

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 2006 – NÚMEROS 281-282

DIRECTOR

Roque de las Heras Miguel

COORDINADORES

M.^a José Leza Angulo

(Abogada. Máster en Tributación)

Sotero Amador Fernández

(Economista. Máster en Dirección Económico-Financiera)

CONSEJO ASESOR

- Eduardo Abril Abadín
(Presidente del Tribunal Económico-Administrativo Central)
- Roberto Alonso Alonso
(Inspector de Hacienda del Estado)
- Juan Arrieta Martínez de Pisón
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario)
- Inocencio Carazo González
(Auditor de Cuentas)
- Gabriel Casado Ollero
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario)
- José Luis Cea García
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad)
- María Antonia García Benau
(Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad)
- José Ramón González García
(Presidente del ICAC)
- Lorenzo de las Heras Miguel
(Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España)
- Alejandro Larriba Díaz Zorita
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad)
- Javier Lasarte Álvarez
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario)
- Antonio Longas Lafuente
(Vocal del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid)
- Juan Antonio Maroto Acín
(Catedrático de Economía Financiera)
- Francisco José Palacio Ruiz de Azagra
(Inspector de Hacienda del Estado)
- Carlos Palao Taboada
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario)
- Valentín Pich Rosell
(Presidente del REAF)
- Javier Romano Aparicio
(Profesor del CEF)
- Jesús Ruiz Huertas Carbonell
(Catedrático de Economía Aplicada)
- María Asunción Salvo Tambo
(Magistrada de la Audiencia Nacional)
- Andrés Sánchez Pedroche
(Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario)
- Eduardo Sanz Gadea
(Inspector de Hacienda del Estado)
- José Tovar Jiménez
(Profesor del CEF)
- Jesús Urías Valiente
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad)
- María Teresa del Val Núñez
(Catedrática del Área de Dirección de Empresas)

SUMARIO

	<u>Página</u>
TRIBUTACIÓN	
54/2006 Fraude a la ley tributaria, ilícito e infracción tributaria y delito de defraudación . (Fco. Javier Alonso Madriga y Fco. Javier Gómez-Lanz)	3
55/2006 La tributación del ahorro en el Proyecto de Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Pilar Álvarez Barbeito)	57
56/2006 Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (caso práctico) (José Cordero López)	79
57/2006 La inconstitucionalidad del Impuesto extremeño sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente: a propósito de la STC 179/2006, de 13 de junio (Gemma Patón García)	117
58/2006 Deducción de cuotas de IVA: comentario a la STS de 17 de enero de 2006 (Juan Antonio Cívico Maldonado)	131
CONTABILIDAD	
59/2006 Discrecionalidad contable, auditoría y valor de la empresa (Félix J. López Iturriaga y Mauricio A. Jara Bertin)	147
60/2006 Pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Gestión de la Administración de la Seguridad Social (especialidad en Auditoría y Contabilidad) (Javier Romano Aparicio)	199
61/2006 Consultas planteadas al ICAC (José Alberto Toribio Temprado y Anna Ayats Vilanova)	249
RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS	261

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

- ISSN: 1138-9613

- DEPÓSITO LEGAL: M-1947-1981

- SUSCRIPCIÓN ANUAL (2006) 125,00 € (IVA no incluido)

Comprende dos volúmenes:

1.º Legislación, Consultas, Jurisprudencia.

2.º Comentarios y Casos prácticos.

- SUSCRIPCIÓN ANUAL (2006) 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.

FCO. JAVIER ALONSO MADRIGAL

Profesor de Derecho Financiero y Tributario

FCO. JAVIER GÓMEZ-LANZ

Profesor de Derecho Penal de la Empresa

Facultad de Derecho. ICADE.

Universidad Pontificia Comillas. Madrid



*Fco. Javier Alonso
Madrigal*



*Fco. Javier
Gómez-Lanz*

Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2006** en la Modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Eduardo ABRIL ABADÍN, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, don Gabriel CASADO OLLERO, don Javier LASARTE ÁLVAREZ, don Jesús RUIZ HUERTAS CARBONELL y doña María Asunción SALVO TAMBO.

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

Extracto:

LA STC 120/2005, de 10 de mayo, concedió el amparo a un condenado por delito fiscal cuya conducta fue calificada por el órgano sentenciador como fraude a la ley tributaria. En aquella, el Tribunal considera que la configuración del fraude de ley como conducta punible lesiona el principio de legalidad penal con argumentos que han sido parcialmente reiterados, como *obiter dicta*, por la posterior STC 48/2006, de 13 de febrero. El trabajo examina las bases de estos pronunciamientos desde las perspectivas tributaria y penal, y lo hace con ánimo polémico, pese a que los autores saben perfectamente que la «consideración de la lista y categoría de los autores intervinientes en la contienda serviría para desanimar al más intrépido o audaz estudioso» (*). En la primera parte

.../...

(*) GONZÁLEZ GARCÍA (2001, 16).

.../...

se analizan los presupuestos de la concepción del fraude a la ley tributaria que subyacen en las citadas resoluciones, afrontando alguna de las discutibles cuestiones que han hecho del fraude de ley «*uno de los temas eternos del Derecho tributario*» (**); la naturaleza –lícita o ilícita– de la conducta, su relación con el fraude a la ley civil, su equiparación con la aplicación analógica de la norma defraudada y su supuesta atipicidad como infracción. La segunda parte aborda el aspecto jurídico-penal del debate, terciando en la controversia sobre la supuesta relación necesaria entre la impunidad administrativa de una conducta y su falta de relevancia penal y cuestionando el acierto de la estrategia de vincular el examen de la tipicidad penal de ciertos comportamientos con las figuras del fraude de ley tributaria y de la simulación negocial.

Sumario:

Primera parte.

1. El fraude de ley como ilícito tributario.
2. Fraude de ley, laguna normativa, analogía.
3. Hecho imponible y fraude de ley.
4. Fraude de ley e infracción tributaria.

Segunda parte.

1. Introducción.
2. Impunidad administrativa y tipicidad penal.
3. El tipo penal de defraudación tributaria y el fraude de ley tributaria.

Bibliografía.

(**) HERRERA MOLINA y MARTÍN FERNÁNDEZ (2002, 53).

PRIMERA PARTE

1. El fraude de ley como ilícito tributario.

Como es sabido, en la doctrina tributaria española que más recientemente se ha ocupado de la cuestión, existe un importante sector —en número y prestigio— contrario a calificar el fraude de ley en el ámbito tributario como ilícito. Esta tesis, en su formulación mayoritaria, tuvo su punto de partida en el trabajo de 1995 del profesor FALCÓN relativo a la regulación, introducida por la Ley 25/1995, de la figura del fraude de ley en el artículo 24.1 de la anterior Ley General Tributaria (en adelante, LGT) ¹; trabajo expresivamente titulado: *«El fraude a la Ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (I): su radical diferencia con los supuestos previstos en el artículo 6.4 CC»* ². Para el profesor FALCÓN, el fraude a la ley tributaria habría tenido siempre una configuración distinta al fraude de ley previsto en el artículo 6.4 del Código Civil; consistente en la realización de una conducta prohibida o contraria al ordenamiento jurídico, pese a la apariencia de legalidad que deriva de la llamada ley de cobertura; *«En el ámbito tributario, en cambio, las normas son por lo general imperativas, pero no prohibitivas, por lo que es difícil pensar cómo puede producirse un resultado contrario a la ley propia de un tributo, que sólo ordena pagar el tributo cuando se ha realizado el hecho imponible, pero no en otro caso»* ³.

Toma el profesor FALCÓN como punto de partida de su tesis la formulación literal del artículo 24.1 de la anterior LGT, en la que se caracterizaban las conductas en fraude de ley como actos o negocios *«que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible»*, de la que el profesor FALCÓN deduce *«que las conductas en fraude de ley suponen necesariamente la no realización del hecho imponible, sino de un hecho "equivalente" que, en principio y si no es a través de la declaración de fraude de ley, no podría gravarse o conllevaría un gravamen inferior»*. Esta misma conclusión extrae el profesor FALCÓN de la reacción que, según el mismo, preveía el artículo 24 para dichos comportamientos, que sería, no la aplicación directa de la «norma eludida» (y no de la «ley defraudada»), a través de la no realización del hecho imponible, sino *«la aplicación de*

¹ Reforma que para el citado autor mantuvo *«en sus rasgos fundamentales la caracterización tradicional de esta figura en el ámbito tributario»*.

² (1995, I).

³ (1995, I, 10).

ésta por analogía, como resulta de la implícita remisión que sigue efectuando el actual artículo 24.1 –“para evitar el fraude de ley se entenderá que no existe extensión del hecho imponible...”– a la prohibición de utilizar la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el hecho imponible, actualmente contenida en el artículo 23.3»⁴. Para el profesor FALCÓN, por tanto, la figura del fraude a la ley tributaria está intrínsecamente vinculada a la existencia de una laguna de la ley que, excepcionalmente, el artículo 24.1 permitiría integrar por el procedimiento analógico⁵. En definitiva, para el citado profesor, «o bien el hecho imponible se ha realizado, en cuyo caso procede el gravamen (y normalmente la omisión de éste será constitutiva de infracción, siendo aplicable el régimen general de infracciones y sanciones, sin más), o bien el hecho imponible no se ha realizado, en cuyo caso existe pura y simplemente una economía de opción, que nunca infringe el ordenamiento tributario, sin perjuicio de que éste ordene en casos extremos su gravamen a través, precisamente, del expediente de fraude a la ley tributaria; y siempre sin sanciones, en cuanto no ha existido infracción previa»⁶. El profesor FALCÓN hace especial hincapié en la licitud de las conductas en fraude a la ley tributaria, frente a la ilicitud de las conductas en fraude de ley civil⁷ y, consecuentemente, en la imposibilidad de calificar tales supuestos como infracción o delito fiscal⁸.

Adoptando el punto de partida propio de la teoría general del Derecho creemos –no obstante la indudable autoridad académica del profesor FALCÓN y de alguno de los autores que suscriben sus tesis en lo fundamental⁹– que no cabe albergar duda alguna acerca de la ilicitud de los actos o negocios en fraude de ley o constitutivos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Adoptando como punto de partida una perspectiva kelseniana¹⁰, consideraríamos como «acto ilícito» la acción u omisión establecidas por el sistema jurídico como condición de una «sanción»¹¹. Un determinado comportamiento es un *acto ilícito* porque el ordenamiento establece una sanción si dicho comportamiento tiene lugar. Es decir, un comportamiento no se sanciona porque sea constitutivo de un

⁴ (1995, I, 5). En el mismo sentido ROSEMBUJ (1999, 107-109 y 117-118).

⁵ (1995, I, 8).

⁶ (1995, I, 11). El mismo razonamiento es compartido por CHECA (1996, 81) para quien «no es necesario insistir más sobre esta distinción, puesto que la diferencia entre las figuras mencionadas (fraude de ley e infracción) está suficientemente clara, y no presenta, en consecuencia, ningún problema de especial interés, o de particular complejidad».

⁷ (1995, I, 11-13).

⁸ (1999, 7).

⁹ Los profesores FERREIRO LAPATZA (2001, 16-24; 2003, 11-12; 2004, 9), SIMÓN ACOSTA (2001, I, 9-14 y II, 10-18 y 2003, 3), MARTÍN FERNÁNDEZ (2002, 69-78), HERRERA MOLINA y MARTÍN FERNÁNDEZ (2002), GARCÍA NOVOA (2003, 11, 14-25; 2004, 72-95 y 278-284 y 2005, 6-11), y otros autores que se han ocupado de la cuestión desde la perspectiva tributaria, como MATEU DE ROS (1995, 21-24 y 42-45), ARIAS VELASCO (2001, 14-16) –pese a considerar el fraude de ley tributario un «ilícito no punible» y una variante del fraude a la ley civil–, la Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la LGT (2001, 41-46), están implícitas en el Informe sobre el Borrador del Anteproyecto de la nueva LGT (2003) y en el Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de la LGT (2003, 44), y han trascendido, como se indica en la segunda parte de este trabajo, a la discusión dogmática jurídico-penal.

¹⁰ Una perspectiva intensamente formalista y positivista que –a nuestro modo de ver– no estaría muy alejada, en última instancia, de la aproximación adoptada por los defensores de la licitud de los negocios en fraude de ley.

¹¹ Concretamente, «la conducta de aquel hombre contra quien, o contra sus allegados se dirige la sanción» (KELSEN, 1979, I, 129).

ilícito, sino que es un acto ilícito porque se sanciona¹². Ahora bien, para Kelsen «sanción» es todo acto coactivo que tiene por objeto la privación de un bien ejercido por una autoridad como consecuencia de la conducta de un individuo. Un acto que debe cumplirse incluso contra la voluntad del afectado por el mismo, que supone la amenaza de privación de un bien, de un estado de cosas que la generalidad de las personas considera valioso. Aceptando estos presupuestos resulta difícil negar a un acto o negocio en fraude de ley (o constitutivo de conflicto en la aplicación de la norma tributaria) la condición de *acto ilícito*; en la medida en que constituye el presupuesto de la *sanción* consistente en la aplicación coactiva de la norma tributaria defraudada o eludida –la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios–, en no dar lugar al nacimiento de las ventajas fiscales pretendidas –eliminación de las ventajas fiscales obtenidas–, y en la liquidación de los intereses de demora; lo que constituye todo ello, individualmente y en su conjunto –sin, creemos, discusión posible– una «sanción»¹³.

Desde esta misma perspectiva resultaría, siempre a nuestro juicio y también a efectos de determinar la ilicitud de estas conductas, totalmente indiferente el que se produjera una violación del ordenamiento de forma llamada «directa», a través de una conducta susceptible de ser calificada como «evasión», o indirecta, mediante un comportamiento «elusivo» o en fraude de ley¹⁴. Lo realmente relevante para su caracterización como *acto ilícito* es si constituye o

¹² GONZÁLEZ GARCÍA «*sitúa el fraude a la ley tributaria en la órbita de los actos contrarios a la ley, siendo, por tanto, partícipe de su corrección*» (2001, 24); desde la perspectiva adoptada razonaríamos más bien a la inversa: el fraude de ley es objeto de corrección, *por tanto* se sitúa en la órbita de los actos contrarios a la ley.

¹³ Sobre el carácter «desfavorable» de dicha sanción, GARCÍA NOVOA (2004, 27-29).

¹⁴ Las distinciones entre violación, infracción, o circunvención de la norma, abierta o directa, o frontal y encubierta o indirecta o transversal u oblicua (o cualquier otra metáfora espacial), entre evasión y elusión, elusión lícita e ilícita, economía de opción explícita o implícita o tácita y elusión, etc., carecen, a nuestro juicio, tanto de un respaldo jurídico positivo claro como de una base dogmática firme. Seguramente debido a ello, son además fuente de equívocos y confusión (sobre «*el enorme confusionismo terminológico existente en esta materia*», *vid.* GONZÁLEZ GARCÍA, 2001, 17 y ss.). Por ejemplo, el profesor ROSEMBUJ afirma: «*la característica de la elusión (categoría en la que incluye el fraude a la ley) consiste en obviar el deber tributario sin violar directamente la ley. (...) los hechos, actos y negocios jurídicos que se implementen se fundan en la licitud, aun cuando contienen una amenaza al cumplimiento del derecho positivo, que es lo que se sanciona*» (1999, 101 y 102); lo que viene a decir, si no hemos entendido mal, que la elusión se sanciona pese a estar fundada en la licitud y no violar directamente la ley; aunque sí obvia un deber tributario, deber cuya naturaleza no debe de ser jurídica, puesto que no hay ni ilícito ni violación de la ley. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, por su parte, afirma: «*respecto de la ilicitud del fraude de ley hay que señalar que más que de una ilicitud en sentido estricto se trata de una conducta incorrecta o no ajustada a la correcta aplicación de las normas jurídicas. Pues en el fraude de ley no existe una violación frontal de una norma sino un propósito de evitar que se aplique la norma o normas especialmente previstas para la situación en que uno quiere colocarse o para el resultado que pretende*» (1993, 17); que viene a decir, de nuevo, si no hemos entendido mal, que el fraude de ley es un mero desajuste en la aplicación de las normas que sólo puede considerarse ilícito en un sentido laxo, no estricto –aunque este autor lo califica de ilícito y de acto «*prohibido o contrario al ordenamiento*» en otro lugar (1993, 13 y 14), si bien en un plano de una menor ilicitud, una ilicitud de menor intensidad (1993, 18 y 19)–, una «conducta incorrecta», habría que entender que desde un punto de vista moral, ético o de las normas de la urbanidad, ya que no es un ilícito «*en sentido estricto*»; una violación lateral, oblicua o posterior (perdón) de la norma, no «*frontal*», un mero propósito de evitar la aplicación de la norma que, curiosamente, reconoce que está especialmente prevista para ese supuesto. Los ejemplos podrían multiplicarse... No obstante, no hay duda de que estas distinciones y esta terminología son aceptadas y empleadas de forma absolutamente unánime –con las confusiones y variaciones terminológicas aludidas– y el propio Tribunal Constitucional afirma en la STC 120/2005 que en el fraude de ley «*tampoco puede hablarse de una actuación que suponga una violación directa del ordenamiento jurídico que, por ello mismo, hubiera de calificarse per se de infracción tributaria o de delito fiscal*» (FJ 4.º).

no el presupuesto para una *sanción*. Las únicas economías de opción, elusiones, circunvenciones, o como quieran denominarse que, desde este punto de vista, no constituirían *actos ilícitos* para el Derecho, son las que no constituyen el presupuesto para la aplicación de una *sanción*. La ausencia de una sanción de naturaleza punitiva o penal en el orden tributario sancionador para las conductas en fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria no es, por lo tanto, una prueba de la licitud de dichas conductas, en la medida en que tienen atribuida otra *sanción* por parte del ordenamiento tributario. Para Kelsen «*el acto antijurídico es delito si tiene una sanción penal, y es una violación civil si tiene como consecuencia una sanción civil*»¹⁵; una sanción civil como la ejecución forzosa de la que el fraude a la ley tributaria es el presupuesto. Creemos que, desde esta perspectiva, resulta evidente que no es cierto que no se sancione el fraude de ley porque es lícito, sino todo lo contrario: el fraude de ley es ilícito porque se sanciona «*civilmente*», con independencia de que adicionalmente pueda ser o no el presupuesto para la aplicación de sanciones de naturaleza punitiva en el ámbito tributario sancionador o en el ámbito penal.

Puede establecerse a este respecto un ilustrativo –creemos– paralelismo entre los actos o negocios en fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria y la conducta consistente en dejar de ingresar en el período voluntario una deuda tributaria correctamente autoliquidada en plazo. Esta conducta, pese a suponer lo que se calificaría –supongo– como una «*violación directa del ordenamiento tributario*», no es constitutiva de infracción, ya que el artículo 191 de la vigente LGT la ha excluido expresamente del tipo infractor¹⁶; no tiene, en función de ello, atribuida por el Derecho tributario sancionador la sanción de naturaleza punitiva, la multa correspondiente a la «*infracción tributaria por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación*»; pero no por eso deja de ser, exactamente igual que los actos o negocios en fraude de ley o constitutivos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, un ilícito tributario. La sanción inmediata, al margen de la eventual iniciación del procedimiento de apremio, que en el ordenamiento tributario tiene como presupuesto esta conducta, es la prevista en el artículo 161.4 de la LGT: «*la exigencia de los intereses de demora y de los recargos del período ejecutivo en los términos de los artículos 26 y 28 de esta ley*». Si el sujeto pasivo satisface la totalidad de la deuda no ingresada en período voluntario antes de la notificación de la providencia de apremio la sanción consistirá únicamente en la aplicación del recargo ejecutivo del 5 por ciento sobre la totalidad de la deuda no ingresada en período voluntario, sin que se exijan los intereses de demora devengados (art. 28.1, 3 y 5 de la LGT). Resulta evidente que esta conducta es constitutiva de un ilícito tributario al constituir el presupuesto de dicha sanción; y ello con absoluta independencia de que se pueda defender que dicha sanción tiene, en unos supuestos, un carácter meramente resarcitorio por ser el recargo ejecutivo igual o incluso inferior a los intereses de demora a los que sustituye, y en otros (o, en nuestra opinión, más bien en todos) un carácter disuasorio, represivo o directamente punitivo, por estar su importe muy por encima del de estos intereses.

¹⁵ Kelsen (1979, II, 60).

¹⁶ No hay ninguna violación, directa o indirecta, del ordenamiento tributario que haya de calificarse *per se* de infracción, salvo que esté tipificada como tal por la ley; tal y como acertadamente afirma PALAO, «*ni el fraude a la ley es sancionable por el mero hecho de serlo, ni la calificación del supuesto a efectos tributarios como fraude de ley excluye automáticamente la existencia de una infracción administrativa o penal*» (2003, 93).

En definitiva –terminando con el argumento–, las conductas en fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria son actos ilícitos y lo serían aunque el ordenamiento se limitara a establecer para las mismas como única sanción la aplicación de la norma tributaria defraudada o eludida, la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios, y el no dar lugar al nacimiento de las ventajas fiscales pretendidas (la eliminación de las ventajas fiscales obtenidas). Tal y como claramente afirma la STC 120/2005 (FJ 4.º): *«la consecuencia ("sanción" en términos kelsenianos) que el artículo 6.4 del CC contempla para el supuesto de actos realizados en fraude de Ley es, simplemente (...) la vuelta a la normalidad jurídica, sin las ulteriores consecuencias sancionadoras (punitivas) que generalmente habrían de derivarse de una actuación ilegal»*. Es incorrecto, por tanto, negar la ilicitud de las conductas en fraude de ley y reducir el concepto de ilícito tributario al de infracción tributaria¹⁷; aunque toda infracción es constitutiva de ilícito no todo ilícito es constitutivo de infracción¹⁸.

La afirmación del Tribunal Constitucional en la STC 120/2005 en el sentido de que *«la falta de configuración legal del fraude de ley tributaria como ilícito administrativo tributario no impediría su consideración como ilícito penal»* y de que la *«atipicidad administrativa del indicado comportamiento obviamente significaba (...) que la Administración no está autorizada a sancionar en tales casos, pero no que no lo estuvieran los órganos de la jurisdicción penal cuando pudieran estimarse concurrentes todos y cada uno de los elementos típicos que configuran la conducta punible a título de delito fiscal»*, presupone la concepción del fraude de ley como ilícito. Si el Tribunal Constitucional se plantea siquiera la posibilidad de sancionar penalmente las conductas en fraude de ley, es porque está dando por sentada necesariamente la existencia de un ilícito tributario; es decir, la existencia de un deber u obligación tributaria cuyo incumplimiento pudiera dar lugar a una defraudación penal.

2. Fraude de ley, laguna normativa, analogía.

Para el profesor GARCÍA-NOVOA, en el artículo 15 de la vigente LGT se habría disipado el componente analógico del fraude a la ley tributaria¹⁹ y –tal como señalan RUIZ ALMENDRAL y ZORNOZA– desde la perspectiva sistemática, el tratamiento de dichos supuestos se ha ido

¹⁷ Como lo hacen ROSEMBUJ: *«Así, en nuestro derecho positivo no existe tal norma condenatoria, si entendemos por tal una norma de carácter represivo; el fraude a la ley tributaria no está contemplado en el Derecho Tributario sancionador y, en tal sentido, dicha conducta no constituye un ilícito, en sentido técnico»* (1994, 305) y FERREIRO, *«de acuerdo con el texto y la intención del artículo 24 de la LGT la "única" condición que se requiere para su aplicación es el "propósito de eludir el pago del tributo" a través de la realización de un hecho lícito (puesto que no conlleva la imposición de sanciones)»* (2003, 19).

¹⁸ AMORÓS concibe el *«"ilícito tributario" como concepción genérica y amplia de todas estas inobservancias de las normas tributarias»* una *«noción de "ilícito tributario mayor" (fraude e infracciones)»* que implica la identificación, errónea a nuestro juicio, de los conceptos de ilícito e infracción, excepción hecha, precisamente, del fraude a la ley tributaria (1967, 849). PÉREZ DE AYALA parece identificar el concepto de ilícito con el de infracción al calificar como *«fraude fiscal»* a las infracciones o incumplimientos directos o abiertos de las normas tributarias y como *«fraude a la ley fiscal»* a la infracción encubierta de las mismas (1970, 146). Sobre los conceptos de ilícito tributario e infracción tributaria, *vid.* ALONSO MADRIGAL (1998, 213-222).

¹⁹ (2003, 18 y 2004, 250).

desconectando progresivamente de la regulación de la analogía en los sucesivos avatares de la cláusula anti-abuso en la LGT, hasta llegar a la regulación vigente en preceptos separados y sin conexión visible entre ambos ²⁰. A nuestro juicio, desde un punto de vista dogmático y pese a los argumentos del profesor FALCÓN tomando como base el tenor literal del anterior artículo 24, dicho componente analógico nunca ha existido ²¹. Adicionalmente, la ampliación del ámbito de aplicación de la cláusula anti-abuso, en el texto del artículo 15 de la nueva LGT; desde los *«hechos, actos o negocios jurídicos realizados con el propósito de eludir el pago del tributo (...) que produzcan un resultado equivalente al del hecho imponible»* previstos en el artículo 24.1 de la ley anterior y recogidos en la nueva ley como *«actos o negocios»* que darán lugar a la declaración del conflicto en la aplicación de la norma tributaria *«cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible»*, a supuestos en los que *«se minore la base o la deuda tributaria»*; es, a nuestro juicio, indicativa de que la figura no implica la aplicación analógica de la norma defraudada a un supuesto no previsto por la misma; no implica la integración analógica de una laguna normativa.

Tal y como subrayan HERRERA MOLINA y MARTÍN FERNÁNDEZ, *«la integración analógica supone "por definición" la existencia de una laguna»* (2002, 34); una laguna cuya existencia podría argumentarse tan sólo en los supuestos en los que se elude o evita realizar el hecho imponible tal y como aparece definido en el precepto defraudado –y, a nuestro modo de ver, como se defenderá más adelante, ni siquiera es así realmente en estos supuestos–; sólo en estos casos, la mera declaración del negocio, en los términos del artículo 15, como artificioso o impropio para la consecución del resultado obtenido y la ausencia de efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios, y la consiguiente eliminación de los efectos jurídico-tributarios de los mismos (los atribuidos por la norma de cobertura), no llevaría por sí misma –de no haberlo dispuesto así expresamente el legislador en el propio art. 15 de la LGT– automáticamente y en todos los casos, a la aplicación de la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios (la norma defraudada), porque los actos realizados no están comprendidos en la definición del hecho imponible contenida en el precepto que se pretende defraudar. En cambio, en el supuesto en el que, sin haberse evitado la realización del hecho imponible, se minorla base o la deuda tributaria, la sola eliminación de los efectos jurídico-tributarios atribuidos por la norma de cobertura sí que impedirá por sí misma la obtención de las ventajas fiscales perseguidas. En estos supuestos el eliminar las ventajas fiscales obtenidas no es algo distinto de la aplicación de la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios. Son supuestos en los que, en definitiva, en la terminología de KRUSE no se produce una elusión de la hipótesis normativa de la norma de sujeción, sino la captación de la hipótesis normativa de la norma que permite minorar la base imponible o la deuda tributaria ²².

²⁰ (2005, 56).

²¹ Para GONZÁLEZ GARCÍA, que comenta la redacción original del artículo 24 de la LGT, *«una vez admitido el fraude de ley en un ordenamiento, está de más cualquier alusión a la aplicación analógica como mecanismo de reacción»* y explica *«que la Ley General Tributaria acuda a la analogía para combatir el fraude a la Ley»* en la recepción en el Derecho tributario por vía jurisprudencial de un concepto elaborado en otra rama jurídica (1982, 199-201).

²² Citado por LÓPEZ LÓPEZ y BÁEZ MORENO (2004, 124).

Como hemos señalado, sólo cabría argumentar acerca de la existencia de una auténtica laguna normativa en la norma defraudada —entendida en su sentido propio y comúnmente aceptado como incompletitud de la ley contraria al plan de la norma—, que sea necesario integrar mediante el recurso a la analogía, si los actos o negocios en fraude de ley o conflicto no son subsumibles en el presupuesto de hecho abstracto de aquélla; es decir, sólo en el supuesto en el que se evite la realización del hecho imponible. Si los actos o negocios —como sucede en el segundo caso, en el que se minora la base o la deuda— son subsumibles en la norma defraudada y también en la norma de cobertura, no hay propiamente una laguna normativa con respecto a la primera puesto que el supuesto está previsto y es subsumible en la misma. Sólo habría, y tan sólo con respecto a la segunda, o bien una mera laguna de conocimiento, debida a la falta de información acerca de los hechos a subsumir en la misma; o bien una laguna de reconocimiento, por indeterminación del sentido de sus términos. Habría, en definitiva, un problema de subsunción o calificación, en ningún caso un problema de integración. En estos supuestos, como señalan LÓPEZ LÓPEZ y BÁEZ MORENO (2004, 123), no hay incompletitud y, en nuestra opinión, no creo que haya duda alguna de que el mecanismo de aplicación de la norma defraudada no puede calificarse de integración, puesto que el supuesto sí es subsumible en la misma; como tampoco puede calificarse de integración el mecanismo de inaplicación de la norma de cobertura ²³.

Pero es que, como ya hemos adelantado, tampoco creemos que en los supuestos de elusión de la norma de sujeción, en los supuestos en los que se evita la realización del hecho imponible, exista en sentido propio una laguna normativa que el ordenamiento tributario se vea obligado a integrar mediante la aplicación analógica de la norma defraudada ²⁴. Como señala el profesor PALAO (2003, 80), en los supuestos de fraude de ley no existe tal laguna a integrar; *«la norma aplicable existe y es justamente la defraudada, el ordenamiento está completo»*. Para PALAO, el presupuesto de hecho de la norma defraudada *«no se realiza en sentido puramente formal; esto es precisamente lo que pretende quien realiza la operación fraudulenta, para la cual tiene que ampararse en una calificación inaceptable; pero sí en sentido sustantivo»* ²⁵. Estamos, en lo fundamental, de acuerdo con esta afirmación, pero cabe formular una pequeña matización.

Si el supuesto de hecho en cuestión es subsumible en la norma mediante una operación de calificación que, en palabras del profesor PALAO (2003, 80), *«hace prevalecer la sustancia de la operación frente a su forma (entendida ésta en el sentido de configuración jurídica)»*; si, en definitiva, como afirman LÓPEZ LÓPEZ y BÁEZ MORENO (2004, 125), en el sentido posible de las palabras de la norma cabe entender comprendido un supuesto de hecho; no se habrá realmente evitado la realización del presupuesto de hecho del precepto que se pretende defraudar y, en

²³ No hay en este caso, como muy bien argumentan LÓPEZ LÓPEZ y BÁEZ MORENO (2004, 123-124), tampoco una *laguna impropia*.

²⁴ ATIENZA y RUIZ MANERO, pese a englobarlos en una misma categoría (la de *«ilícitos atípicos»*) distinguen claramente entre los que *«son el resultado de extender analógicamente la ilicitud establecida en reglas (analogia legis) o el resultado de la mera ponderación entre principios relevantes del sistema, cuyo balance exige la generación de una nueva regla prohibitiva (analogia iuris)»* y aquellos otros, entre los que se encontraría el fraude de ley, que *«por así decirlo, invierten el sentido de una regla: prima facie existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo —y en razón de su oposición a algún principio o principios— esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita»* (2000, 27).

²⁵ En idéntico sentido se pronuncian RUIZ ALMENDRAL (2004, 10, 18, 24 y 51) y RUIZ ALMENDRAL y ZORNOZA (2005, 57 y 58).

consecuencia, no estaremos en la hipótesis del fraude de ley o del conflicto en la aplicación de la norma tributaria; ni tampoco, por descontado, habrá laguna normativa alguna que integrar por el procedimiento analógico. Tal y como señalan HERRERA MOLINA y MARTÍN FERNÁNDEZ, «*si "se realizase sin más el hecho imponible" (...) el fraude a la ley tributaria no requeriría una regulación expresa, por lo que, en su caso, deberían aplicarse las correspondientes sanciones*»²⁶. Por ejemplo, si como defienden los citados LÓPEZ y BÁEZ (2004, 127-129) –y nosotros, en este supuesto, con ellos–, cabe dar al término «*socio*» un sentido característico en las normas reguladoras del régimen de transparencia fiscal, como la persona física o jurídica que a la fecha de cierre, goce o haya gozado a lo largo del ejercicio de los derechos económicos inherentes a su participación en la sociedad transparente; interpretando en definitiva el término atendiendo fundamentalmente al espíritu o finalidad de las normas que regulaban la transparencia fiscal; aplicaremos las normas en cuestión sin necesidad de integrar la misma por el procedimiento analógico, a través de una mera interpretación teleológica. En lo que discrepamos es que en este caso estamos realmente ante una norma defraudada. No se elude o evita en este supuesto dicha norma, no es necesario acudir aquí a la figura del fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria; a las cláusulas contenidas en el antiguo artículo 24 y actual artículo 15; como señalan estos autores, «*desde una interpretación de la norma conforme a su finalidad, que excluye, a su vez, la aplicación de la norma de cobertura, se resuelve, en ese supuesto, el problema*». Lo que no creemos –insistimos– es que, como ellos afirman, en este caso el problema lo sea de «*fraude a la ley tributaria*» –no hay propiamente norma de cobertura, ni norma defraudada–, sino de mera interpretación o calificación del supuesto de la realidad en el término «*socio*» empleado por el legislador. Estamos plenamente de acuerdo con ambos autores cuando afirman (2004, 127) que «*en el fraude a la ley no se crea una nueva norma o un nuevo principio, sino que se determina en qué presupuesto normativo de las normas existentes encaja el supuesto concreto*»²⁷, en que no hay integración analógica en los supuestos de fraude de ley; pero, tal y

²⁶ (2002, 37). Como se intentará argumentar a continuación, el hecho imponible sí se realiza, aunque no «*sin más*» y, efectivamente, de no excluir su imposición la propia LGT, deberían imponerse sanciones.

²⁷ Creemos que en la postura de LÓPEZ LÓPEZ y BÁEZ MORENO, o al menos en lo que extraemos de la lectura de su trabajo, existe, a este respecto, una cierta contradicción no resuelta; contradicción que se daría entre dicha afirmación y la que hacen en relación con los supuestos en los que la configuración normativa del fraude de ley implica «*que no exista norma de cobertura, es decir, que lo que se pretenda es una configuración fáctica que conduzca a la inexistencia aparente de norma (tributaria) en cuya hipótesis normativa subsumir los hechos que se hayan puesto de manifiesto*» (2004, 123); en estos casos, «*si la aplicación de la norma tributaria defraudada implica ir más allá del sentido posible de las palabras de dicha norma habrá que acudir a la analogía (luego sí hay, para estos autores, en este supuesto integración analógica). Si por el contrario, es posible aplicar la norma defraudada dentro del sentido posible de las palabras de ésta, la operación será estrictamente interpretativa*» (2004, 123). Terminan estos autores, en función de ello, afirmando que «*únicamente en la medida en que la conducta realizada en fraude a la ley sea subsumible en el presupuesto normativo de la norma defraudada, esto es, encaje en el sentido posible de las palabras de dicho precepto, sí se realiza el hecho imponible contemplado en el espíritu o finalidad de la norma eludida, con las consecuencias que de ello se derivan. En particular, la obligación de declarar y liquidar de manera correcta*» (2004, 130). En última instancia, creemos que LÓPEZ LÓPEZ y BÁEZ MORENO son, a este respecto, deudores de la concepción del fraude de ley dominante en la actualidad en derecho privado: «*Para la mayor parte de la civilística contemporánea la figura del fraude de ley carece de autonomía pues se disuelve en la doctrina de la interpretación de las leyes desde que se acepta que éstas deben entenderse conforme a su finalidad (interpretación teleológica) y no sólo conforme a su tenor literal (interpretación gramatical)*» (SALVADOR, AZAGRA y FERNÁNDEZ, 2004, 8-15).

Su postura no estaría, tal y como la entiendo, realmente muy alejada –al menos en el planteamiento, aunque lo esté mucho, creo, en el fin y en los resultados– de la defendida por el profesor FALCÓN; sobre todo si se considera, tal y

como señala RUIZ ALMENDRAL, la aplicación de la norma anti-fraude no puede reducirse a una mera operación de calificación del supuesto en la norma defraudada (2004, 30).

3. Hecho imponible y fraude de ley.

El razonamiento de que el hecho imponible se realiza o no se realiza y, en función de ello, surge o no surge la obligación tributaria; si surge y no se cumple hay ilícito, si no surge no hay ilícito posible puesto que no hay obligación que cumplir, sino una mera aplicación analógica al supuesto de hecho equivalente a los actos o negocios artificiosos o impropios –distintos del hecho imponible– del presupuesto de hecho abstracto de la norma eludida, evitada, defraudada o correspondiente a los actos o negocios usuales o propios; a unos hechos que, en definitiva, son lícitos y, por consiguiente, no sancionables; es, en nuestra opinión, tautológico y, en función de ello, incontestable en tales términos. En los términos excesivamente esquemáticos²⁸ en que tal silogismo se plantea –en nuestra modesta opinión y con todo respeto para los defensores de dicha tesis– es falaz; incurriría en concreto en la falacia de negación del antecedente; porque los actos o negocios en fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria sí que dan lugar al nacimiento de la obligación tributaria, precisamente por ser subsumibles en un presupuesto de hecho abstracto previsto en la norma que, de producirse en la realidad, da lugar a dicho efecto. Presupuesto normativo abstracto que en nuestro ordenamiento, cuando es el antecedente de la consecuencia «*nacimiento de la obligación tributaria principal*», recibe la denominación de hecho imponible. Tal y como afirma ROSEMBUIJ, «*los hechos "son" imponderables y se restaura el deber legal que se aspiraba a eludir mediante el pago del tributo, circunstancia esta inexplicable si no se hubiera llevado a cabo el hecho imponible*»²⁹. Como afirmara temprana y taxativamente VICENTE-ARCHE, «*el hecho imponible adquiere en la relación jurídico-tributaria una importancia fundamental, hasta el punto de constituir el elemento imprescindible de*

como nosotros lo hacemos, que en tales supuestos no cabe hablar propiamente de fraude a la ley tributaria sino de una mera interpretación finalista de la norma; incluida entre las contempladas en el artículo 3 del CC al que remite el artículo 12 de la vigente LGT. Interpretación que no requiere, a mi juicio, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15. También el profesor FALCÓN (1995, 7) afirma que «*las operaciones tipificadas por la ley tributaria –obviamente no sólo en su letra sino en su espíritu– deben liquidarse siempre aplicando a las mismas el régimen querido por la norma tributaria que específicamente las contemple*». Las diferencias entre la postura de estos autores y la defendida por el profesor FALCÓN estribarían fundamentalmente en que, por un lado, los mismos no excluyen como lo hace éste «*la posible calificación de fraude respecto de operaciones que aparezcan suficientemente tipificadas por el ordenamiento tributario se trate de negocios típicos o atípicos desde la perspectiva jurídico-privada (...), en el sentido de que el legislador las haya contemplado de modo específico en sus consecuencias fiscales*». FALCÓN (1995, 7 y 8), donde hace expresamente referencia a los supuestos de transparencia fiscal; y, por otro, consideran que también son supuestos de fraude a la ley tributaria los que se resuelven a través de una interpretación finalista de la norma defraudada que, al no suponer un procedimiento de integración analógica de la misma, no excluirían «*la posibilidad de derivar responsabilidades penales, al menos si se juzga esta posibilidad desde los límites que el principio de tipicidad impone a la integración de las normas que componen el tipo*». LÓPEZ LÓPEZ y BÁEZ MORENO (2004, 129).

²⁸ El profesor PALAO la califica de «*disyuntiva reduccionista*» (2003, 81).

²⁹ (1996, 80). Aunque también afirme que «*la liquidación de la deuda tributaria, "como" si se hubiera realizado el hecho imponible, que no se verificó, no implica la imposición de sanciones. (...) La obligación tributaria nace del hecho imponible, como si éste se hubiera realizado*» (1996, 92).

la misma, con la consecuencia de que el tributo sólo se debe cuando se realiza el presupuesto de hecho y que la administración financiera no puede obligar al pago de un tributo a aquellas personas respecto a las cuales no se haya realizado el hecho imponible. Razonando así reconocemos que sin hecho imponible no puede existir una obligación tributaria» (1960, 550).

Son actos o negocios en fraude de ley, o constitutivos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, los subsumibles en el presupuesto de hecho de la norma del artículo 15 de la vigente LGT, o lo eran en el anterior artículo 24.1 de la misma; precepto que les atribuye la consecuencia jurídica prevista por el ordenamiento para tales actos o negocios. No hay en estos supuestos laguna normativa alguna, ya que el legislador mismo la ha cubierto al regular los supuestos de fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Como adelantamos, tan sólo existiría una mera laguna de conocimiento o reconocimiento. No hay, por lo tanto, necesidad de recurrir a la aplicación analógica de ningún precepto –norma defraudada, eludida, evitada o que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios– como vía de integración del ordenamiento; puesto que no hay laguna en el ordenamiento tributario que cubrir, gracias a que los actos o negocios en fraude de ley o constitutivos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria son subsumibles expresamente en un precepto, previsto por la LGT y que les atribuye la consecuencia jurídica que les corresponde³⁰. Si definimos, con el maestro SAINZ DE BUJANDA, el hecho imponible como *«el hecho, hipotéticamente previsto en la norma, que genera, al realizarse, la obligación tributaria»* (1966, 285), habremos de concluir necesariamente que el conjunto de circunstancias hipotéticamente previstas en el artículo 15 de la LGT vigente, o en el anterior artículo 24, forman parte del hecho imponible; en tanto que su realización provoca el nacimiento de la obligación tributaria principal.

Las cláusulas generales para combatir la denominada elusión fiscal no tienen una naturaleza distinta a la de las cláusulas especiales³¹, a los *«hechos imponibles complementarios a tra-*

³⁰ No podemos compartir, en función de ello, la caracterización del fraude de ley como *«ilícito atípico»* que realizan ATIENZA y RUIZ MANERO, que parece compartir GARCÍA NOVOA (2004, 325-326) y que acogió la Sala 2.^a del Tribunal Supremo en su STS de 15 de julio de 2002 (TOL 203097), en el denominado *caso Kepro*, en la que expresamente afirmó que *«el fraude de ley es una forma de "ilícito atípico" ...»*. Para los citados autores *«las tres figuras del abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder (...) son concreciones de un concepto general (precisamente, el de ilicitud atípica). (...) lo que caracteriza a los ilícitos atípicos (frente a los ilícitos típicos) es la oposición a los principios (pero no a las reglas del sistema jurídico)»* (2000, 9); entendiendo por reglas, *«pautas específicas de conducta que establecen mandatos y permisiones y que se caracterizan por (...) que su estructura consiste en un antecedente o condición de aplicación, que contiene un conjunto cerrado de propiedades, y un consecuente o solución normativa»*. A nuestro modo de ver, es evidente que el artículo 6.4 del Código Civil y, más específicamente en el ámbito tributario, el antiguo artículo 24 y actual artículo 15 de la LGT contienen –en la terminología de estos autores– *«reglas de acción»* que *«pretenden regular la conducta de sus destinatarios excluyendo su propia deliberación como base para la determinación de la conducta a seguir: (...) los ciudadanos deben abstenerse de realizar tal tipo de acción»* (2000, 17) cuya violación constituye un *«ilícito típico»*, y no uno *«atípico»* por violación de un *«principio de mandato»*, de una *«norma regulativa de mandato»* contenida en un principio (2000, 27). Encontramos, a este respecto, incongruente la tesis de ATIENZA y RUIZ MANERO, sobre todo a la vista de la afirmación de los mismos en el sentido de *«que los delitos –ilícitos– se configuren con expresiones muy vagas no implica todavía (...) que se configuren mediante principios, esto es, que dejen de ser ilícitos típicos, en el sentido con el que aquí queremos la expresión: las reglas pueden contener expresiones muy vagas, sin dejar por eso de ser reglas»* (2000, 26 y 27). En lo tocante a la vaguedad o indeterminación, no es éste, por otra parte y como se argumentará, el caso de la regla relativa al fraude de ley contenida en la LGT.

³¹ GARCÍA NOVOA (2003, 10). Un análisis de dicha figura por este autor en (2004, 181-187).

vés de los cuales el legislador intenta cerrar las vías alternativas para conseguir un resultado equivalente al del hecho imponible eludiendo el gravamen»³². En la definición de BLUMENSTEIN citada por GARCÍA NOVOA: «el presupuesto de hecho complementario existe cuando, una vez definido el hecho imponible, se prevé, ante la eventual concurrencia de determinadas circunstancias en su realización, otro presupuesto de hecho "cuya integración debe tener los mismos efectos jurídicos" que la realización del hecho imponible típico». La cláusula general anti-elusión, en los términos que emplea GARCÍA NOVOA para definir los presupuestos complementarios, no «está operando sobre un hecho imponible previamente definido, sino creando otro, que, eso sí, tiene con el previamente tipificado una cierta relación. (...) no se trata tanto de matizar la definición del hecho imponible, sino de establecer, junto al hecho imponible específico, otra hipótesis a efectos de aplicación del tributo» (2004, 182). Con carácter general —no sólo en relación con el hecho imponible— las cláusulas especiales delimitan negativamente la cláusula general, la desplazan e impiden su aplicación en el ámbito de aquéllas. Así, por ejemplo, cuando en el artículo 30.1 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, que regula el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, se establece que «las donaciones y demás transmisiones inter vivos equiparables que se otorguen por un mismo donante a un mismo donatario dentro del plazo de tres años, a contar desde la fecha de cada una, se considerarán una sola transmisión a los efectos de liquidación del impuesto», dicha cláusula especial³³, que pretende atajar el fraccionamiento en fraude de ley de las donaciones, está al mismo tiempo delimitando negativamente la cláusula general anti-fraude e imposibilitando su aplicación a donaciones que se otorguen fuera del plazo de tres años —aunque sea por un solo día—; imposibilitándolo en supuestos en los que, de no existir dicha cláusula específica, sí podría aplicarse, si se dieran los requisitos para ello, la cláusula general. El legislador ha delimitado el presupuesto de hecho en el artículo 30.1 de aquella ley, no es posible aplicar el artículo 15 de la LGT, o el anterior artículo 24. No es posible dicha aplicación precisamente porque tales normas tienen la misma naturaleza anti-elusiva que la del artículo 30.1 de la ley del impuesto: la norma especial desplaza a la norma general. Si la cláusula general fuera de naturaleza distinta al supuesto previsto expresamente por el legislador no cabría, creemos, defender la exclusión de aquélla por éste, como tampoco cabe defender, tal y como propugna FALCÓN, dicha exclusión cuando el presupuesto de hecho previsto expresamente por el legislador no tiene tal naturaleza anti-elusiva. Creemos que ni el profesor FALCÓN (1995, I, 8) ni el profesor GARCÍA-NOVOA (2004, 270-271) explican adecuadamente con su construcción por qué en un supuesto como éste del fraccionamiento de donaciones «no cabe ir más lejos a través de la analogía»; por qué no cabe aplicar la cláusula anti-fraude cuando la norma defraudada sea precisamente una norma como la del artículo 30.1. También en otros supuestos el legislador «ha establecido expresamente hasta dónde debe llegar el gravamen» y no cabe la subsunción en el presupuesto de hecho de la norma defraudada, y, a pesar de ello, sí que será de aplicación la cláusula anti-fraude y, para estos autores, la aplicación analógica de la norma defraudada. A nuestro juicio, la aplicación de la cláusula general anti-fraude a un supuesto no previsto por la misma, al haber sido delimitada negativamente por la cláusula especial, supondría utilizar la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del

³² FALCÓN (1995, II, 6). ROSEMBUJ se refiere a los «Hechos imponibles, subrogatorios o suplementarios» (1994, 308-309).

³³ Sobre los problemas de las normas especiales respecto de operaciones y tributos concretos, vid. RUIZ ALMENDRAL (2004, 15) y RUIZ ALMENDRAL y ZORNOZA (2005, 40-42) y la bibliografía allí citada.

presupuesto de hecho de tal cláusula, del hecho imponible, lo que prohíbe la LGT en su artículo 14; analogía que además sería, a nuestro modo de ver, completamente improcedente, porque no hay, en dicha cláusula general, ninguna laguna que integrar en este caso: el legislador ha querido excluir la aplicación de la cláusula general y sustituirla por la cláusula especial.

El profesor FALCÓN ³⁴ parece mezclar a este respecto –a nuestro juicio de forma inadecuada–, bajo la común consideración como «operaciones suficientemente tipificadas por el ordenamiento tributario», supuestos en los que, como en el citado del fraccionamiento de donaciones, existe una cláusula especial anti-fraude que impide la aplicación de la general, con supuestos en los que lo que existe es una mera norma de cobertura, aparentemente aplicable, pero que no puede impedir la aplicación de la cláusula anti-fraude. Creemos que ni puede ni debe equiparse el caso en el que el legislador, como señala el profesor PALAO, ha trazado «un límite claro entre los supuestos admitidos y rechazados» –la anglosajona «raya brillante» (*bright line*)– a través de una «regla de refugio» (*safe harbour rule*) ³⁵ y el caso «de algún modo previsto por la ley tributaria» del que habla FALCÓN ³⁶. Este último, de forma ciertamente congruente con su tesis, propugna la exclusión de la aplicación del fraude de ley de supuestos en los que, según su concepción, no existirían lagunas porque «el legislador las haya contemplado de modo específico en sus consecuencias fiscales» ³⁷.

El profesor FALCÓN no deja de plantear la consideración de los supuestos en fraude de ley como integrantes del hecho imponible, aunque lo haga para rechazarla ³⁸. Para el citado profesor el presupuesto de hecho del artículo 24 de la anterior LGT, lo que denomina «hecho equivalente» es «una especie de "hecho imponible no tipificado"» ³⁹; no tipificado en el precepto que contiene el que FALCÓN denomina «hecho imponible tipificado» o hecho imponible «en sentido propio»; pero sí que está «tipificado», en nuestra opinión, en la cláusula anti-fraude. La liquidación administrativa tiene –y el propio FALCÓN lo reconoce–, como cualquier otra liquidación, mero carácter declarativo, no constitutivo ⁴⁰. Lo llamativo y –en nuestra opinión– contradictorio en el planteamiento del profesor FALCÓN es su empeño en afirmar que «del hecho en fraude de ley tributaria, (...) no deriva en principio obligación alguna para el contribuyente, sino sólo la posibilidad de la Administración de practicar la liquidación, a través del correspondiente expediente inicial» (sic) (1995, I, 12). Es decir, para el profesor FALCÓN, con la realización del *hecho equivalente* nace la obligación tributaria, pero no para el contribuyente; porque no ha realizado el hecho imponible sino un *hecho*

³⁴ También GARCÍA-NOVOA (2004, 92 y 270-271).

³⁵ (2003, 75).

³⁶ (1995, I, 7 y 1995, II, 7).

³⁷ (1995, I, 7).

³⁸ (1995, I, 12-14).

³⁹ Para ROSEMBUJ (1996, 79) «no es correcto distinguir entre hecho imponible y equivalente no tipificado: el hecho en fraude de ley es el hecho imponible tipificado».

⁴⁰ También para ROSEMBUJ (1996, 93) y HERRERA MOLINA y MARTÍN FERNÁNDEZ (2002, 55).

equivalente y, en función de ello no es tal contribuyente; *sujeto* ⁴¹ o *persona* a quien, pese a que no habría dejado de cumplir ninguna obligación tributaria que le incumbiera, se le va a exigir aquella que surgió –aunque, de acuerdo con esta tesis, no a su cargo ⁴²– con la realización por su parte del hecho equivalente al hecho imponible; que no sería, de acuerdo con esta tesis, un hecho imponible; y además, de forma –siempre según esta tesis– que habría que calificar de completamente inopinada, se le exigen intereses de demora ⁴³.

En cuanto a la definición de hecho imponible de la LGT, sea en el artículo 20.1 de la vigente ⁴⁴ o en el artículo 28 de la anterior ⁴⁵; resulta –a nuestro juicio– claro, que la realización del presupuesto del anterior artículo 24 y el 15 actual origina el nacimiento de la obligación tributaria principal, y el mismo está fijado por la LGT. El profesor GARCÍA NOVOA afirma acertadamente a este respecto que las cláusulas anti-elusorias de carácter general *«constituyen previsiones legislativas –que, a nuestro modo de ver, deben estar cubiertas por el principio de reserva de ley–»* y en nota a pie de página afirma: *«Pues supone prever un presupuesto en que se extiende el tributo a casos en que, se entiende que el legislador "hubiera querido que el tributo se aplicase". A nuestro juicio se debe exigir para estas cláusulas una reserva de ley similar a la creación ex novo de un tributo, porque a través de estas cláusulas se está legitimando a la administración a extender el tributo a supuestos excepcionales no previstos en el hecho imponible»* (2004, 261-262). Evidentemente es el legislador el que prevé dicho presupuesto abstracto, el que *extiende* con dicha cláusula el tributo porque *quiere*, no simplemente *hubiera querido*, que el tributo se aplique. Son supuestos en los que es el legislador, y no la Administración, el que amplía el hecho imponible tal y como aparece definido en la norma propia de cada tributo. Afirma acertadamente GARCÍA NOVOA citando a HERRERA MOLINA que *«cuando la administración emplee la cláusula especial»* –y, a nuestro modo de ver, también cuando aplica la cláusula general– *«no estaría desarrollando ninguna actuación específica de combate de la elusión, sino aplicando, lisa y llanamente, la norma reguladora del hecho imponible del tributo»* (2004, 270). Como señala el profesor FALCÓN, *«el expediente en fraude de ley viene a colmar ciertas lagunas del sistema tributario»*; a lo que cabría contestar –con todo respeto– que no es *«el expediente»* el que colma las lagunas, sino el presupuesto de hecho de la norma reguladora del fraude a la ley tributaria. En función de ello, no hay integración alguna que realizar, no hay

⁴¹ HERRERA MOLINA y MARTÍN FERNÁNDEZ subrayan el hecho de que el anterior artículo 24 de la LGT no calificara de sujeto pasivo a quien realiza las conductas en fraude de ley, y se refieren al mismo, en los términos de la ley entonces vigente, como *«el interesado»* (2002, 53). A nuestro juicio resulta evidente que, tal y como afirma el vigente artículo 36 de la LGT (y en términos similares hacia el art. 30 de la ley anterior), *«es sujeto pasivo el obligado tributario que, según la ley, debe cumplir la obligación tributaria principal, así como las obligaciones formales inherentes a la misma»*; y si no es sustituto, es necesariamente contribuyente. El *«interesado»*, es claro, no aparece en la prolija lista de obligados tributarios del artículo 35 de la LGT.

⁴² Cabe preguntarse entonces: ¿a cargo de quién surgiría dicha obligación?

⁴³ HERRERA MOLINA y MARTÍN FERNÁNDEZ afirman expresamente que *«al estar en presencia de un pago extemporáneo, procede la exigencia de intereses de demora (...) entre la finalización del período voluntario de pago y la fecha en que se practiquen las liquidaciones»* (2002, 55).

⁴⁴ *«El hecho imponible es el presupuesto fijado por la ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación principal».*

⁴⁵ *«El hecho imponible es el presupuesto de naturaleza jurídica o económica fijado por la ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria».*

necesidad alguna de «gravarlo por analogía» en la medida en que está gravado por la cláusula anti-abuso. Un auténtico «mecanismo de cierre del sistema que permite gravar» (permite gravarlos –perdón por la insistencia– porque están gravados) «aquellos hechos a los que ni ha llegado ni, por muy diligente que fuera, podría haber llegado el legislador» en el precepto de la ley propia de cada tributo en el que, en la terminología de estos autores, se «tipifica» el hecho imponible «en sentido propio».

En definitiva, los actos o negocios en fraude de ley suponen la realización del hecho imponible, no sólo materialmente, como señalan PALAO y RUIZ-ALMENDRAL, sino formalmente también. No es correcto –creemos– afirmar, como hace GONZÁLEZ GARCÍA, que «en el fraude a la ley tributaria no se realiza el hecho imponible, pero es como si se realizara» (...) «quien obra en fraude de ley no realiza el hecho imponible contemplado por la norma» (2001, 25 y 47). El contribuyente –auténtico contribuyente ya que realiza el hecho imponible– no consigue evitar la realización del hecho imponible tal y como pretende; evita ⁴⁶ (en los términos del nuevo art. 15) su realización, los actos o negocios jurídicos en fraude de ley (en los términos del anterior art. 24), son realizados con el propósito de eludir ⁴⁷ el pago del tributo. El contribuyente huye de incurrir en el hecho imponible, lo evita, pero huir o evitar no es lograr escapar. Huye de la realización del «conjunto de circunstancias hipotéticamente previstas en la norma» reguladora de cada tributo, pero no puede dejar de incurrir en el «conjunto de circunstancias hipotéticamente previstas en la norma» anti-abuso o anti-fraude, «cuya realización provoca el nacimiento de una obligación tributaria concreta» y, en función de ello, forman –tal y como hemos defendido– también parte del hecho imponible.

Entendida la norma que se evita o elude; de la que huye pero no escapa el contribuyente que realiza actos o negocios abusivos o en fraude de ley; como la suma del presupuesto de hecho previsto en la ley propia de cada tributo y el presupuesto de hecho del artículo 15 de la vigente LGT, o del artículo 24 de la ley anterior; parece claro que no puede defenderse que estemos ante un problema de integración analógica, ante una laguna, sino ante un problema de interpretación o aplicación de una norma que existe; ante un problema de calificación de los actos o negocios realizados como negocios en fraude a la ley tributaria o en conflicto en la aplicación de la norma tributaria en el precepto del artículo 15 de la LGT, o en el anterior artículo 24. Un problema, por tanto, de subsunción de tales actos o negocios en el presupuesto de hecho de dicha norma. En nuestra opinión, no se trataría, como afirma RUIZ ALMENDRAL (2004, 22), de que «la situación de ausencia de norma que caracteriza a las lagunas jurídicas, se produce también en el caso de fraude, pero como consecuencia directa de la actuación de quien actúa en fraude»; no es que en estos supuestos (PALAO, 1998, 15) «el legislador sí quiso gravar esta operación pero su voluntad se ve frustrada por maniobras fraudulentas»; el legislador las quiso gravar y las gravó; no hay tal frustración de su voluntad, y no la hay gracias a que el supuesto es subsumible en la cláusula anti-abuso. Exactamente tal y como afirma el profesor PALAO (2003, 80), cuando existe una laguna normativa «no existe la norma aplicable por "una deficiencia

⁴⁶ «Evitar: 2. Excusar, huir de incurrir en algo» (DRAE, 2001, 1013). «Excusar: 3. No querer hacer algo» (DRAE, 2001, 1017).

⁴⁷ «Eludir: 1. Evitar con astucia una dificultad o una obligación» (DRAE, 2001, 874).

de la Ley contraria al plan del legislador"; en la aplicación de la norma defraudada no hay tal deficiencia: la norma aplicable existe y es justamente la defraudada; el ordenamiento está completo»; el único matiz que nos atreveríamos a introducir en la afirmación del profesor PALAO sería que «la norma aplicable existe y es justamente la defraudada» gracias precisamente a que el supuesto es subsumible en la cláusula del artículo 15 o del anterior artículo 24. Como afirma RUIZ ALMENDRAL (2004, 53 y también 20 y 24) «no hay tal analogía en la aplicación de la norma antifraude», porque el supuesto en cuestión –insistimos– es subsumible en ella.

En este sentido compartimos plenamente la afirmación de PALAO (2003, 80) de que «es necesario matizar la tesis generalmente aceptada (...) de que en el fraude de ley la norma defraudada se aplica por analogía en el sentido de que esta analogía es distinta de la que se emplea para cubrir las lagunas del Derecho»⁴⁸. Existe, como pone perfectamente de manifiesto RUIZ ALMENDRAL, una intensa y quizás indisoluble relación entre la interpretación finalista y el «razonamiento seguido en la analogía», por un lado, y, por otro, el «razonamiento con connotaciones analógicas» –que no integración analógica– de las cláusulas anti-abuso⁴⁹. Estamos completamente de acuerdo con RUIZ ALMENDRAL cuando afirma que «el razonamiento empleado en la corrección del fraude de ley no coincide con la analogía como procedimiento de integración normativa, fundamentalmente porque la norma no se aplica a un supuesto no previsto por ella, sino a uno previsto por ella que ha sido distorsionado por las partes. El mecanismo empleado implica la calificación del supuesto y la adecuada interpretación de las normas en liza, de acuerdo con los criterios clásicos, donde cobrará especial relevancia el de los fines» (2004, 24). El único matiz que cabe introducir –como se ha señalado– es que el supuesto «distorsionado por las partes» está previsto precisamente en la norma que recoge los supuestos de fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria, norma a interpretar y a utilizar, evidentemente, en la calificación del supuesto en fraude o conflicto.

El Tribunal Constitucional, en el FJ 4.º de la Sentencia 120/2005, al afirmar que «el concepto de fraude de ley tributaria no difiere del concepto de fraude de ley ofrecido por el artículo 6.4 del CC» y reafirmar lo que ya declaró en la STC 37/1987, de 26 de marzo (FJ 8.º): «el fraude de Ley, en cuanto institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del ordenamiento jurídico», está rechazando expresamente que existan, en cuanto a la reacción jurídica prevista por el ordenamiento para los supuestos de fraude de ley, especialidades en el ámbito tributario. Según el Tribunal Constitucional, «la consecuencia que el artículo 6.4 del CC contempla para

⁴⁸ Se diría que es ésta también la postura de ROSEMBUJ: «el fraude de ley permite reconstruir, desde la perspectiva de la norma, la que debe aplicarse y, aunque no exclusivamente, se apoya en la conexión analógica: "como si" el hecho imponible se hubiera verificado. Pero una lectura neutra diría que el hecho imponible en fraude de ley "es" el hecho imponible previsto» (1996, 79). «La analogía actúa como un instrumento de interpretación, y su recurso no supone la falta de norma» (1996, 76). «El fraude de ley, dogmáticamente, no requiere de la analogía para su configuración» (1996, 77).

⁴⁹ «Es ahí, en la operación de comparar formas jurídicas y contenido económico, donde radica este razonamiento con connotaciones analógicas, en la medida en que se compara la identidad de razón entre el hecho económico realmente realizado por las partes, y la forma adecuada, tal y como es contemplada por el derecho tributario» (2004, 23-24). En el mismo sentido, RUIZ ALMENDRAL y ZORNOZA (2005, 57-58).

el supuesto de actos realizados en fraude de Ley es, simplemente, la aplicación a los mismos de la norma indebidamente relegada por medio de la situación artificiosa de una situación que encaja en la llamada "norma de cobertura"; sin especialidades a este respecto, según el Tribunal Constitucional, ni en el ámbito tributario ni en cualquier otro ámbito. El Tribunal Constitucional no parece con ello compartir la tesis del profesor FALCÓN antes reproducida de que «el mecanismo del fraude de ley tributaria no constituye un modo de reaccionar frente a hechos ilícitos, a diferencia del fraude a la ley civil. Sino un mecanismo de aplicación del tributo por analogía» (1995, I, 12-13) ⁵⁰. Está rechazando, en definitiva, que exista la «radical diferencia con los supuestos previstos en el artículo 6.4 del CC» que el profesor FALCÓN defiende que existe en el mismo título de su antes citado trabajo.

Siendo esto así, puede resultar llamativo –debería resultar llamativo– que, en el mismo FJ 4.º –de hecho inmediatamente a continuación de haber negado dichas diferencias entre el fraude de ley de los arts. 6.4 y 24 de la LGT– acabe el Tribunal Constitucional concluyendo lo siguiente: *«Dicho de otra manera: la utilización del fraude de ley –tributaria o de otra naturaleza– para encajar directamente en un tipo penal un comportamiento que no reúne per se los requisitos típicos indispensables para ello constituye analogía in malam partem prohibida por el artículo 25.1 de la CE»* ⁵¹ y afirmando *«la improcedencia constitucional de contornear los límites estrictos de cualquier tipo penal que pudiese entrar en consideración con ayuda del recurso a la noción de fraude de Ley»*. Afirmación esta ante la que cabe preguntarse: ¿es entonces la reacción prevista por el ordenamiento para los supuestos en fraude de ley –pese a todo lo anteriormente afirmado por el TC– la aplicación analógica de la norma defraudada –tal y como defiende en el ámbito tributario la tesis que hemos criticado– y, en consecuencia, en el ámbito penal, constitutiva de analogía *in malam partem* prohibida por el artículo 25.1 de la Constitución? A nuestro juicio, rotundamente no.

Pese a lo que afirme el FJ 4.º de la STC 120/2005, no hay incompatibilidad alguna entre la noción de fraude a la ley tributaria y el derecho a la legalidad penal, y ello –como se verá con más detalle en la segunda parte de este trabajo– por dos razones: (i) la primera, porque, como hemos argumentado, la utilización de la figura del fraude de ley o el conflicto en la aplicación de la norma tributaria no implica la integración de la norma tributaria a través del procedimiento analógico; (ii) la segunda, porque la aplicación analógica de la norma tributaria –que, nos permitimos insistir cuanto sea necesario e incluso innecesario, no se produce en los supuestos de fraude de ley o conflicto– no es lo mismo que la aplicación analógica de la norma que tipifica los incumplimientos como infracción administrativa o penal; y ésta –y sólo ésta– es la prohibida por el artículo 25.1 de la Constitución. Esta segunda razón se desarrollará al estudiar, a continuación, las conductas en fraude de ley como constitutivas de infracción tributaria. Por lo que se refiere a la primera, no se va a insistir más, sino simplemente a expresar la incongruencia entre lo afirmado por el Tribunal en la

⁵⁰ Sobre la imposibilidad, en términos de lógica jurídica, de «defender una contraposición estricta entre Derecho tributario y privado, pues ambos forman parte del mismo sistema», vid. RUIZ ALMENDRAL (2004, 12-14).

⁵¹ Argumento que se reitera en el FJ 3.º de la STC 48/2006, de 13 de febrero.

STC 75/1984, de 27 de junio (FFJJ 5.º y 6.º)⁵², expresamente citados en la Sentencia 120/2005, y la conclusión que extrae de ello el Tribunal en esta segunda. Conclusión que, nos atrevemos a afirmar quizás de forma un tanto aventurada, ha sido extraída de los trabajos de los profesores ROSEMBUJ, FERREIRO y GARCÍA NOVOA en los que se hace referencia a dicha sentencia y se extrae, creemos que también erróneamente –como se intentará argumentar a continuación–, la misma conclusión⁵³.

Lo que afirma el Tribunal Constitucional en la STC 75/1984 es, precisamente, lo contrario: existe, en el supuesto de esta sentencia, aplicación analógica de la ley penal porque *«no se dan (...) los supuestos necesarios para apreciar la existencia de fraude de ley»*. Es precisamente la *«construcción jurídica defectuosa»* de las sentencias anuladas –defectuosa por la inexistencia del fraude a la ley penal en dichos supuestos que se exponen en las mismas– la *«que vicia la corrección de los resultados»*. *«Si en el ámbito penal no cabe apreciar el fraude de ley, la extensión de la norma para declarar punible una conducta no descrita en ella implica una aplicación analógica incompatible con el derecho a la legalidad penal»*; es decir, precisamente porque no cabe apreciar fraude de ley, la extensión de la norma a una conducta no descrita en ella se realiza a través de una aplicación analógica de la norma penal, incompatible con el artículo 25.1. ¿Por qué afirma entonces el Tribunal en dicha sentencia que *«no cabe hacer uso de esa figura en la aplicación de la ley penal»*? Porque *«la territorialidad de éste y la inexistencia de normas disponibles a cuyo amparo puedan producirse consecuencias jurídicas favorables hacen materialmente imposible extender a este sector del ordenamiento la figura del fraude de ley»*. No cabe una conducta en fraude a la ley penal que «contornee» o «eluda» la norma penal que declara delito los hechos cometidos en España. La territorialidad de la ley penal hace materialmente imposible el fraude de ley en este

⁵² Como resume ARIAS VELASCO (2001, 13), «la Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1984, de 30 de julio, contempla un supuesto en el que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional había condenado como delito de aborto una interrupción del embarazo de una ciudadana española llevada a cabo en el extranjero, basándose en el argumento de que el desplazamiento a país extranjero constituía un fraude de ley penal, al haber sido realizado con el propósito de eludir la ley española que penalizaba el aborto».

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado y anuló la sentencia condenatoria, argumentando lo siguiente:

«No se dan, por tanto, los supuestos necesarios para apreciar la existencia de fraude de ley ni más en general cabe hacer uso de esa figura en la aplicación de la ley penal, pues la territorialidad de este y la inexistencia de normas disponibles a cuyo amparo puedan producirse consecuencias jurídicas favorables hacen materialmente imposible extender a este sector del ordenamiento la figura del fraude de ley.»

Las anteriores consideraciones bastan para poner de relieve que la sentencia impugnada se apoya en una construcción jurídica defectuosa que vicia la corrección de los resultados. No bastarían, sin embargo, para invalidarlas, si el defecto no acarrearase como consecuencia una lesión en un derecho fundamental de los recurrentes (...) el de no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito o falta según la legislación vigente, derecho que el artículo 25.1 de la Constitución consagra. Tal derecho, (...) no tolera (...) la aplicación analógica in peius de las normas penales o, dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anular la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles. Esta exigencia se vería soslayada, no obstante, si a través de la figura del fraude de ley se extendiera a supuestos no explícitamente contemplados en ellas la aplicación de normas que determinan el tipo o fijan las condiciones objetivas para la perseguibilidad de las conductas, pues esta extensión es, pura y simplemente, una aplicación analógica.

6. La conclusión a que en el punto anterior se llega basta para fundamentar la estimación del presente recurso, pues es evidente que si en el ámbito penal no cabe apreciar el fraude de ley, la extensión de la norma para declarar punible una conducta no descrita en ella implica una aplicación analógica incompatible con el derecho a la legalidad penal.»

⁵³ ROSEMBUJ (1994, 106 y 107). FERREIRO (2001, 23 y 24). GARCÍA NOVOA (2003, 18).

sector del ordenamiento: el delito se comete en España o no es delito; no es posible a este respecto *violar indirectamente* mediante una conducta en fraude de ley «la aplicación de normas que determinan el tipo o fijan las condiciones objetivas para la perseguibilidad de las conductas», el fraude de ley es de comisión imposible con respecto a tales normas; por ello precisamente, «si a través de la figura del fraude de ley –materialmente imposible en este sector del ordenamiento– se extendiera a supuestos no explícitamente contemplados en ellas la aplicación de normas que determinan el tipo o fijan las condiciones objetivas para la perseguibilidad de las conductas (...) esta extensión es, pura y simplemente, una aplicación analógica», al no haber tal fraude a la ley penal no hay sino analogía *in malam partem*. En definitiva, no es que la conclusión del Tribunal Constitucional en la STC 120/2005 sea lo afirmado en la STC 75/1984 «dicho de otra manera», como declara el propio Tribunal; es que en la STC 120/2005 se dice otra cosa distinta. Adicionalmente, como también el propio Tribunal Constitucional reconoce, los supuestos de hecho examinados en ambas sentencias tienen «muy diferente naturaleza», diferencia de naturaleza que radicaría principalmente en que; mientras en el supuesto de hecho de la STC 75/1984, la sentencia anulada en amparo suponía «la extensión de la norma para declarar punible una conducta no descrita en ella» mediante la consideración de la norma penal como *norma defraudada*; en la STC 120/2005 no son las normas penales, «que determinan el tipo o fijan las condiciones objetivas para la perseguibilidad de las conductas», las defraudadas, sino las normas tributarias; y ni hay, en tales supuestos, aplicación analógica de la norma tributaria defraudada, ni tampoco deja de estar dicha conducta «descrita en ella»: no hay laguna normativa en los supuestos de fraude de ley, como se ha insistido ya, sin duda, en exceso.

4. Fraude de ley e infracción tributaria.

La STC 120/2005 hace referencia a una supuesta «falta de configuración legal del fraude de ley tributaria como ilícito administrativo-tributario» (FJ 3.º), a una pretendida «atipicidad administrativa del fraude de ley tributaria» (FJ 4.º); hay que entender que empleando los términos ilícito administrativo-tributario en el sentido de ilícito tributario sancionador o, más sencillamente, infracción tributaria. Es decir, para el Tribunal Constitucional las conductas en fraude a la ley tributaria son ilícitas, como se ha señalado, pero no serían constitutivas de infracción, al no estar tipificadas como tales. Desde el momento en que el Tribunal Constitucional no acepta que el fraude a la ley tributaria difiera en su concepto y efectos del genérico fraude de ley del artículo 6.4 del Código Civil, rechaza la licitud de las conductas en fraude de ley. El Tribunal Constitucional simplemente afirma que las conductas en fraude de ley, pese a constituir ilícitos tributarios, no están tipificadas como infracción administrativa. Esta afirmación del Tribunal Constitucional es, a nuestro juicio, completamente errónea y vicia (parcialmente al menos, puesto que la misma se apoya en otros argumentos) la conclusión que el mismo extrae de ella en el ámbito penal ⁵⁴.

⁵⁴ «Si bien la atipicidad administrativa del fraude de ley tributaria no conduce necesariamente a su atipicidad penal, sí constituye, en cambio, un factor indicativo de esta última, ya que lo contrario representaría un hecho excepcional en la pauta general de relaciones de progresión cuantitativa entre la infracción tributaria y el delito fiscal, (...) cabe concluir que la exigencia de previsibilidad de una condena a título de delito fiscal no queda satisfecha en aquellos supuestos en que dicha condena venga fundamentada exclusivamente en un comportamiento calificable como fraude de ley tributaria» (FJ 6.º).

El Tribunal Constitucional confunde, en nuestra opinión, la ausencia de sanción administrativa para las conductas en fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria con la ausencia de tipificación. Esta confusión la muestra claramente el Tribunal cuando afirma (FJ 3.º) que *«la atipicidad administrativa del indicado comportamiento obviamente significaba –y todavía significa puesto que el artículo 15.3 de la nueva Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, excluye asimismo la posibilidad de imponer sanciones en los supuestos ahora calificados como conflicto en la aplicación de la norma tributaria–, que la Administración no estaba autorizada a sancionar en tales casos»*. La Administración no está autorizada a sancionar pese a ser la conducta constitutiva de infracción, es decir, típica. Como señala implícitamente el propio Tribunal en el FJ 4.º ya citado, la consecuencia que el ordenamiento atribuye a las conductas en fraude de ley es la vuelta a la normalidad *«sin las ulteriores consecuencias sancionadoras que generalmente habrían de derivarse de una actuación ilegal»*. Es decir, de las conductas en fraude de ley habrían de derivarse consecuencias sancionadoras porque dichos actos son constitutivos de infracción, son típicos (si no lo fueran no podrían ni deberían derivarse de los mismos consecuencias sancionadoras), son subsumibles en los tipos infractores que *generalmente* tienen atribuida una sanción punitiva y sólo *particularmente*, como excepción, no son sancionadas por la LGT. Son conductas típicas aunque no sean punibles.

Las conductas en fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria son, en efecto, conductas típicas. Podemos afirmar con el profesor GARCÍA NOVOA (2005, 6) que *«resulta superfluo tener que recordar que una acción es típica cuando encaja dentro de una descripción legal recogida»*, por lo que se refiere a la tipicidad tributario-sancionadora, en las normas que regulan las infracciones tributarias en la LGT⁵⁵. Si acudimos a los preceptos que en la nueva LGT tipifican las infracciones tributarias, las conductas en fraude o conflicto serán, por lo general, constitutivas de las infracciones tipificadas en los artículos 191 a 197. En la medida en que sean subsumibles en tales tipos infractores habrá que concluir que son típicas y, por tanto, constitutivas de infracción; no en ningún otro caso.

Tomemos, por ejemplo, el artículo 191, que tipifica la *«Infracción tributaria por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación»*: *«Constituye infracción tributaria dejar de ingresar dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo, ...»*. Las conductas en fraude o conflicto que hayan supuesto dejar de ingresar en el plazo previsto en la normativa del tributo en cuestión la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del mismo son constitutivas –sin duda alguna– de dicha infracción; son típicas. La autoliquidación del tributo realizada por el sujeto que ha cometido el fraude o ha incurrido en el conflicto no es correcta, no es lícita; si lo fuera no habría ninguna necesidad de corregirla; y ha supuesto dejar de ingresar en plazo la deuda tri-

⁵⁵ Artículo 183.1 de la LGT: *«Son infracciones tributarias las acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta u otra ley»*.

butaria; por lo que, congruentemente, se exigen intereses de demora ⁵⁶. Una infracción que, además, de acuerdo con lo establecido en el artículo 191.3 de la LGT, será calificada como muy grave si implica la utilización de medios fraudulentos según prevé el artículo 184.3. Las conductas susceptibles de ser declaradas en conflicto en la aplicación de la norma tributaria pueden, sin duda, a este respecto suponer la existencia de «anomalías sustanciales en la contabilidad y/o de los libros registros establecidos por la normativa tributaria» [especialmente la «omisión de operaciones realizadas o la contabilización en cuentas incorrectas de forma que altere su consideración fiscal» del art. 184.3 a) 3.º]; como también pueden ir, adicionalmente, acompañadas de la utilización de los otros medios fraudulentos previstos en artículo 184.3 b) y c). La infracción será grave, cualquiera que sea la base de la sanción, en los supuestos del artículo 191.3 a), b) y c), y «cuando la base de la sanción sea superior a 3.000 euros y exista ocultación». Existirá ocultación, de acuerdo con el artículo 184.2 de la LGT, «cuando no se presenten declaraciones o se presenten declaraciones en las que se incluyan hechos u operaciones inexistentes o con importes falsos, o en las que se omitan total o parcialmente operaciones, ingresos, rentas, productos, bienes o cualquier dato que incida en la determinación de la deuda tributaria, siempre que la incidencia de la deuda derivada de la ocultación en relación con la base de la sanción sea superior al 10 por ciento». Es decir, siempre que la incidencia de la deuda derivada de la ocultación suponga un 10 por ciento de la base de una sanción superior a 3.000 euros, los actos o negocios susceptibles de subsumirse en el artículo 15 de la LGT serán constitutivos de una infracción grave; infracción que sería sancionada con una multa pecuniaria proporcional del 50 al 100 por ciento, de no excluirse su sanción por el propio artículo 15.3.

A nuestro modo de ver, resulta realmente llamativo a este respecto que el Tribunal Constitucional afirme en la STC 120/2005 (FJ 4.º) que «en el fraude de Ley (tributaria o no) no hay ocultación fáctica» (...) «no existe simulación o falseamiento alguno de la base imponible, sino que, muy al contrario, la actuación llevada a cabo es transparente, por más que pueda calificarse de estratagema tendente a la reducción de la carga fiscal» (...) «en el fraude de ley tributaria no existe tal ocultamiento, puesto que el artificio utilizado salta a la vista» ⁵⁷, así como la aparente reducción por parte del Tribunal Constitucional de la ocultación maliciosa al concepto de simulación (FJ 5.º): «Ni en una ni en otra sentencia se consideró, por consiguiente, acreditada la existencia, pretendida en todo momento por las acusaciones, de negocio simulado alguno, ni, por lo tanto, de engaño u ocultación maliciosa de cualquier género por parte de los acusados». Al menos desde la perspectiva de la infracción tributaria (no equivalente –sin duda alguna– a la perspectiva penal que adopta el Tribunal, pero tampoco completamente ajena a la misma) es evidente que «cuando no se presenten declaraciones o se presenten declaraciones (...) en las que se omitan total o parcialmente operaciones, ingresos, rentas, productos, bienes o cualquier dato que incida en la determinación de la deuda tributaria» existe ocultación; tanto si los actos o negocios son simulados, casos en los que –generalmente– además se presentarán

⁵⁶ Artículo 26.1 de la LGT: «El interés de demora es una prestación accesoria que se exigirá a los obligados tributarios y a los sujetos infractores como consecuencia de la realización de un pago fuera de plazo...» y artículo 26.2 b) de la LGT: «Cuando finalice el plazo establecido para la presentación de una autoliquidación o declaración sin que hubiera sido presentada o hubiera sido presentada incorrectamente...».

⁵⁷ Argumentos que se reproducen en la STC 48/2006, de 13 de febrero, FJ 3.º.

«declaraciones en las que se incluyan hechos u operaciones inexistentes o con importes falsos», como si son en fraude de ley, o suponen simplemente la denominada «violación directa» del ordenamiento tributario sin simulación, fraude, elusión, «rodeo» o «contorneo» alguno; en todos los casos existe ocultación si –porque– no se presenta declaración o se presenta una declaración en la que se omiten total o parcialmente operaciones, ingresos, rentas, productos, bienes o cualquier dato que incide en la determinación de la deuda tributaria⁵⁸. El argumento del Tribunal Constitucional es, a nuestro juicio, falaz desde un punto de vista lógico, de nuevo una falacia de negación del antecedente: si hay simulación entonces hay ocultación; si hay fraude de ley, no hay simulación; si no hay simulación no hay ocultación. Falacia completamente evidente en este caso dado que los modos de ocultación no se limitan al fraude de ley y la simulación⁵⁹; ni en el ámbito tributario sancionador ni tampoco en el ámbito penal⁶⁰.

La única vía para sostener de forma –a nuestro modo de ver– mínimamente congruente que no existe ocultación en los supuestos de fraude de ley o conflicto es la que sigue la doctrina que defiende la licitud de tales conductas y ya hemos discutido; licitud que el Tribunal Constitucional rechaza expresamente, como se ha señalado, al equiparar el concepto y las consecuencias del fraude a la ley tributaria y el fraude a la ley civil; y que, a nuestro modo de ver, resulta insostenible por las razones expuestas. Tal y como afirma el profesor PALAO, en el fraude de ley *«existe una discrepancia entre la causa objetiva y la finalidad perseguida por las partes, discrepancia que no se encubre mediante una apariencia jurídica»* como sucede en los supuestos de simulación; lo que sucede, a nuestro juicio, en los supuestos de fraude es que se encubre dicha discrepancia mediante una realidad jurídica: el acto o negocio –si se quiere realmente realizado– notoriamente artificioso o impropio para la consecución de dicha finalidad; pero el encubrimiento se produce en ambos casos y en ambos casos mediante la comisión de un ilícito. Tal y como en la doctrina civil afirma MEZQUITA GARCÍA-GRANERO: *«es un hecho que, en muchos casos, el fraude a la ley se lleva a cabo mediante lo que, a mi juicio, no deja de ser una tercera forma de simulación (...) porque se desfigura lo realmente interesado, aunque mediante otra táctica. Me refiero a la vía del negocio indirecto (...) no se finge querer un tipo contractual distinto del verdaderamente deseado, pero se oculta parte de la realidad, simulando realizar dos contratos autónomos cuando lo cierto es que se realiza sólo uno (...) para ocultar la verdadera intención...»* (2003, 66-67). La diferenciación entre fraude de ley y simulación, más allá de la mera distinción teórica a la que tan cómodamente parece haberse acogido el Tribunal Constitucional en los pronunciamientos citados, presenta, en opinión unánime de la doctrina, grandes dificultades en la práctica. Como afirma GONZÁLEZ GARCÍA, *«los negocios jurídicos se*

⁵⁸ JIMÉNEZ JIMÉNEZ defiende, con apoyo en pronunciamientos jurisprudenciales, un concepto más restrictivo de ocultación del que derivaría de la interpretación estricta del texto de la LGT. Según aquélla, *«sólo hay ocultación cuando la conducta del contribuyente realmente hurta del conocimiento del órgano administrativo competente los datos necesarios para la determinación de la deuda»* (2005 b, 180); sin poder detenernos a examinar o discutir el mismo, basta a nuestros efectos con señalar que, aun con este concepto más restrictivo de ocultación, las conductas en fraude de ley la suponen.

⁵⁹ Como afirma ROSEMBUJ, *«ni toda la evasión se explica por la simulación, ni la simulación es la matriz de todos los comportamientos evasores»* (1999, 99).

⁶⁰ Sobre la simulación, *vid.* ROSEMBUJ (1994, 250 y ss. 1996, 19-74 y 1999, 231-300), ZORNOZA (2000), GARCÍA NOVOA (2004, 142-163 y 359-370) y RUIZ ALMENDRAL y ZORNOZA (2005, 64-74).

retuercen, yuxtaponen y enmascaran ofreciendo caras distintas, todas aparentemente legales, que, (...) presentan diferencias demasiado sutiles para las graves consecuencias que se pueden derivar en cada caso» (2001, 31). Ello no es sino un índice evidente de que ni hay tanta transparencia en el fraude de ley, ni la ocultación se circunscribe a la simulación. Como también lo es el que, tal y como señala DE CASTRO (1984, 542), las distintas anomalías negociales no se excluyan entre sí, sino que pueden recaer conjuntamente sobre un mismo negocio. Esta postura es prácticamente unánime en nuestra doctrina civil, constante en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo y admitida por la STC de 8 de febrero de 1993 ⁶¹. Si se admite dicha compatibilidad, entonces, en los supuestos de simulación relativa en los que el negocio disimulado es un negocio en fraude de ley, ¿hay ocultación o no hay ocultación?

Si alguna peculiaridad tiene a este respecto la ocultación que implica la conducta en fraude de ley es precisamente su carácter *«malicioso»*, doloso en términos del derecho tributario sancionador o penal ⁶². Así lo afirma PALAO: *«en la inmensa mayoría de los casos el abuso de la norma tributaria denota un "propósito de eludir" el impuesto y, aunque se adopte la concepción objetiva del abuso o fraude a la ley, de los elementos objetivos de éste podría, en la generalidad de los casos, inducirse tal "ánimo". Éste no es, pues, en realidad un "plus" doloso que venga a añadirse a una figura objetiva»* ⁶³; no es un *plus* porque ya implica, de suyo, dolo. El propio Tribunal Constitucional afirma (FJ 4.º) que *«el concepto de fraude ⁶⁴ de ley es, pues, siempre el mismo, variando únicamente, en función de cuál sea la rama jurídica en que se produce, las llamadas, respectivamente "norma de cobertura" ⁶⁵ y "norma defraudada" ⁶⁶ o eludida ⁶⁷, así como la actuación por la que se provoca artificialmente ⁶⁸ la aplicación de la primera no obstante ser aplicable la segunda»* y el propio Tribunal lo califica de *«estratagema ⁶⁹ tendente a la reducción de la carga fiscal»*. Difícilmente pueden considerarse congruentes estas afirmaciones con la de que *«no existe tal ocultamiento»* o la de que *«la actuación llevada a cabo es*

⁶¹ MEZQUITA (2003, 59-73). En el ámbito tributario, AMORÓS (1967, 864), ROSEMBUJ (1994, 253-259 y 1996, 102-104) y PRATS (1995, 25).

⁶² Así lo entiende AMORÓS, que considera el fraude a la ley tributaria un *«ilícito anormal (en cuanto requiere unas grandes maquinaciones y un perfecto conocimiento de las posibilidades legales para presentar una apariencia de licitud aceptable)»* (1967, 856).

⁶³ El profesor PALAO se refiere al requisito de que *«las circunstancias del caso concreto pongan de manifiesto la existencia del ánimo defraudatorio en la conducta del presunto infractor»* que el Anteproyecto de LGT incluía en el artículo 185.1 d) para sancionar el fraude de ley (2003, 91).

⁶⁴ «Fraude: 2. Acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del estado o de terceros» (DRAE, 2001, 1087).

⁶⁵ «Cobertura: 9. Encubrimiento. Ficción» (DRAE, 2001, 573).

⁶⁶ «Defraudar: 1. Privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca en derecho. 3. Eludir o burlar el pago de los impuestos o contribuciones» (DRAE, 2001, 738).

⁶⁷ «Eludir: evitar con astucia una dificultad o una obligación» (DRAE, 2001, 874). «Astuto: agudo. Hábil para engañar o evitar el engaño o para lograr artificiosamente cualquier fin» (DRAE, 2001, 234).

⁶⁸ «Articioso: 2. Disimulado, cauteloso, doble» (DRAE, 2001, 221). «Disimular: 1. Encubrir con astucia la intención. 5. Disfrazar u ocultar algo, para que parezca distinto de lo que es» (DRAE, 2001, 835). «Cautela: astucia, maña y sutileza para engañar» (DRAE, 2001, 484). «Doble: 6. Simulado, articioso, nada sincero» (DRAE, 2001, 842).

⁶⁹ «Estratagema: astucia, fingimiento y engaño articioso» (DRAE, 2001, 1002).

*transparente»*⁷⁰. A la vista de lo cual, no creemos que pueda realmente defenderse, como hace el Tribunal Constitucional (FJ 4.º) que *«el concepto de fraude de ley (...) nada tiene que ver con los conceptos de fraude o defraudación propios del Derecho penal ni, en consecuencia, con los de simulación o engaño que les son característicos (...) en puridad de términos se trata de nociones esencialmente diversas»*; no puede sostenerse esta afirmación del Tribunal precisamente *«en puridad de términos»*; es decir, *«según el sentido propio de sus palabras»*, al menos de las palabras, de los términos, empleados por el legislador en las normas que regulan el fraude de ley o el conflicto en la aplicación de la norma contenidas en la LGT⁷¹. En función de ello, del hecho de que en el supuesto de las cláusulas anti-abuso, como señala el profesor GARCÍA NOVOA, pueda entenderse que *«a diferencia de los genuinos ejemplos de simulación, se soslaya el elemento intencional a la hora de determinar su aplicación»*, no puede en absoluto, en nuestra opinión, extraerse la consecuencia que dicho autor extrae: *«lo que dificulta ese reproche personal en que se resuelve la culpabilidad»*, *«tal irrelevancia impide apreciar la concurrencia de consecuencias sancionadoras, sea cual sea el concepto de culpabilidad que se maneje»* (2003, 14 y 21). La pretendida *«objetivización»* que habría introducido, para parte de la doctrina⁷², la cláusula del artículo 15 frente a la anterior del artículo 24 no puede, en ningún caso, impedir que los actos o negocios susceptibles de ser declarados en conflicto en la aplicación de la norma tributaria sean calificados como culpables; sea cual sea el concepto de culpabilidad que se maneje: *«acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia»*, tal y como exige la definición de infracción del artículo 183 de la LGT; y, más concretamente, dolosas.

Si el artículo 15.3 de la LGT establece la improcedencia de la imposición de sanciones en las liquidaciones que resulten de la declaración de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, es precisamente porque, de otro modo, la Administración sí que debería proceder a su imposición, al estar dicha conducta tipificada como infracción. Dichas conductas son típicas, aunque no sean punibles precisamente en virtud de lo dispuesto en el artículo 15.3. Son típicas, tal y como señala el propio artículo 191.1, *«salvo que se regularice con arreglo al artículo 27»*; en cuyo caso no serían, según el tenor literal del precepto, constitutivas de infracción, quedarían fuera del tipo. No se establece ninguna salvedad en el tipo del artículo 191.1 con respecto a las conductas en conflicto en la aplicación de la norma tributaria, a diferencia de lo previsto para

⁷⁰ La única transparencia que existe en supuestos como el analizado por la STC 120/2005 es –perdón, pero no nos resistimos a hacer el chiste fácil– la transparencia fiscal. Como ejemplo de la *«transparencia»* de los supuestos de fraude de ley pueden tomarse los hechos enjuiciados en la STS de 30 de abril del 2003 (TOL 276376), expuestos de forma clara y concisa, en la medida en que es posible hacerlo, por LÓPEZ LÓPEZ y BÁEZ MORENO en su comentario de la misma (2004, 119 y 120).

⁷¹ Para JIMÉNEZ JIMÉNEZ, *«la utilización del término fraude en la tipificación de esta figura resulta extraordinariamente negativa. Las connotaciones que comporta son muy malas (sic). Parece que alguien que comete un fraude es alguien que actúa necesariamente de manera dolosa o culpable, pero hay que hacer abstracción de la terminología en este caso»* (2005 b, 229). Quizás tenga razón el profesor GARCÍA NOVOA cuando afirma que *«la perversión del derecho comienza por la perversión del lenguaje»* (2003, 15).

⁷² SIMÓN ACOSTA (2003, 3) y GARCÍA NOVOA (2003, 14).

los supuestos de correcta autoliquidación no seguida de ingreso en período voluntario, o los de regularización con arreglo al artículo 27⁷³.

Bajo la vigencia de la anterior LGT el profesor FALCÓN (1999, 6 y 7) defendió la «*trascendencia penal*» de «*los ingresos fuera de plazo (art. 61.2 de la LGT, hoy 61.3) (...) Así lo ha entendido finalmente la STS (Sala 2.ª) de 28 de octubre de 1997 (...), de cuyo FJ 4.º se deduce con claridad meridiana la plena eficacia del artículo 61.3 de la LGT (hoy 61.3 de la LGT) en materia penal, incluso aunque la ley penal no hubiera sido objeto de reforma en este punto. El mismo criterio es aplicable, por ejemplo, en los supuestos de fraude a la ley tributaria, respecto de los cuales el artículo 24 de la LGT excluye expresamente las sanciones*». Con ello el profesor FALCÓN incurre, como señalan LÓPEZ LÓPEZ y BÁEZ MORENO, en contradicción con la tesis que sostiene⁷⁴. Con los argumentos de estos autores, que compartimos plenamente y que son plenamente trasladables al ámbito tributario sancionador exactamente en los mismos términos, sin más que sustituir «pena» por sanción administrativa y «penal» por tributario-sancionador, la previsión del artículo 15.3 de la LGT –como la del art. 61.3 de la anterior LGT– constituye una

⁷³ Aunque es bien cierto que, en este último caso, pese a que la conducta ha dejado en la nueva redacción de la LGT de ser típica –como se acaba de señalar–, el artículo 27.2 sigue señalando, con una ciertamente muy incorrecta técnica –como denuncian MEDRANO IRAZOLA (2004, 184) y MUÑOZ PÉREZ y OBESO PÉREZ-VICTORIA (2004, 790)–, que el recargo por declaración extemporánea «*excluirá las sanciones que hubieran podido exigirse*», tal y como hacía el antiguo artículo 61.3, «*con exclusión de las sanciones que, en otro caso, hubieran podido exigirse*»; entonces hubieran podido exigirse sanciones porque la conducta era típica, con la nueva ley habría que entender que el recargo «*excluirá las sanciones que hubieran podido exigirse*» de haber seguido siendo típica la conducta, que ya no lo es. Y sin posibilidad alguna de salvar la incongruencia del precepto en este caso –salvo en la parte que excede el ámbito de los arts. 27 y 191.3 (MESTRE GARCÍA y CERVANTES SÁNCHEZ-RODRIGO, 2005, 31-33)– el artículo 179.3 señala que «*los obligados tributarios que voluntariamente regularicen su situación tributaria o subsanen las declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes presentadas con anterioridad de forma incorrecta no incurrirán en responsabilidad por las infracciones cometidas con ocasión de la presentación de aquéllas*». En definitiva, el legislador, y algún intérprete con él, parece empeñado en seguir considerando lo dispuesto en el artículo 27, en el artículo 179.3 e incluso en el 191.1 «*una excusa absolutoria que actúa a modo de exención de punibilidad. Se trataría de un caso en que existe una acción u omisión típica, antijurídica, culpable, pero no punible, por razones de política legislativa*», ALMENAR BERENGUER y RIPLEY SORIA (2004, 1278 y 1322). En la misma contradicción parecen incurrir MESTRE GARCÍA y CERVANTES SÁNCHEZ-RODRIGO al afirmar que «*el artículo 179.3 establece el principio general de exoneración de responsabilidad por cumplimiento espontáneo o voluntario, aunque extemporáneo*» y que «*No se comete la infracción (...) cuando se regulariza de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley*» (2005, 31 y 122). De forma similar SIMÓN ACOSTA (2004, 755 y 758) afirma que en estos supuestos «*no se comete la infracción*» y «*la responsabilidad por la comisión de esta infracción se extingue (...) por la regularización*». También PEDREIRA MENÉNDEZ (2004, 533 y 552) afirma que «*se ha cometido una infracción del ordenamiento jurídico (...) el hecho generador de los mismos, la realización de un tipo infractor existiendo una atenuante de arrepentimiento espontáneo*» y «*No será de aplicación esta infracción cuando el sujeto regularice su situación...*».

⁷⁴ Tal y como afirman LÓPEZ LÓPEZ y BÁEZ MORENO, en dicha conclusión de FALCÓN «*se aprecia una cierta contradicción por parte del autor con las tesis que viene sosteniendo. En efecto, es doctrina prácticamente unánime la consideración de la regularización fiscal, explícitamente contemplada hoy en el artículo 305.4 del CP para solventar las dudas sobre la eficacia del artículo 61.2 de la LGT en materia penal, como una excusa absolutoria. Esto es, se trata de una circunstancia personal de exclusión o levantamiento de la pena que, al no afectar a la objetiva relevancia penal del hecho, no puede impedir que subsista su antijuridicidad penal típica. En definitiva, se trata de supuestos en los que, a pesar de hallarnos ante una acción típica, antijurídica y culpable, por determinadas circunstancias, el legislador decide no penar. Y la contradicción radica en que en la medida en que el autor asume la similitud entre los artículos 61.2 y 24.3 de la LGT y, por tanto, el carácter de circunstancia personal que excluye la imposición de penas en los casos de fraude a la ley –que no es sino el que tiene, como se podrá apreciar al finar de nuestro comentario–, admite implícitamente la realización de un hecho típico –además de antijurídico e imputable– y, por tanto, la realización del hecho imponible» (2004, 130 y 131).*

excusa absoluta; esto es, se trata de una circunstancia personal de exclusión o levantamiento de la sanción administrativa que, al no afectar a la objetiva relevancia tributaria-sancionadora del hecho, no puede impedir que subsista su antijuridicidad tributaria-sancionadora típica. En definitiva, se trata de supuestos en los que, a pesar de hallarnos ante una acción típica, antijurídica y culpable el legislador decide no sancionar administrativamente. Aunque la conducta, en los términos del artículo 183.1, no esté sancionada, no deja por ello de ser típica, de ser constitutiva de infracción; ni el sujeto que realice dicha conducta tipificada como infracción en la ley deja de ser un infractor⁷⁵. En definitiva, tal y como afirman LÓPEZ LÓPEZ y BÁEZ MORENO (2004, 130), «*que un precepto se limite a establecer, expresamente, la improcedencia de sanciones administrativas, nada indica con respecto a la conducta que debería haber realizado el sujeto*»; la misma puede ser constitutiva de infracción –es decir típica y antijurídica– pese a no sancionarse; caso de las conductas en fraude de ley o constitutivas de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, de los supuestos de no concurrencia de sanciones del artículo 180 o de las regularizaciones voluntarias bajo la vigencia de la anterior LGT; o simplemente ilícita –atípica pero sancionada con una sanción no punitiva por el ordenamiento tributario–; caso de la regularización voluntaria o de la correcta autoliquidación sin ingreso en plazo, en la vigente LGT. Por lo tanto, no es cierto, como señala el Tribunal Constitucional, que exista una «*atipicidad administrativa*» de las conductas en fraude de ley que pueda tomarse como «*factor indicativo*» de la atipicidad penal de las mismas⁷⁶.

Como es sabido, el Anteproyecto de la vigente LGT⁷⁷ preveía la sanción para aquellos actos o negocios constitutivos, en la terminología del Anteproyecto, de «*abuso en la aplicación de la norma tributaria*», tipificando específicamente como infracción «*muy grave*» en el artículo 185.1 d) el «*eludir total o parcialmente la realización del hecho imponible o minorar la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las circunstancias del artículo 15*» siempre que «*las circunstancias del caso concreto pongan de manifiesto la existencia de ánimo defraudatorio en la conducta del presunto infractor*» y sancionando la misma con una «*multa pecuniaria proporcional del 100 por 100 de la diferencia entre el importe de la*

⁷⁵ La sentencia condenatoria por delito contra la Hacienda Pública también impedirá la imposición de sanciones, sin que la conducta deje de ser típica, antijurídica y culpable en el ámbito tributario sancionador; constitutiva de una infracción no punible, además de delito contra la Hacienda Pública (art. 180.1 de la LGT). Tampoco podrá ser sancionada como infracción independiente (art. 180.2 de la LGT) una acción u omisión típica, antijurídica y culpable, constitutiva de infracción, que deba aplicarse como criterio de graduación de una infracción o como circunstancia que determine la calificación de una infracción como grave o muy grave.

⁷⁶ No sería cierto, como afirma FALCÓN (1999, 7), que «*en los supuestos de fraude a la ley tributaria*» la «*falta de ingreso cualquiera que fuera su cuantía, nunca constituiría infracción tributaria grave*», y que, en función de ello, «*el principio de "intervención mínima" propio del derecho penal (...) no consiente que se sancione en vía penal la elusión de un tributo*» en tales supuestos. No sería cierto que tal conducta, como afirma ARIAS VELASCO (2001, 16), «*no se considere lesiva para los intereses patrimoniales que protege el derecho sancionador tributario*» y tampoco lo es, por lo tanto, que «*en función de ello, no puede ser constitutiva de delito fiscal*». No sería correcto tampoco afirmar, como lo hace GARCÍA NOVOA (2005, 10) que «*la proclamación que hacía el artículo 24.3 de la LGT de 1963 y que hace el artículo 15.3 de la LGT de 2003, en el sentido de que en los casos de fraude de ley y de conflicto no caben sanciones, no es una decisión surgida de la libertad de configuración del legislador. Se trata, por el contrario, de una consecuencia de la ausencia de un desvalor en la acción que impediría la sanción penal. Es, por tanto, una consecuencia de que la ley evalúa la falta de un "elemento típico que configura la conducta punible"*».

⁷⁷ También preveía la imposición de sanciones el Borrador del Anteproyecto de LGT de 3 de marzo de 1990.

deuda tributaria que hubiera correspondido por la realización de los actos o negocios usuales o propios y el importe por el que tributaron las operaciones realizadas». Dicha tipificación fue criticada por un sector doctrinal que consideró que la misma «no respeta las exigencias de *lex certa*, expresión del principio de seguridad jurídica a que se refiere el artículo 9.3 de la Constitución, y que tiene especial relevancia respecto a las sanciones, en atención a lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Norma Fundamental (...) la descripción del tipo infractor del abuso de la norma tributaria, a partir de la apreciación administrativa de que el negocio es "notoriamente inusual o impropio" no contempla los elementos de la conducta infractora con suficiente certeza, y (...) vulnera los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución, por desconocer las exigencias de *lex certa*»⁷⁸. Creemos que, tal y como expone acertadamente RUIZ-ALMENDRAL apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, no hay tales problemas de tipicidad por falta de claridad o indeterminación en la norma general anti-fraude⁷⁹: «la norma anti-fraude se concreta a través de la norma o normas tributarias que entran en juego, y que en su caso habrán constituido el vehículo o la cobertura de la estructura del fraude. De ahí que si la normativa tributaria en liza cumple los requisitos de tipicidad y concreción (...) también los cumplirá el esquema aplicativo resultante». En nuestra opinión, como ya he adelantado, el punto de partida mismo de aquellos autores que valoran la cláusula anti-fraude desde la perspectiva del principio de tipicidad penal o sancionadora, sería erróneo, al no tener en cuenta ni la diferente naturaleza de los preceptos del Derecho tributario sancionador ni la diferente estructura de las normas sancionadoras tributarias, con respecto a los preceptos y las normas penales.

El Derecho tributario sancionador no tiene, a diferencia del penal, carácter constitutivo y primario sino complementario y secundario; no tiene un carácter preceptivo o normativo sino meramente sancionador. En la norma tributaria sancionada con una sanción punitiva, el precepto primario está contenido en la legislación tributaria, y la sanción punitiva, el precepto secundario, en la ley que establece qué conductas son constitutivas de infracción y la sanción que les corresponde⁸⁰. En función de ello, de las tres vertientes del mandato de tipificación: la definición del ilícito, la definición de la sanción y el establecimiento de la correspondencia entre aquél y ésta, sólo estas dos últimas forman parte del precepto secundario y están sometidas a las exigencias del artículo 25 de la Constitución. La definición del ilícito, precepto primario, no tiene naturaleza punitiva sino tributaria; no pueden ni deben proyectarse sobre el mismo –aun cuando su cumplimiento pueda ser conminado con una sanción punitiva– las exigencias del principio de legalidad penal o sancionadora⁸¹. De otro modo,

⁷⁸ GARCÍA NOVOA (2003, 19 y 2004, 309-329). En el mismo sentido FALCÓN (2003, 8), LÓPEZ TELLO (2003, 54) y FERREIRO (2003, 12), para quien «con ello se pretende (...) dejar en manos de la Administración no sólo la explicación (sic) analógica de las normas tributarias, sino también la aplicación analógica de sanciones de tipo penal», también en (2004, 9-14).

⁷⁹ (2004, 53-54). Tampoco para MEZQUITA «la figura del fraude de ley es contraria al principio de seguridad jurídica, dado que: (...) ha sido conscientemente elaborada y minuciosamente pensada para tener lugar en el mismo filo de la legalidad cuya cobertura se espera» (2003, 17).

⁸⁰ ALONSO MADRIGAL (1998, 228-233).

⁸¹ El profesor GARCÍA NOVOA equipara –a nuestro juicio erróneamente– las normas tributarias y las penales al examinar la exigencia de *lex certa* (2004, 81-85, 179-181, 257-259 y 296-298). Tal y como señala FERRAJOLI (1995, 379), en cita que recoge el propio GARCÍA NOVOA, «mientras el principio de mera legalidad, (...), es un principio general del derecho público, el principio de estricta legalidad, en el sentido que se le ha asociado hasta el momento de metanorma que condiciona la validez de las leyes vigentes a la taxatividad de sus contenidos y a la deducibilidad de la verdad jurídica de sus aplicaciones, es una garantía que se refiere sólo al Derecho penal».

la práctica totalidad de las normas del Derecho tributario, en cuanto que su incumplimiento esté tipificado como infracción, se convertiría en un (acomplejado) apéndice del Derecho sancionador, en normas de *naturaleza* sancionadora ⁸², sometidas a los principios y las reglas propios de aquél y ajenas, en función de ello, a los principios y reglas tributarios.

La exigencia de *lex praevia* no impide sancionar una conducta típica consistente en el incumplimiento de una norma tributaria que sí tenga legítimamente carácter retroactivo ⁸³, siempre que la norma que establece el precepto secundario, que tipifica la infracción tributaria, estuviera en vigor en el momento en que se produce el incumplimiento del mandato contenido en el precepto primario, en el momento de comisión de la infracción ⁸⁴; de otro modo el legislador tributario no podría realmente establecer normas tributarias retroactivas, puesto que ante determinados incumplimientos, como los incumplimientos de obligaciones o deberes de carácter formal, la única reacción jurídica posible es la sanción de carácter punitivo ⁸⁵. La exigencia de *lex stricta* no impide sancionar una conducta típica consistente en el incumplimiento de una norma tributaria distinta de las previstas en el artículo 14 de la LGT –o, si se prefiere, de las comprendidas en el ámbito de la reserva de ley ⁸⁶– de forma analógica ⁸⁷; siempre que la norma que establece el precepto secundario, que tipifica la infracción tributaria, no se aplique más que a los supuestos comprendidos expresamente en ella, a los supuestos específicos contemplados en la misma, y no a otros, semejantes pero no previstos, aunque entre ellos se aprecie identidad de razón. De igual manera, y por lo que afecta en definitiva a la cláusula anti-abuso o anti-fraude, la exigencia constitucional de *lex certa* entendida como «*exigencia de certeza o clara determinación de los comportamientos infractores (...) de la taxatividad en la determinación legal de las conductas constitutivas de infracción y acreedoras de sanción*» (ZORNOZA, 1992, 85-86) no se proyecta más que sobre el precepto secundario, que tipifica la infracción tributaria; no sobre las normas que, como las cláusulas anti-abuso o anti-fraude del anterior artículo 24 de la LGT o del vigente artículo 15, establecen válidamente ⁸⁸ el presupuesto de hecho de la obligación cuyo incumplimiento es constitutivo de infracción; reguladoras del precepto primario, no del secundario o sancionador. Autores que rechazan, por una pretendida incompatibilidad con el principio de tipicidad en el ámbito sancionador, la sanción de las conductas constitutivas de fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria, no cuestionan la legitimidad constitucional de la cláusula contenida en la LGT desde la perspectiva del principio de legalidad

⁸² ALONSO MADRIGAL (1998, 23-34).

⁸³ La prohibición de retroactividad de las normas sancionadoras, rectamente entendida como prohibición de las normas sancionadoras *ex post facto*, no impide que una norma tributaria establezca una determinada obligación cuyo presupuesto de hecho se produjera con anterioridad a su entrada en vigor, aunque su incumplimiento sea constitutivo de infracción; prohíbe castigar como infracción incumplimientos de obligaciones tributarias que sólo se convierten en tales incumplimientos tras la aplicación retroactiva de una norma tributaria.

⁸⁴ ZORNOZA (2000, 97-98).

⁸⁵ ALONSO MADRIGAL (1998, 251-252).

⁸⁶ Plenamente de acuerdo a este respecto con HERRERA MOLINA y MARTÍN FERNÁNDEZ (2002, 33-35).

⁸⁷ De la misma manera que no cabe admitir, como aplicación analógica *in bonam partem* de una norma sancionadora, la aplicación analógica de un supuesto de exención, prohibida por el artículo 14 de la LGT (ALONSO MADRIGAL, 1998, 254-256).

⁸⁸ En este sentido, sobre el fraude de ley y la seguridad jurídica, PÉREZ ROYO y AGUALLO AVILÉS (1996, 50-51).

tributaria⁸⁹; no niegan su virtualidad para, de producirse en la realidad los hechos subsumibles en el presupuesto de hecho abstracto definido en la misma, hacer nacer obligaciones tributarias⁹⁰. Unas obligaciones tributarias cuyo incumplimiento, como se ha defendido, está perfectamente tipificado como infracción en la vigente LGT, aunque no sea actualmente punible.

Tal y como afirma RUIZ ALMENDRAL, «*la imposición de sanciones en materia de fraude no es un problema de posibilidad jurídica, sino sólo de oportunidad política*»⁹¹. Dado que la conducta es ilícita y constitutiva de infracción —es decir típica, antijurídica y culpable—, bastaría con suprimir el inciso final del artículo 15.3 de la LGT para que fuera, sin más, punible⁹². Como afirma el profesor PALAO, «*en estos casos no sería necesaria una norma especial, sino que bastaría la norma sancionadora general*» (2003, 92), ya que, como señala ROSEMBUIJ, «*la sanción por fraude de ley está fuera del marco de la figura*» (1994, 307). La razón que ha llevado a no sancionar el fraude de ley como infracción no es otra, a nuestro modo de ver⁹³, que el clima ideológico y doctrinal que denuncia el profesor PALAO (2003, 78-79 y 84) y que, por lo visto, ha acabado por trascender parcialmente al propio Tribunal Constitucional en las SSTC 120/2005 y 48/2006. Un mero prejuicio ideológico del que —en nuestra opinión— el legislador debería desprenderse cuanto antes.

⁸⁹ El profesor FALCÓN afirma expresamente que «*los genéricos términos en que esta figura aparece definida, (son) suficientes a mi juicio para cumplir las exigencias de la reserva de ley tributaria y de la seguridad jurídica en dicho sector del ordenamiento*» (2003, 8). También se pronuncia en este sentido el profesor GARCÍA NOVOA: «*cuando la esfera de la realidad a que se refiere la actuación administrativa no pueda precisarse de modo definitivo en el texto de la ley, porque gira en torno a conceptos que no admiten cuantificaciones o determinaciones rigurosas (...) la técnica normativa adecuada serán los conceptos indeterminados que están orientados a hacer practicables ciertas categorías tributarias*», aunque afirma a continuación que «*la propia generalidad del concepto supone incurrir en una cierta indefinición que no garantiza plenamente la seguridad y certeza del contribuyente*» (2004, 348-349). A este respecto HERRERA MOLINA y MARTÍN FERNÁNDEZ afirman que «*el ánimo de eludir —objetivado mediante indicios externos que no han de presentar especiales dificultades probatorias— no merece la protección del principio de seguridad jurídica*» (2002, 44 y 57). Para el profesor FERREIRO, por el contrario, el mantenimiento de la cláusula del artículo 15 de la LGT supone «*caminar en una dirección que conduce, en parcelas clave de la vida social, al secuestro de la democracia por burocracia*» (2003, 11 y, en sentido y tono similares, 2004, 15 y 16). Según AMORÓS, en cambio, el artículo 24.2 de la LGT en su redacción original al establecer como «*forma de represión del ilícito tributario (...) la interpretación extensiva del hecho imponible la creemos perturbadora e ilegal. (...) Fuera del hecho imponible no debe existir nada que justifique, legalmente, el someter a gravamen a una persona*». La pregunta que cabe hacerse ante esta postura es: ¿cómo puede calificarse de ilícito un comportamiento cuya sanción se considera ilegal? (1967, 984-985); en el mismo sentido se pronuncia GONZÁLEZ SÁNCHEZ para quien dicho precepto «*por permitir la aplicación de analogía (...) es inconstitucional y nulo*» (1993, 73-74).

⁹⁰ Como, por ejemplo, GONZÁLEZ GARCÍA: «*el fraude de ley es, por principio, una conducta imposible de ser tipificada, de donde deriva su no penalización*», que «*sitúa el fraude de ley tributaria en la órbita de los actos contrarios a la ley*» (2001, 24) o ROSEMBUIJ, para quien la sanción del fraude a la Ley Tributaria prevista en el Anteproyecto de 1990 supondría «*una infracción "atípica"*» (1994, 307) pese a que para el mismo «*no hay duda de que la elusión del pago es un incumplimiento de la ley (...). El hecho declarado en fraude de ley sí que vulnera el ordenamiento jurídico*» (1996, 80).

⁹¹ (2004, 55), en el mismo sentido RUIZ ALMENDRAL y ZORNOZA (2005, 60-61).

⁹² Partidario de *lege ferenda* de la imposición de sanciones se muestra RUIZ TOLEDANO (1998, 263).

⁹³ Sin necesidad de compartir los argumentos *ad hominem* del profesor ESCRIBANO (2005, 84).

SEGUNDA PARTE

1. Introducción.

En esta segunda parte del trabajo, se revisan los términos en los que usualmente se plantea el debate doctrinal sobre la relación existente entre el fraude de ley tributaria, la simulación negocial y el delito de defraudación tributaria, en la convicción de que la perspectiva desde la que en ciertos casos se aborda la cuestión excede los límites de una genuina propuesta de resolución de un problema interpretativo en pos de la aplicación de una política legislativa que no resulta explícitamente de los artículos involucrados.

El debate dogmático sobre la tipicidad penal de las conductas de fraude de ley tributaria deriva de la constatación de una (relativa) falta de determinación significativa del artículo 305 del Código Penal, como consecuencia de la presencia del verbo «defraudar» en la descripción de la conducta típica. Este debate afronta una situación en la que la decisión legislativa no se expresa legalmente con la suficiente claridad.

El debate de política legislativa acerca de la conveniencia o la justificación de sancionar penalmente los fraudes de ley tributaria o las simulaciones negociales no presupone, en cambio, un problema interpretativo. La discusión persigue, en este caso, fundamentar una propuesta (más justa o más racional) sobre la forma de abordar legislativamente esta materia.

En nuestra opinión, ambos debates son distintos. Y si el propósito es determinar la relevancia penal de las conductas constitutivas de fraude de ley tributaria en el ordenamiento español vigente, no se debe olvidar que las dificultades –como en toda situación de interpretación– proceden de una imprecisa comunicación legal y no de una indefinición en la política legislativa. En consecuencia, la directriz que ha de orientar la discusión debe ser la persecución del entendimiento más probable del tipo penal en su contexto y no la persecución del entendimiento preferible según el modelo de justicia o de racionalidad legislativa que adopta el intérprete.

Tanto el contenido de la STC 120/2005 como las distintas opiniones doctrinales que la precedieron y las que aquélla ha suscitado ponen de manifiesto que algunos planteamientos no delimitan por completo los dos ámbitos de discusión indicados. En el aspecto jurídico-penal del debate, a cuyo examen se dedica esta segunda parte del trabajo, dos son las cuestiones en las que esta circunstancia se presenta de forma más patente: la controversia sobre la existencia de una relación necesaria entre la impunidad administrativa de una conducta y su falta de relevancia penal y la propia estrategia de apreciar la tipicidad penal de ciertos comportamientos a partir de las figuras del fraude de ley tributaria y de la simulación negocial. El análisis de ambas se aborda en los dos apartados siguientes.

2. Impunidad administrativa y tipicidad penal.

La principal alegación de la demanda de amparo que dio lugar a la STC 120/2005 era la vulneración del derecho a la legalidad penal del recurrente, resultante de la aplicación del artículo 349

del Código Penal de 1944-1973 (cuyo tenor se corresponde, en los extremos aquí relevantes, con el del art. 305 del vigente CP de 1995) por parte del Tribunal sentenciador. La infracción del derecho vendría determinada –según el recurso– por la apreciación judicial de la tipicidad penal de una conducta para la que la ley no prevé una sanción administrativa; esto es, la ausencia de previsión sancionadora en la ley administrativa permitiría, de acuerdo con esta opinión, inferir la atipicidad penal del comportamiento.

En el caso que ahora nos ocupa, la premisa de esta inferencia es que la norma administrativa (tributaria en este caso) no sanciona las conductas realizadas en fraude de ley tributaria. Debido a la heterogeneidad con la que suelen utilizarse algunos términos relevantes en este debate, es adecuado esclarecer desde un primer momento que quienes aducen la citada premisa emplean «sanción» para aludir sólo a las sanciones de carácter punitivo previstas por el Derecho administrativo (uso que hace del término el art. 15.3 de la LGT). Si bien se recuerda en la primera parte de este trabajo que el Derecho tributario sí prevé una sanción para el fraude de ley tributaria consistente en la aplicación coactiva de la norma defraudada, con pérdida de las ventajas fiscales obtenidas y liquidación de los intereses de demora, conviene aclarar que no es éste el uso de «sanción» que está en juego en este contexto. Por otra parte, en ocasiones se hace referencia a la ausencia de sanción administrativa de naturaleza punitiva mediante la expresión «atipicidad administrativa» (es el caso de la propia STC 120/2005). Se ha indicado igualmente en la primera parte de este trabajo que este uso de «atipicidad administrativa» no es suficientemente riguroso, ya que las conductas en fraude de ley son subsumibles en los tipos infractores que llevan aparejada una sanción administrativa de carácter punitivo, aunque el artículo 15.3 excluya, de modo excepcional, la imposición de esta última. Desde esta perspectiva, y al objeto de evitar confusiones, se utilizará a continuación la expresión «impunidad administrativa» para aludir a la ausencia de sanción administrativa (tributaria, en este caso) de carácter punitivo.

El propósito es, pues, examinar la supuesta relación de consecuencia entre la impunidad administrativa y la atipicidad penal de la conducta. Como punto de partida, cabe afirmar que existe acuerdo generalizado en cuanto a que un comportamiento es penalmente típico si concurren en él todos y cada uno de los elementos mediante los que un enunciado legal vigente describe una conducta a la que apareja una pena. Un comportamiento es, así, típico del delito de defraudación tributaria si concurren en él todos y cada uno de los elementos que configuran la descripción de la conducta penalmente sancionada en el artículo 305 del vigente Código Penal. La tipicidad penal es, por tanto, un predicado relativo a un enunciado legal (alude a la relación de una conducta con un tipo) que no exige presupuestos adicionales a la posibilidad de apreciar en la conducta la presencia de los elementos configuradores del tipo⁹⁴. En consecuencia,

⁹⁴ Existe una corriente jurisprudencial que, principalmente en relación con el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código Penal, exige para la tipicidad (o, al menos, para la antijuridicidad penal) no sólo la concurrencia de los elementos del tipo, sino un determinado nivel de lesión del bien jurídico que se estima protegido por el tipo (*vid.*, de entre las últimas, la STS de 25 de junio de 2003 –TOL 305522– y las citadas en ella). Esta doctrina suele invocar la vigencia en el Derecho penal de un principio de «insignificancia» para esta «reducción teleológica del significado» del enunciado legal. En realidad, en tanto este tipo de decisiones supongan la exclusión de ejemplos estándar de conducta que –desde el punto de vista del uso de los términos típicos– constituyan los supuestos paradigmáticos del precepto, no son el resultado de una actividad genuinamente interpretativa, sino de una actividad de legislación semántica para la que el intérprete carece de potestad. En este sentido se han manifestado resoluciones recientes de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo (SSTS de 21 de junio de 2003 –TOL 294358– y 27 de febrero de 2004 –TOL 365582–) que pueden ser expresivas de un cambio de tendencia en este punto.

la punición administrativa de un comportamiento (esto es, la previsión legal de una sanción administrativa de carácter punitivo para quien lo desarrolla) sólo constituye una exigencia de su tipicidad penal cuando la punición administrativa es un elemento del tipo penal.

El examen del Libro II del Código Penal permite afirmar que, en términos generales, la tipicidad penal no se encuentra supeditada por la ley a la punición administrativa de la conducta. De hecho, existen enunciados legales penales (como el art. 195.1 del CP, que castiga la omisión del deber de socorro) en los que la tipicidad ni siquiera se halla condicionada a la previa (previa en sentido lógico, y no temporal) ilicitud administrativa (o civil) de la conducta. No es posible, por tanto, afirmar universalmente una relación necesaria entre la impunidad administrativa y la irrelevancia penal de una conducta, como expresamente señala la STC 120/2005 al afirmar que la *«atipicidad administrativa del indicado comportamiento obviamente significaba (...) que la Administración no estaba autorizada a sancionar en tal caso, pero no que no lo estuvieran los órganos de la jurisdicción penal cuando pudieran estimarse concurrentes todos y cada uno de los elementos típicos que configuran la conducta punible a título de delito fiscal»*⁹⁵.

No obstante lo anterior, cierto es que existe a este respecto una diferencia entre artículos como el 195.1 y el 305 del Código Penal, ya que el sector de la realidad contemplado por este segundo es objeto de regulación administrativa. En atención a tal circunstancia, probablemente hay que entender que quienes sostienen la relación necesaria entre impunidad administrativa y atipicidad penal acotan la afirmación a los tipos penales descriptivos de conductas que se desarrollan en sectores cubiertos por una norma administrativa, limitando así la conexión entre la impunidad administrativa y la atipicidad penal a los ámbitos (el económico o el empresarial) en los que el Derecho penal cumple una función eminentemente secundaria, por desplegar su control y tutela sobre situaciones y bienes jurídicos que son objeto de atención primaria por el Derecho administrativo. Éste sería el caso, por ejemplo, de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social tipificados en el Título XIV del Libro II del Código Penal.

Una versión de esta tesis ha sido expuesta recientemente por CHOCLÁN MONTALVO (2005, 4) con apoyo en la construcción, elaborada por RODRÍGUEZ RAMOS, del «Derecho penal económico» como categoría dogmática caracterizada por la «secundariedad» de la protección dispensada por el ordenamiento penal en este entorno. Brevemente, CHOCLÁN MONTALVO defiende que el injusto penal tributario es una forma cualificada de injusto (respecto del administrativo) en atención a factores como la intensidad lesiva de la conducta y la reprochabilidad de la modalidad de comportamiento. De este modo, el injusto penal se articularía sobre un previo injusto administrativo al que se añadiría la exigencia de un *plus* de desvalor⁹⁶.

En nuestra opinión, esta presentación limitada del argumento adolece del mismo problema de principio que la formulación general de una relación necesaria entre la impunidad

⁹⁵ Como se ha indicado antes, la STC 120/2005 identifica, a nuestro juicio erróneamente, la «atipicidad administrativa» con la ausencia de sanción administrativa de carácter punitivo.

⁹⁶ *Id.* también ARIAS VELASCO (2001, 16), GARCÍA NOVOA (2005, 4) y RUIZ-ZAPATERO (2004, 21).

administrativa y la atipicidad penal: la afirmación de la subordinación de la tipicidad penal a la previa punición administrativa como teorema deducido ya del principio de legalidad penal (como aparecía en la demanda de amparo que dio lugar a la STC 120/2005), ya de la ubicación de un tipo penal (como el descrito en el art. 305 del Código) dentro de una categoría dogmática como el Derecho penal económico.

Resulta difícil advertir qué conexión directa puede establecerse entre el asunto que aquí se discute y el principio de legalidad ⁹⁷. Tal como está recogido en el artículo 25.1 de la Constitución, el derecho a la legalidad penal garantiza la exclusiva sanción penal de los comportamientos tipificados como infracción penal en la legislación vigente en el momento en el que aquéllos se desarrollan. Ello entraña comprobar, como ya antes se ha indicado, la concurrencia en los hechos de los elementos que conforman la descripción legal de la conducta incriminada, pero en modo alguno (salvo que el tipo lo exija) la previsión de una sanción punitiva para aquéllos en la norma administrativa.

En realidad, lo que puede estar en juego en este debate no son las garantías derivadas del principio de legalidad, sino el acomodo de la legislación al principio de subsidiariedad del Derecho penal ⁹⁸, que no se halla integrado dentro del contenido constitucional del derecho a la legalidad penal. Es razonable pensar que un ordenamiento atento a garantizar el principio de subsidiariedad tendería a ordenar gradualmente la respuesta sancionadora del Estado de forma que la tipicidad penal quedara reservada para conductas cuya intensidad lesiva fuera superior a la estimada en los comportamientos sancionados punitivamente por el Derecho administrativo. Ahora bien, no puede olvidarse que el principio de subsidiariedad es un criterio rector de una adecuada política legislativa y no una pauta aplicativa de la legislación efectivamente promulgada ⁹⁹. En definitiva, como se indicaba en el apartado anterior, el principio de subsidiariedad es un argumento apropiado en un debate sobre la forma de organizar la represión del fraude fiscal, pero impertinente en una discusión sobre el alcance de la legislación efectivamente promulgada para este fin. De hecho, ni siquiera es posible garantizar *de lege lata* un principio de coherencia –menos exigente que el principio de subsidiariedad– que evitara la afirmación simultánea de la tipicidad penal de un conducta y su licitud (que, como se ha expuesto en este trabajo, no equivale a su atipicidad ni a su impunidad) desde la perspectiva de otros sectores del ordenamiento ¹⁰⁰.

⁹⁷ El FJ 6.º de la STC 120/2005 señala que la tipicidad penal de una conducta administrativamente impune puede afectar al principio de legalidad penal en cuanto respuesta «*imprevisible*» para el destinatario de la norma. Esta conexión «indirecta» entre la impunidad administrativa y el principio de legalidad penal será considerada más tarde, al hilo del examen del cumplimiento de la exigencia de *lex certa* por parte del artículo 305 del Código Penal.

⁹⁸ Expresamente lo reconoce así PÉREZ ROYO (2005, I, 3 y 2005, II, 1).

⁹⁹ PÉREZ ROYO (2005, I, 3) opina que es también «una guía para el intérprete de la propia ley», pero lo cierto es que no se trata de una directriz legal ni constitucional de interpretación, ni tampoco parece una pauta relevante para la formulación de una propuesta interpretativa que pretenda aproximarse al significado más probable de un término o enunciado dubitado. Como señala la STS de 21 de febrero de 1994 (TOL 402651), la subsidiariedad del Derecho penal es un tema «a dilucidar en un plano especulativo y no en una resolución atenta al derecho constituido».

¹⁰⁰ Existen, en este sentido, tipos penales que sancionan comportamientos civilmente lícitos. Es el caso, por ejemplo, del artículo 270.3 del vigente Código Penal, que castiga, entre otras conductas, «la tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya

Esta misma objeción puede presentarse, en nuestra opinión, a la tesis de CHOCLÁN MONTALVO sobre la existencia de una relación necesaria entre la atipicidad administrativa y la penal. La naturaleza secundaria del «Derecho penal económico» no sólo es una medida prudente de política criminal, sino que es una característica real de la tutela que despliegan buena parte de los tipos penales que se suelen integrar en este ámbito. Pero una cosa es constatar ese carácter secundario como resultado inductivo del examen de los tipos penales incluidos en la categoría delimitada y otra muy distinta imponer una extensión deductiva de esta construcción dogmática a tipos penales cuyo tenor no se somete a ella ¹⁰¹.

Entendemos, en consecuencia, que no es posible ligar la impunidad administrativa a la atipicidad penal ni como derivación del derecho a la legalidad penal ni como corolario de la naturaleza secundaria del Derecho penal económico. Esa vinculación existirá si, y sólo si, la descripción típica la instituye, lo que convierte en tarea esencial (no puede ser de otro modo) el examen del modo en el que el enunciado legal penal configura la tipicidad de la conducta. En el Código Penal de 1995 existen injustos penales (como los descritos en los arts. 325 y 333) que exigen taxativamente que el comportamiento constituya una contravención de las leyes o disposiciones de carácter general relevantes. No es éste el caso del artículo 305 del Código Penal ¹⁰², en cuyo tenor no se aprecia una referencia perspicua a la ilicitud, a la tipicidad ni a la punición administrativa de la acción, como se verá con más detalle a continuación.

3. El tipo penal de defraudación tributaria y el fraude de ley tributaria.

El artículo 305.1 del Código Penal castiga a quien defrauda a la Hacienda Pública (i) eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie, (ii) obteniendo indebidamente devoluciones, o (iii) disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 120.000 euros.

Es evidente que el precepto no alude expresamente en la descripción de la conducta a la ilicitud, a la tipicidad o a la punición administrativa de los hechos. Tampoco se utilizan como elementos de delimitación de la tipicidad penal las categorías «fraude de ley tributaria» y «simulación nego-

utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo», sin supeditar la tipicidad al fin comercial de la tenencia, que sí exige, en cambio, el artículo 102 c) de la Ley de Propiedad Intelectual para la ilicitud civil.

¹⁰¹ Un buen ejemplo de que esta naturaleza secundaria no siempre tiene presencia en el ámbito de los delitos llamados, en principio, a integrar la categoría «Derecho penal económico» es el artículo 294 del Código Penal. Este precepto, que sanciona penalmente a los administradores de una sociedad que «negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras» tiene un ámbito de aplicación mucho mayor que el de infracciones administrativas paralelas, como la tipificada en el artículo 99 t) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que restringe la tipicidad de «la negativa o resistencia a la actuación inspectora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores» a los casos en que «medie requerimiento expreso y por escrito al respecto». *Vid.*, sobre esta cuestión, RODRÍGUEZ MOURULLO (1988, 241-248).

¹⁰² PÉREZ ROYO (2005, II, 2).

cial». Y, sin embargo, el grueso del debate dogmático penal se ha vertebrado en torno a la licitud o ilicitud administrativa del fraude de ley tributaria y a la consiguiente exclusión o inclusión de esta clase de conductas –consideradas en bloque y por oposición a las de simulación negocial– en el ámbito típico del artículo 305. En esta discusión, el examen de las exigencias que sí aparecen en la descripción de la conducta típica del delito de defraudación tributaria ocupa habitualmente un papel de segundo orden.

En nuestra opinión, este modo de aproximarse al problema no es adecuado. Toda vez que la controversia atañe a la calificación penal de unos hechos, los factores fundamentales en la discusión son la realidad fáctica y los términos en los que la ley penal configura el tipo. La mediación de categorías –legales o dogmáticas– propias de otros sectores del ordenamiento jurídico sólo debe producirse cuando el tipo penal requiere esa mediación como resultado del empleo de elementos normativos en la descripción de la conducta. Y éste no es el caso del artículo 305 del Código Penal ¹⁰³. A pesar de ello, como se acaba de decir, los esfuerzos argumentativos se dedican usualmente a la calificación tributaria del negocio jurídico como fraude de ley o como simulación, en el convencimiento de que la calificación penal ha de resultar de modo automático de la conclusión alcanzada. En estas circunstancias, no es de extrañar la insistencia de las resoluciones judiciales (como la STS de 28 de noviembre de 2003 –TOL 341467–) en que lo crucial es determinar si están o no presentes «*los elementos integrantes del tipo*». Éste es precisamente el escenario en el que esta controversia –al menos, en su aspecto dogmático– debe plantearse ¹⁰⁴.

Los factores fundamentales de la discusión –se decía– son la realidad fáctica, por una parte, y, por otra, los términos en los que la ley penal configura el tipo. En relación con éstos, el 305 del Código Penal deja claro desde un primer momento que, cualquiera que sea la modalidad de acción típica concurrente en los hechos, ésta debe poder calificarse como una defraudación a la Hacienda Pública. La tarea, por tanto, consiste en determinar cómo se usa «defraudar» en el contexto de este tipo penal.

A este respecto, aunque tanto «defraudar» como «defraudación» han tenido una importante presencia en la legislación penal española, la disputa sobre su uso significativo en los enunciados legales en los que aparecen no está por completo zanjada.

La discusión sobre el sentido de estos términos ha tenido lugar principalmente en el ámbito de la incriminación de las estafas. La apertura del Capítulo que el Título XIII del Código Penal de 1995 dedica precisamente a la incriminación «de las defraudaciones» con una Sección (la 1.ª) «de las estafas» ha favorecido la consideración de este delito como arquetipo de defraudación. De hecho, su vigente tipificación deriva en buena medida de la descripción elaborada en 1958 por ANTÓN ONECA (1958, 56 y ss.), en la que, a partir del empleo del verbo «defraudar» en la ley penal entonces en vigor y mediante una «*interpretación un tanto libre*» (en sus propias palabras), el autor

¹⁰³ Por supuesto, no es el caso en cuanto afecta a la acción típica, porque es patente que el artículo 305 sí recurre a elementos normativos al describir, por ejemplo, el objeto material del delito («tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie») o al atender a la «cuota» en la fijación de la intensidad cuantitativa que debe alcanzar el resultado para adquirir relevancia penal.

¹⁰⁴ *Ibid.* CORDOBA RODA (2005, 5).

detallaba el conjunto de elementos típicos que terminaron integrando la actual configuración legal del tipo básico de estafa (engaño, error, acto de disposición, perjuicio y ánimo de lucro). La añeja relación entre la estafa y la defraudación (aquella como ejemplar paradigmático de ésta) ha fomentado la caracterización generalizada de la defraudación penal como la producción de una lesión patrimonial causalmente ligada a un engaño. Esta identificación presenta algunas dificultades, en particular si se formula en términos excluyentes.

Por una parte, presupone un uso homogéneo del verbo «defraudar» en el Código Penal, lo que es, sin duda, posible, pero debe ser explícitamente afirmado en el razonamiento. En este sentido, cada cuerpo legislativo (también el Código Penal) constituye, en principio, un horizonte contextual de las expresiones lingüísticas que aparecen en los enunciados legales que comprende, aunque no cabe descartar de antemano la presencia en un mismo contexto de empleos diversos de la misma expresión. Ciertamente, esto último sólo resulta factible cuando existen razones que motiven el uso divergente en un determinado subcontexto, caso en el que las propuestas que pretendan reconocer estos supuestos de empleo heterogéneo deberán identificar las razones contextuales que acreditan esa diversidad de uso ¹⁰⁵.

Por otra, entraña un evidente reduccionismo, ya que la estafa no es el único tipo (ni el único con tradición) integrado en el Capítulo de las defraudaciones. Por lo pronto, la actual Sección 2.^a del Capítulo VI está dedicada a la sanción penal «de la apropiación indebida», tipo que ya formaba parte del Capítulo de las defraudaciones en el Código Penal de 1944-1973 y en el que el engaño no desempeña papel alguno.

Así las cosas, la ausencia de una pauta que regule de forma evidente y perspicua el uso de «defraudar» en el Código Penal aconseja, sin perjuicio de indagar si el subcontexto del Título XIV ofrece argumentos sólidos que acrediten un uso específico del verbo, dar un paso atrás y considerar los usos de este término en el lenguaje común, atendiendo a los ejemplos estándar que funcionan como criterio práctico de empleo de «defraudar» y que, como reglas nacidas del uso colectivo, son recogidas posteriormente por los diccionarios ¹⁰⁶.

Comúnmente se usa «defraudar» para referir la acción de «privar a alguien con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias de lo que le toca de derecho» ¹⁰⁷. Alude el

¹⁰⁵ Este argumento es el que WRÓBLEWSKI (1985, 47 y ss.) recoge como segunda directiva lingüística de interpretación legal de primer nivel derivada del contexto lingüístico (DI¹-2): «sin razones suficientes, a términos idénticos, que se utilizan en las reglas legales, no se les debería atribuir significados diferentes». Esta directiva –que en otro lugar (WRÓBLEWSKI, 1983, 486) denomina «directiva de univocidad»– cede cuando hay «razones suficientemente firmes» para interpretar el mismo término de manera diferente, lo que puede ocurrir cuando la influencia de los contextos sistémico y funcional prevalece sobre la del contexto lingüístico.

¹⁰⁶ Según la primera directiva lingüística de interpretación legal de primer nivel derivada del contexto lingüístico (DI¹-1) que recoge WRÓBLEWSKI (1985, 47), «sin razones suficientes no se debería atribuir a los términos interpretados ningún significado especial distinto del significado que estos términos tienen en el lenguaje natural común». La referencia al «sentido propio» de las palabras de la norma que contiene el artículo 3.1 del Código Civil fija precisamente como directriz interpretativa la atención a la faceta lingüística del contexto, y (aunque se advierten vestigios univocistas en esta expresión legal), el «sentido propio» de las palabras no es sino su uso en el contexto pertinente.

¹⁰⁷ DRAE (2001, 738).

verbo, por tanto, a la producción de un perjuicio (la privación de lo que toca de derecho), pero no de cualquier manera, sino a través de específicas modalidades de conducta (el abuso de confianza o la infidelidad a las obligaciones propias). Defraudar no es simplemente perjudicar, sino perjudicar a través de un medio defraudatorio, que puede ser –mas no necesariamente– el engaño.

Sin razones para variar este criterio propio del lenguaje común, la referencia típica a la defraudación en el seno de los delitos contra la Hacienda Pública ha de ser igualmente entendida como exigencia de producción de un perjuicio (en este caso, para la Hacienda Pública) ocasionado a través de un medio fraudulento, de un artificio defraudatorio. El artículo 305 no sanciona, de este modo, el mero impago del tributo, sino la elusión fraudulenta del pago ¹⁰⁸. A la constancia de un efectivo desvalor de resultado (consistente en el perjuicio patrimonial) se añade, por tanto, la demanda de un desvalor de acción (CHOCLÁN MONTALVO, 2005, 1).

Por supuesto, esto no resuelve la controversia, que radica, claro está, en determinar qué procedimientos dirigidos a eludir el pago de un tributo (o de cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o de ingresos a cuenta de retribuciones en especie) convierten la lesión patrimonial en una defraudación. A este respecto, es suficientemente conocida la polémica entre quienes entienden que la presencia del verbo «defraudar» comporta la exigencia de un engaño (aunque los partidarios de esta postura discrepan a la hora de precisar tanto el engaño relevante a estos efectos como la estructura global que debe presentar la conducta) y quienes sostienen que basta la producción del perjuicio mediante una conducta ilícita resultante del incumplimiento por el sujeto activo de sus deberes tributarios (fundamentalmente, el de comunicación) ¹⁰⁹. En todo caso, esta discusión no juega un papel determinante en la defensa del argumento que se presenta en esta segunda parte del trabajo, ya que, como a continuación se detallará, las categorías tributarias «fraude de ley tributaria» y «simulación negocial» son irrelevantes para la tipicidad penal con independencia de la postura que se adopte en la citada controversia.

¹⁰⁸ La Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, dotó al delito de defraudación tributaria (en aquel momento, art. 349 del CP) de una estructura típica idéntica a la del actual artículo 305, al sancionar a quien defraudara a la Hacienda estatal, autonómica o local, eludiendo el pago de tributos o disfrutando indebidamente de beneficios fiscales, siempre que la cuantía de la cuota defraudada o del beneficio fiscal obtenido excediera de 5.000.000 de pesetas. La Exposición de Motivos de la ley señalaba como uno de los objetivos de ésta «*avanzar en la delimitación de la conducta típica del delito fiscal por antonomasia. Se quiere, en efecto, que dicha conducta no sea tanto la falta de pago de los tributos, cuanto la actitud defraudatoria mediante actos u omisiones tendentes a eludir la cuantificación de los elementos que configuran la deuda tributaria y, por tanto, su pago*».

¹⁰⁹ Puede hallarse información sobre esta polémica –que antecede a la actual tipificación del delito contra la Hacienda Pública– en las obras de BRANDÁRIZ GARCÍA (2000, 376 y ss.), MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2005, 548 y ss.) y RANCAÑO MARTÍN (1997, 54 y ss.).

A la vista de las opiniones más recientes, puede afirmarse que en la actualidad resulta mayoritaria la posición que vincula la exigencia de una defraudación con la producción de un perjuicio a través de un engaño [*vid.*, por todos, BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGESSE (2001, 221 y ss.), BOIX REIG y MIRA BENAVENT (2000, 53), CÓRDOBA RODA (2005, 4), CHOCLÁN MONTALVO (2005, 3), FERREIRO LAPATZA (2003, 23), GARCÍA NOVOA (2003, 25), JUAN I CASADEVALL y M. C. GARCÍA LLAMAS (1998, 294-295) y MORILLO MÉNDEZ (2000, 296)]. No obstante, existen también voces próximas que discrepan de esta postura, como son las de BACIGALUPO ZAPATER (1997, 289 y ss.) y RANCAÑO MARTÍN (1997, 58), que asocian la defraudación al incumplimiento de deberes tributarios, o la de SÁNCHEZ TOMÁS (1999, 126-127), quien identifica «defraudar» simplemente con la intención del sujeto *ex ante* de no hacer frente a la deuda, aunque reconozca la existencia de ésta y la ponga en conocimiento de la Administración. En esta última línea puede verse también el FJ 27.º de la citada STS de 28 de noviembre de 2003 (TOL 341467).

Los autores que acuden en la delimitación de la tipicidad penal a los conceptos «fraude de ley tributaria» y «simulación negocial» e identifican la defraudación típica sólo con esta última situación se apoyan en que ésta demanda la producción de una lesión patrimonial causalmente ligada a un engaño ¹¹⁰. Sin duda, esta interpretación de «defraudar» en clave de engaño restringe en mayor medida el ámbito de la tipicidad penal, ya que la exigencia de engaño es adicional –y no meramente distinta– a la de incumplimiento del deber tributario de comunicación (el engaño presupone este incumplimiento e implica, además, una forma especial de incumplir: «*dando a la mentira apariencia de verdad*») ¹¹¹. De este modo, si, como se dirá, no es posible identificar el fraude de ley tributaria con la atipicidad penal por ausencia de engaño típico, con menor razón cabe disociar automáticamente del fraude de ley tributaria la tipicidad penal cuando ésta se concibe como producción de un perjuicio a través del incumplimiento de deberes tributarios. Por ello, la tesis que a continuación se presenta (la improcedencia de examinar el tipo del artículo 305 del Código Penal a través de la mediación de categorías tributarias no reclamadas por la ley) no requiere, como se ha indicado, un compromiso con alguna de las propuestas al uso sobre la interpretación de «defraudar» en este delito, ya que dicha tesis se formula a la vista de la propuesta más exigente: la que identifica «defraudar» con «engañar».

Buena parte de la dificultad asociada a la discusión sobre la tipicidad penal del fraude de ley tributaria resulta de la heterogeneidad que, en la concepción de esta última figura, se aprecia entre las diversas contribuciones, como se puede comprobar en las referencias incluidas en la primera parte de este trabajo. En este sentido, es obvio que si, con postergación del examen de los elementos legales de delimitación, se asume una descripción del fraude de ley entre cuyos atributos se inserta la ausencia de engaño, la afirmación de su atipicidad penal constituye una tautología. En nuestra opinión, lo significativo es el examen de la tipicidad del grupo de supuestos de hecho acogidos por una institución legalmente configurada, y no el análisis de categorías dogmáticas que no se corresponden de forma completa con la norma. Por ello, las afirmaciones que siguen atañen a hechos que dan lugar a la aplicación de la institución descrita en el artículo 15 de la LGT, a la que, como en la primera parte de este trabajo, se alude como «fraude de ley tributaria» (y no como «conflicto en la aplicación de la norma tributaria») en atención a la ubicuidad de aquella denominación tanto en las opiniones doctrinales como en las resoluciones judiciales.

Desde esta perspectiva, no parece ajustado afirmar que el fraude de ley tributaria excluye cualquier tipo de engaño porque cabe predicar de los negocios jurídicos que se celebran en fraude de ley tributaria su veracidad ¹¹². Esta atribución de «veracidad» a todos los comportamientos en

¹¹⁰ La intelección de «defraudar» como elemento que impone la presencia de un engaño no le priva de carácter objetivo. A pesar de lo que señalan algunos autores –como APARICIO PÉREZ (1997, 39) o SIMÓN ACOSTA (1998, 51 y ss.)–, la defraudación no demanda «*la concurrencia de un elemento subjetivo o intencional consistente en la intención de engañar*», sino la existencia de un efectivo engaño, esto es, de una «falta de verdad en lo que se dice, hace, piensa o discurre» (DRAE, 2001, 913). *Vid.* a este respecto BRANDÁRIZ GARCÍA (2000, 378 y ss.), en relación con el paralelo –en este punto– tipo de defraudación a la Seguridad Social.

¹¹¹ DRAE (2001, 913).

¹¹² Como hacen, entre otros, ARIAS VELASCO (2001, 15) y GARCÍA NOVOA (2003, 25). J. APARICIO PÉREZ (1997, 164), a quien cita expresamente ARIAS VELASCO, menciona la presencia de los requisitos de «*complitud y veracidad*» pero la restringe a los negocios que cumplen hasta un total de seis condiciones que el autor estima deben concurrir «*para considerar que la operación es lo suficientemente transparente como para excluir la calificación de la operación como negocio*».

fraude de ley tributaria debe ponerse en duda desde el momento en que la propia norma condiciona su aplicación a que los negocios mediante los que se evita total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minora la base o la deuda tributaria sean «*notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido*». Quienes aducen su carácter veraz aluden a hechos que no son los que determinan la aplicación del artículo 15 de la LGT, de forma que su calificación como «fraude de ley tributaria» es impertinente (si esta denominación se asocia al citado art. 15) o bien legalmente irrelevante (si no es ése el caso).

Tampoco se puede afirmar el ajustamiento cabal a la configuración legal de la figura de la opinión formulada por quienes suscriben sin ambages la irrelevancia penal de estas conductas no por su veracidad, sino porque su naturaleza artificiosa «salta a la vista» y, en la medida en que el artificio es visible o transparente, no existe ocultación de datos fiscalmente relevantes, engaño ni, por tanto, defraudación típica ¹¹³. Hay en esta tesis un reconocimiento implícito de la ausencia de veracidad que caracteriza legalmente al fraude de ley y un intento de salvar su irrelevancia penal en atención a la supuesta notoriedad del artificio. Sin embargo, no parece que el tenor de la ley permita aceptar la consideración del negocio en fraude de ley tributaria como un artificio en todo caso «visible» o «transparente».

En este sentido, el fraude de ley tributaria exige, por disposición legal, artificio o impropiedad notoria del negocio, es decir, una apariencia negocial legal que disimula o encubre lo realmente acontecido ¹¹⁴. Esto es, como se ha indicado en la primera parte de este trabajo, en el fraude de ley existe –al igual que en la simulación negocial– una discrepancia entre la causa objetiva y la finalidad perseguida por las partes, discrepancia que, en efecto, no se encubre con una apariencia jurídica (como en la simulación), pero sí con una realidad jurídica notoriamente artificiosa o impropia (el negocio realizado) ¹¹⁵. El fraude de ley no es, por tanto, necesariamente transparente, pues, sin perjuicio de la realidad de los negocios jurídicos efectuados, tanto las circunstancias de su celebración como la complejidad de su estructura pueden comportar un encubrimiento y una ocultación

simulado». La estructura del razonamiento de APARICIO PÉREZ evidencia, por una parte, que –como se ha indicado– la construcción del objeto examinado determina el resultado del examen y, por otra, que aquél asume que no en todos los hechos susceptibles de determinar la aplicación del artículo 15 de la LGT se darán las condiciones que establece, es decir, que no todos ellos serán «*suficientemente transparentes*».

¹¹³ Términos en los que se pronuncia la STC 120/2005 y que reitera la reciente STC 48/2006, de 13 de febrero. *Vid.* también CHOCLÁN MONTALVO (2005, 5), CÓRDOBA RODA (2005, 5) y GARCÍA NOVOA (2005, 1), así como BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGESSE (2001, 227), quienes, si bien mencionan la posibilidad de que el sujeto activo realice un comportamiento transparente, defienden fundamentalmente la atipicidad penal de las conductas en fraude de ley tributaria por considerar que el perjuicio sufrido por la Hacienda Pública debe imputarse objetivamente a la «*deficiencia de técnica legislativa*» y no a la conducta del sujeto activo.

¹¹⁴ Ya que «artificioso» es, como se ha dicho, lo «disimulado, cauteloso, doble» (DRAE, 2001, 221).

¹¹⁵ RUIZ-ZAPATERO (2004, 85), que preconiza la irrelevancia penal de los supuestos tanto de fraude de ley tributaria como de simulación relativa por razones estrictamente fiscales, señala expresamente que no se aprecian entre los supuestos de los artículos 15 y 16 de la LGT «*diferencias relevantes como para justificar el distinto tratamiento en materia sancionadora*». Previamente (2004, 57), afirma que la distinción entre ambos es «*tenue*» y sólo se manifiesta en la valoración jurídica (en el fraude la no tributación resulta del régimen asignado por la ley al negocio realizado por las partes, mientras que en la simulación la no tributación resulta del régimen asignado por la ley a un negocio «*aparente*» que las partes no han llevado a cabo «*en el plano de la legalidad*»).

efectivos y reales ¹¹⁶. De hecho, lo que resulta insólito (y parece que carente de propósito) es la preparación y ejecución de un artificio que salte a la vista y resulte transparente.

La paradoja que produce la caracterización simultánea de un negocio como «artificioso» y «transparente» termina aflorando en las afirmaciones de los defensores de esta posición. La propia STC 120/2005 –que se suma a la doctrina de la transparencia al señalar que en el fraude de ley «*no hay ocultación fáctica*»– adjetiva el fraude de ley tributaria como una actuación «*transparente, por más que pueda calificarse de estratagema tendente a la reducción de la carga fiscal*», afirmación que resulta, cuando menos, chocante, ya que una «estratagema», como se ha dicho, es una «*astucia, fingimiento y engaño artificioso*». Del mismo modo, CHOCLÁN MONTALVO, uno de los principales valedores de la tesis de la «*visibilidad del artificio*», no niega que en estos casos haya un «*procedimiento encubridor de la elusión impositiva*», sino que se limita a afirmar que éste no es el aspecto «*relevante*» del fraude de ley ¹¹⁷.

Es cierto que no cabe descartar que en algunos casos el disimulo o el encubrimiento resulten tan febles que no quepa hablar de una ocultación real, pero en modo alguno el fraude de ley –esto es, los supuestos de hecho incardinables en el art. 15 de la LGT– puede presentarse como categoría fatalmente ligada a la ausencia de ocultación. El artificio negocial es esencial al artículo 15 ¹¹⁸ y aquél sólo puede pretender razonablemente el enmascaramiento –más o menos manifiesto– de lo acontecido. No son, por tanto, indisociables en modo alguno el fraude de ley tributaria y la ocultación (una ocultación tan «*fáctica*», por cierto, como la que se predica de la simulación). Aun cuando el fraude de ley pueda no ir acompañado de «*anomalías sustanciales en la contabilidad, el empleo de documentos falsos, la interposición de personas o la simulación negocial*» –medios fraudulentos que CHOCLÁN MONTALVO (2005, 5) señala como modalidades típicamente defraudatorias–, no hay apoyo en el artículo 305 que permita limitar de esta manera los medios fraudulentos susceptibles de integrar el comportamiento típico ni hay tampoco, desde luego, razón para excluir del uso penal de «defraudación» determinados modos o maneras de engañar.

Así las cosas, las categorías «fraude de ley tributaria» y «simulación negocial» carecen de papel relevante en la determinación de la tipicidad penal de las conductas elusivas del pago de tributos, ya que no es posible afirmar la exclusión automática de los hechos que se integran en la primera de ellas de la referencia del verbo típico «defraudar». Y no se debe pensar que es inocua la articulación del análisis de la relevancia penal a partir de estas figuras, ya que esta estrategia propende a sustraer al Juez penal la decisión sobre la concurrencia de los elementos del tipo,

¹¹⁶ A estos efectos, no parece baladí que la Exposición de Motivos de la vigente LGT califique la figura recogida en el artículo 15 como «*instrumento efectivo de lucha contra el fraude sofisticado*».

¹¹⁷ La expresión «*procedimiento encubridor de la elusión impositiva*» procede de la ya citada STS de 28 de noviembre de 2003 (TOL 341467) que, no obstante apreciar la presencia de simulación negocial en los hechos que condena, alude *obiter dictum* a la punibilidad del fraude de ley tributaria. Esta resolución –muy criticada por la mayoría de la doctrina–, si bien presenta algunos errores (como la referencia en el FJ 24.º a la norma penal como una de las «*normas eludidas*» en los casos de fraude de ley tributaria), se limita en el fondo a constatar que los negocios en fraude de ley comportan un encubrimiento o una desfiguración de los hechos subyacentes.

¹¹⁸ En este sentido, es sorprendente que autores como BOIX REIG y MIRA BENAVENT (2000, 54-55) identifiquen los supuestos de fraude de ley tributaria como conductas atípicas por cuanto ponen «*de manifiesto la ausencia de artificio alguno de carácter elusivo*».

como puede comprobarse en la reciente propuesta de CHOCLÁN MONTALVO (2005, 2) de tratar este asunto como una cuestión prejudicial devolutiva del artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ¹¹⁹.

CHOCLÁN MONTALVO identifica como situaciones de prejudicialidad administrativa aquellas en las que «la norma penal contiene determinados elementos normativos cuya determinación puede constituir el objeto de un procedimiento no penal» y propone extender la cuestión prejudicial devolutiva a los delitos económicos «formulados mediante la técnica de la norma penal en blanco». CHOCLÁN MONTALVO da por supuesto que éste es el caso del delito de defraudación tributaria, al adoptar como premisa que la relevancia penal depende fundamentalmente en estos supuestos de la «calificación del negocio jurídico».

Sin embargo, esta presuposición no concuerda, en nuestra opinión, con la descripción legal del delito. A la vista de la definición de prejudicialidad administrativa que la precede, la tesis de CHOCLÁN MONTALVO parece asumir que el núcleo del tipo penal es la calificación tributaria de los hechos como un negocio simulado por oposición a su calificación (también tributaria) como economía de opción o como fraude de ley tributaria, casos en los que el comportamiento resultaría atípico. Sólo la consideración de estas figuras como elementos del tipo –se supone que implícitos– justificaría afirmar, dentro de la propia configuración presentada por CHOCLÁN MONTALVO, que la apreciación del delito castigado en el artículo 305 exige una cuestión prejudicial administrativa.

Pero lo cierto es que, como repetidas veces se ha dicho, «negocio simulado» no es un elemento del tipo penal (ni explícito ni implícito) ni «economía de opción» y «fraude de ley tributaria» son elementos negativos que excluyan la tipicidad del comportamiento examinado. El elemento nuclear en la decisión sobre la tipicidad penal es, como se ha expuesto, el verbo «defraudar». Este verbo es un elemento normativo (porque para apreciar su presencia en los hechos no basta con una mera observación empírica, sino que es preciso efectuar un juicio de valor conforme a una norma), pero (i) no es un elemento normativo que pueda constituir en este contexto el objeto de un proceso no penal, (ii) ni convierte al artículo 305 del Código Penal en una norma penal en blanco que, a estos efectos, requiera el complemento de la norma administrativa ¹²⁰.

La naturaleza normativa de «defraudar» como elemento del tipo obliga, claro está, a formular un juicio de valor determinante de la inclusión o exclusión de unos hechos dentro de su referencia. Pero ese juicio de valor no ha de tener como pauta la norma tributaria, porque

¹¹⁹ *Id.* también RUIZ-ZAPATERO (2004, 84 y ss.).

¹²⁰ Algunos de los autores que califican el artículo 305 del Código Penal como «tipo penal en blanco» [por ejemplo, ARIAS VELASCO (2001, 16), FERREIRO LAPATZA (2003, 23) y GARCÍA NOVOA (2003, 25)] parecen entender que tal calificación comporta una suerte de remisión completa (en este supuesto, a la LGT) para la integración de la tipicidad penal. No es, desde luego, el caso del artículo 305, que, entre otros elementos, remite a la norma tributaria la determinación de la existencia del tributo y de la elusión de su pago, pero no la fijación de las condiciones que han de concurrir para identificar una conducta como una defraudación. La intelección de las normas penales en blanco como supuestos de remisión completa en la fijación del presupuesto de hecho típico es, por otra parte, contraria a la doctrina constitucional que exige que el tipo penal recoja «el núcleo esencial de la prohibición» (*vid.*, por todas, la STC 53/1994, de 24 de febrero, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional).

«defraudar» no es una categoría tributaria ni, por tanto, un elemento normativo tributario ¹²¹. Por esta razón, no sólo no procede el recurso a la cuestión prejudicial devolutiva, sino que tampoco es pertinente en este caso que el Juez penal «se atenga en la resolución a las normas del Derecho tributario», como recomienda CHOCLÁN MONTALVO (2005, 2), invocando el artículo 7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ciertamente, esta última norma conmina al Juez penal a atemperarse a las reglas del Derecho civil o administrativo, pero restringe esta obligación a su actuación en relación con «las cuestiones prejudiciales que, con arreglo a los artículos anteriores, deba resolver». La sujeción del Juez penal al Derecho administrativo (tributario, en este caso) no se refiere, obviamente, a todas las cuestiones de Derecho, sino sólo a las que se plantean en el seno de una cuestión prejudicial. Y la decisión relativa a si una conducta de elusión del pago de un tributo es o no es una defraudación no es una cuestión prejudicial, sino una cuestión específicamente penal, porque, como se acaba de decir, «defraudar» no es un elemento normativo tributario, sino un elemento normativo penal.

No ha de verse en esta conclusión un entendimiento desmedido de la autonomía del Derecho penal. En nuestra opinión, la presencia en las descripciones típicas de elementos normativos procedentes de otros sectores del ordenamiento jurídico obliga al Juez penal a examinar su concurrencia en los hechos atendiendo a las normas propias del sector relevante, pero la decisión legislativa ha hecho gravitar el tipo del artículo 305 sobre la concurrencia de una defraudación, sin acudir –en este aspecto– a elementos normativos de carácter tributario. Asumir la inserción implícita en el tipo penal de estas categorías tributarias en atención –como hace CHOCLÁN MONTALVO (2005, 2)– a «lo que es razonable en la lógica del sistema y atendida la función de protección que compete a la norma penal del delito fiscal» supone acudir a un principio de política legislativa (la secundariedad estricta del Derecho penal económico) que no ha sido objeto de traducción en la ley y, por consiguiente, traspasar las fronteras propias de una propuesta de resolución de un problema interpretativo.

Quienes rechazan la tipicidad penal de las conductas realizadas en fraude de ley tributaria presentan un argumento adicional que, en nuestra opinión, tampoco resulta atendible y que se ciñe, fundamentalmente, a aducir que la punición de estos comportamientos sólo es posible mediante una aplicación analógica *in malam partem*, legalmente prohibida, del artículo 305 del Código Penal ¹²². El argumento, al que ya se ha aludido en la primera parte del trabajo, presupone que la exigencia del tributo en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 de la vigente LGT es consecuencia de una aplicación analógica de la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios, y deduce de esta afirmación que la extensión de la sanción penal a estos supuestos entrañaría una aplicación analógica de la norma penal.

¹²¹ En contra se manifiesta ARIAS VELASCO (2001, 16), quien opina que «defraudación» «en el contexto del artículo 305 del Código Penal es un concepto jurídico-tributario». Aduce a tal efecto que una de las divisiones en las que la LGT clasificaba históricamente las infracciones tributarias era la de «defraudaciones», pero –como ocurre generalmente con este tipo de argumentos históricos– la circunstancia de que la vigente norma tributaria haya prescindido del término «defraudación» respalda la tesis contraria a la presentada por el autor; esto es, que en el actual contexto del artículo 305 el verbo «defraudar» no es un elemento normativo tributario.

¹²² *Id.* CHOCLÁN MONTALVO (2005, 4) y FERREIRO LAPATZA (2003, 22).

Ya se han indicado antes las razones por las que la exigencia del tributo en los casos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria no implica la integración de la norma tributaria a través del procedimiento analógico. Ello, lógicamente, priva de base al argumento que se acaba de exponer. Pero además, como se dirá a continuación, aun aceptando como hipótesis la identificación entre el fraude de ley tributaria y la aplicación analógica de la norma tributaria, la inferencia que supuestamente habría de conducir de la afirmación de la aplicación analógica de la norma tributaria a la afirmación de la aplicación analógica de la norma penal es falsa.

Efectivamente, como señala el Tribunal Constitucional en la STC 120/2005, la prohibición de analogía se encuadra en el principio de legalidad penal, que compendia las principales exigencias de la formalización comunicativa del control penal: un control penal seguro comunica a los ciudadanos de modo fiable su contenido mediante enunciados legales que emanan del poder legislativo elegido, resultan claros y precisos, y cumplen en la medida de lo posible el mandato de determinación diferenciada de las conductas punibles y de las penas previstas. Esta prohibición se expresa en el artículo 4.1 del Código Penal, conforme al cual *«las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas»*. Tanto en el Derecho penal como en el resto de ramas del ordenamiento jurídico (en virtud de la regulación de la analogía establecida en el art. 4.1 del CC), la aplicación analógica es la extensión del tratamiento legal dispensado al paradigma del caso descrito en el enunciado legal al paradigma de un caso distinto al contemplado en el enunciado legal, pero semejante a éste, pues con él se aprecia identidad de razón. La aplicación analógica supone, por tanto, extender por razones de semejanza la consecuencia legal prevista a un caso que pertenece al núcleo negativo de referencia del supuesto de hecho contemplado en la ley.

En el artículo 305 del Código Penal, este último es –a los efectos que aquí interesan– la defraudación a la Hacienda Pública eludiendo el pago de un tributo. Según se ha indicado, habría aplicación analógica del artículo 305 –prohibida por el 4.1 del CP– si se impusiera la pena prevista en este precepto a quien no defrauda a la Hacienda Pública o no elude el pago de un tributo, pero realiza una conducta que guarda semejanza con éstas (por ejemplo, por entrañar una agresión similar al bien jurídico tutelado o por resultar idéntica la estructura del comportamiento). En el caso que ahora nos ocupa, en la medida en que la norma tributaria que se reputa aplicada analógicamente es la que determina la exigencia del tributo, quienes defienden que la sanción penal del fraude de ley tributaria comporta una aplicación analógica de la ley penal no discuten a este respecto la naturaleza defraudatoria de la conducta, sino que sostienen que se extiende la punición a supuestos en los que no se ha eludido el pago de un tributo, *«pues no se puede eludir una obligación tributaria que no ha nacido al no haberse realizado el hecho imponible»*¹²³. En nuestra opinión, esto no es así; como se ha indicado en la primera parte de este trabajo, hay en este caso una obligación tributaria que no se cumple y hay, por tanto, elusión del pago de un tributo.

Tanto la existencia de la obligación tributaria como la elusión del cumplimiento de esa obligación (esto es, la elusión del pago del tributo) son elementos normativos del tipo que –en

¹²³ CHOCLÁN MONTALVO (2005, 4). *Vid.* también AYALA GÓMEZ (1988, 120), GARCÍA NOVOA (2005, 1), RANCAÑO MARTÍN (1997, 59) y SUÁREZ GONZÁLEZ (1997, 873).

este caso, si— dependen de la valoración que las normas tributarias hacen de los hechos enjuiciados. Como se ha establecido en la primera parte de este trabajo, en este escenario la realización del presupuesto de hecho del artículo 15 de la LGT supone (i) que efectivamente nació la obligación tributaria y que su cumplimiento fue eludido por el obligado tributario, razón por la que la ley exige el pago del tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios «*usuales o propios*», y (ii) que la obligación surgió cuando se realizaron los actos o negocios «*notoriamente artificiosos o impropios*» y que su cumplimiento se eludió en el momento en el que el obligado tributario no procedió a la oportuna declaración o autoliquidación, como acredita la exigencia de intereses de demora. De este modo, si, de conformidad con el artículo 20 de la LGT, el hecho imponible es el presupuesto fijado por la ley para configurar cada tributo cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria, la existencia de la obligación tributaria presupone la existencia del hecho imponible ¹²⁴.

Así las cosas, es irrelevante desde la perspectiva de la tipicidad penal afirmar que el mecanismo que prevé el artículo 15 de la LGT entraña una integración analógica o bien, como se defiende en este trabajo, que la subsunción de los hechos en el presupuesto abstracto previsto en el artículo 15 supone la realización del hecho imponible, tanto material como formalmente. Y es irrelevante porque en ambos casos (i) surge la obligación tributaria y (ii) el obligado tributario elude su cumplimiento; es decir, están presentes en los hechos los elementos que, con el carácter defraudatorio del comportamiento, delimitan la tipicidad penal.

En consecuencia, apreciar la tipicidad penal de un comportamiento en fraude de ley tributaria que reúna las condiciones para ser considerado una defraudación no entraña una aplicación analógica de la ley penal, aun en la controvertible hipótesis de ligar la operatividad del artículo 15 de la LGT a la aplicación analógica de la norma que exige el tributo. Como antes se ha indicado, hay aplicación analógica si la consecuencia legal prevista se extiende, por razones de semejanza, a un caso que pertenece al núcleo negativo de referencia del supuesto de hecho contemplado en la ley. La consideración del fraude de ley tributaria como un supuesto de elusión del pago del tributo no implica una aplicación analógica del artículo 305 del Código, sino una aplicación —sin más— del precepto a uno de los casos que conforman el paradigma del supuesto de hecho legal, pues el fraude de ley tributaria presupone el nacimiento de una obligación tributaria cuyo cumplimiento se elude por el contribuyente.

En este ámbito de discusión relativo al acomodo de la punición del fraude de ley tributaria a las garantías derivadas del principio de legalidad penal es también frecuente encontrar opiniones que imputan a una eventual sanción penal del fraude de ley tributaria la vulneración de la exigencia de *lex certa*, que constituye uno de los contenidos tradicionales del principio de legalidad. Según la doctrina del Tribunal Constitucional, el principio de *lex certa* (o mandato de taxatividad) se traduce en «*la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus*

¹²⁴ Carece, por tanto, de base la frecuente alusión a que en el fraude de ley tributaria no se elude el pago, sino el hecho imponible, afirmación cuya falta de fundamento es especialmente patente a la vista del vigente artículo 15 de la LGT que, como se ha comentado en la primera parte de este trabajo, extiende su cobertura (y, por tanto, la calificación como supuestos de conflicto en la aplicación de la ley tributaria) a supuestos en los que el sujeto activo pretende evitar *parcialmente* el hecho imponible.

correspondientes sanciones (...) lo que hace recaer sobre el legislador el deber de configurar las leyes sancionadoras con el "máximo esfuerzo posible" para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones». Esta garantía lleva, pues, consigo «la exigencia de que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa», así como «la inadmisibilidad de formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador» (vid., por todas, la STC 100/2003, de 2 de junio, y las resoluciones que en ella se citan).

En relación con esta doctrina constitucional, dos son las principales líneas de reproche que se formulan habitualmente a la sanción penal del fraude de ley tributaria en virtud del artículo 305: (i) la excesiva incertidumbre del tipo infractor como resultado de la incorporación de conceptos jurídicos indeterminados, y (ii) la imprevisibilidad de la sanción penal para el ciudadano responsable de la conducta fraudulenta ¹²⁵.

Con relación a la primera imputación, es preciso recordar que la demanda de predeterminación normativa se extiende a la fijación de la conducta punible y a la de su correspondiente sanción, por lo que alegar la indeterminación del «tipo infractor» como fundamento de una vulneración del principio de legalidad penal debiera suponer dirigir el reproche de incertidumbre a la descripción de la conducta típica que efectúa el artículo 305 del Código Penal. Pero es evidente que éste no es el caso, toda vez que, en cuanto atañe a la clase de hechos que aquí se consideran, el artículo 305 precisa de forma expresa (i) que se sanciona la defraudación a cualquiera de las Haciendas Públicas mencionadas, (ii) que, como modalidad de esa defraudación, se sanciona la elusión del pago de tributos, (iii) que se sanciona tanto la defraudación comisiva como la omisiva, y (iv) que, como límite cuantitativo de la conducta típica, se fija una cuota defraudada que exceda de 120.000 euros. Resultaría, sin duda, difícil defender que esta descripción adolece de un nivel de indeterminación suficiente como para hacerse acreedora de un reproche constitucional.

En realidad, cuando se habla de la indeterminación del «tipo infractor» no se está aludiendo al auténtico tipo (que, a efectos del principio de legalidad penal, es el citado art. 305), sino al artículo 15 de la LGT y a su delimitación de los supuestos de conflicto que caen bajo su referencia. Se cae nuevamente con ello en el error de identificar la calificación de unos hechos como fraude de ley tributaria con un elemento del tipo penal al que –según este argumento– se reprocha su insuficiente determinación. Pero, como ya se ha señalado en diversas ocasiones, esta calificación tributaria no es un elemento del tipo penal, luego la supuesta indeterminación de aquélla no se traduce en una indeterminación de éste. El tipo penal exige, con toda claridad, que, además de constituir una defraudación, la conducta del sujeto entrañe el incumplimiento de una obligación tributaria efectivamente existente. Y, como ocurre con todos los enunciados legales penales que comprenden elementos normativos procedentes de otros sectores del ordenamiento, son las normas pertenecientes a éstos (en este caso, al Derecho tributario) las que deben determinar cuándo existe esa obligación y cuándo se considera incumplida. Esto es precisamente lo que hace el artículo 15 de

¹²⁵ Estas objeciones aparecían ya en el Informe elaborado por el Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de LGT y tienen acogida, como se indicó con anterioridad, en el FJ 6.º de la STC 120/2005.

la LGT, que afirma la existencia de la obligación tributaria y la constancia de que su cumplimiento fue eludido por el obligado tributario cuando se dan las exigencias establecidas en el precepto ¹²⁶. En la redacción de éstas, por otra parte, no resulta apreciable un grado de indeterminación mayor del habitual en la descripción de los propios tipos penales y, desde luego, su tenor no puede determinar la valoración del artículo 305 del Código Penal como una formulación tan abierta por su amplitud, vaguedad o indefinición que su efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador ¹²⁷.

Por otra parte, en relación con la supuesta imprevisibilidad de la sanción penal para los responsables de la conducta fraudulenta, es preciso recordar que, para alcanzar relevancia constitucional por infracción del principio de legalidad penal, la imposibilidad de predecir la sanción penal

¹²⁶ RUIZ-ZAPATERO (2004, 82) opina que la intervención del artículo 15 (como norma complementaria que constituye un «segundo plano de legalidad») en la determinación de la existencia de la contravención de la obligación tributaria resulta incompatible con el principio de *lex certa*. A tal efecto argumenta que (i) en estos casos, se afirma la existencia de la obligación tributaria como consecuencia de un principio o «estándar» que rechaza el resultado obtenido con el negocio artificioso, (ii) el incumplimiento de esa obligación no es, por tanto, la vulneración de una norma, sino la vulneración de un principio, y (iii) la remisión de la ley penal a la normativa tributaria a efectos de la decisión sobre la existencia de una obligación tributaria sólo habilita la consideración por parte del Juez penal de las obligaciones tributarias directamente derivadas de una norma y no de las obligaciones tributarias declaradas *ex post facto* por una cláusula de cierre que aplica principios o estándares. Sin entrar en las afirmaciones de carácter netamente tributario de RUIZ-ZAPATERO (que parten de una recepción –parcial, para salvar el tratamiento de la simulación negocial– de la teoría de los ilícitos atípicos de ATIENZA y RUIZ MANERO que ya ha sido objeto de crítica), la vinculación que el autor establece entre la articulación del fraude de ley como supuesto de intervención de un segundo plano de legalidad tributaria y el respeto al principio de legalidad penal es, en nuestra opinión, objetable.

RUIZ-ZAPATERO estima que la apreciación por el Juez penal de un incumplimiento de la obligación tributaria en los casos cubiertos por el artículo 15 de la LGT vulnera el mandato de determinación porque asocia la operatividad del sistema –que el propio autor configura– de dos planos de legalidad con una calificación tributaria «que no es unívoca ni incontestable» (2004, 20) y que afirma *ex post facto* la existencia de la obligación (2000, 64). Que la aplicación del artículo 15 a unos hechos concretos «no es unívoca ni incontestable» es algo difícil de rebatir, pero tampoco es fácil advertir por qué ello determina la vulneración del principio de *lex certa* cuando es una circunstancia relativamente frecuente en los casos en los que el legislador penal incorpora elementos normativos procedentes de otros sectores del ordenamiento. Puede, por ejemplo, resultar debatible si una cosa es ajena o si una conducta constituye o no una reproducción, pero ello no afecta a la certeza de los artículos 234 y 270 del Código Penal. La existencia de un margen de incertidumbre (propio, en todo caso, de cualquier calificación jurídica) propiciará en algunos casos el error o la ignorancia del sujeto acerca de la antijuridicidad de su conducta, pero no afecta de forma objetiva y con relevancia constitucional a la determinación de la descripción típica. Por otra parte, la afirmación *ex post facto* de la existencia de la obligación no comporta que el tipo no pueda entenderse realizado con carácter previo a dicha afirmación (RUIZ-ZAPATERO, 2000, 70), pues, como ya se indicó, el artículo 15 presupone que la obligación surgió cuando se realizaron los actos o negocios «notoriamente artificiosos o impropios» y que su cumplimiento se eludió en el momento en el que el obligado tributario no procedió a la oportuna liquidación, como acredita la exigencia de intereses de demora.

¹²⁷ Nada tiene que ver, a este respecto, la situación planteada por el artículo 15 de la LGT con la que fue objeto de consideración en la STC 194/2000, de 19 de julio, que aduce, como término de comparación, el Informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de LGT. Esta última resolución apreció que la disposición adicional 4.ª de la Ley de Tasas y Precios Públicos incumplía la exigencia de *lex certa* porque aparejaba una sanción a una conducta descrita en términos cuantitativos respecto de un elemento (el valor real de las rentas, productos, bienes y demás elementos del hecho imponible) que no aparecía definido en la ley, en la que tampoco se especificaban los criterios o parámetros relevantes para su fijación. El artículo 305, en cambio, sanciona con total claridad la elusión del cumplimiento de la obligación tributaria y el artículo 15 de la LGT –que, por cierto, sólo se refiere a algunos supuestos de incumplimiento– precisa suficientemente las condiciones que deben concurrir para apreciar tal incumplimiento, precisión que se incrementa si se advierte que la determinación de la elusión del cumplimiento de la obligación tributaria no resulte de la consideración exclusiva del artículo 15, sino de la atención a este precepto en conexión con la norma relevante de la ley del tributo cuyo pago se elude.

debe derivar de la indeterminación de la conducta a la que ésta se halla aparejada y no de otro tipo de factores. Es decir, vulnera el principio de legalidad el enunciado legal penal que, por la imprecisión y falta de perspicuidad de la descripción de la conducta típica, impide que el ciudadano pueda predecir si su conducta será o no objeto de sanción penal. Nada tienen que ver con esta situación los argumentos invocados por la STC 120/2005 para afirmar el carácter imprevisible de la sanción penal de los comportamientos en fraude de ley tributaria; ni la pretendida atipicidad administrativa de la conducta ni –por supuesto– la mayor o menor extensión de una opinión doctrinal valedora de su atipicidad penal se traducen en imprevisibilidad con trascendencia constitucional, porque, como es evidente, en nada afectan a la determinación de la descripción del tipo penal ni, por consiguiente, al cumplimiento del principio de legalidad. Otra cosa es que estos datos puedan en algún caso determinar un error de prohibición por desconocimiento o imprevisión de la ilicitud de la conducta, pero en modo alguno permiten sostener que la sanción penal es, en estos casos, imprevisible en los términos que fija la doctrina constitucional cuando conecta esta calificación con el quebrantamiento del principio de legalidad.

Y ya por último –en este orden de cosas–, la consideración del fraude de ley tributaria como supuesto de elusión del pago del tributo no supone en modo alguno la punición de hechos realizados en fraude de la ley penal, en los términos en los que la ya citada STC 75/1984, de 27 de junio, se refiere a esta figura. Pese a las afirmaciones habituales en la doctrina ¹²⁸ y la referencia contenida en la STC 120/2005 (reiterada por la reciente STC 48/2006), la doctrina de aquella sentencia constitucional (en relación con el tipo de aborto de los arts. 411.2 y 414 del Código Penal de 1944-1973) carece de aplicabilidad a la determinación de la tipicidad penal de las conductas en fraude de ley tributaria. Efectivamente, la STC 75/1984 señala que no cabe extender la figura del fraude de ley al Derecho penal, precisando que ello acontece por la inexistencia en éste de normas dispositivas a cuyo amparo pudieran producirse consecuencias jurídicas favorables. Explicita, por tanto, la imposibilidad de aplicar en el ámbito del Derecho penal la estructura norma defraudada-norma de cobertura que caracteriza al fraude de ley y, de este modo, la imposibilidad de un genuino fraude de ley penal. Nada tiene que ver este (imposible) fraude de ley penal con la configuración del supuesto de hecho de un tipo penal de forma que abarque conductas realizadas en fraude de una norma no penal. En este último caso, no se sanciona a quien intenta eludir la aplicación de la norma penal dejando de realizar el supuesto de hecho típico, sino que se castiga, por ejemplo, a quien realiza el supuesto de hecho típico al intentar eludir la aplicación de una norma tributaria a través de una norma tributaria de cobertura.

Cabe, pues, concluir que en la construcción del tipo penal de defraudación tributaria (i) no juegan un papel relevante categorías tributarias como «simulación negocial» o «fraude de ley tributaria», (ii) que la atribución de esta última calificación a un supuesto de hecho (es decir, su subsunción en el art. 15 de la LGT) no determina automáticamente su atipicidad penal y (iii) que la apreciación de la relevancia penal de estas conductas no presupone una aplicación analógica *in malam partem* del artículo 305 del Código Penal, ni una infracción del principio de *lex certa* ni una aplicación de la doctrina del fraude de ley al Derecho penal.

¹²⁸ Entre otros, ARIAS VELASCO (2001, 13), FERREIRO LAPATZA (2003, 23), GARCÍA NOVOA (2003, 24 y 2005, 3) y RUIZ-ZAPATERO (2004, 23).

Cosa distinta es que, como también plantea CHOCLÁN MONTALVO (2005, 4), la previsión del artículo 15.3 de la LGT (en particular, la indicación de que la liquidación en los supuestos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria se hará «sin que proceda la imposición de sanciones») pueda dar lugar a la apreciación de errores de prohibición en aquellos casos en los que exista constancia procesal de que el contribuyente ignora (o tiene una defectuosa conciencia de) la antijuridicidad de los hechos. No obstante, debe tomarse en consideración que la ausencia de sanción establecida en el apartado 3 del artículo 15 no comporta –como se ha visto en este trabajo– la licitud tributaria de la conducta, de forma que, bastando para la apreciación del conocimiento de la prohibición el conocimiento de la ilicitud del hecho, la ausencia de sanción tributaria puede propiciar, pero en ningún caso determinar, errores de prohibición. A ello se añade que el grado de familiaridad con la normativa fiscal que suelen presentar los sujetos que realizan conductas en fraude de ley tributaria es –bien por conocimiento propio, bien por el asesoramiento recibido– lo bastante alto como para que los errores de prohibición no sean excesivamente frecuentes ¹²⁹. Por último, no hay que olvidar que, en atención al contenido del artículo 15 de la LGT, a la articulación de nuestro sistema tributario, que permite la formulación de consultas a las autoridades administrativas y al elevado nivel de diligencia exigido por los Jueces penales en el conocimiento de la antijuridicidad de las conductas, los errores de prohibición que se aprecien serán habitualmente valorados como errores vencibles. Y ello, por disposición del artículo 14.3 del Código Penal, determinará en su caso la atenuación de la responsabilidad criminal, pero no su exclusión.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMENAR BELENGUER, J. y RIPLEY SORIA, D. [2004]: «Artículos 178 a 212», págs. 1.251-1.357, en HUESCA BOADILLA R. (Coordinador), *Comentarios a la Nueva LGT*. Thomson-Aranzadi.
- ALONSO MADRIGAL, F.J. [1998]: *Legalidad de la infracción tributaria. (Reserva de ley y tipicidad en el Derecho tributario sancionador)*. Dykinson.
- AMORÓS RICA, N. [1967]: *LGT (arts. 1 a 89)*. Editorial de Derecho Financiero.
- ANTÓN ONECA, J. [1958]: «Estafa», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo IX. Seix.
- APARICIO PÉREZ, A. [1997]: *La regulación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social en el nuevo Código Penal*. Lex Nova.
- APARICIO PÉREZ, J. [1997]: *El Delito Fiscal a través de la Jurisprudencia*. Aranzadi.

¹²⁹ *Vid.* STS de 2 de marzo de 1988 (TOL 166384).

- ARIAS VELASCO, J. [2001]: «Fraude de ley y delito fiscal: un comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de julio de 2000», en *Quincena Fiscal. Revista de Actualidad Fiscal*, núm. 17, págs. 11-16.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. [2000]: *Ilícitos atípicos*. Trotta.
- AYALA GÓMEZ, I. [1988]: *El delito de defraudación tributaria: artículo 349 del Código Penal*. Civitas.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. [1997]: «El delito fiscal», en *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*. Ed. B. DEL ROSAL BLASCO. Tirant lo blanch.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO SAGESSE, S. [2001]: *Derecho Penal Económico*. Ceura.
- BOIX REIG, J. y MIRA BENAVENT, J. [2000]: *Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*. Tirant lo blanch.
- BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A. [2000]: *El delito de defraudación a la Seguridad Social*. Tirant lo blanch.
- CHECA GONZÁLEZ, C. [1996]: «El fraude de Ley tributaria» en *La reforma de la LGT*. Lex Nova, págs. 65-102.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A. [2003]: «Fundamento y límites del delito fiscal. Una perspectiva armonizadora del ordenamiento jurídico-tributario», en *Revista de Contabilidad y Tributación (comentarios y casos prácticos)*. CEF, n.º 248, págs. 97-130.
- [2005]: «Fraude a la Ley tributaria y delito fiscal. Una reflexión desde los principios constitucionales del Derecho penal. (A propósito de la STC 120/2005, de 10 de mayo)», en *Diario La Ley*, n.º 6.296. págs. 1-6.
- COMISIÓN PARA EL ESTUDIO Y PROPUESTA DE MEDIDAS PARA LA REFORMA DE LA LGT [2001]: *Informe para la Reforma de la LGT*. IEF.
- CONSEJO DE ESTADO [2003]: «Dictamen relativo al Anteproyecto de LGT», n.º 1.403.
- CÓRDOBA RODA, J. [2005]: «El fraude de ley tributario no es delito contra la Hacienda Pública», en *La Ley*, 19 de diciembre de 2005.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. [1985]: *El negocio jurídico*. Civitas.
- ESCRIBANO, F. [2005]: «La nueva LGT: algunas cuestiones polémicas». *Revista de Contabilidad y Tributación (comentarios y casos prácticos)*. CEF, n.º 272, págs. 53-102.
- FALCÓN Y TELLA, R. [1995]: «El fraude a la ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (I): su radical diferencia con los supuestos previstos en el artículo 6.4 CC», en *Quincena Fiscal. Revista de Actualidad Fiscal*, n.º 17, págs. 5-15.
- [1995]: «El fraude a la ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (II): límites a la utilización de esta figura», en *Quincena Fiscal. Revista de Actualidad Fiscal*, n.º 18, págs. 5-10.
 - [1999]: «El delito fiscal como ley penal en blanco: la necesidad de tener en cuenta todas las normas tributarias que afectan a la exigibilidad jurídica de una determinada conducta del contribuyente», en *Quincena Fiscal. Revista de Actualidad Fiscal*, n.º 10, págs. 5-8.

- [2001]: «El fraude a la ley tributaria y las exigencias del principio de lex certa en materia penal: comentario a la SAP Barcelona 31 julio 2000», en *Quincena Fiscal. Revista de Actualidad Fiscal*, n.º 1, págs. 5-6.
- [2003]: «El anteproyecto de LGT y la técnica jurídica: definición de tributo, carga de la prueba y fraude de ley», en *Quincena Fiscal. Revista de Actualidad Fiscal*, págs. 5-8.
- [2005]: «El fraude de ley o "conflicto en la aplicación de la norma" y el delito fiscal: la importante STC 10 mayo 2005», en *Quincena Fiscal. Revista de Actualidad Fiscal*, n.ºs 12-13, págs. 5-9.

FERRAJOLI, L. [1995]: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.

FERREIRO LAPATZA, J.J. [1999]: *Curso de Derecho financiero Español. Vol. I*. 21.ª edición. Marcial Pons. Madrid.

- [2001]: «Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal», en *Quincena Fiscal. Revista de Actualidad Fiscal*, n.º 8, págs. 9-24.
- [2003]: «El abuso en la aplicación de la norma tributaria en el Anteproyecto de LGT», en *Quincena Fiscal. Revista de Actualidad Fiscal*, n.º 11, págs. 9-13.
- [2004]: «Prólogo» a la obra de GARCÍA NOVOA, C., *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*. Marcial Pons, págs. 7-16.

GARCÍA NOVOA, C. [2003]: «La posibilidad de imponer sanciones en los supuestos de fraude y abuso de la norma tributaria: el criticable contenido del artículo 15.3 del anteproyecto de LGT», en *Quincena Fiscal. Revista de Actualidad Fiscal*, n.º 8, págs. 9-26.

- [2004]: *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*. Marcial Pons.
- [2005]: «La sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005, de 10 de mayo. Fraude de ley y Delito Fiscal», en *Diario La Ley*, n.º 6.381, págs. 6-11.

GONZÁLEZ GARCÍA, E. [1982]: «Artículos 23 a 29» en AMORÓS RICA, N. (Director) «Comentarios a las leyes tributarias y financieras. Tomo I. LGT. Artículos 1 a 89», págs. 177 a 257. EDERSA.

- [2001]: *El fraude a la ley tributaria en la jurisprudencia. Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria*. Aranzadi.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. [1993]: *El fraude de Ley en materia tributaria*. Plaza universitaria ediciones.

HERRERA MOLINA, H. y MARTÍN FERNÁNDEZ, J. [2002]: «El fraude a la ley tributaria en el Derecho Español», en SOLER ROCH, M.T. y SERRANO ANTÓN, F. (Directores) *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el derecho comunitario*. IEF, págs. 19-57.

JIMÉNEZ JIMÉNEZ, C. [2005 a]: «Consideraciones acerca de la configuración de la ocultación en nuestro régimen sancionador». *Revista de Contabilidad y Tributación (comentarios y casos prácticos)*, CEF, n.º 262, págs. 175-190.

- [2005 b]: «Imposibilidad de sancionar penalmente las conductas realizadas en fraude de ley». *Revista de Contabilidad y Tributación (comentarios y casos prácticos)*. CEF, n.º 271, págs. 217-232.
- JUAN I CASADEVALL, J. y GARCÍA LLAMAS, M.C. [1998]: «Delitos contra la Hacienda Pública», en AA.VV., *Delitos societarios, de la recepción y contra la Hacienda Pública*. Bosch.
- KELSEN, H. [1979]: *Teoría pura del Derecho*. UNAM. México.
- [1979]: *Teoría general del Derecho y del Estado*. UNAM. México.
- LÓPEZ LÓPEZ, H. y BÁEZ MORENO, A. [2004]: «Nuevas perspectivas generales sobre la elusión fiscal y sus consecuencias en la derivación de responsabilidades penales. (Comentario a la Sentencia del TS de 30 de abril de 2003, rec. núm. 3435/2001)». *Revista de Contabilidad y Tributación (comentarios y casos prácticos)*. CEF, n.º 251, págs. 119-137.
- LÓPEZ TELLO, J. [2003]: «La cláusula antiabuso del Anteproyecto de nueva LGT» en *Actualidad Jurídica* (URÍA Y MENÉNDEZ), N.º 5.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, J. [2002]: «La reforma de la LGT y el fraude de Ley», en *Crónica Tributaria*, n.º 102, págs. 68-78.
- MARTÍNEZ-BUIÁN PÉREZ, C. [2005]: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*. Tirant lo blanch.
- MATEU DE ROS, R. [1995]: «Economía de opción, negocio indirecto y fraude de ley tras la reforma de 1995 de la LGT», en *Gaceta Fiscal*, n.º 147, págs. 20-46.
- MEDRANO IRAZOLA, S. [2004]: «Las obligaciones tributarias accesorias: el interés de demora y los recargos», págs. 155-197, en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (Director) *Estudios sobre la nueva LGT (Ley 58/2003, de 17 de diciembre) Homenaje a D. Pedro Luis Serrera Contreras*. IEF.
- MESTRE GARCÍA, E. y CERVANTES SANCHEZ-RODRIGO, C. [2005]: *Guía de Infracciones y Sanciones Tributarias*. 1.ª ed. CISS.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M.D. [2003]: *El fraude de ley en la jurisprudencia*. Thomson-Aranzadi.
- MORILLO MÉNDEZ, A. [2000]: *Infracciones, sanciones tributarias y delitos contra la Hacienda Pública*. CISS.
- MUÑOZ PÉREZ, M. y OBESO PÉREZ-VICTORIA, B. [2004]: «Las infracciones y sanciones tributarias», págs. 805-835 en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (Director) *Estudios sobre la nueva LGT (Ley 58/2003, de 17 de diciembre) Homenaje a D. Pedro Luis Serrera Contreras*. IEF.
- PALAO TABAODA, C. [1995]: «Economía y derecho en la aplicación de las normas tributarias», en *Crónica Tributaria*, n.º 73, págs. 69-75.
- [1998]: «¿Existe el fraude a la ley tributaria?». *Revista de Contabilidad y Tributación (comentarios y casos prácticos)*. CEF, n.º 182, págs. 3-28.
 - [2001]: «Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria», en *Crónica Tributaria*, n.º 98, págs. 127-139.

- [2003]: «La norma anti-elusión en la futura LGT». *Revista de Contabilidad y Tributación (comentarios y casos prácticos)*. CEF, n.º 248, págs. 71-96.
- PEDREIRA MENÉNDEZ, J. [2004]: «Capítulo 12. Infracciones y sanciones tributarias» en PALAO TABOADA, C. (Coordinador) *Comentario sistemático a la nueva LGT*. CEF.
- PÉREZ DE AYALA, J.L. [1970]: *Las ficciones en derecho tributario*. Editorial de Derecho Financiero.
- PÉREZ ROYO, F. [2005, I]: «El estado del arte de la aplicación del delito fiscal en España», en *La Ley*, 24 de junio de 2005.
- [2005, II]: «La ingeniería fiscal y el delito de defraudación tributaria», en *La Ley*, 19 de diciembre de 2005.
- PÉREZ ROYO, F. y AGUALLO AVILÉS, A. [1996]: *Comentarios a la reforma de la LGT*. Aranzadi.
- PRATS MÁÑEZ, F. [1995]: «Las medidas generales antiabuso en la ley de modificación parcial de la LGT: simulación y fraude de Ley» en *Cuadernos de formación de la inspección de los tributos*, n.º 33.
- RANCAÑO MARTÍN, M.A. [1997]: *El delito de defraudación tributaria*. Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. [1998]: «Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción», en *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*. Fundación Caixa Galicia, págs. 229 y ss.
- ROSEMBUIJ, T. [1994]: *El fraude de ley y el abuso de las formas en el derecho tributario*. Marcial Pons.
- [1996]: *La simulación y el fraude de ley en la nueva LGT*. Marcial Pons.
- [1999]: *El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el derecho tributario*. 2.ª ed. Marcial Pons.
- RUIZ ALMENDRAL, V. y SEITZ, G. [2004]: «El fraude a la ley tributaria. (Análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana)». *Revista de Contabilidad y Tributación (comentarios y casos prácticos)*. CEF, n.ºs 257-258, págs. 3-64.
- RUIZ ALMENDRAL, V. y ZORNOZA PÉREZ, J. [2005]: «Interpretación, calificación, integración y medidas antielusión en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria» en ZORNOZA PÉREZ, J. (Director) «La reforma de la LGT». *Estudios de Derecho Judicial*. CGPJ, n.º 57. 2004.
- RUIZ TOLEDANO, J.I. [1998]: *El fraude de ley y otros supuestos de elusión fiscal*. CISS.
- RUIZ-ZAPATERO, G.G. [2004]: *Simulación y delito fiscal*. Aranzadi.
- SALVADOR, P.; AZAGRA, A. y FERNÁNDEZ, A. [2004]: «Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos». *InDret*. 3/2004.
- SAINZ DE BUJANDA, F. [1966]: *Hacienda y Derecho*. Vol. IV. IEP.

SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. [1999]: «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en L. RODRÍGUEZ RAMOS, M.A. COBOS GÓMEZ DE LINARES, y J.M. SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho Penal. Parte Especial. III. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*.

SIMÓN ACOSTA, E. [1998]: *El delito de defraudación tributaria*. Aranzadi.

- [2001]: «Fraude de Ley y bonos austriacos I», en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, n.º 4.
- [2001]: «Fraude de Ley y bonos austriacos II», en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, n.º 8.
- [2003]: «El abuso de la norma tributaria», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 568.
- [2004]: «Capítulo IX. La potestad sancionadora», págs. 687-790, en CALVO ORTEGA, R. (Director) y TEJERIZO LÓPEZ, J.M. (Coordinador). *La nueva LGT*. Thomson-Civitas.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C. [1997]: «Artículo 305», págs. 870-880, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Director), *Comentarios al Código Penal*. Civitas.

VICENTE-ARCHE DOMINGO, F. [1960]: «Consideraciones sobre el hecho imponible». *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n.º 39, págs. 539 y ss.

WRÓBLEWSKI, J. [1983]: «Creación del Derecho e Interpretación», traducción al español de E. BULYGIN, en *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Abeledo-Perrot.

- [1985]: *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, traducción al español por A. AZURZA, Civitas.

ZORNOZA PÉREZ, J. [1992]: *El sistema de infracciones y sanciones tributarias (Los principios constitucionales del derecho sancionador)*. Civitas.

- [2000]: «La simulación en Derecho tributario» en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, n.º 16, 3.ª época.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, 22.ª edición, Madrid, 2001.



PILAR ÁLVAREZ BARBEITO

Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario, UDC

Extracto:

El Proyecto de reforma de la Ley del IRPF, que previsiblemente comenzará a aplicarse a partir de 2007, introduce varias modificaciones respecto del texto legal actualmente vigente. De todas ellas, la nueva regulación que afectará a la tributación de la mayor parte de los rendimientos del capital mobiliario así como a las ganancias y pérdidas patrimoniales generadas por la transmisión de elementos patrimoniales constituye, a nuestro modo de ver, uno de los cambios más significativos que el legislador se propone afrontar.

Ha sido especialmente la intención de alcanzar una mayor neutralidad y homogeneidad en el tratamiento fiscal de dichas rentas la que ha motivado una reforma que, entre otras cuestiones, obliga a abordar temas tales como el propio concepto de «renta del ahorro» ofrecido por el aludido Proyecto; el gravamen proporcional al que se verán sometidas dichas rentas; la dualización de la base imponible del Impuesto que conlleva tal modificación; o la eliminación de la doble imposición de dividendos.

Las anteriores constituyen, sin duda, las medidas más controvertidas de la reforma, aspectos que serán analizados en este trabajo junto con otros temas relacionados con ellos, tratando de no perder de vista la repercusión que tales cambios pueden tener tanto en el conjunto del propio IRPF, como respecto de otros componentes de nuestro sistema tributario, como es el caso del IS o del IP.

Sumario:

1. Introducción.
2. El concepto legal de «renta del ahorro».
3. El nuevo régimen jurídico de la «renta del ahorro» y sus consecuencias.
 - 3.1. Eliminación de la variable «tiempo» al calcular el importe de las rentas.
 - 3.2. El tipo de gravamen de las rentas del ahorro.
 - 3.3. Eliminación de la doble imposición de dividendos.
 - 3.4. La integración y compensación de rentas en la base imponible del ahorro.
 - 3.5. Consecuencias de las modificaciones sobre la «renta del ahorro» en el Impuesto sobre el Patrimonio.
 - 3.6. Posibles efectos de la futura reforma de la «renta del ahorro» sobre el Impuesto sobre Sociedades.
4. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

El 20 de enero de 2006 se presentó por parte del Gobierno el Anteproyecto de Ley para proceder a reformar el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), texto finalmente convertido en un Proyecto de Ley que ha comenzado ya a debatirse en su articulado.

Pues bien, de entre las variadas cuestiones que resultarán modificadas respecto de dicho tributo nos centraremos aquí en el análisis de una de las medidas más relevantes que previsiblemente incorporará la futura normativa del IRPF. Nos referimos al gravamen proporcional al que serán sometidas las que se denominarán «rentas del ahorro», cuya razón de ser se hace pivotar, como apunta la propia Exposición de Motivos del Proyecto, sobre «razones de equidad y crecimiento» que aconsejan que se otorgue «un tratamiento neutral a las rentas derivadas del ahorro, eliminando las diferencias no justificadas existentes actualmente entre los distintos instrumentos en los que se materializa»¹.

Esta pretensión no es, ni mucho menos, un objetivo nuevo para el legislador. En ese sentido, y con mayor o menor fortuna, muchos han sido los intentos por paliar las diferencias que, desde 1978 y de una forma progresiva, pudieron apreciarse en el régimen jurídico-tributario de las rentas generadas por las inversiones de los ahorradores en función de la calificación que en cada caso hubiera de darse a las mismas, fundamentalmente como rendimientos del capital mobiliario, o como incrementos de patrimonio.

En efecto, lejos queda ya la concepción que inspiró la configuración del IRPF de 1978 como un impuesto unitario, de corte eminentemente sintético en el que todas las rentas, independientemente de su origen y naturaleza, se integraban en su base imponible, recibiendo un trato equitativo y compensándose entre sí de forma ilimitada. De forma progresiva y por diferentes razones, el legislador sintió la necesidad de introducir correcciones en la linealidad del

¹ Tal y como señala CORDÓN EZQUERRO, T.: «La tributación de las rentas del capital en el IRPF: gravamen dual o único», *Documentos del IEF*, N.º 30/05, pág. 23, «la neutralidad en relación con el ahorro, como objetivo permanente de las reformas fiscales, parte de la consideración, generalmente aceptada, de que la composición del ahorro es muy sensible a las diferencias de trato fiscal».

sistema, que si bien en un primer momento estuvieron presididas por la intención de paliar el agravio comparativo que en la práctica soportaban las rentas del trabajo frente a las del capital –introduciendo deducciones fiscales para aquéllas–, pronto tomaron como protagonistas a las rentas generadas a partir de inversiones de capital.

En ese contexto, uno de los principales problemas que hubo de afrontar el legislador se planteó en torno a la delimitación que debía realizarse entre dos categorías de rentas que, a pesar de generarse ambas a partir de la inversión del ahorro, se han visto sometidas a un tratamiento fiscal cada vez más diferenciado; éstas son los rendimientos del capital y las ganancias patrimoniales ².

Ciertamente, han sido varios los aspectos que tradicionalmente sirvieron para diferenciar el trato que a efectos tributarios se ha dispensado a las dos categorías de rentas mencionadas.

Así, en primer lugar, puede aludirse a la función que las retenciones desempeñan para la Administración al lograr, no sólo una recaudación anticipada del Impuesto, sino también un mayor y más efectivo grado de información sobre los rendimientos que se ven afectados por aquéllas. Como es sabido, todo ello convierte dicho mecanismo en un importante instrumento de control y lucha contra el fraude que, en términos generales, siempre ha acompañado a los rendimientos del capital mobiliario y al margen del cual se han situado las ganancias patrimoniales ³.

Por otro lado, cabe recordar también el tratamiento especial que las plusvalías recibieron con el objeto de paliar los negativos efectos que la inflación pudiera ejercer sobre ellas ⁴. Ése fue precisamente el objetivo de la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) para 1991 cuando introdujo una serie de coeficientes con los que se trataba de actualizar el valor de adquisición de los bienes de tal forma que, en el momento de su transmisión, la diferencia entre el precio de compra y el de venta reflejasen una ganancia real y no puramente nominal como consecuencia del aumento generalizado de los precios ⁵. Por el contrario, ninguna medida similar a las comentadas se arbitró respecto de determinadas categorías de rendimientos del capital mobiliario que, sobre todo a partir de 1985, también pudieron acusar los negativos efectos de la

² En ese sentido, el propio Informe sobre la Reforma de la Imposición Personal sobre la Renta y el Patrimonio de 1991, tras apuntar que «una plusvalía no es sino el equivalente financiero de una renta del capital acumulada en el valor de un activo durante un período de tiempo», resaltó la conveniencia de reducir lo máximo posible las distorsiones que genera el diferente tratamiento fiscal de los rendimientos del capital frente a las ganancias y pérdidas patrimoniales.

³ Vid. COLLADO YURRITA, M.A.: *La retención a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 20-21; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M.: «Retenciones sobre los rendimientos del capital mobiliario y su tratamiento en la CEE», *Noticias CEE*, n.º 90, 1992, pág. 55; ALGUACIL MARÍ, P.: *La retención a cuenta en el Ordenamiento Tributario Español*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 40 y ss.

⁴ DE LA RIVA GARRIGA, F.J.: «El tratamiento fiscal de las plusvalías nominales», págs. 45 y ss.; OGEA MARTÍNEZ-OROZCA, M.: «Los ajustes fiscales en función de la inflación: experiencias de diferentes países», págs. 82-92; SEGRELLES GARCÍA, J.: «Inflación y Hacienda Pública», págs. 71-72, todos ellos en la obra colectiva, *Sistema Fiscal e Inflación*, XXVII S.E.D.F., IEF, Madrid, 1981; GAGO RODRÍGUEZ, A.: *Inflación e Impuesto sobre la Renta*, Universidad de Santiago de Compostela, 1986, págs. 43 a 72; CORONA RAMÓN, J.F.: *Tratamiento fiscal de las plusvalías en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1987, págs. 49 a 61.

⁵ Vid. CORONA RAMÓN, J.F.: *Tratamiento fiscal de las plusvalías en España*, pág. 166.

inflación, toda vez que entonces algunas de las rentas que antes de esa fecha se calificaban como incrementos patrimoniales pasaron a calificarse como rendimientos del capital mobiliario.

Desde otro punto de vista, la aplicación del criterio de la realización como elemento determinante para proceder a gravar a las ganancias patrimoniales ⁶ fue también considerada como una ventaja de esta categoría de rentas frente a los rendimientos del capital mobiliario, ya que ello podía ser interpretado como la posibilidad que los perceptores de aquéllas tienen en orden a diferir el pago del Impuesto de un modo discrecional ⁷, extremo que, sin embargo, está vetado para los sujetos que obtienen rendimientos del capital mobiliario ⁸.

A mayor abundamiento, la doble imposición que afecta a los beneficios sociales distribuidos y, por tanto, calificados como rendimientos del capital mobiliario, frente a lo que sucede con las ganancias patrimoniales, también ha sido una circunstancia invocada como diferencia importante entre ambas categorías de rentas, extremo este que habrá de ser posteriormente analizado debido a las modificaciones que respecto de esa concreta cuestión pretende realizar la nueva normativa que ahora examinamos.

Por último, cabe también recordar cómo la introducción por medio del Real Decreto-Ley 7/1996, de un tipo de gravamen proporcional situado, con carácter general, en un 20 por 100, situó a las ganancias y pérdidas patrimoniales al margen de la progresividad del Impuesto, permitiendo que sus perceptores pudieran rebajar sustancialmente la tributación de aquéllas sin necesidad de rebasar un dilatado horizonte temporal, posibilidad esta vetada a los sujetos que obtenían rendimientos del capital mobiliario.

Pues bien, teniendo en cuenta aspectos como los anteriores, y a pesar de las medidas que pudieron adoptarse en diferentes momentos para paliar las aludidas diferencias de trato, lo cierto

⁶ Vid. VV.AA.: *Federal Tax Course*, Prentice Hall, 1995, págs. 3-2, 3-3- y 7-8.

⁷ Vid. LLAMAS LABELLA, M.A.: «Problemática de las acciones convertibles», *op. cit.*, págs. 551-552; PALAO TABOADA, C.: «La reforma de la tributación de los incrementos patrimoniales en el Impuesto sobre la Renta», *PEE*, n.º 30-31, 1987, pág. 201; DUE Y FRIEDLANDER: *Análisis económico de los impuestos y del sector público*, Edersa, Madrid, 1990, cit., pág. 321; GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M.: «Imposición personal e incentivos fiscales al ahorro en España», Banco de España, *Estudios económicos*, n.º 46, 1991, pág. 71; SIMÓN ACOSTA, E.: «Los incrementos y disminuciones de patrimonio gravados en el IRPF: Concepto y ámbito», *Civitas, REDF*, n.º 75, 1992, pág. 530. En el mismo sentido, DODGE, J.M.: *The Logic of Tax. Federal Income Tax Theory and Policy*, West Publishing, Minnesota, 1989, pág. 315.

⁸ Esta desigualdad se acusó especialmente con la existencia de los coeficientes reductores que la Ley del IRPF de 1991 recogía en su artículo 45.2, ya que con arreglo a ellos el contribuyente podía lograr la no sujeción de sus incrementos de patrimonio dejando transcurrir un determinado número de años antes de realizar sus ganancias patrimoniales. A eliminar esa situación se orientó el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, en cuya Exposición de Motivos se apuntó que «la existencia de un horizonte temporal fomenta el estancamiento de las inversiones, dado que existe un gran incentivo fiscal para mantener la inversión hasta que transcurre el plazo en el que se alcanza la no sujeción de los incrementos».

En el mismo sentido, BLASCO DELGADO, C. y CORCUERA TORRES, A.: «Novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, en relación con la tributación de los incrementos y disminuciones de patrimonio en el IRPF», *Información Fiscal*, n.º 15, 1996, pág. 67, «con las medidas adoptadas posiblemente se alcance uno de los objetivos prioritarios del Gobierno dentro de su plan de reactivación económica, esto es, movilizar las inversiones; precisamente por ello se ha eliminado uno de los principales obstáculos que hasta ahora frenaban la transmisión de los elementos patrimoniales, esto es, la expectativa de la no sujeción de las plusvalías transcurrido un determinado lapso de tiempo».

es que las mismas provocaron la proliferación de complejas y sofisticadas operaciones financieras que, prácticamente desde la entrada en vigor de la Ley 44/1978, se han ido introduciendo en el mercado con la única finalidad de que los contribuyentes pudieran reconducir la calificación de sus rentas desde el ámbito de los rendimientos del capital al de los incrementos de patrimonio ⁹, generalmente objeto de un mejor trato fiscal.

Con la intención de paliar este tipo de conductas, el legislador reaccionó en la mayor parte de las ocasiones ensanchando progresivamente el ámbito de los rendimientos del capital mobiliario a costa del que antes era propio de los incrementos de patrimonio, para lo cual se adoptaron una serie de medidas que mayoritariamente han pasado por la modificación de la calificación jurídico-tributaria de las rentas.

Pues bien, frente a esta solución a la que en muchas ocasiones ha recurrido el legislador por las razones apuntadas, el Proyecto que ahora examinamos apuesta una vez más por la neutralidad en relación con el ahorro, pero introduciendo para ello una serie de medidas que, como veremos, relegarán a un segundo plano el interés de los contribuyentes y del propio legislador por alterar, en muchos casos de forma artificiosa, la calificación que en cada supuesto habrá de otorgarse a las rentas generadas por las diferentes formas de invertir el ahorro.

En ese sentido, y partiendo de la base de que ninguna fuente financiera debe ser preferible a otra por razón de las normas tributarias aplicables, el legislador introduce ahora un tratamiento fiscal más homogéneo para la mayor parte de los rendimientos del capital mobiliario así como para las ganancias y pérdidas patrimoniales generadas por la transmisión de elementos patrimoniales, incluyéndolas a todas bajo la denominación de «renta del ahorro», expresión que pasamos a analizar.

⁹ En ese sentido, la mayor parte de las reformas legislativas acaecidas tras la entrada en vigor de la Ley 44/1978 en torno a los rendimientos del capital mobiliario, estuvieron presididas por los intentos del legislador por salir al paso de una serie de operaciones a través de las cuales los perceptores de esa categoría de rentas no sólo podían rebajar su carga fiscal, sino incluso ocultarlas a la Administración, posibilidades ambas inexistentes para los perceptores de rentas del trabajo.

El primer paso importante para atajar aquella situación lo constituyó la Ley Reguladora del Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros, de 29 de mayo de 1985, posteriormente desarrollada por el Real Decreto de 23 de octubre de 1985, que llevó a cabo una importante labor de recalificación respecto de una serie de rentas que pasaron a engrosar el ámbito de los rendimientos del capital mobiliario, a costa de la reducción del que hasta ese momento había sido propio de los incrementos y disminuciones de patrimonio. Como consecuencia de lo anterior, las obligaciones de retención e información propias de aquéllos pesaban ahora sobre un mayor número de rentas.

De todos modos, la propia Ley de 1985 que acabamos de mencionar proporcionó a los perceptores de rentas del capital espacios libres de control que, realmente, no eran más que vías de fraude «consentidas» por la Administración, como fue el caso de los Pagarés del Tesoro o el de los Activos Financieros con Retención en el Origen.

2. EL CONCEPTO LEGAL DE «RENTA DEL AHORRO»

Es concretamente el artículo 46 del Proyecto, el que se ocupa de definir qué ha de entenderse por «renta del ahorro», incluyendo en dicha expresión las siguientes rentas ¹⁰:

- a) «Los rendimientos del capital mobiliario previstos en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 25 de esta Ley. No obstante, los rendimientos del capital mobiliario previstos en el apartado 2 del artículo 25 de esta Ley, procedentes de entidades vinculadas con el contribuyente, formarán parte de la renta general.»
- b) «Las ganancias y pérdidas patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales.»

De acuerdo con este tenor literal, y por lo que respecta a los rendimientos del capital mobiliario, las que hoy pueden considerarse como las tres principales categorías de éstos pasan a formar parte del nuevo concepto de rentas del ahorro.

En ese sentido, y bajo la denominación de «*rendimientos obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad*», se incluye la misma y variada tipología de rentas a la que actualmente se hace referencia en el Texto Refundido de la Ley del IRPF, entre las cuales se hallan:

- «Los dividendos». Sin duda, éstos han despertado siempre un especial interés entre nuestra doctrina, no sólo porque constituyen la categoría más típica de remuneraciones societarias, sino también por el hecho de que sobre ellos se han centrado los numerosos intentos de paliar la doble imposición a la que se encuentran sometidos ¹¹, cuestión esta sobre la que también se anuncian cambios significativos a la vista del Proyecto.
- «Las primas de asistencia a juntas». Con ellas trata de combatirse el absentismo de los socios a tales reuniones, entregándoles una serie de utilidades, en metálico o en especie, con las que se incentiva, compensa o premia su asistencia.
- «Participaciones en los beneficios de cualquier tipo de entidad». Con esta expresión se extiende la calificación de rendimiento del capital mobiliario a las rentas que puedan repartir entidades diferentes de las típicas sociedades mercantiles. Se abre así la posibilidad de incluir aquí, por ejemplo, los denominados retornos cooperativos ¹² —siempre, claro está, que éstos sean

¹⁰ El tenor literal de este precepto se ha visto alterado respecto del incluido en la versión del Anteproyecto, que incluía entre las rentas del ahorro:

«a) Los rendimientos del capital mobiliario previstos en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 25 de esta Ley.

b) Las ganancias y pérdidas patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales.»

¹¹ En relación con la ampliación que el concepto de dividendo ha ido experimentando a partir del que se contenía en la disposición 12.^a de la Tarifa III de Utilidades, *vid.* RUIZ GARCÍA, J.R.: *La deducción por dividendos en el sistema tributario español*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 128 y ss.

¹² *Vid.* la STS de 23 de mayo de 1986 (R. 1986/2400), indicando que «el retorno cooperativo es el resultado de distribuir el saldo de los excedentes netos de la Cooperativa entre sus miembros (...). Se trata, pues, del *beneficio social* conseguido durante el ejercicio económico que se transfiere a los socios (...).»

objeto de una efectiva distribución entre los cooperativistas–, las derramas activas de mutuas o mutualidades ¹³, o los rendimientos de cuotas participativas en Cajas de Ahorro ¹⁴.

- «Rendimientos procedentes de cualquier clase de activos, excepto la entrega de acciones liberadas ¹⁵, que, estatutariamente o por decisión de los órganos sociales, faculten para participar en los beneficios, ventas, operaciones, ingresos o conceptos análogos de una entidad por causa distinta de la remuneración del trabajo personal». A diferencia de las rentas mencionadas hasta el momento, recibidas en atención a la cualidad de socio, accionista, asociado o partícipe, también es posible hablar de sujetos que, pese a no responder en puridad a ninguna de las categorías apuntadas, debido a que no ostentan participación alguna en los fondos propios de la entidad de que se trate, sí tienen la posibilidad de participar en sus resultados económicos en virtud de un título diferente. Ése es precisamente el supuesto en el que se hallan, por ejemplo, los tenedores de los denominados «bonos de goce o disfrute» ¹⁶.

¹³ El TEAC, en Resolución de 18 de octubre de 1995 (JT 1995/1504), apreció la existencia de cierta analogía «entre los llamados "retornos cooperativos" y los repartos de excedentes a mutualistas (derramas activas o retorno)..., ya que tanto mutualistas como cooperativistas revisten la condición de socios y clientes de las respectivas entidades y, además, ambos tipos de entidades no son, desde el punto de vista de su finalidad fundacional o estatutaria ni desde el punto de vista de los principios económicos que presiden su funcionamiento, entidades en que la finalidad fundamental sea el lucro o beneficio».

De lo anterior dedujo el TEAC, a nuestro modo de ver con buen criterio, que los excedentes repartidos entre los mutualistas –esto es, los resultados positivos derivados de calcular la diferencia entre las primas recaudadas según tarifa más las rentas de las inversiones realizadas con cargo a reserva y las indemnizaciones satisfechas por los siniestros acaecidos durante el ejercicio más otros gastos necesarios para obtener los ingresos–, tienen su origen en una relación societaria, conclusión que lleva a incluir dichas cantidades entre los rendimientos del capital mobiliario a que se refiere el Texto Refundido de la Ley del IRPF.

En ese sentido se manifestó también la DGT, en contestación a Consulta de 12 de abril de 1991 (NFC000581), calificando a «la cantidad percibida en concepto de participación de los beneficios acumulados en la cuenta de Reservas Patrimoniales de Mudespan Mutua de Seguros a Prima Fija, como rendimientos del capital mobiliario, dado que es una participación en el beneficio de una sociedad como consecuencia de la condición de socio mutualista».

¹⁴ Estas cuotas participativas atribuyen a sus titulares el derecho a participar en el reparto de los excedentes de libre disposición de las Cajas de Ahorro. Pues bien, tal y como ha señalado SANZ GADEA, «los fondos obtenidos por la emisión de cuotas participativas forman parte de los recursos propios (arts. 2 y 6 del RD 664/1990), de aquí que, aunque su titular no ostente en puridad la cualidad de socio, los rendimientos que de ellas derivan deban ser considerados como obtenidos por la participación en fondos propios de entidades», identificándose de ese modo con los rendimientos del capital mobiliario. *Vid.* en este sentido, SANZ GADEA, E.: «Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *Revista de Contabilidad y Tributación (comentarios y casos prácticos)*. CEF, n.º 107, pág. 20.

¹⁵ La entrega de acciones liberadas no representa un rendimiento del capital mobiliario para su perceptor, y ello a pesar de que esos valores se entregan en atención a la condición de socio o accionista de quien las percibe. La entrega de esos títulos es fiscalmente irrelevante en ese momento, sin perjuicio de que la posterior enajenación de esos valores sea susceptible de generar ganancias patrimoniales. Ahora bien, lo señalado respecto de las acciones liberadas no puede extenderse a los supuestos de liberación de dividendos pasivos con cargo a reservas de libre disposición, que sí tendrán la naturaleza de rendimientos del capital mobiliario. En ese sentido la Resolución del TEAC de 23 de abril de 1996 (NFJ004358), considera que en la liberación de dividendos pasivos con cargo a reservas se produce «una compensación entre una deuda a cargo de éstos –los socios–, con el crédito a su favor que nace con motivo del acuerdo de repartir o aplicar reservas libres para tal fin, lo que equivale a que el desembolso se produce, si bien no se exterioriza con un pago efectivo, sino que la obligación de efectuar el desembolso pasivo se extingue por compensación».

¹⁶ A esta denominación responden aquellos valores que pueden entregarse a los titulares de las acciones amortizadas con el fin de que, a pesar de que no ostentan ya participación alguna en el capital social, *dejando por ese motivo de considerarse socios*, puedan acceder a una serie de beneficios que a efectos del IRPF cabe incluir entre los rendimientos del capital mobiliario. Sobre esta cuestión *vid.* SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: «Comentario al artículo 47 de la LSA.», en la obra colectiva, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo IV, vol. 1.º, Dir. URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, Civitas, Madrid, 1994, pág. 62.

- «Rendimientos derivados de la constitución o cesión de derechos o facultades de uso o disfrute sobre valores representativos de la participación en los fondos de una entidad». La alusión a este tipo de rendimientos, introducida por el legislador de 1998, obliga a incluir entre los rendimientos del capital mobiliario tanto a las rentas que obtenga el titular de los derechos a que se ha hecho referencia, como a las que pueda obtener el transmitente de los mismos como contraprestación por la cesión que de los mismos se haya realizado a otro sujeto.
- «Cualquier otra utilidad, distinta de las anteriores, obtenida por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe». A través de esta expresión, el legislador introduce una cláusula de cierre en la que tendrán cabida todas aquellas utilidades o contraprestaciones que, a pesar de generarse por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad, no tienen fácil encaje en los demás apartados del mencionado precepto.

En segundo lugar, también los rendimientos del capital mobiliario ubicados bajo la denominación de rentas obtenidas por la «*cesión a terceros de capitales propios*» se califican en el Proyecto, como no podía ser de otro modo, como rentas del ahorro. Bajo esta denominación seguirán incluyéndose los mismos tipos de rentas que actualmente tienen cabida en ese grupo, cuya categoría más clásica viene representada por todas aquellas operaciones en las que un sujeto cede, coloca o presta su propio capital a un tercero, desprendiéndose así de la titularidad del mismo y recibiendo como contrapartida un derecho de crédito frente al cesionario o prestatario que le faculta para solicitar, una vez transcurrido el plazo convenido, tanto la cantidad objeto del contrato como el interés o rentabilidad pactada en virtud del mismo, cantidad esta última en la que se materializa el rendimiento del capital mobiliario. A ellas se unieron más tarde, con la misma calificación, las rentas derivadas de la transmisión, reembolso, amortización, canje o conversión de cualquier tipo de activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos ¹⁷.

En particular, el legislador hace referencia expresa a:

- a) Las rentas generadas por instrumentos de giro, como puede ser el caso de una letra de cambio, a partir del momento en que éste se endose o transmita, salvo que dichos instrumentos se utilicen en circuitos estrictamente comerciales, como simples medios de pago.

¹⁷ En ese sentido, junto con los activos financieros tradicionalmente utilizados para instrumentar las operaciones de crédito y préstamo a partir de las cuales el inversor percibía usualmente rendimientos del capital mobiliario en forma de intereses explícitamente pactados, surgieron en el pasado los llamados activos financieros con rendimiento implícito. A esta denominación respondieron aquellos valores cuyo rendimiento se genera mediante la diferencia entre su valor de emisión o adquisición y el precio obtenido con su enajenación o reembolso, de tal manera que en estos casos, y a diferencia de lo que sucede con los activos financieros con rendimiento explícito, el rendimiento se obtiene al mismo tiempo que se recupera el capital inicialmente invertido, de ahí su calificación como rendimiento implícito y su inicial consideración como ganancias patrimoniales, calificación que resultó alterada en beneficio de los rendimientos del capital mobiliario a raíz de la Ley 14/1985, de 29 de mayo, de Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros, así como del Real Decreto 2027/1985, de 23 de octubre, dictado en desarrollo de aquélla. Con ello se pretendió lograr una mayor neutralidad en el tratamiento fiscal de las rentas derivadas de los instrumentos representativos de la cesión a terceros de capitales propios. Entre las inversiones que pueden generar los rendimientos implícitos a los que se ha hecho referencia podrían mencionarse las obligaciones cupón cero, las primas de emisión o amortización o las Letras del Tesoro.

- b) Los rendimientos derivados de cuentas, incluso las basadas en operaciones sobre activos financieros, abiertas en toda clase de instituciones financieras.
- c) Las rentas derivadas de operaciones de cesión temporal de acciones con pacto de recompra, esto es, de operaciones en virtud de las cuales el titular de los activos financieros procede a enajenarlos a un tercero con el compromiso de recomprarlos en una fecha intermedia entre la de la venta y la de amortización del título ¹⁸, estando los precios de adquisición y enajenación determinados ya al formalizar el contrato ¹⁹.
- d) Las rentas generadas por las denominadas «cesiones de crédito», operaciones estas que presentaron algunas modalidades cuya polémica en el pasado es bien conocida ²⁰.

No obstante lo anterior, el Proyecto ha introducido en relación con este grupo de rentas una salvedad respecto del tenor literal que se recogía en el Anteproyecto, excluyéndolas del grupo de las rentas del ahorro cuando procedan de «entidades vinculadas con el contribuyente», lo que provocará que entren a formar parte del concepto de renta general. El ejemplo más típico de estos rendimientos será el de los intereses por préstamos a empresas de las que sea socio el prestamista, supuesto en el que la tributación final resultará más gravosa que la actual, teniendo en cuenta que a tales rentas no les será aplicable en ningún caso la reducción del 40 por 100 por período de generación superior a dos años, factor este último que, como veremos, dejará de tener incidencia en la futura regulación del IRPF.

En tercer lugar, también encuentran ubicación entre las rentas del ahorro un tercer grupo de rendimientos del capital mobiliario, esto es, el representado por aquellas rentas que proceden de «operaciones de capitalización, de contratos de seguro de vida o invalidez y de imposición de capitales». Se conforma así un tercer grupo de estos rendimientos donde se integran, además de las rentas derivadas de las operaciones de capitalización ²¹ y de contratos de seguro de vida o invalidez ²², también los rendimientos generados en forma de rentas vitalicias o temporales que tengan por causa la imposición de capitales ²³, salvo cuando se hayan adquirido a título sucesorio.

¹⁸ Vid. CAZORLA PRIETO, L.M.^a y PEÑA ALONSO, J.L.: *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Ley 40/1998 y su Reglamento*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 129.

¹⁹ Vid. SUAÚ ALLÉS, A: *Fiscalidad de las operaciones financieras*, Ciss, Bilbao, 1998, pág. 209.

²⁰ Vid. SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A.: «La problemática fiscal suscitada con las cesiones de crédito como nuevo producto financiero en las entidades bancarias», *op. cit.*, pág. 3.441.

²¹ Las operaciones de capitalización se definen en la normativa de seguros, siendo determinante en su configuración el hecho de que se trate de operaciones basadas en la técnica actuarial, que consistan, básicamente, en la obtención de compromisos determinados en cuanto a su duración y a su importe, a cambio de desembolsos únicos o previamente fijados.

²² El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar dentro de los límites pactados el daño producido al asegurado, satisfaciendo un capital o una renta que puede ser inmediata o diferida, y temporal o vitalicia.

²³ Las rentas vitalicias y temporales son contratos aleatorios por los que el deudor se obliga a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas –vitalicia–, o durante un período determinado de tiempo –temporal–, a cambio de un capital recibido en forma de muebles o inmuebles cuyo dominio se transfiere al pagador de la renta.

Estos últimos están actualmente integrados bajo la denominación de «otros rendimientos del capital mobiliario», donde se ha dado cabida a un heterogéneo grupo de rentas que, a la vista del Proyecto, quedarán al margen de la calificación de «rentas del ahorro». De ahí el cambio de ubicación anunciado en el citado texto respecto de las mencionadas rentas vitalicias o temporales.

Finalmente, y para completar el concepto de «renta del ahorro» que ofrece el Proyecto de Ley de Reforma del IRPF, han de incluirse también, y como no podía ser de otra forma a la vista de los objetivos invocados por el legislador para acometer la reforma que estamos analizando, «las ganancias y pérdidas patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales».

Se pretende así evitar la falta de neutralidad generada, de modo prioritario, por la diferente catalogación que cabe realizar de las rentas generadas por las inversiones del capital, bien como rendimientos del capital mobiliario, bien como ganancias patrimoniales, con las distorsiones que ello puede generar, tal y como ya hemos visto que ha venido sucediendo en nuestro país.

3. EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA «RENTA DEL AHORRO» Y SUS CONSECUENCIAS

Teniendo en cuenta todo lo anterior vamos a incidir ahora en los aspectos más destacados que respecto del régimen jurídico-tributario de las rentas del ahorro se propone introducir el legislador, tal y como se desprende del tenor literal del Proyecto de Ley objeto de este análisis, reparando también en algunas de las consecuencias que de ello pueden derivarse no sólo para el propio IRPF, sino también respecto de otros impuestos del sistema tributario español.

3.1. Eliminación de la variable «tiempo» al calcular el importe de las rentas.

En ese sentido repararemos, en primer término, en la novedad que supone el hecho de que a partir de 2007, ejercicio en el que previsiblemente entrará en vigor la nueva Ley del IRPF, no se vaya a tener en cuenta el período de generación de las rentas del ahorro, de forma que las mismas pasarán a integrarse en la base imponible del Impuesto sin que el tiempo transcurrido desde que el elemento generador de la renta entró a formar parte del patrimonio del contribuyente tenga incidencia alguna a la hora de calcular el importe de aquélla.

De ese modo, los rendimientos del capital mobiliario que hemos visto que cabe incluir bajo esa denominación dejarán de beneficiarse del porcentaje de reducción (40%) sobre el rendimiento neto, previsto actualmente respecto de las rentas de capital con un período de generación superior a dos años.

Por su parte, tampoco a la hora de cuantificar las ganancias y pérdidas que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de elementos patrimoniales se tendrá en cuenta el factor

«tiempo o período de permanencia», en torno al cual han pivotado muchas de las reformas que sobre la tributación de esas rentas se han sucedido en nuestro país.

Cabe recordar en ese sentido cómo la Ley 18/1991, reguladora del IRPF, introdujo respecto de las plusvalías y minusvalías ²⁴ cuyo plazo de generación superase los dos años unos porcentajes que iban reduciendo progresivamente el importe de dichas rentas, llegando incluso a provocar la no sujeción de las mismas a partir de un número de años determinado por ley y variable en función de la naturaleza del activo del que procedía la renta.

Más tarde el Real Decreto-Ley 7/1996, de 13 de junio, sustituyó los «coeficientes reductores» por otro régimen centrado en la posibilidad de actualizar los valores de adquisición de los elementos patrimoniales objeto de transmisión, y ello mediante la aplicación de una serie de coeficientes que la LPGE habría de fijar anualmente a tal efecto, sometiendo al importe de las ganancias o pérdidas así calculadas a un tipo proporcional del 20 por 100 ²⁵.

No obstante lo anterior, el mencionado Real Decreto-Ley mantenía un régimen transitorio de aplicación de los coeficientes reductores que se trasladó a la Ley 18/1991 (disp. trans. 8.^a), más tarde también a la Ley 40/1998, de 9 de diciembre (disp. trans. 9.^a), y en la actualidad al vigente Texto Refundido de la Ley del IRPF de 2004, cuya disposición transitoria 9.^a continúa recogiendo el trato fiscal que «transitoriamente» debe otorgarse a las «Ganancias patrimoniales derivadas de elementos adquiridos con anterioridad al 31 de diciembre de 1994».

Pues bien, respecto de esta cuestión el Proyecto de Ley examinado introduce una importante novedad que tiene por objeto terminar con la transitoriedad que ha venido acompañando al régimen jurídico de las ganancias patrimoniales a las que han hecho referencia las mencionadas disposiciones, al tiempo que se trata de dar cumplimiento al principio de seguridad jurídica respetando las expectativas de los contribuyentes.

Teniendo en cuenta lo anterior se prevé que el 20 de enero de 2006 ²⁶, fecha en la que se hizo público el Anteproyecto de Ley, sirva de referencia para determinar el régimen jurídico de las plusvalías. En ese sentido, habrá que calcular la ganancia generada hasta esa fecha a través de un sistema de prorrateo aplicado de modo lineal respecto de cada elemento patrimonial, sometiéndose la plusvalía generada a partir de dicha fecha al nuevo tipo fijo del 18 por 100 que, según el Proyecto, afectará a las rentas que dicho texto integra bajo el concepto de «renta del ahorro».

De acuerdo con lo anterior, ya no existen incentivos para mantener durante un largo plazo a los activos generadores de rentas, con lo que singularmente las operaciones especulativas, realizadas a corto plazo, por ejemplo, en ámbitos como la bolsa o el sector inmobiliario, pueden ver incrementada

²⁴ La aplicación de los coeficientes reductores sobre las disminuciones de patrimonio se eliminó por el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio.

²⁵ Este tipo de gravamen se aplicaba a partir de las primeras 200.000 pesetas.

²⁶ Ese día se hizo público el Anteproyecto y tomando esa fecha como referencia para el cálculo que arriba se detalla se considera respetado el denominado «efecto anuncio», concepto acuñado por la jurisprudencia constitucional alemana y del que se ha hecho eco nuestro Tribunal Constitucional. *Vid.* STC 182/1997, de 28 de octubre (NFJ005623).

su rentabilidad financiero-fiscal. En esos casos, y salvo aquellos sujetos cuyo tipo marginal sea en la actualidad inferior al 18 por 100, todos se beneficiarán de dicho gravamen proporcional, al tiempo que experimentarán la ganancia adicional de no incrementar su tipo marginal respecto del resto de las rentas incluidas en la renta general ²⁷.

3.2. El tipo de gravamen de las rentas del ahorro.

De acuerdo con lo que acaba de señalarse, la denominada «base liquidable del ahorro» tributará previsiblemente desde el año 2007 a un tipo único del 18 por 100, medida esta que si bien representará una importante novedad para los rendimientos del capital mobiliario que entrarán a formar parte de la renta del ahorro, no lo será tanto para las ganancias y pérdidas patrimoniales realizadas en un plazo superior al año, que ya en la actualidad están excluidas de la progresividad del Impuesto.

Con esta medida en particular el legislador español se sitúa en la línea de las reformas fiscales emprendidas ya desde finales de los años ochenta y principios de los noventa por países del norte de Europa que, como, Noruega, Suecia o Finlandia, optaron por sustituir la idea de los impuestos globales sobre la renta –comprensivos de todos los tipos de rentas, con independencia de la fuente de la que derivan– por la de una visible diferenciación entre el tratamiento jurídico-tributario otorgado a las rentas del capital y el que resulta aplicable al resto de las categorías de rendimientos sometidos a gravamen en aquellos impuestos que recaen sobre la renta de las personas físicas ²⁸.

En la misma línea, otros países como Holanda ²⁹ optaron más tarde por seguir también la iniciativa de aquellos lugares en los que la imposición sobre la renta se había transformado para dar entrada a las distintas variantes que pueden incluirse bajo el que puede denominarse «sistema dual de imposición sobre la renta» ³⁰, el cual, con algunos matices, parece haberse convertido ahora

²⁷ Vid. las tablas comparativas entre la situación actual y futura de los inversores en CORDÓN EZQUERRO, T.: «Novedades en el IRPF aprobadas durante 2005 y Anteproyecto de ley de reforma», *Revista de Contabilidad y Tributación (comentarios y casos prácticos)*, CEF, n.º 276, 2006, págs. 28 y ss.

²⁸ Vid. MUTÉN, L.: «Dual Income Taxation: Swedish Experience», en *Towards a dual income tax?*, Kluwer, London, 1996, pág. 8. En el mismo sentido, TOSO, S.: «Recenti riforme dell'imposta personale sul reddito: una prospettiva internazionale», *RDFS*, Vol. LIV, 1995, págs. 517-518, señala que en tanto la adhesión a un concepto de renta «comprensiva» o global sugiere aplicar una estructura de imposición progresiva a la totalidad de los rendimientos, cualquiera que sea la fuente de la que proceden, la imposición dual configura un sistema de imposición cedular donde la tasación del capital se separa del trabajo y las pensiones.

²⁹ La reforma holandesa, llevada a cabo en el año 2001, presentó algunos matices diferenciales respecto del esquema general seguido por los aludidos países nórdicos, suponiendo «una disminución generalizada de los tipos del impuesto sobre la renta y, en particular, en el nivel de tributación del factor trabajo, reducción que se financia mediante sendos incrementos en el nivel de gravamen del impuesto sobre el valor añadido y de los impuestos medioambientales. Otra novedad significativa se deriva de la integración en el nuevo tributo del impuesto sobre la renta con el impuesto sobre el patrimonio, de forma que este último desaparece como tal del sistema tributario holandés». Vid. DURÁN CABRE, J.M.: *El Impuesto lineal y el Impuesto dual como modelos alternativos al IRPF. Estudio teórico y análisis empírico aplicado al caso español*, IEF, Madrid, n.º 5, 2002, pág. 102.

³⁰ Vid. STEVENS, L.G.M.: «Dual Income Tax Systems: A European Challenge?», *Ec Tax Review*, 1996/I, pág. 6. Sobre esta cuestión, GUERRA, M.C.: «La tassazione dei redditi di capitale in capo alle persone fisiche: problemi e prospettive», *RDFS*, Vol. LIV, 1995, pág. 290.

en la opción de reforma en nuestro país, siguiendo opiniones barajadas ya por nuestra doctrina hace años ³¹.

Pues bien, para analizar esta cuestión debemos reparar en lo que puede considerarse como la estructura que podríamos denominar «estándar» de dicho sistema de imposición, que pasaría principalmente por los siguientes aspectos ³²:

- a) Separar las rentas sometidas en dos grupos o bases: rentas laborales y rentas del capital.
- b) Aplicar a estas bases tratamientos diferenciados, con un tipo fijo para las rentas del capital y variable para las rentas laborales, siendo el tipo marginal máximo mayor que el aplicado a las rentas del capital.
- c) Hacer coincidir el tipo marginal mínimo del Impuesto progresivo con el tipo proporcional aplicable a las rentas del ahorro, y ambos a la vez con el tipo fijo del Impuesto sobre Sociedades (IS).

Teniendo en cuenta lo anterior, y reparando en las líneas básicas por las que discurre la reforma del IRPF en nuestro país, podríamos concluir que, si bien en un primer momento y en términos generales este esquema puede haber servido de inspiración al legislador español para idear la reforma, existen algunos aspectos que obligan a matizar las diferencias que entre ambos modelos pueden constatararse.

En ese sentido, y atendiendo al tenor literal del Proyecto que examinamos, dos son las cuestiones diferenciales que a primera vista cabe apreciar entre ese texto y las pautas a las que se ajusta el modelo teórico de sistema dual de imposición, ya que en el caso español ni el gravamen proporcional afectará a todas las rentas del capital, ni previsiblemente se va a producir la aludida coincidencia entre los tipos de gravamen mencionados.

Desde ese punto de vista, la primera de las cuestiones apuntadas obliga a realizar una precisión conceptual para diferenciar lo que han entendido los países que aplican el modelo dual por «renta del capital», respecto de lo que el legislador español considera que es la «renta del ahorro» ³³.

³¹ El sistema de tributación de los incrementos y disminuciones de patrimonio implantado a raíz del Real Decreto-Ley 7/1996 indujo a pensar, tal y como apuntó SANZ GADEA, «que nuestro sistema de imposición sobre las rentas del capital ha dado un paso hacia la tributación proporcional». «Nada tiene de extraño –continúa diciendo el mencionado autor–, que, siendo la neutralidad un objetivo unánimemente compartido, y dado que una parte importante de la tributación del ahorro ha sido colocada por el Real Decreto-Ley 7/1996, en el marco de la tributación proporcional, se haya propugnado, desde diversos sectores de opinión, la extensión de la tributación proporcional a todas las rentas del ahorro» («Ganancias de capital en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *op. cit.*, pág. 154).

³² PICOS SÁNCHEZ, F. y GAGO RODRÍGUEZ, A.: «El impuesto dual: argumentos teóricos e implicaciones de política fiscal», en la *Revista de Hacienda Pública Española*, n.º 171 (4-2004), 2004, págs. 103-130, siguiendo a SORENSEN, P.B.: «Recent innovations in Nordic Tax Policy: from the Global Income Tax to the Dual Income Tax», en la obra del mismo autor *Tax Policy in the Nordic Countries*, London, MacMillan Press, 1998.

³³ En ese sentido, CORDÓN EZQUERRO, T.: «La tributación de las rentas del capital en el IRPF: gravamen dual o único», *Documentos del IEF* n.º 30/05, Madrid, pág. 28.

En ese orden de cosas ya hemos apuntado anteriormente qué rentas ha incluido el legislador bajo la expresión «renta del ahorro», al margen de la cual se sitúan otras manifestaciones de renta cuya producción también está directamente relacionada con una inversión de capital, tales como los rendimientos del capital inmobiliario; las rentas calificadas en el artículo 25.4 de la Ley del IRPF como «otros rendimientos del capital mobiliario»; o las rentas empresariales o profesionales que, como es sabido, son normalmente fruto de la conjunción de dos factores de producción, esto es, el trabajo y el capital.

Así las cosas, el modelo adoptado por el legislador español difiere de los sistemas duales implantados en los países nórdicos donde, aunque con diferencias entre ellos, el gravamen proporcional se hace recaer sobre la práctica totalidad de las rentas en cuya generación participa el capital como factor de producción, pudiendo constatarse en términos generales que la progresividad del Impuesto se reserva para los salarios, pensiones, rentas en especie y renta salarial imputable a las actividades económicas ³⁴.

Sobre este particular podría destacarse la exclusión de los rendimientos del capital inmobiliario del concepto de «renta del ahorro», extremo que puede traducirse en un perjuicio al ahorro inmobiliario difícil de justificar desde el punto de vista de la neutralidad, completado además con la desaparición de la deducción incrementada en los supuestos en los que se recurra a la financiación ajena para adquirir una vivienda habitual, actualmente contemplada en el artículo 69 del Texto Refundido de la Ley del IRPF.

Pero es sin duda el tratamiento de los rendimientos obtenidos en las actividades económicas, esto es, por profesionales, trabajadores por cuenta propia y empresarios en el desarrollo de su actividad económica, el aspecto que más reparos puede ofrecer si atendemos al concepto que de la «renta del ahorro» maneja el Proyecto. En ese sentido no puede olvidarse que las rentas de actividades económicas tienen una naturaleza mixta, de forma que en su generación no sólo influye el trabajo, sino también el capital. Por ese motivo, si la renta que en cada caso pueda atribuirse a ese último factor de producción no se grava como renta del ahorro, separadamente de la renta que quepa considerar generada por el trabajo, el logro de la pretendida neutralidad impositiva podría cuestionarse.

No obstante, lo cierto es que, aunque afirmaciones como la anterior puedan compartirse desde un punto de vista teórico y *a priori*, la realidad pone de manifiesto la dificultad que entraña el deslinde entre las rentas del trabajo y las del capital dentro de la renta derivada del ejercicio de una actividad económica, extremo por el cual esta cuestión ha sido denominada en varias ocasiones como el verdadero «Talón de Aquiles» de los modelos de imposición dual ³⁵.

Han sido varias las opciones que, observando lo sucedido en otros países, se han barajado para identificar, siquiera sea de una forma aproximada, la proporción que en dichas rentas mixtas

³⁴ La doble naturaleza de la que participan estas rentas, así como el hecho de que la división no sea observable, hace necesario un complicado sistema de separación entre las rentas que se consideran obtenidas a partir del trabajo y aquellas que se atribuyen al capital. *Vid.* CNOSSSEN, S.: «Taxing Capital Income in the Nordic Countries: A model for the European Union», *FinanzArchiv*, 1999, 56 (1), págs. 18-50.

³⁵ SORENSEN, P.B.: «From the global income tax to the dual income tax: Recent tax reforms in the nordic countries», *International Tax and Public Finance*, 1994, págs. 57-59.

cabe atribuir a cada uno de los factores que inciden en su producción, y ello con el objetivo de gravar a las derivadas del capital como renta del ahorro ³⁶. De este modo no sólo se persigue la neutralidad en el tratamiento fiscal de las distintas rentas del capital, sino también en el gravamen de la renta empresarial. No podemos olvidar que tomando como punto de partida el que hemos denominado modelo «estándar» de tributación dual, si verdaderamente se llegase a cumplir la triple igualdad de tipos impositivos –esto es, sobre rentas del capital, tipo marginal mínimo de la tarifa que grava a las rentas del trabajo y el tipo del IS–, algo que previsiblemente tampoco sucederá en nuestro país, se conseguiría minimizar las prácticas de arbitraje fiscal que pueden conllevar el tratamiento desigual de las distintas rentas del capital, cualquiera que sea la forma que adopten o la personalidad jurídica de su preceptor ³⁷.

Pues bien, pese a todo lo anterior, ningún sistema ha sido introducido en el Proyecto que estamos analizando con el objeto de identificar y gravar como renta del ahorro a la parte de la renta procedente de una actividad económica que en cada supuesto podría estimarse generada a partir del capital utilizado como factor de producción por el empresario o profesional de que se trate. Con esta opción se evita la problemática que ha generado en otros países la división de las aludidas rentas en el sentido indicado, pero sin duda seguirá siendo un tema de debate ante la inequidad que esta solución puede acarrear.

3.3. Eliminación de la doble imposición de dividendos.

Dejando por el momento al margen cuestiones como la que acaba de examinarse, parece que la futura reforma dará un importante paso en orden a aproximar el régimen jurídico de gran parte de los rendimientos del capital al de los incrementos patrimoniales.

Pues bien, al analizar las razones que han condicionado la reforma, y sin dudar de los deseos de aportar una necesaria mayor neutralidad al sistema ³⁸, hay que tener presentes los condicionantes impuestos por las propias circunstancias en las que actualmente se desenvuelve la economía a nivel internacional, cuya globalización ha traído consigo consecuencias importantes que el legislador español, al igual que sucede en otros países, tampoco puede ignorar.

Desde ese punto de vista, el reconocimiento de la libre circulación de capitales condicionó desde un primer momento las decisiones de los Estados implicados respecto de aquellas rentas que, como las procedentes del ahorro, cuentan con especiales condiciones para trasladarse a los lugares en los que su

³⁶ Dos son los métodos más utilizados para llevar a cabo dicha división; éstos son el denominado método de la fuente y el llamado método de la barrera. Vid. CORDÓN EZQUERRO, T.: «La tributación de las rentas del capital en el IRPF: gravamen dual o único». *Documentos del IEF*, n.º 30/2005, págs. 8-9.

³⁷ PAREDES GÓMEZ, R.: «Neutralidad fiscal en la elección de la forma jurídica y el tamaño de la empresa: aproximación empírica y propuestas de reforma de la imposición empresarial en España», octubre 2005, www.ual.es. pág. 26.

³⁸ Ilustrativo resulta en ese sentido el estudio llevado a cabo por PRADO DOMÍNGUEZ, J. y RODRÍGUEZ MACHO, M.: «¿Es neutral el IRPF en relación con la inversión en productos financieros agregados y desagregados?», *Documentos de Trabajo en Análisis Económico*, vol. I, N.º 15, 2002, donde a través de ejemplos se ponen de manifiesto las diferencias de fiscalidad existentes entre dos productos que generan flujos financieramente idénticos, dependiendo de la estructura en la que se presenten.

tributación resulte más favorable ³⁹. Por otra parte, y en relación con el ámbito estrictamente comunitario, tampoco puede desconocerse la labor que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido desarrollando en orden a proteger la mencionada libertad de movimientos de capitales.

Precisamente en la jurisprudencia de dicho Tribunal es donde encuentra su fundamento otra de las importantes medidas que respecto de las rentas del ahorro ha recogido el Proyecto de Ley, tal y como se desprende de la propia Exposición de Motivos del citado texto. Nos referimos concretamente a la eliminación de la doble imposición de dividendos, justificada por el mandato de la jurisprudencia comunitaria en orden a la necesidad de otorgar un mismo tratamiento a los dividendos de fuente interna y a los de cualquier otro país miembro de la Unión Europea.

En ese sentido ha de tenerse en cuenta que el sistema de imputación estimativa actualmente vigente se circunscribe a dividendos percibidos de sociedades residentes en España, lo cual se ha entendido como una fuente de eventuales discriminaciones por razón de nacionalidad traducida en una fiscalidad más onerosa para los dividendos procedentes de sociedades residentes en otros Estados miembros.

Como ya se puede intuir, son varias las consecuencias que, además de la que sirve de justificación misma para ese cambio, puede acarrear la futura desaparición de una medida que siempre ha acompañado a la regulación jurídico-tributaria de los dividendos, provocando incluso la modificación de dicho concepto ⁴⁰.

Así, en primer lugar, con esta modificación se logrará un acercamiento del trato fiscal que merecen los distintos supuestos de doble imposición económica ⁴¹ susceptibles de generarse a través de las diferentes vías de comunicación que pueden establecerse entre las rentas de una sociedad y una persona física. Desde ese punto de vista y aunque en la actualidad existe una medida para paliar la doble imposición que se puede producir respecto de los beneficios sociales distribuidos, calificados como rendimientos del capital mobiliario, no se ha arbitrado una solución similar, por ejemplo, respecto de los beneficios no distribuidos que se ponen de manifiesto cuando el socio transmite su participación, manifestados en este caso en forma de ganancias patrimoniales.

³⁹ Vid. CARBAJO VASCO, D.: «La libre circulación de capitales en la Comunidad Económica Europea: Del Tratado de Roma al Tratado de la Unión Europea», *Noticias CEE*, n.º 93, 1992, págs. 95 y ss. Al respecto señala PÉREZ ROYO, F.: «Armonización de la fiscalidad sobre el ahorro. Consecuencias para el sistema tributario español de la Directiva sobre Liberalización de movimientos de capitales», *HPE*, I/1990, pág. 112, que «puesta en marcha la liberalización en los movimientos de capitales, (...) cada sistema fiscal deberá irse acomodando a esta situación para evitar que el ahorro se desplace hacia los países con "clima" fiscal más benigno». En el mismo sentido *vid.*, VAN DER SMEEDE, A.J.: «Towards a gradual abolition of Dutch Capital Tax?» *Bulletin for International Fiscal Documentation*, n.º 12, Vol. 48, 1994, págs. 645 y ss.; GENSER, B.: «Austria's steps towards a dual income tax», *op. cit.*, pág. 80; HAGEN, K.P. y SORESENSEN, P.B.: «Taxation of the Self-employed under a Dual Income Tax», en la obra, *Towards a dual income tax?*, Kluwer, London, 1996.

⁴⁰ En ese sentido, puede recordarse cómo la expresión «dividendos» ha sido objeto de una perceptible evolución que, partiendo de una concepción literal y restrictiva —con la que se hace referencia a los beneficios repartidos por accionistas de una sociedad anónima—, ha desembocado en otra mucho más amplia, como se desprende, por ejemplo, del propio Modelo de Convenio de la OCDE.

⁴¹ Entendida ésta tal y como se define en el Informe Ruding, esto es, como «la situación donde los beneficios están sujetos en primer lugar al Impuesto sobre Sociedades y después al impuesto personal sobre la renta cuando el accionista los recibe en forma de dividendos». *Vid. Report of the Committee of independent experts on company taxation*, Ed. Commission of the European Communities, Bruselas-Luxemburgo, 1992, pág. 17.

Por otra parte, y como ya se ha puesto de relieve, la adopción de este sistema terminará con la diferencia de trato que hasta ahora se otorga a los dividendos, dependiendo de su consideración como rentas de fuente interna o bien como rendimientos procedentes de una sociedad residente en otro Estado ⁴².

A mayor abundamiento deben tenerse también presentes las distorsiones que un sistema de imputación –como el vigente en la actualidad– produce en aquellos supuestos en los que el mecanismo se aplica sobre unos beneficios que, por las características de la entidad que los reparte, o bien no hayan sido objeto de gravamen en sede de la sociedad, o lo hayan sido a un tipo reducido.

Circunstancias como las anteriores pueden llevar a realizar un precipitado juicio positivo de la medida en virtud de la cual se elimina el sistema actualmente previsto para eliminar la doble imposición interna, situación que además provocará que se retomen muchas de las confrontaciones doctrinales que ya en el pasado estuvieron protagonizadas por los argumentos esgrimidos en torno a la virtualidad de otorgar o no un trato diferenciado a los dividendos respecto de los intereses ⁴³.

Sin embargo, la realidad pone de manifiesto que ignorar el hecho de que unas rentas que ya han tributado en sede de la sociedad que las reparte vuelvan a ser objeto de gravamen en la persona que las recibe, sin arbitrar ningún tipo de mecanismo que sirva para mitigar o corregir la incuestionable doble tributación a la que en ese caso se verán sometidas dichas rentas, resulta al menos cuestionable.

Quizás por ello el Proyecto prevé que una parte de los dividendos obtenidos por los sujetos pasivos del IRPF estén exonerados de tributación, medida que podría interpretarse como la recepción por parte del legislador español del que se ha denominado método de exención para corregir la doble imposición ⁴⁴, aplicado ya en algunos países de nuestro entorno. De todos modos, con respecto a este último aspecto hay que reparar en el hecho de que mientras la opción por un sistema de exención en aquellos países en los que, como Alemania, han optado por ese mecanismo para paliar la doble imposición, se ha traducido en la exención, sino de todos los beneficios gravados por el IS, distribuidos o no, sí de una parte importante de ellos (ej. 50%), el legislador español ha situado esa exención en la cantidad de 1.000 euros.

Teniendo en cuenta ese último aspecto, parece que el significado que cabe atribuir a la exención arbitrada por el legislador español en el artículo 7 y) del Proyecto tiene más el sentido de paliar los efectos negativos que el gravamen proporcional puede tener sobre las rentas más bajas

⁴² Tal y como ha señalado la doctrina, «la explicación de esta diferenciación es producto de la lógica interna del sistema de imputación. Si un Estado concede al accionista una deducción en la cuota de su IRPF, es porque la sociedad distribuidora pagó previamente el IS en ese mismo Estado. Sin embargo, este aspecto del sistema de imputación ha causado no pocas polémicas por sus posibles efectos discriminatorios de la inversión en el exterior...». *Vid.* DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, A.: «La eliminación de la doble imposición económica de dividendos en la Unión Europea». *Revista de Contabilidad y Tributación (comentarios y casos prácticos)*. CEF, n.º 206, 2000, pág. 61.

⁴³ *Vid.* RUIZ GARCÍA, J.R.: *La deducción por dividendos en el sistema tributario español*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 41 y ss.

⁴⁴ *Vid.* DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, A.: «La eliminación de la doble imposición económica de dividendos en la Unión Europea», *op. cit.*, págs. 65-66; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, M.ª L.: *La doble imposición de dividendos*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2003, págs. 103 y ss.

que contribuir efectivamente a minorar la doble imposición, objetivo que nos parece fundamental precisamente para conseguir la tan aludida neutralidad fiscal que ha inspirado esta reforma.

3.4. La integración y compensación de rentas en la base imponible del ahorro.

De acuerdo con lo señalado hasta el momento, y con independencia de la valoración que desde la perspectiva de la tan invocada neutralidad impositiva pueda hacerse acerca de tales medidas, lo cierto es que las modificaciones comentadas se presentan como un verdadero intento por homegenizar la tributación de la mayor parte de las rentas derivadas del ahorro, integrándolas en una base imponible diferente de la general en cuyo cálculo no se tendrá en cuenta el período de generación de las rentas y sobre la que recaerá un tipo de tributación fijo y común del 18 por 100.

Pues bien, teniendo en cuenta esos aspectos sorprende de manera especial que a la hora de proceder a regular la integración y compensación de los rendimientos positivos o negativos procedentes del ahorro no se haya buscado esa misma homogeneidad. En ese sentido, el Proyecto establece que en la base imponible del ahorro se integrarán y compensarán, por un lado y exclusivamente entre sí, los rendimientos del capital mobiliario positivos y negativos y, por otra parte, también de forma exclusiva entre sí, las ganancias y pérdidas patrimoniales. Así las cosas, si el resultado de la integración y compensación arroja un saldo negativo, su importe sólo podrá compensarse con los saldos positivos que se pongan de manifiesto durante los cuatro años siguientes en la cuantía máxima que permita cada uno de ellos.

3.5. Consecuencias de las modificaciones sobre la «renta del ahorro» en el Impuesto sobre el Patrimonio.

Resulta conveniente destacar también las consecuencias que la futura reforma que estamos comentando pudiera tener en el Impuesto sobre el Patrimonio (IP), habida cuenta de la regla establecida en el artículo 31 de su Ley reguladora, donde se dispone que la cuota íntegra de dicho tributo, conjuntamente con la porción de la cuota correspondiente a la parte general de la base imponible del IRPF, no podrá exceder, para los sujetos pasivos sometidos al Impuesto por obligación personal, del 60 por 100 de la parte general de la base imponible de este último. El exceso sobre ese límite se reduce de la cuota del IP sin que la reducción pueda exceder del 80 por 100 de dicha cuota.

Pues bien, sobre esta misma cuestión el Proyecto introduce expresamente la modificación de dicho precepto, cuyo primer párrafo quedará redactado de la siguiente manera:

«La cuota íntegra de este Impuesto conjuntamente con las cuotas íntegras estatal y autonómica del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, no podrá exceder, para los sujetos pasivos sometidos al impuesto por obligación personal, del 60 por 100 de la suma de las bases imponibles general y del ahorro del citado Impuesto», procediendo también reducir el exceso de la cuota del IP con el mismo porcentaje sobre dicha cuota como límite, esto es, el 80 por 100.

Así pues, este precepto sustituye, a diferencia de lo que sucedía con el Anteproyecto de Ley, la alusión que la actual Ley del IP hace a la parte general de la base imponible, por la referencia expresa a la base imponible general y del ahorro, extremo que tiene consecuencias prácticas importantes.

En ese sentido podemos pensar que si el Proyecto mantuviera a la base del ahorro al margen de la aplicación del límite conjunto IRPF-IP, haciéndose únicamente referencia a estos efectos a la parte general de la base imponible, como sucede en la legislación actual, tanto la mayor parte de los rendimientos del capital mobiliario como las ganancias patrimoniales consecuencia de la transmisión de elementos, independientemente de su período de generación, dejarían de computar a efectos de realizar los cálculos antes señalados, incrementando las posibilidades de reducción en la cuota íntegra del Impuesto.

La situación anterior podría acarrear, desde el punto de vista de los administrados, posibilidades de planificación fiscal a tener en cuenta y, para la Administración, concretamente para las Comunidades Autónomas, un detrimento en sus ingresos tributarios habida cuenta del mayor número de supuestos en los que la cuota a abonar por el IP se vería reducida como consecuencia de la aplicación del citado límite, consecuencias ambas que tratan de evitarse en el Proyecto al incluir expresamente la base del ahorro a la hora de efectuar los cálculos a los que se ha hecho referencia.

Esta medida se traducirá en un incremento impositivo para aquellos contribuyentes que tengan una mayor capacidad de ahorro o para los que realicen plusvalías, si finalmente entra a formar parte del texto definitivo de la Ley tal y como aparece recogida en el Proyecto.

3.6. Posibles efectos de la futura reforma de la «renta del ahorro» sobre el Impuesto sobre Sociedades.

Evidentemente, una reforma como la que se avecina sobre la «renta del ahorro» no afecta exclusivamente al tributo en cuyo seno tiene lugar, esto es, al IRPF. Antes al contrario, una modificación de la entidad de la que hemos estado comentando puede tener incidencia sobre el resto de los componentes de nuestro sistema tributario, como hemos visto que sucede, por ejemplo, con el IP.

Pues bien, lo mismo sucede también con el IS, dada la lógica conexión que existe entre ambos tributos. En este caso, la diferencia de tipos nominales de gravamen a los que están sometidos el empresario individual y las sociedades han constituido siempre un factor de quiebra de la neutralidad fiscal a la hora de elegir la forma jurídica de la empresa ⁴⁵.

⁴⁵ Vid. PAREDES GÓMEZ, R.: *Neutralidad fiscal en la elección de la forma jurídica y el tamaño de la empresa: aproximación empírica y propuestas de reforma de la imposición empresarial en España*, UCM, Madrid, 2005, págs. 24 y ss. Sobre este particular también DOMÍNGUEZ BARRERO y LÓPEZ LABORDA: *Planificación fiscal con el impuesto dual sobre la renta*, Universidad de Zaragoza, octubre 2005, págs. 18 y ss.

Pues bien, desde ese punto de vista sería deseable que el legislador español trasladara a nuestro sistema tributario el antes mencionado acercamiento, sino coincidencia, que en los modelos duales implantados en los países nórdicos existe entre el tipo de gravamen aplicable a las rentas del capital y el manejado a efectos del IS. Es cierto que la futura reforma prevé, en el ámbito de las empresas, una reducción en los tipos de gravamen aplicables a efectos del IS, medida que debe considerarse necesaria no sólo en términos de neutralidad, sino también por razones de competitividad para la empresa española en el contexto actual de la economía mundial. Sin embargo, tanto la demora prevista en la rebaja de dicho tipo de gravamen, como la desaparición prevista de muchos de los incentivos ahora existentes en forma de deducciones para las sociedades podrán limitar el impacto real de dicha reforma.

Por otra parte, en el contexto de un tributo como el IRPF que previsiblemente entrará en vigor en 2007, el hecho de no dividir las rentas de actividades económicas, que como se sabe tienen naturaleza mixta, entre rentas del trabajo –sometidas a la tarifa progresiva– y rentas del capital –objeto de un gravamen proporcional–, puede generar una falta de neutralidad en la tributación de la renta empresarial, según la forma jurídica por la que finalmente se decante el empresario. En ese sentido, mientras tales rentas se gravarían a un tipo fijo en el IS, a efectos del IRPF continuarán estando integradas en la base imponible general y sometidas, por tanto, a la tarifa progresiva.

Desde un punto de vista diferente también debe tenerse en cuenta que la futura desaparición del sistema para limitar los efectos de la doble imposición a nivel interno puede condicionar de manera importante y poco neutral las decisiones de las empresas, favoreciendo la financiación de las mismas con recursos ajenos en detrimento de su capitalización, dada la deducibilidad de los intereses en el IS.

Obviamente aspectos como los anteriormente mencionados requieren de un análisis más detallado que no abordaremos en este trabajo, donde únicamente pretendemos poner de relieve los aspectos más generales de la incidencia que la reforma examinada puede tener sobre el conjunto de nuestro sistema tributario y, en este caso particular, sobre el IS.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Al igual que sucede ahora con nuestro país, han sido muchos los países de la OCDE que han reformado su sistema fiscal, especialmente en las últimas dos décadas. En ese sentido, el legislador español parece haberse decantado por un modelo dual de imposición sobre la renta, sistema este que no ha sido ni mucho menos un experimento pasajero, sino que representa hoy en día una alternativa fiscal consolidada y viable, como lo demuestra la experiencia comparada, sobre todo si se atiende a países en los que, como Suecia, Noruega y Finlandia, el Impuesto lleva funcionando desde principios de los noventa. A partir de entonces, han sido muchos los países de nuestro entorno que han emprendido reformas fiscales en las que, con mayor o menor intensidad, se aprecia una aproximación al referido sistema de tributación.

No obstante lo anterior, ha de tenerse en cuenta que, tal y como hemos visto que sucederá en nuestro país si finalmente se lleva a cabo la reforma que estamos examinando, aquí no se impondrá el que hemos denominado modelo «estándar» de tributación dual, aunque sí se introduzcan las bases diferenciadas para todos o algunos de los rendimientos generados a partir de una inversión del capital.

No obstante lo anterior, lo cierto es que si reparamos en el resto de los países de la OCDE que se han decantado por dicho sistema será fácil apreciar que, bien desde un principio, bien con el paso del tiempo, han introducido salvedades al denominado modelo estándar, dando como resultado la adopción de lo que ya se ha denominado un sistema de gravamen sobre la renta «semi-dual»⁴⁶, concepto que podría predicarse de nuestro sistema de imposición sobre la renta personal en un futuro próximo⁴⁷.

Pues bien, ello no debe ser, a priori, motivo de crítica. En los diferentes países en los que se han emprendido modificaciones en el sentido indicado se busca, sobre todo, idear la fórmula adecuada que permita alcanzar una mayor neutralidad en el tratamiento de las rentas del capital, y en esa búsqueda se han emprendido rutas muy diferentes fruto, probablemente, de las distintas realidades de los diversos países. Así, aspectos tales como la aplicación del gravamen del IRPF sobre rentas nominales, la existencia de impuestos que recaen sobre el patrimonio, los diferentes niveles de riesgo que comporta cada tipo de operación o la doble imposición de los dividendos son factores que inciden de forma diferente en las variadas soluciones que los países tratan de ofrecer para hacer frente a la realidad económico-financiera existente en la actualidad a nivel mundial.

Partiendo de estas premisas es evidente que la neutralidad a la que aspira nuestro legislador, al igual que ha sucedido y sucederá en los países de nuestro entorno, deberá buscarse con el convencimiento de que no existe una fórmula ideal libre de objeciones. Desde esa perspectiva, el análisis de la cuestión debe realizarse teniendo presente que siempre existirán diferencias en el tratamiento no sólo de las rentas del capital entre sí, sino también entre ellas y el resto de las rentas sometidas a gravamen en el IRPF. Ahora bien, lo que sí es cierto es que las mismas no deberían originar distorsiones importantes en el conjunto del sistema, extremo que podría llevar a cuestionar la virtualidad que en un futuro próximo puede tener en el marco tributario español la aplicación de principios tan relevantes como el de capacidad económica o el de progresividad⁴⁸.

⁴⁶ Vid. OCDE, *Policy Brief*, «Reforming Personal Income Tax», March 2006, donde se habla de «semi-dual income taxation».

⁴⁷ En esa línea y a modo de ejemplo, desde enero de 2006 se aplica en Noruega una medida consistente en someter a los accionistas residentes a un tipo de gravamen más elevado que el aplicable a los demás perceptores de rentas del capital, que recaerá sobre las rentas realizadas que generen dichas participaciones, ya lo sean en compañías noruegas o extranjeras. Vid. OCDE, *Policy Brief*, «Reforming Personal Income Tax», *op. cit.*

⁴⁸ Vid. STEVENS, L.G.M.: «Dual Income Tax System: A European Challenge?», *Ec. Tax Review*, I/1996, págs. 9 y 11.

JOSÉ CORDERO LÓPEZ

Técnico de Hacienda

*Ponente Adjunto del Tribunal Económico-Administrativo
del Ayuntamiento de Madrid*

Extracto:

A continuación se reproduce un caso práctico relativo al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU), con el objeto de ofrecer al lector una visión global de su regulación, efectuando un análisis y comentario sobre las cuestiones más relevantes o conflictivas planteadas.

ENUNCIADO

Don Martín Abarca Solares, vecino de Madrid, de 59 años de edad cumplidos el 1 de enero de 2006, ha realizado durante dicho año distintas operaciones con inmuebles y derechos aplicables sobre los mismos, con el siguiente detalle:

1. El 10 de febrero de 1969 compró un terreno rústico en el término municipal del Ayuntamiento de Madrid por un importe de 20.000 euros. En escritura pública figura un precio de 25.000 euros.

El 3 de marzo de 2006 transmite el terreno rústico por un importe real de 500.000 euros, que cobra en efectivo. En escritura pública se ha asignado un valor a la transmisión de 300.000 euros. El valor del terreno a efectos del IBI es de 250.000 euros.

2. Vende el 4 de mayo de 2006 una vivienda unifamiliar ubicada en la calle Bombero Ramón Duart, de Valencia, por un importe de 1.200.000 euros, según consta en escritura pública de la indicada fecha. En el recibo del IBI el valor catastral del inmueble en 2006 es de 550.000 euros, de los cuales 150.000 euros corresponden a la edificación.

Este inmueble fue adquirido el día 23 de enero de 1986, según consta en la escritura pública de compraventa del inmueble. Durante el año 1986 realizó distintas obras de acondicionamiento y mejora del inmueble que le supusieron unos gastos por todos los conceptos de 50.000 euros.

3. Adquirió una finca urbana el 2 de febrero de 2006 en el término municipal de Madrid, documentada en escritura pública de dicha fecha, por un importe total de 600.000 euros.

Dadas las favorables condiciones del mercado inmobiliario, transmite la finca en escritura pública de 10 de marzo de 2006 por un importe de 700.000 euros. En el año 2006 el valor catastral del terreno a efectos del IBI es de 300.000 euros.

4. Adquirió una finca rústica el 4 de abril de 1978 en el término municipal de Valencia, según figura en la escritura pública en la que se documentó la adquisición. En el año 1994 la finca figura clasificada como naturaleza urbana en el Plan General de Ordenación Urbana del Municipio.

Don Martín, tras realizar distintas obras en la finca, realiza declaración de obra nueva con fecha 14 de octubre de 1999. La finca tiene asignado un valor catastral a efectos del IBI en 1999 de 400.000 euros, correspondiendo 150.000 euros al valor catastral de la edificación.

Con fecha 8 de junio de 2003, el Ayuntamiento de Valencia, mediante acuerdo plenario aprobado por la mayoría absoluta de la Corporación, acordó expropiar distintas fincas del término municipal con objeto de mejorar y ampliar distintas vías públicas del Municipio. Entre las fincas expropiadas figura la de don Martín, que, en el año 2003, tenía un valor catastral de 500.000 euros a efectos del IBI, correspondiendo 300.000 al valor catastral del suelo de la finca.

Con fecha 10 de febrero de 2006, se suscribe acta de pago y ocupación con el siguiente detalle del justiprecio que recibe don Martín en el mismo acto:

Valor del suelo	1.000.000 euros
Valor de la edificación	600.000 euros
Total	1.600.000 euros

En el año 2006, la finca expropiada a don Martín tenía un valor catastral a efectos del IBI de 800.000 euros, correspondiendo 500.000 euros al valor catastral del terreno.

5. Compró un inmueble urbano en Barcelona en el año 1987, ubicado en el Paseo de Gracia, al matrimonio formado por don Juan P. y doña Antonia V. La adquisición está reflejada en documento privado de fecha 7 de septiembre de 1987, que es firmado por don Martín y cada uno de los cónyuges, y en el que se prevé su elevación a público en cuanto regrese don Juan P., que estará ausente de España por motivos laborales durante al menos dos años. En el año 1987 el inmueble tiene un valor catastral a efectos del IBI de 200.000 euros, correspondiendo 100.000 euros al valor catastral de la edificación.

En 1989 regresa don Juan P. a España y fallece en accidente de tráfico, con fecha 9 de octubre de 1989, sin haber podido elevar a escritura pública el inmueble vendido con su esposa a don Martín. En el año 1989 el inmueble tiene un valor catastral a efectos del IBI de 250.000 euros, correspondiendo 110.000 euros al valor catastral de la edificación.

Hasta el 25 de noviembre de 2000 no puede documentarse en escritura pública la transmisión del inmueble de Paseo de Gracia. En el año 2000 el inmueble tiene un valor catastral a efectos del IBI de 257.500 euros, correspondiendo 111.000 euros al valor catastral de la edificación.

En el año 2001, con un valor catastral del terreno de 150.000 euros, se realiza una revisión catastral de valores en el municipio de Barcelona. Los nuevos valores tienen efectividad a partir del año 2002 y al inmueble de don Martín se le asigna un valor catastral del terreno de 450.000 euros.

Mediante escritura pública de 6 de junio de 2006, don Martín transmite el inmueble por un importe de 1.000.000 de euros. En el año 2006, dicho inmueble figura por un valor catastral de 600.000 euros, correspondiendo al terreno un valor catastral de 450.000 euros.

6. Transmite a la Sociedad «AGRUPA, S.A.», mediante escritura pública de 6 de febrero de 2006, una parcela de 3.000 m² de superficie sita en el término municipal de Madrid. El valor catastral del terreno en el año 2006 asciende a 600.000 euros.

Esta parcela fue adquirida por don Martín mediante adjudicación de la Junta de Compensación constituida en el «Proyecto de Compensación del PAU II-2 Monte Carmelo», aprobado por el Ayuntamiento de Madrid con fecha 13 de septiembre de 2002. La parcela recibida, proporcional a las parcelas aportadas a la Junta, se adjudicó en escritura pública de 2 de enero de 2004. En el año 2002, se atribuye un valor catastral al terreno de 300.000 euros, dicho valor asciende a 550.000 euros en el año 2004.

En este proyecto de urbanización por el sistema de compensación se agruparon distintas parcelas que fueron aportadas por sus titulares y se expropiaron otras. Don Martín entregó a la Junta de Compensación, con fecha 10 de octubre de 2002, dos parcelas de su propiedad, de 2.200 y 1.900 m². Estas parcelas fueron adquiridas por compra onerosa, documentándose las respectivas adquisiciones en escrituras públicas de fechas 10 de enero de 1996 y 26 de mayo de 1997, respectivamente.

7. El 4 de enero de 1990 don Martín contrae matrimonio. Según escritura pública de 10 de febrero de 1990, adquiere con su esposa para la sociedad de gananciales un inmueble en la calle Príncipe de Vergara, de Madrid.

Mediante escritura pública, de 26 de noviembre de 2002, se disuelve la sociedad de gananciales y don Martín se adjudica el inmueble.

Don Martín transmite el inmueble en escritura pública de fecha 7 de abril de 2006.

Los valores catastrales del terreno del inmueble son: en el año 1990, 150.000 euros; en el año 2004, 200.000 euros; y, en el año 2006, 215.000 euros.

8. Constituye con dos de sus hijos, Jorge y Sergio, una sociedad limitada en escritura pública de 14 de marzo de 2006 denominada «ABARCA, S.L.». El detalle del capital social y la suscripción es como sigue:

a) Capital social: 800.000 euros, dividido en participaciones de 10.000 euros.

b) Suscripción: Jorge aporta 200.000 euros en metálico y suscribe 20 participaciones. Sergio aporta 200.000 euros en metálico y suscribe 20 participaciones. Don Martín aporta un local comercial ubicado en la avenida del Doctor Waksman, de Valencia, que se valora en 400.000 euros, suscribiendo 40 participaciones.

El local aportado por don Martín fue adquirido por compra reflejada en escritura pública de 14 de enero de 1991. El valor catastral del terreno en el año 1991 era de 100.000 euros. En el año 2006 dicho valor ascendía a 500.000 euros.

9. Transmite la nuda propiedad a la Sociedad «INMUEBLES SINGULARES, S.L.» de su vivienda habitual de Madrid mediante escritura pública otorgada el 22 de febrero de 2006, reservándose el usufructo vitalicio, a cambio de una renta mensual de 1.000 euros. En dicha escritura figura que todos los gastos e impuestos derivados de la transmisión de la nuda propiedad sean por cuenta de «INMUEBLES SINGULARES, S.L.».

La vivienda fue adquirida en escritura pública de fecha 22 de septiembre de 1998. En 1998 el valor catastral del suelo era de 100.00 euros, en el año 2006 dicho valor asciende a 300.000 euros.

10. Con fecha 12 de abril de 2006 dona en escritura pública de dicha fecha a su hijo Jorge Abarca Ruiz una vivienda urbana situada en la Vía Laietana, de Barcelona. El valor catastral de la vivienda en el año 2006 es de 700.000 euros, correspondiendo 500.000 euros al valor del suelo.

La mitad de esta vivienda fue adquirida por don Martín por herencia de su tío, Antoni Puyol Ibars, fallecido el 13 de agosto de 1989, según testamento otorgado con fecha 2 de abril de 1980. La otra mitad fue adquirida también por herencia de su tía, Cecilia Abarca Torres, fallecida el 14 de octubre de 2003, de acuerdo con el testamento otorgado conjuntamente con su esposo con fecha 2 de abril de 1980.

Don Martín se hace cargo del pago del IIVTNU.

11. Con fecha 18 de abril de 2006, don Martín transmite una vivienda urbana sita en el término municipal de Madrid. El valor catastral del suelo en el año de la transmisión es de 300.000 euros.

Don Martín había adquirido la vivienda a título oneroso el 22 de octubre de 1991, según consta en escritura otorgada al efecto en la fecha de la adquisición.

Con fecha 14 de diciembre de 1995, don Martín cede a doña Carlota Abarca, tía suya de 69 años de edad, el usufructo vitalicio de la vivienda.

Con fecha 20 de mayo de 2005 fallece la tía de don Martín, y éste consolida el pleno dominio sobre la vivienda transmitida en 2006.

SE PIDE:

Practicar las liquidaciones que se estimen procedentes a don Martín y sus hijos por los actos y contratos detallados anteriormente y que correspondan al IIVTNU.

Notas:

- A efectos prácticos, los importes de las operaciones inmobiliarias están cuantificados en todos los casos en euros, con independencia de que dicha moneda estuviera o no en vigor en los años que se indican.
- La ordenanzas fiscales reguladoras del IIVTNU de los Ayuntamientos de Barcelona, Madrid y Valencia pueden ser consultadas en las páginas web de dichos Municipios.

SOLUCIÓN Caso práctico

ANÁLISIS Y PROPUESTA DE LIQUIDACIÓN DE LOS CASOS PRÁCTICOS PLANTEADOS

1. COMPRAVENTA TERRENO RÚSTICO EN MADRID

A) Consideraciones previas

Introducción

Este supuesto de resolución tan sencilla como inmediata nos permitirá realizar algunas consideraciones previas acerca de las características, naturaleza, hecho imponible y sujetos pasivos del IIVTNU.

El IIVTNU es un impuesto de dilatada tradición en la Hacienda Municipal española. En su configuración actual, el impuesto se encuentra regulado en los artículos 104 a 110 del TRLRHL, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo. Asimismo, su desarrollo reglamentario está recogido en la correspondiente ordenanza fiscal reguladora del IIVTNU aprobada por los Ayuntamientos que hayan decidido aplicar el impuesto en sus respectivos términos municipales.

No puede obviarse que el impuesto ha sido muy contestado, y ello, esencialmente, por la sobreimposición que supone que las plusvalías correspondientes a los terrenos de naturaleza urbana sean objeto de gravamen tanto por la imposición estatal como por la municipal. Cabe recordar que, con objeto de paliar alguno de estos efectos de la mencionada sobreimposición, estuvo permitido deducir en el IRPF [Ley 18/1991, art. 78.siete b)] el 75 por 100 de la cuota satisfecha en el IIVTNU, deducción esta que no se encuentra vigente en la actualidad. En cualquier caso, y según ha manifestado el TS en distintas ocasiones (SSTS de 4 de diciembre de 1993 y 29 de noviembre de 1997), no conviene olvidar que el IIVTNU está avalado por la Constitución Española al disponer ésta en su artículo 47 que «la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción de los poderes públicos».

Naturaleza y características

Es un impuesto de la Hacienda Municipal de carácter potestativo (sólo puede ser exigido por aquellos Ayuntamientos que previamente hayan aprobado el acuerdo de imposición y la correspondiente ordenanza fiscal reguladora), objetivo (grava el incremento de valor de los terrenos sin atender a las circunstancias personales del sujeto pasivo), real (atiende sólo al incremento de valor de los terrenos sin consideraciones sobre la renta o patrimonio global del sujeto pasivo), directo (no admite traslación jurídica de la cuota tributaria), de devengo instantáneo (se produce por un hecho aislado) y de gestión íntegramente municipal.

Hecho imponible

El hecho imponible del IIVTNU, de acuerdo con el artículo 104.1 del TRLRHL, está constituido por el incremento de valor que experimenten los terrenos de naturaleza urbana y se ponga

de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los mismos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos.

Los elementos configuradores del hecho imponible del IIVTNU son, por tanto: el terreno urbano, el incremento de valor y la transmisión. No obstante, la configuración actual del régimen de cuantificación del impuesto ha suprimido en la práctica el segundo de ellos, el incremento de valor, pues, como veremos más adelante, dicho incremento se produce siempre y en todo caso por imperativo legal (art. 107 del TRLRHL). Por tanto, para resolver si existe sujeción o no al IIVTNU sólo tendremos que determinar si el terreno tiene o no naturaleza urbana y, en caso positivo, si se ha producido o no una transmisión de terreno o la constitución de un derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre dicho terreno.

Por lo que se refiere a la determinación de si el terreno tiene o no naturaleza urbana, el artículo 104.2 del TRLRHL remite a las normas del IBI. A su vez, el artículo 61.3 del TRLRHL remite a las normas reguladoras del catastro el concepto de inmuebles sujetos al IBI. El artículo 7 del TRLCI, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, dispone que «el carácter urbano o rústico del inmueble dependerá de la naturaleza de su suelo», definiendo a continuación lo que se entiende por suelo de naturaleza urbana. Conviene tener presente que los terrenos de naturaleza urbana gravados por el IIVTNU son tanto los clasificados formalmente como urbanos en el catastro o padrón del IBI como los que lo son materialmente por la existencia de servicios y consolidación de la edificación, aunque no figuren clasificados como urbanos en dicho catastro o padrón del IBI (art. 104.2, segundo inciso del TRLRHL).

Por otra parte, el artículo 104.2 del TRLRHL dispone la sujeción al IIVTNU de la plusvalía producida en terrenos integrados en bienes inmuebles clasificados de características especiales a efectos del IBI, a este respecto debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 7.3 del TRLCI, el suelo incluido en estos inmuebles de características especiales nunca es rústico, y que el artículo 8.3 del mismo cuerpo legal considera bienes inmuebles de características especiales los comprendidos en los siguientes grupos:

- a) Los destinados a la producción de energía eléctrica y gas y al refino de petróleo, y las centrales nucleares.
- b) Las presas, saltos de agua y embalses, excepto los destinados exclusivamente al riego.
- c) Las autopistas, carreteras y túneles de peaje.
- d) Los aeropuertos y puertos comerciales.

En cuanto al segundo elemento determinante de la producción del hecho imponible, transmisión de terreno urbano o constitución sobre el mismo de derechos reales de goce, lo cierto es que la fórmula legal empleada permite incluir en el mismo una vasta variedad de supuestos sujetos a gravamen por el IIVTNU en los que existen transmisiones onerosas y lucrativas de terrenos y constitución o transmisión de derechos reales de goce, tanto entre vivos como por causa de muerte.

Entre los derechos reales de goce limitativos del dominio que pueden dar lugar a la producción del hecho imponible del IIVTNU, pueden enumerarse: usufructo temporal y vitalicio, uso temporal y vitalicio, habitación, enfiteusis, superficie y otros.

Entre los actos que puede conllevar una transmisión de terrenos o derechos reales de goce, pueden señalarse: compraventa, permuta, donación, herencia, expropiaciones forzosas, subastas judiciales y notariales, aportación de inmuebles a sociedades, entrega de inmuebles a cambio de pensión vitalicia, etc.

Los sujetos pasivos

Son sujetos pasivos del IIVTNU (art. 106 del TRLRHL):

- En las transmisiones a título lucrativo, tanto de terrenos como de derechos reales de goce, y en la constitución de dichos derechos: la persona, física o jurídica, o la entidad sin personalidad jurídica a que se refiere el artículo 35.4 de la LGT (Ley 58/2003) que adquiera el terreno o la persona o entidad a cuyo favor se constituya o transmita el derecho real de goce.
- En las transmisiones a título oneroso de los terrenos o derechos anteriores: la persona o entidad que transmita el terreno o la persona o entidad que constituya o transmita el derecho real de goce.

La única excepción al régimen de los sujetos pasivos se refiere a las transmisiones a título oneroso de terrenos o derechos en los que el transmitente es una persona física no residente en España. En estos casos se considerará sujeto pasivo sustituto del contribuyente la persona física o entidad que adquiera el terreno o a cuyo favor se constituya o transmita el derecho real de goce.

B) Liquidación

Como se indicó anteriormente, este supuesto en el que se transmite un terreno rústico es de resolución sencilla e inmediata, pues de la propia descripción del tributo, IIVTNU, se desprende que los terrenos de naturaleza rústica no están sujetos al IIVTNU.

Así lo manifiesta expresamente el primer inciso del artículo 104.2 del TRLRHL al indicar que no está sujeto al IIVTNU *«el incremento de valor que experimenten los terrenos que tengan la consideración de rústicos a efectos del IBI»*. Asimismo, el artículo 4.3 de la ordenanza fiscal reguladora del IIVTNU del Ayuntamiento de Madrid, vigente en 2006, reitera lo dispuesto en el TRLRHL.

2. TRANSMISIÓN DE LA VIVIENDA UNIFAMILIAR EN VALENCIA

A) Consideraciones previas

El planteamiento de este supuesto nos va a permitir seguir avanzando en la regulación legal del IIVTNU realizando alguna consideración en relación con la base imponible, el tipo de gravamen y el devengo del impuesto.

Base imponible

El artículo 107.1 del TRLRHL identifica la base imponible del IIVTNU con el incremento de valor de los terrenos, puesto de manifiesto en el momento del devengo y experimentado a lo largo de un período máximo de 20 años. Este incremento se determina en función del valor del terreno en el momento del devengo y del porcentaje total que corresponda atendiendo a los diferentes períodos de generación del incremento, sin consideración alguna a ninguna otra circunstancia, salvo en los casos en los que no esté fijado el valor catastral del terreno urbano, o dicho valor esté incluido en una ponencia de valores que no refleje las modificaciones de planeamiento aprobadas con posterioridad.

La configuración del precepto del TRLRHL impide considerar a efectos de cuantificar la plusvalía cuestiones tan ligadas a la misma como el valor del terreno en el momento inicial de aquélla, las obras de acondicionamiento y mejora del terreno, la depreciación por el transcurso del tiempo y cualquier otra, pues lo único que se considera a efectos de cuantificar el incremento es el valor administrativo del terreno en el momento de la transmisión de éste, es decir, en el momento del devengo del IIVTNU.

El valor del terreno en el momento del devengo será:

- En las transmisiones de terrenos: el valor de los terrenos a efectos del IBI, es decir, el valor catastral vigente a 1 de enero del año en el que se produce la transmisión.
- En la constitución y transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio: el valor de la parte del valor catastral del terreno que represente, con respecto a éste, el valor de los derechos reales calculados por aplicación de las normas de valoración fijadas en el ITP y AJD.

Conocido el valor del terreno en el momento del devengo, el cálculo de la plusvalía sujeta al IIVTNU se realizará aplicando el porcentaje total que corresponda.

Dicho porcentaje total es el resultado de multiplicar el número de años de generación del incremento de valor por el porcentaje anual aprobado por el Ayuntamiento.

El número de años de generación del incremento de valor se calculará por diferencia entre el día de cierre del período de generación de la plusvalía, fecha de transmisión del bien, y el día de inicio de dicho período, fecha de adquisición del bien, computada de fecha a fecha en años y sin consideración alguna a las fracciones de años.

El porcentaje anual, que será siempre único, se calculará atendiendo a los aprobados por el Ayuntamiento y que figuran en la correspondiente ordenanza fiscal reguladora del impuesto, dentro de los límites que se señalan a continuación y atendiendo al período de generación del incremento que corresponda en cada caso (art. 107.4 del TRLRHL):

Período	Porcentaje anual máximo
Período de 1 hasta 10 años	3,7
Período hasta 10 años	3,5
Período hasta 15 años	3,2
Período hasta 20 años	3

Conocidos el porcentaje anual y el período de generación de la plusvalía, el porcentaje total será el resultado de multiplicar ambos.

Por tanto, como fácilmente puede deducirse de lo expuesto, el cálculo de la base imponible del IIVTNU es puramente objetivo y puede ser sintetizado con las siguientes fórmulas matemáticas:

$$\text{Base imponible} = \text{Valor catastral del terreno o del derecho} \times \text{Porcentaje total}$$

$$\text{Porcentaje total} = \text{Número de años del período de generación de la plusvalía} \times \text{Porcentaje anual aprobado por el Ayuntamiento}$$

La ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid, en su artículo 10, indica el porcentaje total directamente aplicable al valor catastral correspondiente, tras haber acumulado en dicho porcentaje el número de años del período de generación y el porcentaje anual aprobado por el Ayuntamiento de Madrid. Del mismo modo, el Ayuntamiento de Valencia en la ordenanza fiscal reguladora del IIVTNU, artículo 11.1, señala directamente el porcentaje total. El Ayuntamiento de Barcelona en su ordenanza fiscal reguladora del IIVTNU, artículo 6è, sigue el esquema del TRLRHL y no señala directamente el porcentaje total aplicable, por lo que será necesario calcularlo según se ha indicado, multiplicando el número de años del período de generación del incremento por el porcentaje anual aprobado por el Ayuntamiento.

De lo expuesto se desprende, como ya se ha avanzado anteriormente, que resulta intrascendente que materialmente se haya producido o no incremento de valor, o incluso decremento de valor, pues la plusvalía se produce en todo caso aplicando las normas de cálculo de la base imponible del artículo 107 del TRLRHL. A efectos prácticos, por tanto, siempre que exista transmisión de un terreno o transmisión o constitución de un derecho real de goce sobre el mismo existirá incremento de valor sujeto al IIVTNU, y ello al margen de cualquier otra consideración, pues el procedimiento de cuantificación de la plusvalía impide cualquier comprobación o prueba en contrario.

Curiosamente, el Ayuntamiento de Valencia mantiene en el artículo 10 que «*la base imponible de este impuesto está constituida por el incremento real de valor de los bienes de naturaleza urbana...*», aunque la razón de ello sólo obedece a que dicha ordenanza aún no ha sido adaptada al TRLRHL vigente en la actualidad.

Debe recordarse que la calificación de «real» al incremento de valor producido en el IIVTNU fue suprimida de la regulación legal del impuesto por la Ley 51/2002 de reforma de la Ley de Haciendas Locales, y no está vigente desde 1 de enero de 2003. Algunos afirman que su supresión vino impuesta por el sonrojo que producía afirmar, aunque fuera mediante ley, que el incremento de valor sometido al IIVTNU era real; otros sostienen, quizá con más acierto, que fue una cómoda manera de evitar los litigios en torno a la realidad del incremento de valor y hacer más fácil la gestión del impuesto. Quizá su supresión fue una mezcla de ambas corrientes de opinión. En cualquier caso, debe quedar muy claro que ni antes de la Ley 51/2002, con la calificación de «real» al incremento, ni después de la entrada en vigor de dicho texto legal, con su supresión y consiguiente ausencia de calificación del incremento, el impuesto ha pretendido gravar plusvalías reales y efectivas, sino, simplemente, la mera transmisión de la propiedad de terrenos por cualquier título o la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce sobre dichos terrenos, mediante la ficción de que la transmisión, por sí misma y sin tener en cuenta la adquisición (salvo para calcular el período de generación de la plusvalía), pone de manifiesto el incremento de valor. Desde esta filosofía se diseña un método administrativo de cálculo, apoyado en el valor catastral en el momento de la transmisión, cuyo resultado es siempre, ineludiblemente, un incremento de valor sometido a tributación por el IIVTNU.

Tipo impositivo

El tipo impositivo será el fijado por cada Ayuntamiento, con un límite máximo del 30 por 100. Sin superar dicho límite, los Ayuntamientos pueden establecer un tipo único o uno para cada uno de los períodos de generación del incremento contemplados en el cuadro de porcentajes anuales del artículo 107.4 del TRLRHL (art. 108.1 del TRLRHL).

La ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona tiene establecido un tipo único del 30 por 100 en su artículo 8è. La ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid tiene establecido, en su artículo 17.1, un tipo del 30 por 100, para períodos de generación de la plusvalía de 1 a 5 años, y un tipo del 29 por 100 para el resto de períodos de generación del incremento. Finalmente, la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia tiene establecido un tipo único del 29 por 100 en su artículo 18.

Devengo

Como se indicó anteriormente el devengo en el IIVTNU es instantáneo, devengándose en el momento de producirse el hecho imponible que origina el incremento de valor. Así se establece en el artículo 109.1 del TRLRHL, que expresamente dispone que el impuesto se devenga:

- a) Cuando se transmita la propiedad del terreno, ya sea a título oneroso o gratuito, entre vivos o por causa de muerte, en la fecha de la transmisión.

- b) Cuando se constituya o transmita cualquier derecho real de goce limitativo del dominio, en la fecha en que tenga lugar la constitución o transmisión.

B) Liquidación

Hecho imponible (art. 104.1 del TRLRHL; art. 2.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

Transmisión onerosa de terreno urbano

Sujeto activo (arts. 15 y 59.2 del TRLRHL; art. 1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

Ayuntamiento de Valencia.

(El art. 1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia se refiere a preceptos de la Ley 39/1988 que no están vigentes en la actualidad. Los preceptos vigentes son: el art. 59.2 en relación con el 15, ambos del TRLRHL, que habilitan para la exigencia del IIVTNU. La regulación legal vigente del impuesto está contenida en los arts. 104 a 110 del TRLRHL. Asimismo, existen en el articulado otras referencias a la Ley 39/1988 que deben considerarse realizadas al precepto que se indica del TRLRHL).

Sujeto pasivo [art. 106.1 b) del TRLRHL; art. 9.1 b) de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia]:

Don Martín.

Devengo [art. 109.1 a) del TRLRHL; art. 19.1 a) y 2 a) de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia]:

Será el 4 de mayo de 2006, la fecha de la transmisión onerosa del terreno.

Base imponible (art. 107 del TRLRHL; art. 10 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

- Valor catastral del terreno en el momento del devengo (arts. 10 y 13.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

El caso práctico nos indica el valor del inmueble y la parte de dicho valor que corresponde a la edificación, el valor del terreno será la diferencia entre ambos valores: 550.000 euros – 150.000 euros = 400.000 euros.

- Número de años de generación del incremento de valor (arts. 10 y 11.2 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

Adquisición del terreno: 23 de enero de 1986; transmisión del terreno: 4 de mayo de 2006; años completos transcurridos: 20.

- Porcentaje total (art. 11.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

Lo señala directamente el precepto indicado: a un período de generación del incremento de 20 años le corresponde un porcentaje total del 58 por 100.

- Base imponible: $400.000 \text{ euros} \times 0,58 = 232.000 \text{ euros}$.

Tipo impositivo (art. 108.1 del TRLRHL; art. 18 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

El 29 por 100.

Cuota y deuda tributaria (art. 108.2 y 3 del TRLRHL; art. 18 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

$232.000 \text{ euros} \times 0,29 = 67.280 \text{ euros}$.

3. TRANSMISIÓN DE FINCA URBANA EN MADRID

A) Consideraciones previas

Aunque estrictamente no figuren como supuestos de no sujeción, lo cierto es que las plusvalías sometidas al IIVTNU son únicamente las que resultan de períodos de generación del incremento desde un mínimo de 1 año (art. 107.4, Regla 4.ª del TRLRHL) a un máximo de 20 años (art. 107.1 del TRLRHL). De esta forma, las plusvalías puestas de manifiesto en períodos de generación del incremento de valor inferiores a 1 año quedan excluidas de la acción del impuesto; asimismo, en las plusvalías puestas de manifiesto en períodos de generación del incremento de valor superiores a 20 años se tomará, a efectos del cálculo de la base imponible del impuesto, en todo caso, 20 años.

B) Liquidación

En el caso práctico, el período de generación del incremento de valor comprende desde la fecha de adquisición de la finca urbana (2 de febrero de 2006) a la fecha de transmisión de dicha finca (10 de marzo de 2006), es decir, menos de un año, y, en definitiva, la plusvalía resultante queda excluida de la acción del IIVTNU.

Expresamente así se recoge en el artículo 10.2 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid que textualmente señala que «*para determinar el número de años a lo largo de los cuales se ha puesto de manifiesto el incremento de valor, sólo se considerarán los años completos que*

integren dicho período, sin que a tales efectos puedan considerarse las fracciones de año de dicho período».

Asimismo, y con respecto a las plusvalías obtenidas en períodos de generación del incremento de valor superiores a 20 años, el artículo 9 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid dispone, de forma idéntica a lo preceptuado por el artículo 107.1 del TRLRHL, que *«la base imponible de este impuesto está constituida por el incremento del valor de los terrenos, puesto de manifiesto en el momento del devengo y experimentado a lo largo de un período máximo de 20 años».*

4. FINCA ADQUIRIDA RÚSTICA EN EL TÉRMINO MUNICIPAL DE VALENCIA QUE ADQUIERE LA CONSIDERACIÓN DE URBANA Y ES TRANSMITIDA MEDIANTE EXPROPIACIÓN FORZOSA

A) Consideraciones previas

Fecha de inicio del período de generación del incremento de valor

Ha sido objeto de no pocas polémicas la fijación del inicio del período de generación del incremento de valor en los casos en los que el terreno inicialmente rústico deviene con posterioridad en urbano.

Así, la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales (DGCHT) en numerosas consultas, entre otras la de 20 de marzo de 1996 (NFC006183), fijó, como doctrina administrativa, que en los casos de los terrenos inicialmente rústicos que devienen en urbanos el inicio del período de generación del incremento de valor se computará en la fecha en la que los terrenos adquirieron la condición de urbanos. Este mismo criterio se mantuvo por el TSJ de la Comunidad de Valencia en distintas Sentencias, entre otras la de 15 de junio de 1999 (NFJ008251), afirmándose que *«el tributo grava el incremento de valor de los inmuebles que tengan la naturaleza de urbanos –y no de los que tengan la consideración de rústicos–, el número de años que ha de considerarse para la determinación de la cuota... habrá de referirse necesariamente a los años que tuvo el terreno la consideración de urbano, pues las plusvalías generadas como finca rústica no están sujetas al tributo».* Cabe adelantar que tanto la DGT como el TSJ de la Comunidad Valenciana modificaron con posterioridad su criterio en línea con la jurisprudencia del TS que a continuación recogemos.

En realidad, la polémica no fue tal para el TS, pues éste ha mantenido siempre, por ejemplo, en Sentencia de 29 de noviembre de 1997 (NFJ008549), reiterada, entre otras, por Sentencia de 8 de abril de 2003 (NFJ013968), que *«resulta inoperante la situación urbanística de los terrenos en el inicio del período impositivo o incluso durante el mismo, ya que lo decisivo es que, en el momento del devengo, tengan la consideración de urbanos, en los términos prevenidos para el IBI, o con arreglo a las disposiciones e instrumentos urbanísticos aplicables»*, de donde se deduce que la base imponible del IIVTNU estará constituida por el incremento de valor de los terrenos urbanos puesto de manifiesto a lo largo de los años transcurridos desde la última transmisión, y ello con independencia de que dichos terrenos antes del devengo hayan tenido la consideración de rústicos.

Por tanto, en nuestro caso práctico, no existe ninguna duda de que la fecha que inicia el período de generación del incremento de valor es la fecha en la que se adquiere la finca rústica, es decir, el 4 de abril de 1978.

Declaración de obra nueva

También ha sido objeto de discusión, aunque no parece que exista base para ello, la fijación de la fecha de inicio del período de generación del incremento de valor de los terrenos adquiridos en una determinada fecha en los que la declaración de obra nueva se realiza en una fecha posterior. En estos casos, como dicta la configuración del IIVTNU y como sostiene el TS, por ejemplo, en Sentencia de 13 de junio de 2002 (NFJ014218), la fecha de inicio del período de generación del incremento de valor es siempre la fecha de adquisición del terreno y no la fecha de declaración de la obra nueva edificada sobre aquél, y ello por la elemental razón de que la declaración de obra nueva no supone ninguna transmisión del terreno.

Por tanto, en nuestro caso práctico, la declaración de obra nueva realizada por don Martín el 14 de octubre de 1999 resulta irrelevante a efectos del IIVTNU.

Expropiación forzosa por el Ayuntamiento de Valencia

Tampoco ha estado exenta de discusión la consideración de si las expropiaciones forzosas están o no exentas del IIVTNU. El origen de la polémica se deriva de las dudas en torno a la vigencia o no del artículo 49 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, cuyo tenor literal es el siguiente: «*el pago del precio estará exento de toda clase de gastos, de impuestos y gravámenes o arbitrios del Estado, Provincia o Municipio incluso de pagos al Estado*».

Ahora bien, la disposición adicional novena de la LRHL (Ley 39/1988) dispone que «*a partir del 31 de diciembre de 1989 quedarán suprimidos cuantos beneficios fiscales estuviesen establecidos en los tributos locales, tanto de forma genérica como específica, en toda clase de disposiciones distintas de las de régimen local, sin que su actual vigencia pueda ser invocada respecto de ninguno de los tributos regulados en la presente ley*». Este mismo precepto queda incorporado al TRLRHL a través de su disposición transitoria primera.

Además, y en línea con lo anterior, la normativa del impuesto siempre ha considerado las expropiaciones forzosas sujetas y no exentas al IIVTNU, pues tanto la LRHL (Ley 39/1988) como el texto legal vigente en la actualidad (TRLRHL) han incluido un precepto, ahora recogido en el artículo 107.2 d) del TRLRHL en el que, dando por supuesta la sujeción y no exención al impuesto, se recoge una regla especial de cálculo del valor del terreno en el momento del devengo para los supuestos de expropiaciones forzosas.

Asimismo, tanto la doctrina administrativa como la jurisprudencial han venido sosteniendo que el artículo 49 de la Ley de Expropiación Forzosa no se encuentra vigente en el ámbito local desde 1 de enero de 1990 y, por tanto, dicho beneficio fiscal no puede ser aplicado en el IIVTNU.

En definitiva, desde el 1 de enero de 1990 las transmisiones de terrenos resultantes de procesos de expropiaciones forzosas se someten a la tributación por plusvalías. En este sentido, resulta esclarecedora la STS de 10 de diciembre de 1998 (NFJ007187) en la que se resume sintéticamente la doctrina legal ya sentada en otras sentencias, señalando con respecto a las expropiaciones forzosas lo siguiente: «A) Hasta el 1 de enero de 1979, el artículo 49 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, sin distinguir entre expropiaciones normales y expropiaciones urbanísticas, determinaba que las evaluaciones, tasaciones o precios expropiatorios, y, en otro sentido, las transmisiones derivadas de la expropiación –transmisiones generadas al extenderse el acta de ocupación–, estuvieron exentas del impuesto aquí examinado; B) Desde el 1 de enero de 1979 hasta el 1 de enero de 1990, las expropiaciones normales continuaban sometidas al régimen de exención comentado, mientras que las expropiaciones urbanísticas daban lugar a la aplicación del impuesto, siempre que el supuesto expropiatorio estuviera regulado en la Ley del Suelo y tuviera, además, que entrar en juego el valor urbanístico; y, C) A partir del 1 de enero de 1990, todas las expropiaciones, sin las distinciones vistas, se regulan por lo indicado en el artículo 108.6 de la Ley 39/1988, que sujeta, sin exención aparente alguna, al impuesto, tanto la transmisión como la parte de justiprecio que en el citado precepto se concreta».

Zanjado el asunto, y antes de proceder a la liquidación de nuestro caso práctico, deben resolverse previamente dos cuestiones, una, la fecha del devengo de la transmisión y, por tanto, el día final del período de generación del incremento de valor, y la otra, el valor del terreno en el momento del devengo que debe considerarse a efectos de la base imponible del IIVTNU.

Por lo que se refiere al momento del devengo de la transmisión de la finca urbana expropiada a don Martín, debe indicarse que será la fecha en que se pone a disposición del Ayuntamiento la finca urbana expropiada, siguiendo la doctrina tradicional del título y el modo cuya vigencia ha venido reconociendo el TS en numerosas sentencias, por ejemplo, entre otras, la de 15 de enero de 2002 (NFJ011800) y 30 de noviembre de 2000 (NFJ009939). En este sentido, y con una más exacta aplicación a nuestro caso, el TSJ de Castilla-La Mancha en Sentencia de 21 de julio de 2003 (NFJ016102) manifiesta que el procedimiento expropiatorio se consuma con la ocupación de la finca por el Ayuntamiento tras el pago del justiprecio, momento en el que se considera producido el devengo del IIVTNU. En nuestro caso práctico, el momento en que se produce el devengo del impuesto y, por tanto, el momento que cierra el período de generación del incremento de valor es el 10 de febrero de 2006. Expresamente así se señala en el artículo 19.2 c) de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia que señala que el impuesto se devenga «en las expropiaciones forzosas, la fecha del acta de ocupación y pago».

En cuanto al valor del terreno en el momento del devengo, debe recordarse que el artículo 107.2 d) del TRLRHL establece una regla especial para la cuantificación de la base imponible del IIVTNU en los casos de expropiaciones forzosas, por cuya virtud los porcentajes anuales del artículo 107.4 del TRLRHL se aplicarán sobre la parte del justiprecio que corresponda al valor del terreno, salvo que el valor a efectos del IBI (valor catastral) fuese inferior, en cuyo caso prevalecerá este último sobre el justiprecio. En nuestro caso práctico el valor del justiprecio es de 1.000.000 de euros y el valor catastral es de 500.000 euros, luego prevalecerá este último.

B) Liquidación

Hecho imponible (art. 104.1 del TRLRHL; art. 2.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

Transmisión onerosa de terreno urbano.

Sujeto activo (arts. 15 y 59.2 del TRLRHL; art. 1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

Ayuntamiento de Valencia.

Sujeto pasivo [art. 106.1 b) del TRLRHL; art. 9.1 b) de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia]:

Don Martín.

Devengo [art. 109.1 a) del TRLRHL; art. 19.2 c) de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

Será el 10 de febrero de 2006, la fecha del acta de ocupación y pago.

Base imponible (art. 107 del TRLRHL; arts. 10 y 13.2 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

- Valor catastral del terreno en el momento del devengo (art. 13.2 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

Al prevalecer el valor catastral del terreno sobre el justiprecio, 500.000 euros.

- Número de años de generación del incremento de valor (art. 11.2 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

Adquisición del terreno: 4 de abril de 1978; transmisión del terreno: 10 de febrero de 2006; años completos transcurridos: 27; años que se consideran: 20.

- Porcentaje total (art. 11.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

Lo señala directamente el precepto indicado, a un período de generación del incremento de 20 años le corresponde un porcentaje total del 58 por 100.

- Base imponible: $500.000 \text{ euros} \times 0,58 = 290.000 \text{ euros}$.

Tipo impositivo (art. 108.1 del TRLRHL; art. 18 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

El 29 por 100.

Cuota y deuda tributaria (art. 108.2 y 3 del TRLRHL; art. 18 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

$$290.000 \text{ euros} \times 0,29 = 84.280 \text{ euros.}$$

5. ADQUISICIÓN REFLEJADA EN DOCUMENTO PRIVADO DE INMUEBLE URBANO EN BARCELONA. FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS FIRMANTES DEL CONTRATO PRIVADO. VENTA DEL INMUEBLE UN AÑO DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE NUEVOS VALORES CATASTRALES

A) Consideraciones previas

Adquisición de inmueble urbano reflejada en documento privado

Un principio clásico de la tributación de las plusvalías es que éstas se realicen, es decir, que exista un acto de traslación de dominio del bien por el que se ponga de manifiesto el incremento de valor. Es ésta la filosofía del artículo 105.1 del TRLRHL en el que se exige la transmisión para que se ponga de manifiesto el incremento de valor. Es también el criterio del TS que ha destacado la vigencia de la doctrina tradicional del título y el modo en algunos pronunciamientos que hemos señalado anteriormente.

Lo más común en el caso de inmuebles es que la adquisición de su propiedad se realice por transmisión a título oneroso, mediante un contrato de compraventa, o a título gratuito, mediante donación o transmisión *mortis causa*. En ambos casos, la elevación a escritura pública del contrato privado equivale a la tradición (entrega) del bien y, por tanto, a la producción del hecho imponible del impuesto, mientras que el contrato privado permite probar el título de la transmisión pero no el modo (la entrega del bien).

En lo que a la compraventa se refiere, que es el objeto del caso práctico, la razón hay que buscarla tanto en el artículo 1.227 del Código Civil, «*la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público*», como en el artículo 1.462 de dicho Código, «*se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario*».

Todo lo anterior nos lleva a la siguiente conclusión: que en una transmisión de terrenos documentada en contrato privado que posteriormente se eleva a escritura pública, el hecho imponible y, por tanto, el devengo del IIVTNU se produce en la fecha de otorgamiento de la escritura pública; fecha esta que, además, cierra el período de generación del incremento de valor para la persona o entidad que transmita el terreno y, a la vez, abre el período de generación de un nuevo incremento para la persona o entidad que adquiera el terreno. Éste ha sido el criterio del TS en numerosas Sentencias, entre otras las de 14 de diciembre de 1996 (NFJ004770) y 30 de noviembre de 2000 (NFJ009939).

No obstante, lo cierto es que la transmisión de la propiedad de un inmueble también puede producirse al margen de la escritura pública en un contrato privado, pero deberá probarse que se ha producido la entrega del bien, vinculándose así el hecho imponible del IIVTNU a la efectiva entrega del bien y no a la fecha del contrato de compraventa. En este sentido el TSJ de Madrid, en Sentencia de 11 de marzo de 2002 (NFJ013215), consideró probada la transmisión en la fecha del contrato privado de compraventa con la entrega de llaves y no en la fecha de la escritura posterior. Asimismo, distintas instancias jurisdiccionales han venido admitiendo distintos tipos de pruebas que permiten acreditar la titularidad del adquirente desde la fecha de la firma del documento privado: recibos bancarios del IBI, declaraciones del IRPF, liquidación del ITP y AJD, pagos de tasas y licencias del Ayuntamiento exactor, etc. En este sentido, resulta sumamente interesante la STS de 15 de enero de 2002 (NFJ0011800).

Por su parte, el artículo 10.è.2 a) de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona recoge para los actos y contratos entre vivos como medio de prueba de la efectividad de la entrega del bien, además de la escritura pública y los citados en el artículo 1.227 del Código Civil, la tributación por el IBI, tomándose en este caso como fecha de transmisión o adquisición la fecha desde la que el adquirente venga tributando por el mencionado impuesto.

En nuestro caso práctico, nada se indica en relación con la efectiva entrega del inmueble a don Martín en la fecha del contrato privado de compraventa, como tampoco se recoge prueba alguna que permita acreditar dicha entrega, ni siquiera la tributación por el IBI que se recoge en la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona. En estas circunstancias, resulta evidente que no puede considerarse entregado y puesto a disposición del adquirente el inmueble y, en consecuencia y en principio, debe entenderse que no se ha producido el hecho imponible del IIVTNU en la fecha del documento privado, 7 de septiembre de 1987.

Fallecimiento de uno de los firmantes del contrato privado

El texto completo del artículo 1.227 del Código Civil dispone que «*la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio*».

Este precepto del Código Civil puesto en relación con el hecho imponible y devengo del IIVTNU ha sido examinado por el TS, entre otras, en dos Sentencias, de fechas 14 de octubre de 1996 (NFJ004770) y 30 de noviembre de 2000 (NFJ009939), en las que se plantean circunstancias idénticas a las recogidas en nuestro caso práctico, es decir, contrato privado en el que no se acredita la entrega del terreno, fallecimiento de uno de los firmantes del documento privado y posterior escritura pública. La doctrina del TS en ambos casos podemos expresarla de la siguiente forma: cuando en el documento privado no se ha expresado, clara o implícitamente, que se haya dado traslado de la posesión de la parcela al comprador, y no existe, tampoco, ninguna otra prueba que acredite la *traditio* (entrega) de la misma al adquirente, debe concluirse que, aun cuando la fecha del «título» privado deba y pueda contarse respecto de terceros desde la fecha de fallecimiento de uno de los firmantes del documento privado, sin embargo, el «modo» o traslación del terreno y, con él, el devengo y el hecho imponible del impuesto, no pueden entenderse producidos hasta que, por medio de la posterior escritura pública se ha materializado la entrega simbólica o instrumental de la parcela.

Por tanto, en nuestro caso práctico, la fecha en la que debe entenderse producido el hecho imponible y el devengo del IIVTNU será la de otorgamiento de la escritura pública del inmueble urbano, es decir, el 25 de noviembre de 2000, fecha en que se abre el período de generación de la plusvalía para don Martín.

Venta del inmueble un año después de la entrada en vigor de nuevos valores catastrales

El artículo 107.3 del TRLRHL prevé la aplicación de una reducción del valor catastral del terreno en los casos en que se modifiquen los valores catastrales como consecuencia de un procedimiento de valoración colectiva de carácter general, por cuya virtud se tomará como valor del terreno, o de la parte de éste, el importe que resulte de aplicar a los nuevos valores catastrales la reducción que en cada caso establezcan los respectivos Ayuntamientos.

La reducción, que se aplicará durante los cinco primeros años de efectividad de los nuevos valores catastrales, tendrá como límite mínimo un 40 por 100 y como límite máximo un 60 por 100. Los Ayuntamientos podrán fijar un tipo de reducción distinto para cada uno de los cinco años de duración de la reducción. Se aplicará el 60 por 100 en los Ayuntamientos que no fijen reducción alguna.

La reducción no será de aplicación a los nuevos valores catastrales cuya cuantía sea inferior a la que tenían antes de la modificación del procedimiento de valoración. Asimismo, el valor catastral reducido no podrá ser, en ningún caso, inferior al valor catastral antes del procedimiento de valoración colectiva.

La ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona vigente en 2006 contempla en su artículo 6è.2 una reducción única del 40 por 100 para cada uno de los años de efectividad de los nuevos valores catastrales.

Por otra parte, el artículo 32 del TRLCI (RDLeg. 1/2004) regula la posibilidad de actualizar los valores catastrales a través de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, sin establecer limitación alguna para los valores que hayan sido revisados mediante una ponencia total que afecte a todo el Municipio. Esta previsión legal será de aplicación a valores revisados como consecuencia de ponencias totales realizadas a partir del año 2003.

En nuestro caso práctico la ponencia total fue realizada en el año 2001 y, por imperativo de la Ley 53/1997, no se aplican coeficientes de actualización en los Municipios con ponencias totales y valores revisados desde 1997 a 2003. Por esta razón el valor catastral asignado al terreno en el año 2002 es idéntico al valor catastral del terreno en el año 2006.

B) Liquidación

Hecho imponible (art. 104.1 del TRLRHL; art. 2n.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona):

Transmisión onerosa de terreno urbano.

Sujeto activo (arts. 15 y 59.2 del TRLRHL; art. 1r de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona):

Ayuntamiento de Barcelona.

Sujeto pasivo [art. 106.1 b) del TRLRHL; art. 5è.1 b) de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona]:

Don Martín.

Devengo [art. 109.1 a) del TRLRHL; art. 10è.2 a) de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona]:

El 25 de noviembre de 2000.

Base imponible (art. 107 del TRLRHL; art. 6.è de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona):

- Valor del terreno en el momento del devengo (art. 6è.2 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona):

El valor catastral será: 450.000 euros.

Al proceder la aplicación de la reducción del 40 por 100 al valor catastral ($0,4 \times 450.000$), el valor reducido será igual a 270.000 euros. Como el valor catastral antes de la revisión de valores era de 150.000 euros, prevalecerá el valor reducido, es decir, 270.000 euros.

- Número de años de generación del incremento de valor (art. 6è.4 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona):

Adquisición del terreno: 25 de noviembre de 2000; transmisión del terreno: 6 de junio de 2006; años completos transcurridos: 5.

- Porcentaje anual (art. 6è.3 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona):

Para períodos de hasta 5 años, el 3,7 por 100.

- Porcentaje total (art. 6è.3 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona):

$5 \text{ años} \times 3,7 = 18,5 \text{ por } 100$.

- Base imponible: $270.000 \text{ euros} \times 0,185 = 49.950 \text{ euros}$.

Tipo impositivo (art. 108.1 del TRLRHL; art. 8è de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona):

El 30 por 100.

Cuota y deuda tributaria (art. 108.2 y 3 del TRLRHL; art. 7º de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona):

$$49.950 \text{ euros} \times 0,30 = 14.985 \text{ euros.}$$

6. TRANSMISIÓN ONEROSA DE UNA PARCELA SITA EN EL TÉRMINO MUNICIPAL DE MADRID QUE FUE ADQUIRIDA POR ADJUDICACIÓN DE JUNTA DE COMPENSACIÓN PREVIA APORTACIÓN A ÉSTA DE DOS PARCELAS

A) Consideraciones previas

Los apartados 2 y 3 del artículo 104 del TRLRHL contemplan los siguientes supuestos de no sujeción en el impuesto:

- Los terrenos que tengan la consideración de rústicos a efectos del IBI (art. 104.2, primer inciso).
- Las aportaciones de bienes y derechos realizadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de ellas se verifiquen y las transmisiones que se hagan los cónyuges en pago de sus haberes comunes (art. 104.3, primer párrafo).
- Las transmisiones de bienes inmuebles entre cónyuges o a favor de los hijos, como consecuencia de sentencias en los casos de nulidad, separación o divorcio matrimonial, sea cual sea el régimen económico-matrimonial.

Además de los supuestos de no sujeción recogidos en el TRLRHL, existen otros incluidos en normas ajenas a dicha ley. Así, y en lo que aquí interesa, el artículo 159.4 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana dispone: *«Las transmisiones de terrenos que se realicen como consecuencia de la constitución de la Junta de Compensación por aportación de los propietarios de la unidad de ejecución, en el caso de que así lo dispusieran los estatutos, o en virtud de expropiación forzosa, y las adjudicaciones de solares que se efectúen a favor de los propietarios miembros de dichas Juntas y en proporción a los terrenos incorporados por aquéllos, estarán exentas, con carácter permanente, si cumplen todos los requisitos urbanísticos, del ITP y AJD, y no tendrán la consideración de transmisiones de dominio a los efectos de la exacción del IIVTNU. Cuando el valor de los solares adjudicados a un propietario exceda del que proporcionalmente corresponda a los terrenos aportados por el mismo, se girarán las liquidaciones procedentes en cuanto al exceso».*

Dicho precepto ha sido incorporado por el Ayuntamiento de Madrid a la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid del IIVTNU, recogiendo en su artículo 4.1 c) que no están sujetas a este impuesto y, por tanto, no devengarán el mismo, las transmisiones de terrenos de naturaleza urbana que se realicen con ocasión de *«la constitución de la Junta de Compensación por aportación de los propietarios de la unidad de ejecución, en el caso de que así lo dispusieran los estatu-*

tos, o en virtud de expropiación forzosa, y las adjudicaciones de solares que se efectúen a favor de los propietarios miembros de dichas Juntas y en proporción a los terrenos incorporados por aquéllos, conforme al artículo 159 del Texto Refundido de 26 de junio de 1992 sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana».

En consecuencia, tanto la aportación de las dos parcelas de don Martín a la Junta de Compensación, 10 de octubre de 2002, como la adjudicación de la parcela por compensación de la entrega anterior, 2 de enero de 2004, constituyen actos no sujetos al IIVTNU.

Esta circunstancia sitúa el inicio del período de generación de la plusvalía en dos momentos distintos, a saber: el 10 de enero de 1996, por la parcela adquirida de 2.200 m², y el 26 de mayo de 1997, por la parcela de 1.900 m².

Por otra parte, como la parcela adjudicada por la Junta de Compensación a don Martín es proporcional a las dos parcelas anteriores entregadas a dicha Junta, podemos calcular la proporción existente entre la superficie de cada parcela aportada y la superficie total aportada, pues dicha proporción será la que tendrá en la parcela adjudicada de 3.000 m² de superficie. De esta forma obtendremos el cociente que corresponde a cada uno de los dos períodos de generación de la plusvalía.

Finalmente, pueden consultarse las SSTS de 6 de junio de 1997 (NFJ005337) y 16 de octubre de 2000 (NFJ010146), así como la STSJ de Andalucía de 29 de mayo de 2000 (NFJ010895) en las que se examinan distintas cuestiones planteadas como consecuencia de la constitución de Juntas de Compensación y su incidencia en el IIVTNU. Especialmente interesante en esta materia resulta la Resolución de 4 de abril de 2006 del Tribunal Económico-Administrativo Municipal del Ayuntamiento de Madrid.

B) Liquidación

Hecho imponible (art. 104.1 del TRLRHL; art. 2.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

Transmisión onerosa de terreno urbano.

Sujeto activo (arts. 15 y 59.2 del TRLRHL; art. primero de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

Ayuntamiento de Madrid.

(Al igual que la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia, la de Madrid contiene las referencias normativas a la derogada Ley 39/1988 en lugar de al texto legal vigente, TRLRHL).

Sujeto pasivo [art. 106.1 b) del TRLRHL; art. 8.1 b) de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid]:

Don Martín.

Devengo [art. 109.1 a) del TRLRHL; art. 18.1 a) de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid]:

El 6 de febrero de 2006.

Base imponible (art. 107 del TRLRHL; art. 9 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

- Valor del terreno en el momento del devengo (art. 12.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

600.000 euros.

(El art. 12.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid expresamente recoge la exclusión del valor de las construcciones para la cuantificación de la base imponible).

- Proporción aplicable:

La superficie total aportada es de $2.200 + 1.900 = 4.100 \text{ m}^2$.

A la primera parcela le corresponde la siguiente proporción: $2.200/4.100 = 0,5366$

A la segunda parcela le corresponde: $1.900/4.100 = 0,4634$.

- Número de años de generación del incremento de valor (art. 10.2 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

El primer período de generación: adquisición del terreno, 10 de enero de 1996; transmisión del terreno, 6 de febrero de 2006; años completos transcurridos: 10.

El segundo período de generación: adquisición del terreno, 26 de mayo de 1997; transmisión del terreno, 6 de febrero de 2006; años completos transcurridos: 8.

- Porcentaje total (art. 10.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

Para el primer período: para un período de generación del incremento de 10 años: 35 por 100.

Para el segundo período: para un período de generación del incremento de 8 años: 28 por 100.

- Base imponible para el primer período:

$600.000 \text{ euros} \times 0,5366 \times 0,35 = 112.686 \text{ euros}$.

- Base imponible para el segundo período:

$600.000 \text{ euros} \times 0,4634 \times 0,28 = 77.851,20 \text{ euros}$.

Por tanto, la base imponible total será:

$$112.686 + 77.851,20 \text{ euros} = 190.537,20 \text{ euros.}$$

Tipo impositivo (art. 17.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

El 29 por 100.

Cuota y deuda tributaria (art. 108.2 y 3 del TRLRHL; art. 17.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

$$190.537,20 \text{ euros} \times 0,29 = 55.255,79 \text{ euros.}$$

7. ADQUISICIÓN PARA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DE INMUEBLE EN MADRID, POSTERIOR ADJUDICACIÓN POR DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD MATRIMONIAL A DON MARTÍN Y VENTA DEL INMUEBLE EN 2006

A) Consideraciones previas

Inicio del período de generación de la plusvalía

No resulta infrecuente que en el tráfico inmobiliario determinadas fincas hayan estado en poder de sus propietarios un largo período de tiempo. Tampoco es extraño que durante dichos períodos la norma jurídica que grava las plusvalías, no sólo haya sido distinta, sino que un mismo acto o contrato haya resultado por la norma de aplicación en cada momento unas veces no sujeto, más tarde exento, y en la situación vigente resulte de nuevo no sujeto al impuesto.

La cuestión no es baladí. En efecto, mientras que un acto exento supone la sujeción al impuesto y, consecuentemente, el cierre del período de generación de la plusvalía iniciado con la adquisición del bien, un acto no sujeto, al resultar ajeno al impuesto, no interrumpe el período de generación de la plusvalía iniciado con la adquisición del bien y, con el límite de los 20 años, su plusvalía cuando se transmita el bien será mayor.

Pues bien, la situación descrita anteriormente es exactamente lo que ha ocurrido en Madrid, aunque en términos generales la situación es generalizable a cualquier punto de la geografía nacional, en relación con la disolución del régimen matrimonial de gananciales. Así, dicha disolución y sus correspondientes adjudicaciones entre cónyuges resultan no sujetas en la Ley de Régimen Local de 1955, vigente en Madrid hasta el 1 de enero de 1990, fecha en la que entra en vigor la Ley 39/1988; a partir de 1 de enero de 1990, el artículo 106.1 a) de la Ley 39/1988 las considera exentas; finalmente, desde 1 de enero de 2003, tras la modificación de la Ley 39/1988 por la Ley 51/2002, vuelven a estar consideradas no sujetas, y así continúan consideradas en el artículo 104.3 del TRLRHL actualmente vigente. Y todo ello sin ningún precepto de carácter transitorio que concretamente determine cómo debe procederse para la determinación del momento que abre el período de generación de la plusvalía.

Esta realidad nos conduce a la duda de qué norma aplicar para determinar el momento en el que se considera iniciado el periodo de generación de la plusvalía. Una solución puede pasar por considerar que la norma aplicable a todas las situaciones es la vigente en el momento del devengo y determinar –con el límite de los 20 años previsto en el art. 107.1 del TRLRHL– que todas las adjudicaciones de terrenos producidas como consecuencia de disoluciones de la sociedad de gananciales están no sujetas y, consecuentemente, no han interrumpido el periodo de generación del incremento de valor.

No obstante, no ha sido dicha solución la acogida por la jurisprudencia en numerosos pronunciamientos, que ha optado por solucionar la cuestión aplicando la norma jurídica aplicable en cada momento en el que se produjeron las adjudicaciones, al margen de la norma vigente en la fecha del devengo. En este sentido, valga por todas, la STS de 27 de febrero de 2002 (NFJ011892).

Admitiendo esta solución jurisprudencial a la resolución de nuestro caso práctico, como no puede ser de otra forma, resulta que la adjudicación del inmueble por la sociedad de gananciales a don Martín, el 26 de noviembre de 2002, cierra el periodo de generación de la plusvalía iniciado por la compra del inmueble para dicha sociedad, pues la expresada adjudicación era un acto sujeto y exento en el IIVTNU por el entonces vigente artículo 106.2 a) de la Ley 39/1988.

Si don Martín hubiera vendido en 2003, antes de cumplirse un año de la adjudicación, el incremento no habría tributado por el IIVTNU (art. 107.4, Regla 3.^a del TRLRHL). Idéntico efecto se hubiera producido si el inmueble hubiera sido adjudicado por partes iguales a los cónyuges por la sociedad de gananciales y hubieran vendido el inmueble antes de un año.

No debe extrañar, por tanto, que la sociedad matrimonial de gananciales, al margen de las relaciones sentimentales entre los cónyuges, atravesara crisis más frecuentes durante los años 1990 a 2002, y ello no sólo por el tratamiento fiscal en el IIVTNU, sino también porque tales prácticas no deben calificarse de fraude de ley, sino de simple economía de opción.

En efecto, cabe recordar que, en palabras del TS en Sentencia dictada el 30 de marzo de 1999 (NFJ008134), lo descrito anteriormente no puede ser calificado, en modo alguno, como fraude de ley, *«sino simple economía de opción, pues de una parte el Código Civil deja absoluta libertad a los cónyuges para modificar su régimen económico-matrimonial, pudiendo acordar la disolución de la sociedad legal de gananciales, constante matrimonio, cuando les convenga, y de otra parte, la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales [art. 106.2 a)] declara exentas del IIVTNU las adjudicaciones de los bienes gananciales, de modo que don..., no hizo sino aprovecharse de una exención ejecutable ope legis, aunque por el discutible uso de los conceptos tributarios –exención, en lugar de no sujeción–, se haya producido la exoneración total del incremento de valor originado desde que la sociedad legal de gananciales adquirió los terrenos, hasta el momento de su enajenación a un tercero, por don..., de los terrenos que se le habían adjudicado»*.

Volviendo a nuestro caso práctico, y aunque don Martín no aprovechó su economía de opción de forma inmediata, no cabe duda de que tampoco resultó muy perjudicado, pues, como consecuencia de la exención por el IIVTNU de la adjudicación del inmueble por la sociedad de

gananciales, su período de generación de la plusvalía será notoriamente inferior y, consecuentemente, la cantidad a pagar será sensiblemente inferior a la que hubiera tenido que hacer frente si la expresada adjudicación hubiera estado no sujeta en lugar de exenta.

B) Liquidación

Hecho imponible (art. 104.1 del TRLRHL; art. 2.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

Transmisión onerosa de terreno urbano.

Sujeto activo (arts. 15 y 59.2 del TRLRHL; art. primero de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

Ayuntamiento de Madrid.

Sujeto pasivo [art. 106.1 b) del TRLRHL; art. 8.1 b) de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid]:

Don Martín.

Devengo [art. 109.1 a) del TRLRHL; art. 18.1 a) de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid]:

El 7 de abril de 2006.

Base imponible (art. 107 del TRLRHL; art. 9 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

- Valor del terreno en el momento del devengo (art. 12.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

Será 215.000 euros.

- Número de años de generación del incremento de valor (art. 10.2 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

Adquisición del terreno: el 26 de noviembre de 2002; transmisión del terreno: el 6 de febrero de 2006; años completos transcurridos: 3.

- Porcentaje total (art. 10.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

Para un período de generación del incremento de tres años: 11,1 por 100.

- Base imponible:

$125.000 \text{ euros} \times 0,111 = 23.865 \text{ euros.}$

Tipo impositivo (art. 108.1 del TRLRHL; art. 17 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

Para el incremento generado en 3 años, el 30 por 100.

Cuota y deuda tributaria (art. 108.2 y 3 del TRLRHL; art. 17.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

$23.865 \times 0,30 = 7.159,50$ euros.

8. APORTACIÓN DE LOCAL UBICADO EN VALENCIA A «ABARCA, S.L.»

A) Consideraciones previas

No existe ninguna duda en la actualidad de que la aportación de inmuebles a una sociedad mercantil constituye una transmisión onerosa sujeta al IIVTNU. En este sentido, se han pronunciado algunos TSJ, por ejemplo y valga por todas, la STSJ de Extremadura con fecha 28 de octubre de 2004 (NFJ019424).

B) Liquidación

Hecho imponible (art. 104.1 del TRLRHL; art. 2.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

Transmisión onerosa de terreno urbano.

Sujeto activo (arts. 59.2 y 15 del TRLRHL; art. 1, de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

Ayuntamiento de Valencia.

Sujeto pasivo [art. 106.1 b) del TRLRHL; art. 9.1 b) de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia]:

Don Martín.

Devengo [art. 109.1 a) del TRLRHL; art. 19.1 b) y 2 a) de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia]:

El 14 de marzo de 2006.

Base imponible (art. 107 del TRLRHL; art. 13 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

- Valor del terreno en el momento del devengo (arts. 10 y 13.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

Será 500.000 euros.

- Número de años de generación del incremento de valor (art. 11.2 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

Adquisición del terreno: el 14 de enero de 1991; transmisión del terreno: el 14 de marzo de 2006; años completos transcurridos: 15.

- Porcentaje total (art. 11.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

Para un período de generación del incremento de 15 años le corresponde un porcentaje total de 43,50 por 100.

- Base imponible:

$500.000 \text{ euros} \times 0,435 = 217.500 \text{ euros}.$

Tipo impositivo (art. 108.1 del TRLRHL; art. 18 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

El 29 por 100.

Cuota y deuda tributaria (art. 108.2 y 3 del TRLRHL; art. 18 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Valencia):

$217.500 \text{ euros} \times 0,29 = 63.075 \text{ euros}.$

9. TRANSMISIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA HABITUAL EN MADRID RESERVÁNDOSE EL USUFRUCTO VITALICIO A CAMBIO DE UNA RENTA MENSUAL. PACTO CON EL COMPRADOR POR EL QUE TODOS LOS GASTOS E IMPUESTOS SERÁN POR CUENTA DEL ADQUIRENTE

A) Consideraciones previas

Sobre la transmisión de la nuda propiedad con reserva de usufructo

Debe recordarse que el hecho imponible del IIVTNU se produce cuando se constituye un derecho real de goce y no un derecho de garantía. De esta forma, cuando se cede la nuda pro-

piedad mediante transmisión a un tercero con reserva del usufructo del inmueble, el impuesto se devenga por la transmisión de la nuda propiedad, no por la reserva de usufructo del titular del inmueble que ya era titular del mismo en virtud de su pleno dominio sobre el inmueble. De la misma forma, en la constitución de usufructo a favor de tercero con reserva de la nuda propiedad, el impuesto se devenga por la constitución de usufructo, no por el mantenimiento de usufructo en poder del titular del inmueble.

En este sentido se pronunció siempre la extinta DGCHT que, entre otras Resoluciones, dictó la de fecha 21 de diciembre de 1995 (NFC006180) en una consulta en la que se planteaba la misma cuestión que en nuestro caso práctico, señalando al consultante que:

«• Toda vez que la cedente se ha reservado el usufructo de la vivienda, se deducirá del valor catastral del terreno urbano la parte del mismo correspondiente al usufructo, calculando tal parte mediante la aplicación de las normas que sean de aplicación de las fijadas a efectos del ITP y AJD en función del tipo de usufructo de que se trate. El resultado de la sustracción será la parte del valor catastral del terreno correspondiente a la nuda propiedad transmitida y sobre él se aplicará el porcentaje que corresponda a efectos del cálculo de la base imponible del impuesto, todo ello de acuerdo con lo que dispone el artículo 108 de la Ley 39/1988.

- Para el cómputo del periodo de generación del incremento de valor se tendrá por fecha inicial la de la adquisición originaria por la cedente del terreno que posteriormente transmite, y final la del devengo del impuesto, conforme a lo establecido en el artículo 110.1 a) de la propia Ley 39/1988, esto es, la de la transmisión entre vivos de la nuda propiedad.

c) Cuando con posterioridad a la transmisión de la nuda propiedad la cedente de la misma transmita el usufructo que se ha reservado, ya se verifique la transmisión a favor de los cesionarios de la nuda propiedad o de otras personas o entidades, o cuando tal transmisión del referido usufructo se opere mortis causa, se producirá un nuevo hecho imponible del impuesto. En este caso, y por lo que se refiere a la liquidación de la cuota tributaria, se actuará de la siguiente forma:

- Se aplicará al valor catastral del terreno al tiempo de la transmisión del usufructo el porcentaje en que tal usufructo se hubiese estimado al tiempo de su constitución y el valor resultante servirá de punto de partida para el cálculo de la base imponible.
- Se tomará como periodo generacional de la plusvalía experimentada el transcurrido entre la fecha en la que la cedente de la nuda propiedad adquirió el terreno y la fecha en que se opere la transmisión del usufructo, computando en la forma que determine el artículo 108 de la Ley 39/1988.»

En la misma línea que la DGCHT, y con respecto a la transmisión de la nuda propiedad con reserva de usufructo, se posicionó el TS, que, en Sentencia de 2 de octubre de 2001 (NFJ011342), afirma que «el derecho de usufructo –que en el caso que se analiza conserva o retiene la persona donante– no se desplaza, es decir, no es objeto de transmisión o enajenación,

con cambio de titular, por lo que no se pone, ni se puede poner, de manifiesto, en relación con el mismo, ningún incremento de valor».

Sobre el cálculo del valor de la transmisión de la nuda propiedad con reserva de usufructo

Pocas dudas pueden quedar con respecto a cómo practicaremos la liquidación que resulta del caso práctico después del detallado proceder contenido en la consulta de la DGCHT antes reproducida. Así, al valor catastral del terreno en el momento del devengo, 300.000 euros, representativo del valor del pleno dominio sobre el terreno, se le resta el valor del usufructo vitalicio, calculado según las normas del ITP y AJD [art. 107.2 b) del TRLRHL], y obtendremos el valor de la nuda propiedad de la vivienda.

Todo ello nos conduce a las normas de valoración de los derechos reales de goce en el ITP y AJD que aparecen recogidas en el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto (RDLeg. 1/1993) y en el artículo 41 del Reglamento del Impuesto (RD 828/1995). Así, de conformidad con dichos preceptos, los derechos reales de goce se valoran de la siguiente forma:

1. Usufructo vitalicio. Es igual al 70 por 100 del valor total de los bienes cuando el usufructuario tenga menos de 20 años de edad. Dicho porcentaje disminuye en la misma cuantía que aumenta la edad del usufructuario, 1 por 100 menos por cada año más, con un límite mínimo del 10 por 100 del valor total.

La regla práctica consiste en aplicar la siguiente fórmula:

$$\text{Valor del usufructo} = 89 - \text{Edad del usufructuario} *$$

* Teniendo en cuenta que si la edad del usufructuario es inferior a 19 años, el valor del usufructo, en todo caso, será el 70 por 100; y, si la edad del usufructuario es superior a 79 años, también, en todo caso, el valor del usufructo será del 10 por 100.

2. Usufructo temporal. Proporcional al valor de los bienes, en razón del 2 por 100 por cada período de un año, sin exceder del 70 por 100.

Añade el reglamento que no se computarán las fracciones de tiempo inferiores al año, si bien el usufructo por tiempo inferior a un año se computará en el 2 por 100 del valor de los bienes.

3. Usufructo constituido a favor de persona jurídica por más de 30 años o por tiempo indeterminado. Se considerará fiscalmente como transmisión de plena propiedad sujeta a condición resolutoria.

4. Derecho de nuda propiedad. Se computará por la diferencia entre el valor del usufructo y el valor total de los bienes.

5. Derechos de uso y habitación. Será el que resulte de aplicar el 75 por 100 del valor de los bienes sobre los que fueron impuestos, las reglas correspondientes a la valoración de los usufructos temporales o vitalicios, según los casos.

6. Otros derechos reales de goce limitativos del dominio. Se imputarán por el capital, precio o valor que las partes hubiesen pactado al constituirlos, si fuere igual o mayor que el que resulte de la capitalización al interés básico del Banco de España de la renta o pensión anual, o éste si aquél fuere menor.

El artículo 13 e) de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid recoge el caso concreto de la nuda propiedad señalando que *«se computará por diferencia entre el 100 por 100 correspondiente al pleno dominio y el porcentaje que corresponda al usufructo»*.

Sobre los pactos entre particulares en los que se acuerda la inversión del sujeto pasivo

Este tipo de pactos carecen de eficacia alguna en el ámbito de la relación jurídico-tributaria y, por tanto, no tienen trascendencia a efectos del impuesto, aunque produzcan efectos en el ámbito jurídico-privado. Así se entendió por la DGCHT, que, en Resolución de 19 de abril de 2001 (NFC000588) afirmaba que *«es evidente que al amparo del principio de libertad de pactos consagrado en Derecho privado por el artículo 1.255 del Código Civil cuando dice que "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público", las partes del contrato pueden convenir el que las consecuencias económicas de las obligaciones tributarias resultantes de los tributos que se devenguen como consecuencia o por causa del mismo sean del cargo del contratante que, conforme a la ley, no venga obligado a soportarlas; pero, en tal caso, conviene recordar que, conforme al artículo 36 de la LGT, "la posición del sujeto pasivo y los demás elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por pactos o convenios entre los particulares. Tales pactos y convenios no surtirán efecto ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas", de donde resulta que, en caso de haberse celebrado dicha convención, ésta no podrá servir de causa al sujeto pasivo del tributo para oponerse a que la Administración tributaria correspondiente le exija el abono de la deuda tributaria, si bien podrá, en régimen de Derecho privado, requerir a la otra parte para que le reembolse la cantidad satisfecha, siendo de la competencia de la jurisdicción civil ordinaria y no de la contencioso-administrativa la resolución de las contiendas judiciales que sobre este extremo pudieran suscitarse»*.

B) Liquidación

Hecho imponible (art. 104.1 del TRLRHL; art. 2.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

Transmisión onerosa del derecho de nuda propiedad.

Sujeto activo (arts. 15 y 59.2 del TRLRHL; art. primero de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

Ayuntamiento de Madrid.

Sujeto pasivo [art. 106.1 b) del TRLRHL; art. 8.1 b) de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid]:

Don Martín, de 59 años de edad.

Devengo [art. 109.1 a) del TRLRHL; art. 18.1 a) de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid]:

El 22 de febrero de 2006.

Base imponible (art. 107 del TRLRHL; art. 9 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

- Valor del terreno en el momento del devengo (art. 12.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

Será 300.000 euros.

- Valor del derecho de nuda propiedad [art. 13 e) de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid]:

Valor del terreno – Valor del usufructo vitalicio.

Valor del usufructo vitalicio: $89 - 59 = 40\%$; $0,4 \times 300.000 = 120.000$ euros.

Nuda propiedad: $300.000 - 120.000 = 180.000$ euros.

- Número de años de generación del incremento de valor (art. 10.2 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

Adquisición del terreno: el 22 de septiembre de 1998; transmisión del terreno: el 22 de febrero de 2006; años completos transcurridos: 7.

- Porcentaje total (art. 10.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

Porcentaje total aplicable a un período de generación del incremento de valor de 7 años: el 24,5 por 100.

- Base imponible:

$180.000 \times 0,245 = 44.100$ euros.

Tipo impositivo (art. 108.1 del TRLRHL; art. 17.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

Para incrementos generados en 7 años: el 29 por 100.

Cuota y deuda tributaria (art. 108.2 y 3 del TRLRHL; art. 17.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

$44.100 \times 0,29 = 12.789$ euros.

10. TRANSMISIÓN GRATUITA MEDIANTE DONACIÓN DE VIVIENDA URBANA EN BARCELONA

A) Consideraciones previas

Ninguna dificultad debe plantear la liquidación de este apartado una vez examinados los anteriores. Su única novedad estriba en el hecho de que en este caso el sujeto pasivo del impuesto no es el transmitente del terreno, sino el adquirente, al tratarse de una transmisión gratuita [art. 106.1 a) del TRLRHL]. Esta configuración del sujeto pasivo en las transmisiones lucrativas entre vivos ha recibido algunas críticas al entenderse que hubiera sido más adecuado atribuir al transmitente la condición de sujeto pasivo por contar con una mayor capacidad económica puesta de manifiesto con su acto de liberalidad y ser, en definitiva, el titular de la plusvalía puesta de manifiesto en la donación.

Así parece que lo interpreta don Martín, que se hace cargo del pago del impuesto, aunque dicha circunstancia quede al margen de la relación jurídico-tributaria, como ya se ha indicado anteriormente.

B) Liquidación

Hecho imponible (art. 104.1 del TRLRHL; art. 2n.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona):

Transmisión gratuita de terreno urbano por donación.

Sujeto activo (arts. 15 y 59.2 del TRLRHL; art. 1r de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona):

Ayuntamiento de Barcelona.

Sujeto pasivo [art. 106.1 a) del TRLRHL; art. 5è.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona]:

Jorge Abarca.

Devengo [art. 109.1 a) del TRLRHL; art. 10è.1 a) de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona]:

El 12 de abril de 2006.

Base imponible (art. 107 del TRLRHL; art. 6è de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona):

- Valor del terreno en el momento del devengo (art. 6è.5 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona):
Será 500.000 euros.
- Número de años de generación del incremento de valor (art. 6è.4 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona):
 - El primer período de generación: adquisición del terreno: 13 de agosto de 1989; transmisión del terreno: 12 de abril de 2006; años completos transcurridos: 15.
 - El segundo período de generación: adquisición del terreno: 14 de octubre de 2003; transmisión del terreno: 12 de abril de 2006; años completos transcurridos: 2.
- Porcentaje anual (art. 6è.3 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona):
 - Primer período de generación del incremento: 3,1 por 100 para períodos de hasta 15 años.
 - Segundo período de generación del incremento: 3,7 por 100 para períodos de hasta 5 años.
- Porcentaje total (art. 6è.3 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona):
 - Primer período: 15 años $\times$ 3,1 = 46,5 por 100.
 - Segundo período: 2 años $\times$ 3,7 = 7,4 por 100.
- Base imponible:
 - Primer período: 500.000 $\times$ 0,5 $\times$ 0,465 = 116.250 euros.
 - Segundo período: 500.000 euros $\times$ 0,5 $\times$ 0,074 = 18.500 euros.

Base imponible: 116.500 + 18.500 = 134.750 euros.

Tipo impositivo (art. 108.1 del TRLRHL; art. 8è de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona):

El 30 por 100.

Cuota y deuda tributaria (art. 108.2 y 3 del TRLRHL; art. 7è de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Barcelona):

$$134.750 \text{ euros} \times 0,30 = 40.425 \text{ euros.}$$

11. TRANSMISIÓN DE VIVIENDA URBANA EN MADRID SOBRE LA QUE SE CONSTITUYÓ UN USUFRUCTO VITALICIO EXTINGUIDO ANTES DE LA TRANSMISIÓN

A) Consideraciones previas

Sobre la extinción de usufructo y la consolidación del pleno dominio por fallecimiento del usufructuario

Tradicionalmente, en la tributación de plusvalías, se ha venido considerando que la extinción del usufructo, tanto el temporal como el vitalicio, formaban parte del hecho imponible de la figura tributaria aplicable en el momento de la extinción.

Esta postura tradicional a favor de la tributación de la extinción del usufructo, apoyada en el hecho de que el nudo propietario obtenía un incremento de valor como consecuencia de la consolidación del pleno dominio sobre el inmueble, fue sostenida por no pocos Ayuntamientos en relación con el vigente IIVTNU.

No fue ésta, sin embargo, la postura de la extinta DGCHT, que en distintas resoluciones se manifestó contraria al sometimiento al IIVTNU de las extinciones de usufructo por no constituir tal acto un supuesto de hecho contemplado en el hecho imponible del impuesto.

En esta misma línea, el TS, en Sentencia de 16 de enero de 1999 (NFJ007269), tras recordar el hecho imponible del IIVTNU, regulado entonces en el artículo 105.1 de la Ley 39/1988 (hoy, 104.1 del TRLRHL), manifiesta que «*la extinción del usufructo no está comprendida*» en ninguno de los supuestos de dicho precepto, pues «*ni es transmisión de la propiedad ni es transmisión de ningún derecho real*», añadiendo a continuación que «*el hecho de que, por fallecimiento de la usufructuaria, los nudos propietarios hayan alcanzado la integridad de su dominio no significa que hayan sido sujetos de transmisión alguna de derechos que pueda constituir hecho imponible. Simplemente, el régimen legal correspondiente a este derecho real prevé que la muerte de la usufructuaria extingue el usufructo (art. 513.1 del CC), recuperando los propietarios las facultades de goce de que se habían visto privados al constituirse tal derecho, lo que excluye que esta recuperación vaya precedida de transmisión alguna que suponga el devengo del impuesto*».

De la proyección de lo expuesto a nuestro caso práctico extraemos una primera consecuencia: la consolidación del pleno dominio de don Martín sobre la vivienda urbana de Madrid, por extinción del usufructo vitalicio, no es un acto sujeto al IIVTNU, es decir, resulta intrascendente a efectos del impuesto.

Ahora bien, resuelto lo anterior, cabe preguntarse qué fecha o fechas debemos considerar a efectos de determinar el momento o momentos en los que se produce el inicio del período de generación del incremento de valor de la vivienda.

Día o días de inicio del período de generación del incremento de valor

En este punto podemos plantearnos dos opciones:

- La primera, considerar que han existido dos momentos de inicio del incremento de valor, el primero en la fecha de adquisición de la vivienda, antes de la constitución del usufructo vitalicio, y el segundo en la fecha de constitución del usufructo.
- La segunda, considerar que ha existido un solo momento de inicio del incremento de valor, cuando se adquirió la vivienda en pleno dominio por don Martín, antes de la constitución del usufructo vitalicio a favor de su tía.

Con buen criterio, el TS se inclina por la segunda posibilidad, en Sentencia de 22 de julio de 2000, al entender que el inicio del período de generación de la plusvalía se produce en el momento de la adquisición del pleno dominio, antes de la constitución del usufructo.

B) Liquidación

Hecho imponible (art. 104.1 del TRLRHL; art. 2.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

Transmisión onerosa de terreno urbano.

Sujeto activo (arts. 15 y 59.2 del TRLRHL; art. primero de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

Ayuntamiento de Madrid.

Sujeto pasivo [art. 106.1 b) del TRLRHL; art. 8.1 b) de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid]:

Don Martín.

Devengo [art. 109.1 a) del TRLRHL; art. 18.1 a) de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid]:

El 18 de abril de 2006.

Base imponible (art. 107 del TRLRHL; art. 9 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

- Valor del terreno en el momento del devengo (art. 12.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):
Será 300.000 euros.
- Número de años de generación del incremento de valor (art. 10.2 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):
Adquisición del terreno: el 22 de octubre de 1991; transmisión del terreno: el 18 de abril de 2006; años completos transcurridos: 14.
- Porcentaje total (art. 10.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):
Para un período de generación del incremento de 14 años: 44,8 por 100.
- Base imponible:
 $300.000 \text{ euros} \times 0,448 = 134.400 \text{ euros}.$

Tipo impositivo (art. 108.1 del TRLRHL; art. 17 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

Para el incremento generado en 14 años: el 29 por 100.

Cuota y deuda tributaria (art. 108.2 y 3 del TRLRHL; art. 17.1 de la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid):

$134.400 \times 0,29 = 38.976 \text{ euros}.$

GEMMA PATÓN GARCÍA

*Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Castilla-La Mancha-Centro Internacional de Estudios
Fiscales*

(Comentario de la STC 179/2006, de 13 de junio, Pleno, núm. 1219/2005) *

I. INTRODUCCIÓN

La atención a fines garantizados por la Constitución que predica el artículo 2.º 1.2.º párrafo de la Ley General Tributaria como función secundaria de los tributos –sin perjuicio de su servicio a la obtención de recursos para el sostenimiento de los gastos públicos– ha servido de fundamento para el establecimiento de la generalidad de los tributos autonómicos en nuestro ordenamiento tributario. No obstante, la pervivencia de tales tributos ha estado –y sigue estando– sometida al juicio de constitucionalidad correspondiente que debía resolver las dudas de doble imposición que generaba su creación en un ámbito de gravamen que únicamente puede desarrollarse dentro del respeto a los límites establecidos por la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA). Así, en síntesis, por un lado, el artículo 6.º 2 de la LOFCA prohíbe la invasión de los hechos imponibles gravados por el Estado, mientras que el artículo 6.º 3 impone la salvaguarda de las materias imponibles reservadas a las Haciendas locales.

Pues bien, la respuesta a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra dichos tributos ha provocado la formación de un *corpus* jurisprudencial que ha centrado su atención, básicamente y de forma consecutiva, en la verificación de la autenticidad de los fines no fiscales que se contemplaban en sus respectivas leyes de establecimiento y ordenación jurídica, para después entrar a analizar la adecuación de su estructura a los requerimientos exigidos por el Tribunal Constitucional (TC) y que deben estar presentes en todo tributo que se precie de perseguir fines protegidos constitucionalmente más allá del sostenimiento de los gastos públicos.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Contabilidad y Tributación (Legislación, Consultas y Jurisprudencia)*. CEF. Núms. 281-282 (agosto-septiembre 2006).

La primera aportación a la construcción doctrinal del Alto Tribunal fueron las Sentencias 37/1987, sobre el impuesto andaluz sobre tierras infrautilizadas, y 186/1993, sobre el impuesto extremeño sobre dehesas calificadas en deficiente aprovechamiento. En ambos casos el Tribunal confirmó que la búsqueda de la función social de la propiedad rústica fundamentaba aquellos dos tributos, lo cual imposibilitaba el triunfo de cualquier tipo de alegación por doble imposición. No obstante, la STC 289/2000, de 30 de noviembre, siguiendo el mismo *iter* jurídico, es el pronunciamiento que adquirió una gran relevancia puesto que ofreció las pautas que los impuestos, con una pretendida finalidad protectora del medio ambiente, debían contener en su estructura jurídica. Así, la inadecuación entre los fines medioambientales mencionados en la Ley 12/1991, creadora del impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente, y la estructura jurídica en que deberían haberse plasmado dichos fines, llevó a la declaración de inconstitucionalidad de este impuesto. En cambio, la más reciente STC 168/2004, de 6 de octubre, relativa al gravamen catalán sobre instalaciones de riesgo obtuvo su importancia por localizar la admisibilidad constitucional en un objeto de gravamen como es el «riesgo potencial» que representan para el medio ambiente determinadas instalaciones y actividades que precisan de la puesta en marcha de instrumentos de protección civil. Esta circunstancia, a juicio del Tribunal, constituye un elemento que ratifica la finalidad no exclusivamente fiscal de este gravamen, lo cual hace viable constitucionalmente a esta figura tributaria.

Tras un somero recorrido por los pronunciamientos más significativos en la materia, la recientemente dictada Sentencia 179/2006, de 13 de junio –que constituye el objeto de nuestro comentario–, se ocupa de enjuiciar la adecuación constitucional del impuesto extremeño sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente (en adelante, impuesto extremeño), aprobado por la Ley 7/1997, de 29 de mayo, de Medidas Fiscales sobre la Producción y Transporte de Energía que incidan sobre el Medio Ambiente. Así, esta sentencia coadyuva a perfilar la línea de imposición constitucionalmente admisible en materia de fiscalidad ambiental autonómica.

El pronunciamiento del TC trae causa en la cuestión de inconstitucionalidad n.º 1219/2005 planteada por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Extremadura en razón de una supuesta vulneración del artículo 6.º 3 de la LOFCA. En concreto, las alegaciones se centran en argumentar una identidad de naturaleza y contenido del impuesto extremeño con respecto al impuesto balear sobre instalaciones que incidan en el medioambiente que fue declarado inconstitucional, como se ha dicho previamente, por la STC 289/2000, de 30 de noviembre, debido a la doble imposición que se producía entre el mencionado impuesto autonómico y el impuesto local sobre bienes inmuebles. Pues bien, a juicio del órgano judicial, el impuesto extremeño se encontraría viciado de inconstitucionalidad por la misma *ratio decidendi* que en la Sentencia del impuesto balear.

En este sentido, más allá de la pura coincidencia en su denominación, debe hacerse notar que la similitud entre el impuesto extremeño y el citado impuesto balear había sido puesta de manifiesto por no pocos tributaristas que habían tratado este tema ¹. Por ello, no es de extrañar que la STC 179/2006

¹ *Id.*, entre otros, BORRERO MORO, C.J., «El Impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio de Extremadura: un tributo con algunos síntomas de inconstitucionalidad», *Impuestos* II/1998, págs. 1.251 y ss.; JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, J., «Comentarios acerca del Impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente de la Comunidad Autónoma de Extremadura», *Impuestos* I/1999, págs. 1.362 y 1.373; VAQUERA GARCÍA, A., *Fiscalidad y medio ambiente*, Lex Nova,

realice un análisis prácticamente paralelo de ambos impuestos para emitir su fallo que, adelantamos, es igualmente estimatorio de las tachas de inconstitucionalidad interpuestas. Sin embargo, aunque la mayoría de autores se han mostrado proclives a la inconstitucionalidad del impuesto, no puede decirse que haya existido unanimidad en las opiniones vertidas sobre el mismo e igualmente encontramos voces discrepantes con el texto de la sentencia dictada a la que se han formulado tres votos particulares. Dos de ellos disienten tanto del fallo como de la argumentación sostenida en la sentencia: uno, formulado por la Presidenta del Tribunal doña María Emilia Casas Baamonde, y otro, sostenido por el Magistrado don Pascual Sala Sánchez, al que se adhieren los Magistrados doña Elisa Pérez Vera y don Pablo Pérez Tremps. Por su parte, el voto particular, aducido por el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, es concurrente con el fallo de la sentencia, si bien las discrepancias se sitúan en el razonamiento que lleva al mismo.

En cualquier caso, la regulación del impuesto extremeño ha sufrido recientemente diversas modificaciones que, en algún modo, han venido a reconocer en la práctica la necesidad de corregir ciertas deficiencias en algunos aspectos de los elementos esenciales del impuesto. Así, el objeto de enjuiciamiento de la Sentencia 179/2006 no es la normativa reguladora actualmente vigente de este impuesto. Por ello, antes de abordar el grueso de los fundamentos jurídicos de la sentencia, conviene hacer unas breves puntualizaciones sobre el alcance de este pronunciamiento constitucional.

II. CUESTIONES PREVIAS

La reforma en el panorama de tributos propios de la Comunidad de Extremadura trae causa en el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Extremadura ², fruto del pacto político que tiene como objetivo llevar a la práctica el anuncio del Gobierno central de la intención de retirar numerosos recursos de inconstitucionalidad pendientes de resolución respecto de otros tantos impuestos autonómicos. Pues bien, en el caso de Extremadura, el Gobierno autonómico ha asumido las modificaciones pactadas

Valladolid, 1999, pág. 392; HERRERA MOLINA, P.M., *Derecho tributario ambiental*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 292, y VERDESOTO GÓMEZ, M. y MARTÍNEZ LAGO, M.A., «¿Es constitucional el Impuesto sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente de la Comunidad Autónoma de Extremadura?», *NUE* n.º 238/2004, pág. 104.

Las diferencias entre el impuesto balear y el impuesto extremeño, que se han esbozado en aras del sostenimiento de la finalidad medioambiental de este último, fundamentalmente expuestas por CHECA GONZÁLEZ, C., *Los impuestos propios de las Comunidades Autónomas. Ensayo de superación de las fuertes limitaciones existentes para su implantación*, Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 106-117 y «El impuesto extremeño sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente. Defensa de su constitucionalidad», *NF* n.º 2/2003, págs. 27-49 y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M., *Alternativa fiscal verde*, Lex Nova, Valladolid, 2004; pueden resumirse en tres aspectos: 1. La vocación de instrumento de estímulo del tributo por cuanto fomenta el uso de energías renovables, que se ven favorecidas en relación al impuesto a través de la no sujeción. 2. En la aplicación del tipo impositivo, tienen una consideración más gravosa los procesos de producción de energía de fuentes más contaminantes, concretamente la de origen termonuclear, que otro tipo de fuentes. 3. La afectación expresa del impuesto. No obstante, RODRÍGUEZ MUÑOZ reconoce la debilidad de la configuración jurídica que posee el impuesto y la escasa contundencia para afirmar su finalidad medioambiental, págs. 507 y 518-519.

² Mediante Resolución de 9 de mayo de 2005, de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) n.º 125, de 26 de mayo de 2005, págs. 17.813-17.815.

en la Ley 8/2005, de 27 de diciembre, de reforma en materia de tributos propios de la Comunidad Autónoma de Extremadura ³, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2006. Esta ley se dedica fundamentalmente a recoger las modificaciones acordadas en el Impuesto sobre Instalaciones que inciden en el medio ambiente, además de introducir algunas innovaciones de menor entidad en el Impuesto sobre el suelo sin edificar y edificaciones ruinosas ⁴, así como en el Impuesto sobre los depósitos de las entidades de créditos. Como contrapartida, el ATC de 25 de octubre de 2005 ha acordado tener por desistido al Abogado del Estado del recurso de inconstitucionalidad, planteado en relación con la Ley 7/1997, de 29 de mayo, de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de medidas fiscales sobre la producción y transporte de energía que incidan en el medio ambiente ⁵.

No obstante, este proceder no ha significado en modo alguno sustraer del enjuiciamiento del Alto Tribunal la adecuación constitucional del impuesto extremeño, pues existía una cuestión de inconstitucionalidad pendiente de resolver en relación con la aplicación de esta misma figura tributaria ⁶. Por esta razón, el TC se ve en la tesitura de tener que precisar, previamente a dirimir el fondo del asunto, que *«el hecho de que la Ley 7/1997, de 29 de mayo, haya sido modificada sustancialmente por la Ley 8/2005, de 27 de diciembre, no determina, ni que la presente cuestión de inconstitucionalidad haya perdido su objeto, ni que su objeto se extienda a esta última norma legal»*. En primer lugar, la pérdida del objeto de litigio no se produce pues sigue concurriendo la aplicación de la norma cuestionada al caso concreto donde se suscitaron las dudas de inconstitucionalidad. Así, recuerda el Tribunal su conocida doctrina respecto a «los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada (que) vienen determinados por el hecho de que, tras esa derogación o modificación, resulte o no aplicable aquélla en el proceso *a quo* y de (que) su validez dependa la decisión a adoptar en éste (...) y es indudable que la norma legal enjuiciada –la Ley 7/1997, antes de la modificación operada por la Ley 8/2005– resulta aplicable en el proceso contencioso-administrativo que ha originado el planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad» (fundamento jurídico 2.º).

³ BOE n.º 40, de 16 de febrero de 2006, págs. 6.191 a 6.193. También publicada en el Diario Oficial de Extremadura n.º 150, de 31 de diciembre de 2005, págs. 18.300 a 18.303.

⁴ Asimismo, se había presentado una cuestión de inconstitucionalidad en relación con este Impuesto sobre suelo sin edificar y edificaciones ruinosas que giraba en la línea de aquellas figuras con fines predominantemente no fiscales que incentivan la realización de una función social de la propiedad, como el Impuesto andaluz sobre tierras infrautilizadas o el Impuesto extremeño sobre dehesas en deficiente aprovechamiento. En este caso, el ATC 417/2005, de 22 de noviembre, ha inadmitido dicha cuestión de inconstitucionalidad.

⁵ A su vez, son retirados los recursos de inconstitucionalidad pendientes (núms. 4487/1998 y 1505/2003) presentados contra la Ley extremeña 9/1998, de 26 de junio, y el artículo 1.º (entre otros) de la Ley extremeña 8/2002, de 14 de noviembre, del Impuesto sobre el suelo sin edificar y edificaciones ruinosas.

⁶ En una situación similar se encuentra el Impuesto castellano-manchego sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente, también modificado a través de una nueva ley, como consecuencia de los pactos a que se han llegado entre el Gobierno central y el Gobierno regional respectivo (Ley 16/2005, de 29 de diciembre). Sin embargo, el TSJ de Castilla-La Mancha ha presentado una cuestión de inconstitucionalidad, admitida a trámite por Auto de 6 de junio de 2006, que somete a juicio del TC una posible doble imposición con respecto al Impuesto local sobre Actividades Económicas que se produciría en relación con dos modalidades del hecho imponible del impuesto autonómico (la producción termonuclear de energía eléctrica y el almacenamiento de residuos radioactivos).

En segundo lugar, el Tribunal no modifica la extensión del objeto de enjuiciamiento, aunque tiene conocimiento de la modificación normativa y tiene presente su no vinculación a las pretensiones presentadas en la cuestión que se dirime, esto es, la procedencia para resolver cuestiones que no hayan sido planteadas por las partes. Así, resulta significativo que el Tribunal haya descartado la ampliación del objeto de pronunciamiento a la regulación normativa del impuesto extremeño tras la reciente modificación. En este caso, el Tribunal elude aportar justificación alguna para ello, sin embargo, su omisión puede interpretarse como una aceptación tácita de la constitucionalidad del impuesto extremeño con su regulación actual. Esta afirmación encuentra fundamento una vez que la figura tributaria enjuiciada se despoja de los caracteres jurídicos que precisamente son atacados en esta cuestión de inconstitucionalidad, a la vez que se manifiesta tras la remodelación –como veremos después– un emparentamiento con el modelo del gravamen catalán, que como es sabido fue declarado constitucional.

Por tanto, el objeto sobre el que se pronuncia el Tribunal ha sido derogado anteriormente, lo cual provoca que el alcance jurídico-procesal de la sentencia dictada carezca de relevancia, en cuanto que la desaparición del ordenamiento jurídico de la Ley 7/1997 de la Comunidad de Extremadura se ha producido anteriormente por derogación expresa y no por la nulidad declarada en dicha Sentencia 179/2006, de 13 de junio.

En cualquier caso, en el fundamento jurídico 11.º el Tribunal contrae el alcance concreto que debe atribuirse a la declaración de inconstitucionalidad del impuesto extremeño, a las exigencias impuestas por el principio de seguridad jurídica, de modo que *«únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta sentencia aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía en ellas una resolución administrativa o judicial firme»*.

Como hemos señalado en otro lugar, que las modificaciones en el impuesto extremeño hayan sido puntuales y no se haya aprobado una nueva ley –sino que se ha modificado la ley que originariamente creó el impuesto– no es óbice para emitir un juicio acerca de la entidad del contenido de los retoques aprobados ⁷. Al contrario, las modificaciones introducidas afectan a los elementos esenciales del impuesto (hecho imponible, criterios de cuantificación de la base imponible y determinación de la cuota tributaria), por más que el legislador extremeño, en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2005, de 27 de diciembre, de reforma en materia de tributos propios de la Comunidad Autónoma de Extremadura, insista en calificar las modificaciones como *simplificaciones* de la configuración del impuesto o medidas de *depuración de técnica legislativa* ⁸.

⁷ PATÓN GARCÍA, G., «Hacia un modelo de impuesto ambiental: reformas pactadas y la creación de nuevos tributos», *Nueva Fiscalidad*, en prensa.

⁸ En este sentido, el apartado II de la exposición de motivos de la Ley 8/2005, de 27 de diciembre, de Extremadura, realiza una defensa en última instancia de la estructura jurídica del tributo autonómico al manifestar que *«en relación con el Impuesto sobre Instalaciones que inciden en el Medio Ambiente, la modificación acordada con el Estado y que se recoge en la presente norma no supone una alteración de los elementos esenciales del tributo, aunque sí una necesaria clarificación técnica en cuanto a su redacción y una simplificación en la determinación de la base imponible»*.

Un repaso rápido a las prescripciones del impuesto extremeño antes y después de la reforma puede cerciorarnos de este extremo. La normativa de 1997 nos sitúa ante un impuesto regional cuyo objeto de imposición está constituido por los bienes muebles e inmuebles, los derechos reales y demás derechos de uso que estén afectos o causalmente vinculados a las actividades de producción, almacenaje, transformación, transporte efectuado por elementos fijos del suministro de energía eléctrica, así como los elementos fijos de las redes de comunicaciones telefónicas o telemáticas en atención al potencial riesgo que conllevan para el medio ambiente. El hecho imponible se define como «la titularidad de los elementos patrimoniales afectos a la realización de las actividades que integran el objeto del tributo». En contraste, la normativa de 2006 hace recaer el hecho imponible en las actividades –no en la titularidad de los elementos afectos a las actividades– ya mencionadas (art. 2.º). Si consideramos la base imponible de las actividades de producción relacionadas con la energía eléctrica, ésta pasa de valorarse conforme a dos criterios –la capitalización al 40% del promedio de los ingresos brutos de explotación de la facturación del sujeto pasivo y la producción bruta media de los tres últimos ejercicios, multiplicado por determinados coeficientes– a mantenerse únicamente para la determinación de la base imponible el segundo de dichos criterios. Asimismo, la cuantificación de la cuota tributaria en razón del tipo de gravamen aplicado se realiza de modo distinto, si en un principio se aplicaba un tipo fijo, la modificación normativa atiende a una gradación por la diversa peligrosidad de la energía implicada en la actividad y una cuota fija para las actividades gravadas relacionadas con la energía eléctrica, telefonía y telemática.

El contraste entre las conclusiones extraídas de la STC 179/2006 y la actual regulación del impuesto debe aportar luz sobre la viabilidad de este modelo de imposición ambiental. Por tanto, la escasa operatividad del fallo de la sentencia no incide en la importancia y el alcance doctrinal de los razonamientos jurídicos expuestos en la misma.

III. LA DOCTRINA DE LA STC 179/2006, DE 13 DE JUNIO

Desde luego, el *iter* jurídico de esta sentencia es ya bien conocido, pues el pronunciamiento avanza en la misma dirección que las anteriores sentencias que hemos mencionado en la introducción a este comentario, y básicamente el TC establece idénticos parámetros de constitucionalidad que en la ST C 289/2000, de 30 de noviembre.

Se parte, en primer lugar, del principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas definido por el TC como la *«capacidad de las Comunidades Autónomas para acceder a un sistema adecuado en términos de suficiencia, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas; es decir, para posibilitar y garantizar el ejercicio de la autonomía constitucionalmente reconocida en los artículos 137 y 156 de la Constitución Española»* (fundamento jurídico 3.º). De forma que será la autonomía financiera, en su vertiente normativa, el fundamento habilitador del ejercicio de imposición autonómica.

A continuación, ante la alegación de una posible vulneración constitucional por doble imposición concurrente en el ámbito autonómico y local, el TC recuerda los términos en que debe plantearse semejante pretensión. Así, el TC distingue la «materia reservada» como sinónimo de «materia imponible u objeto del tributo» y el «hecho imponible» como «concepto estrictamente jurídico», cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria. Se traen al texto las manifestaciones realizadas en las SSTC 289/2000, de 30 de noviembre, fundamento jurídico 4.º, y 168/2004, de 5 de octubre, fundamento jurídico 6.º: *«en suma, al "hecho imponible" –creación normativa– le preexiste como realidad fáctica la materia imponible u objeto del tributo, que es la manifestación de riqueza efectivamente gravada, esto es, el elemento de la realidad que soportará la carga tributaria configurada a través del hecho imponible exponente de la verdadera riqueza sometida a tributación como expresión de la capacidad económica de un sujeto»* (fundamento jurídico 4.º). Asimismo, la sentencia tiene presentes los límites a la imposición autonómica impuestos por la LOFCA: de un lado, los hechos imponibles gravados por el Estado (art. 6.º 2) y, de otro, de interés para el enjuiciamiento del impuesto extremeño, las materias imponibles reservadas a las Corporaciones Locales (art. 6.º 3).

A estos efectos, en el fundamento jurídico 5.º se realiza un recorrido por los elementos esenciales del impuesto extremeño, esto es, su configuración jurídica, para dilucidar si grava la misma fuente de riqueza sometida a tributación por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) o, por el contrario, tiene un objeto distinto. Pues bien, comenzando por el objeto del tributo extremeño, siguiendo la dicción de su ley de creación (Ley 7/1997, de 29 de mayo) se trata de un tributo de carácter real «que grava los elementos patrimoniales afectos a la realización de actividades que incidan en el medio ambiente» (art. 1.º 1). Para el Tribunal, el hecho imponible lo constituye, entonces, *«la titularidad por el sujeto pasivo, en el momento del devengo, de los elementos patrimoniales situados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura que se encuentren afectos a la realización de las actividades que integran el objeto del tributo»* (art. 2.º 1), mientras que la base imponible es *«el valor productivo de los elementos patrimoniales»* (art. 6.º 2).

Así, la viabilidad constitucional del impuesto extremeño se sitúa en el efectivo gravamen sobre la actividad contaminante, de manera que si ello se constata no sería posible ofrecer ninguna posibilidad de éxito a las alegaciones presentadas por doble imposición en relación con el IBI⁹. Por ello, en un primer lugar, se precisa verificar la presencia de la finalidad pretendida (lucha contra la contaminación) en el objeto de imposición escogido y, en segundo lugar, el análisis de su estructura jurídica que, de apreciarse similar a la del impuesto balear, avocaría inexorablemente a las consecuencias descritas por el TC en la STC 289/2000.

Pues bien, el Tribunal afirma la idéntica concepción del impuesto extremeño y el Impuesto balear sobre Instalaciones que incidan en el medio ambiente que fue declarado inconstitucional por la STC 289/2000, de 30 de noviembre. En efecto, la conclusión será la misma que en el asunto del impuesto balear, ya que *«el examen de los preceptos que definen los elementos esenciales de*

⁹ Literalmente señala el Tribunal *«si el impuesto ahora controvertido gravase efectivamente la actividad contaminante ninguna tacha habría que hacerle desde la perspectiva del artículo 6.º 3 de la LOFCA en relación con el IBI, en la medida en que ambos impuestos estarían afectando a materias imponibles distintas»* (fundamento jurídico 6.º).

dicho impuesto pone de manifiesto que estamos en presencia de un tributo netamente fiscal o contributivo, en la medida en que no grava directamente la actividad contaminante sino la mera titularidad de unas determinadas instalaciones» (fundamento jurídico 6.º).

Si bien es cierto que el TC rechaza el hecho imponible y la base imponible del impuesto extremeño como aptas para la definición de un gravamen de actividad contaminante, ello no significa que se limite a estos elementos para emitir un juicio sobre la autenticidad de la finalidad medioambiental en la estructura jurídica del impuesto enjuiciado. En este sentido, el TC sostiene que *«la definición legal del hecho imponible (STC 168/2004, de 6 de octubre, fundamento jurídico 10.º) o del objeto del tributo (ATC 417/2005, de 22 de noviembre, fundamento jurídico 6.º) es sólo un elemento más –no definitivo– a la hora de dilucidar cuál es el verdadero objeto del gravamen. Pero (...) existen otros rasgos del impuesto cuestionado que determinan su carácter netamente contributivo y, por ende, lo alejan de otros tributos autonómicos cuya contradicción con el artículo 6.º de la LOFCA hemos descartado, en particular, el impuesto andaluz sobre tierras infrutilizadas (STC 37/1987, de 26 de marzo), del impuesto extremeño sobre dehesas calificadas en deficiente aprovechamiento (STC 186/1993, de 7 de junio), del gravamen catalán sobre elementos patrimoniales afectos a las actividades de las que puedan derivar la activación de planes de protección civil (STC 168/2004, de 6 de octubre) y, en fin, del impuesto extremeño sobre suelo sin edificar y edificaciones ruinosas (ATC 417/2005, de 22 de noviembre)»* (fundamento jurídico 6.º). Sin embargo, *«el impuesto extremeño sobre instalaciones que incidan sobre el medio ambiente no arbitra ningún instrumento que se dirija a la consecución de ese fin»* (fundamento jurídico 7.º) ¹⁰.

A este respecto, el ATC 417/2005 ilustra con diversos criterios la coherencia exigida entre la finalidad perseguida por un impuesto y diferentes disposiciones del impuesto extremeño sobre suelo sin edificar y edificaciones ruinosas, más allá de la configuración de su hecho imponible. Así, la finalidad de este impuesto es la de estimular a los titulares de solares y edificaciones declaradas en ruina a cumplir con el fin social de la propiedad. Y ello se manifiesta, a juicio del Alto Tribunal, en *«la vinculación de la tributación establecida a la consecución de la finalidad pretendida»* que se advierte en la liberación de la obligación tributaria que experimentan los sujetos que cumplen con la obligación de edificar un solar o restaurar una edificación en el plazo establecido de 4 años ¹¹. No obsta para la afirmación de esta finalidad no fiscal de este Impuesto sobre solares y edificaciones

¹⁰ En los dos primeros impuestos mencionados, el Tribunal recuerda cómo su creación cumple con los fines no fiscales, ya sea en sentido positivo, estimulando las conductas consideradas por el legislador acordes con la función social de la propiedad de la tierra, ya sea en sentido negativo, desincentivando aquellas que se alejan de dicho fin. Del primer modo, destaca el Tribunal el incremento de cargas que proporciona el gravamen catalán a actividades o conductas –como el almacenamiento de sustancias peligrosas en suelo urbano– y, en el segundo sentido, añade que la incentivación de conductas puede venir de la mano de la aprobación de exenciones en actividades que conlleven un menor riesgo para el medioambiente.

¹¹ Añade a lo anterior el TC que *«en coherencia con esto, de un lado, el artículo 5.º de la Ley cuestionada establece que "[l]as leyes anuales de Presupuestos podrán establecer excepciones geográficas en atención a la disponibilidad del suelo no especulativo, especialmente en aquellos municipios en los que la emigración, la mortalidad o la abundancia de suelo urbano haga innecesaria la edificación de nuevas viviendas", y, de otro lado, el artículo 12 de la misma norma dispone que disfrutarán de una reducción, nada menos que del 95 por 100 de la cuota del impuesto, aquellos titulares del suelo o edificaciones ruinosas que no dispongan de medios económicos suficientes para cumplir las exigencias derivadas del deber de edificar o rehabilitar»* (ATC 417/2005, de 22 de noviembre, fundamento jurídico 6.º).

ruinosas que éste posea un método de determinación de la cuantía sustentada sobre el valor catastral –al igual que el IBI–. Para el Tribunal esta circunstancia no conlleva la coincidencia del objeto o materia imponible con el IBI (fundamento jurídico 6.º). A diferencia del impuesto extremeño ahora enjuiciado en la STC 179/2006, en cuyo fundamento jurídico 8.º el Tribunal asegura que el criterio de cuantificación del impuesto extremeño –el valor de las instalaciones–, manifiesta la desconexión que existe entre la cuantía del gravamen y la potencial actividad contaminante, tal y como ya mantuviera en relación con el impuesto balear declarado inconstitucional. Y ello, a pesar de que el cálculo se produce en atención a dos parámetros diferentes como son: la capitalización al 40 por 100 del promedio de los ingresos brutos de explotación procedentes de la facturación del sujeto pasivo durante los tres últimos ejercicios anteriores al devengo del impuesto o la producción bruta media de los tres últimos ejercicios (para los procesos de producción de energía) y los kilómetros de estructuras fijas y del número de postes o antenas (para las actividades de transporte de energía, telefonía y telemática).

Por otro lado, el TC en el Auto 417/2005, de 22 de noviembre, trae a colación otros dos elementos que aportan una convicción certera acerca de la finalidad no fiscal de este impuesto: 1.º el comportamiento recaudatorio del tributo que disminuye a medida que se realiza la finalidad perseguida; 2.º la exención legal de actividades que están en la línea del fin descrito en la norma creadora del impuesto ¹².

En defensa de la constitucionalidad del impuesto extremeño, CHECA GONZÁLEZ había alegado como criterio de expresión del fin no fiscal de esta figura tributaria –divergiendo, así, del impuesto balear declarado inconstitucional– la no sujeción de las instalaciones y estructuras que se dediquen a la producción de las energías solar o eólica, al considerar que ello estimula el uso de energías alternativas frente a las tradicionales más contaminantes ¹³. En sentido contrario, este supuesto de no sujeción –sobre el que no se encuentra ninguna manifestación en la STC 179/2006– había servido para apuntar la *intentio legis* del impuesto extremeño de gravar la actividad empresarial misma, pues la producción o el almacenaje de las actividades descritas para el autoconsumo podría fundarse en que se está ante una actividad no destinada a la comercialización que, por tanto, no ofrece beneficios que puedan gravarse y acercarian más al impuesto extremeño a un tributo sobre actividades económicas ¹⁴. En esta misma línea se encuentra el voto particular concurrente a la STC 179/2006 formulado por el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien sostiene que la inconstitucionalidad del impuesto extremeño se debería haber argumentado a partir de la

¹² En concreto, «la ley exime precisamente del pago del tributo a las fincas rústicas o explotaciones agrarias que se encuentren ya sometidas a un plan de mejora o intensificación de cultivos, tanto de carácter forzoso como voluntario, aprobado por la Administración Autónoma y en fase de ejecución», al igual que en el Impuesto andaluz sobre Tierras Infrutilizadas, según la STC 37/1987, fundamento jurídico 13.º.

¹³ CHECA GONZÁLEZ, C., *Los impuestos propios...*, op. cit., pág. 107 y *El impuesto extremeño...*, op. cit., pág. 31. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M., *Alternativa fiscal...*, op. cit., pág. 503.

¹⁴ Vid. BORRERO MORO, C.J., «El Impuesto sobre instalaciones...», op. cit., pág. 1.259 y ALONSO GONZÁLEZ, L.M., *Análisis de los impuestos autonómicos actuales*, IEE, Madrid, 2004, pág. 129. Asimismo estos autores vierten otras críticas sobre la configuración de este supuesto de no sujeción a las que se suman CHICO DE LA CÁMARA, P. y HERRERA MOLINA, P., «La fiscalidad de las emisiones atmosféricas en España», *Tributación medioambiental: teoría, práctica y propuestas* (dir. BUÑUEL GONZÁLEZ, M.), Thomson-Civitas, 2004, págs. 217-218.

coincidencia en el objeto de gravamen del impuesto autonómico con respecto al Impuesto local sobre Actividades Económicas, ya que lo que realmente se grava, a su juicio, es una actividad, la de producción y transporte de energía.

Las manifestaciones del TC que creemos de mayor interés se concentran en el fundamento jurídico 7.º en cuanto echa mano de la STC 289/2000, de 30 de noviembre, para negar la finalidad protectora del medio ambiente en este impuesto extremeño. Su trascendencia va más allá de las consecuencias puramente constitucionales en el fallo de esta sentencia, pues establece y, en este caso, reitera los criterios que el Tribunal sigue para corroborar la auténtica finalidad medioambiental en un impuesto. Así, en relación con el objeto de gravamen, en un impuesto no fiscal deberían someterse a imposición *«aquellas instalaciones, cualquiera que fuese la clase de actividad a la que se hallasen afectas que pudiesen atentar contra el medio ambiente que se pretende proteger; buscando un efecto disuasorio o estimulante de la realización de conductas dañinas o protectoras del entorno ecológico en el que se desenvuelve la actividad»*, lo cual implica que: 1.º la configuración jurídica del impuesto debe mostrar la vinculación de *«la tributación soportada a la consecución de la finalidad pretendida, esto es, se atemperaría el gravamen a la conducta de los sujetos contaminantes»*; 2.º el sometimiento a gravamen de las instalaciones que fuese potencialmente dañinas para el medio ambiente, *«con independencia de la naturaleza de la actividad a la que estuviesen afectadas»*.

De ello, en nuestra opinión, se resume que la finalidad predominantemente no fiscal en un impuesto debe ratificarse tras observar que la figura tributaria no es inmune a la modificación de las conductas de los sujetos contaminantes, es decir, que la obligación tributaria debe experimentar variaciones en su cuantificación como plasmación de la modificación de las conductas de los obligados al pago, lo cual no es más que la especificación del principio «quien contamina paga»¹⁵.

Así, la capacidad de contaminar ha de estar presente en la determinación de la base imponible, circunstancia que no se produce en el impuesto extremeño, pues la producción (al igual que se manifestó en relación con el impuesto balear), la facturación o el número de instalaciones de las actividades gravadas no constituyen criterios de gravamen de la actividad contaminante (fundamento jurídico 8.º)¹⁶, aunque debe reconocerse que las dificultades de medición del daño ambiental son problemáticas de salvar para el legislador autonómico.

¹⁵ Cuestión que reitera más adelante en el mismo fundamento jurídico 8.º *in fine* con las siguientes palabras: «no cabe considerar que el impuesto extremeño cuestionado grave efectivamente la actividad contaminante cuando desconoce el impacto ambiental en que incurren los sujetos llamados a soportarlo, o lo que es lo mismo, la medida concreta en la que cada uno afecta al medio ambiente».

¹⁶ No obstante, algún autor había mostrado un juicio desigual según el criterio utilizado, así mientras que la producción bruta media de los tres últimos ejercicios expresada en kWh multiplicado por un determinado coeficiente se ha considerado con un fin únicamente recaudatorio, la extensión en kilómetros de las instalaciones en el caso de transporte de energía, telefonía y telemática y el número de postes o antenas no conectadas entre sí por cables, sí se habían estimado como auténtica expresión de la capacidad contaminante y de incidencia en el medio por JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, J., «Comentarios acerca del Impuesto...», *op. cit.*, págs. 1.367-1.368.

A ello el Tribunal añade, respecto a la extensión del objeto de gravamen, que «*si el impuesto extremeño (...) gravara efectivamente la actividad contaminante, sometería a gravamen todas aquellas instalaciones que fuesen potencialmente dañinas para el medio ambiente. Sin embargo, lo cierto es que conforme al artículo 1.º 3 de la Ley 7/1997, de 29 de mayo, grava única y exclusivamente a un sector muy reducido de las empresas que desarrollan actividades potencialmente contaminantes, en particular, a las empresas eléctricas y las de comunicaciones telefónicas o telemáticas*» (fundamento jurídico 8.º). Desde nuestro punto de vista, el objeto de gravamen se muestra congruente con la incidencia en el medio ambiente, siempre que se funde en la potencialidad contaminadora de una instalación o actividad, tras haber hecho uso el legislador de su libertad de configuración en la selección del objeto de gravamen. Como muestra del gravamen de instalaciones, se ilustra en la propia STC 179/2006 con el gravamen catalán sobre elementos patrimoniales afectos a actividades de las que pudieran derivar planes de protección civil que, como dice el Tribunal, «*somete a tributación única y exclusivamente a aquellas instalaciones que generen una especial potencialidad para provocar situaciones de grave riesgo colectivo*» [STC 168/2004, de 6 de octubre, fundamento jurídico 10.º b)]. Ejemplo de la selección del gravamen de ciertas actividades es el impuesto castellano-manchego que grava precisamente «*determinadas*» actividades de un sector productivo (energía eléctrica termonuclear), la emisión de sustancias contaminantes y el almacenamiento de residuos radioactivos, consideradas por su alta potencialidad de incidencia nociva para el medio ambiente. Por ello, en este impuesto resultaba inadecuada la exención de actividades gravadas en razón del sujeto de Derecho público que las realiza, pues la realización de la conducta gravada es susceptible de alterar igualmente el medio natural ¹⁷. Una exención similar encontramos en el propio impuesto extremeño en relación con las instalaciones y estructuras de las que sean titulares los entes político-territoriales o sus respectivos organismos autónomos que, sin embargo, se ha mantenido tras la reforma de la Ley 8/2005, de 27 de diciembre, de la Comunidad de Extremadura ¹⁸.

En consecuencia, las argumentaciones anteriores llevan a considerar el impuesto extremeño como gravamen de la mera titularidad de los bienes inmuebles y, por tanto, se produce la vulneración de la prohibición de doble imposición establecida en el artículo 6.º 3 de la LOFCA, en tanto concurre con la materia imponible del IBI (fundamento jurídico 9.º) ¹⁹. A partir de aquí, el grueso del contenido del fundamento jurídico 9.º es un calco de la STC 289/2000, que recogemos de forma sintética:

¹⁷ Esta disposición se ha eliminado, entre otros aspectos, por la Ley 16/2005, de 29 de diciembre, que regula actualmente el impuesto castellano-manchego, como consecuencia del acuerdo político entre autoridades del Gobierno central y autonómico.

¹⁸ En concreto, el artículo 4.º de la Ley 7/1997, de 29 de mayo, de Medidas Fiscales sobre la Producción y Transporte de Energía que incidan en el Medio Ambiente, queda redactado del siguiente modo: «*Estarán exentas del Impuesto las actividades que se realicen mediante: 1. Las instalaciones y estructuras de las que sean titulares el Estado, la Comunidad Autónoma, las Corporaciones Locales, así como sus Organismos autónomos. 2. Las instalaciones y estructuras que se destinen a la circulación de ferrocarriles. 3. Las estaciones transformadoras de energía eléctrica, y las redes de distribución en baja tensión siempre y cuando aquéllas no lleven a cabo actividades de producción de electricidad*».

¹⁹ En palabras del Alto Tribunal «*el impuesto sobre bienes inmuebles grava la capacidad económica que se pone de manifiesto por la titularidad de bienes inmuebles; el Impuesto extremeño sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente somete a tributación exclusivamente la capacidad económica exteriorizada también por la titularidad de bienes inmuebles por determinadas personas o entidades*» (fundamento jurídico 9.º).

1. La coincidencia en la materia imponible gravada se produce en la absoluta generalidad de los supuestos ²⁰.
2. La diversa denominación de «bienes inmuebles» e «instalaciones» en uno y otro impuesto no afecta al hecho cierto de la doble imposición que se produce respecto del objeto gravado.
3. La base imponible se establece con relación al valor de los bienes inmuebles, aunque en cada impuesto se elijan distintos métodos de cuantificación.
4. No se produce la conexión necesaria entre la finalidad referida de protección del medio ambiente y las medidas adoptadas por el legislador que expresan un gravamen sobre los elementos patrimoniales «calculado fundamentalmente en función a la facturación de las empresas titulares» (fundamento jurídico 9.º).

IV. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA TRIBUTACIÓN AUTONÓMICA MEDIOAMBIENTAL

En primer lugar, la STC 179/2006 deja el campo abierto a la línea de imposición que fuera refrendada en la STC 168/2004, básicamente: la imposición sobre la potencial capacidad de contaminar en el medio ambiente, ya sea a través de la estimulación de actuaciones dirigidas a su protección, ya sea a través de la disuasión de conductas perjudiciales para el entorno natural, es decir, se revalida la configuración jurídica del gravamen catalán enjuiciado en esta última sentencia mencionada ²¹. En nuestra opinión, la STC 179/2006, no supone una vuelta atrás respecto a la doctrina sentada en la STC 168/2004, sino que el juicio constitucional se sitúa ante una configuración jurídica bien distinta de tributos ²². Es manifiesto que el impuesto extremeño se había configurado esencialmente como un tributo exclusivamente recaudatorio, que carecía de medidas que gravasen el riesgo de alteración del medio ambiente, a diferencia del gravamen catalán.

²⁰ Esta aseveración puede ser susceptible de matización en cuanto que la doble imposición no se produce en la «absoluta generalidad de supuestos», dado que como bien se expone en el voto particular formulado por la Presidenta del Tribunal doña María Emilia Casas Baamonde –cuya fundamentación se remite a lo expresado en relación con idéntico voto particular formulado a la STC 289/2000–, el objeto del impuesto autonómico alcanza también a bienes muebles afectos a las actividades gravadas por el legislador extremeño. Cuestión distinta es que este argumento goce de la suficiente relevancia como para llevar a la constitucionalidad pretendida del impuesto extremeño.

²¹ *Id.* fundamento jurídico 9.º de la STC 179/2006, de 13 de junio.

²² La traslación de los argumentos de la doctrina de la STC 168/2004 al impuesto extremeño lleva a sostener la constitucionalidad de este tributo en el voto particular formulado por el Magistrado don Pascual Sala Sánchez, al que se adhieren los Magistrados doña Elisa Pérez Vera y don Pablo Pérez Tremps, quienes afirman que «al igual que entendió la STC (...), puede interpretarse que no son dichos elementos patrimoniales los constitutivos del objeto del gravamen, sino las consecuencias en el medio ambiente de las actividades a que están afectos, e inclusive el riesgo potencial para dicho medio que los mismos puedan suponer. Aun no técnicamente bien expresado, la explícita referencia a la afección de los elementos a la realización de actividades que «perturban el medio de Extremadura o comporten potenciales riesgos extraordinarios en su territorio» (art. 1.º 3) abonan dicha conclusión».

El único aspecto de la regulación jurídica en que coinciden ambos impuestos es la afectación de sus ingresos a la financiación de programas de conservación y protección medioambiental. Por ello, la representación procesal de la Junta de Extremadura pretendía que la afectación del impuesto extremeño jugara un argumento primordial en la afirmación de la finalidad predominantemente no fiscal de esta figura tributaria, puesto que fue un rasgo tomado en consideración en la STC 168/2004 para llegar a afirmar la constitucionalidad del gravamen catalán ²³. Sin embargo, el TC es tajante al respecto:

- 1.º «La afectación del gravamen a la finalidad que se dice perseguida no es más que *uno de los varios indicios* –y no precisamente el más importante– a tener en cuenta a la hora de *calificar la verdadera naturaleza* del tributo, esto es, de determinar si en el tributo autonómico prima el carácter contributivo o una finalidad extrafiscal».
- 2.º «Basta la mera lectura de la citada disposición adicional para constatar que no existe la pretendida afectación a actuaciones concretas tendentes a combatir o reparar el daño provocado al medio ambiente por quienes son llamados por la norma legal al pago del tributo, sino una *previsión genérica para financiar* cualquier medida o programa de carácter medioambiental, como, por ejemplo, los programas "que estimulen la reducción, reutilización y reciclaje de residuos" o "de apoyo al transporte público"» (STC 179/2006, de 13 de junio, fundamento jurídico 10.º).

Por tanto, al carácter secundario del criterio de la afectación recaudatoria para determinar la auténtica naturaleza de un tributo ²⁴, se añade en este caso concreto, la abstracción de la afectación en el impuesto extremeño que afirma el TC en tanto en cuanto no pasa, a nuestro juicio, de contenerse en la ley reguladora del impuesto una mera declaración sobre la intención en el destino de la recaudación del mismo. En cualquier caso, este segundo aspecto puede ser discutible, pero no el primero que, incluso, ha venido sosteniéndose por el TC anteriormente. En este sentido, la STC 289/2000, de 30 de noviembre, en su fundamento jurídico 5.º, declaraba que la no afectación de la recaudación en el impuesto balear constituye sólo un criterio adicional para reafirmar su naturaleza exclusivamente fiscal.

En definitiva, lo «verdaderamente extrafiscal» en un impuesto se detecta, para el TC, en la determinación de «*la intensidad con la que las instalaciones gravadas inciden sobre el medio ambiente extremeño*» (fundamento jurídico 9.º). Una vez más se constata que sólo la apreciación de la verdadera finalidad medioambiental en un impuesto autonómico puede llevar a la admisibilidad constitucional de un impuesto autonómico. Ahora bien, el segundo paso en el enjuiciamiento ineludiblemente ha de ser la verificación de dicha finalidad en el diseño jurídico del impuesto que

²³ Vid. Antecedente 6.º y, en el mismo sentido, CHECA GONZÁLEZ, C., *El impuesto extremeño...*, op. cit., pág. 33 y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M., *Alternativa fiscal...*, op. cit., pág. 519, que califica a la afectación del impuesto como criterio «de primera magnitud para juzgar la finalidad del impuesto».

²⁴ Sobre esta cuestión nos remitimos a LUCHENA MOZO, G.M. y PATÓN GARCÍA, G., «Las líneas actuales de gravamen en la tributación medioambiental», *QF* n.º 18/2005, pág. 23.

ha de capaz de recoger parámetros aptos para gravar la capacidad contaminante de las actividades consideradas de riesgo medioambiental.

A ello parece aproximarse más el actualmente vigente impuesto extremeño, tras la modificación de la Ley 8/2005, de 27 de diciembre, de reforma en materia de tributos propios de la Comunidad Autónoma de Extremadura ²⁵. Destacamos en este momento que en lugar de «la titularidad por el sujeto pasivo, en el momento del devengo, de los elementos patrimoniales», el artículo 2.º modificado fija el hecho imponible en las *actividades* consideradas con posible incidencia o riesgo medioambiental, a la vez que se elimina el volumen de facturación como criterio de determinación de la base imponible. Aspectos fundamentales, entre otros, que despejan dudas sobre la finalidad medioambiental de este impuesto, evitan su caracterización como impuesto de carácter patrimonial y con ello el reproche de inconstitucionalidad por doble imposición frente al IBI. El impuesto extremeño sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente, se coloca así entre las figuras tributarias de gravamen de riesgo, ahora sí, establecida para la prevención del daño medioambiental.

²⁵ Un estudio de las modificaciones introducidas en este impuesto se realiza en PATÓN GARCÍA, G., «Hacia un modelo de impuesto ambiental: las reformas pactadas y la creación de nuevos tributos», *Nueva Fiscalidad*, en prensa.



JUAN ANTONIO CÍVICO MALDONADO

Inspector de Hacienda

(Comentario a la STS de 17 de enero de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo,
rec. núm. 1018/2001) *

INTRODUCCIÓN

El medio de proporción empleado por la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) para determinar en qué medida van a poder deducir los sujetos pasivos de las cuotas devengadas por la realización de las operaciones sujetas las cuotas que les han sido repercutidas, por haber sido éstas soportadas y, además, resultar deducibles por su empleo en las operaciones que originan el derecho a la deducción, ha recibido en nuestro ordenamiento la denominación de *prorrata*. Este mecanismo regulado en la Ley del IVA, Ley 37/1992, de 28 de diciembre, pretende asegurar que la deducción de cuotas soportadas se ajuste a la medida exacta marcada por la normativa, esto es, en general, que las cuotas soportadas sólo sean deducibles en cuanto que lo hayan sido en las adquisiciones de bienes o servicios empleados en la realización de operaciones sujetas y no exentas ¹.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Contabilidad y Tributación (Legislación, Consultas y Jurisprudencia)*, CEF, núm. 277 (abril de 2006), págs. 111 y ss., o en *Normacef Fiscal* (NFJ021668).

¹ Artículo 94.Uno.1.º de la Ley 37/1992: «Operaciones cuya realización origina el derecho a la deducción.

Uno. Los sujetos pasivos a que se refiere el apartado uno del artículo anterior podrán deducir las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido comprendidas en el artículo 92 en la medida en que los bienes o servicios, cuya adquisición o importación determinen el derecho a la deducción, se utilicen por el sujeto pasivo en la realización de las siguientes operaciones:

1.º Las efectuadas en el ámbito espacial de aplicación del Impuesto que se indican a continuación:

a) Las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas y no exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido.

b) Las prestaciones de servicios cuyo valor esté incluido en la base imponible de las importaciones de bienes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 83 de esta Ley.

c) Las operaciones exentas en virtud de lo dispuesto en los artículos 21, 22, 23, 24 y 25 de esta Ley, así como las demás exportaciones definitivas de bienes fuera de la Comunidad que no se destinen a la realización de las operaciones a que se refiere el número 2.º de este apartado.

d) Los servicios prestados por agencias de viajes que estén exentos del Impuesto en virtud de lo establecido en el artículo 143 de esta Ley».

La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 17 de enero de 2006 puso fin a la controversia planteada respecto a la posibilidad de deducir o, más bien, solicitar la devolución de cuotas de IVA soportado en un supuesto en que la Administración limitó la posibilidad de tal deducción por aplicación de la regla de prorrata del artículo 102. El recurrente adujo en su recurso que para el cálculo de la prorrata no debía ser considerada la operación de entrega de un bien de inversión por aplicación del artículo 104.Tres.3.º de la Ley del IVA, con lo que su derecho a la deducción no debía verse restringido. La cuestión así delimitada requería del examen del concepto de bien de inversión y del propio mecanismo de proporción (prorrata) empleado para reducir las cuotas de IVA soportado que podría llevar a sus declaraciones como IVA deducible el obligado tributario. Si bien la prorrata se calculará relacionando la cuantía de las operaciones con derecho a deducción efectuadas en el ejercicio con la totalidad de las operaciones desarrolladas, el artículo 104.Tres de la Ley del IVA va a excluir de ambos términos de la relación determinadas operaciones.

El objeto de este comentario será analizar someramente el régimen de prorrata, cómo en virtud del artículo 104.Tres de la Ley del IVA pueden quedar al margen de ésta determinadas operaciones efectuadas por el sujeto y, en último lugar, cómo parece entender la Sentencia de 17 de enero de 2006 que debe delimitarse el concepto de bien de inversión.

EL RÉGIMEN DE PRORRATA

Es la transposición al ordenamiento español de la Directiva 77/388/CEE, de 17 de mayo de 1997, también conocida como Sexta Directiva, la que introduce la aplicación del régimen de prorrata para el cálculo de las cuotas de IVA soportado que van a resultar deducibles. El artículo 17 del texto comunitario, relativo al nacimiento y alcance del derecho a deducir, condiciona la posibilidad de minoración de las cuotas de IVA repercutido en el importe de las cuotas de IVA soportado al indicar en su apartado segundo que la deducción de éstas se podrá realizar *en la medida en que los bienes y servicios se utilicen para las necesidades de sus propias operaciones gravadas* ². Más adelante, el apartado quinto del mismo artículo ofrece una herramienta para realizar el cálculo de las cuotas de IVA soportado que van a resultar deducibles cuando han sido soportadas en la adquisición de bienes y servicios que son utilizados por el sujeto pasivo para efectuar simultáneamente operaciones que generan y que no generan el derecho a la deducción ³. Ello porque la presencia de

² Artículo 17.2 de la Sexta Directiva: «En la medida en que los bienes y servicios se utilicen para las necesidades de sus operaciones gravadas, el sujeto pasivo podrá deducir del impuesto del que es deudor:

- a) El Impuesto sobre el Valor Añadido debido o pagado dentro del país por los bienes que le hayan sido o le vayan a ser entregados y por los servicios que le hayan sido o le vayan a ser prestados por otro sujeto pasivo;
- b) El Impuesto sobre el Valor Añadido, debido o pagado por los bienes importados en el interior del país;
- c) El Impuesto sobre el Valor Añadido debido conforme al artículo 5.º, apartado 7, letra a), al artículo 6.º, apartado 3 y al artículo 28 bis, apartado 6;
- d) El Impuesto sobre el Valor Añadido debido conforme al artículo 28 bis, apartado 1, letra a)».

³ Artículo 17.5 de la Sexta Directiva: «En lo concerniente a bienes y servicios utilizados por un sujeto pasivo para efectuar indistintamente operaciones con derecho a deducción, enunciadas en los apartados 2 y 3, y operaciones que no conlleven tal derecho, sólo se admitirá la deducción por la parte de las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido que sea proporcional a la cuantía de las operaciones primeramente enunciadas.

exenciones va a suponer que no se repercuta el impuesto en las entregas de bienes o prestaciones de servicios y, por lo general, que no se pueda deducir el impuesto soportado en la adquisición de aquellos bienes y servicios incorporados al bien o servicio exento. Cuando el empresario desarrolla actividades tanto en el campo de la exención como en el de la sujeción, sólo será admisible la deducción proporcional de las cuotas soportadas, de acuerdo con la formulación contenida en el artículo 17.5 de la Sexta Directiva. Resultarán deducibles las cuotas soportadas según el porcentaje que resulte de establecer la relación entre dos magnitudes, operaciones realizadas que generen el derecho a la deducción frente a la totalidad de las operaciones realizadas, es decir, tanto las que generan como las que no generan el derecho.

Tras el establecimiento del régimen de deducción proporcional o prorata en el artículo 17, la Sexta Directiva regula el procedimiento para su cálculo en el artículo 19, *Cálculo de la prorata de deducción*⁴.

La relación entre las operaciones realizadas se establece por medio de una fracción que incluye, en su numerador, las operaciones que conllevan el derecho a la deducción y, en el denominador, la totalidad de operaciones efectuadas. Es de destacar la exclusión de los importes correspondientes a las propias cuotas de IVA repercutido en las operaciones y el redondeo a la unidad superior del coeficiente resultante de la fracción.

Por su parte, la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA comienza el desarrollo de la prorata con el artículo 102, sin apartarse de la concepción antes expuesta.

Esta prorata se aplicará en función del conjunto de las operaciones efectuadas por el sujeto pasivo, conforme a las disposiciones del artículo 19.

Esto no obstante, los Estados miembros podrán:

- a) Autorizar a los sujetos pasivos para determinar una prorata por cada uno de los sectores de su actividad, siempre que se lleven contabilidades separadas para cada uno de estos sectores;*
- b) Obligar a los sujetos pasivos a determinar una prorata por cada sector de su actividad, llevando obligatoriamente contabilidades separadas para cada uno de estos sectores;*
- c) Autorizar u obligar a los sujetos pasivos a efectuar la deducción por el procedimiento de afectación real de la totalidad o de parte de los bienes y servicios;*
- d) Autorizar u obligar a los sujetos pasivos a efectuar la deducción, conforme a la regla prevista en el párrafo primero, por todos los bienes y servicios utilizados para todas las operaciones allí enunciadas;*
- e) Disponer que no se tenga en cuenta la cuota del Impuesto sobre el Valor Añadido que no pueda ser objeto de deducción por el sujeto pasivo, cuando dicha cuota sea insignificante».*

⁴ Artículo 19.1: «Cálculo de la prorata de deducción.

1. La prorata de deducción, establecida en el párrafo primero del apartado 5 del artículo 17, será la resultante de una fracción en la que figuren:

- En el numerador, la cuantía total determinada para el año natural del volumen de negocios, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, relativa a las operaciones que conlleven el derecho a la deducción, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 17;

- En el denominador, la cuantía total determinada para el año natural del volumen de negocios, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, relativa a las operaciones reflejadas en el numerador y a las restantes operaciones que no conlleven el derecho a la deducción. Los Estados miembros estarán facultados para incluir igualmente en el denominador la cuantía de las subvenciones que no sean las enunciadas en la letra a) del apartado 1 del punto A del artículo 11.

La cifra de prorata, válida para el año natural, quedará determinada en un porcentaje que será redondeado en la unidad superior».

El artículo 103 diferencia dos clases de prorrata, la general y la especial, y otorga a esta segunda un carácter opcional para los sujetos pasivos salvo que, como resultado de la aplicación de la prorrata general, las cuotas deducibles excedan en un 20 por 100 de las que resultarían de la aplicación de la prorrata especial, situación en la que esta última resulta de aplicación obligada. Ello lleva en la práctica a hacer necesario el cálculo de las dos modalidades.

El artículo 106 queda reservado para la definición de la prorrata especial y sigue el principio de que bajo ésta se podrá deducir el impuesto soportado por todas las adquisiciones que se han incorporado a bienes y servicios gravados y no deducir, en cambio, los soportados por las adquisiciones efectuadas para la realización de operaciones exentas. Requiere para su aplicación de un sistema contable que identifique con precisión las cuotas soportadas en la adquisición de los bienes y servicios empleados en cada tipo de operaciones, gravadas y no gravadas, si bien ofrece unos resultados de mayor precisión en cuanto a la determinación de las cuotas deducibles.

La prorrata general se describe en el artículo 104 de la Ley del IVA en términos semejantes a los empleados por la Sexta Directiva. De acuerdo con ello, se determinará la proporción que se aplicará sobre las cuotas soportadas para determinar el IVA deducible. Por su parte, el artículo 105 explicita la aplicación de una prorrata provisional para la confección de las declaraciones-liquidaciones, prorrata provisional que será la definitiva del año precedente, y establece en su apartado cuarto la obligación de calcular a final de año la prorrata definitiva según las operaciones desarrolladas y practicar la regularización de las deducciones que se han ido realizando en aplicación de la prorrata provisional.

OPERACIONES EXCLUIDAS DEL CÁLCULO DE LA PRORRATA: EL ARTÍCULO 104. TRES DE LA LEY DEL IVA

El artículo 104.Tres de la Ley del IVA excluye del cálculo de la prorrata determinadas operaciones ⁵. En particular, las exclusiones indicadas en sus apartados tercero y cuarto (bienes de

⁵ Artículo 104.Tres de la Ley del IVA: «Para la determinación del porcentaje de deducción no se computarán en ninguno de los términos de la relación:

1.º Las operaciones realizadas desde establecimientos permanentes situados fuera del territorio de aplicación del Impuesto, cuando los costes relativos a dichas operaciones no sean soportados por establecimientos permanentes situados dentro del mencionado territorio.

2.º Las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido que hayan gravado directamente las operaciones a que se refiere el apartado anterior.

3.º El importe de las entregas y exportaciones de los bienes de inversión que el sujeto pasivo haya utilizado en su actividad empresarial o profesional.

4.º El importe de las operaciones inmobiliarias o financieras que no constituyan actividad empresarial o profesional habitual del sujeto pasivo.

En todo caso se reputará actividad empresarial o profesional habitual del sujeto pasivo la de arrendamiento.

Tendrán la consideración de operaciones financieras a estos efectos las descritas en el artículo 20, apartado uno, número 18.º de esta Ley, incluidas las que no gocen de exención.

5.º Las operaciones no sujetas al Impuesto según lo dispuesto en el artículo 7.º de esta Ley.

6.º Las operaciones a que se refiere el artículo 9.º, número 1.º, letra d) de esta Ley».

inversión y operaciones inmobiliarias o financieras *no habituales*) son las que nos van a ocupar en este punto.

Los apartados tercero y cuarto mencionados traen causa del artículo 19.2 de la Sexta Directiva cuando, al describir el cálculo de la prorrata, margina *la cuantía del volumen de negocios relativa a las entregas de bienes de inversión utilizados por el sujeto pasivo en su empresa* así como *la cuantía del volumen de negocios relativa a las operaciones accesorias inmobiliarias y financieras* ⁶.

La idea que encierra tal exclusión parece ser la de evitar que la consideración de estas operaciones pueda distorsionar la correcta aplicación del régimen de deducciones, por la trascendencia que tales operaciones puedan tener respecto de la totalidad de operaciones desarrolladas por el sujeto pasivo en el año de su realización. En el caso de las operaciones inmobiliarias o financieras que no constituyan actividad empresarial o profesional habitual del sujeto pasivo, el tratamiento de exclusión es completo, a diferencia de lo que ocurre con los bienes de inversión, puesto que respecto de éstos la exclusión del cálculo de la prorrata se ve contrarrestada con el establecimiento de un régimen de regularización de las cuotas deducidas en su adquisición. Más adelante nos ocuparemos de la exclusión del artículo 104.Tres.3.º.

En todo caso las exclusiones pretenderían garantizar la neutralidad del impuesto como base del sistema de imposición sobre el consumo.

Respecto de la exclusión del apartado 4.º, en referencia a las operaciones inmobiliarias o financieras *no habituales*, la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 8 de noviembre de 2004, recaída en el recurso número 38/2002, ha precisado en su Fundamento de Derecho Tercero que *la «habitualidad» no es coincidente con «numerosas», se puede hacer una operación una sola vez y ser considerada dentro de la actividad empresarial o profesional «habitual», máxime si, como es el caso, la compraventa de fincas es el objeto social de la actividad empresarial*.

En el supuesto analizado el sujeto pasivo tenía por objeto social la compra y venta de fincas urbanas, solares, terrenos rústicos, así como operaciones de venta, permuta y arrendamiento de edificaciones, viviendas y locales para comercio e industria. El año objeto de liquidación por los servicios de inspección el sujeto comprobado había realizado operaciones de arrendamiento de locales (operaciones sujetas y no exentas) y entrega de fincas rústicas (sujetas y exentas) por lo que se procedió a la aplicación de la prorrata general y la reducción del IVA inicialmente deducido.

Ante la alegación del recurrente en el sentido de que era necesario considerar que la entrega de terrenos había constituido una operación única y excepcional dentro de la actividad

⁶ Artículo 19.2 de la Sexta Directiva: «No obstante lo dispuesto en el apartado 1 para el cálculo de la prorrata de deducción, se excluirá la cuantía del volumen de negocios relativa a las entregas de bienes de inversión utilizados por el sujeto pasivo en su empresa. Se excluirá igualmente la cuantía del volumen de negocios relativa a las operaciones accesorias inmobiliarias y financieras o a las enunciadas en la letra d) del punto B del artículo 13, siempre que se trate de operaciones accesorias. Cuando los Estados miembros hagan uso de la posibilidad prevista en el apartado 5 del artículo 20 de no exigir la regularización para los bienes de inversión, podrán incluir el producto de la cesión de estos bienes en el cálculo de la prorrata de deducción».

de promoción de edificaciones, por lo que no debía considerarse como habitual e incluirse en el cálculo de la prorrata de deducción, la Sala realizó una interpretación que quizá haya ido más allá de la propia dicción de la ley española, al no examinar la habitualidad desde el contexto de las operaciones desarrolladas por el sujeto pasivo, sino desde otro ángulo: bastaría para caracterizar la habitualidad que la operación en cuestión pudiera incardinarse en el objeto social de la sociedad. Para la AN en el fallo comentado la inclusión no parece producirse por la habitualidad de la operación efectuada, puesto que el evento es único en el ejercicio, sino que el cómputo de la operación deriva de la interpretación *a contrario* de la indicación comunitaria en el sentido de excluir las operaciones accesorias. La operación de entrega de terreno rústico sería principal para la sociedad regularizada, ya que este tipo de operaciones constituye su propio objeto social, por lo que quedaría exceptuada de la exclusión.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, los términos empleados por la Sexta Directiva (operaciones accesorias) y la Ley del IVA (operaciones no habituales) no son sinónimos y pueden situar a los contribuyentes españoles en situación de desigualdad respecto de los del resto de Estados miembros, sin perjuicio de la interpretación que por los Tribunales y la propia Administración se pueda efectuar.

Por otra parte la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de junio de 2005 ha venido a incidir en el mismo sentido. En un supuesto que guarda semejanza con el anteriormente descrito el recurrente pretendía la exclusión del cálculo de la prorrata de una operación de venta de terrenos por no constituir su actividad empresarial o profesional habitual. Para el Tribunal, sin embargo, no se acredita suficientemente que la venta sea operación ocasional o no habitual por realizar el sujeto actividades inmobiliarias entre las que se encontraría la venta de terrenos.

Por lo que respecta al apartado 3.º del artículo 104.Tres excluye de la determinación del porcentaje de deducción *las entregas y exportaciones de los bienes de inversión que el sujeto pasivo haya utilizado en su actividad empresarial o profesional*.

El concepto de bien de inversión requiere de un análisis de mayor profundidad, que debe comenzar con la definición que ofrece la propia Ley 37/1992 en su artículo 108. Bajo el título de *Concepto de bienes de inversión* se caracterizan éstos por ser bienes corporales (quedando, por tanto, a un lado los bienes incorporeales), ya muebles o inmuebles, que por su naturaleza y función estén normalmente destinados a ser utilizados por un período de tiempo superior a un año como instrumentos de trabajo o medios de explotación.

A continuación el 108, en su apartado Dos, excluye de la consideración de bienes de inversión una serie de elementos: los accesorios y piezas de recambio para la reparación de bienes de inversión, las ejecuciones de obra para la reparación de otros bienes de inversión, los envases y embalajes, aún reutilizables, y las ropas utilizadas para el trabajo; en último lugar el apartado 5.º del artículo 108.Dos introduce como cláusula de cierre la exclusión del concepto de cualquier otro bien cuyo valor de adquisición sea inferior a quinientas mil pesetas (3.005,6 euros).

Destacan a priori, además de la indicada exclusión de los bienes incorpóreos, dos notas principales de la dicción del artículo 108, como son la durabilidad mínima exigida, por deber estar normalmente destinados a ser utilizados por más de un año, y el coste de adquisición, que en ningún caso podrá ser inferior a 3.005,6 euros.

La dificultad de adaptar al campo jurídico un concepto netamente económico como el de los bienes de inversión queda patente en el artículo descrito. Mayor debe ser aquella si la propia Directiva objeto de transposición rehúsa abordar su definición. No obstante, en todo caso, es loable el tratamiento otorgado a tales bienes, cualesquiera que sean, pues con la diferenciación se garantiza la neutralidad interna del impuesto. En un sistema que grava las entregas de bienes y prestaciones de servicios efectuadas por empresarios o profesionales en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, la exención en las entregas de bienes de inversión conllevaría la piramidación del impuesto. Ésta se produciría al no poderse deducir por el transmitente del bien cuota alguna, al haberse realizado una entrega exenta, por lo que el IVA soportado en la producción de los bienes de inversión se incorporaría al propio coste de venta de tales bienes, coste que por vía de amortización del bien se incorporaría al precio de los bienes producidos con los bienes de inversión, coste incluido en el precio que volvería a ser gravado con ocasión de la venta de los bienes producidos.

Esta común crítica de los impuestos en cascada se acrecentaba en el caso de los bienes de inversión adquiridos por la empresa, porque resultaban doblemente gravados a la adquisición y a la enajenación de los productos finales del proceso productivo.

Evitar la piramidación por medio de la sujeción al impuesto de las transmisiones de bienes de inversión obliga como contrapartida a la admisión de la posibilidad de la inmediata deducción de las cuotas de IVA soportado a la adquisición, para no introducir un importante coste financiero sobre los empresarios o profesionales en la circulación de los bienes que nos ocupan. El IVA tipo consumo así caracterizado hace que el bien de inversión adquirido se trate como cualquier otro *input* de la empresa.

Sin embargo, la propia naturaleza duradera de los bienes de inversión obliga a arbitrar un procedimiento de adecuación de la deducción de las cuotas de IVA soportado en la adquisición del bien de inversión al derecho a la deducción de la empresa en función de las actividades con derecho a deducción o no que desarrolle. La adquisición del bien en el año x , en el que la empresa adquirente puede gozar de un porcentaje de deducción del 100 por 100, conllevará la deducción del importe total del IVA soportado. No obstante, si el bien adquirido se empleara con posterioridad en el año $x + 2$ en la realización de operaciones con derecho a deducción y sin derecho al mismo, se habría producido una deducción inicial excesiva en el año x . La duración de los bienes de inversión y la posibilidad de que fluctúe el derecho a la deducción del sujeto pasivo a lo largo del período de utilización requiere de un seguimiento y corrección, al alza o a la baja, de las deducciones practicadas en origen. Surge así la regularización de las deducciones por adquisición de bienes de inversión, que excluya la posibilidad de que se produzcan pérdidas o ventajas en las deducciones.

El artículo 20.2 de la Sexta Directiva establece la regularización por un período de cinco años ⁷. Tras la modificación introducida por la Directiva 95/7/CE, del Consejo, el período de regularización de los bienes inmuebles de inversión puede alcanzar hasta un máximo de 20 años. En nuestra Ley del IVA es el artículo 107 el que regula la regularización de las deducciones practicadas en relación con la adquisición de bienes de inversión, reservándose para los terrenos o edificaciones el período de regularización de los nueve años naturales siguientes a la adquisición. Puede parecer un período de tiempo discreto, si se quiere hacer efectiva la pretensión de asegurar la neutralidad impositiva respecto de unos bienes que por su naturaleza pueden ser empleados por períodos de tiempo ampliamente superiores. No obstante, aproximar el período de regularización al límite de 20 años marcado por la Directiva no haría sino multiplicar los costos de administración que para los obligados a la regularización ya supone ésta en la configuración actual.

Volviendo sobre el concepto de bien de inversión, concepto que, tras las indicaciones anteriores, podemos denominar crucial desde el momento en que tal calificación conlleva nuevas obligaciones para los sujetos pasivos, decir que la necesidad de una aplicación uniforme del IVA en el territorio de los Estados miembros ha hecho ineludible el pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo sobre el particular.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE) de 1 de febrero de 1977, C-51/76, *Verbond van Nederlandse Ondernemingen/Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, fijó las siguientes notas de los bienes de inversión: bienes utilizados para los fines de una actividad económica, se caracterizan por su naturaleza durable y su valor, que determinan que los costes de adquisición no sean contabilizados normalmente como gastos corrientes, sino amortizados en el curso de varios ejercicios.

De la doctrina del Tribunal puede extraerse la filosofía a aplicar para la interpretación del concepto pero no mucho más. La norma española recoge las características indicadas incluyendo otras, como la fijación de un mínimo de un año de utilización (aunque, como veremos, la utilización no ha de ser efectiva), un límite cuantitativo relativamente bajo, y la elaboración de una lista de exclusiones. La tarea del legislador no alcanza a ocultar la imprecisión del concepto comunitario, pues la interpretación de cuándo un bien sea de inversión parece quedar en el terreno económico más que en el jurídico, con lo que supone de insuficiencia normativa, sin perjuicio de las *barreras infranqueables* del artículo 108 a que eventualmente pueda acogerse el operador jurídico.

⁷ Artículo 20.2 de la Sexta Directiva: «En lo que concierne a los bienes de inversión, la regularización se practicará durante un período de cinco años, que se iniciará en el mismo año en que los bienes hayan sido adquiridos. La regularización se limitará cada anualidad a la quinta parte de las cuotas impositivas que hayan gravado los bienes. Tal regularización se efectuará en función de las variaciones del derecho de deducción que se produzcan en el curso de los años siguientes, en relación con el derecho de deducción del año en el que el bien haya sido adquirido o fabricado.

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior los Estados miembros podrán tomar como base en el momento de la regularización un período de cinco años naturales completos a partir del comienzo de la utilización del bien.

En lo que concierne a los bienes inmuebles de inversión la duración del período que sirve de base para el cálculo de las regularizaciones podrá extenderse hasta veinte años».

ALGUNAS NOTAS ADICIONALES SOBRE EL CONCEPTO DE BIEN DE INVERSIÓN

La caracterización de los bienes de inversión hasta aquí desarrollada muestra la dificultosa aproximación al concepto. Es necesario acudir para su integración a los pronunciamientos que en sede administrativa han abordado la cuestión que nos ocupa.

Así, en primer lugar, podemos mencionar la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 16 de diciembre de 1999. Si bien el supuesto que plantea no es idéntico, pues, en síntesis, trata el cambio de afectación de un bien de inversión de un sector diferenciado de la actividad a otro sector diferenciado, y cómo dicho cambio puede afectar al régimen de deducciones practicadas respecto del bien de inversión, sí contiene alguna indicación que puede servir a nuestros propósitos.

El artículo 154.Dos, párrafo 2.º de la Ley del IVA prohíbe la deducción de cuotas soportadas en las adquisiciones de bienes por parte de las entidades en régimen de recargo de equivalencia, en la medida en que dichos bienes se utilicen en la realización de las actividades a las que afecte ese régimen especial. El Tribunal entendió que el cambio de afectación no debía ser tratado como entrega del bien de inversión (a efectos de su regularización por la vía del art. 110 de la Ley del IVA⁸), sino que debía seguirse la regularización por la vía del artículo 107 de la Ley del IVA. En este contexto encontramos el siguiente pronunciamiento: *En el caso presente, el bien se afectó temporalmente a una actividad sometida al régimen citado durante 6 meses y, realmente, por menos tiempo aún. La «utilización» es un concepto fáctico que la Ley emplea con carácter de totalidad, como sugieren los términos «en la medida que» o «exclusivamente», que no se compagina con una escasa temporalidad ni con el propósito inicial de realizar una actividad (alta en la actividad de arrendamiento) a la que se vuelve en definitiva* (Fundamento de Derecho Tercero).

⁸ Artículo 110 de la Ley del IVA: «Entregas de bienes de inversión durante el período de regularización.

Uno. En los casos de entregas de bienes de inversión durante el período de regularización se efectuará una regularización única por el tiempo de dicho período que quede por transcurrir.

A tal efecto, se aplicarán las siguientes reglas:

1.ª Si la entrega estuviere sujeta al Impuesto y no exenta, se considerará que el bien de inversión se empleó exclusivamente en la realización de operaciones que originan el derecho a deducir durante todo el año en que se realizó dicha entrega y en los restantes hasta la expiración del período de regularización.

No obstante, no será deducible la diferencia entre la cantidad que resulte de la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior y el importe de la cuota devengada por la entrega del bien.

2.ª Si la entrega resultare exenta o no sujeta, se considerará que el bien de inversión se empleó exclusivamente en la realización de operaciones que no originan el derecho a deducir durante todo el año en que se realizó dicha entrega y en los restantes hasta la expiración del período de regularización.

La regla establecida en el párrafo anterior también será de aplicación en los supuestos en que el sujeto pasivo destinase bienes de inversión a fines que, con arreglo a lo establecido en los artículos 95 y 96 de esta Ley, determinen la aplicación de limitaciones, exclusiones o restricciones del derecho a deducir, durante todo el año en que se produjesen dichas circunstancias y los restantes hasta la terminación del período de regularización.

Se exceptúan de lo previsto en el primer párrafo de esta regla las entregas de bienes de inversión exentas o no sujetas que originen el derecho a la deducción, a las que se aplicará la regla primera. Las deducciones que procedan en este caso no podrán exceder de la cuota que resultaría de aplicar el tipo impositivo vigente en relación con las entregas de bienes de la misma naturaleza al valor interior de los bienes exportados o enviados a otro Estado miembro de la Comunidad. [...]».

Este pronunciamiento es obligado según el carácter con que se aborda la cuestión en el artículo 154.Dos de la Ley del IVA, al referirse repetidamente a la *utilización exclusiva* del bien de inversión. No obstante, cabe preguntarse si cuando la Ley, para definir el bien de inversión, emplea en el artículo 108 la expresión *normalmente destinados a ser utilizados* [...] también está empleando un concepto fáctico, de los hechos, que quepa poner en cuestión con posterioridad (como se verá en la Sentencia del Alto Tribunal cuyo comentario es objeto del presente) o si este carácter sólo se predica de la utilización de los bienes de inversión en el marco del régimen del recargo de equivalencia a raíz del artículo 154. Más bien el artículo 108 se aparta de la utilización real otorgando el carácter de bien de inversión en forma presuntiva por la naturaleza y función (añádase económica) del bien, con independencia de cuál sea la utilización efectiva. Sin embargo parece claro que para la exclusión de la prorrata de los bienes de inversión por el artículo 104.Tres.3.º si será exigida la utilización efectiva. Ello supone un doble criterio, pues aunque en un primer momento se va a presumir conforme al artículo 108 de la Ley del IVA que el bien es de inversión a efectos de su regularización año a año de acuerdo con el artículo 107, más adelante y para el cálculo de la prorrata en caso de entrega del bien de inversión, se exigirá para la exclusión del bien de inversión su utilización efectiva.

La Resolución de 13 de octubre de 2004 resolvió un supuesto en que la Inspección había considerado que las operaciones inmobiliarias realizadas por el reclamante debían ser excluidas del cálculo de la prorrata, por no constituir actividad empresarial o profesional habitual del sujeto pasivo. En el Fundamento de Derecho Sexto analiza el Tribunal Central, en primer lugar, si las entregas de bienes inmuebles realizadas eran habituales, a los efectos del artículo 104.Tres.4.º de la Ley del IVA ⁹. Para ello estudia los criterios del TJCE, en concreto los expresados en su Sentencia de 11 de julio de 1996, de los que se extrae la conclusión de que el Tribunal de Luxemburgo vincula, *por tanto, el carácter habitual o no accesorio de las operaciones financieras, o, como es el caso, de las operaciones inmobiliarias, al hecho de que las mismas constituyan una prolongación directa, permanente y necesaria de la actividad imponible del sujeto pasivo*. Se sigue indicando que en el caso analizado la propia naturaleza de la actividad lleva a que la enajenación de activos desafectados sea una operación accesorio, no habitual de la principal, por lo que la exclusión de la prorrata queda justificada.

De acuerdo con ello se aproximan los conceptos principal-habitual, en el sentido de que la oposición a lo accesorio, lo principal, se identifica con las operaciones realizadas habitualmente, en lo que supone de nuevo la interpretación de la ley española, pese al contenido literal del término *habitual* empleado por la ley española, con la vista fijada en la mención de la Directiva cuando habla de *operaciones accesorias inmobiliarias y financieras*.

En el siguiente párrafo y último de la Resolución de 13 de octubre que venimos comentando se ratifica el criterio seguido por la Inspección de excluir de la prorrata por el artículo 104.Tres.3.º

⁹ Artículo 104.Tres: «Para la determinación del porcentaje de deducción no se computarán en ninguno de los términos de la relación:

[...]

4.º El importe de las operaciones inmobiliarias o financieras que no constituyan actividad empresarial o profesional habitual del sujeto pasivo [...].»

los bienes transmitidos por constituir bienes de inversión. A juicio del Tribunal, no ha quedado desvirtuado este carácter de los bienes, pues en este sentido apuntan tanto la previa desafectación de los inmuebles transmitidos de la actividad empresarial de servicios, como la inexistencia de una nueva afectación a otra actividad distinta. La falta de prueba de que se realice por la entidad una actividad de compraventa de inmuebles hace que deba confirmarse el criterio de la Inspección.

Si llevamos el razonamiento esgrimido al extremo tendremos que la afectación o desafectación del bien va a poder prejuzgar el carácter de bien de inversión a los efectos del 104.Tres.3.º, a través de la posibilidad de que se considere cumplida la utilización por el mero título de bien afecto.

En último lugar, la Resolución del TEAC de 15 de diciembre de 2004 al analizar el artículo 123 de la Ley del IVA, relativo al contenido del régimen simplificado del IVA, caracteriza el bien de inversión por oposición a los *bienes de naturaleza corriente* (Fundamento de Derecho Tercero) haciéndose así eco de la mención del propio 123.Uno (tras la reforma por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre) cuando habla de *operaciones corrientes relativas a bienes o servicios afectados a la actividad*. Cabe plantearse si las operaciones corrientes son las habituales o son las opuestas a las de capital. Por otra parte, la afectación es una característica en ocasiones predicada respecto de los bienes de capital, como hemos visto.

Todo esto no hace sino poner de manifiesto los problemas que plantea a lo largo del texto legal la aplicación de un concepto de difícil concreción como es el de bien de inversión.

A la delimitación del concepto también han contribuido otros pronunciamientos en sede administrativa, como las contestaciones a Consultas emitidas por la Dirección General de Tributos.

Ejemplo de ello es la Consulta de 8 de febrero de 1999, en la que la sociedad consultante se dedica a la fabricación de automóviles para su venta. La empresa destina algunos de los vehículos fabricados a atender las necesidades de transporte de la propia sociedad, así como para fines privados de determinados empleados. Con posterioridad, los vehículos son puestos a la venta, resultando frecuente que el tiempo total de permanencia de los vehículos en propiedad de la empresa sea superior al año.

Aquí encontramos, a primera vista, la utilización efectiva a los efectos del artículo 104.Tres.3.º, y el carácter de bien de inversión del artículo 108 por estar los vehículos normalmente destinados a su utilización por un período de tiempo superior a un año.

No obstante, el criterio administrativo difiere al entender que el que los vehículos en ningún caso sean utilizados por la empresa por un período superior a seis meses quiebra la posibilidad de que se consideren bienes de inversión, con independencia de que la permanencia en el patrimonio de la empresa sea superior al año.

Si bien el vehículo por su naturaleza debe ser bien de inversión, puesto que su período útil previsiblemente ha de superar el año, la función que en esta empresa se le atribuye, por período inferior a este límite temporal, conlleva que no tenga tal carácter. La mención objetiva del artícu-

lo 108 de la Ley del IVA (*estén normalmente destinados a ser utilizados...*) se convierte así en un juicio subjetivo respecto de la voluntad del operador económico.

Este carácter crucial con que se interpreta el período del año también aparece en otras contestaciones de la DGT respecto del límite cuantitativo de los 3.005,6 euros a que se refiere el artículo 108.Dos.5.º.

Así, a título de ejemplo, las contestaciones de 11 de junio de 1998, 18 de mayo de 1999, 14 de abril de 2000 y 2 de abril de 2003 resaltan el carácter indefectible de este límite, que además será computado individualmente respecto de cada objeto adquirido.

STS DE 17 DE ENERO DE 2006

Recayó en la resolución del recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 22 de noviembre de 2000, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (AN), dictada a su vez en el recurso contencioso por el que se impugnó la Resolución del TEAC de 12 de marzo de 1998.

La cuestión planteada derivó de la devolución acordada por el Administrador de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Chamartín (Madrid) que en 1994 dictó acto por el que se determinaba la devolución de 11.251.653 pesetas a favor del solicitante, Inmobiliaria Mirafiori, S.L. (en adelante, Inmobiliaria), denegando, no obstante, la devolución de 386.679.136 pesetas también objeto de solicitud por entender que era de aplicación al sujeto la regla de prorrateo que hacía deducible sólo el 5 por 100 de las cuotas de IVA soportado en el ejercicio de 1993.

La inmobiliaria había sido constituida en 1990 por la sociedad Fiat Auto España, S.A., mediante la aportación de un edificio de oficinas. Tenía por objeto el arrendamiento de locales industriales y otros alquileres. La inmobiliaria procedió a arrendar a la sociedad Fiat Auto España el inmueble aportado, si bien hay que decir que la prueba de tal arrendamiento constituye parte de la controversia en el caso.

Con posterioridad, el 24 de diciembre de 1993 la recurrente enajenó el edificio a una entidad bancaria, no repercutiéndose IVA al adquirente por estar la operación exenta por tratarse de segunda transmisión.

El 30 de diciembre de 1993, la inmobiliaria adquirió de una constructora la participación en una serie de inmuebles: parcelas urbanas integradas en un proyecto de actuación urbanística y una serie de apartamentos en construcción. La inmobiliaria soportó las cuotas de IVA repercutido sobre el importe de la venta.

En la confección de su declaración de 1993, la inmobiliaria determinó el IVA repercutido en el ejercicio en 7.505.640 pesetas, y el soportado a deducir en 394.184.776 pesetas.

El Administrador de la AEAT entendió que debía reducirse la cantidad a devolver, por no ser deducibles las cantidades de IVA soportado en la adquisición de los apartamentos por ser destinados a consumidores finales en segunda operación, y por ser de aplicación la regla de prorrata al estar exenta la entrega del edificio de oficinas. El importe de esta operación de enajenación iría al denominador de la prorrata y no al numerador por no haberse repercutido IVA, con lo que se determinaría una prorrata del 5 por 100 del IVA soportado.

La reclamación ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid no fue expresamente resuelta. El posterior recurso de alzada ante el TEAC fue estimado parcialmente por Resolución de 12 de marzo de 1998, que aceptó la deducibilidad del IVA soportado en la adquisición de los apartamentos. El TEAC centró la cuestión, más que en la consideración o no del carácter de bien de inversión del edificio de oficinas a los efectos de la exclusión de la prorrata por el artículo 104.Tres.3.º, en la falta de prueba suficiente por el particular de tal condición. Así, la presentación de declaraciones por la inmobiliaria en los tres primeros trimestres de 1993 con la indicación de «sin actividad» y la no aportación de justificación de que el inmueble hubiese estado destinado a ser utilizado por un período de tiempo superior a un año, fueron determinantes a la hora de no considerar el edificio de oficinas como bien de inversión y no excluirlo de la prorrata.

Destacar que el TEAC indica respecto del edificio: *sin que, [...] se aporte ninguna otra prueba, [...] que justifique que hubiese estado destinado a ser utilizado por un período de tiempo superior a un año [...]*, en lo que supone la falta de pronunciamiento claro sobre qué va a ser lo determinante para el Tribunal en cuanto a la consideración del bien de inversión, si la indicación del artículo 108 (*normalmente destinados a ser utilizados*) o la del 104.Tres.3.º (*bienes de inversión que el sujeto pasivo haya utilizado*). El Tribunal emplea una fórmula no idéntica a la usada por cada uno de estos artículos, aunque más cercana a la definición genérica del artículo 108. Sin embargo y pese a lo que se expresa en el razonamiento transcrito, se acaba aplicando sin citar el sentido del 104.Tres.3.º para denegar la exclusión de la prorrata por negársele al bien el carácter de bien de inversión.

En segundo lugar, decir que esta Resolución del TEAC fue recurrida ante la AN, que la abordó en su Sentencia de 22 de noviembre de 2000 desestimando la demanda contra ella interpuesta.

La AN plantea con acierto los requisitos del bien para ser considerado de inversión: expresa que a pesar del silencio de la Directiva y del amplio margen que se otorga a los Estados para la definición del concepto, en nuestro Derecho el artículo 108 había clarificado las características requeridas. También precisó el Tribunal que de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, la exigencia de que el período de duración mínima del bien debiera ir acompañado de una efectiva explotación debía ser relevante para la resolución del recurso contencioso.

El planteamiento de la cuestión en estos términos precipita el Fallo: la controversia se resume en si el bien fue objeto de utilización por la recurrente para las actividades propias de su objeto social durante el año anterior a su enajenación, al ser exigible la utilización efectiva durante al menos un año. En este orden de cosas, la prueba de tal utilización corresponde al recurrente, que no la ha satisfecho de forma satisfactoria, con lo que no queda sino desestimar el recurso.

Es reseñable la precisión técnica de la Audiencia a la hora de plantear la cuestión, pues circunscribe la litis a la mención del artículo 104.Tres.3.º y la utilización efectiva del bien, abandonando así el artículo 108 y su apriorismo acerca del destino del bien.

Sin embargo la Audiencia se excede cuando exige la utilización efectiva del edificio enajenado *durante el año anterior a su enajenación*, al ser necesaria la explotación efectiva del mismo durante *al menos un año* (Fundamento de Derecho Cuarto). Ya puede tacharse de problemático el interpretar, al hilo de la Ley española, que la utilización efectiva ha de ser por un período mínimo de un año, aunque pueda ser admisible tal interpretación de acuerdo con la jurisprudencia de Luxemburgo. Sin embargo lo problemático se convierte en aventurado cuando se exige la utilización *durante el año anterior a su enajenación*, pues parece limitar en exceso el carácter de bien de inversión, al proscribir la posibilidad de utilización por períodos alternativos hasta completar un año, o en ejercicios no contiguos en el tiempo al de la enajenación. Se configuraría así como bien de inversión el *recientemente utilizado por un período mínimo de un año*, lo que no parece estar justificado a la vista de la definición contenida en la Ley del IVA.

Bien, en último lugar esta sentencia fue recurrida en casación ante el TS. A los efectos que nos ocupan, la sentencia examinó en su Fundamento de Derecho Tercero, por ser de interés en la controversia, el artículo 108 de la Ley del IVA, considerando que *el elemento fundamental de los bienes de inversión, a efectos del impuesto, es la posibilidad de su utilización por un período superior al año, para los fines de una actividad económica, por lo que no podrán tener la consideración de bienes de inversión los bienes que, aun estando destinados a permanecer afectos al activo empresarial por más de un año, no son utilizados como medio de explotación o instrumento de trabajo en la actividad [...]*. Con lo que no bastaría la mera afectación, pues, integrando los artículos 104.Tres.3.º y 108, es necesaria la utilización.

Se sigue indicando por la sentencia que *la definición de bienes de inversión tiene un contenido más amplio que el que pueda corresponder a la cuestión de hecho de la utilización efectiva a demostrar; como sienta la sentencia, pues la Ley no exige que el período de duración mínima del bien vaya acompañado de una efectiva explotación del mismo, al emplear el artículo 108 la expresión «estar normalmente destinados a ser utilizados por un período de tiempo superior a un año»*.

Olvida aquí el Alto Tribunal que la exigencia de utilización efectiva no deriva del artículo 108, sino del 104.Tres.3.º, y que es además indispensable para que el bien de inversión sea excluido del cálculo de la prorratea.

No obstante, con posterioridad en el Fundamento de Derecho Cuarto, el TS sí se hace eco de la diferenciación entre los artículos 104 y 108, al hablar de la necesidad de utilización del bien para su exclusión de la prorratea.

COMENTARIO

Para el examen de la operación será necesario partir de la tributación que debió corresponder a la inicial aportación del edificio por parte de Fiat Auto España.

La operación inicial de constitución de la sociedad Inmobiliaria Mirafiori 2000 y aportación a su activo del edificio de oficinas constituyó una operación sujeta al IVA, si bien pudo estar exenta si la entrega realizada fue segunda transmisión del edificio. Incluso en este caso, la operación pudo haber estado sujeta si se produjo la renuncia a la exención por el transmitente.

En caso de producirse, la deducción inicial del IVA soportado debe determinar que el bien de inversión quede sujeto a la regularización de los bienes de inversión establecida en el artículo 107.Dos¹⁰. Si el sujeto, como parece que ocurrió, no efectuó durante los años 1990 a 1993 operaciones que modificaran su régimen de deducción, por realizar únicamente operaciones sujetas y no exentas, quedaría liberado del procedimiento del artículo 109 de la Ley del IVA.

No obstante, cuando en el año 1993 se produce la entrega del bien de inversión la regularización del artículo 110 de la Ley del IVA resulta ineludible, incluso cuando no se haya estado sujeto a prorrata en los años precedentes¹¹. Y ello no es ilógico si pensamos que lo que se pretende asegurar es que el IVA inicialmente soportado y deducido en el año 1990, a la adquisición del edificio de oficinas, guarde proporción con la efectiva utilización del bien, es decir, se deduzca en la medida en que sea utilizado para la realización de operaciones con derecho a deducción. Ello con independencia de que el bien sea transmitido durante el período de regularización, llevándose a cabo en este caso una única regularización por todos los años que resten del período.

Como en nuestro caso la inmobiliaria realizó una entrega exenta, por aplicación del artículo 110.Uno.2.^a debe entenderse que en los restantes años del período de regularización sólo se regularán operaciones que no generan el derecho a deducir, por lo que el resultado de la regularización del artículo 110 derivará en un importe a ingresar.

Sobre este extremo nada pronuncia el Tribunal, y parece improbable que el sujeto pasivo procediera a regularizar e ingresar tratándose de una cuestión bajo litigio. Más bien lo contrario debe resultar si atendemos al Antecedente de Hecho Primero de la sentencia, en el que el TS recoge la siguiente alegación del particular frente a la sentencia de la Audiencia: pide se declare la [...] *improcedencia subsidiaria de rechazar el derecho a la proyección del derecho a deducir mediante el mecanismo de la regularización establecido en el artículo 20 de la norma armonizadora [...]*. Es de este artículo del que nacen la regularización del 107, por modificación del porcentaje de deducción, y también del 110, por entrega del bien de inversión. Pese a esta indicación, el TS nada pronuncia al respecto, pese a que tal manifestación habría allanado el camino a la Oficina Gestora a la hora de dictar los actos procedentes en ejecución de la sentencia.

Parece necesario resaltar algunos otros aspectos en relación con los bienes de inversión.

¹⁰ Artículo 107.Dos de la Ley del IVA: «Asimismo se aplicará la regularización a que se refiere el apartado anterior cuando los sujetos pasivos hubiesen realizado, durante el año de adquisición de los bienes de inversión, exclusivamente operaciones que originen derecho a deducción o exclusivamente operaciones que no originen tal derecho y, posteriormente, durante los años siguientes indicados en dicho apartado se modifique esta situación en los términos previstos en el apartado anterior».

¹¹ Artículo 110.Dos de la Ley del IVA: «La regularización a que se refiere este artículo deberá practicarse incluso en el supuesto de que en los años anteriores no hubiere sido de aplicación la regla de prorrata».

En concreto, no pueden desconocerse las obligaciones formales que sobre ellos gravitan en virtud de los artículos 164 de la Ley 37/1992 y 62 del Reglamento del IVA, aprobado por Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre.

Los empresarios o profesionales deberán llevar en la debida forma el Libro-Registro de Bienes de Inversión, requisito formal que si bien no va a constituir prueba en sí mismo, sí puede aportar indicios, en su caso, para la formación de la convicción del juzgador.

Como conclusión, y sin entrar a valorar el elemento probatorio del expediente, indicar que el pronunciamiento examinado deja al descubierto la situación de indefinición que en la Ley del IVA aguarda a los bienes de inversión, si bien esta situación deriva en parte del propio carácter de los bienes analizados. Por otro lado, aunque la solución a este tipo de supuestos no ha de llegar a través de la modificación normativa que otorgue mayor trascendencia al cumplimiento de obligaciones formales de llevanza de Libros-Registro, el comportamiento descuidado del sujeto pasivo en el cumplimiento de sus obligaciones sí puede ser interpretado como indicativo del régimen que para los bienes que adquiere reserva el sujeto.

Los bienes de inversión no deben ir transformando su naturaleza a lo largo del tiempo. Siendo elementos caracterizados por unas circunstancias objetivas en cuanto a su propia naturaleza y función, y subjetivas, en cuanto a la intención que respecto de ellos tiene el adquirente, basta con estos requisitos para que tomen el carácter de bien de inversión según el artículo 108 de la Ley del IVA.

No obstante, para que obre la exclusión del 104.Tres.3.º es necesario un paso más, que se demuestre la efectiva utilización del bien, sin que baste que cumpla los requisitos del artículo 108.

Cómo haya de demostrarse tal utilización dará lugar a innumerables controversias. Sin embargo, a falta de otros medios, en esa tarea ha de jugar un papel destacado el análisis de la voluntad del sujeto pasivo, exteriorizada por el cumplimiento de las obligaciones de todo tipo (sustantivas y formales) a que queden sujetos los pretendidos bienes de inversión.

FÉLIX J. LÓPEZ ITURRIAGA

*Profesor de Economía Financiera
y Contabilidad
Universidad de Valladolid*

MAURICIO A. JARA BERTIN

Doctorando Universidad de Valladolid



*Félix J. López
Iturriaga*



*Mauricio A. Jara
Bertin*

Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2006** en la Modalidad de **CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**.

El Jurado ha estado compuesto por: don José Ramón GONZÁLEZ GARCÍA, doña María Teresa DEL VAL NÚÑEZ, doña María Antonia GARCÍA BENAÚ, don Alejandro LARRIBA DÍAZ ZORITA, don Juan Antonio MAROTO ACÍN y don Jesús URÍAS VALIENTE.

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

Extracto:

En el presente trabajo se analiza hasta qué punto algunos rasgos de la comisión de auditoría –como son su tamaño y su composición– y del auditor externo –como la duración de la relación o las características del mismo– afectan a las prácticas directivas de gestión de beneficios. También contrastamos el efecto de las prácticas de gestión de beneficios sobre el valor de la empresa y cómo la estructura de capital de la empresa, su estructura de propiedad y la existencia de oportunidades de crecimiento afectan a tal relación.

Nuestros resultados ponen de manifiesto la existencia de una estrecha relación entre la independencia de la comisión de auditoría y la fiabilidad de la información contable y un menos claro pero también beneficioso efecto del tamaño de dicha comisión. Asimismo, se observa que el prestigio de la empresa auditora mejora la calidad de los estados financieros y que, si bien el auditor externo puede carecer del conocimiento o experiencia necesarios en los primeros momentos de la relación, un contrato de auditoría de duración más prolongada reduce la discrecionalidad contable directiva.

En su vertiente informativa, los ajustes por devengo discrecionales actúan como señal emitida en los mercados financieros para complementar el contenido informativo de los beneficios y, por tanto, tienen un efecto

.../...

.../...

positivo sobre el valor de la empresa. Esta positiva relación es reforzada por otro efecto específico –y también positivo– de la concentración de la propiedad y de la participación directiva en la propiedad. Por el contrario, los ajustes discrecionales transmiten una información negativa en las empresas más endeudadas, si bien esta relación se halla condicionada por la disponibilidad de oportunidades de crecimiento.

Sumario:

1. Introducción.
2. Discrecionalidad contable, auditoría y gobierno corporativo.
 - 2.1. Tamaño de la comisión.
 - 2.2. Independencia de la comisión.
 - 2.3. Auditores externos.
3. Discrecionalidad contable y valor de la empresa.
 - 3.1. Gestión de beneficios y valor de la empresa.
 - 3.2. Gestión de beneficios y estructura de propiedad.
 - 3.3. Gestión de beneficios y estructura de capital.
4. Muestra, variables y metodología.
 - 4.1. Muestra y variables.
 - 4.2. Metodología.
 - 4.3. Método de estimación.
5. Resultados.
 - 5.1. Auditoría y gestión de beneficios.
 - 5.2. Efecto valorativo de la gestión de beneficios.
6. Conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Según cuentan las crónicas de la época, don Gonzalo Fernández de Córdoba, ilustre militar español, fue requerido por el rey Fernando el Católico para que detallara las cuentas de la campaña de Italia que culminó con la conquista del reino de Nápoles en 1498. El Gran Capitán, molesto por lo que él consideraba un excesivo celo fiscalizador del monarca, respondió, con una ironía que la leyenda se ha encargado de magnificar, con una enumeración en la que figuraban conceptos tan variados como extraños: *«Por picos, palas y azadones para enterrar los cadáveres del adversario, cien millones de ducados; ciento cincuenta mil ducados en frailes, monjas y pobres, para que rogasen a Dios por la prosperidad de las armas españolas; cien mil ducados en guantes perfumados para preservar a las tropas del mal olor de los cadáveres de los enemigos tendidos en el campo de batalla; ciento sesenta mil ducados en poner y reponer campanas destruidas por el uso continuo de repicar todos los días por nuevas victorias conseguidas sobre el enemigo; y, finalmente, cien millones por mi paciencia en escuchar ayer que el Rey pedía cuentas al que le había regalado un reino»*. Ciertas o no, las cuentas del Gran Capitán han llegado a nuestros días como expresión de gastos desorbitados y arbitrarios.

Con no poca dosis de exageración, pero también con un innegable fundamento, podríamos decir que la información financiera proporcionada hoy en día por algunas empresas recuerda las cuentas del Gran Capitán. No hace falta remontarse mucho en el tiempo para evocar escándalos como *Enron*, *Worldcom* o *Parmalat* que han sacudido a la opinión pública y han generado la desconfianza de los inversores. En sólo quince años *Enron* pasó de ser una pequeña empresa de gas en Texas a la compañía más grande de Estados Unidos y a estar implantada en más de cuarenta países. Su compleja estructura organizativa, un entramado de más de tres mil sociedades, dificultaba sobremedida las labores de auditoría y control y, en cambio, facilitaba la manipulación de beneficios y el maquiillaje de estados financieros. La exhaustiva investigación realizada por la *Securities and Exchange Commission*, varias comisiones del Congreso, el Departamento de Justicia de Estados Unidos y el *Federal Bureau of Investigation* desveló un fraude de más de 35.000 millones de dólares, concluyó con el procesamiento del presidente ejecutivo Kenneth Lay, del responsable de finanzas de la empresa Andrew Fastow y del auditor jefe David Duncan y el presidente ejecutivo Joseph Berardino de la auditora Arthur Andersen e, indirectamente, trajo consigo la desaparición de esta última.

No muy distinto fue el caso de *Worldcom*, que logró ser la segunda operadora de telefonía de larga distancia en Estados Unidos y cuyo director financiero David Myers, así como los responsables del departamento de contabilidad, fueron acusados y condenados por manipulaciones contables próximas a los 4.000 millones de dólares. Los escándalos financieros se han producido a ambos lados del Atlántico, como atestigua el caso *Parmalat*. Esta multinacional italiana, cuya propiedad se hallaba altamente concentrada en las manos de su presidente y principal accionista,

presentaba un diseño organizativo en el que Calisto Tanzi gozaba de un poder casi absoluto de decisión sin necesidad de contar con el consejo de administración. Las supuestas reservas de 3.950 millones depositadas en las Islas Caimán se transformaron en unas deudas no contabilizadas por valor de once mil millones de euros y generaron un sentimiento de estafa en cerca de 115.000 inversores. Este escándalo salpicó a empresas auditoras como *Deloitte & Touche* y *Grant Thornton* o bancos como *Citigroup*, cuyo buen nombre ha quedado de alguna manera mancillado.

Estos sucesos nos remiten a la separación entre la propiedad y el control de los activos, tan frecuente en las grandes empresas actuales, y que conlleva un asimétrico reparto de información entre las partes intervinientes. Los directivos de las compañías cuentan con mejor información y surge así la necesidad de proveer de una información veraz a los mercados para limitar la discrecionalidad directiva, atenuar las asimetrías informativas y facilitar elementos de referencia que permitan una valoración más correcta de la empresa. Entre los procedimientos para aportar esta información se encuentran los estados financieros, instrumentos que desempeñan un papel clave para ofrecer una imagen fiel de la situación de la empresa. Pero, a pesar de esta intención inicial, cabe una utilización desvirtuada de los mismos por parte de los directivos orientándolos en su propio interés. Por tanto, *grosso modo* cabría distinguir dos tipos de motivaciones para la realización de modificaciones contables. Una de ellas trataría de mejorar el contenido informativo de los estados financieros y de transmitir al mercado información relevante para la valoración de la empresa, mientras que la otra buscaría la satisfacción de la función de utilidad directiva y la presentación de estados financieros más acordes con los intereses de los gestores. Se entiende así la doble motivación de nuestro trabajo en el que, por una parte, contrastaremos el efecto sobre el valor de la empresa de los ajustes contables discrecionales y, por otro lado, estudiaremos las características de la función de auditoría que limitan la utilización discrecional de tales ajustes.

Este estudio ha de enmarcarse en la preocupación, surgida en los últimos años tanto en el ámbito académico como entre los profesionales y las autoridades reguladoras, por el gobierno corporativo, entendido como el conjunto de mecanismos que tratan de garantizar a los aportantes de recursos la remuneración correspondiente a sus inversiones (SHLEIFER y VISHNY, 1997). La legislación española se ha hecho eco de esta inquietud a través de normas de distinto rango, entre las que cabría citar las leyes 44/2002 de Medidas de Reforma del Sistema Financiero Español y 26/2003 de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas, leyes que tratan de incorporar recomendaciones contenidas en los llamados Informe Olivencia, Informe Aldama y el Proyecto de código unificado de recomendaciones sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas ¹.

En estas normas late el intento de mejorar la eficacia de los órganos de administración de las empresas y, más específicamente, de garantizar un comportamiento más transparente de los administradores de las mismas. No ha de extrañar que un aspecto destacado de tales normas sea su preocupación por la información transmitida tanto en términos cuantitativos como en la fiabilidad y puntualidad de la misma.

En un nivel mayor de concreción, tanto el Derecho español como la normativa comunitaria (recogida en las Recomendaciones de 16 de mayo de 2002 de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la independencia de los auditores de cuentas en la Unión Europea y de 15 de noviem-

¹ También conocido como código Conthe.

bre de 2000 sobre el control de la calidad de la auditoría legal en la UE, y en la Comunicación de 21 de mayo de 2003 de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo y al Parlamento Europeo sobre refuerzo de la auditoría legal en la UE) han asumido la necesidad de articular nuevos mecanismos y de mejorar los ya existentes para recuperar la credibilidad de la función de auditoría.

Desde una perspectiva menos jurídica, la literatura previa ha prestado igualmente bastante atención a la función de auditoría en el contexto de los problemas de gobierno de la empresa (KLEIN, 1998; KARAMANOU y VAFEAS, 2005), no faltando referencias a cómo los mecanismos de gobierno corporativo influyen en las prácticas de manipulación de beneficios (BUSHMAN y SMITH, 2002; PEASNELL *et al.*, 2001), a cómo la calidad de la auditoría se relaciona con la gestión de beneficios (BUTLER *et al.*, 2004; NAVARRO y MARTÍNEZ, 2004) e, incluso, se ha propuesto una reflexión sobre la función de auditoría ante los escándalos financieros anteriormente aludidos (GARCÍA y VICO, 2003).

Esta preocupación discurre en paralelo con todo un desarrollo de la literatura centrado en la posibilidad de influir sobre el valor de la empresa mediante procedimientos puramente contables, entre los que destaca la denominada gestión de beneficios o *earnings management* (ERICKSON y WANG, 1999; HEALY y WAHLEN, 1999). La dirección de beneficios se enmarca en el contexto de la discrecionalidad directiva y se entiende como la alteración del resultado empresarial por parte del equipo gestor con intenciones tales como complementar y mejorar la información transmitida al mercado o para satisfacer su propia función de utilidad, a modo de ejemplo. La evidencia empírica disponible revela que tales prácticas tienen un patente efecto en la valoración de la empresa (DECHOW, 1994; DECHOW *et al.*, 1998; DECHOW y DICHEV, 2002) y, por lo tanto, interactúan con las decisiones financieras.

Nuestro trabajo, se centra en las prácticas de gestión de beneficios y discurre en una doble dirección analizando cómo tales prácticas se ven afectadas por la función de auditoría y cómo esas prácticas repercuten sobre el valor de la empresa. Más específicamente, tratamos de valorar hasta qué punto algunos rasgos de la comisión de auditoría –como son su tamaño y su composición– y del auditor externo –como la duración de la relación o las características del mismo– afectan a las prácticas directivas de gestión de beneficios. También deseamos contrastar el efecto de las prácticas de gestión de beneficios sobre el valor de la empresa y cómo la estructura de capital de la empresa, su estructura de propiedad y la existencia de oportunidades de crecimiento afectan a tal relación.

Nuestra investigación se suma así a trabajos previos realizados en España acerca de la gestión de beneficios (GARCÍA y GISBERT, 2003; PASTOR y POVEDA, 2004; RUIZ *et al.*, 2003; ARCAS y VIDAL, 2004; NAVARRO y MARTÍNEZ, 2004; GALLÉN y GINER, 2005; GARCÍA, GARCÍA y MORA, 2005; GARCÍA, GILL y GISBERT, 2005; GINER y MORA, 2005) y trata de complementar la evidencia existente sobre el efecto de los mecanismos de gobierno sobre la discrecionalidad contable (AZOFRA *et al.*, 2002; GARCÍA y GILL DE ALBORNOZ, 2005) y sobre el efecto valorativo de prácticas contables o auditoras (VICO *et al.*, 2004).

Este objetivo presenta una gran actualidad en nuestro país, habida cuenta del cambio normativo que ha tenido lugar recientemente en nuestro país. Por tanto, nos encontramos ante una gran ocasión para valorar con qué eficacia la nueva legislación ha mejorado la calidad y la transparencia informativa. Además, como ponen de manifiesto GABRIELSEN *et al.* (2002), la mayor parte de la investigación relativa al contenido informativo de los beneficios y de los ajustes por devengo se ha centrado en el ámbito anglosajón (SUBRAMANYAM, 1996; AHMED *et al.*, 2001; RICHARDSON

et al., 2002 y 2004; LUI, 2003; LOUIS y ROBINSON, 2004; FRANCIS *et al.*, 2004). Las notables diferencias que existen, tanto en lo referente a la importancia de los mercados financieros como en lo relativo a la estructura corporativa de endeudamiento y de propiedad, entre España y los países del área anglosajona contribuyen a destacar más aún el interés de la investigación en este campo.

Tales diferencias se pueden concretar en tres grandes aspectos: el entorno institucional-legal, la estructura de propiedad de las empresas y la actuación de los mercados de capitales.

Por lo que se refiere al entorno institucional-legal, España pertenece al grupo de países cuya tradición legal se funda en la ley civil (LA PORTA *et al.*, 1997 y 1998). A diferencia de los países basados en el derecho consuetudinario, los países del entorno de ley civil ofrecen una peor protección legal a los inversores y muestran inferiores niveles de calidad contable, lo que incide en la amplitud de los mercados de capitales y en la valoración de las empresas en dichos mercados (LA PORTA *et al.*, 2000).

Parcialmente relacionado con lo anterior –o, incluso, como consecuencia de ello–, la estructura de propiedad de las empresas fuera del ámbito anglosajón presenta dos notas características: una mayor concentración de la propiedad y una superior participación directiva en el capital de la empresa. Mientras que la proporción de propiedad poseída por los cinco principales accionistas es, por término medio, un 25,4 por 100 en Estados Unidos y un 20,9 por 100 en el Reino Unido (PROWSE, 1995), nuestros datos muestran que esa proporción asciende al 59 por 100 en España. Además, la mayor participación directiva en el capital de la empresa dota de un perfil peculiar a los conflictos de agencia pues, en lugar de la dominante divergencia de intereses entre directivos y accionistas propia de los países anglosajones, el conflicto más agudo en España y en otros países continentales europeos es el que surge entre los accionistas controladores mayoritarios y los accionistas minoritarios (BECHT y RÖELL, 1999; BIANCO y CASAVOLA, 1999).

Por lo que respecta a la actividad de los mercados financieros, España –al igual que Japón y los países de Europa Continental– pertenece al grupo de naciones en las que el canal dominante de financiación de la actividad industrial es el bancario y en el que, por tanto, los intermediarios bancarios desempeñan un papel preponderante en comparación con los mercados de capitales (ALLEN, 1995; ALLEN y GALE, 2001). En España el volumen de activos bancarios triplica la financiación recabada en mercados, mientras que en Estados Unidos y el Reino Unido esa proporción se sitúa entre 0,85 y 0,90 (DEMIRGÜC-KUNT y LEVINE, 2001). Estas mismas diferencias se observan en la propiedad de la empresa pues, mientras que el 14,5 por 100 de las empresas industriales españolas cuentan como principal accionista con una entidad de crédito, esta proporción cae hasta el 5,5 y el 4,3 por 100 cuando nos referimos a Estados Unidos y al Reino Unido, respectivamente. Esta menor actividad de los mercados de capitales también va acompañada por una menor eficiencia de dichos mercados en cuanto a la incorporación al valor de los títulos de la información disponible (MARHUENDA, 1996; DEL BRÍO *et al.*, 2002).

Parece, por tanto, pertinente preguntarnos por algunos aspectos que condicionan los ajustes por devengo así como por su contenido informativo en un entorno como el español, caracterizado por una peor protección de los derechos de los inversores, una menor calidad informativa de los estados financieros y un funcionamiento menos eficiente de los mercados de capitales.

Nuestros resultados ponen de manifiesto la existencia de una estrecha relación entre la independencia de la comisión de auditoría y la fiabilidad de la información contable y un menos claro pero también beneficioso efecto del tamaño de dicha comisión. Asimismo, se observa que el prestigio de la empresa auditora mejora la calidad de los estados financieros y que, si bien el auditor externo puede carecer del conocimiento o experiencia necesarios en los primeros momentos de la relación, un contrato de auditoría de duración más prolongada reduce la discrecionalidad contable directiva. En su vertiente informativa, demostramos que los ajustes por devengo discrecionales actúan como señal emitida en los mercados financieros para complementar el contenido informativo de los beneficios y, por tanto, tienen un efecto positivo sobre el valor de la empresa. Esta positiva relación es reforzada por otro efecto específico —y también positivo— de la concentración de la propiedad y de la participación directiva en la propiedad. Por el contrario, encontramos evidencia de que los ajustes discrecionales transmiten una información negativa en las empresas más endeudadas, si bien esta relación se halla condicionada por la disponibilidad de oportunidades de crecimiento.

Para acometer esta tarea articularemos nuestro trabajo en seis epígrafes, los tres primeros de índole más teórica o expositiva y los tres últimos de marcada orientación empírica. Tras la introducción, en el segundo de ellos realizamos una revisión de la literatura referente a la discrecionalidad contable directiva y de sus interacciones con los mecanismos de gobierno, especialmente con los relacionados con la función de auditoría. Este repaso se imbrica con la formulación de las hipótesis que trataremos de contrastar empíricamente. En el tercer epígrafe abordamos una tarea semejante pero centrándonos en la dimensión informativa de la discrecionalidad contable directiva. La descripción de la muestra objeto de estudio así como la presentación de la metodología y de las variables utilizadas para el análisis constituyen el contenido del cuarto epígrafe, mientras que en el quinto expondremos los resultados obtenidos y comentaremos algunas de sus implicaciones. El trabajo finaliza con un apartado en el que se exponen las conclusiones alcanzadas y se apuntan algunas líneas futuras de investigación.

2. DISCRECIONALIDAD CONTABLE, AUDITORÍA Y GOBIERNO CORPORATIVO

La separación entre la propiedad y el control de los activos, tan frecuente en las grandes empresas, conlleva la aparición de una serie de relaciones de agencia, siendo un rasgo común a todas ellas el asimétrico reparto de información entre las partes intervinientes. Los directivos de las empresas cuentan con mejor información no sólo sobre la situación actual y perspectivas de la empresa sino también sobre su propia actuación e implicación en la creación de valor. Por tanto, los directivos disponen de la posibilidad de orientar la gestión de la empresa en su propia utilidad.

Surge así la necesidad de proveer de una información veraz a los mercados con el fin de limitar la discrecionalidad directiva, atenuar las asimetrías informativas y facilitar elementos de referencia que permitan una valoración más apropiada de la empresa. Entre los procedimientos para aportar esta información se encuentran los estados financieros, con los que se supone que la empresa trata de ofrecer una imagen fiel de su situación.

A pesar de que inicialmente los estados financieros responden a esa intención, cabe una utilización desvirtuada de los mismos por los directivos modificando de alguna manera su utili-

dad y orientándolos en su propio interés. Una de las posibles formas de intervención sobre esta información es la denominada gestión de beneficios, entendida como la alteración del resultado contable en función de los intereses de la dirección (DECHOW *et al.*, 1996). Como ha mostrado la investigación (HEALEY y WAHLEN, 1998), esta gestión de beneficios puede obedecer a distintos motivos como pueden ser el deseo de influir en el valor de mercado de los títulos (TEOH *et al.*, 1998a; ERICKSON y WANG, 1999), las cláusulas del endeudamiento (DEFOND y JIAMBALVO, 1994; SWEENEY, 1994) o la alteración de la retribución de los directivos (DECHOW y SLOAN, 1997; HOLTHAUSEN *et al.*, 1995).

El análisis de la gestión de beneficios puede acometerse siguiendo distintos métodos (McNICHOLS, 2000; BENEISH, 2001), entre los que cabe destacar el estudio de los ajustes por devengo agregados (JONES, 1991), los ajustes por devengo específicos (PETRONI, 1992) y el estudio de la distribución de la cifra de resultados (BURGSTAHLER y DICHEV, 1997). Nosotros nos centraremos en el primero de ellos, cuya esencia consiste en que los ajustes por devengo nacen para mejorar el contenido informativo de los estados financieros. Las divergencias entre la corriente de beneficios y la corriente de flujos de caja hacen preciso introducir algunos ajustes contables para mejorar la información de los *cash flow* y, en pura teoría, los ajustes por devengo responden al intento de mejorar la calidad contable (HANSEN y NOE, 1998; FRANCIS y KRISHNAN, 1999; BARTH *et al.*, 2001).

Ahora bien, cabe una utilización interesada de esos ajustes por los directivos para favorecer su función de utilidad, por lo que es conveniente distinguir qué parte de los ajustes por devengo corresponde a cada uno de los motivos o, usando otra terminología, qué parte son ajustes normales o no discrecionales y qué parte resultan ajustes anormales o discrecionales (DECHOW, 1994; PEASNELL *et al.*, 2000). Mientras que el componente no discrecional tiene por objetivo mejorar la calidad de la información contable, el elemento discrecional obedece a las motivaciones discrecionales de los directivos. Esta dicotomía de motivos conduce también a diferentes elementos determinantes de unos y otros. Mientras que los ajustes no discrecionales responderán probablemente a motivos ligados con las operaciones habituales de la empresa, los ajustes discrecionales dependerán de los incentivos y capacidad de los directivos para modificar la contabilidad.

Se explica así que el estudio de la discrecionalidad contable directiva se haga vinculado al gobierno corporativo en cuanto que este último limitará o facilitará la posibilidad de gestión de beneficios. Dentro de los mecanismos que configuran el gobierno corporativo, merece especial atención el consejo de administración pues, en opinión de JENSEN (1993), se sitúa en la cúspide de los mecanismos internos de control directivo. De hecho, la mayor parte de los trabajos tendentes a mejorar el gobierno corporativo hacen una mención muy especial y sitúan el centro de su atención en distintos aspectos del consejo de administración.

Así lo atestiguan las dos principales iniciativas en este sentido en nuestro país. Por un lado, es obligada la cita al denominado Informe Olivencia o Código de Buen Gobierno elaborado por la Comisión para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades creada por el Consejo de Ministros el 28 de febrero de 1997 (MELLE, 1999). Por otra parte, hay que referirse al Informe Aldama o Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas creada por acuerdo del Consejo de Ministros el 19 de julio de 2002. Ambos trabajos tienen en común la aceptación de que el núcleo de la misión del consejo es la función de supervisión (recomendación 1 del Informe Olivencia) y

«la necesidad de establecer rigurosos mecanismos de dirección y control de la gestión que salvaguarden los intereses de accionistas e inversores» (Informe Aldama).

Esta preocupación política se ve respaldada por la literatura científica que ha puesto de relieve la relación que existe entre el consejo de administración y la discrecionalidad directiva. En concreto, está demostrado que la discrecionalidad contable presenta una relación negativa con la presencia de consejeros externos (PEASNELL *et al.*, 1999; XIE *et al.*, 2003) y se relaciona positivamente con el tamaño del consejo de administración (BEASLEY, 1996).

Junto a eso, un elemento destacado de la actuación del consejo de administración —especialmente relevante cuando nos referimos a la calidad de los estados contables— es la existencia de comisiones delegadas del consejo y, más específicamente, la comisión de auditoría (DEFOND y JIAMBALVO, 1991). Se ha observado que algunas características del consejo en cuanto tal no tienen influencia sobre la eficiencia de la empresa, pero sí que resultan determinantes las características de las comisiones en que se estructura el consejo (KLEIN, 1998). Igualmente, se puede afirmar que una reducción de la independencia de la comisión de auditoría desemboca en más frecuentes salvedades en el informe de auditoría (CARCELLO y NEAL, 2000), más frecuentes actuaciones de las autoridades del mercado a este respecto (DECHOW *et al.*, 1996) y en mayor gestión de beneficios (KLEIN, 2002; BRADBURY *et al.*, 2004), si bien no existe unanimidad al respecto y algunos autores dudan de que la comisión de auditoría desempeñe adecuadamente la función para la que ha sido nombrada (SPIRA, 1999).

El legislador español se ha hecho eco de esta importancia y tanto el Informe Olivencia como el Informe Aldama dedican una atención muy especial a los órganos delegados del consejo de administración y, muy notablemente, a la denominada comisión de auditoría y cumplimiento o comisión de auditoría y control. Esta iniciativa ha de entenderse en el contexto del llamado Informe Winter o informe del grupo de alto nivel de expertos en derecho de sociedades sobre un marco regulatorio moderno para el derecho de sociedades en Europa. En esta misma línea, el artículo 47 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, establece la existencia obligatoria en las sociedades cotizadas de una comisión de auditoría. Dicha ley no fija una lista cerrada de funciones para esta comisión, aunque indica una serie de competencias mínimas a las que atribuye gran importancia y que podríamos estructurar en información a los accionistas, supervisión interna y relación y comunicación con los auditores externos (LÓPEZ, 2004).

Éste es el punto de inserción de nuestro trabajo pues, entre otros objetivos, tratamos de estudiar la función supervisora de la comisión de auditoría. Más específicamente, nos planteamos analizar hasta qué punto algunas características de la comisión de auditoría tales como su tamaño o su nivel de independencia inciden en la discrecionalidad contable manifestada en la gestión de beneficios. También estudiamos si la gestión de beneficios puede venir afectada por algunas decisiones tomadas o auspiciadas por la comisión de auditoría tales como la duración del período de relación con el auditor externo o el tipo de auditor.

En consonancia con trabajos anteriores, haremos descansar la eficiencia de la comisión de auditoría para la supervisión directiva en tres aspectos principales (JOHN y SENBET, 1998): el tamaño de la comisión, la composición de la misma y las decisiones que la comisión toma referentes al auditor.

2.1. Tamaño de la comisión.

Existe una laguna en la literatura en lo que respecta a la relación entre el tamaño de la comisión de auditoría y su función de supervisión de estados financieros, carencia que contrasta con la abundancia de referencias relativas a la relación entre el tamaño del consejo de administración y la eficiencia de su actuación. La evidencia empírica muestra que el tamaño del consejo mantiene una relación inversa con la eficiencia (YERMACK, 1996; FERNÁNDEZ *et al.*, 1997; EISENBERG *et al.*, 1998) pues los problemas de coordinación y de toma de decisiones parecen compensar las ventajas de contar con más personas dedicadas a la supervisión (LIPTON y LORSCH, 1992), especialmente en unos consejos que han estado tradicionalmente sobredimensionados (JENSEN, 1993). Aplicando este mismo razonamiento *mutatis mutandis* a la comisión de auditoría, podríamos esperar que un mayor número de miembros en la comisión de auditoría dificulte su actuación y su coordinación dentro de la misma. Por lo tanto, nuestra primera hipótesis podría enunciarse de la siguiente forma:

H1: *Es de esperar una relación positiva entre el tamaño de la comisión de auditoría y la discrecionalidad contable de los directivos.*

2.2. Independencia de la comisión.

La comisión de auditoría, en calidad de comisión delegada del consejo de administración, refleja la composición de este último. A grandes rasgos, el consejo suele hallarse integrado por los denominados miembros internos, es decir, aquellos consejeros que a la vez son directivos de la empresa y por miembros externos que no mantienen otra vinculación con la empresa salvo la pertenencia al consejo ². La combinación de ambos tipos de consejeros tiene por objeto explotar óptimamente las ventajas de cada uno de ellos: el mayor conocimiento de la empresa y del sector de los internos (BAYSINGER y HOSKISSON, 1990; BHAGAT y BLACK, 1999) y la mayor independencia de los externos (BAYSINGER y BUTLER, 1985; ROSENSTEIN y WYATT, 1990).

No obstante, la función de la comisión de auditoría es distinta y la independencia de la misma es especialmente importante; de hecho, en este sentido se han pronunciado tanto el Informe Winter como el Informe Aldama (LÓPEZ, 2004). Igualmente, la Ley 44/2002 recoge esta inquietud, estableciendo en su artículo 47 la obligación de que la comisión esté formada por una mayoría de consejeros no ejecutivos y que el presidente de la misma sea también un consejero no ejecutivo.

La literatura también ha demostrado que la independencia de la comisión de auditoría, en el sentido de una mayor proporción de consejeros externos, conduce a una mejor supervisión de la información financiera y de los sistemas de control interno de la empresa, reduciendo la discrecionalidad directiva (KLEIN, 2002). De ahí que se pueda formular la segunda hipótesis:

H2: *Es de esperar una relación negativa entre la independencia de la comisión de auditoría y la discrecionalidad contable de los directivos.*

² Hemos optado por simplificar y considerar únicamente dos tipos de consejeros. No obstante, podrían hacerse distinciones adicionales como aquellos que, aun no siendo directivos de la empresa, mantienen vínculos de carácter profesional o familiar, son poseedores de paquetes accionariales, etc.

2.3. Auditores externos.

Aunque tratamos de estudiar el efecto que, sobre la discrecionalidad contable directiva tienen algunas características de la comisión de auditoría, es igualmente oportuno analizar cómo influyen en la discrecionalidad directiva algunos otros aspectos relacionados con la función de auditoría. De hecho, existe literatura previa centrada en la vinculación entre la función del auditor externo y la gestión del beneficio (BUTLER *et al.*, 2004). En este punto nos referiremos a dos elementos: la duración de la relación con el auditor externo y las características de dicho auditor.

Por lo que se refiere a la relación temporal con el auditor, la cuestión se plantea vinculada a la rotación del mismo (GÓMEZ y RUIZ, 2003). El marco legal básico en España viene determinado por el artículo 8.4 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, según el cual los contratos de auditoría se firmarán por un período de tiempo inicial de tres a nueve años desde la fecha en que se realice el primer ejercicio a auditar, debiéndose esperar un período de tres años para poder realizar un nuevo contrato con ese auditor. No obstante, este artículo fue modificado por la disposición adicional sexta de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada que introdujo la posibilidad de contratar a los auditores, transcurrido el período de nueve años, por períodos de un año de duración sin que medie interrupción alguna.

La última modificación legislativa reseñable a este respecto viene marcada por el artículo 51 de la Ley Financiera que, además de confirmar la posibilidad de renovaciones anuales del contrato de auditor una vez finalizado el período inicial máximo de nueve años, obliga al cambio de auditor y de todo el equipo de auditoría transcurridos siete años³. Como se ve, el espíritu del legislador es el de facilitar la rotación del auditor a fin de garantizar su independencia, reducir las posibles presiones que sobre él se pudieran ejercer y facilitar una auténtica labor de auditoría.

A pesar de tal planteamiento, la evidencia empírica al respecto no es concluyente, pudiéndose apuntar razones tanto a favor como en contra de una relación prolongada con el auditor. Por un lado, las relaciones más prolongadas facilitan la identificación de los auditores con los criterios e interpretaciones contables del cliente, lo que conduce a la pérdida de objetividad en su función de supervisión (DAVIS *et al.*, 2003). Por otro lado, no faltan trabajos que muestran cómo la rotación de auditores reduce la eficacia de las auditorías a causa de la curva de aprendizaje que dicha función requiere (SAINTY *et al.*, 2002; GEIGER y RAGHUNANDAN, 2002; MYERS *et al.*, 2003). Incluso existe evidencia que muestra un diferente patrón a lo largo del tiempo, de modo que la compra de opinión mantendría una relación positiva con la duración del contrato de auditor durante los primeros años y, transcurrido dicho período, la relación tomaría signo negativo (RUIZ *et al.*, 2006).

Todos estos argumentos permiten plantear una relación entre la calidad de la información contable y la duración del contrato de auditoría en los términos formulados en nuestra tercera hipótesis:

H3: *Cabe esperar una relación no lineal entre la discrecionalidad contable y la duración de la relación con el auditor: esta relación será positiva en los primeros momentos para, alcanzado un umbral, tomar signo negativo.*

³ Esta obligación atañe a aquellas empresas cuyos valores estén admitidos a cotización en mercados secundarios oficiales o cuya cifra de negocios supere los 30 millones de euros.

En lo referente a las características del auditor es obvio que la calidad de la información contable de la empresa estará vinculada a la calidad y prestigio del auditor. De hecho, se observa que los auditores de mayor calidad limitan la posibilidad de dirección de resultados (KIM *et al.*, 2003) y que los estados financieros auditados por las principales empresas de auditoría gozan de mayor credibilidad (TEOH y WONG, 1993). La dificultad consiste en identificar la calidad de los auditores, siendo el criterio más habitual el del tamaño del auditor (DECHOW *et al.*, 1996; BECKER *et al.*, 1998; FRANCIS *et al.*, 1999). Esto nos lleva a formular la cuarta hipótesis:

H4: *La discrecionalidad directiva en materia contable será menor cuando aumenta la calidad del auditor.*

3. DISCRECIONALIDAD CONTABLE Y VALOR DE LA EMPRESA

3.1. Gestión de beneficios y valor de la empresa.

La literatura contable y financiera ha mostrado repetidas veces la existencia de un claro vínculo entre la modificación discrecional de la información contable sobre resultados y el valor de la empresa (HEALY, 1985; DEANGELO, 1988; McNICHOLS y WILSON, 1989; DECHOW *et al.*, 1995; TEOH *et al.*, 1998a y 1998b). Mayores discrepancias, no obstante, surgen a la hora de precisar si dicha relación se debe al hecho de que los ajustes por devengo mejoran o, por el contrario, distorsionan la información contenida en la cifra de beneficios (SLOAN, 1996; SUBRAMANYAM, 1996).

No debemos olvidar que las asimetrías informativas entre el equipo gestor y el resto de *stakeholders* animan a los primeros a hacer uso de un cierto margen de discrecionalidad contable con el objeto de señalar información relevante para la determinación del valor corporativo (HEALY y WAHLEN, 1999). Y, aunque cabe una utilización oportunista de los ajustes por devengo (GUAY *et al.*, 1996), la discrecionalidad directiva en materia contable –plasmada en la gestión de beneficios a través de dichos ajustes– puede ser también una herramienta para mejorar el contenido informativo de los beneficios y, por tanto, conducir a una valoración empresarial más exacta. De hecho, se observa que los ajustes por devengo discrecionales influyen positivamente en el precio de los títulos y tienen una elevada capacidad predictiva de los dividendos y de los beneficios futuros (SUBRAMANYAM, 1996; SLOAN, 1996; KASZNICK, 1999 y RICHARDSON *et al.*, 2004).

No obstante, la utilización de los ajustes por devengo como señal exige necesariamente unas condiciones de credibilidad y la existencia de costes asociados a su uso fraudulento (DECHOW, 1994; HEALY y PALEPU, 1993; LOUIS y ROBINSON, 2005). Una característica de los ajustes discrecionales que puede contribuir a este fin tiene naturaleza fiscal y se deriva del incremento de obligaciones tributarias como consecuencia de un aumento en la cifra de beneficios. Por lo tanto, existirá un cierto *trade-off* entre las ventajas de identificarse como empresa cuyos beneficios le hacen merecedora de una mayor valoración y la mayor carga impositiva adicional como consecuencia de una cifra más alta de beneficios. En esta línea, los directivos de las empresas con menor capacidad de crear valor son conscientes de que el pago de impuestos correspondiente a un aumento de la cifra de beneficios puede anular e, incluso, exceder las ventajas informativas del uso de esa señal y optan

por una política contable de minimización de impuestos a través de la reducción de beneficios (CHANEY y LEWIS, 1995).

Todo ello lleva a pensar que, cuando los directivos elevan contablemente la cifra de beneficios, tienen la certeza de que se logra una valoración más acertada de la empresa, aun cuando esta mejor valoración vaya acompañada de mayores cargas fiscales. En otros términos, una reducción contable de beneficios podría venir explicada por el deseo de reducir las obligaciones impositivas en momentos en los que la empresa tiene menor capacidad de creación de valor. En consecuencia, podemos formular la quinta hipótesis de nuestro trabajo del siguiente modo:

H5: *Existe una relación positiva entre los ajustes por devengo discrecionales y el valor de la empresa.*

3.2. Gestión de beneficios y estructura de propiedad.

Mientras que la literatura ha estudiado frecuentemente el contenido informativo de los ajustes por devengo, menos atención se ha prestado a las características de la estructura financiera y de propiedad que pueden afectar al efecto de la dirección de beneficios sobre el valor de la empresa. Así, JIAMBALVO *et al.* (2002) proporcionan evidencia de la mejor información y de la mayor capacidad de procesamiento de información de los inversores institucionales, mostrando cómo el valor de las acciones de las empresas en manos de este tipo de inversores incorpora más eficientemente la información de los beneficios. A fin de analizar el efecto de la estructura de propiedad sobre el contenido informativo de la gestión de beneficios, dividiremos el estudio en dos aspectos: la concentración de la propiedad y la participación directiva en la propiedad.

Por lo que respecta a la primera de ellas, la literatura ha puesto de relieve una inequívoca –aunque no lineal– relación positiva entre la concentración de la propiedad y el valor de la empresa, puesto que incentiva la supervisión directiva (MORCK *et al.*, 1988; MIGUEL *et al.*, 2004). Pero la concentración de la propiedad también puede afectar al contenido informativo de la gestión de beneficios y, por tanto, a su influencia en el valor de la empresa (DYE, 1988). Partiendo de la concepción de los ajustes por devengo como señales que complementan la información transmitida por los beneficios, no es de extrañar que los accionistas demanden una cierta gestión de beneficios para producir una impresión positiva sobre la eficiencia de la empresa a posibles futuros accionistas. En tal caso, los directivos responden tomando decisiones contables encaminadas a aumentar el valor de la empresa y, por tanto, cabe esperar que el nivel de gestión de beneficios relacionado con la concentración de la propiedad influya positivamente sobre el valor de la empresa. Como la capacidad de los accionistas de imponer este criterio a los directivos aumenta conforme se incrementa su poder de control, esto es, la concentración de la propiedad en manos de los mayores accionistas, formularemos nuestra sexta hipótesis de la siguiente manera:

H6: *El efecto positivo de los ajustes por devengo discrecionales sobre el valor de la empresa estará positivamente afectado por la concentración de la propiedad.*

En cuanto a la propiedad directiva, es obvio que los gestores tienen tanto más interés en maximizar el valor de los títulos cuanto mayor sea su participación en la propiedad. Por lo tanto, poseen incentivos a gestionar beneficios como un medio para aumentar el valor de mercado de la empresa en cuya propiedad participan (SUBRAMANYAM, 1996; GRAHAM *et al.*, 2005). En consecuencia, la participación directiva en el capital refuerza la relación positiva existente entre el valor de la empresa y la gestión de beneficios, de modo que los directivos tenderán a revelar informaciones que aumenten el valor de mercado de los títulos y, por consiguiente, que aumenten también el valor de su cartera. No obstante, esta afirmación ha de matizarse dado el posible atrincheramiento de los gestores (MORCK *et al.*, 1988; MIGUEL *et al.*, 2004) y la negativa repercusión sobre el valor de la empresa de su participación en la propiedad. A pesar de ello, pensamos que existen razones para formular nuestra séptima hipótesis de la siguiente manera:

H7: *El efecto de los ajustes por devengo discrecionales sobre el valor de la empresa estará positivamente afectado por la participación directiva en la propiedad.*

3.3. Gestión de beneficios y estructura de capital.

La ligazón entre la deuda y la discrecionalidad contable ha sido repetidas veces probada por la literatura (WATTS y ZIMMERMAN, 1986 y 1990; DECHOW, 1994; AZOFRA *et al.*, 2002) encontrando evidencia de una relación positiva entre el nivel de endeudamiento y la gestión de beneficios. Esta vinculación positiva viene explicada por el intento de obtener mejores condiciones crediticias o de atenuar los eventuales problemas de renegociación de la deuda u otras restricciones financieras (DECHOW y SKINNER, 2000). Los inversores, conscientes de la existencia de este tipo de motivaciones, recibirán con cautela la información transmitida por los ajustes por devengo. Más aún, la práctica de la gestión de beneficios probablemente afectará de forma negativa al valor de mercado de la empresa ya que el mercado, de alguna manera, descuenta la menor fiabilidad y calidad de los estados financieros de las empresas muy endeudadas. Por lo tanto, se puede formular la siguiente hipótesis acerca de la relación entre la deuda y el efecto de la discrecionalidad contable sobre el valor de mercado de los títulos:

H8: *Los ajustes por devengo discrecionales influirán negativamente sobre el valor de las empresas con mayores niveles de endeudamiento.*

4. MUESTRA, VARIABLES Y METODOLOGÍA

4.1. Muestra y variables.

Como ha quedado dicho, nuestro interés es doble ya que, además de estudiar el efecto valorativo de los ajustes contables, pretendemos analizar la influencia de la función de auditoría en la calidad de la información financiera y, más particularmente, valorar la implantación de la nueva Ley Financiera que obliga a la existencia de una comisión de auditoría. Dicha ley data de 2002 y,

por lo tanto, el ámbito temporal de nuestros datos para ese contraste corresponde a los años 2002 y 2003. No obstante, como algunas variables se han definido como un incremento con respecto a los valores de años anteriores, también ha sido preciso utilizar información financiera de 2001.

En total, la base de datos utilizada en nuestro análisis se halla constituida por datos correspondientes a 176 empresas no financieras españolas que han cotizado en las Bolsas de valores durante el período 1991-2001. La conjunción de los 176 individuos con los once cortes transversales practicados ⁴ permite la formación de un panel de datos desequilibrado –no todas las empresas se hallan incluidas en la base de datos durante todos los años– que contiene 1.209 observaciones y que será tratado con la técnica de datos de panel. Como indica HSIAO (1990), el hecho de que el panel sea desequilibrado no impide la obtención de estimaciones consistentes. Las razones de la incompletitud del panel son variadas, tales como la desaparición o incorporación de las empresas a los mercados de capitales en un momento dado, su fusión con otra empresa, etc., sin que esto implique sesgo alguno de selección. La información empleada es de carácter público y se obtuvo del registro de empresas, del registro de participaciones significativas en el capital y de los estados financieros auditados proporcionados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

La información sobre el tamaño y la composición de la comisión de auditoría y sobre la duración del contrato con el auditor se obtuvo a partir de la página *web* de Informa S.A., empresa responsable de la mencionada base de datos ⁵. Finalmente, la información relativa a salvedades se recabó directamente de los informes de auditoría publicados en las memorias anuales de cada empresa. Hemos considerado sólo aquellos informes de auditoría que presentan salvedades con errores o incumplimiento de los principios y normas contables generalmente aceptados ⁶, incluyendo omisiones de información necesaria, si bien en muchos casos los informes resultaron favorables a pesar de las salvedades.

La presentación de las variables que vamos a considerar puede resultar algo confusa como consecuencia de las dos vertientes de nuestro trabajo –análisis de la influencia de la auditoría en la discrecionalidad contable y análisis de la discrecionalidad contable en el valor de la empresa– y, por tanto, de la existencia de dos tipos de modelos claramente diferenciados. De hecho, la variable dependiente de uno de los modelos actuará como variable explicativa en otro modelo y existen también solapamientos en las variables de control. En términos generales, las variables se pueden estructurar en cinco grandes bloques: variables relativas a la comisión de auditoría, variables referentes al auditor externo, variables de mecanismos de control, variables de control y variables dependientes.

Comenzando por el primero de esos grupos, definiremos la comisión de auditoría en función de dos aspectos: el tamaño de la misma o número total de miembros (TAMCA) y la composición o proporción de externos sobre el total de miembros (CAEXT).

⁴ A pesar de la disponibilidad de información económico-financiera durante doce años, el hecho de haber definido algunas variables como diferencia entre dos períodos consecutivos obliga a prescindir del primero de los cortes transversales.

⁵ Esta información revela que una buena parte de las empresas analizadas tienen como comisión de auditoría una empresa auditora externa –aparte del auditor de cuentas externo tradicional– con la finalidad de cumplir lo exigido en la Ley 44/2002.

⁶ Las salvedades que no hemos incorporado se refieren a cambios durante el ejercicio con respecto a los principios y normas contables generalmente aceptados utilizados en el ejercicio anterior y salvedades en referencia a la incertidumbre. No hemos encontrado opiniones denegadas del auditor.

La relación con el auditor externo se ha cuantificado mediante dos parámetros: por una parte se ha computado el número de años durante los cuales se mantiene el contrato con el actual auditor (TAUD) y, en segundo lugar, se ha tratado de medir la calidad del actual auditor con una variable dicotómica que señala la pertenencia del mismo a los cuatro principales auditores (BIGA) ⁷. Esta variable *dummy* toma el valor 1 si el auditor pertenece a uno de los cuatro principales auditores y 0 en caso contrario.

Los mecanismos de control se han incorporado a través de tres dimensiones: concentración de la propiedad, propiedad directiva y endeudamiento. La concentración de la propiedad (C1) ha sido medida a través de la proporción de acciones poseída por el principal accionista y la participación directiva en la propiedad (PDP) se ha definido como la proporción de acciones en manos de los miembros del consejo de administración. El nivel de endeudamiento (DTAB) ha sido definido como el cociente entre el valor contable de la deuda y el valor total del activo.

Puesto que en la formulación de las hipótesis se hace referencia a efectos diferenciados de los ajustes por devengo en función de la estructura de capital o de propiedad, se ha hecho preciso definir un conjunto de variables cruzadas que tratan de incorporar esos efectos diferenciados. Para ello se definieron previamente tres variables *dummy* ⁸: AC1 toma el valor 1 cuando los niveles de concentración de la propiedad son altos y 0 en caso contrario; APDP que toma el valor 1 cuando la propiedad directiva es alta y 0 en caso contrario, y ADTAB toma el valor 1 cuando los niveles de endeudamiento son altos y 0 en otro caso. Las tres variables *dummy* así calculadas han sido multiplicadas por el valor de los ajustes discrecionales, obteniéndose de este modo indicadores del efecto específico de los ajustes discrecionales en situaciones de alta concentración de la propiedad, de alta participación directiva en la propiedad de la empresas y de alto endeudamiento ⁹.

La inclusión de una única variable cruzada en el modelo nos permite testar separadamente el efecto específico de los ajustes por devengo discrecionales sobre el valor de la empresa dependiendo de la concentración de la propiedad, de la participación directiva en la propiedad y del nivel de endeudamiento y analizar si estos efectos específicos fortalecen o atenúan el efecto general de los ajustes por devengo discrecionales.

Por lo que se refiere a las variables de control, se han incluido cuatro aspectos en consonancia con investigaciones anteriores (DELGADO, 2003; KLEIN, 2002; ANTLE *et al.*, 2002): estructura de capital ¹⁰, tamaño de la empresa, eficiencia y resultados contables pasados negativos. Estas variables de control tratan de incorporar aspectos que, aunque no están directamente vinculados con la comisión de auditoría o con la función del auditor, podrían afectar a la discrecionalidad directiva

⁷ En la revisión de los informes de auditoría se encontraron dieciséis empresas auditoras, siendo las cuatro firmas con mayor participación en el mercado *Deloitte & Touche*, *Ernst & Young*, *KPMG* y *Price Waterhouse Coopers*.

⁸ Para obtener las variables dicotómicas se ha dividido la muestra en tercios en función de la correspondiente variable continua y hemos atribuido el valor *alto* al tercio superior y el valor *bajo* al resto de la muestra.

⁹ Para evitar problemas de multicolinealidad, nunca se introduce más de una variable cruzada en el modelo simultáneamente.

¹⁰ La estructura de capital desempeña un doble papel ya que, de una parte, interviene como mecanismo de gobierno en el contraste de la capacidad informativa de los ajustes discrecionales y, por otra parte, constituye una variable de control al estudiar el efecto de la función de auditoría.

contable o a la calidad de la información contable. Como no constituyen el objeto central del trabajo, creemos que no es necesario proceder a una exposición muy detallada de los fundamentos teóricos de las mismas.

La estructura de capital se ha medido a través de la ratio de deuda total sobre capitales propios (LEV) y se justifica porque las elecciones contables directivas pueden estar mediatizadas por la presión impuesta por el endeudamiento y la posibilidad de violar las cláusulas de la deuda (WATTS y ZIMMERMAN, 1990). En lo referente a la eficiencia, hemos optado por la rentabilidad sobre los activos (ROA) dada la probabilidad de que los directivos utilicen la eficiencia media del sector como referencia para determinar la rentabilidad de su empresa (FAIRFIELD *et al.*, 2003). En la misma línea, cabría pensar que los resultados contables de un ejercicio pueden estar condicionados por los resultados de períodos pasados, habida cuenta de la posibilidad de *earnings smoothing* o alisado de beneficios. Por este motivo, hemos definido una variable dicotómica $LOSS_{t-1}$ que toma el valor 1 cuando las empresas han registrado pérdidas en el año anterior y 0 en caso contrario. El capítulo de las variables de control se cierra con el tamaño de la empresa, medido a través de LNTAB o logaritmo del valor total del activo, en un intento de incorporar posibles economías de escala y la hipótesis tradicional de costes políticos (WATTS y ZIMMERMAN, 1990).

También hemos incorporado como variables de control una serie de 10 variables *dummy* representativas de los sectores de la actividad (DSEC)¹¹ y cinco variables *dummy* que recogen la naturaleza del principal inversor (DINV)¹². Asimismo, en todos los modelos se ha controlado por las correspondientes variables *dummy* temporales.

Finalmente, las variables dependientes son tres. En primer lugar, la cifra de ajustes por devengo anormales o discrecionales (DA) cuyo proceso de obtención se detalla en el siguiente epígrafe. No obstante, esta variable también actúa como variable independiente en otros modelos en los que hemos incluido tanto los ajustes por devengo discrecionales como los no discrecionales (DA y NDA, respectivamente) obtenidos siguiendo el método de sección cruzada de JONES (1991) –como se detalla en el siguiente epígrafe– y los ajustes por devengo discrecionales obtenidos por el modelo de KOTHARI *et al.* (2005) ajustado por la rentabilidad económica (DAROA). A fin de distinguir el efecto de los ajustes realizados al alza de los efectuados a la baja, hemos dividido la muestra en dos tipos de ajustes discrecionales: aquellos que toman valores positivos (DAPOS) y aquellos que toman valores negativos, expresados en valor absoluto (ABSDANEG).

Una segunda variable dependiente viene dada por las salvedades en el informe de auditoría (SALV). Esta última es una variable *dummy* que toma el valor 1 cuando en dicho informe se encuentran referencias a salvedades con errores o incumplimiento de los principios y normas contables generalmente aceptadas (SALV).

En tercer lugar, dada nuestra intención de explicar el efecto de los ajustes por devengo sobre el valor de los títulos, en consonancia con la literatura precedente (CHUNG *et al.*, 2004), usaremos

¹¹ Los sectores considerados son los siguientes: 1. Alimentación y bebidas; 2. Textil, vestido y calzado; 3. Construcción; 4. Materiales de construcción; 5. Inmobiliarias y otros; 6. Autopistas y aparcamientos; 7. Comercio, ocio, turismo y hostelería; 8. Petróleo y energía; 9. Otros bienes de consumo; y 10. Minerales, metales y bienes de equipo.

¹² Las posibles categorías de propietario son: familia o particular, entidad financiera, empresa nacional, empresa multinacional y el Estado.

también como variable dependiente (P) el valor de mercado de los capitales propios complementado con los dividendos correspondientes (*cum-dividend price*) y normalizado por el valor contable del activo a principios del período. Otros trabajos han utilizado como medida de la creación de valor la ratio q de Tobin o una aproximación al mismo (McCONNELL y SERVAES, 1990; MAURY y PAJUSTE, 2005; HILLIER y MCCOLGAN, 2002) o la ratio precio-beneficios (CHEN, 2002). A diferencia de ellos, creemos que existen dos razones que aconsejan definir la variable dependiente en los términos por nosotros empleados: 1) una formulación análoga a la nuestra ha sido utilizada en otros trabajos de valoración de los ajustes por devengo discrecionales (CHUNG *et al.*, 2004), por lo que así se facilita la comparación internacional de nuestra investigación y 2) realizaremos posteriormente un análisis diferenciado en función de la presencia o ausencia de oportunidades de crecimiento, aspecto este que la literatura ha medido de manera mayoritaria mediante la ratio q de Tobin o alguna variante de la relación entre valor de mercado y valor contable. En cualquier caso, a fin de asegurarnos de la robustez de nuestros resultados, replicaremos el análisis usando como medidas alternativas de creación de valor la ratio PER y una aproximación a la ratio q de Tobin.

Por eso, siguiendo a la principal literatura al respecto, hemos asimilado la existencia de oportunidades de crecimiento (MTB) al cociente entre el valor de mercado y el valor contable de los recursos propios (*market-to-book ratio*), suponiendo que aquellas empresas cuya ratio es superior a la unidad disponen de tales oportunidades, mientras que las que presentan un valor inferior a la unidad carecen de posibilidades rentables de crecimiento ¹³.

Una primera aproximación a los valores de las distintas variables se presenta en la **tabla 1**.

4.2. Metodología.

Dado el objetivo de nuestro trabajo, un elemento clave de la investigación es identificar y medir adecuadamente la discrecionalidad contable directiva. Para acometer esta tarea haremos uso de dos medidas alternativas. La primera de ella tiene un carácter más a priori y se basa en la gestión de beneficios, mientras que la segunda es una medida a posteriori como son las salvedades en el informe de auditoría.

Por lo que se refiere a la primera medida, el estudio de la gestión de beneficios se fundamentará, en consonancia con literatura precedente, en los ajustes por devengo (PEASNELL *et al.*, 1999, 2000 y 2001). Como ya quedó indicado, un elemento clave en este contexto es la distinción entre los ajustes por devengo que podrían considerarse normales o no discrecionales y aquellos que resultan anormales o discrecionales. Por lo tanto, estructuraremos este primer tipo de análisis en dos pasos: el cálculo de los ajustes totales por devengo y la desagregación de tales ajustes en su componente discrecional y no discrecional.

El método empleado para la estimación de los ajustes por devengo se basa en el modelo de sección cruzada de JONES (1991), modelo que ha sido ampliamente utilizado como aproximación a la discrecionalidad contable y es uno de los más populares dentro de la literatura (DECHOW *et al.*, 1996;

¹³ Este criterio permite dividir la muestra en dos grupos de 629 y 580 observaciones, respectivamente.

BANNISTER y NEWMAN, 1996; SUBRAMANYAM, 1996; BARTOV *et al.*, 2000; GARCÍA y GISBERT, 2003; GARCÍA *et al.*, 2005; GARCÍA y GILL DE ALBORNOZ, 2005; GALLÉN y GINER, 2005). Como es conocido, en este modelo se intenta explicar los ajustes por devengo totales (TA) en función de la variación de la cifra neta de negocios respecto del año anterior ($\Delta VTAS$) y del valor del inmovilizado susceptible de amortización, tanto material como inmaterial (INM). Para evitar problemas de heterocedasticidad todas las variables se dividen por el activo total a principio del período.

Los ajustes por devengo totales (TA) se definen como la variación de los activos circulantes que no son activos monetarios —existencias y derechos de cobro—. Por lo tanto, TA indica el nivel total de ajustes por devengo efectuados a fin de matizar la información proporcionada por las corrientes de movimientos de tesorería.

No obstante, la estimación de los ajustes por devengo discrecionales puede hallarse sesgada por la eficiencia de la empresa (DECHOW *et al.*, 1995). La posibilidad de reversión a la media o de *momentum* en el valor previsto de las ventas o de los beneficios ¹⁴ aconsejan la inclusión de una variable de eficiencia (KOTHARI *et al.*, 2005; LOUIS y ROBINSON, 2005). Por este motivo, se ha introducido en nuestro modelo la rentabilidad del activo (ROA), variable que resulta preferible a otros indicadores de eficiencia operativa o de rendimiento de las acciones (BARBER y LYON, 1996; LYON *et al.*, 1999; IKENBERRY *et al.*, 1995).

Por consiguiente estimaremos una ecuación en la que TA actúa como variable dependiente. Dado que los ajustes por devengo se conciben como una forma de mejorar la calidad informativa de los estados financieros a fin de corregir las deficiencias derivadas de posibles desajustes entre las corrientes de cobros, pagos, ingresos y gastos, introduciremos como variables explicativas los factores a los que nos acabamos de referir. El subíndice *i* identifica el individuo y el subíndice *t* el período temporal. ε_{it} representa la perturbación aleatoria de cada observación.

$$TA_{it} = \alpha + \beta_1 \Delta VTAS_{it} + \beta_2 INM_{it} + \beta_3 ROA_{it} + \varepsilon_{it} \quad [1]$$

Un elemento clave en los modelos de ajustes por devengo es el desglose en sus componentes discrecional y no discrecional. Para ello, los valores estimados en la ecuación [1] se entienden como aquellos niveles de ajustes por devengo que resultan normales o no discrecionales. Por consiguiente, el error de la regresión se corresponde con los ajustes motivados por actuaciones discrecionales de los directivos y recibirá la denominación de ajustes anormales o discrecionales (DA):

$$DA_{it} = TA_{it} - (a + b_1 \Delta VTAS_{it} + b_2 INM_{it} + b_3 ROA_{it}) \quad [2]$$

donde a , b_1 , b_2 y b_3 son los estimadores de los coeficientes de regresión α , β_1 , β_2 y β_3 .

Dado que estos DA constituyen una aproximación a la intervención directiva interesada en la contabilidad, nos permitirán conocer hasta qué punto los mecanismos legalmente previstos y, más en

¹⁴ La reversión a la media, *momentum* u otras desviaciones aparecen en las empresas con un irregular historial de eficiencia. En tales casos, la utilización del incremento de la facturación como variable explicativa es insuficiente para predecir los ajustes por devengo no discrecionales, haciéndose necesario la incorporación de medidas de eficiencia.

concreto, la función de auditoría puede modelar esa discrecionalidad. Es de destacar que la gestión de beneficios no implica únicamente el aumento artificial de la cifra de beneficios sino que puede tomar la forma de *alisado de beneficios*, consistente en transferir beneficios de un período a otro con el fin de mantener un patrón estable de beneficios. Por lo tanto, podríamos encontrar casos de una reducción interesada de beneficios con el objeto de aprovechar esos beneficios en períodos futuros o como consecuencia de incrementos anormales en los beneficios de años anteriores. De ahí que caractericemos doblemente la gestión de beneficios a través del valor absoluto de los ajustes por devengo y del valor de dichos ajustes propiamente dicho. Los ajustes discrecionales orientados al incremento de los beneficios son los más destacados (PEASNELL *et al.*, 2001), pero un análisis completo de la gestión de beneficios exige, ante todo, estudiar el valor absoluto de los ajustes discrecionales.

Por ese motivo, el segundo paso de nuestro trabajo consiste en analizar la relación que existe entre DA y las distintas variables a las que hacen referencia las cuatro primeras hipótesis siguiendo las expresiones [3] y [4], en las que se han introducido simbólicamente aquellas variables independientes que mantienen una relación más estrecha con el núcleo de nuestro interés:

$$\begin{aligned} \text{ABSDA}_{it} = & \alpha + \beta_1 \text{TAMCA}_{it} + \beta_2 \text{CAEXT}_{it} + \beta_3 \text{BIGA}_{it} + \beta_4 \text{TAUD}_{it} + \\ & + \beta_5 \text{TAUD}_{it}^2 + \beta_6 \text{LNTAB}_{it} + \beta_7 \text{LEV}_{it} + \eta_i + \varepsilon_{it} \end{aligned} \quad [3]$$

$$\begin{aligned} \text{DA}_{it} = & \alpha + \beta_1 \text{TAMCA}_{it} + \beta_2 \text{CAEXT}_{it} + \beta_3 \text{BIGA}_{it} + \beta_4 \text{TAUD}_{it} + \\ & + \beta_5 \text{TAUD}_{it}^2 + \beta_6 \text{LNTAB}_{it} + \beta_7 \text{LEV}_{it} + \eta_i + \varepsilon_{it} \end{aligned} \quad [4]$$

De esta manera, el análisis de los estimadores obtenidos nos permitirá conocer hasta qué punto las características de la comisión de auditoría o la relación con el auditor pueden afectar a la actuación discrecional de los directivos en materias contables.

En relación con la segunda de las medidas de discrecionalidad contable propuestas, las salvedades en el informe de auditoría, hay que recordar que la credibilidad de los estados financieros depende críticamente de la actuación de los auditores externos (RUIZ y GÓMEZ, 1998). La responsabilidad asumida por éstos se plasma en los informes de auditoría, en donde queda expresada su opinión respecto de la fidelidad de los estados financieros y se verifica la pertinencia de los procedimientos contables utilizados.

En caso de que estos procedimientos sean inadecuados o se encuentren fuera de los principios generalmente aceptados, los auditores mostrarán sus reservas, comunicarán a la dirección sus objeciones instando a enmendar los errores y, en caso de persistencia, podrán llegar incluso a no emitir el informe. Es de esperar que en esos casos los responsables de la empresa realicen las rectificaciones oportunas para evitar las salvedades o la no emisión del informe de auditoría dado el coste que esos hechos tendrían (NELSON *et al.*, 2002). La evidencia empírica muestra que los auditores tienden a ser conservadores y se muestran escépticos ante una modificación exagerada en la cifra de beneficios (CHUNG *et al.*, 2003 y 2005), si bien no es éste el único motivo que influye en la aparición de salvedades en el informe de auditoría (LYS y WATTS, 1994; BARTOV *et al.*, 2000). Como muestran BUTLER *et al.* (2004), el descubrimiento de la manipulación de resultados, con el consiguiente peligro de salvedad en el informe, se resuelve frecuentemente siguiendo las indicaciones del auditor externo.

Por tanto, aunque la relación no sea unívoca, las salvedades pueden ser consideradas una manifestación de la gestión de beneficios o, para ser más precisos, reflejan el hecho de que la gestión de beneficios ha sido detectada. Desde esta perspectiva, las hipótesis que anteriormente formulamos acerca de la gestión de beneficios son de aplicación en este caso y es de esperar que la existencia de salvedades en el informe de auditoría venga afectada por los mismos factores a los que se hizo alusión. Por eso, el modelo objeto de contraste tomará la forma:

$$\begin{aligned} \text{SALV}_{it} = & \alpha + \beta_1 \text{TAMCA}_{it} + \beta_2 \text{CAEXT}_{it} + \beta_3 \text{TAUD}_{it} + \beta_4 \text{TAUD}^2 + \\ & + \beta_5 \text{BIGA}_{it} + \beta_6 \text{LOSS}_{it} + \eta_i + \varepsilon_{it} \end{aligned} \quad [5]$$

Por lo que se refiere al efecto de los ajustes discrecionales sobre el valor de la empresa, los modelos que serán objeto de contraste revisten la siguiente forma, diferenciándose el modelo [6] de [7] en que se ha dado entrada a las variables cruzadas y se ha eliminado DTAB como variable de control ¹⁵. En el modelo [4] hemos sintetizado en DX cada una de las variables *dummy* indicativas de la estructura de capital o de propiedad (AC1, ADTAB, APDP):

$$\begin{aligned} P = & \beta_0 + \beta_1 \text{DA}_{it} + \beta_2 \text{NDA}_{it} + \beta_3 \text{LNTAB}_{it} + \beta_4 \text{DTAB} + \beta_5 \text{DSEC}_{it} + \\ & \beta_6 \text{DINV}_{it} + \eta_i + \eta_t + \varepsilon_{it} \end{aligned} \quad [6]$$

$$\begin{aligned} P = & \beta_0 + (\beta_1 + \alpha_X \text{DX}_{it}) \text{DA}_{it} + \beta_2 \text{LNTAB}_{it} + \beta_3 \text{DSEC}_{it} + \\ & + \beta_4 \text{DINV}_{it} + \eta_i + \eta_t + \varepsilon_{it} \end{aligned} \quad [7]$$

donde η_i representa el efecto individual, η_t el efecto temporal y ε_{it} el error estocástico. El efecto individual incluye una variedad de efectos específicos de cada empresa y constantes a lo largo del tiempo. El efecto temporal incluye aquellos efectos macroeconómicos que influyen en todas las empresas en el mismo período. El término de error estocástico recoge tanto la medición errónea de alguna variable independiente como la omisión de variables explicativas.

4.3. Método de estimación.

Por lo que respecta al método de estimación, la estructura de la base de datos, formada por datos procedentes de las mismas empresas durante distintos períodos, permite la construcción de un panel de datos y la estimación de las ecuaciones [1], [3], [4], [6] y [7] siguiendo el método de datos de panel. En esencia, este método parte de la consideración de peculiaridades específicas de cada empresa y que permanecen constantes a lo largo del tiempo, que serán denominadas heterogeneidad inobservable constante (ARELLANO y BOVER, 1990; ARELLANO y BOND, 1991). El control de esta heterogeneidad permite la obtención de estimadores más eficientes que la regresión ordinaria.

A la hora de elegir el método de estimación según el procedimiento de datos de panel se hace preciso algún comentario. Un elemento básico del procedimiento es el tratamiento otorgado

¹⁵ Se ha eliminado el nivel de endeudamiento como variable de control pues se introducen variables cruzadas con las que se incorpora el efecto del nivel de endeudamiento.

al término de efectos fijos. Habitualmente este efecto es, como ya se dijo, inobservable y, por lo tanto, queda subsumido dentro de la perturbación aleatoria. En tales casos es clave conocer el tipo de relación que mantiene el término de efectos fijos con las restantes variables aleatorias porque esa relación se hará extensiva a la perturbación aleatoria.

Habitualmente suele existir correlación entre el término de efectos fijos y las variables explicativas. Esta correlación se detecta a través del test de Hausman y, en tales casos, el método más apropiado de estimación es la estimación intra-grupos (*within-groups*). Cuando el test de Hausman no aconseje rechazar la hipótesis nula de ausencia de correlación, se procede a la estimación mediante el método de mínimos cuadrados generalizados.

En lo referente a los factores que influyen sobre las salvedades del informe de auditoría, hemos optado por un análisis *logit* puesto que la variable dependiente (SALV) es una variable dicotómica, mientras que las variables explicativas serán las propuestas anteriormente.

En el caso del análisis *logit*, el control de la heterogeneidad inobservable constante es más necesario que en los otros modelos, puesto que en estos últimos la ausencia de correlación entre el término de efectos fijos y las variables independientes garantiza la consistencia de los estimadores, propiedad que no puede asegurarse necesariamente en el caso de los modelos *logit* (GREENE, 1999; ZÚÑIGA *et al.*, 2002). La estimación del modelo [5] se ha hecho usando el método de efectos aleatorios ya que la estimación máximo-verosímil del modelo de efectos fijos excluye aquellas observaciones cuya variable dependiente no se ha modificado en distintos periodos y, por tanto, omitiría aquellas empresas que no han sufrido salvedades de auditoría en ningún periodo. 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 (MORA, 1994).

Por lo que respecta al método de estimación de la relación entre ajustes discrecionales y valor de la empresa, los posibles problemas de heterogeneidad inobservable y de endogeneidad aconsejan la utilización del método generalizado de momentos (GMM) a través del estimador de sistemas (*system estimator*) de ARELLANO y BOND (1998). Aunque la estimación GMM en primeras diferencias elimina el sesgo derivado de la existencia de efectos fijos y específicos de cada individuo y, al mismo tiempo, permite tratar los problemas de endogeneidad (ARELLANO y BOVER, 1990; ARELLANO y BOND, 1991; BOND, 2002), presenta algunas deficiencias (ALONSO y ARELLANO, 1999) que pueden ser enmendadas mediante la utilización de un estimador GMM ampliado, en el cual las primeras diferencias retardadas de las series sean también utilizadas como instrumentos por las ecuaciones en niveles (BLUNDELL y BOND, 2000; BLUNDELL *et al.*, 2000; BOND, 2002). En nuestro caso, hemos tratado de solventar los problemas de endogeneidad mediante el recurso a un mínimo de dos retardos para el empleo de las variables explicativas como instrumentos.

La consistencia de los estimadores GMM depende de la ausencia de autocorrelación serial de segundo orden del término de error de los residuos de las regresiones y de la validez de los instrumentos. Por ese motivo, en las **tablas 6-11** se presentan las pruebas de especificación del modelo (ARELLANO y BOND, 1991 y 1998). La validez de los instrumentos se prueba a través del test de

sobre-identificación de restricciones de Hansen que evalúa la validez conjunta de los instrumentos seleccionados. Se realiza también otra prueba para comprobar que el término de error de las regresiones no presenta correlación serial de segundo orden, ya que la propia definición del modelo hace muy probable la existencia de correlación serial de primer orden.

5. RESULTADOS

5.1. Auditoría y gestión de beneficios.

El análisis empírico comienza con la estimación del modelo de sección cruzada de JONES (1991). Los resultados recogidos en la **tabla 2** proceden de la estimación de las distintas regresiones para cada año y sector, con un requisito mínimo de seis observaciones por sector ¹⁶. $\Delta VTAS$ presenta en la mayoría de los casos un signo positivo tanto para el modelo de Jones como para su equivalente ampliado con ROA, lo que está en consonancia con la literatura previa (PEASNELL *et al.*, 2000), y muestra que habitualmente un aumento en las operaciones de la empresa va acompañado de unos ajustes en las partidas de activo superiores a los que se practican en las cuentas de pasivo. Asimismo, de acuerdo a lo esperado, el signo de INM es negativo en ambos modelos, lo que significa que un aumento en el inmovilizado bruto supone un aumento en los gastos por amortización, que son un componente negativo de los ajustes por devengo. Tanto el coeficiente de $\Delta VTAS$ como el de INM presentan unos niveles de confianza semejantes e incluso superiores a investigaciones similares (GARCÍA y GILL, 2005).

Teniendo presente nuestro objetivo de estudiar la influencia que la comisión de auditoría tiene sobre la discrecionalidad directiva en materia contable y sobre la calidad de la información financiera, pasamos ahora a la estimación de las ecuaciones [3] y [4], en las que el nivel de ajustes discrecionales se hace depender de los distintos aspectos cuya influencia se desea contrastar. Los resultados de las estimaciones se recogen en las **tablas 3 y 4**. Mientras que en la **tabla 3** se hace la estimación utilizando como variable dependiente el valor absoluto de los ajustes discrecionales, en la **tabla 4** se utiliza simplemente el valor de los ajustes discrecionales. Asimismo, hemos preferido comenzar con estimaciones aisladas de cada uno de los elementos de la función de auditoría (columnas 1-5) para, posteriormente, realizar una estimación conjunta de todas las variables consideradas.

Por lo que se refiere a la primera de las hipótesis propuestas, las estimaciones recogidas en las columnas 1 y 4 de las **tablas 3 y 4** muestran que TAMCA aparece desprovista de significación estadística y, por tanto, no existen argumentos para justificar una relación entre la discrecionalidad contable directiva y el tamaño de la comisión de auditoría.

Esta evidencia contrasta con el respaldo obtenido para la segunda hipótesis planteada. Los resultados de las columnas 2 y 6 de las **tablas 4 y 5** muestran la influencia de la composición de la

¹⁶ En total, se realizaron 156 regresiones, 78 para el modelo de Jones tradicional y 78 para la estimación del modelo de Jones ampliado con la variable ROA.

comisión de auditoría. En primer lugar, CAEXT mantiene una relación positiva con ABSDA y, por tanto, la presencia de externos en la comisión de auditoría facilita la gestión de beneficios, lo que entraría en colisión con la hipótesis 2. No obstante, el análisis de la **tabla 4** nos muestra una relación de signo opuesto entre la independencia de la comisión (CAEXT) y el valor de los ajustes por devengo discrecionales (DA). La interpretación conjunta de estos dos resultados indica que ciertamente la presencia de externos alienta la alteración contable, pero estas modificaciones toman la forma de reducciones del beneficio. Desde esta perspectiva podríamos afirmar que la independencia de la comisión conduce a la aplicación de unos criterios contables más conservadores con los que se reduce la cifra de beneficios, en coherencia con la evidencia semejante al respecto (CHUNG *et al.*, 2003 y 2005).

En lo que se refiere a la influencia de la relación con el auditor externo, la columna 3 de las tablas no muestra ninguna relación significativa entre la calidad de la empresa auditora (en el sentido de su pertenencia a las principales empresas) y su capacidad de reducción de la discrecionalidad contable. Sin embargo, la evidencia es otra cuando se valora la duración del contrato con el auditor. Como pone de manifiesto la columna D, TAUD mantiene una relación positiva tanto con ABSDA como con DA y, por consiguiente, en principio cabe suponer que una duración más prolongada facilita la *entente* entre directivos y auditores y amplía el margen de discrecionalidad contable. No obstante, la inclusión de una especificación cuadrática TAUD² conduce a conclusiones notablemente distintas (columnas 5 y 6) pues, en ese caso, se observa un efecto no lineal de la duración de la relación con el auditor. Este juego de signos deja entrever que los auditores tienen iniciales dificultades para realizar una correcta auditoría de los estados financieros (facilitando la discrecionalidad) hasta llegar a un cierto punto a partir del cual la experiencia o el aprendizaje adquiridos les capacitan para un desempeño más eficiente de su función, lo que se traduce en una reducción de la discrecionalidad contable directiva ¹⁷.

Por lo tanto, a modo de resumen parcial de los resultados hasta este punto obtenidos, podemos afirmar que la función de auditoría influye sobre la actuación directiva en materias contables, si bien esa influencia es heterogénea. En consonancia con la segunda y tercera hipótesis planteadas, mientras que la composición de la comisión de auditoría y la duración del contrato con la empresa auditora parecen ejercer cierta influencia, no sucede lo mismo con el número de miembros de esa comisión o con algunos rasgos del auditor.

Nuestro análisis empírico tiene su prolongación en el estudio de los elementos determinantes de la aparición de salvedades en el informe de auditoría, pues dichas salvedades son indicadores de objeciones del auditor ante actuaciones contables discutibles. Los resultados se corresponden con la estimación del modelo [5] y se recogen en la **tabla 5**. Siguiendo con el esquema argumental anterior, procederemos al análisis individualizado de cada uno de los aspectos en que hemos desglosado la función de auditoría y finalizaremos con una estimación conjunta de la actuación de todos ellos.

En lo tocante a la comisión de auditoría, objeto de nuestras dos primeras hipótesis, el análisis de las columnas 1, 2 y 6 de la **tabla 5** pone de relieve el significativo y negativo impacto que tiene tanto el tamaño de la comisión de auditoría como su composición en la probabilidad de aparición de salvedades en el informe de auditoría. Estos resultados han de entenderse como una demostración de la

¹⁷ Un cálculo algebraico simple indica que la reducción de los ajustes discrecionales se produce a partir de un punto intermedio situado entre el segundo y el tercer año.

función disciplinante de la comisión de auditoría, de modo que una comisión de mayor tamaño o con mayor proporción de consejeros externos contribuye a la elaboración de una información financiera que refleja más fielmente la situación de la empresa y, por tanto, se hace menos necesaria la inclusión de salvedades en el informe de auditoría. El tamaño de la comisión tiene un efecto opuesto a lo inicialmente esperado, aunque existen razones para justificar tal influencia. Como se recordará, se supuso que el tamaño de la comisión influye sobre la discrecionalidad contable en un sentido semejante al del tamaño del consejo de administración. Sin embargo, el consejo de administración y su comisión delegada de auditoría presentan una situación totalmente distinta en relación con su tamaño. El menor número de miembros de esta última probablemente excluya los problemas de sobredimensionamiento y de falta de coordinación en la toma de decisiones que aquejan al consejo de administración. Más bien, hay razones fundadas para afirmar lo contrario, pues una comisión de mayor tamaño (siempre que se trate de un número relativamente pequeño de miembros como sucede en nuestra muestra) permitirá una mejor supervisión y, en consecuencia, reduce la discrecionalidad contable.

Por su parte, las columnas 3 y la 6 de la misma tabla presentan una relación positiva entre las variables BIGA y SALV indicando que las características del auditor desempeñan una función digna de mención en la elaboración del informe de auditoría. Más en concreto, aquellas empresas auditoras que gozan de mayor prestigio serán más exigentes en la supervisión de los estados financieros sabedoras de que su prestigio proviene de la fiabilidad de dichos estados financieros. En consecuencia, las auditoras de mayor tamaño propenden en mayor medida que las otras empresas auditoras a presentar salvedades y mostrarán menos reparos para actuar de esa manera en caso de que lo consideren oportuno. Por el contrario, no sería arriesgado suponer que las empresas auditoras que gozan de menos autoridad se avengan a negociar los términos del informe de auditoría con los consejeros y otro personal directivo con mayor facilidad.

Finalmente, la duración del contrato con la empresa auditora no parece afectar a la probabilidad de aparición de salvedades. Este último resultado, aunque pueda parecer divergente del que se obtuvo anteriormente al analizar los ajustes discrecionales, es coherente con él en la medida en que pone en duda los inconvenientes de un período excesivamente prolongado de contrato con el auditor y muestra que la expresión de salvedades por parte del auditor no viene afectada por la duración de la relación con la empresa cliente.

A modo de resumen parcial de este segundo grupo de estimaciones, los resultados del análisis de los factores determinantes de la aparición de salvedades suponen la confirmación de la hipótesis 2, relativa a la influencia de la comisión de auditoría y de la hipótesis 4 referente al efecto del prestigio de la empresa auditora. Por otra parte, se ha demostrado que el tamaño de la comisión de auditoría tiene un impacto contrario a lo inicialmente previsto.

Aunque el endeudamiento y el tamaño de la empresa se han incorporado en el modelo únicamente como variables de control, puede ser oportuno hacer algún comentario acerca de las mismas y probar así su coherencia con estudios anteriores¹⁸. El endeudamiento (LEV) muestra en la **tabla 3** una relación positiva con la gestión de beneficios, confirmando el hecho de que uno de los motivos que

¹⁸ Puesto que la literatura ha analizado los ajustes por devengo anormales en valores absolutos, circunscribiremos nuestros comentarios al modelo [3] cuyos resultados se recogen en la **tabla 4**, junto con la explicación de las salvedades que aparece en la **tabla 6**.

conducen a la alteración contable es la elaboración de unos estados financieros que permitan obtener mejores condiciones crediticias (AZOFRA *et al.*, 2002). Las empresas que operan con altos niveles de apalancamiento financiero pueden encontrarse tan sometidas a esa presión que adoptarán incluso criterios inapropiados de contabilización, lo que se traducirá en una mayor frecuencia de salvedades en el informe de auditoría, como pone de relieve la **tabla 5**. Por lo que se refiere al tamaño (LNTAB), de acuerdo con la explicación de visibilidad política (DELGADO, 2003), no parece desempeñar un papel relevante en la elección de criterios contables (**tabla 4**); más bien podría afirmarse lo contrario: las grandes empresas son conscientes de que se encuentran sometidas a un seguimiento más intenso y tratarán, en consecuencia, de evitar incumplimientos contables (**tablas 4 y 5**). Asimismo, la existencia de pérdidas contables en periodos anteriores alienta la gestión de beneficios, tanto en su vertiente de ajustes por devengo anormales o en su vertiente de salvedades en los informes de auditoría.

5.2. Efecto valorativo de la gestión de beneficios.

Pasamos ahora a la segunda vertiente del trabajo, orientada a indagar en la repercusión que los ajustes discrecionales tienen sobre el valor de la empresa. Con respecto a nuestra quinta hipótesis, los resultados reportados en todas las **tablas 6-11** ponen de manifiesto unánimemente una relación positiva y estadísticamente significativa entre el valor de la empresa y los ajustes por devengo discrecionales. Este resultado se verifica independientemente de si los ajustes por devengo discrecionales se obtienen mediante el modelo de Jones tradicional (columnas 1-3 de la **tabla 6**) o mediante su versión ampliada con ROA (columna 5). Este hecho indica que los inversores valoran positivamente la información contenida en los ajustes discrecionales, información que sirve de complemento a la ya disponible sobre la eficiencia de la empresa ¹⁹. Asimismo, como se deduce de las columnas 6 y 7 de la **tabla 6**, los ajustes discrecionales poseen un efecto diferenciado dependiendo de su signo: el valor de los títulos se ve positivamente afectado por los ajustes positivos (DAPOS), mientras que el valor absoluto de los ajustes por devengo discrecionales negativos (ABSDANEG) guarda una relación negativa con el valor de los títulos, indicativo de que las manipulaciones contables para reducir los resultados reportados reducen también el valor de la empresa.

En relación con la concentración de la propiedad –objeto de nuestra sexta hipótesis–, el coeficiente de AC1*DA recogido en las dos primeras columnas de la **tabla 7** muestra un positivo efecto de los ajustes por devengo discrecionales sobre el valor en aquellas empresas con un mayor grado de concentración de la propiedad. Este efecto, confirmatorio de la hipótesis planteada, se añade a la positiva influencia de DA anteriormente apuntada y pone de relieve la intención de los grandes accionistas –en muchos casos con capacidad efectiva de control– de demandar cierto nivel de ajustes por devengo con la finalidad de incrementar el valor de los títulos y así producir buena impresión a posibles futuros accionistas acerca de la eficiencia de la empresa.

También la **tabla 7** (columnas 3 y 4) permite afirmar que existe una relación positiva y estadísticamente significativa entre los niveles de ajustes por devengo discrecionales de las empresas con mayor

¹⁹ Aunque no constituya el objetivo central del trabajo, es bueno hacer notar que los resultados de la columna 4 de las **tablas 6, 8 y 10** muestran que los ajustes no discrecionales –es decir, aquellos que se derivan de la actividad normal de la empresa y de su estructura de activos– influyen también positivamente en el valor de la empresa, si bien esta relación no siempre es significativa.

participación directiva en la propiedad (APDP*DA) y el valor de la empresa (P), relación que refuerza el ya de por sí positivo vínculo que liga a los ajustes discrecionales con el valor de las acciones. Este resultado, que corrobora nuestra séptima hipótesis, sugiere dos posibles motivaciones —parcialmente relacionadas— para la manipulación contable de los beneficios por parte de los directivos. De un lado, los directivos cuentan con incentivos al utilizar ajustes por devengo discrecionales para incrementar a corto plazo el valor de mercado de su participación en la empresa. Asimismo, en la medida en que la remuneración directiva puede venir ligada a los resultados de la empresa y a su valor de mercado, los gestores de la empresa estarán interesados en generar una información positiva al respecto.

Por lo que se refiere a la influencia del endeudamiento en el contenido informativo de los ajustes por devengo, el coeficiente de ADTAB*DA en las columnas 5 y 6 de la **tabla 7** evidencia una relación negativa y significativa entre los ajustes discrecionales y el valor de las acciones. Más aún, si atendemos al valor absoluto de los coeficientes, se puede afirmar que este efecto negativo compensa el positivo impacto que DA tiene sobre P, de modo que se obtiene un efecto neto negativo sobre el valor de la empresa del ejercicio de la discrecionalidad contable sobre los beneficios en las empresas de mayor apalancamiento financiero. Esto puede entenderse como un indicio de la menor credibilidad de la información contenida en los estados financieros cuando el nivel de endeudamiento es alto, ya que los inversores descuentan el uso de una cierta discrecionalidad contable por parte de los prestatarios para reducir tipos de interés considerablemente elevados y evitar problemas de renegociación de la deuda o la imposición de rígidas cláusulas contractuales en los créditos.

Si recapitulamos nuevamente los resultados hasta este punto obtenidos podríamos afirmar que los ajustes por devengo discrecionales guardan una relación positiva con el valor de los títulos; esta relación es compatible y se ve reforzada por un efecto diferenciado en las empresas de mayor concentración de la propiedad y de más alta participación directiva en el capital y resulta compensada por un efecto contrario en las empresas más endeudadas.

La importancia que tiene la presencia o ausencia de oportunidades rentables de inversión en la capacidad de las decisiones financieras para crear valor nos lleva a cuestionarnos su posible relevancia en el efecto valorativo de los ajustes por devengo. Por este motivo, nos basaremos en la variable MTB para segmentar la muestra en dos grupos: empresas que poseen oportunidades de crecimiento —cuyos valores de MTB son superiores a 1— y empresas que carecen de dichas oportunidades —valores de MTB inferiores a 1—.

En el primero de esos escenarios, es razonable pensar que la empresa desea enviar al mercado señales de su capacidad de generar proyectos rentables y que, posiblemente, uno de sus problemas sea el envío de señales creíbles. Dado el contenido informativo que inspira la realización de ajustes por devengo, cabe suponer que los directivos utilizan el componente discrecional de los mismos como señal y, en consecuencia, este último guardará una relación positiva con el precio de los títulos. Así parecen indicarlo los resultados de todas las columnas del panel A de la **tabla 8**, resultados que también muestran el significativo efecto adicional de los ajustes discrecionales en situaciones de gran concentración de la propiedad (columnas 1 y 2), elevada participación directiva en la propiedad (columnas 3 y 4) y de alto nivel de endeudamiento (columnas 5 y 6). Estos resultados, cuyos signos son plenamente coherentes con las anteriores estimaciones, revisten gran lógica si se tiene en cuenta el interés del accionista mayoritario y de los directivos propietarios de acciones en revelar al mercado la disponibilidad de esas oportunidades de negocio.

El segundo de los posibles escenarios, el definido por la ausencia de oportunidades de crecimiento, origina unos resultados que, aunque ratifican las tres primeras hipótesis (columnas 1-4 del panel B de la **tabla 8**), se desvían de los obtenidos hasta este momento al no atribuir influencia alguna a la variable $ADTAB*DA$, representativa del contenido informativo de los ajustes discrecionales en las empresas más endeudadas (columnas 5 y 6). La interpretación de este resultado ha de hacerse a la luz del efecto disciplinante del endeudamiento en las empresas con menores oportunidades de crecimiento, pues en tales situaciones el uso de mayores niveles de apalancamiento tiene buena acogida por el mercado y, en consecuencia, las manipulaciones contables de los beneficios pierden ese efecto adicional negativo que presentaban.

Si bien los resultados anteriormente expuestos muestran el patente contenido informativo de los ajustes por devengo discrecionales y la repercusión que en ese contenido posee la estructura de capital y de propiedad de la empresa, parece oportuno plantearse la posibilidad de que estos resultados sean específicos del modelo contrastado o, por el contrario, presenten la suficiente robustez como para ser aplicados, sin pérdida de generalidad. Con el fin de contrastar dicha robustez, en los párrafos siguientes expondremos el análisis de sensibilidad de nuestros resultados basándonos en dos estimaciones adicionales, ambas consistentes en la sustitución de la variable dependiente P por otras medidas del valor de las acciones.

La primera aproximación al valor de la empresa utilizada ha sido la ratio PER (**tabla 9**). Como puede observarse, salvo los evidentes cambios en la escala de los coeficientes, los resultados de las nuevas estimaciones son plenamente coherentes con los anteriormente obtenidos, por lo que no creemos necesario realizar comentario alguno acerca de los mismos. En segundo lugar, hemos probado la robustez de nuestros resultados cuando el valor de las acciones se mide a través de una aproximación a la ratio q de Tobin consistente en dividir la suma del valor de mercado de los capitales propios y del valor contable de la deuda por la suma de los valores contables de ambos tipos de fondos. Los resultados, recogidos en la **tabla 10**, se hallan igualmente en la línea de los anteriormente obtenidos.

Finalizaremos nuestro análisis de sensibilidad combinando el efecto de la estructura de capital y de propiedad con estas nuevas medidas de valor corporativo (**tabla 11**). Como se infiere de dicha tabla, el efecto general de los ajustes por devengo y su efecto adicional en situaciones de gran concentración de la propiedad, alta propiedad directiva o elevado endeudamiento se mantienen en los términos ya conocidos, tanto con respecto a la ratio PER (panel A) como con respecto a la ratio q (panel B).

6. CONCLUSIONES

La creciente persuasión de que la creación de valor es el objetivo que debe guiar la toma de decisiones financieras en la empresa colisiona en ocasiones con las imperfecciones informativas de los mercados financieros pues el asimétrico reparto de información entre accionistas internos y externos a la dirección dificulta el proceso de valorar adecuadamente los títulos de la empresa. Dicha valoración, basada en la información económico-financiera disponible sobre la empresa en los mercados de capitales, se encuentra sometida a las limitaciones de tal información e, incluso, sesgada por intereses divergentes entre los distintos *stakeholders*.

Los directivos de la empresa, conscientes de la importancia crítica del valor de las acciones, tomarán iniciativas para facilitar la correcta valoración por el mercado pero también para transmitir una información acorde con su propia función de utilidad. Se explica así la gestión de beneficios, entendida como la realización de ajustes contables que mejoren el contenido informativo de los beneficios. Esta gestión, que en primera instancia trata de suplir las limitaciones de la información financiera, puede obedecer a pretensiones directivas tendentes a sesgar esa información en su propio beneficio. De ahí que el estudio de la gestión de beneficios esté con frecuencia ligado a los mecanismos de control corporativo —con particular relevancia al consejo de administración y a su comisión de auditoría— y que quepa hacer una distinción entre ajustes contables discrecionales —motivados por intereses directivos— y ajustes contables no discrecionales —orientados a mejorar el contenido informativo de los beneficios—.

Una de las finalidades de nuestro trabajo ha sido precisamente el estudio de la actuación de dicha comisión y, en un nivel más amplio de análisis, la incidencia de la función de auditoría sobre la discrecionalidad directiva en materia contable. Creemos que, transcurrido un tiempo prudencial, ha llegado el momento de hacer una valoración de la eficacia de los cambios legales y estudiar hasta qué punto han logrado los objetivos previstos.

Partiendo de una muestra de empresas cotizadas en las Bolsas españolas nuestros resultados revelan un funcionamiento variado de los mecanismos de gobierno y se pueden estructurar en dos aspectos: las características de la comisión de auditoría y la relación de la empresa con los auditores externos. En primer lugar, hemos obtenido una evidencia clara de la estrecha relación entre la independencia de la comisión de auditoría y la mejor calidad de la información contable, tanto en términos de ajustes por devengo discrecionales como de salvedades al informe de auditoría. Asimismo, el número de miembros de dicha comisión —en contraste con evidencia semejante referente al tamaño del consejo de administración— parece guardar una relación positiva con la calidad de la información contable.

En lo referente a la relación con la empresa auditora, nuestros resultados muestran que el prestigio de esta última afecta a la fiabilidad de la información financiera y que la duración del contrato entre el cliente y el auditor también tiene una influencia digna de mención. Sin embargo, lejos de alentar la rotación de la firma auditora, se observa una relación no lineal de modo que, mientras que en los primeros años la empresa auditora no cuenta con el conocimiento suficiente de los procedimientos contables de su cliente, al cabo de unos años contribuye eficazmente a la transparencia informativa y a la reducción de la discrecionalidad.

La segunda finalidad del trabajo ha sido analizar el efecto sobre el valor de la empresa española de las prácticas de gestión de beneficios en conjunción con dos mecanismos de control corporativo como son la estructura de capital y la estructura de propiedad, y distinguiendo asimismo dos escenarios caracterizados por la presencia y la ausencia de oportunidades de crecimiento para la empresa. Nuestros resultados, en coherencia con la evidencia disponible para el entorno anglosajón, ponen de manifiesto que los ajustes por devengo discrecionales actúan como señal emitida en los mercados de capitales para complementar el contenido informativo de los beneficios y, por tanto, tienen un efecto positivo sobre el valor de la empresa. Esta positiva relación entre ajustes discrecionales y valor de la empresa se ve reforzada por el efecto específico de la concentración de la propiedad y de la propiedad directiva, de modo que la positiva influencia de dichos ajustes en el

valor es tanto mayor cuanto más concentrada se halla la propiedad y mayor es la participación de los gestores en el capital. Por el contrario, los ajustes discrecionales transmiten una información negativa en las empresas más endeudadas, dada la posible utilización de dichos ajustes para la obtención de condiciones crediticias más blandas. Esta última relación se encuentra condicionada por la disponibilidad de oportunidades de crecimiento dado el diferente papel que la deuda desempeña en función de la existencia o no de dichas oportunidades.

Son varias las líneas futuras de investigación que surgen a partir de nuestro trabajo atendiendo a una u otra de las vertientes consideradas. Por una parte, sería aconsejable valorar hasta qué punto la obligación de contar con una comisión de auditoría formalmente constituida y cumpliendo unos requisitos legales ha supuesto una ruptura con ciertas prácticas contables anteriormente existentes y si ese hecho ha tenido su repercusión en la valoración que el mercado hace de la empresa. Por otro lado, es interesante profundizar en las características de la comisión teniendo en cuenta otros aspectos más allá de su tamaño y composición como puede ser el funcionamiento interno de la misma, su dinámica de reuniones, etc. Del mismo modo, una mejor identificación de la empresa auditora, y no sólo su tamaño y el tiempo de contrato con la empresa cliente, también podría aportar interesantes claves interpretativas. Asimismo, la dimensión informativa de los ajustes discrecionales nos lleva a plantearnos si éstos constituyen complementarios o sustitutivos de otras formas de transmitir información al mercado como son el reparto de dividendos o las recompras de acciones.

BIBLIOGRAFÍA

AHMED, A.; BILLINGS, B. y MORTON, R. [2004]: «Extreme Accruals, Earnings Quality, and Investor Mispricing». <http://ssrn.com/abstract=544984>

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*.

ALLEN, F. y GALE, D. [1995]: «A Welfare Comparison of Intermediaries and Financial Markets in Germany and the U.S.». *European Economic Review*. N.º 39, págs. 179-209.

– [2001]: *Comparing financial systems*, MIT Press, Cambridge.

ALONSO-BORRERO, C. y ARELLANO, M. [1999]: «Symmetrically normalized instrumental variable estimation using panel data», *Journal of Business & Economic Statistics*. N.º 17, págs. 36-49.

ANTLE, R.; GORDON, E.; NARAYANAMOORTHY, G. y ZHOU L. [2002]: «The Joint Determination of Audit Fees, Non-Audit Fees, and Abnormal Accruals». *International Center for Finance*, Yale University. Working paper. N.ºs 2-21.

ARCAS PELLICER, M.J. y VIDAL BLANCO, M.A. [2004]: «Actuación discrecional sobre el resultado ante un cambio en la normativa fiscal». *Revista Española de Financiación y Contabilidad*. Vol. 33, n.º 122, págs. 603-636.

- ARELLANO, M. y BOND, S. [1991]: «Some Tests of Specification for Panel Data: Monte Carlo Evidence and an Application to Employment Equations». *Review of Economic Studies*. Vol. 58, n.º 2, págs. 277-297.
- [1998]: *Dynamic panel data estimation using DPD98 for Gauss: A guide for users*, págs. 1-27.
- ARELLANO, M. y BOVER, O. [1990]: «La econometría de datos de panel». *Investigaciones Económicas*. Vol. 14, n.º 1, págs. 3-45.
- 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.
- BARBER, B. y LYON, J. [1995]: «Detecting abnormal operating performance: The empirical power and specification of test statistics». *Journal of Financial Economics*. Vol. 41, págs. 359-399.
- BARTH, M.E.; CRAM, D.P. y NELSON, K.K. [2001]: «Accruals and the prediction of future cash flows». *The Accounting Review*. Vol. 76, n.º 1, págs. 27-58.
- BARTOV, E.; GUL, F. y TSUI, J. [2000]: «Discretionary-accruals models and audit qualifications». *Journal of Accounting and Economics*. Vol. 30, n.º 3, págs. 421-452.
- BAYSINGER, B.D. y BUTLER, H. [1985]: «Corporate Governance and the Board of Directors: Performance Effects of Changes in Board Composition». *Journal of Law, Economics and Organization*. Vol. 1, n.º 1, págs. 101-134.
- BAYSINGER, B.D. y HOSKISSON, R.E. [1990]: «The composition of boards of directors and strategic control: effects on corporate strategy». *Academy of Management Review*. Vol. 15, págs. 72-81.
- BEASLEY, M.S. [1996]: «An empirical analysis of the relation between the board of director composition and financial statement fraud». *The Accounting Review*. Vol. 71, n.º 4, págs. 443-465.
- BECHT, M. y RÖELL, A. [1999]: «Blockholdings in Europe: An international comparison». *European Economic Review*. Vol. 43, págs. 1.049-1.056.
- BECKER, C.L.; DEFOND, M.L.; JIAMBALVO, J. y SUBRAMANYAM, K.R. [1998]: «The effect of audit quality on earnings management». *Contemporary Accounting Research*. Vol. 15, págs. 1-24.
- BENEISH, M. [2001]: «Earnings Management: A Perspective». *Managerial Finance*. Vol. 27, n.º 12, págs. 3-17.
- BHAGAT, S. y BLACK, B. [1999]: «The uncertain relationship between board composition and firm performance». *Business Lawyer*. Vol. 54, págs. 921-963.
- BIANCO, M. y CASAVOLA, P. [1999]: «Italian corporate governance: Effects on financial structure and firm performance». *European Economic Review*. Vol. 43, págs. 1.057-1.069.
- BLUNDELL, R.W. y BOND, S.R. [2000]: «GMM estimation with persistent panel data: an application to production functions». *Econometric Reviews*. Vol. 19, págs. 321-340.
- BLUNDELL, R.W.; BOND, S.R. y WINDMEIJER, F. [2000]: *Estimation in dynamic panel data models: improving on the performance of the standard GMM estimator*, In: BALTAGI, B. (Ed.): *Nonstationary Panels, Panel Cointegration, and Dynamic Panels*, Advances in Econometrics 15, págs. 53-91.

- BOND, S. [2002]: «Dynamic panel data models: A guide to micro data methods and practice». *Working Paper*, The Institute for fiscal Studies.
- BRADBURY, M.E., MAK, Y.T. y TAN, S.M. [2004]: «Board characteristics, audit committee characteristics and abnormal accruals». <http://ssrn.com/abstract=535764>
- BURGSTAHLER, D. y DICHEV, I. [1997]: «Earnings management to avoid earnings decreases and losses». *Journal of Accounting and Economics*. Vol. 24, n.º 1, págs. 99-126.
- BUSHMAN, R.M. y SMITH, A.J. [2002]: «Financial accounting information and corporate governance». *Journal of Accounting and Economics*. Vol. 32, págs. 237-333.
- BUTLER, M.; LEONE, A.J. y WILLENBORG, M. [2004]: «An empirical analysis of auditor reporting and its association with abnormal accruals». *Journal of Accounting and Economics*. Vol. 37, págs. 139-165.
- CARCELLO, J.V. y NEAL, T.L. [2000]: «Audit committee composition and auditor reporting». *Accounting Review*. Vol. 75, n.º 4, págs. 453-467.
- CHANEY, P. y LEWIS, C. [1995]: «Earnings management and firm valuation under asymmetric information», *Journal of Corporate Finance*. Vol. 1, págs. 319-345.
- CHEN, K. [2002]: «The Influence of Capital Structure on Company Value with Different Growth Opportunities». *EFMA Annual Meeting*.
- CHUNG, R.; FIRTH, M. y JEONG-BON, K. [2003]: «Auditor conservatism and reported earnings». *Accounting Business Research*. Vol. 33, n.º 1, págs. 19-32.
- [2005]: «Earnings management, surplus free cash flow, and external monitoring». *Journal of Business Research*. Vol. 58, n.º 6, págs. 766-776.
- CHUNG, R.; HO, S. y KIM, J.B. [2004]: «Ownership Structure and the Pricing of Discretionary Accruals in Japan». *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation*. Vol. 13, n.º 1, págs. 1-20.
- DAVIS, L.; SOO, B. y TROMPETER, G. [2003]: «Auditor tenure, auditor independence and earnings management». *Working paper*. Boston College.
- DEANGELO, L. [1988]: «Managerial competition, information costs, and corporate governance: the use of accounting performance measures in proxy contests». *Journal of Accounting and Economics*. Vol. 10, págs. 3-36.
- DECHOW, P.M. [1994]: «Accounting earnings and cash flows as measures of firm performance. The role of accounting accruals». *Journal of Accounting and Economics*. Vol. 18, n.º 1, págs. 3-42.
- DECHOW, P. y DICHEV, I. [2002]: «The quality of accruals and earnings». *The Accounting Review*. Vol. 77, págs. 35-59.
- DECHOW, P.; KOTHARI, S. y WATTS, R. [1998]: «The relation between earnings and cash flows». *Journal of Accounting and Economics*. Vol. 25, págs. 133-168.
- DECHOW, P. y SKINNER, D. [2000]: «Earnings management: Reconciling the views of accounting academics, practitioners, and regulators». *Accounting Horizons* (June), págs. 235-250.

- DECHOW, P.M. y SLOAN, R.G. [1997]: «Returns to contrarian investment strategies: Tests of naïve expectations hypotheses». *Journal of Financial Economics*. Vol. 43, n.º 1, págs. 3-27.
- DECHOW, P.; SLOAN, R. y SWEENEY, A.P. [1995]: «Detecting earnings management», *The Accounting Review*. Vol. 70, n.º 2, págs. 193-225.
- [1996]: «Causes and consequences of earnings manipulation: An analysis of firms subject to enforcement actions by the SEC». *Contemporary Accounting Research*. Vol. 13, n.º 2, págs. 1-36.
- DEFOND, M.L. y JIAMBALVO, J. [1991]: «Incidence and circumstances of accounting errors». *The Accounting Review*. Vol. 66, págs. 643-655.
- [1994]: «Debt covenant violation and manipulation of accruals». *Journal of Accounting and Economics*. Vol. 17, n.ºs 1-2, págs. 145-176.
- DEL BRÍO, E.B.; MIGUEL, A. DE y PEROTE, J. [2002]: «An investigation of insider trading profits in the Spanish stock market». *Quarterly Review of Economics and Finance*. Vol. 42, n.º 1, págs. 73-94.
- DELGADO, M.M. [2003]: *Factores determinantes de la discrecionalidad contable: Una aplicación empírica a las empresas cotizadas españolas*. Universidad de Burgos. Burgos.
- DEMIRGÜC-KUNT, A. y LEVINE, R. [2001]: «Bank-based and market-based financial systems: Cross-country comparisons», en DEMIRGÜC-KUNT, A. y LEVINE, R. (Ed.): *Financial structure and economic growth. A cross-country comparison of banks, markets, and development*. MIT Press. Cambridge, págs. 81-140.
- DYE, R. [1988]: «Earnings management in an overlapping generations model». *Journal of Accounting Research*. Vol. 26, págs. 195-235.
- 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.
- ERICKSON, M. y WANG, S. [1999]: «Earnings management by acquiring firms in stock for stock mergers». *Journal of Accounting and Economics*. Vol. 27, n.º 2, págs. 149-176.
- FAIRFIELD, P.M.; WHISENANT, J.S. y YOHN, T.L. [2003]: «The differential persistence of accruals and cash flows for future operating income versus future profitability». *Review of Accounting Studies*. Vol. 8, págs. 221-243.
- FERNÁNDEZ, A.I.; GÓMEZ, S. y FERNÁNDEZ, C. [1997]: «The effect of board size and composition on corporate performance», en BALLING, M. *et al.* (Eds.): *Corporate Governance, Financial Markets and Global Convergence*. Kluwer Academic Publishers, Boston.
- FRANCIS, J.R. y KRISHNAN, J. [1999]: «Accounting accruals and auditor reporting conservatism». *Contemporary Accounting Research*. Vol. 16, primavera: 135-165.
- FRANCIS, J.R.; MAYDEW, E.L. y SPARKS, H.C. [1999]: «The role of Big 6 auditors in the credible reporting of accruals». *Auditing: A Journal of Practice and Theory*. Vol. 18, n.º 18, págs. 17-34.
- GABRIELSEN, G.; GRAMLICH, J.D. y PLENBORG, T. [2002]: «Managerial ownership, information content of earnings, and discretionary accruals in a non-US setting». *Journal of Business Finance & Accounting*. Vol. 29, n.ºs 7-8, págs. 967-988.

- GALLÉN, M.L. y GINER, B. [2005]: «La alteración del resultado para evitar pérdidas y descensos: evidencia empírica». *Revista Española de Financiación y Contabilidad*. Vol. 34, n.º 124, págs. 141-181.
- GARCÍA BENAÚ, M.A. y VICO MARTÍNEZ, A. [2003]: «Los escándalos financieros y la auditoría: pérdida y recuperación de la confianza en una profesión en crisis». *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*. N.º 7, págs. 25-48.
- GARCÍA OSMA, B. y GILL DE ALBORNOZ, B. [2005]: «El gobierno corporativo y las prácticas de *earnings management*: Evidencia empírica en España». *Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas* WP-EC 2005-11.
- GARCÍA OSMA, B.; GILL DE ALBORNOZ, B. y GISBERT, A. [2005]: «La literatura sobre la manipulación del resultado: Estado del arte y perspectivas», en CAÑIBANO, L. y MORA, A. (Ed.): *Lecturas sobre Contabilidad Europea*. Ormag. Madrid, págs. 267-296.
- GARCÍA OSMA, B. y GISBERT, A. [2003]: «Earnings management». *Revista Española de Financiación y Contabilidad* 115, págs. 311-323.
- GARCÍA LARA, J.M.; GARCÍA OSMA, B. y MORA, A. [2005]: «The effects of earnings management on the asymmetric timeliness of earnings». *Journal of Business, Finance & Accounting*. Vol. 32, n.ºs 3-4, págs. 691-726.
- GEIGER, M.A. y RAGHUNANDAN, K. [2002]: «Auditor tenure and audit reporting failures». *Auditing: A Journal of Practice & Theory*. Vol. 21, n.º 1, págs. 67-78.
- GINER, B. y MORA, A. [2005]: «Accounting and financial reporting in Spain», en CAÑIBANO, L. y MORA A. (Ed.): *Lecturas sobre Contabilidad Europea*. Ormag. Madrid, págs. 19-56.
- GÓMEZ, N. y RUIZ, E. [2003]: «El debate sobre la rotación obligatoria de los auditores». *AECA: Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*. N.º 62, págs. 30-33.
- GRAHAM, J.R.; HARVEY, H.R. y RAJGOPAL, S. [2005]: «The economic implication of corporate financial reporting». *Journal of Accounting and Economics*. Vol. 40, n.ºs 1-3, págs. 3-37.
- GREENE, W.H. [1999]: *Análisis econométrico*. Prentice-Hall. Madrid.
- GUAY, W.; KOTHARI, S. y WATTS, R. [1996]: «A market-based evaluation of discretionary accruals models». *Journal of Accounting Research*. Vol. 34, págs. 83-105.
- HANSEN, G.A. y NOE, C.F. [1998]: «Do managers' accrual decisions speak louder than words?» <http://ssrn.com/abstract=66273>
- HARRIS, M. y RAVIV, A. [1991]: «The theory of capital structure». *Journal of Finance*. Vol. 46, n.º 1, págs. 297-355.
- HEALY, P.M. [1985]: «The impact of bonus schemes on the selection of accounting principles», *Journal of Accounting and Economics*. Vol. 7, págs. 85-107.
- HEALY, P. y PALEPU, K. [1993]: «The effect of firms' financial disclosure strategies on stockprices». *Accounting Horizons*. Vol. 7, n.º 1, págs. 11-28.
- HEALY, P.M. y WAHLEN, J.M. [1999]: «A review of the earnings management literature and its implication for standard setting». *Accounting Horizons*. Vol. 13, n.º 4, págs. 365-383.

- HILLIER, D. y MCCOLGAN, P. [2001]: «Insider ownership and corporate value: An empirical test from the United Kingdom corporate sector». *Financial Management Association (FMA) Meeting*, París.
- HOLTHAUSEN, R.W.; LARKER, D.F. y SLOAN, R.G. [1995]: «Annual bonus schemes and the manipulation of earnings». *Journal of Accounting and Economics*. Vol. 19, n.º 1, págs. 29-74.
- HSIAO, C. [2003]: *Analysis of Panel Data*. University Press, Cambridge.
- IKENBERRY, D.; LAKONISHOK, J. y VERMAELEN, T. [1995]: «Market underreaction to open market share repurchases». *Journal of Financial Economics*. Vol. 39, págs. 181-208.
- JENSEN, M. [1986]: «Agency cost of free cash flow, corporate finance, and takeovers». *American Economic Review*. Vol. 76, n.º 2, págs. 323-329.
- [1993]: «The modern industrial revolution, exit, and the failure of internal control systems». *The Journal of Finance*. Vol. 25, n.º 3, págs. 831-873.
- JENSEN, M.C. y MECKLING, W.H. [1976]: «Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure». *Journal of Financial Economics*. Vol. 3, págs. 305-360.
- JIAMBALVO, J.; RAJGOPAL, S. y VENKATACHALAM, M. [2002]: «Institutional Ownership and the Extent to which Stock Prices Reflect Future Earnings». *Contemporary Accounting Research*. Vol. 19, págs. 177-145.
- JOHN, K. y SENBET, L. [1998]: «Corporate governance and board effectiveness». *Journal of Banking & Finance*. Vol. 22, n.º 4, págs. 371-403.
- JONES, J.J. [1991]: «Earnings management during import relief investigations». *Journal of Accounting Research*. Vol. 29, n.º 2, págs. 193-228.
- KARAMANOU, I. y VAFFEAS, N. [2005]: «The association between corporate boards, audit. committees, and management earnings forecasts: An empirical analysis». *Journal of Accounting Research*. Vol. 43, n.º 3, págs. 453-486.
- KIM, J.B.; CHUNG, R. y FIRTH, M. [2003]: «Auditor conservatism, asymmetric monitoring, and discretionary accrual choices». *Contemporary Accounting Research*. Vol. 20, págs. 323-359.
- KLEIN, A. [1998]: «Firm performance and board committee structure». *Journal of Law and Economics*. Vol. 41, n.º 1, págs. 275-303.
- [2002]: «Audit committee, board of director characteristics, and earnings management». *Journal of Accounting and Economics*. Vol. 33, n.º 3, págs. 375-400.
- KOTHARI, S.P.; LEONE, A. y WASLEY, C.E. [2005]: «Performance matched discretionary accrual measures». *Journal of Accounting and Economics*. Vol. 39, págs. 163-197.
- LA PORTA, R.; LÓPEZ DE SILANES, F.; SHLEIFER, A. y VISHNY, R. [1997]: «Legal determinants of external finance». *Journal of Finance*. Vol. 52(3): págs. 1.131-1.150.
- [1998]: «Law and finance». *Journal of Political Economy*. Vol. 106, págs. 1.113-1.155.
- [2002]: «Investor protection and corporate valuation». *Journal of Financ.* Vol. 52, n.º 3, págs. 1.147-1.170.
- LANG, L.; OFEK, E. y STULZ, R. [1996]: «Leverage, Investment, and Firm Growth». *Journal of Financial Economics*. Vol. 40, págs. 3-29.

- LIPTON, M. y LORSCH, J.W. [1992]: «A modest proposal for improved corporate governance». *The Business Lawyer*. Vol. 59, noviembre: 59-77.
- LÓPEZ, 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.
- LOUIS, H. y ROBINSON, D. [2005]: «Do managers credibly use accruals to signal private information? Evidence from the pricing of discretionary accruals around stock splits». *Journal of Accounting and Economics*. Vol. 39, págs. 361-380.
- LUI, D. [2004]: «When Accruals Meet Growth: Do Analysts' Forecasts Fully Reflect the Future Earnings Implications of Accruals and Growth?». *Working Paper Series*. London Business School.
- LYON, J.; BARBER, B. y TSUI, C. [1999]: «Improved methods for tests of long-run abnormal stock returns». *Journal of Finance*. 54, págs. 165-201.
- LYS, T. y WATTS, R. [1994]: «Lawsuits against auditors». *Journal of Accounting Research*. Vol. 32, págs. 65-93.
- MARHUENDA, J. [1996]: *Anomalías en los modelos de valoración de activos*. University of Alicante, Alicante.
- MAURY, B. y PAJUSTE, A. [2005]: «Multiple large shareholders and firm value». *Journal of Banking & Finance*. Vol. 29, págs. 1.813-1.834.
- MCCONNELL, J.J. y SERVAES, H. [1990]: «Additional evidence on equity ownership and corporate value». *Journal of Financial Economics*. Vol. 26, págs. 595-612.
- MCNICHOLS, M. [2000]: «Research design issues in earnings management studies». *Journal of Accounting and Public Policy*. Vol. 19, n.º 4-5, págs. 313-345.
- MCNICHOLS, M. y WILSON, G.P. [1988]: «Earnings management from the provision of bad debts». *Journal of Accounting Research*. Vol. 26, págs. 1-31.
- MELLE HERNÁNDEZ, M. [1999]: «El gobierno de empresas cotizadas: código de buen gobierno y reglamento tipo del consejo de administración». *Papeles de Economía Española*. N.º 78-79, págs. 282-300.
- MIGUEL, A.; PINDADO, J. y DE LA TORRE, C. [2004]: «Ownership structure and firm value: new evidence from Spain». *Strategic Management Journal*. Vol. 25, n.º 12, págs. 1.199-1.208.
- MORA, A. [1994]: «Los modelos de predicción del fracaso empresarial: una aplicación empírica del logit». *Revista Española de Financiación y Contabilidad*. Vol. 23, n.º 79, págs. 203-233.
- 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.
- MYERS, J.; MYERS, L. y OMER, T. [2003]: «Exploring the term of the auditor-client relationship and the quality of earnings: a case for mandatory auditor rotation?». *The Accounting Review*. Vol. 78, n.º 3, págs. 779-799.
- MYERS, S.C. [1977]: «Determinants of corporate borrowing». *Journal of Financial Economics*. 5, págs. 147-175.
- NAVARRO, J.C. y MARTÍNEZ, I. [2004]: «Manipulación contable y calidad del auditor». *Revista Española de Financiación y Contabilidad*. Vol. 33, n.º 123, págs. 1.025-1.064.

- NELSON, M.; ELLIOTT, J. y TARPLEY, R. [2002]: «Evidence from auditors about managers' and auditors' earnings management decisions». *The Accounting Review*. Vol. 77, págs. 175-202.
- 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.
- [2004]: «El gobierno de las sociedades y el código de buen gobierno». BUENO CAMPOS, E. (ed.). *El gobierno de la empresa. En busca de la transparencia y la confianza*. Pirámide. Madrid, págs. 21-39.
- PASTOR, M.J. y POVEDA, F. [2004]: «Earnings management as explanation of the equity issue puzzle». *XII Foro de Finanzas*. Barcelona.
- PEASNELL, K.V.; POPE, P.F. y YOUNG, S. [1999]: «Board monitoring and earnings management: Do outside directors influence abnormal accruals?». *Journal of Business Finance Accounting*. Vol. 32, n.º 7-8, págs. 1.311-1.346.
- [1999]: «Outside directors, board effectiveness, and abnormal accruals». *Working paper 99/006*. Lancaster University.
 - [2000]: «Detecting earnings management using cross-sectional abnormal accruals models». *Accounting and Business Research*. Vol. 30, n.º 4, págs. 313-326.
 - [2001]: «Board monitoring & earnings management: Do outside directors influence abnormal accruals?». *Lancaster University Management School Working Paper*. LUMSWP2001/016.
- PETRONI, K. [1992]: «Optimistic reporting in the property-casualty insurance industry». *Journal of Accounting and Economics*. Vol. 15, n.º 4, págs. 485-508.
- PROWSE, S. [1995]: «Corporate governance in an internacional perspectiva: A survey of corporate control mechanisms among large firms in the U.S., U.K., Japan and Germany». *Financial Markets, Institutions and Instruments*. Vol. 4, págs. 1-63.
- RICHARDSON, S.; SLOAN, R.; SOLIMAN, M. y TUNA, I. [2005]: «Accrual Reliability, Earnings Persistence and Stock Prices». *Journal of Accounting and Economics*. Vol. 39, págs. 437-485.
- ROSENSTEIN, S. y WYATT, J.G. [1997]: «Inside Directors, Board Effectiveness, and Shareholder Wealth». *Journal of Financial Economics*. Vol. 44, n.º 2, págs. 229-250.
- RUIZ, E. y GÓMEZ, N. [1998]: «El informe de auditoría como medida de la calidad de información contable». *Actualidad financiera*. N.º 11, págs. 69-84.
- RUIZ, E.; GÓMEZ, N. y CARRERA, N. [2006]: «Evidencia empírica sobre el efecto de la duración del contrato en la calidad de la auditoría: análisis de las medidas de retención y rotación obligatoria de auditores». *Investigaciones Económicas*. En prensa.
- RUIZ, I.; ZAMORA, C. y GARCÍA-AYUSO, M. [2003]: «Una aproximación empírica a las relaciones de gobierno corporativo en las empresas españolas». *XII Congreso de AECA*. Cádiz.
- SAINTY, B.; TAYLOR, G. y WILLIAMS, D. [2002]: «Investor dissatisfaction toward auditors». *Journal of Accounting, Auditing and Finance*. Vol. 17, n.º 2, págs. 111-136.

- SHLEIFER, A. y VISHNY, R. [1986]: «Large Shareholders and Corporate Control». *Journal of Political Economy*. Vol. 94, n.º 3, págs. 461-488.
- [1997]: «A survey of corporate governance». *Journal of Finance*. Vol. 52, n.º 2, págs. 737-783.
- SLOAN, R.G. [1996]: «Do stock prices fully reflect information in accruals and cash flows about future earnings». *The Accounting Review*. Vol. 71, págs. 289-315.
- SPIRA, L.F. [1999]: «Ceremonies of governance: perspectives on the role of the audit committee». *Journal of Management and Governance*. Vol. 3, págs. 231-260.
- STULZ, R. [1990]: «Managerial discretion and optimal financing policies». *Journal of Financial Economics*. Vol. 26, págs. 3-27.
- SUBRAMANYAM, K.R. [1996]: «The pricing of discretionary accruals». *Journal of Accounting and Economics*. Vol. 22, págs. 249-281.
- SWEENEY, A. [1994]: «Debt covenant violation and managers' responses». *Journal of Accounting and Economics*. Vol. 17, mayo, págs. 281-308.
- TEOH, S.; WELCH, I. y WONG, T. [1998a]: «Earnings management and the underperformance of seasoned equity offerings». *Journal of Financial Economics*. Vol. 50, n.º 1, págs. 63-99.
- [1998b]: «Earnings management and the long-run market performance of initial public offerings». *Journal of Finance*. Vol. 53, n.º 6, págs. 1.935-1.974.
- TEOH, S. y WONG, T.J. [1993]: «Perceived auditor quality and earnings response coefficient». *The Accounting Review*. Vol. 68, págs. 346-367.
- VICO MARTÍNEZ, A.; GARCÍA BENAÚ, M.A. y PUCHETA MARTÍNEZ, M.C. [2004]: «Reactions of the Spanish capital market to qualified audit reports». *European Accounting Review*. Vol. 13, n.º 4, págs. 689-711.
- WATTS, R.L. y ZIMMERMAN, J.L. [1986]: *Positive accounting theory*. Prentice Hall, Englewood Cliffs.
- [1990]: «Positive accounting theory: A ten year perspective». *The Accounting Review*. Vol. 65, n.º 1, págs. 175-195.
- XIE, B.; DAVIDSON III, W. y DADALT, P. [2003]: «Earnings management and corporate governance: the role of the board and the audit committee». *Journal of Corporate Finance*. Vol. 9, n.º 3, págs. 295-316.
- YERMACK, D. [1996]: «Higher market valuation of companies with a small board of directors». *Journal of Financial Economics*. Vol. 40, n.º 2, págs. 185-211.
- ZÚÑIGA J.; DE LA FUENTE J. y SUÁREZ, I. [2002]: «Principales factores facilitadores e inerciales del cambio estratégico: Evidencia en la banca privada española». *Documento de Trabajo de Universidad de Valladolid, Burgos y Salamanca*. N.º 6.

Tabla 1. Estadística descriptiva de la muestra.

Media, desviación estándar, mínimo y máximo valor para cada variable. El panel A corresponde a la totalidad de la muestra, el panel B a las empresas con oportunidades de crecimiento y el panel C a las empresas sin oportunidades. P representa el cociente del valor de mercado más los dividendos entre el activo total, TA los ajustes por devengo totales sobre el activo total, $\Delta VTAS$ el incremento en la cifra de negocios normalizado por el activo total, INM el nivel de inversión en inmovilizado amortizable sobre el activo total al inicio del período, ROA la rentabilidad económica, DA los ajustes por devengo discrecionales estimados a través del modelo de Jones, NDA los ajustes por devengo no discrecionales, C1 el porcentaje de acciones en posesión del principal accionista, PDP la participación directiva en la propiedad, DTAB el nivel de deuda total sobre el valor del activo, LNTAB el tamaño de la empresa, PER la ratio precio-beneficio, ABSDA los ajustes por devengo discrecionales en valor absoluto, TAMCA el tamaño de la comisión de auditoría, CAEXT composición de la comisión de auditoría, BIGA la *dummy* del tamaño del auditor, TAUD la duración de la relación con el auditor, $LOSS_{t-1}$ una *dummy* que toma el valor 1 cuando existieron pérdidas el año anterior y q la ratio q de Tobin.

PANEL A					
Variable	N.º observac.	Media	Desv. est.	Mínimo	Máximo
P	1209	0.145	0.203	0.0001	0.998
TA	1209	- 0.007	0.128	- 0.700	0.801
$\Delta VTAS$	1209	0.729	0.728	0.010	3.534
INM	1209	0.028	0.168	- 0.961	0.880
ROA	1209	0.032	0.071	- 0.36	0.512
DA	1209	- 0.007	0.089	- 0.582	0.616
DAROA	1209	- 0.007	0.093	- 0.579	0.617
NDA	1209	0.0002	0.091	- 0.490	0.617
C1	1209	0.420	0.266	0.000	0.996
PDP	1209	0.091	0.176	0.000	0.984
DTAB	1209	0.292	0.195	0.000	0.909
LNTAB	1209	10.285	1.758	6.324	17.781
PER	1209	14.95	14.71	-14.98	74.56

.../...

.../...

ABSDA	302	0.430	0.262	0.0005	1.991
TAMCA	295	1.688	0.854	1	5
CAEXT	273	0.703	0.399	0	1
BIGA	302	0.691	0.462	0	1
TAUD	269	3.425	1.959	1	9
LOSS _{t-1}	302	0.144	0.352	0	1
q	1209	1.094	0.470	0.065	2.92
PANEL B					
P	629	0.166	0.222	0.0001	0.998
DA	629	- 0.004	0.084	- 0.532	0.342
C1	629	0.425	0.268	0.002	0.996
PDP	629	0.081	0.167	0.000	0.985
DTAB	629	0.286	0.205	0.000	0.909
LNTAB	629	10.490	1.632	6.497	17.117
PANEL C					
P	580	0.123	0.180	0.0023	0.991
DA	580	- 0.010	0.093	- 0.582	0.616
C1	580	0.414	0.262	0.000	0.992
PDP	580	0.103	0.184	0.000	0.984
DTAB	580	0.296	0.183	0.000	0.805
LNTAB	580	10.490	1.632	6.497	17.117

Tabla 2. Resultados de la estimación del modelo de Jones de ajustes por devengo totales y ajustes por devengo totales ajustado por el ROA.

Medianas de los coeficientes, del estadístico t y del R^2 ajustado de las regresiones de sección cruzada del modelo de Jones (Panel A) y del modelo de Jones ajustado por ROA (Panel B). La variable dependiente corresponde a los ajustes por devengo totales (TA) y las variables explicativas son el incremento en la cifra de negocios normalizado por el activo total ($\Delta VTAS$), el nivel de inversión en inmovilizado amortizable sobre el activo total al inicio del período (INM) y la rentabilidad económica (ROA).

Panel A									
Constante			ΔVTAS		INM		R²		
	Coeficiente	t	Coeficiente	t	Coeficiente	t	Ajustado		
1991	0.016	0.29	0.202	1.26	− 0.002	− 2.19	28.61%		
1992	0.122	1.96	0.437	1.39	− 0.212	− 1.92	39.39%		
1993	− 0.007	− 0.11	0.177	0.77	− 0.012	− 1.23	18.70%		
1994	− 0.201	− 3.81	0.050	0.88	− 0.232	− 2.28	37.28%		
1995	− 0.044	− 0.97	0.009	2.03	− 0.087	− 1.05	26.48%		
1996	− 0.047	− 0.17	0.827	1.30	− 0.160	− 1.24	17.87%		
1997	0.051	1.30	0.130	0.59	− 0.077	− 1.38	13.43%		
1998	− 0.075	− 1.14	0.004	1.67	− 0.140	− 1.20	29.44%		
1999	0.054	0.80	0.489	1.48	− 0.076	− 0.95	10.33%		
2000	0.024	0.47	0.240	0.62	− 0.312	− 0.38	43.99%		
2001	0.019	0.44	0.072	1.31	− 0.008	− 1.43	36.33%		
Panel B									
Constante			ΔVTAS		INM		ROA		R²
	Coef.	t	Coef.	t	Coef.	t	Coef.	t	Ajustado
1991	− 0.132	− 3.33	0.104	0.60	− 0.054	− 0.68	− 1.043	− 1.44	30.0%
1992	0.130	1.82	0.551	1.23	− 0.213	− 1.74	0.085	0.24	19.2%
1993	− 0.019	− 0.29	0.195	0.99	− 0.085	− 1.97	− 0.090	− 0.17	13.1%
1994	− 0.215	− 3.99	− 0.080	− 0.52	− 0.200	− 2.43	0.224	0.39	33.1%
1995	− 0.046	− 1.20	0.055	1.52	− 0.037	− 0.35	− 0.096	− 0.49	20.8%
1996	− 0.042	− 0.23	0.064	0.17	− 0.008	− 0.23	− 0.003	− 0.31	14.5%
1997	0.044	0.99	0.098	0.57	− 0.077	− 1.25	− 0.017	− 0.08	18.9%
1998	− 0.076	− 1.05	− 0.063	− 1.03	− 0.134	− 1.12	0.181	0.29	24.2%
1999	0.052	0.78	0.347	1.33	− 0.061	− 0.94	− 0.080	− 0.14	9.9%
2000	0.029	0.11	0.218	0.64	− 0.269	− 1.85	− 0.318	− 0.20	58.0%
2001	0.017	0.32	0.573	0.62	− 0.008	− 0.12	0.061	0.13	48.20%

Tabla 3. Determinantes de la gestión de beneficios.

Coefficientes y estadísticos t y Z [entre paréntesis] de la estimación del modelo [3]. La variable dependiente corresponde a los ajustes por devengo discrecionales en valor absoluto [ABSDA]. Las variables explicativas son el tamaño de la comisión de auditoría [TAMCA], composición de la comisión de auditoría [CAEXT], *dummy* del tamaño del auditor [BIGA], duración de la relación con el auditor [TAUD], ratio de endeudamiento [LEV], tamaño de la empresa [LNTAB], una *dummy* que toma el valor 1 cuando existieron pérdidas el año anterior [LOSS_{t-1}] y la rentabilidad sobre los activos [ROA]. *** indica un nivel de confianza superior al 99%, ** superior al 95% y * superior al 90%. El estadístico de Wald sigue una distribución χ^2 .

Variables	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
Constante	0.193 *** (1.61)	- 0.955 ** (- 2.21)	0.667 *** (6.99)	- 1.408 (- 0.66)	1.001 * (1.91)	0.364 0.61
TAMCA	- 0.027 (- 1.22)					0.015 0.06
CAEXT		2.343 *** (2.86)				2.239 *** 2.89
BIGA			- 0.040 (- 0.48)			0.287 1.22
TAUD				0.150 * (1.76)	0.134 * (1.88)	0.128 * 1.83
TAUD ²					- 0.024 ** (- 2.33)	- 0.026 ** - 2.57
LEV	0.114 (1.29)	0.392 (0.99)	0.321 * (1.93)		0.715 * (1.77)	0.187 1.03
LNTAB	0.020 ** (2.05)	0.295 * (1.64)		0.174 (0.72)	0.262 (1.44)	0.649 * 1.64
LOSS _{t-1}	0.135 *** (2.82)	0.159 (1.3)	0.056 (0.64)		0.187 * (1.74)	0.187 * 1.78
ROA	- 0.178 (- 0.97)	- 0.676 (- 1.29)	- 0.676 * (- 1.95)		- 0.501 (- 1.08)	- 0.470 - 1.03
N.º empresas	153	148	159	147	147	147
Observaciones	295	273	302	269	269	269
R ² ajustado	0.090	0.1203	0.089	0.142	0.1022	0.1476
Estadístico Wald	18.54 ***		12.00 **			
Estadístico F		3.56 ***		6.53 ***	3.64 ***	3.28 ***
Hausman test	3.68	13.13 **	6.29	8.03 **	14.36 **	24.69 ***
Estimación	Ef. aleatorios	Ef. fijos	Ef. aleatorios	Ef. fijos	Ef. fijos	Ef. fijos

Tabla 4. Determinantes de los ajustes discrecionales para aumentar beneficios.

Coefficientes y estadísticos t y Z [entre paréntesis] de la estimación del modelo [4]. La variable dependiente corresponde a los ajustes por devengo discrecionales [DA]. Las variables explicativas son el tamaño de la comisión de auditoría [TAMCA], composición de la comisión de auditoría [CAEXT], *dummy* del tamaño del auditor [BIGA], duración de la relación con el auditor [TAUD], ratio de endeudamiento [LEV] y tamaño de la empresa [LNTAB], una *dummy* que toma el valor 1 cuando existieron pérdidas el año anterior [$LOSS_{t-1}$] y la rentabilidad sobre los activos [ROA]. *** indica un nivel de confianza superior al 99%, ** superior al 95% y * superior al 90%. El estadístico de Wald sigue una distribución χ^2 .

Variables	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
Constante	0.581 ** (2.43)	- 1.167 ** (- 2.55)	0.443 *** (3.73)	- 1.686 *** (- 2.88)	- 1.058 *** (- 3.36)	- 1.231 ** (- 2.37)
TAMCA	0.012 (0.28)					- 0.143 (- 0.46)
CAEXT		- 0.707 * (- 1.73)				- 1.741 * (- 1.7)
BIGA			- 0.052 (- 0.52)			0.171 (0.55)
TAUD				0.153 * (1.64)	0.181 * (1.96)	0.179 * (1.93)
TAUD ²					- 0.028 ** (- 2.12)	- 0.028 ** (- 2.06)
LEV	- 0.110 (- 0.66)	- 0.998 ** (- 2.26)	- 0.577 ** (- 2.73)		- 1.004 ** (- 2.21)	- 0.673 *** (- 3.13)
LNTAB	- 0.059 *** (- 3.05)	- 0.676 *** (- 3.39)		0.561 ** (2.82)	- 0.715 *** (- 3.38)	- 1.012 ** (- 2.22)
LOSS _{t-1}	- 0.168 ** (- 2.19)	- 0.213 * (- 1.6)	- 0.311 *** (- 3.54)		- 0.247 * (- 1.78)	- 0.247 * (- 1.78)
ROA	0.095 (0.32)	0.463 (0.81)	0.348 0.93		0.638 (1.1)	0.670 (1.15)
N.º empresas	153	148	159	147	147	147
Observaciones	295	273	302	269	269	269
R ² ajustado	0.1201	0.1353	0.094	0.0713	0.1507	0.1659
Estadístico Wald	14.39 **		23.23 ***			
Estadístico F		5.07 ***		4.15 **	4.62 ***	3.36 ***
Hausman test	3.71	23.37 ***	2.98	25.28 ***	14.36 **	26.55 ***
Estimación	Ef. aleatorios	Ef. fijos	Ef. aleatorios	Ef. fijos	Ef. fijos	Ef. fijos

Tabla 5. Determinantes de las salvedades en el informe de auditoría.

Coefficientes y estadísticos t [entre paréntesis] de la estimación por máxima verosimilitud del modelo [5]. La variable dependiente es SALV. Las variables explicativas son el tamaño de la comisión de auditoría [TAMCA], composición de la comisión de auditoría [CAEXT], *dummy* del tamaño del auditor [BIGA], duración de la relación con el auditor [TAUD], ratio de endeudamiento [LEV], tamaño de la empresa [LNTAB], una *dummy* que toma el valor 1 cuando existieron pérdidas el año anterior [$LOSS_{t-1}$] y la rentabilidad sobre los activos [ROA]. *** indica un nivel de confianza superior al 99%, ** superior al 95% y * superior al 90%

Variables	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
Constante	1.277 (0.56)	0.822 (0.42)	0.189 (0.09)	0.453 (0.21)	0.359 (0.15)	4.118 (1.57)
TAMCA	-0.828 ** (-1.96)					-0.973 ** (-1.99)
CAEXT		-1.642 * (-1.74)				-1.356 * (-1.81)
BIGA			2.389 ** (2.31)			2.686 *** (2.71)
TAUD				-0.185 (-1.01)	-0.220 (-0.49)	-0.401 (-0.8)
TAUD ²					0.016 (0.38)	0.040 (0.81)
LNTAB	-0.367 * (-1.65)	-0.201 (-0.98)	-0.455 ** (-2.38)	-0.337 * (-1.68)	-0.345 (-1.55)	-0.592 ** (-2.32)
LEV	1.141 * (1.69)	1.134 ** (1.98)		0.944 * (1.65)	1.067 ** (2.49)	0.931 * (1.76)
ROA	-12.326 ** (-2.46)	-10.646 ** (-2.61)	-15.089 *** (-3.28)	-10.570 ** (-2.57)	-11.647 *** (-2.66)	-16.202 ** (-2.24)
$LOSS_{t-1}$	1.702 * (1.92)	1.593 * (1.91)	1.962 ** (2.01)	1.673 ** (2.03)	1.574 * (1.94)	1.682 * (1.7)
N.º empresas	153	148	159	147	147	147
Observaciones	295	273	302	269	269	269
Razón verosimilitud	12.75 **	16.64 ***	16.51 ***	15.13 ***	15.01 *	17.37 **

Tabla 6. Estimación del modelo [3].

Coefficientes estimados de la ecuación [3] y estadísticos *t* de cada coeficiente. *** denota un nivel de confianza superior al 99%, ** al 95% y * al 90%. La variable dependiente (P) representa el cociente del valor de mercado más los dividendos entre el activo total. Las variables explicativas son ajustes por devengo discrecionales (DA, DAROA, DAPOS y ABSDANEG), los ajustes no discrecionales (NDA), el nivel de deuda total sobre el valor del activo (DTAB), el tamaño de la empresa (LNTAB), variables *dummy* de naturaleza del principal inversor, variables *dummy* sectoriales y variables *dummy* temporales. Se proporciona también los test de autocorrelación serial de los términos de error de primer y segundo orden [Auto (1) y Auto (2)] y el test de Hansen de sobreidentificación de restricciones con sus correspondientes grados de libertad entre paréntesis. Se ha realizado para cada modelo (aunque no se presente) el test de Wald de significación conjunta de los parámetros, cuyo resultado ha sido siempre significativo.

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6) DA>0	(7) DA<0
Constante	0.556 *** 9.25	0.781 *** 11.53	0.955 *** 7.21	0.355 ** 2.01	0.581 *** 9.7	0.950 *** 16.37	0.464 *** 16.97
DA	0.146 *** 4.31	0.137 *** 3.57	0.190 *** 5.09				
DAROA					0.132 *** 4.19		
NDA				0.089 ** 2.11			
DAPOS						0.139 *** 3.63	
ABSDANEG							-0.054 *** -2.89
LNTAB	-0.039 *** -7.77	-0.052 *** -8.99	-0.059 *** -7.36	-0.037 *** -4.48	-0.041 *** -8.08	-0.078 *** -14.74	-0.030 *** -11.55
DTAB	-0.066 *** -2.43	-0.057 -1.28	-0.026 -0.63	-0.127 *** -4.09	-0.076 -2.87	-0.189 *** -7.34	-0.127 *** -4.81
Efecto inversor	NO	SÍ	NO	NO	NO	NO	NO
Efecto sectorial	NO	NO	SÍ	SÍ	NO	NO	NO
N.º observac.	1209	1209	1209	1209	1209	566	640
Auto (1)	-2.46 **	-2.15 **	-2.00 **	-2.15 **	-2.42 **	-1.37	-1.44
Auto (2)	-0.22	-0.31	-0.29	-0.46	-0.17	-0.006	-1.05
Hansen test (Chi² grados lib.)	77.4 (86)	68.22 (81)	69.33 (79)	70.72 (79)	78.93 (86)	77.39 (86)	80.56 (86)

Tabla 7. Estimación del modelo [4].

Coefficientes estimados de la ecuación [4] y estadísticos *t* de cada coeficiente. *** denota un nivel de confianza superior al 99%, ** al 95% y * al 90%. La variable dependiente (P) representa el cociente del valor de mercado más los dividendos entre el activo total. Las variables explicativas son los ajustes por devengo discrecionales (DA), los ajustes por devengo discrecionales cuando la concentración de propiedad es alta (AC1*DA), los ajustes por devengo discrecionales cuando la participación directiva en la propiedad es alta (APDP*DA), los ajustes por devengo discrecionales cuando el nivel de endeudamiento es alto (ADTAB*DA), el nivel de deuda total sobre el valor del activo (DTAB), el tamaño de la empresa (LNTAB), variables *dummy* de naturaleza del principal inversor, variables *dummy* sectoriales y variables *dummy* temporales. Se proporciona también los test de autocorrelación serial de los términos de error de primer y segundo orden [Auto (1) y Auto (2)] y el test de Hansen de sobreidentificación de restricciones con sus correspondientes grados de libertad entre paréntesis. Se ha realizado para cada modelo (aunque no se presente) el test de Wald de significación conjunta de los parámetros, cuyo resultado ha sido siempre significativo.

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
Constante	1.046 *** 3.11	0.875 *** 3.87	0.905 *** 3.79	0.860 *** 4.56	1.089 *** 3.99	0.727 *** 3.7
DA	0.166 ** 2.16	0.107 ** 2.22	0.255 *** 4.92	0.277 *** 3.65	0.403 *** 3.05	0.389 *** 3.24
AC1*DA	0.226 * 1.82	0.224 * 1.77				
APDP*DA			0.524 *** 4.46	0.404 ** 2.01		
ADTAB*DA					- 0.500 *** - 2.63	- 0.466 ** - 2.32
LNTAB	- 0.064 ** - 1.9	- 0.069 *** - 3.37	- 0.052 *** - 3.23	- 0.059 *** - 3.37	- 0.048 ** - 2.46	- 0.043 ** - 2.36
Efecto inversor	NO	SÍ	NO	SÍ	NO	SÍ
Efecto sectorial	SÍ	NO	SÍ	NO	SÍ	NO
N.º observac.	1209	1209	1209	1209	1209	1209
Auto (1)	- 1.79 * - 0.19	- 2.44 ** - 0.27	- 1.84 * - 0.27	- 2.54 ** - 0.08	- 1.75 * - 0.40	- 2.46 ** - 0.06
Auto (2)						
Hansen test (Chi² grados lib.)	33.13 (45)	38.63 (50)	40.56 (46)	37.80 (48)	34.52 (46)	34.68 (48)

Tabla 8. Influencia de las oportunidades de crecimiento.

Coefficientes estimados de la ecuación [4] y estadísticos t de cada coeficiente. *** denota un nivel de confianza superior al 99%, ** al 95% y * al 90%. El panel A incluye los resultados de la submuestra de observaciones con oportunidades de crecimiento ($MTB > 1$) y el panel B los resultados de la submuestra de observaciones sin oportunidades de crecimiento ($MTB \leq 1$). La variable dependiente (P) representa el cociente del valor de mercado más los dividendos entre el activo total. Las variables explicativas son los ajustes por devengo discrecionales (DA), los ajustes por devengo discrecionales cuando la concentración de propiedad es alta ($AC1*DA$), los ajustes por devengo discrecionales cuando la participación directiva en la propiedad es alta ($APDP*DA$), los ajustes por devengo discrecionales cuando el nivel de endeudamiento es alto ($ADTAB*DA$), el nivel de deuda total sobre el valor del activo (DTAB), el tamaño de la empresa (LNTAB), variables *dummy* de naturaleza del principal inversor, variables *dummy* sectoriales y variables *dummy* temporales. Se proporciona también los test de autocorrelación serial de los términos de error de primer y segundo orden [Auto (1) y Auto (2)] y el test de Hansen de sobreidentificación de restricciones con sus correspondientes grados de libertad entre paréntesis. Se ha realizado para cada modelo (aunque no se presente) el test de Wald de significación conjunta de los parámetros, cuyo resultado ha sido siempre significativo. El panel A incluye 629 observaciones y el panel B 580.

Panel A						
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
Constante	0.095 0.53	0.691 *** 7.49	0.654 *** 4.07	0.496 *** 3.45	0.132 0.74	0.487 *** 3.32
DA	0.087 ** 2.04	0.154 ** 2.59	0.271 *** 4.87	0.253 *** 11.14	0.282 *** 2.98	0.450 *** 4.47
AC1*DA	0.150 ** 2.36	0.180 * 1.66				
APDP*DA			1.009 *** 4.03	0.669 *** 11.89		
ADTAB*DA					- 0.350 *** - 3.16	- 0.465 *** - 3.64
LNTAB	- 0.014 - 1.1	- 0.050 *** - 6.12	- 0.059 *** - 4.25	- 0.035 *** - 2.75	- 0.016 - 1.02	- 0.033 ** - 2.56
Efecto inversor	NO	SÍ	NO	SÍ	NO	SÍ
Efecto sectorial	SÍ	NO	SÍ	NO	SÍ	NO
Auto (1)	- 2.70 **	- 2.77 **	- 2.64 **	- 3.39 ***	- 2.60 ***	- 2.90 ***
Auto (2)	- 0.52	- 0.23	- 0.78	- 0.48	- 0.78	- 0.65
Hansen test (Chi ² grados lib.)	33.06 (46)	36.43 (50)	38.54 (46)	37.54 (48)	30.52 (46)	38.95 (48)

.../...

.../...

Panel B						
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
Constante	0.629 *** 4.35	0.607 *** 10.16	0.434 *** 2.77	0.642 *** 6.11	0.427 ** 2.53	0.697 *** 6.13
DA	0.089 *** 6.1	0.048 *** 2.8	0.145 *** 2.14	0.183 *** 2.94	0.258 *** 2.99	0.286 *** 4.28
AC1*DA	0.661 *** 5.04	0.417 *** 3.23				
APDP*DA			0.359 ** 2.37	0.434 ** 2.39		
ADTAB*DA					- 0.100 - 0.52	0.045 0.28
LNTAB	- 0.054 *** - 3.69	- 0.042 *** - 7.8	- 0.029 *** - 1.83	- 0.042 *** - 4.38	- 0.029 * - 1.71	- 0.049 ** - 4.78
Efecto inversor	NO	SÍ	NO	SÍ	NO	SÍ
Efecto sectorial	SÍ	NO	SÍ	NO	SÍ	NO
Auto (1)	- 1.12	- 1.21	- 1.27	- 1.60	- 1.16	- 1.45
Auto (2)	- 0.13	- 0.17	- 0.19	- 0.28	- 0.21	- 0.25
Hansen test (Chi ² grados lib.)	38.55 (46)	52.16 (58)	36.29 (46)	49.41 (48)	36.51 (46)	46.40 (48)

Tabla 9. Análisis de sensibilidad.

Coefficientes estimados de la ecuación [3] y estadísticos *t* de cada coeficiente. *** denota un nivel de confianza superior al 99%, ** al 95% y * al 90%. La variable dependiente es la ratio PER. Las variables explicativas son ajustes por devengo discrecionales (DA, DAROA, DAPOS y ABSDANEG), los ajustes no discrecionales (NDA), el nivel de deuda total sobre el valor del activo (DTAB), el tamaño de la empresa (LNTAB), variables *dummy* de naturaleza del principal inversor, variables *dummy* sectoriales y variables *dummy* temporales. Se proporciona también los test de autocorrelación serial de los términos de error de primer y segundo orden [Auto (1) y Auto (2)] y el test de Hansen de sobreidentificación de restricciones con sus correspondientes grados de libertad entre paréntesis. Se ha realizado para cada modelo (aunque no se presente) el test de Wald de significación conjunta de los parámetros, cuyo resultado ha sido siempre significativo.

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6) DA > 0	(7) DA < 0
Constante	164.1 *** 3.13	139.54 *** 5.11	1.76 0.18	727.31 ** 2.09	13.59 1.45	30.88 *** 0.51	- 14.10 - 0.76
DA	157.2 *** 7.8	124.11 *** 9.12	120.27 *** 8.41				
DAROA					67.85 *** 5.12		
NDA				660.42 ** 14.41			
DAPOS						108.19 *** 2.10	
ABSDANEG							- 71.16 *** - 4.35
LNTAB	- 10.2 *** - 3.58	- 9.17 *** - 4.86	0.44 0.6	- 28.33 *** - 3.13	- 0.59 - 0.78	2.17 *** 0.55	- 0.45 - 0.28
DTAB	40.1 1.2	- 15.13 - 1.09	- 25.83 *** - 4.51	469.22 0.82	- 19.92 *** - 3.64	2.97 *** 0.11	- 2.59 - 0.31
Efecto inversor	NO	SÍ	NO	NO	NO	NO	NO
Efecto sectorial	SÍ	NO	NO	SÍ	NO	NO	NO
N.º observac.	1209	1209	1209	1209	1209	566	640
Auto (1)	0.09	0.16	0.39	- 3.99 ***	0.66	- 1.78 *	0.48
Auto (2)	- 0.53	- 0.29	- 0.89	- 0.43	- 0.51	0.96	0.63
Hansen test (Chi² grados lib.)	75.07 (79)	76.03 (81)	86.96 (86)	43.93 (46)	82.57 (86)	25.76 (46)	69.97 (79)

Tabla 10. Análisis de sensibilidad.

Coefficientes estimados de la ecuación [3] y estadísticos *t* de cada coeficiente. *** denota un nivel de confianza superior al 99%, ** al 95% y * al 90%. La variable dependiente es una aproximación a la *q* de Tobin. Las variables explicativas son ajustes por devengo discrecionales (DA, DAROA, DAPOS y ABSDANEG), los ajustes no discrecionales (NDA), el nivel de deuda total sobre el valor del activo (DTAB), el tamaño de la empresa (LNTAB), variables *dummy* de naturaleza del principal inversor, variables *dummy* sectoriales y variables *dummy* temporales. Se proporciona también los test de autocorrelación serial de los términos de error de primer y segundo orden [Auto (1) y Auto (2)] y el test de Hansen de sobreidentificación de restricciones con sus correspondientes grados de libertad entre paréntesis. Se ha realizado para cada modelo (aunque no se presente) el test de Wald de significación conjunta de los parámetros, cuyo resultado ha sido siempre significativo.

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6) DA > 0	(7) DA < 0
Constante	2.465 *** 5.28	1.553 *** 4.54	1.876 *** 11.28	1.313 *** 3.37	1.938 *** 10.66	1.310 *** 4.21	1.067 *** 16.15
DA	0.476 *** 3.62	0.238 ** 2.33	0.409 *** 3.92				
DAROA					0.320 *** 3.68		
NDA				0.167 0.95			
DAPOS						0.531 ** 2.58	
ABSDANEG							- 0.361 *** - 10.84
LNTAB	- 0.119 *** - 3.91	- 0.058 ** - 2.35	- 0.084 *** - 6.81	- 0.015 - 0.67	- 0.087 *** - 6.19	- 0.021 - 0.71	- 0.017 *** - 3.02
DTAB	0.049 0.49	0.188 1.27	0.153 1.59	0.125 1.18	0.020 0.21	0.069 0.35	- 0.029 - 0.45
Efecto inversor	NO	SÍ	NO	NO	NO	NO	NO
Efecto sectorial	SÍ	NO	NO	SÍ	NO	NO	NO
N.º observac.	1209	1209	1209	1209	1209	566	640
Auto (1)	- 1.06	- 1.04	- 1.03	- 0.45 ***	- 1.03	0.60	0.83
Auto (2)	- 0.92	- 1.33	- 0.84	- 0.23	- 0.97	- 1.29	- 0.23
Hansen test (Chi² grados lib.)	78.55 (79)	69.68 (81)	94.60 (86)	75.38 (79)	93.46 (86)	48.47 (53)	96.16 (86)

Tabla 11. Análisis de sensibilidad.

Coefficientes estimados de la ecuación [4] y estadísticos *t* de cada coeficiente. *** denota un nivel de confianza superior al 99%, ** al 95% y * al 90%. La variable dependiente es la ratio PER (Panel A) o una aproximación a la *q* de Tobin (Panel B). Las variables explicativas son los ajustes por devengo discrecionales (DA), los ajustes por devengo discrecionales cuando la concentración de propiedad es alta (AC1*DA), los ajustes por devengo discrecionales cuando la participación directiva en la propiedad es alta (APDP*DA), los ajustes por devengo discrecionales cuando el nivel de endeudamiento es alto (ADTAB*DA), el nivel de deuda total sobre el valor del activo (DTAB), el tamaño de la empresa (LNTAB), variables *dummy* de naturaleza del principal inversor, variables *dummy* sectoriales y variables *dummy* temporales. Se proporciona también los test de autocorrelación serial de los términos de error de primer y segundo orden [Auto (1) y Auto (2)] y el test de Hansen de sobreidentificación de restricciones con sus correspondientes grados de libertad entre paréntesis. Se ha realizado para cada modelo (aunque no se presente) el test de Wald de significación conjunta de los parámetros, cuyo resultado ha sido siempre significativo.

Panel A						
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
Constante	204.04 *** 4.42	120.06 *** 4.06	128.74 ** 2.37	137.15 *** 5.93	73.84 * 1.81	27.74 *** 1.03
DA	74.28 *** 4.44	41.22 *** 3.41	100.09 *** 4.57	55.91 *** 3.54	103.55 *** 8.19	123.26 *** 9.57
AC1*DA	515.88 *** 6.46	403.81 *** 5.72				
APDP*DA			121.89 ** 2.56	83.42 ** 1.97		
ADTAB*DA					- 133.65 *** - 4.18	- 131.76 *** - 3.24
LNTAB	- 10.80 *** - 5.47	- 7.79 *** - 3.87	- 6.32 ** - 2.31	- 9.20 *** - 6.06	- 2.02 - 0.76	- 1.55 ** - 0.77
Efecto inversor	NO	SÍ	NO	SÍ	NO	SÍ
Efecto sectorial	SÍ	NO	SÍ	NO	SÍ	NO
N.º observac.	1209	1209	1209	1209	1209	1209
Auto (1)	- 0.96	- 0.46	0.18	0.44	0.65	0.83
Auto (2)	0.34	0.42	- 0.38	0.25	- 1.24	- 0.53
Hansen test (Chi² grados lib.)	67.32 (79)	58.71 (81)	71.25 (79)	66.73 (81)	70.72 (79)	63.23 (81)

.../...

.../...

Panel B						
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
Constante	0.653 *** 3.20	1.854 *** 5.51	3.435 *** 5.77	0.618 *** 3.90	0.678 1.02	2.679 *** 5.68
DA	0.330 *** 2.93	0.577 *** 5.95	1.287 *** 6.26	0.273 *** 2.78	0.467 * 1.74	0.575 ** 2.00
AC1*DA	0.767 *** 2.78	0.874 ** 2.21				
APDP*DA			2.204 *** 4.49	0.960 *** 3.24		
ADTAB*DA					- 0.803 ** - 2.19	- 1.204 ** - 2.14
LNTAB	0.031 1.01	- 0.075 *** - 3.00	- 0.079 ** - 1.92	0.008 0.74	- 0.009 - 0.17	- 0.164 *** - 3.91
Efecto inversor	NO	SÍ	NO	SÍ	NO	SÍ
Efecto sectorial	SÍ	NO	SÍ	NO	SÍ	NO
N.º observac.	1209	1209	1209	1209	1209	1209
Auto (1)	- 0.51	- 1.04	- 1.06	- 2.02 **	- 0.82	- 0.81
Auto (2)	- 0.97	- 1.15	- 1.07	- 0.87	- 0.18	- 0.33
Hansen test (Chi² grados lib.)	77.48 (79)	63.79 (81)	71.12 (79)	70.81 (81)	55.39 (46)	58.15 (53)

 JAVIER ROMANO APARICIO*Profesor del CEF*

Sumario:

- Caso 1.** Operaciones contables sobre: dividendos en especie, rendimientos implícitos, subvenciones, patentes, *leasing* y donación. Liquidación y cálculo del gasto del Impuesto sobre Sociedades. Formulación de la cuenta de Pérdidas y Ganancias.
- Caso 2.** Compraventa de solares en inmobiliarias. Fusión por absorción: contabilidad y efecto impositivo. Liquidación y cálculo del gasto del Impuesto sobre Sociedades. Reparto del beneficio y reducción obligatoria del capital social.
- Caso 3.** Elaboración del balance de situación inicial. Proceso básico de contabilidad: operaciones contables, regularización y cuenta de Pérdidas y Ganancias.
- Caso 4.** Operaciones de inmovilizado: precio de adquisición, gastos de instalación, investigación y desarrollo, mejora y permuta.

[Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el ingreso por el sistema general de acceso libre y promoción interna en el Cuerpo de Gestión de la Administración de la Seguridad Social (especialidad en Auditoría y Contabilidad) (Orden TAS/1699/2005, de 20 de mayo, BOE de 9 de junio)].

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

OPERACIONES CONTABLES SOBRE: DIVIDENDOS EN ESPECIE, RENDIMIENTOS IMPLÍCITOS, SUBVENCIONES, PATENTES, *LEASING* Y DONACIÓN. LIQUIDACIÓN Y CÁLCULO DEL GASTO DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. FORMULACIÓN DE LA CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS

ENUNCIADO

La empresa «TDQ, S.A.», perteneciente al sector químico, siendo el objeto social la elaboración de pinturas, barnices y otros productos similares, presenta los siguientes saldos de activos, pasivos, gastos e ingresos a 31 de diciembre de 2007.

Dicha sociedad contrata a una empresa de auditoría para que detecte los errores, las omisiones, realice las anotaciones contables necesarias y pendientes, al objeto de formular el balance a 31 de diciembre de 2007 y confeccione la cuenta de Pérdidas y Ganancias del ejercicio 2007.

SALDOS A 31 de diciembre de 2007 (en euros)	
Terrenos	80.000
Construcciones	380.000
Maquinaria	250.000
Mobiliario	60.000
Elementos de transporte	150.000
Amortización acumulada inmov. material	205.000
Propiedad industrial	145.000
Amortización acumulada inmov. inmaterial	45.000
Existencias de productos terminados	7.000
Capital social	400.000
Primas de seguros	5.000
Impuesto sobre beneficios anticipado	875
Pérdidas de créditos comerciales incobrables	2.500
Valores de renta fija a largo plazo	8.900
Reserva legal	16.000
Reservas voluntarias	80.000
Acciones de la sociedad dominante	10.000
Provisión para insolvencias de tráfico aplicadas	2.500
Ingresos extraordinarios	6.000
Subvenciones de capital	60.000

.../...

.../...

Otras participaciones en capital a corto plazo	80.000
Ingresos por ventas de productos	800.000
Deudas a largo plazo con entidades de crédito	120.000
Intereses de deudas a largo plazo con entidades de crédito	7.200
Compras de materias primas y auxiliares	250.000
Ingresos de participaciones en capital	2.000
Hacienda Pública por retenciones y pagos a cuenta	400
Amortización de inmovilizado material	35.000
Amortización de inmovilizado inmaterial-Propiedad industrial	20.000
Hacienda Pública acreedor por IVA	21.000
Sueldos y salarios	100.000
Seguridad Social a cargo de la empresa	33.000
Hacienda Pública acreedor por retenciones practicadas	3.250
Dividendo activo a cuenta	50.000
Dividendo activo a cancelar en especie	10.000
Pérdidas procedentes de inmovilizado material	20.000
Tesorería-Bancos, c/c	¿? (*)

(*) El saldo de Tesorería-Bancos, c/c se obtiene por diferencia para equilibrar el importe de los componentes de saldo acreedor respecto al importe de los componentes de saldo deudor ya determinados (véase el IV apartado de lo que se pide).

En cuanto a los errores, las omisiones y las anotaciones contables necesarias y pendientes, se derivan de la información que figura a continuación:

1. En noviembre de 2007 se aprueba la distribución de un dividendo a cuenta del resultado a generar en dicho ejercicio; su importe, 50.000 €. El dividendo a cuenta aprobado se resuelve en el mes de diciembre, del siguiente modo:
 - a) Mediante entrega de efectivo, 40.000 €, con fecha 24 de diciembre;
 - b) Uno de los accionistas, al que le corresponde el importe restante del dividendo a cuenta a percibir, acepta recibir un automóvil propiedad de la empresa, siendo el valor bruto 35.000 €, y la amortización acumulada a la fecha de transmisión, 28.000 €. La transmisión se efectuó el 31 de diciembre de 2007 y, desde el punto de vista contable, no se ha registrado la baja de dicho elemento. El valor normal de mercado, según tablas de Hacienda, es de 10.100 €.
2. En relación con «valores de renta fija a largo plazo», se corresponde con un pagaré a dos años, cuya fecha de emisión e inicio del devengo de intereses, 1 de septiembre de 2006; el valor nominal de dicho pagaré, 10.000 €. A efectos de la imputación a resultados de los intereses, considérese la vida financiera estructurada en años. La empresa «TDQ» no hizo ninguna imputación de intereses a pérdidas y ganancias en el ejercicio anterior.

3. Respecto a «subvenciones de capital», se debe a una única subvención concedida y hecha efectiva en el actual ejercicio, por importe de 60.000 €; dicha subvención misma está relacionada con la maquinaria que fue adquirida en el ejercicio 2006 y puesta en funcionamiento en 1 de julio de 2006. Las características de la maquinaria en cuestión: vida útil, 12 años; horas de funcionamiento, 40.000 horas-máquina. En el ejercicio 2006 se realizaron 1.600 horas-máquina.

En lo que respecta al actual ejercicio, se han realizado 3.300 horas-máquina de funcionamiento.

4. Una de las patentes propias, valoradas a su puesta en explotación, con fecha 1 de julio de 2006, en 56.000 €, con un período de generación de ingresos y beneficios futuros de 7 años, siendo el fin de dicha patente; elaborar un tipo de «pintura», en principio, de buena calidad, ha sido objeto de denuncia por una organización de consumidores, en base a las quejas reiteradas de muchos clientes como consecuencia de la irritación de las fosas nasales. El 29 de diciembre de 2007 el Tribunal dictó sentencia, con las siguientes consecuencias:

- Retirada del mercado de todos los botes de pinturas elaboradas con dicha patente; la empresa prevé que el valor a satisfacer a los comerciantes y clientes que conservan botes de pintura es de 10.000 €.
- La empresa prevé que la patente en cuestión se podrá aprovechar, alterando una parte del proceso, que implica un desarrollo adicional del antiguo proyecto, cuyo coste estimado es de 7.000 €. La puesta en marcha del proceso de explotación se hará a principios de febrero de 2008.
- Del valor neto contable de la patente en cuestión, existente, a 31 de diciembre de 2007, sólo se prevé recuperar a lo largo de la vida útil restante la mitad del mismo.
- La empresa prevé en concepto de indemnizaciones a satisfacer por las reclamaciones de los clientes afectados: 20.000 €.
- Desde el punto de vista contable, ha practicado correctamente las amortizaciones hasta la fecha de cierre del ejercicio, 31 de diciembre de 2007, pero no se han contemplado los efectos derivados de la sentencia, a partir del mismo 31 de diciembre de 2007.

5. La empresa utiliza un montacargas instalado en el almacén de productos terminados. El montacargas está sujeto a una operación de arrendamiento financiero con opción de compra. Las condiciones del contrato de arrendamiento financiero son las siguientes:

- Valor del montacargas, satisfecho a la fábrica por la entidad de *leasing* «IBERLEASING, S.A.»: 36.000 €.
- (La instalación a cargo del arrendatario-usuario, 1.500 €, que fueron satisfechos el mismo día de entrada en funcionamiento.)
- Vida financiera de la operación: 2 años, estructurados en años.
- Las cuotas anuales son constantes; el tipo de interés efectivo anual, 7,66968 por 100.
- Valor de la opción de compra a ejercer al término de la vida financiera: 200 €. Vida útil aproximada del montacargas: 10 años.

- Valor residual: 0 €.
- El tipo de gravamen por el IVA es el general.

Fecha inicio del contrato y de utilización del montacargas: 1 de julio de 2007; fechas de vencimiento de las cuotas anuales: 30 de junio de 2008 y 30 de junio de 2009; de la opción de compra: 30 de junio de 2009.

La empresa «TDQ» reconoció como inmovilizado material el importe satisfecho por la instalación a su cargo y se ha registrado correctamente la amortización imputable a resultados del ejercicio 2007.

Al examinar los saldos presentados por la empresa, no figuran el activo por el montacargas que viene utilizando, ni el compromiso financiero, ni otros conceptos relacionados con la financiación y el uso.

Desde el punto de vista fiscal, el porcentaje máximo de amortización, 10 por 100 anual, y la empresa «TDQ» no es de reducida dimensión.

6. La pérdida procedente de inmovilizado material es como consecuencia de una donación de un terreno a un accionista como persona física, estando de acuerdo el resto de los accionistas. El terreno fue adquirido en febrero de 2007. El valor normal de mercado, existente en la fecha de transmisión, 21.500 €.

7. Otra información:

- Obsérvese si la empresa deja de cumplir algún requerimiento mercantil, según lo establecido por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA).
- Las existencias de productos terminados a 31 de diciembre de 2007: 25.000 €.
- El impuesto sobre beneficios anticipado se debe a la diferencia temporal por la dotación a provisión para insolvencias de clientes, practicada en el ejercicio anterior, y los derechos de cobro afectados se han considerado como definitivamente incobrables en el actual ejercicio; que, desde el punto de vista fiscal, se tienen en cuenta.
- El tipo de gravamen por el impuesto sobre beneficios, el general conforme a la Ley del Impuesto sobre Sociedades vigente.

SE PIDE:

- I.** Practique los ajustes que correspondan y agregue las anotaciones contables pendientes.
- II.** Presente la cuenta de Pérdidas y Ganancias del ejercicio 2007.
- III.** La composición de los recursos propios y de los inmovilizados a 31 de diciembre de 2007.
- IV.** Determine el saldo de Tesorería-Bancos, c/c a 31 de diciembre de 2007 (podrá ser negativo o «en descubierto»).

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1

NOTA: A efectos de solución se realiza en primer lugar el epígrafe IV de este apartado.

IV. Determinación del saldo de *Tesorería* (57) a 31 de diciembre de 2007 (podrá ser negativo o «en descubierto»).

Saldo deudores	Importe	Saldo acreedores	Importe
Terrenos y bienes naturales	80.000	Amortización acumulada del inmovilizado material	205.000
Construcciones	380.000	Amortización acumulada del inmovilizado inmaterial	45.000
Maquinaria	250.000	Capital social.....	400.000
Mobiliario	60.000	Reserva legal	16.000
Elementos de transporte	150.000	Reservas voluntarias	80.000
Propiedad industrial	145.000	Provisión para insolvencias de tráfico aplicada	2.500
Productos terminados	7.000	Ingresos extraordinarios	6.000
Primas de seguros	5.000	Subvenciones de capital	60.000
Impuesto sobre beneficios anticipado	875	Ingresos por ventas de productos	800.000
Pérdidas de créditos comerciales incobrables	2.500	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	120.000
Valores de renta fija a largo plazo ...	8.900	Ingresos de participaciones en capital	2.000
Acciones de la sociedad dominante	10.000	Hacienda Pública, acreedor por IVA	21.000
Otras participaciones en capital a corto plazo	80.000	Hacienda Pública, acreedor por retenciones practicadas	3.250
Intereses de deudas a largo plazo con entidades de crédito	7.200	Dividendo activo a cancelar en especie	10.000
Compras de materias primas y auxiliares.....	250.000		
Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta	400		
Amortización del inmovilizado material	35.000		
Amortización del inmovilizado inmaterial, propiedad industrial	20.000		
Sueldos y salarios	100.000		
Seguridad Social a cargo de la empresa	33.000		
Dividendo activo a cuenta	50.000		
Pérdidas procedentes del inmovilizado material	20.000		
Tesorería	75.875		
TOTAL	1.770.750	TOTAL	1.770.750

I. Practique los ajustes que correspondan y agregue las anotaciones contables pendientes.

1

En los casos de rentas en especie, su valoración se realizará según las normas contenidas en esta ley. A dicho valor se adicionará el ingreso a cuenta, salvo que su importe hubiera sido repercutido al perceptor de la renta.

En cuanto al dividendo en especie, a efectos de la retención, el artículo 101 del Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) sobre los *Ingresos a cuenta sobre retribuciones en especie del capital mobiliario* señala:

«La cuantía del ingreso a cuenta que corresponda realizar por las retribuciones satisfechas en especie se calculará aplicando el porcentaje previsto en la sección 2.^a del capítulo II anterior al resultado de incrementar en un 20 por 100 *el valor de adquisición o coste* para el pagador.»

Por otro lado, a efectos de solución también vamos a aplicar el artículo 47 de la Ley del IRPF según el cual, los casos de rentas en especie, su valoración se realizará según las normas contenidas en esta ley. A dicho valor se adicionará el ingreso a cuenta, salvo que su importe hubiera sido repercutido al perceptor de la renta.

Además, al tratarse de un bien habrá que efectuar la correspondiente repercusión del IVA.

Por el dividendo en especie:

10.000	Dividendo activo a cancelar en especie (525)		
28.000	Amortización acumulada del inmovilizado material (282)		
7.916	Bancos, c/c a la vista (572)		
	a Elementos de transporte (228)	35.000	
	a Hacienda Pública, acreedor por retenciones practicadas (4751)	6.300	
	(35.000 × 1,2 × 15%)		
	a Hacienda Pública, IVA repercutido (477)	1.616	
	(10.100 × 16%)		
	a Beneficios procedentes del inmovilizado material (771)	3.000	
	(10.000 – 7.000)		

X

Coste de la inversión (01-09-2006)	8.900
Valor reembolso (01-09-2006)	10.000
Rendimiento del pagaré	1.100
Imputación mensual (1.100/24)	45.833

 $(45.833 \times 16 \text{ meses})$

<i>a</i>	<i>Ingresos y beneficios de ejercicios anteriores (779)</i>	<i>183</i>
	(45,833 × 4)	
<i>a</i>	<i>Ingresos de valores de renta fija (761)</i>	<i>550</i>
	(45,833 × 12)	

X

8.900 *Valores de renta fija a corto
plazo (541)*

a	Valores de renta fija (251)	8.900
3		

Coste de la maquinaria (01-07-2006)	250.000
Amortización de 2006 ($250.000 \times 1.600/40.000$)	10.000
Amortización de 2007 ($250.000 \times 3.300/40.000$)	20.625
Importe de la subvención	60.000

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN. CEF, núms. 281-282

5.156 Subvenciones oficiales de capital (130)

(60.000 × 3.300/38.400)

a Subvenciones de capital tras-
pasadas a resultados del ejer-
cicio (775)

5.156

4

Esta cuenta presenta el siguiente reflejo en el balance de comprobación facilitado:

Saldos deudores	Importe	Saldos acreedores	Importe
Propiedad industrial	56.000	Amortización acumulada del inmovi- lizado inmaterial (56.000/7 × 1,5)	12.000
Amortización de inmovilizado inma- terial. Propiedad industrial (56.000/7)	8.000		

Por las cantidades que la empresa prevé satisfacer a los comerciantes y clientes:

10.000 Gastos extraordinarios (678)

a Provisión para responsabili-
dades (142)

10.000

x

Por otro lado, si la empresa prevé que la patente se puede aprovechar en el futuro solamente en el 50 por 100, procede modificar su valor contable registrando tal pérdida irreversible. El desarrollo adicional del proceso implicará unos gastos estimados de 7.000 € que se contabilizarán cuando se devenguen.

22.000 Pérdidas procedentes del in-
movilizado inmaterial (670)

a Propiedad industrial (212)

22.000

x

Por las indemnizaciones a los clientes afectados estimadas por la empresa:

20.000 Gastos extraordinarios (678)

a Provisión para responsabili-
dades (142)

20.000

En cuanto a las amortizaciones practicadas con anterioridad no procede ajuste alguno, ya que se han realizado correctamente. Por otro lado, al haberse producido una modificación de valor de la propiedad industrial, se modificarán las cuotas de amortización futuras a partir de 31 de diciembre de 2007.

5

Los asientos que se han realizado por parte de la sociedad han sido los siguientes:

- 1 de julio de 2007

1.500	Maquinaria (223)		
240	Hacienda Pública, IVA soportado (472)		
		a Tesorería (57)	1.740
		x	

- 31 de diciembre de 2007

75	Amortización del inmovilizado material (682)		
	(1.500/10 × 6/12)		
		a Amortización acumulada del inmovilizado material (282)	75
		x	

Los costes de instalación suponen mayor importe del derecho de uso, es decir, que se deberían haber contabilizado en la cuenta *Derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero (217)* y amortizarse como tal en función de su vida útil, por lo que proceden los siguientes ajustes contables:

1.500	Derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero (217)		
		a Maquinaria (223)	1.500
		x	
75	Amortización acumulada del inmovilizado material (282)		
		a Amortización acumulada del inmovilizado material (282)	75
		x	

El equilibrio financiero que resuelve la operación de arrendamiento financiero es el siguiente:

$$36.000 = \text{Anualidad} \times 210,0766968 + 200/1,0766968^2$$

$$\text{Anualidad} = 20.000$$

Los asientos que no se han efectuado son los siguientes:

- 1 de julio de 2007

36.000	<i>Derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero (217)</i>		
4.200	<i>Gastos por intereses diferidos (272)</i>		
		<i>a Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo (528)</i>	20.000
		<i>a Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo (178)</i>	20.200
		_____ x _____	

- 31 de diciembre de 2007

1.381	<i>Intereses de leasing (660)</i> (36.000 × 0,0766968 × 6/12)		
		<i>a Gastos por intereses diferidos (272)</i>	1.381
		_____ x _____	
1.800	<i>Amortización del inmovilizado inmaterial (681)</i> (36.000/10 × 6/12)		
		<i>a Amortización acumulada del inmovilizado inmaterial (281)</i>	1.800
		_____ x _____	

El ajuste a practicar para la liquidación del Impuesto sobre Sociedades de este ejercicio será el siguiente, teniendo en cuenta que no se ha pagado cuota alguna por la parte financiada será:

Gasto contable por amortización	1.800
Gasto fiscal (no se ha pagado nada)	0
Ajuste positivo en la base del impuesto	1.800

 6

El asiento que se realizó por la donación fue:

20.000	<i>Pérdidas procedentes del in-</i>		
	<i>movilizado material (671)</i>		
		<i>a Terrenos y bienes naturales</i>	
		<i>(220)</i>	20.000
		x	

El asiento es correcto, aunque hubiese sido más adecuado utilizar la cuenta *Donaciones del inmovilizado material (676)* en vez de *Pérdidas procedentes del inmovilizado material (671)*.

Desde el punto vista fiscal, de cara a la obtención de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades esta pérdida no es un gasto deducible por lo que procede un ajuste positivo de 20.000, que afectos de la Norma de Valoración 16.^a del PGC será tratada como una diferencia permanente.

Además hay que realizar otro ajuste, ya que en las donaciones los bienes transmitidos se valoran por su valor normal de mercado (art. 15 del RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades).

Valor neto contable en el momento de la transmisión	20.000
Valor de mercado en el momento de la transmisión	21.500
Ajuste positivo en la base imponible del impuesto	1.500

Este ajuste, al igual que el anterior, se trata como una diferencia permanente para el cálculo del gasto devengado por el Impuesto sobre Sociedades.

 7

Con respecto al primer punto hay que señalar que la sociedad no ha dotado la cuenta *Reservas para acciones de la sociedad dominante* según prescribe el artículo 79 del TRLSA: «Se establecerá en el pasivo del Balance de la sociedad adquirente una reserva indisponible equivalente al importe de las acciones propias o de la sociedad dominante computado en el activo. Esta reserva deberá mantenerse en tanto las acciones no sean enajenadas o amortizadas».

10.000	<i>Reservas voluntarias (117)</i>		
		a	<i>Reservas para acciones de la sociedad dominante (115)</i> 10.000
		x	

Por la regularización de las existencias de productos terminados:

7.000	<i>Variación de existencias de productos terminados (712)</i>		
		a	<i>Productos terminados (350)</i> 7.000
		x	
25.000	<i>Productos terminados (350)</i>		
		a	<i>Variación de existencias de productos terminados (712)</i> 25.000
		x	

REGULARIZACIÓN

527.881	<i>Pérdidas y ganancias (129)</i>		
		a	<i>Primas de seguros (625)</i> 5.000
		a	<i>Pérdidas de créditos comerciales incobrables (650)</i> 2.500
		a	<i>Intereses de deudas a largo plazo (662)</i> 7.200
		a	<i>Compras de materias primas y auxiliares (60)</i> 250.000
		a	<i>Amortización del inmovilizado material (682)</i> 34.925
		a	<i>Amortización del inmovilizado inmaterial (681)</i> 21.875
		a	<i>Sueldos y salarios (640)</i> 100.000
		a	<i>Seguridad Social a cargo de la empresa (642)</i> 33.000
		a	<i>Pérdidas procedentes del inmovilizado material (670)</i> 20.000
		a	<i>Gastos extraordinarios (678)</i> 30.000
		a	<i>Pérdidas procedentes del inmovilizado inmaterial (670)</i> 22.000
		a	<i>Intereses de leasing (660)</i> 1.381
		x	

2.500	Provisión para insolvencias de tráfico aplicada (794)		
6.000	Ingresos extraordinarios (778)		
800.000	Ingresos por ventas de productos (700)		
2.000	Ingresos de participaciones en capital (760)		
3.000	Beneficios procedentes del inmovilizado material (771)		
183	Ingresos y beneficios de ejercicios anteriores (779)		
550	Ingresos de valores de renta fija (761)		
5.156	Subvenciones de capital tras pasadas a resultados del ejercicio (775)		
18.000	Variación de existencias de productos terminados (712)		
	<i>a Pérdidas y ganancias (129)</i>		837.389
	x		

$$\text{BENEFICIO ANTES DE IMPUESTOS} = 837.389 - 527.881 = 309.508$$

LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE BENEFICIOS

RESULTADO CONTABLE	309.508	
+/- Ajustes		
Provisión para responsabilidades	30.000	DP
Provisión para insolvencias aplicada	- 2.500	DTR ANT H
Leasing	1.800	DTO ANT D
Donación	21.500	DP
BASE IMPONIBLE	360.308	
Tipo de gravamen	35%	
CUOTA ÍNTEGRA	126.108	
Deducciones bonificaciones	0	
CUOTA LÍQUIDA	126.108	
Retenciones y pagos a cuenta	- 400	
CUOTA DIFERENCIAL	125.708	

CÁLCULO DEL GASTO DEVENGADO POR IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

RESULTADO CONTABLE.....	309.508
± DIFERENCIAS PERMANENTES.....	30.000
	21.500
RESULTADO CONTABLE AJUSTADO.....	361.008
Tipo de gravamen	35%
IMPUESTO BRUTO	126.353
Deducciones y bonificaciones	0
IMPUESTO DEVENGADO	126.353

126.353 *Impuesto sobre beneficios*
 (630)

630 *Impuesto sobre beneficios an-*
 ticipado (474)
 (1.800 × 35%)

a *Impuesto sobre beneficios an-*
 ticipado (474) 875
 (2.500 × 35%)

a *Hacienda Pública, retenciones*
 y pagos a cuenta (473) 400

a *Hacienda Pública, acreedor*
 por el Impuesto sobre Socie-
 dades (4752) 125.708

_____ x _____

126.353 *Pérdidas y ganancias (129)*

a *Impuesto sobre beneficios (630)* 126.353

_____ x _____

BENEFICIO DEL EJERCICIO = 309.508 – 126.353 = 183.155

II. Presente la cuenta de Pérdidas y Ganancias del ejercicio 2007

Debe	Importe	Haber	Importe
A) Gastos		B) Ingresos	
Compras de materias primas y auxiliares	250.000	Variación de productos terminados....	800.000
Sueldos y salarios	100.000	Ingresos por venta de productos	18.000
Seguridad Social a cargo de la empresa	33.000		
AIM	34.975		
AII	21.875		
Pérdidas de créditos comerciales incobrables	2.500		
Provisión para insolvencias de tráfico aplicada	- 2.500		
Primas de seguros	5.000		
I. BENEFICIO DE EXPLOTACIÓN	373.150		
Intereses de deudas a largo plazo	7.200		
Intereses de leasing	1.381	Ingresos de valores de renta fija	550
		Ingresos de participaciones en capital	2.000
		II. RESULTADO FINANCIERO NEGATIVO	6.031
III. BENEFICIO DE LAS ACTIVIDADES ORDINARIAS	367.119		
Pérdidas procedentes del inmovilizado material	20.000	Ingresos extraordinarios.....	6.000
Pérdidas procedentes del inmovilizado inmaterial	22.000	Beneficios procedentes del inmovilizado material.....	3.000
Gastos extraordinarios	30.000	Ingresos y beneficios de ejercicios anteriores.....	183
		Subvenciones de capital traspasadas a resultados del ejercicio	5.156
		IV. RESULTADOS EXTRAORDINARIOS NEGATIVOS.....	57.661
V. BENEFICIO ANTES DE IMPUESTOS	309.458		
Impuesto sobre beneficios	126.353		
VI. RESULTADO DEL EJERCICIO (BENEFICIO).....	183.105		

III. Composición de los recursos propios y de los inmovilizados a 31 de diciembre de 2007.

RECURSOS PROPIOS	679.105
Capital social	400.000
Reserva legal	16.000
Reservas voluntarias	70.000
Reservas acciones sociedad dominante	10.000
Pérdidas y ganancias	183.105
INMOVILIZADO	820.200
Terrenos y bienes naturales	80.000
Construcciones	380.000
Maquinaria	248.500
Mobiliario	60.000
Elementos de transporte	115.000
AAIM	- 176.925
Propiedad industrial	123.000
Derechos sobre bienes en a.f.	37.500
AAII	- 46.875

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

COMPRAVENTA DE SOLARES EN INMOBILIARIAS. FUSIÓN POR ABSORCIÓN: CONTABILIDAD Y EFECTO IMPOSITIVO.

LIQUIDACIÓN Y CÁLCULO DEL GASTO DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.

REPARTO DEL BENEFICIO Y REDUCCIÓN OBLIGATORIA DEL CAPITAL SOCIAL

ENUNCIADO 2.1**COMPRAVENTA DE SOLARES EN INMOBILIARIAS**

Sea una sociedad inmobiliaria «INMUEBLES Y SOLARES (IYS), S.A.», que se dedica a la actividad de promoción de viviendas, oficinas, arrendamientos de fincas urbanas, así como al ordenamiento de terrenos y solares.

«IYS» adquirió el 25 de noviembre de 2005 una finca cerca del polígono industrial de Tres Cantos (Madrid), consistente en terrenos urbanizables por valor de 110.000 € al contado, con el objetivo de construir edificios para oficinas y destinarlos al arrendamiento.

El 17 de febrero de 2006 vende la finca a otra inmobiliaria, por importe de 125.000 €, al contado.

SE PIDE:

- I. Contabilice las operaciones descritas, junto con el IVA vigente que corresponda.
- II. ¿Cuál es el efecto sobre el resultado de los ejercicios 2005 y 2006?

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2.1

I. Contabilice la operaciones descritas, junto con el IVA vigente que corresponda.

Al tratarse de terrenos urbanizables, es una operación que no está exenta (sólo lo están los rústicos o no urbanizables) y con un tipo de IVA del 16 por 100. Si fuesen edificios terminados el tipo de IVA sería del 7 por 100 (art. 91.uno.7.º).

- 25 de noviembre de 2005

Por la compra del terreno:

110.000	Compras de terrenos y solares (601)		
17.600	Hacienda Pública, IVA soportado (472)		
		a Tesorería (57)	127.600
		x	

- 31 de diciembre de 2005

110.000	Existencias. Terrenos (31)		
		a Variación de existencias de terrenos (61)	110.000
		x	

- 17 de febrero de 2006

145.000	Tesorería (57)	a Venta de terrenos y solares (701)	125.000
		a Hacienda Pública, IVA repercutido (477)	20.000
		x	

- 31 de diciembre de 2006

110.000 Variación de existencias de terrenos (61)

a Existencias. Terrenos (31) 110.000

x

II. ¿Cuál es el efecto sobre el resultado de los ejercicios 2005 y 2006?

El resultado del año 2005 es cero ya que los terrenos no se han vendido, y en el año 2006, por diferencia entre ingresos y gastos, existe un beneficio de 15.000 €.

ENUNCIADO 2.2

FUSIÓN POR ABSORCIÓN

«ABC» absorbe a «DEF», un hipermercado fuertemente implantado en Cataluña, siendo la fecha de referencia, a efectos contables, la de pleno control de «ABC» sobre la absorbida, 1 de julio de 2006.

Los acuerdos se iniciaron en mayo de 2006 y los consejos de administración de ambas sociedades presentan los balances de fusión definitivos, con fecha de referencia, 30 de junio de 2006, elaborados conforme a los principios, normas y criterios contables vigentes y habituales, es decir, sin actualizaciones del valor de activos y pasivos, ni afluencia, en su caso, de alguna diferencia insignificante:

«ABC, S.A.»			
Terrenos	100.000	Capital social.....	900.000
Construcciones (neto)	900.000	(90.000 acciones × 10 €/acción)	
Existencias	200.000	Reservas	200.000
Clientes	100.000	Deudas a largo plazo	400.000
Tesorería.....	200.000		
	1.500.000		1.500.000

«DEF, S.A.»			
Terrenos	40.000	Capital social	200.000
Construcciones (neto)	260.000	(20.000 acciones × 10 €/acción)	
Existencias	200.000	Reservas	200.000
Tesorería	200.000	Deudas a largo plazo	300.000
	700.000		700.000

Los expertos independientes, que han de elaborar los correspondientes informes, han asignado a cada una de las sociedades su valor real, teniendo en cuenta las plusvalías latentes sobre activos específicos y el efecto conjunto de los activos intangibles (buena imagen, altas cuotas de mercado, productos nuevos de buena calidad, etc.), no puestos de manifiesto en los respectivos balances.

Los valores reales, atribuidos a cada una de ellas y aceptados por ambos consejos de administración, a 30 de junio de 2006, ascienden a: 1.800.000 €, en «ABC» y, 800.000 €, en «DEF».

La relación de canje, preestablecida y aprobada, de acciones de «DEF, S.A.» por acciones de «ABC, S.A.» es la óptima y la más sencilla.

En lo que respecta a la sociedad «DEF, S.A.», se han detectado unas plusvalías, no reconocidas contablemente:

- a) Respecto a *Terrenos*, el valor razonable actual, 70.000 €.
- b) Las *Construcciones*, 330.000 €.
- c) Existen unas existencias valoradas, según el precio de adquisición, en 50.000 €, y su valor actual, razonable o de reposición, 80.000 €.

Tales actualizaciones de valor se pondrán de manifiesto a efectos de la absorción por «ABC», ya que el método a aplicar es el de compra o fusión por absorción pura.

Desde el punto de vista fiscal, se tiene en cuenta lo establecido en la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 27 de diciembre de 1995, Capítulo VIII *Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores* (arts. 98 y 99).

Por ello, se han de contemplar los efectos impositivos, bien conforme al borrador del ICAC sobre la contabilización de fusiones y escisiones, o bien conforme con las Normas Internacionales de Contabilidad: NIC n.º 12, sobre el Impuesto sobre las ganancias (beneficios); NIC n.º 38, sobre Activos intangibles, y, por la Norma Internacional de Información Financiera (NIIF) n.º 3, sobre Combinaciones de Negocios; todas ellas adoptadas por la Unión Europea.

SE PIDE:

- I. Contabilice las operaciones derivadas de la absorción de «DEF» por «ABC» a 1 de julio de 2006.
- II. Calcule el Impuesto sobre beneficios devengado, así como la conciliación del resultado contable bruto con base imponible del ejercicio, y la contabilización del Impuesto sobre beneficios, la deuda tributaria, etc., a 31 de diciembre de 2006, con las siguientes suposiciones:
 - El resultado contable antes de impuestos generado por «ABC», un beneficio de 700.000 €.

- En relación con los activos procedentes de «DEF»: la vida útil de construcciones, desde el 1 de julio de 2006, es de 20 años; las existencias procedentes de «DEF» han sido realizadas en el último trimestre del año; en caso de existir alguna diferencia insignificante derivada del proceso de fusión, imputése a Pérdidas y Ganancias según el periodo considerado por término medio de acuerdo con la normativa contable vigente en la actualidad.
- El saldo vivo a 31 de diciembre de 2006 de la partida *Hacienda Pública por retenciones y pagos a cuenta* es de 40.000 €.
- No existen otros activos y pasivos por el Impuesto sobre beneficios salvo, en su caso, los derivados del proceso de fusión.
- Tipo de gravamen, 35 por 100.

SOLUCIÓN 2.2

I. Contabilizar las operaciones derivadas de la absorción de «DEF» por «ABC» a 1 de julio de 2006.

El patrimonio real de la sociedad «DEF» (absorbida), cuyo dato final lo proporciona el enunciado del ejercicio es de 800.000 y la formación del mismo es como sigue:

SOCIEDAD «DEF» (ABSORBIDA)

(+) CUENTAS NETO	Capital social	200.000
	Reservas	200.000
PATRIMONIO CONTABLE SOCIEDAD «DEF»		400.000
± AJUSTES	Terrenos	30.000
	Efecto fiscal terrenos (30.000 × 35%)	– 10.500
	Construcciones	70.000
	Efecto fiscal construcciones (70.000 × 35%)	– 24.500
	Existencias	30.000
	Efecto fiscal existencias (30.000 × 35%)	– 10.500
	Fondo de comercio	315.500
Patrimonio real de fusión «DEF»		800.000

El importe del fondo de comercio (diferencia insignificante) se ha obtenido por diferencia ya que el enunciado del ejercicio proporciona el importe del patrimonio real: 800.000.

$$VT_{\text{«DEF»}} = \frac{800.000}{20.000} = 40 \text{ €/acción}$$

El enunciado también proporciona el dato del patrimonio real de la sociedad absorbente («ABC»), cuyo importe es de 1.800.000 €, por lo que el valor teórico de las acciones de esta sociedad es de:

$$VT_{\text{«ABC»}} = \frac{1.800.000}{90.000} = 20 \text{ €/acción}$$

A partir de los datos de los valores teóricos se puede obtener fácilmente la relación de canje de la fusión que será:

$$2 \text{ acciones de «ABC» (absorbente)} = 1 \text{ acción de «DEF» (absorbida)}$$

Disolución de la sociedad absorbida «DEF»

En esta sociedad es indiferente contabilizar los ajustes producidos en la valoración de los elementos patrimoniales ya que al final del proceso las cuentas han de tener un saldo igual a cero. A efectos de solución no se contabiliza ningún ajuste:

Por la apertura de la contabilidad:

700.000	<i>Cuentas deudoras</i>		
		a	<i>Cuentas acreedoras</i>
			700.000
		x	

Por el traspaso del activo real y del pasivo exigible:

300.000	<i>Deudas a largo plazo</i>		
400.000	<i>Sociedad «ABC», cuenta de fusión</i>		
		a	<i>Terrenos</i>
			40.000
		a	<i>Construcciones</i>
			260.000
		a	<i>Existencias</i>
			200.000
		a	<i>Tesorería</i>
			200.000
		x	

Por la fijación del haber social:

200.000	<i>Capital social</i>		
200.000	<i>Reservas</i>		
		a	<i>Accionistas «DEF», cuenta de fusión</i>
			400.000
		x	

Por el cierre de la contabilidad:

400.000	<i>Accionistas DEF, cuenta de fusión</i>		
		a	<i>Sociedad «ABC», cuenta de fusión</i>
			400.000
		x	

Contabilidad de la sociedad absorbente

Por la apertura de la contabilidad:

1.500.000	<i>Cuentas deudoras</i>		
		a	<i>Cuentas acreedoras</i>
			1.500.000
		x	

Por la ampliación de capital

La sociedad absorbente emitirá el siguiente número de acciones para recibir el patrimonio real de la sociedad absorbida:

$$\frac{800.000}{20} = 40.000 \text{ acciones}$$

800.000	<i>Acciones emitidas (-)</i> (40.000 × 20)		
		a	<i>Capital social (100)</i>
			(40.000 × 10)
			400.000
		a	<i>Prima de emisión de acciones</i>
			(110)
			(40.000 × 10)
			400.000
		x	

Por la recepción del patrimonio de la sociedad absorbida, cuya valoración se realiza a valor razonable:

70.000	<i>Terrenos</i>
330.000	<i>Construcciones</i>
230.000	<i>Existencias</i>

200.000	Tesorería		
315.500	Fondo de comercio		
		<i>a Deudas a largo plazo</i>	300.000
		<i>a Impuesto sobre beneficios diferido, terrenos (*)</i>	10.500
		<i>a Impuesto sobre beneficios diferido, construcciones (*)</i>	24.500
		<i>a Impuesto sobre beneficios diferido, existencias (*)</i>	10.500
		<i>a Accionistas «DEF», cuenta de fusión</i>	800.000
		_____ x _____	

(*) La explicación respecto a la aparición de estas cuentas está desarrollada en el apartado II del supuesto.

Por la entrega de las acciones:

800.000	Accionistas «DEF», cuenta de fusión		
		<i>a Acciones emitidas</i>	800.000
		_____ x _____	

II. Calcule el Impuesto sobre beneficios devengado, así como la conciliación del resultado contable bruto con la base imponible del Impuesto sobre beneficios, la deuda tributaria, etc., a 31 de diciembre de 2006, con las siguientes suposiciones.

- El resultado contable antes de impuestos generado por «ABC», un beneficio de 700.000 €.
- En relación con los activos procedentes de «DEF»: la vida útil de construcciones, desde el 1 de julio de 2006, es de 20 años; las existencias procedentes de «DEF» han sido realizadas en el último trimestre del año; en caso de existir alguna diferencia inasignable derivada del proceso de fusión, impútese a Pérdidas y Ganancias según el período considerado por término medio de acuerdo con la normativa contable vigente en la actualidad.
- El saldo vivo a 31 de diciembre de 2006 de la partida *Hacienda Pública por retenciones y pagos a cuenta* es de 40.000 €.
- No existen otros activos y pasivos por el Impuesto sobre beneficios salvo, en su caso, los derivados del proceso de fusión.
- Tipo de gravamen, 35 por 100.

Liquidación del Impuesto sobre Sociedades

Antes de efectuar la liquidación del Impuesto sobre Sociedades es necesario matizar que con respecto al *régimen fiscal* de fusiones y escisiones, la Ley del Impuesto sobre Sociedades establece:

- 1.º Artículo 15.2 d) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades determina que la entidad transmitente (absorbida), integrará en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los elementos transmitidos y el valor contable.
- 2.º El régimen especial de fusiones permite no gravar la renta anterior, difiriendo la renta y trasladándola a la entidad adquirente que valorará a efectos fiscales los elementos adquiridos por el valor contable que tenían en la transmitente.

Lo cual significa que existen las siguientes diferencias en la valoración entre valores fiscales y contables:

	Valor fiscal	Valor contable	Diferencia
Terrenos.....	40.000	70.000	(30.000)
Construcciones	260.000	330.000	(70.000)
Existencias	50.000	80.000	(30.000)

Cuando se integran estas rentas o minusvalía de rentas (maquinaria), será de aplicación el artículo 18 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades en cuanto a la reversión de la diferencia:

- *Elementos amortizables*: a medida que se amortizan o en su transmisión el resto pendiente.
- *Elementos no amortizables*: cuando se transmitan.

Respecto a la contabilización del efecto fiscal, debemos tener en cuenta dos normas:

- Artículo 28 del BNCFES: los ajustes valorativos no computados en la base imponible que son objeto de diferimiento y que efectivamente vayan a revertir darán origen a la contabilización de un pasivo fiscal, impuesto diferido, o de un activo fiscal, impuesto anticipado.
- La Consulta 1 del BOICAC 47 recoge este criterio, si bien parece restringirlo únicamente cuando se origine un débito fiscal (no obstante, parece más coherente contabilizar tanto el débito como el crédito fiscal siempre que se den las condiciones para su contabilización).

Así, en el caso que nos ocupa tendremos:

- Construcciones (70.000): reversión vía amortización: impuesto sobre beneficios diferido.
- Terrenos (30.000): reversión en la venta: impuesto sobre beneficios diferido.
- Existencias (30.000): reversión vía ventas: impuesto sobre beneficios diferido.

En el caso de no haberse contabilizado estas partidas en el punto 2, el asiento para generarlas tendría la siguiente estructura:

45.500	Prima de emisión de acciones		
	a	Impuesto sobre beneficios diferido (construcciones)	24.500
		(70.000 × 35%)	
	a	Impuesto sobre beneficios diferido (terreno)	10.500
		(30.000 × 35%)	
	a	Impuesto sobre beneficios diferido (existencias)	10.500
		(30.000 × 35%)	
		x	

La contabilización de los débitos fiscales incrementa el nominal del pasivo computado para la relación de canje debiendo recogerse dicho diferencial como una minoración de la prima de emisión.

Liquidación del Impuesto sobre Sociedades

RESULTADO CONTABLE	700.000	
+/- Ajustes		
Construcciones	1.750	DTR DIF D
Existencias	30.000	DTR DIF D
Fondo de comercio	8.500	DTO ANT D
BASE IMPONIBLE	740.250	
Tipo de gravamen	35%	
CUOTA ÍNTEGRA.....	259.087,5	
Deducciones y bonificaciones	0	
CUOTA LÍQUIDA.....	259.087,5	
Retenciones y pagos a cuenta	- 40.000	
CUOTA DIFERENCIAL	219.087,5	

CONSTRUCCIONES	Amortización contable	Amortización fiscal	Ajuste
	$330.000/20 \times 6/12 = 8.250$	$260.000/20 \times 6/12 = 6.500$	1.750
EXISTENCIAS	Beneficio contable	Beneficio fiscal	Ajuste
	Precio venta - 80.000	Precio venta - 50.000	30.000
FONDO DE COMERCIO	Amortización contable	Amortización fiscal	Ajuste
	$170.000/10 = 17.000$	$170.000/20 = 8.500$	8.500

Cálculo del gasto del Impuesto sobre Sociedades

RESULTADO CONTABLE	700.000
± DIFERENCIAS PERMANENTES	0
RESULTADO CONTABLE AJUSTADO	700.000
Tipo de gravamen	35%
IMPUESTO BRUTO	245.000
Deducciones y bonificaciones	0
IMPUESTO DEVENGADO	245.000

Registro contable:

245.000	<i>Impuesto sobre beneficios</i>		
612,5	<i>Impuesto sobre beneficios diferido (construcciones)</i>		
	(1.750 × 35%)		
10.500	<i>Impuesto sobre beneficios diferido (existencias)</i>		
	(30.000 × 35%)		
2.975	<i>Impuesto sobre beneficios anticipado (fondo de comercio)</i>		
	(8.500 × 35%)		
		<i>a Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta</i>	40.000
		<i>a Hacienda Pública, acreedor por retenciones practicadas</i>	219.087,5
		x	

ENUNCIADO 2.3**REPARTO DEL BENEFICIO Y REDUCCIÓN OBLIGATORIA DEL CAPITAL SOCIAL**

Sean las siguientes partidas de activo y pasivo extraídas del balance de la sociedad «DALTON BLAS, S.A.» al 31 de diciembre de 2006:

Accionistas por desembolsos no exigidos	120.000
Subvenciones de capital	150.000
Remanente	20.000

Reserva legal	95.000
Capital social	500.000
Acciones de la sociedad dominante	20.000
Diferencias positivas en moneda extranjera	10.000
Acciones propias a largo plazo	25.000
Reservas voluntarias	95.000
Gastos de establecimiento	5.000
Acciones propias a corto plazo	15.000
Pérdidas y Ganancias saldo acreedor	75.000
Dividendo activo a cuenta	15.000
Gastos de I+D	35.000
Resultados negativos de ejercicios anteriores	33.000

SE PIDE:

- I. Plantee la propuesta de distribución del beneficio neto del ejercicio 2006, que contemple el máximo dividendo complementario, después de haber practicado las dotaciones obligatorias en mínimos, después de absorber las pérdidas acumuladas, el dividendo a cuenta y otros requerimientos derivados de la legislación mercantil.
- II. Contabilice la o las operaciones derivadas del apartado anterior. Presente la cifra de recursos propios después de haber sido aprobada en Junta General de Accionistas la propuesta de distribución del beneficio de 2006 que usted ha considerado.
- III. En base a la cifra de recursos propios, después del reparto del beneficio generado en el ejercicio 2006, y teniendo en cuenta las partidas del cuadro anterior que se supone que siguen estando vivas, salvo las modificaciones derivadas del reparto del beneficio de 2006, determine el importe máximo del resultado negativo a incurrir, después de que hubiere transcurrido otro ejercicio sin haberse recuperado el patrimonio neto, que daría lugar a la reducción obligatoria del capital social, según lo dispuesto en el artículo 163 del TRLSA (en su caso, considérese como tipo de gravamen del impuesto sobre beneficios, 35%).

SOLUCIÓN 2.3

- I. **Plantee la propuesta de distribución del beneficio neto del ejercicio 2006, que contemple el máximo dividendo complementario, después de haber practicado las dotaciones obligatorias en mínimos, después de absorber las pérdidas acumuladas, el dividendo a cuenta y otros requerimientos derivados de la legislación mercantil.**

En primer lugar vamos a ordenar las cuentas que se facilitan en el enunciado del ejercicio:

Activo	Importe	Pasivo	Importe
Accionistas por desembolsos no exigidos	120.000	Subvenciones de capital.....	150.000
Acciones de la sociedad dominante	20.000	Remanente.....	20.000
Acciones propias a largo plazo	25.000	Reserva legal.....	95.000
Gastos de establecimiento.....	5.000	Capital social.....	500.000
Acciones propias a corto plazo	15.000	Diferencias positivas en moneda extranjera	10.000
Gastos I+D	35.000	Reservas voluntarias	95.000
		Pérdidas y ganancias.....	75.000
		Dividendo activo a cuenta	- 15.000
		Resultados negativos de ejercicios anteriores.....	- 33.000

Base de reparto	95.000
Pérdidas y ganancias	75.000
Remanente	20.000

Propuesta de reparto

Saneamiento resultados negativos	33.000
Reserva legal ¹	5.000
Reservas voluntarias ²	0
Reserva para acciones propias ³	0
Reservas para acciones de la sociedad dominante ⁴	0
Dividendo activo a cuenta	15.000
Dividendo activo a pagar	42.000

¹ Artículo 214 del TRLSA

20% Capital social = 20% 500.000 = 100.000
Reserva legal según balance

Reserva legal según balance	95.000
Dotación	5.000

² Artículo 194 del TRLSA

Activo	Importe	Pasivo	Importe
Gastos de establecimiento	5.000	Reservas voluntarias	95.000
Gastos I+D	35.000		
TOTAL	40.000	TOTAL.....	95.000

Al existir reservas disponibles por un importe superior a las cuentas señaladas en este artículo no es necesario generar reservas voluntarias, ya que existe un exceso de las mismas por importe de 55.000.

³ El importe de la Reserva para acciones propias de 25.000 se puede dotar a partir de las Reservas voluntarias existentes.

⁴ El importe de la Reserva para acciones de la sociedad dominante de 20.000 se puede dotar a partir de las Reservas voluntarias existentes.

II. Contabilice la o las operaciones derivadas del apartado anterior. Presente la cifra de recursos propios después de haber sido aprobada en Junta General de Accionistas la propuesta de distribución del beneficio de 2006 que usted ha considerado.

El registro contable de la propuesta de distribución de beneficios señalada en el apartado anterior así como de la dotación a la *Reserva para acciones propias (115)* a partir de *Reservas voluntarias (117)* son los siguientes:

75.000	<i>Pérdidas y ganancias (129)</i>		
20.000	<i>Remanente (120)</i>		
		<i>a Resultados negativos de ejercicios anteriores (121)</i>	33.000
		<i>a Reserva legal (112)</i>	5.000
		<i>a Dividendo activo a cuenta (557)</i>	15.000
		<i>a Dividendo activo a pagar (525)</i>	42.000
		x	
25.000	<i>Reservas voluntarias (117)</i>		
		<i>a Reserva para acciones propias (115)</i>	25.000
		x	
20.000	<i>Reservas voluntarias (117)</i>		
		<i>a Reservas para acciones para la sociedad dominante (114)</i>	20.000
		x	
42.000	<i>Dividendo activo a pagar (525)</i>		
		<i>a Tesorería (57)</i>	42.000
		x	

El importe de los recursos propios después de las operaciones anteriores, entendiendo por los mismos aquellas partidas que integran el patrimonio neto, considerando un efecto impositivo del 35 por 100 en las cuentas *Subvenciones oficiales de capital (130)* y *Diferencias positivas en moneda extranjera (136)*, es el siguiente:

Capital social	500.000
Reserva legal	100.000
Reserva voluntaria	50.000
Reserva para acciones propias	25.000

Reserva para acciones sociedad dominante	20.000
Subvenciones de capital	97.500
Diferencias positivas de moneda extranjera	6.500
– Acciones propias a largo plazo	– 25.000
TOTAL	774.000

III. En base a la cifra de recursos propios, después del reparto del beneficio generado en el ejercicio 2006, y teniendo en cuenta las partidas del cuadro anterior que se supone que siguen estando vivas, salvo las modificaciones derivadas del reparto del beneficio de 2006, determine el importe máximo del resultado negativo a incurrir, después de que hubiere transcurrido otro ejercicio sin haberse recuperado el patrimonio neto, que daría lugar a la reducción obligatoria del capital social, según lo dispuesto en el artículo 163 del TRLSA (en su caso, considérese como tipo de gravamen del impuesto sobre beneficios, 35%).

El artículo 163 del TRLSA señala que «La reducción del capital tendrá carácter obligatorio para la sociedad cuando las pérdidas hayan disminuido su haber por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio».

Para determinar la cuantía del patrimonio neto se ha aplicado (de forma obligatoria) la Resolución de 20 de diciembre de 1996 del ICAC, por las que se fijan criterios generales para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos de **reducción de capital y disolución de sociedades** regulados en la legislación mercantil, según la cual su importe es de 774.000 €. El importe del patrimonio, para empezar a aplicar el artículo 163 será, en este caso, inferior a:

$$500.000 \times 2/3 = 333.333$$

Y la pérdida que se debería producir sería:

$$774.000 - 333.333 = 440.667$$

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

ELABORACIÓN DEL BALANCE DE SITUACIÓN INICIAL.

PROCESO BÁSICO DE CONTABILIDAD: OPERACIONES CONTABLES, REGULARIZACIÓN Y CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS

ENUNCIADO

«VIDEOEXPRESS, S.L.» es una empresa creada en los primeros meses de 2005 con un capital inicial de 6.000 €. Se trata de uno de los primeros establecimientos en Madrid de alquiler de películas de vídeo con servicio a domicilio. Para llevar a cabo su actividad dispone de un pequeño local alquilado en Plaza de Castilla, donde almacena las películas y las distribuye con una moto propiedad de la empresa.

El 1 de junio de 2005, el patrimonio de «VIDEOEXPRESS, S.L.» está conformado por las siguientes partidas:

- Una moto. Fue adquirida nueva el 1 de marzo de este año. Su precio según factura fue de 3.500 €, al que se añadieron los impuestos no repercutibles, tasas y transporte necesarios hasta su puesta en funcionamiento por importe de 500 €. La empresa estimó una vida útil de 90.000 kilómetros de uso con un valor residual de 400 €. En contabilidad figura la amortización acumulada correspondiente hasta el 1 de junio, teniendo en cuenta que la moto ha circulado ya 7.500 kilómetros.
- La moto fue financiada en su día mediante un préstamo a 2 años. A 1 de junio queda pendiente de pago un total de 3.200 €, de los cuales 1.700 € tienen un vencimiento inferior a 1 año.
- Ha adquirido el 31 de mayo mobiliario nuevo por un importe de 2.000 € en una auténtica oferta, ya que el valor actual de mercado es de 2.500 €.
- La empresa dispone de un total de 100 películas. Dado que el período de vida real de una película de vídeo suele ser inferior a 1 año, la empresa las registra como existencias. El valor unitario de cada película que dispone es de 40 €.
- Tiene deudas con sus proveedores de películas por un importe total de 800 €. Por otra parte, un cliente le adeuda 100 €.
- Según los extractos bancarios, el saldo de cuenta corriente de la empresa es, a 1 de junio de 2005, de 1.200 €.
- El capital social coincide con el inicialmente aportado.
- Las posibles diferencias corresponden a reservas voluntarias.

Las operaciones realizadas durante el mes de junio han sido las siguientes:

1. Adquiere 10 películas de estreno a 50 € cada una. Dado que va a pagar al contado, su proveedor le realiza un descuento por pronto pago del 10 por 100 sobre el precio indicado desglose (IVA de la operación 16%).

2. Satisface la nómina de los 2 empleados, cuyo detalle es el siguiente: sueldo bruto, 2.000 €; retención IRPF, 10 por 100; Seguridad Social a cargo del trabajador, 6 por 100. Por su parte, la cuota de la empresa a la Seguridad Social es de 600 €. El líquido es abonado a los trabajadores por Banco, quedando pendientes de pago el resto de las cantidades.
3. Durante el mes de junio el total de ingresos por alquiler de películas ha sido el siguiente:
 - 1.000 alquileres de películas a 6 €/película + IVA del 16 por 100, con pago al contado. (NOTA: el alquiler de películas se considera una prestación de servicios).
 - Venta de 5 bonos de alquiler de 10 películas cada uno. El precio unitario de cada bono es de 50 € + 16 por 100 IVA, con pago también al contado. Durante el mes de junio los clientes abonados han consumido un total de 40 alquileres de películas quedándoles, en consecuencia, derechos de alquiler de 10 películas para el próximo mes.
4. Vende 40 películas usadas pasadas ya de moda a «VIDEODOS, S.L.» a un precio unitario de 10 € más IVA, con pago aplazado. A la semana, «VIDEODOS, S.L.» nos devuelve 10 películas por no ser de su agrado.
5. Paga una cuota del préstamo del balance inicial por importe total de 560, correspondiendo 60 € a intereses y el resto a principal.

Asimismo, cobra intereses de su cuenta corriente con el siguiente detalle:

Intereses brutos	4
Retención a cta. impuestos	(1)
Total cobrado por banco	3

6. Cobra los saldos con clientes del balance inicial y paga a proveedores 400 €. Asimismo paga los siguientes gastos: energía eléctrica, 100 € más 16 por 100 IVA, alquiler del local, 1.000 € más 16 por 100 IVA. Por su parte, deja pendiente de pago la factura del teléfono (50 € más 16% IVA).

DATOS PARA EL CÁLCULO DEL RESULTADO

- El inventario de existencias de películas a 30 de junio de 2005 se valora a un precio global de 3.000 €.
- La empresa contabiliza las correspondientes amortizaciones, sabiendo que el cuentakilómetros de la motocicleta indica 10.500 kilómetros.
- Del mobiliario se sabe que tiene una vida útil de 5 años, con un valor residual de 80 €, decidiendo amortizar linealmente.

- La empresa tiene ciertas dudas sobre el cobro de la deuda pendiente con «VIDEODOS», decidiendo dotar una provisión por la mitad del importe.

SE PIDE:

- I. Elaboración del balance de situación a 1 de junio de 2005.
- II. Procesar contablemente las operaciones descritas, calculando el resultado y elaborando la cuenta de Pérdidas y Ganancias del mes de junio y el balance final a 30 de junio de 2005.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 3

I. Elaboración del balance de situación a 1 de junio de 2005

Las partidas que se integran en el patrimonio a esa fecha son las siguientes:

- Capital social: su importe es de 6.000 € y es un dato facilitado por el supuesto.
- Vehículos de transporte:

Precio según factura	3.500
Impuestos no recuperables	500
Precio de adquisición	4.000
Amortización acumulada $[(4.000 - 400) \times 7.500/90.000]$	300
- Financiación de los elementos de transporte

Deudas a largo plazo con entidades de crédito	1.500
Deudas a corto plazo con entidades de crédito	1.700
- Mobiliario: tiene un precio de adquisición de 2.000 € según señala el enunciado del ejercicio.
- Existencias: $100 \text{ películas} \times 40 = 4.000$.
- Deuda con proveedores: 800 y créditos sobre clientes: 100 según datos del enunciado del ejercicio.
- Tesorería: 1.200.

Activo	Importe	Pasivo	Importe
Elementos de transporte.....	4.000	Capital social	6.000
Mobiliario	2.000	AA elementos de transporte	300
Existencias	4.000	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	1.500
Clientes	100	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	1.700
Bancos c/c	1.200	Proveedores	800
		Reservas voluntarias	1.000
Total	11.300	Total	11.300

II. Procesar contablemente las operaciones descritas, calculando el resultado y elaborando la cuenta de Pérdidas y Ganancias y el Balance final a 30 de junio de 2005.

Por la apertura de la contabilidad:

11.300	Cuentas deudoras	a	Cuentas acreedoras	11.300
	_____	1	_____	
500	Compras de películas (600)			
	(50 × 10)			
72	Hacienda Pública, IVA soportado (472)			
	(450 × 16%)			
		a	Descuentos sobre compras por pronto pago (765)	50
			(500 × 10%)	
		a	Bancos, c/c a la vista (572)	522
	_____	2	_____	
				2.000
2.000	Sueldos y salarios (640)			
600	Seguridad Social a cargo de la empresa (642)			
		a	Organismos de la Seguridad Social, acreedores (476)	720
			(600 + 2.000 × 6%)	

		<i>a Hacienda Pública, acreedor por retenciones practicadas (4751) (2.000 × 10%)</i>	200
		<i>a Bancos, c/c a la vista (572) (2.000 – 120 – 200)</i>	1.680
	3		
6.960	<i>Bancos, c/c a la vista (572)</i> (1.000 × 6 × 1,16)	<i>a Prestaciones de servicios (705)</i>	6.000
		<i>a Hacienda Pública, IVA repercutido (477)</i>	960
	x		
290	<i>Bancos, c/c a la vista (572)</i> (5 × 50 × 1,16)	<i>a Prestaciones de servicios (705)</i>	250
		<i>a Hacienda Pública, IVA repercutido (477)</i>	40
	x		

Al final del mes de junio, por los alquileres no consumidos por los clientes:

50	<i>Prestaciones de servicios (705)</i>	<i>a Anticipos de clientes (437)</i>	50
	4		

Por la venta de películas usadas:

464	<i>Cientes (430)</i> (40 × 10 × 1,16)	<i>a Venta de películas usadas (701)</i>	400
		<i>a Hacienda Pública, IVA repercutido (477)</i>	64
	x		

Por la devolución de las películas:

100	<i>Devoluciones de ventas y operaciones similares (708)</i>		
16	<i>Hacienda Pública, IVA repercutido (477)</i>		
		a Clientes (430)	116
		5	
500	<i>Deudas a corto plazo con entidades de crédito (520)</i>		
60	<i>Intereses de deudas (66)</i>		
		a Bancos, c/c a la vista (572)	560
		x	
3	<i>Bancos, c/c a la vista (572)</i>		
1	<i>Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta (473)</i>		
		a Otros ingresos financieros (769)	4
		6	
100	<i>Bancos, c/c a la vista (572)</i>		
		a Clientes (430)	100
		x	
400	<i>Proveedores (400)</i>		
		a Bancos, c/c a la vista (572)	400
		x	
100	<i>Suministros (628)</i>		
16	<i>Hacienda Pública, IVA soportado (472)</i>		
		a Bancos, c/c a la vista (572)	116
		x	
1.000	<i>Arrendamientos y cánones (621)</i>		
160	<i>Hacienda Pública, IVA soportado (472)</i>		
		a Bancos, c/c a la vista (572)	1.160
		x	

50	Suministros (628)		
8	Hacienda Pública, IVA soportado (472)		
		a Acreedores por prestaciones de servicios (410)	58
	_____	x _____	

Por la regularización de las existencias:

3.000	Existencias (3)	a Variación de existencias (61)	3.000
	_____	x _____	
4.000	Variación de existencias (61)	a Existencias (3)	4.000
	_____	x _____	

Por la amortización de la motocicleta:

120	Amortización del inmovilizado material (682) (3.600 × 3.000/90.000)		
		a Amortización acumulada del inmovilizado material (282)	120
	_____	x _____	

Por la amortización del mobiliario:

32	Amortización del inmovilizado material (682) [(2.000 – 80)/5 × 1/12]		
		a Amortización acumulada del inmovilizado material (282)	32
	_____	x _____	

Por la redenominación y dotación de la provisión para clientes dudosos:

174	Clientes de dudoso cobro (435)		
		a Clientes (430)	174
	_____	x _____	

174	<i>Dotación a la provisión para insolvencias de tráfico (694)</i>	
	<i>a Provisión para insolvencias de tráfico (490)</i>	174
	X	

REGULARIZACIÓN

5.736	<i>Pérdidas y ganancias (129)</i>	
	<i>a Compras de mercaderías (600)</i>	500
	<i>a Sueldos y salarios (640)</i>	2.000
	<i>a Seguridad Social a cargo de la empresa (642)</i>	600
	<i>a Devoluciones de ventas y operaciones similares (708)</i>	100
	<i>a Intereses de deudas (66)</i>	60
	<i>a Suministros (628)</i>	150
	<i>a Arrendamientos y cánones (621)</i>	1.000
	<i>a Variación de existencias (61)</i>	1.000
	<i>a Amortización del inmovilizado material (682)</i>	152
	<i>a Dotación a la provisión para insolvencias de tráfico (694)</i>	174
	X	
50	<i>Descuentos sobre compras por pronto pago (765)</i>	
6.200	<i>Prestaciones de servicios (705)</i>	
400	<i>Ventas películas usadas</i>	
4	<i>Otros ingresos financieros (769)</i>	
	<i>a Pérdidas y ganancias (129)</i>	6.654
	X	
6.000	<i>Capital social (100)</i>	
452	<i>Amortización acumulada del inmovilizado material (282)</i>	

1.500	Deudas a largo plazo (171)		
1.200	Deudas a corto plazo (521)		
400	Proveedores (400)		
1.000	Reservas voluntarias (117)		
720	Organismos de la Seguridad Social, acreedores (476)		
200	Hacienda Pública, acreedor por retenciones practicadas (4751)		
1.048	Hacienda Pública, IVA repercutido (477)		
50	Anticipos de clientes (437)		
58	Acreedores por prestaciones de servicios (410)		
174	Provisión para insolvencias de tráfico (490)		
918	Pérdidas y ganancias (129)		
	a Elementos de transporte (228)	4.000	
	a Mobiliario (226)	2.000	
	a Existencias (3)	3.000	
	a Clientes (430)	174	
	a Bancos, c/c a la vista (572)	4.115	
	a Hacienda Pública, IVA soportado (472)	256	
	a Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta (473)	1	
	a Clientes de dudoso cobro (435)	174	
	x		

BALANCE DE SITUACIÓN A 30 DE JUNIO

Activo	Importe	Pasivo	Importe
Elementos de transporte (228)	4.000	Capital social (100)	6.000
Mobiliario (226)	2.000	Amortización acumulada del in-	
Existencias (3)	3.000	movilizado material (282)	452
Clientes (430)	174	Deudas a largo plazo (171)	1.500
Bancos, c/c a la vista (572).....	4.115	Deudas a corto plazo (521)	1.200
Hacienda Pública, IVA soportado		Proveedores (400)	400
(472)	256	Reservas voluntarias (117)	1.000
Hacienda Pública, retenciones y		Organismos de la Seguridad Social,	
pagos a cuenta (473)	1	acreedores (476)	720
Clientes de dudoso cobro (435) ...	174	Hacienda Pública, acreedor por re-	
		tenciones practicadas (4751)	200
		Hacienda Pública, IVA repercutido	
		(477)	1.048
		Anticipos de clientes (437)	50
		Acreedores por prestaciones de ser-	
		vicios (410)	58
		Provisión para insolvencias de trá-	
		fico (490)	174
		Pérdidas y ganancias (129)	918
Total	13.720	Total	13.720

CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS

Debe	Importe	Haber	Importe
Compras de mercaderías (600)	500	Descuentos sobre compras por pron-	
Sueldos y salarios (640)	2.000	to pago (765)	50
Seguridad Social a cargo de la em-		Prestaciones de servicios (705) ...	6.200
presa (642)	600	Ventas películas usadas	400
Devoluciones de ventas y operacio-		Otros ingresos financieros (769) .	4
nes similares (708)	100		
Intereses de deudas (66)	60		
Suministros (628)	150		
Arrendamientos y cánones (621)..	1.000		
Variación de existencias (61)	1.000		
Amortización del inmovilizado ma-			
terial (682)	152		
Dotación a la provisión para insol-			
venencias de tráfico (694)	174		
Saldo acreedor (beneficio)	918		

CASO PRÁCTICO NÚM. 4

OPERACIONES DE INMOVILIZADO: PRECIO DE ADQUISICIÓN,
GASTOS DE INSTALACIÓN, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO, MEJORA Y PERMUTA

ENUNCIADO**Año 2004**

1. El 1 de febrero adquiere una máquina en el extranjero para su actividad industrial por importe de 500.000 € más 16 por 100. El pago lo realiza 50 por 100 al contado desde su cuenta corriente y 50 por 100 aceptando una letra a 6 meses que incorpora intereses a razón de un 4 por 100 anual. La empresa solicita una subvención a la Comunidad de Madrid, siéndole adjudicada por importe de 100.000 € a principios de febrero. El importe lo percibe el 1 de mayo.
2. El 15 de febrero llega la máquina a la sede de la empresa. En la aduana, previamente, satisface los siguientes gastos al contado:
 - a) IVA de la máquina, 16 por 100.
 - b) Aranceles, 2.000 €.
 - c) Agente de aduanas, 500 € más IVA 16 por 100.
 - d) El coste del transporte es de 3.000 € más IVA (16%) y el seguro de transporte importa 50 €.
3. El 1 de marzo se produce la instalación y puesta en marcha de la máquina. La realiza un profesional independiente que factura 200 € más 16 por 100 de IVA, practicándole una retención del 18 por 100 a cuenta de IRPF. Se pacta el pago a 30 días. El mismo 1 de marzo realiza un contrato de mantenimiento anual de la máquina, pagando la cuota anual de 1.800 € más IVA. (NOTA: la máquina tiene una vida útil de 5 años, con un valor residual de 10.000 €. La empresa opta por un sistema de amortización decreciente, calculando las cuotas anuales a través del sistema de suma de números dígitos decrecientes).
4. Al margen de lo comentado, la empresa inicia la investigación en dos medicamentos sobre los cuales existen motivos fundados de éxito técnico y rentabilidad comercial. Para ello trabaja por dos vías: por una parte, ha encargado un estudio a una Universidad por el que paga un total de 5.000 €; por otro lado, de los gastos ya contabilizados por la empresa, ha destinado al estudio 4.000 € de materiales y 15.000 € de personal.

Año 2005

1. El 1 de marzo concluye la investigación de los fármacos, a la que ha destinado gastos de 2004 ya contabilizados por la empresa por importe de 6.000 € (2.000 € de materiales

y 4.000 € de personal). El 1 de abril procede a realizar los trámites para su autorización y registro como patente. Uno de los dos medicamentos (al que se había destinado un 25% del gasto) no es aprobado por las autoridades sanitarias. El otro obtiene licencia y registro. Tasas de registro pagadas al contado, 1.500 €. (NOTA: la empresa entiende que la patente tiene una vida útil de 5 años y valor residual nulo).

2. El 1 de julio la empresa adquiere un elemento que incorpora a la máquina que incrementa notoriamente la productividad de la misma, aunque mantiene la misma vida útil. La empresa paga por dicho elemento un total de 80.000 € más 16 por 100 IVA. Además, la adquisición de dicho equipamiento le supone el incremento de un 10 por 100 del contrato de mantenimiento anual contratado a partir del 1 de julio, que no había sufrido incremento hasta la fecha. (NOTA: el 1 de marzo se abonó el importe anual correspondiente y el 1 de julio el incremento, IVA 16%).
3. El 1 de diciembre permuta la patente por una máquina propiedad de la empresa «LABOTRONS», cuyos datos son los siguientes: precio de mercado de la máquina, 27.000 €; datos de la contabilidad de «LABOTRONS», 28.000 € de precio de adquisición y amortizada en 9.000 €. La máquina adquirida tiene una vida útil cifrada en 10.000 horas de utilización con un valor residual de 500 €. Durante el mes de diciembre se ha empleado un total de 150 horas.

SE PIDE:

- I. Realice las anotaciones contables oportunas correspondientes a los años 2004 y 2005, incluyendo los ajustes de fin de ejercicio, destacando el impacto de las mismas en la cuenta de Pérdidas y Ganancias.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 4

Operaciones del año 2004

		1	
	• 1 de febrero		
500.000	Maquinaria en montaje (233)		
5.000	Intereses de deudas a corto plazo (663)		
	(250.000 × 4% × 6/12)		
		a Bancos, c/c a la vista (572)	250.000
		a Efectos a pagar a corto plazo (524)	255.000
		x	

Por la comunicación de la obtención de la subvención:

100.000	<i>Hacienda Pública, deudor por subvenciones concedidas (4708)</i>		
		a	<i>Subvenciones oficiales de capital (130)</i>
			100.000
		x	

• 1 de mayo:

100.000	<i>Bancos, c/c a la vista (572)</i>		
		a	<i>Hacienda Pública, deudor por subvenciones concedidas (4708)</i>
			100.000
		2	

Apartados a), b) y c):

2.500	<i>Maquinaria en montaje (233)</i> (2.000 + 500)		
80.400	<i>Hacienda Pública, acreedor por IVA (4750)</i> (502.500 × 16%)		
		a	<i>Bancos, c/c a la vista (572)</i>
			82.900
		x	

Apartado d):

3.050	<i>Maquinaria en montaje (233)</i>		
488	<i>Hacienda Pública, IVA soportado (472)</i>		
		a	<i>Bancos, c/c a la vista (572)</i>
			3.538
		3	

• 1 de marzo:

200	<i>Maquinaria en montaje (233)</i>		
32	<i>Hacienda Pública, IVA soportado (472)</i>		
		a	<i>Acreedores por prestaciones de servicios (410)</i>
			232

La retención se efectúa en el momento en el que se produce el pago.

	x	
--	---	--

- 1 de marzo, por el pago de la cuota del contrato de mantenimiento anual de la maquinaria:

1.800	<i>Reparaciones y conservación (622)</i>		
288	<i>Hacienda Pública, IVA soportado (472)</i>		
		a Bancos, c/c a la vista (572)	2.088
		x	

- 1 de marzo, por la entrada en condiciones de funcionamiento de la maquinaria:

505.750	<i>Maquinaria (223)</i>		
		a Maquinaria en montaje (233)	505.750
		x	

Se podrían haber capitalizado los intereses devengados antes de la puesta en funcionamiento de la maquinaria, ya que está financiada en parte con deudas específicas. No obstante, al ser una cuestión optativa se prescinde de la misma a efectos de solución del ejercicio.

- 1 de abril, por el vencimiento y pago de la instalación de la maquinaria:

232	<i>Acreeedores por prestaciones de servicios (410)</i>		
		a Bancos, c/c a la vista (572)	196
		a Hacienda Pública, acreedor por retenciones practicadas (4751)	36
		(200 × 18%)	
		x	

- 1 de agosto, por el vencimiento de la letra a pagar:

255.000	<i>Efectos a pagar a corto plazo (524)</i>		
		a Tesorería (57)	255.000
		4	

5.000	<i>Gastos de investigación y desarrollo del ejercicio (620)</i>		
4.000	<i>Compra de materiales (60)</i>		
15.000	<i>Gastos de personal (64)</i>		
		a Bancos, c/c a la vista (572)	24.000
		x	

- 31 de diciembre, por la activación de los gastos de investigación:

24.000	<i>Gastos de investigación y desarrollo (2100)</i>		
		a Trabajos realizados para el inmovilizado inmaterial (731)	24.000
		x	

- 31 de diciembre, por la periodificación del contrato de mantenimiento:

300	<i>Gastos anticipados (480)</i> (1.800 × 2/12)		
		a Reparaciones y conservación (622)	300
		x	

- 31 de diciembre, por la amortización de la maquinaria:

137.708,33	<i>Amortización del inmovilizado material (682)</i> [(505.750 – 10.000) × 5/15 × 10/12]		
		a Amortización acumulada del inmovilizado material (282)	137.708,33
		x	
27.777,77	<i>Subvenciones oficiales de capital (130)</i> (100.000 × 5/15 × 10/12)		
		a Subvenciones de capital tras-pasadas a resultados del ejercicio (775)	27.777,77
		x	

Operaciones del año 2005

- 1 de enero, por la periodificación del contrato de mantenimiento:

300	<i>Reparaciones y conservación</i>		
	(622)		
		a	<i>Gastos anticipados (480)</i>
			300
_____		1	_____

- 1 de marzo:

No procede asiento contable porque son gastos del ejercicio anterior que en su caso si había fundados motivos de éxito técnico se debieron activar al 31 de diciembre de 2004.

- 1 de abril:

Procede dar de baja al 25% de $24.000 = 6.000$ porque no se acepta el medicamento y se trata de una inversión que no va a producir ingresos.

6.000	<i>Pérdidas procedentes del in-</i>		
	<i>movilizado inmaterial (670)</i>		
		a	<i>Gastos de investigación y de-</i>
			<i>sarrollo (2100)</i>
			6.000
_____		x	_____

En la cuenta *Propiedad industrial (212)* sólo se pueden incluir los costes de desarrollo y los gastos de inscripción registral, pero nunca los costes de investigación.

1.500	<i>Propiedad industrial (212)</i>		
		a	<i>Bancos, c/c a la vista (572)</i>
			1.500
_____		x	_____

- 31 de diciembre:

Investigación (18.000/5)	3.600
Patente (1.500/5 × 9/12)	225

3.825	<i>Amortización del inmoviliza- do inmaterial (681)</i>		
		<i>a Amortización acumulada del inmovilizado inmaterial (281)</i>	3.825

_____ 2 _____

- 1 de marzo:

1.800	<i>Reparaciones y conserva- ción (622)</i>		
288	<i>Hacienda Pública, IVA so- portado (472)</i>		
		<i>a Bancos, c/c a la vista (572)</i>	2.088
		<i>x</i>	_____

- 1 de julio:

80.000	<i>Maquinaria (223)</i>		
12.800	<i>Hacienda Pública, IVA sopor- tado (472)</i>		
		<i>a Bancos, c/c a la vista (572)</i>	92.800
		<i>x</i>	_____

Por el incremento:

180	<i>Reparaciones y conservación (622)</i>		
28,8	<i>Hacienda Pública, IVA sopor- tado (472)</i>		
		<i>a Bancos, c/c a la vista (572)</i>	208,8
		<i>x</i>	_____

- 31 de diciembre, por la periodificación:

330	<i>Gastos anticipados (480)</i> (1.980 × 2/12)		
		<i>a Reparaciones y conservación (622)</i>	330
		<i>x</i>	_____

- 31 de diciembre por la amortización de la maquinaria:

Inversión inicial	137.708,33
[(505.750 – 10.000) (5/15 × 2/12 + 4/15 × 10/12)]	
Mejora (36.036,03 × 6/12)	18.018,01
Total	155.726,34

Mejora: 80.000.

Vida útil pendiente: 60 meses – 16 meses = 44 meses $\Rightarrow$ 3,66 años

El cuadro de amortización para la mejora será:

Años	Dígitos	Cuota
1	3	$80.000 \times 3/6,66 = 36.036,03$
2	2	$80.000 \times 2/6,66 = 24.024,02$
3	1	$80.000 \times 1/6,66 = 12.012,01$
0,66	0,66	$80.000 \times 0,66/6,66 = 7.927,92$
	6,66	

155.726,34 Amortización del inmovilizado material (682)

a Amortización acumulada del inmovilizado material (282) 155.726,34

x

27.777,77 Subvenciones oficiales de capital (130)

(100.000 × 5/15 × 2/12 +
+ 100.000 × 4/15 × 10/12)

a Subvenciones de capital tras-pasadas a resultados del ejercicio (775) 27.777,77

x

3

- 1 de diciembre:

Por la amortización de la propiedad industrial

200	<i>Amortización del inmovilizado inmaterial (681)</i> (1.500/5 × 8/12)		
		a	<i>Amortización acumulada del inmovilizado inmaterial (281)</i>
			200
		x	

Por la permuta:

Valor neto contable entregado (1.500 – 200)	1.300
Límite: valor de mercado del recibido	27.000

200	<i>Amortización acumulada del inmovilizado inmaterial (281)</i>		
1.300	<i>Maquinaria (223)</i>	a	<i>Propiedad industrial (212)</i>
			1.500
		x	

- 31 de diciembre, por la amortización de la maquinaria:

12	<i>Amortización del inmovilizado material (682)</i> [(1.300 – 500) × 150/10.000]		
		a	<i>Amortización acumulada del inmovilizado material (282)</i>
			12
		x	



JOSÉ ALBERTO TORIBIO TEMPRADO
ANNA AYATS VILANOVA

Profesores del CEF

BOICAC núm. 64, diciembre de 2005. Consulta 4

SUMARIO:

Sobre el reflejo contable del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) soportado no deducible incluido como mayor valor de un inmovilizado financiado con una subvención, que posteriormente deviene deducible, como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 6 de octubre de 2005.

Respuesta:

El TJCE ha dictado Sentencia de 6 de octubre de 2005 en el Asunto C-204/03, relativo a la compatibilidad de diversos preceptos de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, con la Directiva 77/388/CEE, de 17 de mayo, Sexta Directiva del Consejo sobre este Impuesto. En concreto, se ha pronunciado sobre la incompatibilidad de determinados apartados de la Ley del IVA con la mencionada Directiva, al prever una prorrata de deducción del IVA soportado por los sujetos pasivos que efectúan únicamente operaciones gravadas y al instaurar una norma especial que limita el derecho a la deducción del IVA correspondiente a la compra de bienes o servicios financiados mediante subvenciones. Debe señalarse, asimismo, que la citada Sentencia ha motivado la Resolución 2/2005, de 14 de noviembre, de la Dirección General de Tributos, sobre la incidencia en el derecho a la deducción en el IVA de la percepción de subvenciones no vinculadas al precio de las operaciones. En el ordinal VIII de esta Resolución, se dispone lo siguiente: «En consecuencia con todo lo anterior, esta Dirección General entiende ajustadas a derecho las siguientes consideraciones: ... 4.^a En el caso de que se perciban subvenciones de capital no cabe la aplicación de limitación directa alguna en el

derecho a la deducción. No obstante, y supuesto que el empresario o profesional que las perciba esté obligado a aplicar el procedimiento de la prorata para calcular sus deducciones, habrá de computar el importe de las mismas como si de subvenciones corrientes se tratase. Dicho empresario o profesional podrá, excepcionalmente, imputar estas subvenciones por quintas partes en el año de su percepción y en los cuatro siguientes...». La cuestión planteada a este Instituto consiste en determinar cuál debe ser el tratamiento contable del IVA soportado y no deducible incluido como mayor valor del inmovilizado que, posteriormente, al amparo de los hechos descritos más arriba, deviene deducible. A este respecto, y considerando que el supuesto de hecho planteado se centra en determinar el tratamiento contable de los créditos que una empresa va a tener con la Hacienda Pública por razón de una devolución de impuestos, derivada de los efectos que en nuestro ordenamiento jurídico interno origina el pronunciamiento del Alto Tribunal comunitario, y teniendo en cuenta la ausencia de tratamiento específico de esta operación en las normas recogidas en la quinta parte del Plan General de Contabilidad (PGC), aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, debe traerse a colación que el PGC contempla una cuenta específica (636. Devolución de impuestos), para registrar «el importe de los reintegros de impuestos exigibles por la empresa, como consecuencia de pagos indebidamente realizados, excluidos aquellos que hubieran sido cargados en cuentas del grupo 2». De acuerdo con el movimiento previsto en el propio PGC, esta cuenta se abonará cuando sean exigibles las devoluciones, debiendo registrar el correspondiente crédito con la Hacienda Pública, en concreto, con cargo a la cuenta 4709. Hacienda Pública, deudor por devolución de impuestos. Por su parte, en el movimiento de esta última cuenta recogido en la tercera parte del PGC, se dispone que la misma se cargará en el caso de devoluciones de impuestos que hubieran sido contabilizados en cuentas de gastos, con abono a la cuenta 636. No obstante, si hubieran sido cargadas en cuentas del grupo 2, serán éstas las cuentas abonadas por el importe de la devolución. Asimismo debe señalarse que si bien el ingreso referido tiene una naturaleza tributaria, debe calificarse como un ingreso extraordinario, en tanto cumple la definición recogida en la cuenta 778. Ingresos extraordinarios –se trata de un ingreso de cuantía significativa que no debe considerarse periódico al evaluar los resultados futuros de la empresa, viene originado por un hecho que cae fuera de las actividades ordinarias y típicas de la empresa, y no se espera, razonablemente, que ocurra con frecuencia–. En definitiva, la empresa deberá reconocer el crédito frente a la Hacienda Pública (para lo cual utilizará la cuenta que mejor se ajuste a la calificación tributaria que corresponda), que figurará en la partida D.III.6, Administraciones Públicas, o epígrafe D.III, Deudores, del activo de los modelos normal o abreviado, respectivamente, de balance, recogidos en la cuarta parte del PGC. A su vez, ajustará el valor de su inmovilizado por el importe del IVA soportado inicialmente no deducible, que ahora deviene deducible, dando de baja asimismo el exceso de amortización que corresponda a dicho valor, lo que ocasionará el reflejo del correspondiente ingreso del ejercicio, que figurará en las partidas 12 ó 7. Ingresos extraordinarios, del haber de los modelos normal o abreviado, respectivamente, de la cuenta de pérdidas y ganancias. En la memoria de las cuentas anuales se incluirá toda la información significativa en relación con estas operaciones, a los efectos de expresar la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa.

EJEMPLO 1:

La entidad adquirió el 1 de abril de 20X0 una máquina por 1.800.000 €. Se estimó en diez años la vida útil de este activo, y se consideró nulo su valor residual. La compra se gravó con un 16% de IVA. El día 1 de noviembre se cobró una subvención equivalente al 25% del coste de adquisición del activo, razón por la cual sólo se consideró deducible el 75% de la cuota de impuesto soportada. La subvención había sido concedida antes de la fecha de compra. El IVA devengado en el segundo trimestre de 20X0 fue de 960.000 €, en tanto que las cuotas deducibles por otras operaciones realizadas en ese período alcanzaron los 240.000 €.

La empresa, que no está obligada a aplicar la regla de prorrata, rectifica la deducción en enero de X6.

SE PIDE:

Anotaciones contables a realizar en 20X0 y 20X6.

Solución:

La subvención se halla ya concedida en la fecha de compra, de manera que ya se conoce el importe del IVA soportado que será no deducible en la fecha de cobro de la subvención. El coste contable del activo incluye dicha fracción de impuesto (Consulta 2, BOICAC 41, de marzo de 2000). Dado que la subvención no se ha cobrado al cierre del primer trimestre, la entidad deduce la totalidad de la cuota soportada en la declaración de ese período. La porción que se ha considerado no deducible en contabilidad queda contabilizada provisionalmente como un pasivo, que se cancela al liquidar el IVA del cuarto trimestre (en el que se cobra la subvención y se pierde el derecho a deducir dicha cantidad).

La concesión de la subvención se registró así:

450.000,00	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas (4708)	
	a Subvenciones oficiales en capital (130)	450.000,00
_____	x	_____

.../...

.../...

Y la adquisición del bien, el 1 de abril de 20X0:

1.872.000,00	Maquinaria (223)		
	(1.800.000 + 1.800.000 ×		
	× 16% × 25%)		
216.000,00	Hacienda Pública, IVA		
	soportado (472)		
	(1.800.000 × 16% × 75%)		
	a Tesorería (57)	2.088.000,00	
	_____ x _____		

En la liquidación del segundo trimestre aparece una diferencia entre el IVA deducido en la declaración (la totalidad de los 288.000 € soportados en la compra) y el impuesto contabilizado como deducible (216.000 €). Dicha diferencia se consigna como un pasivo:

960.000,00	Hacienda Pública, IVA		
	repercutido (477)		
	a Hacienda Pública		
	IVA soportado (472)	456.000,00	
	a Hacienda Pública,		
	acreedora por IVA (4750)	432.000,00	
	a Hacienda Pública, acree-		
	dora por deducciones a		
	rectificar (4750x)	72.000,00	
	_____ x _____		

Al cobrarse la subvención y quedar limitado el derecho a deducir, el 1 de noviembre:

450.000,00	Tesorería (57)		
	a Hacienda Pública, deu-		
	dora por subvenciones		
	concedidas (4708)	450.000,00	
	_____ x _____		
72.000,00	Hacienda Pública, acree-		
	dora por deducciones a		
	rectificar (4750x)		
	a Hacienda Pública, IVA		
	soportado (472)	72.000,00	
	_____ x _____		

.../...

.../...

Y en la fecha de cierre, por la amortización del activo y la imputación a resultados de la parte proporcional de ingreso diferido:

140.400,00	<i>Amortización del inmovilizado material (682)</i> (1.872.000/10 × 9/12)		
		a <i>Amortización acumulada del inmovilizado material (282)</i>	140.400,00
_____	x _____		
33.750,00	<i>Subvenciones oficiales en capital (130)</i> [(140.400/1.872.000) × 450.000]		
		a <i>Subvenciones en capital traspasadas al resultado del ejercicio (775)</i>	33.750,00
_____	x _____		

La rectificación de la deducción del IVA en el primer trimestre del año 20X6 obliga a rebajar el valor del activo hasta el importe por el que habría figurado de haberse considerado deducible la totalidad de la cuota soportada en la compra. El exceso de amortización contabilizada se trata como un ingreso extraordinario.

72.000,00	<i>Hacienda Pública, IVA soportado (472)</i>		
		a <i>Maquinaria (223)</i>	72.000,00
_____	x _____		
41.400,00	<i>Amortización acumulada del inmovilizado material (282)</i> (1.872.000 – 1.800.000)/10 × 5,75)		
		a <i>Ingresos extraordinarios (778)</i>	41.400,00
_____	x _____		

EJEMPLO 2:

Asientos a realizar en enero de X6 si la subvención fue concedida en enero de X1 y cobrada en julio de ese año.

Solución:

El cálculo del coste contable del activo no tuvo en cuenta la eventual limitación del derecho a deducir que tendría lugar en caso de concesión de la subvención solicitada. En la fecha en que ésta se otorgó, la entidad contabilizó un gasto igual a la reducción de cuota deducible. No obstante, la declaración fiscal del primer trimestre de X1 no tuvo en cuenta dicha limitación, que sólo se hizo efectiva cuando la subvención fue pagada.

La rectificación de la deducción en enero de 2006 no modifica el valor contable del activo subvencionado, sino que se contabiliza un ingreso extraordinario igual al incremento de cuota deducible.

72.000,00	Hacienda Pública, IVA soportado (472)		
		a Ingresos extraordinarios (778)	72.000,00
_____		x _____	

BOICAC núm. 65, marzo de 2006. Consulta 1**SUMARIO:**

Sobre el tratamiento contable que corresponde otorgar a las diferencias de cambio surgidas en una operación realizada en moneda distinta del euro.

Respuesta:

La consulta plantea que una sociedad encarga a un proveedor americano la construcción de un inmovilizado. El contrato firmado incluye un calendario de pagos en dólares, fijados y predeter-

minados, vinculados a distintos hitos de la construcción. Para efectuar los pagos correspondientes al primer ejercicio, la sociedad decidió adquirir por adelantado dólares suficientes para asumir la totalidad de los citados pagos, señalando el consultante que la empresa no tenía otros compromisos de pago en dólares distintos y que los dólares adquiridos no superaron la cuantía de los citados pagos, habiéndose comprado únicamente con dicha finalidad. La cuestión planteada en la consulta hace referencia al tratamiento contable que corresponde otorgar a las diferencias de cambio derivadas de la evolución euro-dólar, que se pongan de manifiesto en los dólares adquiridos. En primer lugar debe señalarse que de acuerdo con lo dispuesto en la norma de valoración 14.^a Diferencias de cambio en moneda distinta del euro, incluida en la quinta parte del Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, la tesorería tiene el siguiente tratamiento: «La conversión en moneda nacional de la moneda extranjera y otros medios líquidos en poder de la empresa se hará aplicando el tipo de cambio vigente en la fecha de incorporación al patrimonio. Al cierre del ejercicio figurarán en el balance de situación al tipo de cambio vigente en ese momento. Si como consecuencia de esta valoración resultara una diferencia de cambio negativa o positiva, se cargará o abonará, respectivamente, al resultado del ejercicio». Por lo que se refiere a la cobertura de tipo de cambio en moneda distinta del euro, la única referencia contemplada en la citada norma de valoración es la realizada a los casos de seguro de cambio u operaciones similares, en el apartado relativo a Valores de renta fija, créditos y débitos, en el que se indica que «se considerará únicamente la parte de riesgo no cubierto». No obstante, debe traerse también a colación la consideración de las situaciones que conllevan la existencia de cobertura de riesgos, recogidas en lo que se refiere a las empresas en general, en un Borrador de normas sobre el tratamiento contable de las operaciones de futuros, publicado en el Boletín de este Instituto n.º 21, de abril de 1995, si bien, como su propio nombre indica, no se llegó a aprobar como norma. En la parte tercera de este Borrador de normas, se especifican los requisitos de las operaciones de futuros de cobertura de riesgos en general, incluidos los derivados de variaciones en los tipos de cambio (la empresa debe estar expuesta a un riesgo efectivo por tipo de cambio derivado de elementos patrimoniales, compromisos o transacciones previstas sobre las que existen evidencias razonables que permitan estimar que habrán de producirse en el futuro con toda probabilidad; debe existir coincidencia e identificación sustancial entre el instrumento de cobertura y la operación cubierta, y adicionalmente es necesario que la operación de cobertura tenga por objeto y por efecto eliminar o reducir significativamente el riesgo de tipo de cambio). Con carácter general, y entrando en el fondo de la cuestión suscitada por el consultante, hay que señalar que en la medida en que los dólares adquiridos por la empresa cumplan los criterios incluidos en el mencionado Borrador para calificar la operación como de cobertura del riesgo de tipo de cambio en moneda distinta del euro, a que viene expuesta la empresa como consecuencia del riesgo de tipo de cambio derivado de un compromiso en firme, será necesario considerar el criterio establecido en el apartado 4.5.4.1. Adquisiciones a realizar de activos no financieros y participaciones en el capital, en cuya virtud la variación de valor en el instrumento de cobertura se imputará como un componente más del precio de adquisición o coste de producción del activo adquirido. En cualquier caso, es preciso señalar que la calificación de una situación concreta a efectos de considerar si existe o no cobertura de riesgo de tipo de cambio, debe ser valorada por el sujeto contable y revisada, en su caso, por el auditor de las cuentas anuales, en función de las circunstancias reales que se produzcan en una situación determinada. Por último, en la memoria de las cuentas anuales

del ejercicio en que exista una operación de cobertura contable, se debe facilitar toda información significativa al respecto, de forma que las cuentas anuales en su conjunto muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. En concreto, respecto al tema consultado, en caso de existir operación de cobertura, la empresa debe recoger desde el inicio de dicha situación una descripción de los datos esenciales del instrumento de cobertura y de la operación a ejecutar cubierta, especificando el riesgo concreto cubierto (riesgo de tipo de cambio) y si ésta es eficaz. También debe indicar el criterio de valoración y registro contable empleado en relación con la operación, y desglosar las diferencias que se incorporen en el ejercicio como ajustes del valor contable del elemento patrimonial adquirido.

EJEMPLO:

«SYSTEMS» encarga a una empresa americana la construcción de una máquina para sus instalaciones, cuyo coste se presupuesta en 300.000 \$, acordando los siguientes pagos:

- 01-10-2006: anticipa 50.000 \$.
- 31-12-2006: nos factura el 60% del coste del proyecto, nos descuenta el anticipo, y se envía el importe correspondiente.
- 31-03-2006: nos factura el resto del coste del activo, pero sólo se le abonan 100.000 \$, el resto se pagará un mes más tarde cuando se compruebe que el equipo, una vez instalado, no da problemas.

Los tipos de cambio del dólar respecto al euro son: 1-10: 0,92 euros; 31-12: 0,94 euros; 31-03: 0,90 euros y 30-04: 0,91 euros.

«SYSTEMS» cuando contrata la operación y temiendo una subida del dólar se plantea dos alternativas para atender los pagos de la máquina.

OPCIÓN 1. Adquirir el 1 de octubre los 300.000 \$ y mantenerlos en una cuenta en divisas para ir atendiendo los pagos.

OPCIÓN 2. Contratar un contrato de futuros de divisas *swap* con una entidad financiera que le garantiza la venta de las divisas a un coste de 1 \$ = 0,92 euros.

SE PIDE:

Contabilizar y valorar la máquina teniendo en cuenta las dos alternativas.

.../...

.../...

Solución:**OPCIÓN 1. COMPRA DE LAS DIVISAS**

01-10-2006: compra de 300.000 \$

276.000,00 Bancos, moneda extranjera (573)
 (300.000 × 0,92)

a Bancos (572) 276.000,00

_____ x _____

01-10-2006: anticipo del dinero a la empresa americana.

46.000,00 Anticipo para el inmovilizado material (239)
 (50.000 \$ × 0,92)

a Bancos, moneda extranjera (573) 46.000,00

_____ x _____

31-12-2006: nos factura el 60% del coste.

169.200,00 Maquinaria en montaje (233)
 (180.000 \$ × 0,94)

a Anticipo inmov. material (2394) 46.000,00
 (50.000 \$ × 0,92)

a Bancos, moneda extranjera (573) 119.600,00
 (130.000 \$ × 0,92)

a Diferencia + cambio (768) 3.600,00

_____ x _____

.../...

.../...

31-12-2006: actualizar el saldo de la cuenta en divisas 120.000 \$.

2.400,00	Bancos, moneda extranjera (573)		
	[120.000 \$ (0,94 – 0,92)]		
	a Diferencias + cambio (768)	2.400,00	
_____	x _____		

31-03-2007: factura el 40% restante.

108.000,00	Maquinaria en montaje (233)		
	(120.000 \$ × 0,90)		
4.000,00	Diferencia – cambio (668)		
	a Proveedores inmov. c/p, moneda extranjera (5234)	18.000,00	
	(20.000 \$ × 0,90)		
	a Bancos, moneda extranjera (573)	94.000,00	
	(100.000 \$ × 0,94)		
_____	x _____		

31-03-2007: finaliza la puesta a punto.

277.200,00	Maquinaria (223)		
	a Maquinaria en montaje (233)	277.200,00	
_____	x _____		

30-04-2007: pago de los 20.000 \$.

18.000,00	Proveedores inmov. c/p (5234)		
	(20.000 × 0,90)		
800,00	Diferencia – cambio (668)		
	a Bancos, moneda extranjera (573)	18.800,00	
	(20.000 × 0,94)		
_____	x _____		

.../...

.../...

Aplicando la Norma 14 de Moneda extranjera, el bien debe valorarse al cambio de la fecha factura, no al de la compra de ahí que las diferencias + o – se hayan contabilizado a resultado financiero, ya que no se puede aplicar la norma especial de activarlo, porque la puesta a punto no dura más de un ejercicio.

OPCIÓN 2. SWAP DE DIVISAS

01-10-2006: anticipo del dinero a la empresa americana.

46.000,00	<i>Anticipo para el inmovilizado material (239)</i> (50.000 \$ × 0,92)		
		a Bancos, euros (572)	46.000,00
		x	

31-12-2006: nos factura el 60% del coste.

165.600,00	<i>Maquinaria en montaje (233)</i> (180.000 \$ × 0,92)		
		a Anticipo inmov. material (239) (50.000 \$ × 0,92)	46.000,00
		a Bancos, euros (572) (130.000 \$ × 0,92)	119.600,00
		x	

31-03-2007: factura el 40% restante.

110.400,00	<i>Maquinaria en montaje (233)</i> (120.000 \$ × 0,92)		
		a Proveedores inmov. c/p (523) (20.000 \$ × 0,92)	18.400,00
		a Bancos, euros (572) (100.000 \$ × 0,92)	92.000,00
		x	

.../...

.../...

31-03-2007: finaliza la puesta a punto.

276.000,00 *Maquinaria (223)**a Maquinaria en montaje
(233)*

276.000,00

_____ x _____

30-04-2007: pago de los 20.000 \$.

18.400,00 *Proveedores inmov.
(523)*
(20.000 × 0,92)*a Bancos, euros (572)*
(20.000 × 0,92)

18.400,00

_____ x _____

Al haber un cambio establecido el activo queda valorado al cambio pactado del *swap*, no hay variaciones.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

Las actividades de colaboración de los privados con la Administración Tributaria: en torno a un nuevo ordenamiento

Rafael CALVO ORTEGA. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA

Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2006, 245 págs.

Damos noticia de este libro que reúne el discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación del profesor emérito de la Universidad Complutense, Rafael CALVO ORTEGA, así como la contestación que, en nombre de la Corporación, realizó Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA; todo ello verificado en la solemne sesión que se celebró el 12 de junio pasado, sucediendo el primero, en la Medalla número 27 de la Academia, al profesor Juan IGLESIAS SANTOS.

El trabajo de CALVO arranca de una afirmación que difícilmente puede ponerse en tela de juicio y que pasa por considerar que la formidable gestión tributaria que se lleva a cabo en España, al igual que en los demás Estados modernos, es posible gracias a las actividades de colaboración de los privados con la Administración tributaria, tanto por los resultados de índole recaudatoria como de provisión de información de utilidad para la Hacienda Pública. El estudio de conjunto de las obligaciones de colaboración que se tratan –y que son: la sustitución tributaria, la retención e ingreso a cuenta, la repercusión de cuotas, las obligaciones de facilitar información sobre terceros y la representación obligatoria de los contribuyentes no residentes– promueve la denuncia de la indiferenciación actual que se da de las mismas respecto de las obligaciones del contribuyente, así como la reivindicación de una regulación separada y propia.

El estudio consta de ocho capítulos dedicados al tratamiento de los siguientes temas:

- 1.º La necesidad de colaboración en la gestión tributaria. Su conveniencia para una aplicación de los tributos más eficiente y justa. Algunos apuntes sobre su génesis.
- 2.º Delimitación del concepto de colaboración de los privados con la Administración tributaria. Crítica de la conceptualización legal y de las posiciones doctrinales.
- 3.º Tipificación de las figuras tributarias de colaboración.
- 4.º Las actividades de colaboración con la Administración tributaria ¿son una consecuencia del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos o son prestaciones personales de carácter público autónomas?

-
- 5.º Incorporación de las actividades de colaboración al ordenamiento tributario español: motivación y teleología. Indiferencia legislativa en relación con contribuyentes y colaboradores.
 - 6.º Obligaciones de colaboración y obligaciones de contribución: esencia de cada tipo y demanda de un régimen jurídico básicamente diferente.
 - 7.º Tratamiento indiferenciado de las obligaciones de colaboración y de contribución. Su oposición a la igualdad y a la justicia tributaria establecidas por la Constitución.
 - 8.º Reflexiones sobre un nuevo ordenamiento de las actividades de colaboración de los privados con la Administración tributaria.

En las primeras páginas se excluye a la llamada por la Ley General Tributaria (art. 92) colaboración social y a la cooperación en la recaudación tributaria de las entidades financieras de los supuestos después analizados y que constituyen prestaciones de hacer –los colaboradores no realizan el pago de un tributo– que se refieren y traen causa de la relación con un sujeto tercero, diferenciándose de las obligaciones formales que incumben al contribuyente.

Para procurar su adecuada identificación, el profesor CALVO ORTEGA realiza, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA después, un asedio sistemático y profundo –no exento, en nuestra opinión, de reiteraciones innecesarias en varios lugares del trabajo–, en todos sus aspectos jurídicamente relevantes, de la institución de las actividades de colaboración de los sujetos privados con la Administración Tributaria. Comienza criticando la *vis expansiva* que tuvo la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre, descartando que las actividades de colaboración consideradas constituyan prestaciones patrimoniales de carácter público. Prosigue calificando las cinco situaciones subjetivas que se estudian (sustitución, retención, repercusión, información sobre terceros y representación de no residentes) como prestaciones personales de carácter público a las que alude el artículo 31.3 de la Constitución y, también, se plantea su específica tipificación como supuestos de participación de los administrados en funciones públicas.

Más adelante se descarta que las actividades de colaboración investigadas traigan su causa en el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos afirmado en el artículo 31.1 de la Constitución, porque aquél viene vinculado imperativamente a la capacidad económica del contribuyente. Tampoco se entiende satisfactorio el concepto de poder tributario para explicar la diferencia entre el deber de contribuir y las actividades de colaboración con la Administración y se insiste en el carácter de las actividades de colaboración como prestaciones personales de carácter público autónomas y, además, el más importante tipo de prestación personal en nuestro ordenamiento, una vez que se ha suprimido el servicio militar obligatorio.

En el capítulo quinto se estudian las motivaciones y finalidades a que responden las actividades de colaboración, tratando por separado la Constitución y las normas legales y reglamentarias derivadas. Rafael CALVO critica que la diversidad esencial de figuras de colaboración estudiadas no haya dado lugar a un tratamiento diferenciado de las mismas por las normas fiscales. Al contrario, según sostiene, el ordenamiento ha sido indiferente en relación con todos los aspectos de la relación jurídica que interesan al contribuyente y al colaborador de la Administración: interpretación administrativa, consultas

tributarias, presunción de buena fe, régimen sancionador, recurribilidad, procedimiento, asistencia de los órganos administrativos, etc. De todos estos aspectos, el autor llama la atención sobre el hecho de que el grupo normativo en el que la indiferencia de tratamiento destaca más es en el bloque de infracciones y sanciones tributarias, pese a que se entienda que la antijuridicidad es mayor en el caso de incumplimiento de los contribuyentes que de los privados que colaboran con la Administración.

En el siguiente apartado de la investigación se enuncian los motivos de la indeterminación y confusión normativa reinante en orden a las obligaciones derivadas de las actividades de colaboración con la Administración tributaria:

- Falta de una visión y sistematización legislativas en relación con las obligaciones formales de colaboración.
- Utilización de los conceptos de deber y obligación en el ámbito tributario.
- Expansión del deber de contribuir más allá de los límites que pueden considerarse justificados.
- Recepción por la Ley General Tributaria de 2003 de las «obligaciones entre particulares resultantes del tributo».
- Falta de una doctrina general sobre las actividades de colaboración de los privados con la Administración fiscal por la inexistencia de un debate general, de la ausencia de una doctrina abstracta y, en consecuencia, de la formulación de conclusiones que puedan ser discutidas.
- Las dudas sobre la existencia de un deber general de colaboración con la Administración tributaria a cargo de los sujetos privados.

La situación de indiferencia legislativa que el profesor CALVO critica representaría «una transgresión del principio de igualdad cuando la diferencia entre las situaciones que permiten el juicio de igualdad es relevante. La única objeción a esta afirmación sería terminológica: la discriminación es un concepto que encaja en la igualdad ante la ley: un sujeto es tratado por la Administración o por los tribunales de manera diversa a otros que se encuentran en su misma situación (o semejante). Probablemente sería más correcto hablar de igualdad injustificada para referirse al tipo de transgresión en la ley que aquí interesa: indiferencia ante la desigualdad».

En el último capítulo de la investigación se postula firmemente el mantenimiento de las actividades de colaboración estudiadas, proponiendo que gran parte de las figuras de responsabilidad que, en ocasiones, conducen a situaciones injustas, fuesen sustituidas por una información adecuada y oportuna que permitiese a la Administración gestionar en el momento preciso. Se vuelve a insistir en la desvinculación de las actividades de colaboración respecto del deber constitucional de contribuir al sostenimiento del gasto público y se recuerdan los principios a que están sujetas dichas actividades: reserva de ley, subsidiariedad y proporcionalidad, planteando luego la conveniencia de introducir, en una futura reforma de la Ley General Tributaria, algunas peculiaridades procedimentales tanto en sede de gestión tributaria como de revisión de actos en vía administrativa.

Estas reformas de índole procedimental –a las que siguen en el trabajo el señalamiento de los aspectos básicos de reforma de las actividades de colaboración y una serie de propuestas concretas de modificación del ordenamiento de las figuras de la sustitución tributaria, retención a cuenta, repercusión de cuotas, información sobre terceros y representación de no residentes– servirían a dos importantes objetivos:

«Primero, a la eficacia de las actividades de colaboración de los privados. Si el legislador establece una medida tan importante como la prestación personal obligatoria, debe buscar su eficacia y ha de darle un cauce procedimental adecuado. Segundo, la celeridad procedimental puede evitar situaciones injustas que se concretan, por ejemplo, en la imposibilidad para el colaborador de conseguir el resarcimiento de una cantidad pagada por él (en el caso de la sustitución) o en la imposibilidad de repercutir un impuesto debido por un tercero. No hay que olvidar que debajo de estos ejemplos, y de otros, está la idea de que los tributos deben ser pagados por aquellos sujetos que han manifestado la capacidad económica gravada específicamente por la ley en cumplimiento de un mandato constitucional.

La colaboración tiene que limitarse a su esencia, que es la ayuda a la Administración en la gestión de los tributos. Pero debe tenerse el máximo cuidado para que los colaboradores a que nos referimos no resulten incididos definitivamente. Lo contrario sería absurdo, inconstitucional e injusto».

Miguel Ángel Martínez Lago



El valor sistema tributario: acerca de su integración entre los principios de la imposición

Felipe ROMERO GARCÍA

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Sevilla, 2005, 373 págs.

Este libro proviene de una parte de la Tesis doctoral que el autor defendió en la Universidad de Cádiz y se ha estructurado en dos amplios capítulos. El primero se refiere al concepto del sistema tributario a través de sus notas configuradoras, mientras que el segundo lleva por título: los principios impositivos y el valor «sistema». Al final aparece, como es habitual, la referencia de la bibliografía consultada.

Sabido es que el artículo 31 de nuestra Constitución de 1978 enuncia el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público de acuerdo con una serie de principios que informan el instrumento mediante el que dicho deber se despliega: «un sistema tributario justo», por lo que adquiere sentido, como hace el autor al principio del trabajo que comentamos, preguntarse si esa invocación de la norma constitucional al sistema tributario es una simple figura retórica o si, por el contrario, de la misma es posible extraer consecuencias jurídicas que permitan articular un razonamiento que tenga como punto de apoyo la idea de sistema y las cualidades que deben estar presentes en la estructuración técnica de los tributos para que pueda afirmarse la cualidad «sistema».

El objetivo de la investigación pasa por acercarse al concepto de sistema tributario a través de sus notas configuradoras y de los elementos que lo componen, entre los que ocupan lugar destacado los principios que han de regir ese entramado de figuras tributarias. Fijadas esas notas, el autor examina cómo se integra la idea de sistema y sus notas caracterizadoras en el contenido de los principios que la Constitución explicita para el ámbito tributario.

¿Qué es lo que caracteriza a un sistema tributario?, o, si se prefiere, ¿qué circunstancias han de darse para que un conjunto de tributos merezca llamarse así, adquiriendo la connotación de un sistema? Para ROMERO GARCÍA, éste representa un conjunto de elementos interrelacionados que se dirigen hacia algún propósito u objetivo, siendo común a todo sistema las siguientes ideas:

- Un sistema es un conjunto de, al menos, dos elementos.
- En un sistema que sea verdaderamente tal, un elemento influye y es influido por otro u otros de sus elementos.
- Estos elementos pueden agruparse en subsistemas, y un sistema puede hallarse inmerso en otro de orden superior.
- Cada subsistema puede tener una finalidad propia pero, en última instancia, contribuye, o debe contribuir, al objetivo del conjunto.
- El sistema constituye un todo.

Tras este enunciado se recorren las notas que permiten hablar de sistema fiscal. En primer lugar la existencia de una pluralidad de figuras tributarias, dada la inviabilidad de una única contribución, y la integración junto a ello de otros elementos como, por ejemplo, un conjunto de medios institucionales, a los que genéricamente se denomina Administración tributaria, síntesis de medios humanos y materiales necesarios para el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los administrados, así como el conjunto sistemático de normas de diferente rango y contenido que jurídicamente disciplinan y regulan la elaboración, aplicación, gestión y recaudación de los diferentes tributos.

Ese *corpus iuris* estaría presidido por los principios constitucionales que explican, informan y limitan el sistema tributario –dado el valor normativo propio que tiene la Constitución–, siendo de capital importancia la doctrina del Tribunal Constitucional porque desempeña una labor orientadora de la actuación legislativa ordinaria. Después se situaría, por su espíritu codificador, la LGT y luego ya esa madeja inextricable de normas legales y reglamentarias de diverso ámbito territorial y la normativa propia de cada figura tributaria.

El siguiente paso que da el autor consiste en agrupar las especies en subsistemas en función de diversos criterios (v. gr. materia imponible u objeto del impuesto, también con base en los elementos subjetivo y temporal del hecho imponible o la consideración que se haga de las circunstancias del obligado tributario en la determinación de la cuota tributaria) y después se plantea cuál es la finalidad u objetivo común de las piezas del sistema tributario –en esta sede no sólo habrá de encontrarse implícita la idea de la justa contribución, sino también la satisfacción de objetivos de política económica y social (fines extrafiscales)– y cómo interaccionan los diversos tributos entre sí.

Esta suerte de reflexiones se topa con la consideración del principio de estanquidad tributaria a la luz del concepto de sistema tributario. Según aquél, cada pieza del rompecabezas fiscal tendría un funcionamiento totalmente autónomo, se trataría de un compartimiento estanco desde el punto de vista normativo y que, en términos de gestión, se haría separada e independientemente de la aplicación de otras figuras. El autor ofrece una visión panorámica de la evolución de la jurisprudencia y de las distintas posiciones doctrinales, para acabar contemplándolo desde la perspectiva del sistema y la exigencia de coordinación que del mismo se deriva.

Y es que, si el contenido del sistema no puede asimilarse con un mero conglomerado de figuras tributarias más o menos numerosas y variadas, sino con una diversidad de especies sistematizadas y acopladas de acuerdo a una serie de principios rectores sancionados constitucionalmente, la coherencia y coordinación impositivas aparecen entonces como ingredientes ineluctables de la cualidad sistema. En este campo, ROMERO GARCÍA se remonta a la clásica contraposición de sistemas fruto del raciocinio o de la decantación histórica y reflexiona después acerca de las argumentaciones que el valor «coherencia del sistema fiscal» ha encontrado en la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Al final, se comentan diversos supuestos de concurrencia impositiva bien de distintos entes o de un mismo ente territorial.

El capítulo segundo del libro se abre con una breve referencia a la perspectiva de la Ciencia de la Hacienda sobre los principios de la imposición, pasando pronto al enfoque jurídico sobre los mismos, entendiéndolos como «aquellas directrices o ideas fundamentales que constituyen el basamento norma-

tivo de la vertiente tributaria del sistema y cuya formulación permitirá enjuiciar la racionalidad de éste. El grado de perfección de un sistema impositivo vendrá dado por la medida en que cumpla los principios que de él se invocan».

Después de una breve consideración de conjunto, el autor va refiriéndose por separado a cada uno de los principios materiales recogidos en el artículo 31.1 de la Constitución, a saber: generalidad, igualdad, capacidad económica, progresividad y no confiscatoriedad. En relación a los mismos, repasa las diferentes opiniones de la doctrina científica y tiene en cuenta los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

La efectividad de la generalidad en la contribución tiene mucho que ver, como razona ROMERO GARCÍA, con el acoplamiento sistemático de los diferentes tributos, con el fin de que no se presenten interferencias injustificadas ni lagunas impositivas. En este sentido, «la sistematicidad y coordinación aparecen como requisitos esenciales de la construcción y aplicación del cuadro de figuras tributarias, que ha de componer un entramado completo, cerrado y sistemático, que impida la evasión de cualquier manifestación de capacidad económica que deba ser sometida a tributación. La contrastación de estas exigencias con la realidad provoca, en no pocas ocasiones, cierto escepticismo, que lleva a afirmar el carácter complejo e inorgánico que, en general, presenta todo sistema tributario».

También para acomodar la tributación a la capacidad económica, haciendo operativa sobre ella la actuación de un principio de igualdad que va más allá de la regla de la igualdad formal, el empleo de una rigurosa técnica jurídica, una de cuyas manifestaciones es la coordinación impositiva, resulta insoslayable para el legislador. Difícilmente, como se sostiene en el trabajo, podrá realizarse la igualdad material, real y efectiva, en el reparto de la carga tributaria, si el legislador articula el conjunto de impuestos de manera asistemática y desarmónica, provocando desigualdades arbitrarias ante presupuestos de hecho indicativos de capacidad económica sustancialmente iguales.

Es comprensible que se dedique una mayor atención al comentario del presupuesto lógico del deber de contribuir como es la capacidad económica, cuyo respeto requiere, una vez rechazada la idea de la imposición única, que los tributos se encuentren coordinados, pues la aptitud para contribuir no es ilimitada. Más ampliamente: «la pluralidad impositiva, en contacto con los requerimientos del principio de capacidad económica, pone en primer plano la exigencia técnica de coordinación entre los impuestos, en tanto que conectados entre sí con arreglo a criterios coherentes, para gravar de manera equilibrada toda riqueza, evitando excesos de gravamen que atenten contra la capacidad económica. A tal fin, la coordinación de los tributos que recaen sobre cada contribuyente, en sus múltiples manifestaciones (remisiones, normas de deslinde, de cierre a la tributación, de exención, crédito de impuestos, etc.) debe procurar que la carga tributaria, tanto parcial –de un concreto y determinado impuesto– como global –del conjunto de impuestos que le afecten–, se adecue a su aptitud para contribuir, es decir, a la "cuota individual" de sostenimiento a los gastos públicos que le corresponda en función de su respectiva capacidad económica».

Tras el recorrido por los principios señalados, así como por «especificaciones» de la igualdad y la capacidad económica como son la progresividad y la exigencia de que el sistema tributario no conduzca a la confiscación, el autor incorpora al trabajo el tratamiento de los principios de reserva de ley y de seguridad jurídica.

En relación al primero, se destaca la posición fundamental de la ley como instrumento y garantía de homogeneidad en la construcción de un sistema de tributos. En esta aproximación no se echan de menos aspectos como el de la posibilidad de realización de reformas fiscales por medio de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, en aras de lo que dispone el artículo 134.7 de la Constitución, ni el recurso gubernamental a expedientes subrogatorios de la potestad legislativa del Parlamento como sucede cuando se emplean decretos-leyes, entre otras posibles materias, sobre la tributaria.

En cuanto a la seguridad jurídica, como principio consustancial al Derecho, constituye un valor intrínseco y necesario del que se reflexiona sobre su concepto y algunas importantes manifestaciones en la materia tributaria, como son la simplificación del sistema, que permita su más adecuado perfeccionamiento y cognoscibilidad; también la transparencia y previsibilidad de las consecuencias fiscales que derivan de las decisiones adoptadas en el ejercicio de una actividad económica, así como los problemas que comporta el hecho de que determinadas normas tributarias sean retroactivas.

Miguel Ángel Martínez Lago



Discrecionalidad, arbitrariedad e inicio de actuaciones inspectoras

Aitor ORENA DOMÍNGUEZ

Aranzadi, Navarra, 2006, 207 págs.

La monografía que comentamos se enmarca en la amplia colección de «Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria» de la Editorial Aranzadi y, como es habitual en la misma, después del estudio que efectúa el autor, profesor asociado de Derecho financiero y tributario de la Universidad del País Vasco, aparece la obligada referencia de la bibliografía consultada y tres anexos con extractos de jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia de diversas Comunidades Autónomas.

Como plantea el propio autor al principio del trabajo, el objeto del mismo pasa por estudiar, y denunciar a su vez, las posibles arbitrariedades que pueden darse al comienzo de actuaciones de comprobación e investigación llevadas a cabo por la Inspección de los tributos.

En el capítulo primero, titulado «Discrecionalidad y arbitrariedad», van apareciendo los conceptos que, después, se utilizarán a lo largo del libro. En primer término, el principio de legalidad, del que se advierten sus dos formas de vincular: *positivamente*, siendo entonces la ley el fundamento previo y necesario de las actuaciones administrativas y, *negativamente*, ostentando la norma el papel de mero límite externo o frontera a la libre acción de la Administración que tendría permitido hacer todo lo que no le esté prohibido.

Después se hace referencia a las potestades de la Administración, distinguiendo entre las de carácter reglado –en las que su ejercicio es obligatorio para la Administración– y discrecionales, advirtiendo que estas últimas –donde se dan supuestos de libertad decisional de la Administración– no pueden identificarse con la autonomía de la voluntad ni la existencia de zonas inmunes al control judicial. También confronta el autor a las potestades discrecionales y la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados concluyendo que, en el ámbito tributario, las potestades regladas son las correspondientes al denominado Derecho Tributario sustantivo o material y las discrecionales con el espacio del Derecho Tributario adjetivo o formal.

Con algo más de detenimiento se consideran tres técnicas que se emplean para controlar judicialmente la discrecionalidad y que quedan enmarcadas en la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos que consagra el artículo 9.3 de la Constitución: 1.^a El control de los elementos reglados del acto discrecional y, en particular, la desviación de poder; 2.^a El control de los hechos determinantes y, 3.^a El control de los principios generales del Derecho. Junto a estas técnicas, se considera la motivación de los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, pues el control de legalidad de las mismas no debe limitarse únicamente al control de legalidad formal.

Precisamente, la motivación representa la frontera entre la discrecionalidad y la arbitrariedad. Si no hay motivación alguna, la decisión adoptada sólo tendrá como soporte la mera voluntad o capricho de quien la adopta. En el trabajo que comentamos, como advierte su autor, se juzga a la Administración y, por ello, la arbitrariedad que se analiza no es la normativa –producida en la elaboración de normas jurídicas–, sino la aplicativa, que tiene lugar en un supuesto concreto como el del inicio de las actuaciones inspectoras.

Al poner en relación el ejercicio de potestades discrecionales de la Administración y el carácter revisor de la jurisdicción, Aitor ORENA plantea los elementos que han de comprobar los jueces:

- 1.º Si la realidad de los hechos ha sido falseada.
- 2.º Si no se ha tenido en cuenta algún factor jurídicamente relevante o si se ha introducido en el proceso alguno que no lo sea.
- 3.º El valor otorgado por el ordenamiento jurídico a cada uno de esos factores.
- 4.º En caso de tener todos ellos el mismo valor jurídico, el razonamiento que justifique la opción a favor de uno u otro.

Al término del capítulo introductorio, se formula la pregunta de si ¿cabe la discrecionalidad en el ámbito tributario? Y, como quiera que, desde luego, la respuesta no puede sino ser afirmativa, se discurre sobre los principios –de legalidad o reserva de ley y de seguridad jurídica– que la Administración debe respetar y que limitarán la existencia de la discrecionalidad tributaria.

El segundo capítulo se dedica a la observación de las actuaciones inspectoras de comprobación e investigación que, como en la práctica, no pueden extenderse al examen de la situación fiscal de todos los ciudadanos, hace especialmente relevante la selección de las personas a investigar, momento caracterizado por una amplísima discrecionalidad de los órganos inspectores, abriéndose la puerta a posibles arbitrariedades.

Para poder llevar a cabo la selección de sujetos objeto de las actuaciones inspectoras, resulta imprescindible a juicio del autor «establecer los criterios a partir de los cuales se decidirá qué sujetos inspeccionar, consiguiendo de esta forma evitar la arbitrariedad. Estos criterios deberán estar perfectamente definidos y habrán de respetar en todo momento la Constitución. Respecto a cuáles han de ser éstos, únicamente la combinación de varios criterios logrará la obtención de una selección justa. Así por ejemplo, si únicamente se utilizase el criterio de la aleatoriedad –criterio que asegura como ningún otro decisiones antojadizas de la Inspección–, se estaría despreciando el principio de eficacia, con lo que se estaría contradiciendo la equidad fiscal y la adecuación de los medios a los fines (art. 106.1 de la CE). Por otro lado emplear, de forma exclusiva, un criterio sectorial o territorial, no respetaría, salvo que medie un elemento temporal, los principios de la igualdad y la generalidad; es más, podría llegar a contradecir también el principio de eficacia del artículo 106.1 de la CE al no hacer hincapié en sectores potencialmente defraudadores».

El artículo 147 de la nueva Ley General Tributaria prevé que la iniciación del procedimiento de inspección se haga de oficio y a petición del propio obligado tributario. Dejando al margen esta última posibilidad, el estudio del profesor ORENA DOMÍNGUEZ se centra en dos de los modos que tiene la Inspección para comenzar sus actuaciones con un determinado sujeto: por denuncia pública y por inclusión en un Plan de inspección y, a dichos modos, se refieren los siguientes capítulos, tercero y cuarto, del trabajo.

Por lo que se refiere a la denuncia pública –regulada actualmente en el art. 114 de la Ley General Tributaria–, el autor opina que se trata de una de las instituciones jurídicas que ha estado más olvidada en los últimos tiempos, quizás porque se trata de una figura problemática tanto desde el punto de vista de su aceptación, debido a la repulsa que provocaba su retribución, como en lo relativo a su conceptualización y ubicación dentro del procedimiento de gestión tributaria.

La denuncia viene a ser un acto del administrado con el que se lleva a cabo una colaboración voluntaria con la Administración, siendo, potencialmente al menos, un instrumento de lucha contra el fraude fiscal. De la misma se estudia su objeto –hechos o situaciones que puedan ser constitutivos de infracciones tributarias o tener trascendencia para la aplicación de los tributos– y forma, habitualmente escrita, aunque podría adoptar la forma verbal (el autor también se refiere a otros tipos de denuncias: anónima, nominativa y denuncia pública propiamente dicha), criticándose el hecho de que la denuncia no forme parte del expediente administrativo porque se desaprovecha así la oportunidad de fijar un posible control jurisdiccional sobre el modo de actuar de la Administración. Para Aitor ORENA, las denuncias deberían, por lo menos, recogerse en algún archivo aunque sea a efectos internos para poder investigar una posible arbitrariedad o desviación de poder.

Por otro lado, se considera que la denuncia no tiene por qué ir acompañada de las pruebas de los hechos denunciados y, sucesivamente, se van respondiendo diversos interrogantes. Así: ¿constituyen una obligación para los ciudadanos?, ¿constituyen una obligación de actuar para la Administración?, ¿debe la denuncia formar parte del expediente?, ¿puede la denuncia ser anónima?, etc.

En cuanto a los Planes de Inspección –las directrices generales del último Plan General de Control Tributario para 2006 (en la terminología empleada por el art. 116 de la nueva Ley General Tributaria) han resultado aprobadas y hechas públicas por Resolución de 27 de enero de 2006 de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria–, se considera su razón de ser –la eficacia de las actuaciones inspectoras que exigen su previa programación– y finalidad (hacer efectivo el deber constitucional de contribuir al sostenimiento del gasto público aparte de proteger los derechos de los ciudadanos y posibilitar, al propio tiempo, un control de la actuación de los órganos inspectores), así como lo que son: documentos que recogen los criterios que han de servir a los órganos inspectores a la hora de delimitar los sujetos objeto de posibles inspecciones.

También se hace referencia a una triple clasificación de estos Planes: el Plan Nacional de Inspección (en la terminología empleada por la derogada Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes), los respectivos Planes de Inspección de cada funcionario, equipo o unidad y, cuando se estime necesario u oportuno, los Planes especiales de actuación sectorial o territorial.

Los restantes aspectos que se tratan en la monografía de ORENA DOMÍNGUEZ hacen referencia al acceso a las relaciones nominativas de los sujetos a inspeccionar y la posibilidad de impugnar la inclusión de un contribuyente en un Plan de Inspección. Asimismo, se comenta la publicidad del Plan Nacional de Inspección y la conveniente publicación de los Planes de los órganos inspectores –dado que su carácter reservado no favorece sino cuestionarse su constitucionalidad–, la naturaleza que tienen (se analizan las posturas que defienden su consideración como normas jurídicas y como normas internas con apariencia de instrucciones o directrices de la propia Inspección) y en cuanto a si es posible impugnar directamente un Plan o si, en cambio, sólo es posible la impugnación de los actos de la Inspección posteriores y que sean consecuencia de esa previa planificación, el autor deja ver diversas posturas al respecto:

- Impugnación sólo de las actuaciones inspectoras ejecutando los criterios del Plan.
- Los criterios informadores del Plan Nacional no pueden impugnarse porque vienen a ser meras directrices políticas.
- Imposibilidad de recurrir el Plan Nacional ni los actos de concreción del mismo, ni demás modos de inicio de las actuaciones.
- La mera inclusión de un contribuyente concreto en un Plan no es recurrible separadamente pero sí junto a la resolución que ponga fin al procedimiento seguido por la Inspección.

Miguel Ángel Martínez Lago