a presunciones que tienden a facilitar la liquidación de un tributo; 2.º Por la existencia de una cláusula general (fraude de ley) que posibilita alcanzar el mismo resultado, y 3.º Por la posible vulneración de principios constitucionales, de carácter tributario, como los de igualdad y capacidad económica, o de índole procesal penal como la presunción de inocencia y otros criterios sobre la carga de la prueba.

Como se señaló antes, en el capítulo segundo de la obra reseñada se tratan los supuestos concretos de adición de bienes que aparecen regulados en el artículo 11.1 de la LISD. Con una sistemática homogénea, que se fija en los presupuestos objetivos y subjetivos de aplicación de cada cláusula, así como en las consecuencias de cada previsión normativa, se consideran los cuatro supuestos señalados legalmente para procurar la recomposición del caudal hereditario, a saber:

1.º Bienes de todas clases que hubiesen pertenecido al causante durante el año anterior a su fallecimiento (desarrollado por el art. 25 del RISD, aprobado por el RD 1629/1991, de 8 de noviembre); supuesto que se fundamenta, como plantea NIETO MONTERO, en «la sospecha por parte del legislador de que una persona, ante la proximidad de su fallecimiento, puede ir disponiendo de sus bienes a favor de sus futuros sucesores para que en el momento del devengo del ISD el caudal hereditario sea menor, de forma que se evite la progresividad de dicho impuesto y se sustituya, en su caso, por la tributación proporcional que correspondería a las transmisiones *inter vivos* si estas se han realizado a título oneroso». El autor considera que la naturaleza jurídica que tiene la medida prevista pasa por aliviar las dificultades probatorias a través de dos presunciones relativas –una de titularidad y otra de simulación de transmisión lucrativa– que admiten prueba en contrario.

2.º Bienes adquiridos por el causante en usufructo y por otras personas en nuda propiedad (desarrollado por el art. 26 del RISD), guardando proximidad con la presunción de hecho imponible contemplada por el artículo 4.2 de la LISD. Entre las diferentes interpretaciones que se han dado acerca de su naturaleza jurídica, el autor considera que estaríamos ante un supuesto de «verdad interina» que, en la práctica, resulta difícil de diferenciar de una presunción.

3.º Bienes transmitidos por el causante reservándose un derecho vitalicio sobre los mismos (desarrollado por el art. 27 del RISD), «forma relativamente habitual de anticipar herencias a quienes no ostentan vínculos de parentesco con el que va a ser su causante, lo cual supone no solo evitar el ISD como tal, sino la inexistencia de reducciones en la base imponible y la aplicación de los coeficientes multiplicadores, que serían consecuencias de esa ausencia de parentesco» y que tendría la misma naturaleza que la cláusula anterior.

4.º Valores depositados y endosados sin hacer valer el endoso con anterioridad al fallecimiento del causante (desarrollado por el art. 28 del RISD), cuya naturaleza de presunción *iuris tantum* ha sido menos discutida que en otros casos de adición de bienes.

En el siguiente capítulo, lo primero que se trata es la consideración del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados satisfecho, ya que ello puede obstaculizar la aplicación de la adición de bienes. Luego se centra el autor en los aspectos procedimentales de la aplicación de dicha adición de bienes, partiendo de la previsión realizada por el artículo 11.4 de la

LISD –a saber: «si los interesados rechazasen la incorporación al caudal hereditario de bienes y derechos en virtud de las presunciones establecidas en este artículo, se excluirá el valor de estos de la base imponible, hasta la resolución definitiva en vía administrativa de la cuestión suscitada»– y estudiando las consecuencias de la misma en las distintas formas de proceder a la adición, tanto a instancia del particular por medio de la oportuna declaración, como a través de las actuaciones administrativas de gestión e inspección. También se considera después la cuestión de la valoración de los bienes adicionados y, por último, los problemas derivados de la prescripción del tributo.

Como quedó indicado más atrás, en el capítulo cuarto, el profesor NIETO MONTERO critica el abuso de las presunciones que toda la norma estudiada implica –en la determinación de la titularidad de los bienes por el causante, la existencia de un amplio plazo de retroacción y la falta de concreción de la naturaleza de la transmisión previa–, así como la indefinición en que la misma incurre en cuanto a los sujetos a los que afecta y que no impide el recurso a testaferros para evadir su aplicación.

Miguel Ángel Martínez Lago