

bros del órgano de administración: un derecho de voto simple, un derecho de voto plural o, en su caso, ningún derecho de voto (si bien esta última propuesta podría quizá resultar más discutible en sociedades limitadas y requeriría un análisis que excede la extensión de este trabajo).

En conclusión, y aunque pueda resultar paradójico, la Resolución de la DGRN de 15 de septiembre de 2008, a pesar de desestimar el recurso y confirmar la calificación negativa de la registradora, confiere un importantísimo respaldo a la utilización de los derechos de voto múltiple para configurar participaciones sociales privilegiadas fuera de los casos expresamente regulados por la ley.

JAVIER RUIZ-CÁMARA BAYO (\*)

## **MODIFICACIONES EN EL RÉGIMEN DE IDENTIFICACIÓN DE INVERSORES EN EMISIONES DE PREFERENTES Y DEUDA REALIZADAS POR ENTIDADES ESPAÑOLAS AL AMPARO DE LA LEY 13/1985**

### **Introducción**

El pasado 25 de diciembre de 2008 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el texto de la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria (la «Ley 4/2008»).

Junto a las novedades en materia tributaria por todos ya conocidas, algunas de las cuales resultan fácilmente identificables en el propio título de la norma, la Ley 4/2008 ha introducido una modificación de gran calado en el régimen de identificación de los titulares de participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda emitidos al amparo del régimen establecido por la Disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo.

A la interrogante surgida sobre el alcance real de la referida modificación, que se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario, han de sumarse las dudas planteadas respecto de su entrada en vigor y

las consecuencias que de ello pudieran derivarse para las emisiones «vivas» a las que resultará de aplicación, incertidumbres que, al menos en lo tocante a este segundo punto, han quedado despejadas a raíz de las consultas vinculantes emitidas hace escasas fechas por la Dirección General de Tributos, en los términos que posteriormente examinaremos. Previamente a ello, repasaremos en detalle el contenido de las novedades introducidas por la Ley 4/2008 en la materia que nos ocupa, así como los antecedentes normativos en los que aquéllas se enmarcan.

### **Alcance de las obligaciones de información establecidas inicialmente por la Ley 13/1985**

La Disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo –cuyo texto fue introducido por la Disposición adicional tercera de la Ley 19/2003, de 4 de julio–, contempla el régimen fiscal aplicable a las emisiones de participaciones preferentes e instrumentos de deuda que cumplan determinados requisitos y que sean realizadas por entidades financieras o cotizadas no financieras españolas, bien directamente, bien a través de filiales de objeto único íntegramente participadas y situadas en España o en un territorio de la Unión Europea.

Dicho régimen, que extendió a los valores anteriormente citados el tratamiento aplicable a los rendimientos derivados de la deuda pública obtenidos por no residentes sin mediación de establecimiento permanente en España, vino acompañado de la obligación para la entidad de crédito dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito, o la entidad cotizada titular de los derechos de voto del emisor, según fuera el caso, de poner en conocimiento de las autoridades fiscales cierta información relativa a la identidad y residencia fiscal de los perceptores de los citados rendimientos.

Este mandato legal se desarrolló reglamentariamente a través del Real Decreto 1778/2004, de 30 de julio, que añadió un nuevo capítulo al Real Decreto 2281/1998, de 23 de octubre, el cual fue a su vez derogado y su contenido integrado, sin variaciones sustanciales, en los artículos 43 y 44 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.

Sin entrar de forma detallada en la mecánica de los procedimientos de obtención de información regulados en el Real Decreto 1065/2007, sí diremos que aquéllos circunscribieron su ámbito de aplicación a los perceptores no residentes que actuaran sin mediación de establecimiento permanente en Espa-

(\*) Abogado del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

ña, y que el sistema establecido supeditaba en última instancia la no aplicación de retención sobre el rendimiento satisfecho a la existencia de un efectivo suministro de información relativa al perceptor de las rentas. De esta forma, la retención que la entidad emisora estaba obligada inicialmente a practicar se liberaba, devolviéndose al inversor, en la medida en que éste aportara al emisor, ya fuera directamente, ya a través de ciertas entidades financieras intermedias, dentro del plazo de ingreso de las retenciones en el Tesoro Público, la información requerida por la normativa española. Este procedimiento, hasta donde sabemos, ha venido funcionando con excelentes resultados desde el año 2005 en términos de porcentaje de inversores debidamente identificados y, por tanto, de pagos efectuados sin retención, tanto en el mercado europeo como muy especialmente en el norteamericano.

#### **La modificación introducida por la Ley 4/2008. Antecedentes**

Los cambios introducidos en materia de identificación de inversores por la Ley 4/2008, que seguidamente pasaremos a analizar, se enmarcan a nuestro juicio en un proceso que se viene gestando desde hace algo más de un año tendente a la eliminación de las supuestas trabas legales, y entre ellas las fiscales, que al parecer representaban un obstáculo para la captación de fondos en determinados mercados internacionales por parte del Tesoro Público y de las entidades financieras españolas, situación que —como es lógico— se vio agravada por la crisis crediticia y la pérdida global de confianza que han asolado en los últimos meses a los mercados internacionales de capitales.

Es por ello por lo que entre las medidas adoptadas por el Gobierno para facilitar la cobertura de las necesidades de financiación exterior de la economía española, tanto en el sector público como privado, se acordó en primer lugar extender el tratamiento fiscal beneficioso aplicable a los valores de deuda pública, y, por extensión, a todos los rendimientos derivados de instrumentos emitidos al amparo de la Ley 13/1985, a los no residentes, incluidos aquéllos que fueran residentes o actuaran a través de un territorio o jurisdicción calificado como paraíso fiscal de conformidad con la normativa española, modificación esta que se operó a través de la aprobación del Real Decreto-Ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica.

Pues bien, esta apertura a los inversores residentes en paraísos fiscales del régimen de exención previs-

to para la deuda pública y los valores emitidos bajo la Ley 13/1985, duramente criticada desde algunos sectores por lo que suponía de punto de inflexión en el contexto de una normativa fiscal que en los últimos años ha puesto su punto de mira en tratar de endurecer el régimen aplicable a las transacciones efectuadas con paraísos fiscales, ha venido a sentar las bases, de la modificación plasmada en la Ley 4/2008 en materia de identificación de inversores, en la medida en que, como consecuencia de la entrada en vigor del citado Real Decreto-Ley 2/2008, las obligaciones de información recogidas en la Disposición adicional segunda de la Ley 13/1985 habían quedado muy probablemente vacías de contenido.

Centrándonos en los cambios introducidos por la Ley 4/2008 en la materia que estamos analizando, aquéllos tienen una doble vertiente: por un lado, en relación con la deuda pública, se añade un segundo párrafo a la letra a) del apartado 4 del artículo 31 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Dicho apartado excluía la obligación de practicar retención o ingreso a cuenta sobre los rendimientos derivados de los valores de la deuda pública, «*sin perjuicio de la obligación de declarar prevista en el apartado 5 de este artículo*».

El mentado apartado 5 establecía, por su parte, la obligación para el retenedor de presentar de forma periódica una declaración y efectuar el ingreso de las retenciones o ingresos a cuenta practicados, o bien una declaración negativa cuando no hubiera procedido la práctica de dichas retenciones o ingresos a cuenta. Como resultado de ello, los rendimientos exentos de retención habían de incluirse en el resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta que el retenedor está obligado a presentar ante la Hacienda Pública, tal y como prescribe el artículo 15.2 del Reglamento del impuesto.

Como excepción a esta regla general, y en relación con la deuda pública, se desarrolló un procedimiento y unos modelos específicos (distintos del modelo 296) para efectuar el suministro a la Administración tributaria de la información relativa a los titulares de valores de deuda pública, cuya regulación aparece recogida en el Real Decreto 1285/1991, de 2 de agosto, y la Orden Ministerial de 16 de septiembre de 1991.

Pues bien, la modificación en cuestión llevada a cabo por la Ley 4/2008 a través de su artículo segundo ha consistido en la inclusión de un nuevo párrafo en el referido artículo 31.4, apartado a),

mediante el cual los rendimientos derivados de la deuda pública quedan excluidos de la obligación de declaración que, como hemos visto, recae sobre la figura del sujeto obligado a practicar la correspondiente retención.

En consonancia con la modificación incorporada para la deuda pública, la Disposición final segunda de la Ley 4/2008 da nueva redacción al apartado 3 de la Disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de forma que donde hasta ahora se establecía la obligación general de informar a la Hacienda Pública sobre «*la identidad de los titulares de los valores emitidos*», se introduce la mención a «*la identidad de los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, que sean titulares de los valores emitidos por aquéllas, así como los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que obtengan rentas procedentes de tales valores mediante establecimiento permanente situado en territorio español*», dejándose a un posterior desarrollo reglamentario el procedimiento que haya de seguirse para cumplir la citada obligación.

Mediante este cambio se limita por tanto el potencial universo de inversores respecto de los cuales habrá de suministrarse información a la Administración tributaria, que queda reducido a los residentes en territorio español, a los que se asimilan los no residentes establecidos en dicho territorio. La nueva regulación trae consigo igualmente una curiosa circunstancia, cual es la ruptura del sistema de «retención-información» que, desde hace bastantes años, ha venido constituyendo con carácter general una de las piedras angulares sobre las que se asienta el sistema de exenciones aplicable a los no residentes que obtienen rentas sujetas a tributación en España. Ello es así en la medida en que la aplicación de la gran mayoría de exenciones (o tipos reducidos previstos en nuestros convenios para evitar la doble imposición) recogidos en la normativa de no residentes, e.g. intereses y ganancias patrimoniales obtenidos por residentes en la Unión Europea, dividendos satisfechos a matrices igualmente europeas, etc., exige la previa acreditación de la residencia del perceptor de la renta a través del oportuno certificado de residencia emitido por la autoridad fiscal competente, de forma que la exhibición del citado certificado permite acceder a la exención o al tipo reducido, resultando de aplicación, en caso contrario, el tipo general de retención previsto en cada momento por nuestra normativa.

En cambio, con la nueva redacción dada al apartado 3 de la Disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, se establece la obligación de remitir cierta información a la Administración tributaria respecto de los perceptores que sean residentes en España y que deban, por tanto, tributar en nuestro país por esas rentas, y ello con independencia de que las rentas percibidas se encuentren o no sujetas a retención a cuenta del impuesto final que deban satisfacer los citados inversores (pensemos por ejemplo en las exclusiones de retención previstas para los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades respecto de los rendimientos derivados de activos financieros cotizados en mercados organizados de la OCDE). Desaparece de esta forma el «incentivo» que, en forma de exención, establecía la norma para favorecer que los inversores no residentes suministraran a los emisores la información exigida por la ley española. Siendo así, existirán inversores, señaladamente las personas físicas residentes en España, para las que en principio resultará indiferente suministrar o no la información que en su caso se exija, pues los rendimientos que perciban van a estar en todo caso sujetos a retención.

### **Las consultas de la Dirección General de Tributos de 20 de enero de 2009)**

La publicación de la Ley 4/2008 generó cierta polémica en relación con el momento en que el cambio operado en la Disposición adicional segunda de la Ley 13/1985 debía entenderse en vigor, y los efectos que de ello pudieran derivarse en función de la respuesta que se diese a esta primera interrogante.

En puridad, dado que la Ley 4/2008 no estableció ninguna disposición específica que afectara a la entrada en vigor de la Disposición final segunda, o al momento en que lo allí dispuesto había de entenderse aplicable, como sí ocurrió por el contrario con muchos otros artículos y disposiciones recogidos en esa misma ley, resultaba preciso acudir a la regla general prevista en su Disposición final quinta, a cuyo tenor la ley entraría en vigor «*el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”*», esto es, el 26 de diciembre de 2008.

Ciertamente, no se advierte que fuera voluntad del legislador retrasar la entrada en vigor de la Disposición final quinta hasta un momento posterior, pues de ser así la solución habría sido tan sencilla como establecer una disposición en la ley previendo de forma expresa esta circunstancia. Por otra parte, el hecho de que la *forma* en que habrá de suministrarse a la Administración tributaria la información

relativa a los inversores españoles haya de desarrollarse reglamentariamente no parece, *a priori*, obstáculo suficiente para considerar de imposible cumplimiento la obligación legal principal, esto es, la necesidad de recopilar esa información con ocasión de cada pago de remuneración que tuviera lugar a partir del 26 de diciembre de 2008, y ello con independencia de que, como es lógico, fuera necesario aguardar al oportuno desarrollo reglamentario a fin de determinar con más precisión el concreto procedimiento a través del cual había de efectuarse el suministro a la Hacienda Pública de la información previamente recopilada.

Una posible vía de cumplimiento de la obligación establecida por la Ley 4/2008 podría haber pasado por entender plenamente aplicable lo previsto en el Real Decreto 1065/2007 en todo aquello que no se opusiera expresamente a la nueva redacción dada al apartado 3 de la Disposición adicional tercera de la Ley 13/1985. De esta forma, el Real Decreto continuaría en vigor en todos sus extremos salvo en aquél que se refiere al contenido de la información a recopilar, que a partir de la entrada en vigor de la Ley 4/2008 ya no habría de entenderse referido a inversores no residentes, sino única y exclusivamente a los residentes.

Todas estas dudas se han despejado a raíz de la respuesta ofrecida por la Dirección General de Tributos a la consulta vinculante planteada por la Asociación Española de Banca (AEB), de fecha 20 de enero de 2009 y núm. de referencia V0077-09 (existiendo asimismo otra consulta planteada en idénticos términos por la Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA)), en la que la consultante solicita aclaración sobre «*si debe continuar cumpliéndose el régimen de información actualmente vigente respecto de los rendimientos de los instrumentos financieros de renta fija obtenidos por inversores que tengan la condición de no residentes*». En este sentido, debemos aclarar que la consulta se formula en relación con las obligaciones de información que resultan aplicables a los inversores no residentes que sean titulares tanto de instrumentos de deuda pública como de valores emitidos al amparo de la Ley 13/1985, lo que resulta plenamente coherente dado que, como hemos visto, el régimen fiscal de los rendimientos derivados de estos últimos se remite al establecido con carácter general para los procedentes de la deuda pública

en la normativa del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

Tras efectuar un detallado repaso del marco normativo existente en esta materia antes y después de la entrada en vigor de la Ley 4/2008, haciendo especial hincapié en las obligaciones de información aplicables a los titulares de valores de deuda pública, el centro directivo concluye afirmando que «*en tanto no se lleve a cabo la revisión de las normas procedimentales aludidas para desarrollar lo previsto en la Ley 4/2008, seguirán resultando de aplicación los procedimientos previstos tanto en el Real Decreto 1285/1991, de 2 de agosto y sus normas de desarrollo en lo relativo a la deuda pública, como en el artículo 44 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, respecto de los valores regulados en la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo*».

La conclusión, pues, que puede extraerse del contenido de la consulta es que hasta tanto se apruebe el desarrollo reglamentario del nuevo marco legal recogido en el apartado 3 de la Disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, los emisores y garantes españoles habrán de seguir empleando los procedimientos de identificación de inversores en vigor con anterioridad a la publicación de la Ley 4/2008. A nuestro juicio, la posición adoptada por la DGT, si bien discutible desde una perspectiva jurídica (por las razones ya apuntadas anteriormente), constituye un enfoque de la cuestión igualmente defendible y que sin duda permite de una forma práctica y sencilla un mejor tránsito hacia el nuevo desarrollo procedimental de las citadas obligaciones que en breve será aprobado por el Gobierno.

---

(\*) Abogado del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid).

**Nota:** Tras la edición de las primeras pruebas de este artículo se ha publicado en la página web del Ministerio de Economía y Hacienda el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el procedimiento de pago de rendimientos derivados de la deuda pública del Estado, participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda, donde se contiene el desarrollo reglamentario de las nuevas obligaciones de identificación introducidas por la Disposición final segunda de la Ley 4/2008. Su contenido será objeto de análisis en el próximo número de la revista, una vez haya tenido lugar su aprobación y entrada en vigor.