

## NOVEDADES EN EL ÁMBITO DE LAS OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN RELATIVAS A LAS EMISIONES DE PREFERENTES Y DEUDA REALIZADAS AL AMPARO DE LA LEY 13/1985: EL REAL DECRETO 1145/2011, DE 29 DE JULIO

### **Novedades en el ámbito de las obligaciones de información relativas a las emisiones de preferentes y deuda realizadas al amparo de la Ley 13/1985: el Real Decreto 1145/2011, de 29 de julio**

*El pasado 1 de agosto entró en vigor el Real Decreto 1145/2011, de 29 de julio, cuya finalidad es simplificar las obligaciones formales de los no residentes y de los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades que inviertan en instrumentos financieros de renta fija, pública o privada, españoles, a fin de acomodarlas al contexto legal vigente. El presente artículo describe las novedades más relevantes introducidas por el Real Decreto 1145/2011 en el ámbito de las obligaciones de información aplicables a las emisiones de participaciones preferentes e instrumentos de deuda realizadas bajo la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985.*

### **Novelties regarding the reporting obligations applicable to preferred shares and debt instruments issued under Law 13/1985: Royal Decree 1145/2011, of 29 July**

*Royal Decree 1145/2011, of 29 July, came into force last 1 August, and is aimed at simplifying the formal requirements applicable to non-residents and corporate income tax taxpayers that invest in Spanish private or public debt instruments, and accommodating such requirements to the current legal framework. This article describes the main novelties introduced by Royal Decree 1145/2011 regarding the reporting obligations applicable to preferred shares and debt instruments governed by the additional disposition two of Law 13/1985.*

### **Introducción**

El pasado 1 de agosto entró en vigor el Real Decreto 1145/2011, de 29 de julio, por el que se modifica el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (al que en adelante haremos referencia como el «RD 1145/2011»). El objetivo principal perseguido por esta norma, según se anuncia en su exposición de motivos, es simplificar las obligaciones formales de los no residentes y de los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades que inviertan en instrumentos financieros de renta fija, pública o privada, para acomodarlas al contexto legal vigente y a la creciente necesidad de la economía española de captar financiación en los mercados internacionales.

Seguidamente haremos un repaso a las novedades más relevantes introducidas por el RD 1145/2011 centrándonos en la regulación aplicable a las participaciones preferentes e instrumentos de deuda emitidos al amparo de la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, si bien haremos igualmente mención a determinados aspectos de las obligaciones de información relativas a la Deuda Pública del Estado en la medida en que el RD 1145/2011 unifica el procedimiento para ambos tipos de instrumentos de renta fija. Previamente, trataremos de sintetizar la evolución normativa que ha experimentado esta materia a lo largo de los últimos años.

### **Antecedentes normativos**

#### **La Ley 19/2003**

Como es de sobra conocido, la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, introdujo una disposición adicional segunda en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de intermediarios financieros (a la que en adelante nos referiremos como «DA 2.<sup>a</sup>»), en la que, entre otras cuestiones, se recogía el régimen fiscal aplicable a las participaciones preferentes e instrumentos de deuda emitidos por entidades financieras y no financieras cotizadas españolas que cumplieran ciertas condiciones.

La aprobación de esta norma constituyó un notable intento del legislador por atraer a España las estructuras de captación de recursos en los mercados internacionales que, hasta ese momento, habían venido diseñándose en torno a filiales constituidas en paraísos fiscales u otros territorios de baja tributación con la finalidad de que el pago de las remuneraciones se efectuara libre de retención y, por tanto, el acceso de los emisores españoles a los mercados de capitales tuviera lugar en igualdad de condiciones con otros competidores.

La DA 2.<sup>a</sup> estableció, en esencia, un régimen de exención para las rentas derivadas de los citados

valores que fueran obtenidas por inversores no residentes sin establecimiento permanente —exceptuando aquellos que residieran o obtuvieran los rendimientos a través de paraísos fiscales—, sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos formales que se concretaban en la obligación de recopilar determinada información relativa a la identidad y lugar de residencia de los titulares de los valores (los denominados *beneficial owners*), a través de una serie de procedimientos sustancialmente similares a los que desde el año 1991 se venían aplicando, con idéntica finalidad, a los rendimientos de la Deuda Pública del Estado.

En particular, el apartado 3 de la DA 2.<sup>a</sup> se limitó a establecer que la entidad de crédito o compañía cotizada dominante tendría la obligación de informar a la Administración tributaria sobre la identidad de los titulares de los valores, dejándose a un posterior desarrollo reglamentario el procedimiento a través del cual se habría de cumplir con esta exigencia legal. Transcurrido algo más de un año desde la entrada en vigor de la DA 2.<sup>a</sup>, el Real Decreto 1778/2004, de 30 de julio, modificó a su vez el Real Decreto 2281/1998, de 23 de octubre, por el que se desarrollaban determinadas obligaciones de suministro de información a la Administración tributaria, y estableció un procedimiento en cuya virtud los intermediarios financieros que, reuniendo ciertas características, actuaran como custodios o depositarios de los valores, ya en nombre propio, ya por cuenta de terceros, serían los encargados de recopilar, de acuerdo con la información que constara en sus registros, los datos de los titulares de los valores exigidos por la norma y de incluirlos en una serie de anexos —con un formato idéntico al que desde el año 1991 se venía empleando para la Deuda Pública del Estado—, cuya remisión en debido tiempo y forma al emisor o garante español permitiría que el pago se realizase bruto (esto es, libre de retenciones a cuenta de impuestos españoles) respecto de los titulares debidamente identificados.

### El Real Decreto-ley 2/2008

La publicación en el mes de abril del año 2008 del Real Decreto-ley 2/2008, de medidas de impulso a la actividad económica, supuso un primer punto de inflexión en el proceso normativo que venimos comentando, al ampliar el ámbito de la exención establecida para los titulares de valores de Deuda Pública —y, por consiguiente, de títulos emitidos al amparo de la DA 2.<sup>a</sup>— a todos los no residentes sin

establecimiento permanente, con independencia de su lugar de residencia. Ello, en la práctica, supuso ampliar el régimen de exención establecido por la DA 2.<sup>a</sup> a los inversores que residieran o actuaran a través de territorios calificados como paraísos fiscales de acuerdo con la normativa española.

### La Ley 4/2008 y las consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos

Pocos meses más tarde, la Ley 4/2008 modificó, por lo que aquí interesa, el apartado 3 de la DA 2.<sup>a</sup>, reduciendo el universo de inversores respecto de los que la entidad de crédito o compañía cotizada dominante debía proporcionar información a la Hacienda Pública, y limitándolo a los inversores residentes en territorio español, tanto personas físicas como jurídicas, así como a los no residentes que actuaran mediante establecimiento permanente.

Quedaban pues fuera del ámbito subjetivo de este precepto los no residentes que no actuaran a través de establecimiento permanente, si bien volvía a dejarse en manos del posterior desarrollo reglamentario la forma en que los emisores y garantes españoles habrían de cumplir con estas obligaciones de información, desarrollo reglamentario que iba a tardar más de dos años y medio en ver la luz.

Ante esta situación un tanto peculiar en la que no existía un procedimiento que permitiese poner en práctica la obligación legal de informar a la Hacienda Pública sobre los titulares de los valores —con el alcance ya comentado—, la Dirección General de Tributos (DGT) evacuó sendas respuestas a consultas vinculantes (con núms. V0077-09 y V0078-09), planteadas por la Asociación Española de Banca y por la Confederación Española de Cajas de Ahorros, respectivamente, en las que ambas asociaciones solicitaban aclaración sobre cuál era el régimen de información de inversores que había de cumplirse hasta tanto se produjera la aprobación del desarrollo reglamentario del apartado 3 de la DA 2.<sup>a</sup>.

La DGT se limitó a manifestar lo que, por otra parte, había sido la posición *de facto* adoptada por el mercado durante el *impasse* transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 4/2008, esto es, que en tanto no se llevara a cabo la revisión de las normas procedimentales necesarias para desarrollar lo previsto en la Ley 4/2008, seguirían resultando de aplicación los procedimientos previstos tanto en el artículo 44 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, respecto de los valores regulados en la DA 2.<sup>a</sup>,

como en el Real Decreto 1285/1991, de 2 de agosto, y sus normas de desarrollo en lo relativo a la Deuda Pública.

Así pues, desde aquel momento el mercado español de deuda privada, en lo que a obligaciones de información se refiere, vino aplicando unos procedimientos de identificación de inversores cuyo contenido no parece que encontrara pleno encaje en el precepto legal del que traían causa, lo cual, dicho sea por otra parte, no supuso un obstáculo para el acceso de los emisores españoles a los mercados internacionales de capitales, singularmente el europeo y el norteamericano, a pesar de las crecientes dificultades que iban surgiendo para acceder al crédito internacional.

Se llega de esta manera al momento presente, marcado por la aprobación y entrada en vigor del RD 1145/2011, el cual, nuevamente en los últimos días de julio, ha venido a modificar de forma sustancial los procedimientos de información que el mercado había venido empleando durante los últimos siete años. Seguidamente pasamos a comentar algunas de las implicaciones prácticas de este cambio.

### La nueva regulación introducida por el Real Decreto 1145/2011

#### Ámbito de aplicación

El RD 1145/2011 modifica el artículo 44 del Real Decreto 1065/2007 y condensa en un mismo precepto las obligaciones de información aplicables tanto a la Deuda Pública del Estado como a los valores —participaciones preferentes e instrumentos de deuda— emitidos al amparo de la DA 2.<sup>a</sup>.

En primer lugar, llama la atención que, respecto de la Deuda Pública, el apartado 1.a) del artículo 44 limite la aplicación de la nueva regulación a los intereses de valores de Deuda Pública del Estado «negociados en el Mercado de Deuda Pública en Anotaciones», planteándose la duda de (i) si dicha regulación resulta igualmente aplicable a la Deuda Pública que puedan emitir otros entes territoriales, señaladamente las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, y (ii) el tratamiento que haya de darse a los valores de Deuda Pública que no estén siendo liquidados a través del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones y que, por el contrario, se encuentren depositados en una cámara de compensación extranjera, como ocurre en la actualidad con algún programa de Deuda Pública del Estado.

Respecto de la primera de las interrogantes planteadas, no debería existir ningún impedimento legal para extender la nueva regulación a los instrumentos de Deuda Pública emitidos por las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos, por así establecerlo expresamente el artículo único del Real Decreto 1948/2000, de 1 de diciembre.

En cuanto al régimen de la Deuda Pública depositada en sistemas de compensación extranjeros, la aparente laguna que presenta el texto reglamentario en este extremo podría colmarse, bien aplicando los procedimientos previstos en el apartado 2 del artículo 44 para la Deuda Pública liquidada a través del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones, bien el régimen que, según veremos a continuación, se establece en el apartado 5 del artículo 44 para participaciones preferentes y deuda privada depositadas en cámaras de compensación y liquidación extranjeras, según se otorgue mayor importancia o preponderancia a la naturaleza del título —en ambos casos, valores de Deuda Pública— o al lugar en el que aquel se encuentre depositado —cámara de compensación y liquidación extranjera—. Cualquiera de las dos alternativas parece *a priori* aceptable, al margen de las consecuencias prácticas que puedan derivarse de una y otra.

#### Régimen de la participaciones preferentes e instrumentos de deuda emitidos bajo la DA 2.<sup>a</sup>

El artículo 44 del Real Decreto 1065/2007, en la redacción dada por el RD 1145/2011, parece establecer dos regímenes diferentes de obligaciones de información y, lo que es más relevante, de retención sobre los rendimientos satisfechos a los inversores, según los valores estén registrados originariamente en una cámara de compensación y liquidación de valores española (i. e. Iberclear) o en una cámara de compensación y liquidación extranjera reconocida por la normativa española o de otro país miembro de la OCDE (son los casos, entre otros, de Euroclear y Clearstream en el euromercado, y de «The Depository Trust Company» —o DTC— en el mercado norteamericano), en los términos que seguidamente se comentan:

- a) Emisiones depositadas en cámaras de compensación situadas en el extranjero

En el caso de valores depositados en cámaras extranjeras, se establece que en cada fecha de pago el emisor abonará por su importe íntegro (esto es, sin aplicar ningún tipo de retención a cuenta de

impuestos españoles) el montante total de los rendimientos siempre que se reciba una declaración emitida por el agente de pagos de la emisión, cuyo contenido deberá ajustarse al modelo que se adjunta como anexo al RD 1145/2011, y que habrá de remitirse al emisor al cierre del mercado del día hábil inmediatamente anterior a cada fecha de pago.

En esencia, la declaración incluirá información sobre la identificación de los valores, la fecha de pago de los rendimientos, y el montante total a satisfacer a través de cada cámara de compensación extranjera, inciso este último que entendemos exigirá además desglosar el importe satisfecho a través de cada una de las cámaras extranjeras que actúen a su vez como participantes indirectos de los sistemas de liquidación extranjeros en los que se encuentren depositados inicialmente los títulos.

En el caso de valores emitidos al descuento —esto es, aquellos en los que el rendimiento se determina por diferencia entre el valor de amortización o reembolso y el valor de suscripción o adquisición—, se puntualiza que la información deberá referirse al importe reembolsado por el emisor, excepto en el caso en que, según veremos posteriormente, sea preciso practicar una retención, supuesto este en el que la información habrá de detallar igualmente el importe del rendimiento obtenido por el inversor. En este punto, ante las dificultades de índole práctico que para el emisor planteará conocer el importe del rendimiento obtenido por cada inversor, dado que ello exigiría saber si dicho inversor suscribió el valor originariamente o bien lo adquirió con posterioridad en el mercado y, en este segundo supuesto, el concreto valor de adquisición de los títulos al ser esta la magnitud que, por comparación con el valor de reembolso del título, determinará el importe del rendimiento obtenido, creemos que la alternativa más plausible para el emisor pasaría por cuantificar el rendimiento en todos los casos como la diferencia entre el valor de reembolso y el valor de emisión de los títulos, siguiendo el criterio sentado por la propia DGT en su consulta vinculante núm. V0014-99, de 10 de mayo de 1999.

Llama particularmente la atención la facultad que se atribuye al emisor de abonar en todo caso la remuneración por su importe íntegro, de la cual parece inferirse una suerte de exclusión de la obligación de practicar retención sobre los rendimientos que obtengan los inversores personas físicas residentes en territorio español y que no estaba

contemplada como tal en la normativa del citado impuesto. Y decimos «parece» puesto que esta excepción no está recogida como tal de forma expresa en el texto del RD 1145/2011, sino que es consecuencia lógica de admitir el pago íntegro de la remuneración a los titulares de los valores, entre los que pueden existir personas físicas españolas, por mucho que se piense que este escenario, en el caso de emisiones depositadas en cámaras extranjeras, pueda ser residual. En todo caso, desde el punto de vista de la legalidad del precepto en cuestión, ningún reproche merece a nuestro juicio la introducción de esta exención, en la medida en que las leyes del IRPF y del Impuesto sobre Sociedades —*ex* artículos 99.3 y 140.4, respectivamente— recogen de forma expresa la posibilidad de que por vía reglamentaria pueda excepcionarse la obligación de practicar retención o ingreso a cuenta sobre determinadas rentas y, ciertamente, la naturaleza reglamentaria del RD 1145/2011 está fuera de toda duda. Cuestión distinta es que pueda discutirse si existe o no justificación al diferente tratamiento que, de ser cierta la conclusión que apuntamos, se estaría otorgando a las personas físicas residentes en función de que los valores en los que inviertan se encuentren depositados o no en una cámara de compensación extranjera, tal y como tendremos ocasión de comprobar al repasar el régimen aplicable a los valores registrados inicialmente en Iberclear.

Por otro lado, esta prerrogativa que la norma atribuye al emisor de efectuar los pagos por su importe íntegro en el caso de emisiones registradas inicialmente en cámaras de compensación situadas en el extranjero, abre una nueva interrogante respecto de la aplicación de la consulta emitida por la DGT el 27 de julio de 2004, con núm. 1500/2004, la cual sujetaba la posibilidad de eximir de retención los pagos efectuados a sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades (IS) derivados de activos financieros negociados en mercados organizados de la OCDE a que, además de estar cotizados en dichos mercados, su colocación se efectuara fuera del territorio nacional en algún país de la OCDE.

Pues bien, en los casos en que los valores estén depositados en cámaras extranjeras —supuesto en el que además lo usual será que coticen en mercados OCDE, ya sea Luxemburgo, Londres o Dublín, por citar algunos de los más representativos— los pagos a todo tipo de inversores, entre los que podrán encontrarse institucionales residentes en territorio español, se efectuarán por su importe bruto, pudiendo en tal supuesto darse la circuns-

tancia de que dicha emisión pueda haberse colocado, en todo o en parte, entre inversores españoles, en cuyo caso, según la consulta antes citada, debería practicarse retención sobre los rendimientos satisfechos a los inversores sujetos pasivos del IS. Ante esta situación, ¿debe prevalecer lo previsto en el RD 1145/2011 y, por tanto, efectuarse el pago bruto de la remuneración por parte del emisor, máxime cuando este desconocerá si existen o no inversores corporativos residentes en España al no ser necesario recopilar información sobre su identidad y residencia? O, por el contrario, ¿debería el emisor aún en esos casos recopilar información sobre los inversores sujetos pasivos del IS a fin de practicar la oportuna retención sobre los rendimientos que perciban en cumplimiento de la doctrina sentada por la consulta? La respuesta, creemos, debe ser afirmativa en el sentido de entender que la nueva regulación establecida por el RD 1145/2011 ha dejado sin efecto la consulta núm. 1500/2004 —que, por otra parte, no tenía carácter vinculante— y que, por tanto, el pago de la remuneración podrá efectuarse libre de retención, con independencia de que la emisión pueda haberse colocado en todo o en parte en territorio español.

*b) Emisiones depositadas en Iberclear*

En el caso de valores registrados originariamente en la cámara de compensación española, Iberclear, se ha de presentar igualmente una declaración, en este caso, bien por parte de las entidades participantes en Iberclear que mantengan los valores registrados en sus cuentas de terceros, bien por las cámaras extranjeras que tengan un convenio suscrito con Iberclear, que el emisor habría de recibir asimismo al cierre del mercado del día hábil anterior a cada fecha de pago, en la que será preciso incluir, además de los datos que comentábamos con anterioridad, información relativa al importe de los rendimientos satisfechos a contribuyentes del IRPF, así como un detalle de la cantidad que se abone sin retención.

De esta forma, cada una de las entidades adheridas a Iberclear que mantenga cuentas a nombre de terceros habrá de verificar cuáles de sus clientes son personas físicas residentes en territorio español e incluir dicha información en la declaración que remita al emisor, a fin de que este pueda practicar —de acuerdo con el régimen que aplica igualmente a la Deuda Pública— la oportuna retención sobre los rendimientos satisfechos a dichos titulares. Sobre este particular, creemos que será preciso que los participantes en Iberclear, posiblemente contando con la ayuda del propio sistema de compensa-

ción, establezcan y desarrollen un procedimiento por medio del cual la información relativa a los titulares de los valores fluya de manera adecuada, a fin de que el emisor pueda descansar en esa información para practicar, en su caso, la correspondiente retención.

En cuanto a la referencia que se hace a las cámaras de compensación extranjeras como sujetos que, potencialmente, podrían emitir la declaración, creemos que la norma está pensando en aquellos supuestos en los que el sistema de compensación actúe como un participante indirecto en Iberclear, esto es, como titular de una cuenta de valores a nombre de terceros abierta en una entidad adherida a Iberclear. En esos casos, esta última entidad —participante directo en Iberclear— desconocerá si, en relación con los títulos que posea por cuenta de la cámara de compensación extranjera, existen o no personas físicas residentes en calidad de *beneficial owners* de los valores y respecto de los cuales haya de practicarse retención por parte del emisor. Será pues este el escenario en el que la cámara extranjera podrá emitir una declaración específica, ajustada al anexo oficial, en la que, en su caso, hará constar el montante satisfecho a inversores personas físicas residentes en territorio español que actúen a través de sus partícipes.

*c) Aspectos generales*

Con carácter general, y al margen del sistema de compensación y liquidación, español o extranjero, en el que estén representados los valores, la norma establece expresamente que las declaraciones podrán remitirse por medios telemáticos, término que habrá de entenderse referido a la posibilidad de que se pueda emplear la firma digital o un sistema similar que permita autenticar la identidad del emisor del mensaje y la integridad de su contenido. En todo caso, hasta tanto se dicten las normas reglamentarias que desarrollen esta posibilidad, creemos que la opción de remitir las declaraciones al emisor vía *e-mail* —con posterior remisión del original por correo ordinario— ha de admitirse como válida ante la imposibilidad material de que el original de dicha declaración —que recordemos debe reflejar la situación al cierre del mercado del día hábil inmediatamente anterior a la fecha de pago y, por tanto, no puede elaborarse antes de ese momento— pueda ser recibido por el emisor con suficiente antelación al momento de efectuarse el pago del rendimiento, siendo además esta la operativa seguida durante los últimos años a la hora de remitir al emisor o al garante los

anexos con la información relativa a los titulares de los valores.

La no recepción de la declaración por el emisor en el plazo marcado por la norma determinará que aquel deba satisfacer la totalidad del rendimiento detrayendo el importe de la correspondiente retención, que en la actualidad se aplica al tipo del 19%. A este respecto, creemos que no debería plantear ningún problema el hecho de que la declaración se remita por las entidades legalmente habilitadas para ello en la propia fecha de pago del rendimiento, siempre, como es lógico, que el documento pueda ser examinado y revisado por el emisor con suficiente antelación al momento en que deba efectuar la orden de pago. Ello permitiría, a nuestro juicio, evitar situaciones en las que el importe total del rendimiento a satisfacer o incluso el montante pagadero a través de cada cámara de compensación extranjera pueda no conocerse al cierre del mercado del día hábil anterior a la fecha de pago (y ello como consecuencia de la complejidad del método que se emplee para calcular el rendimiento a pagar, o de transmisiones de última hora que puedan realizarse entre participantes de distintas cámaras). En todo caso, aunque el hecho de que ya no sea preciso remitir los datos relativos a la identidad y residencia de los titulares de los valores relativiza bastante el problema del momento temporal en que ha de enviarse la declaración, sí parece que esta no podrá ser remitida previamente al cierre del mercado del día hábil anterior a la fecha de pago de los rendimientos, dado que el apartado 6 del artículo 44 exige expresamente que la declaración refleje «la situación al cierre del mercado de ese mismo día».

Finalmente, la eventual retención practicada por el emisor como consecuencia de la no remisión de la declaración podrá ser reembolsada a los inversores —a través del denominado proceso de *quick refund* o de devolución rápida— siempre que las entidades obligadas a ello proporcionen la mencionada declaración al emisor con anterioridad al día diez del mes siguiente a aquel en que haya tenido lugar el pago de los rendimientos, esto es, diez días antes de la fecha en que, con carácter general, habrá de ingresarse el importe retenido en el Tesoro Público (plazo éste que en el caso de la Deuda Pública se amplía hasta los 30 días naturales posteriores a la fecha de pago de los rendimientos).

Llegados a este punto, conviene hacer una breve reflexión sobre la mecánica establecida por el RD 1145/2011, que puede llevar a una situación peculiar sobre todo en el caso de las emisiones deposita-

das en sistemas de liquidación extranjeros. Por una parte, el emisor no está obligado a efectuar el pago íntegro de la remuneración si no se le remite la correspondiente declaración con antelación a la fecha de pago. Por otra parte, algunas de las entidades obligadas a emitir esa declaración, señaladamente, los agentes de pago y las cámaras de compensación extranjeras, no están, a nuestro juicio, legalmente obligadas a remitir esta declaración. Dicha obligación habrá pues de instrumentarse contractualmente, a través de los correspondientes contratos de agencia que suscriban el agente de pagos con el emisor —o, caso de estar ya suscritos, modificando los ya existentes—, o, en el caso de las cámaras de compensación extranjera, mediante acuerdos o compromisos individualizados entre cada sistema de liquidación y el emisor.

Ciertamente, el emisor será a buen seguro el primer interesado desde un punto de vista tanto reputacional como de mercado en que los pagos que efectúe a sus inversores se realicen sin retención, pero en la práctica, la imposibilidad material de modificar los contratos de agencia de manera acelerada, unido a las particulares fechas en que se ha producido la entrada en vigor del RD 1145/2011, ha provocado que el mercado, en general, haya adoptado durante las primeras semanas la posición de, por una parte, seguir identificando a los titulares de los valores de acuerdo con los procedimientos empleados durante los últimos años, esto es, como si nada hubiera cambiado, y, por otra parte, proceder a la devolución de los importes retenidos a aquellos inversores no identificados previa remisión por parte del agente de pagos de la declaración establecida por el RD 1145/2011. En definitiva, un sistema que podríamos denominar híbrido o a medio camino entre el vigente hasta 31 de julio de este año y el implantado por el RD 1145/2011.

Por su parte, el inversor queda en una posición incómoda en la medida en que el derecho a percibir la remuneración bruta puede quedar sujeto a que dos terceros, emisor y agente de pagos, alcancen un acuerdo en cuanto a la forma en que éste habrá de remitir la declaración, y a las responsabilidades y obligaciones que deban asumir cada una de las partes en este procedimiento, lo cual no deja de ser una situación anómala en nuestro ordenamiento jurídico-tributario. En efecto, la normativa tributaria de no residentes se ha caracterizado tradicionalmente por contener un elenco de rentas excluidas de tributación en España, respecto de las que la aplicación de la exención se condicionaba en gran número de casos al cumplimiento de determi-

nados requisitos de índole subjetiva, señaladamente la residencia fiscal del perceptor de la renta, resultando determinante en tales supuestos que aquel acreditara dicha circunstancia mediante la aportación de, generalmente, un certificado de residencia fiscal válidamente emitido por la autoridad fiscal de su país de residencia. Por el contrario, no parece que encaje en este sistema el mecanismo diseñado por el RD 1145/2011 para efectuar pagos brutos en el marco de las emisiones depositadas en cámaras extranjeras, pudiendo darse la circunstancia de que un inversor, por ejemplo, francés, en deuda española, pueda verse privado —en el mejor de los casos, de forma temporal— de un 19% de su remuneración por el simple hecho de que dos terceros, como son el emisor y el agente de pagos, no hayan alcanzado un acuerdo sobre los términos en que este último habrá de remitir la declaración exigida por el RD 1145/2011, sin que además el agente de pagos esté legalmente obligado a emitir dicha declaración.

*d) El apartado 8 del artículo 44*

Para finalizar, no podemos pasar por alto el contenido del apartado octavo y último del nuevo artículo 44, donde de manera algo críptica se advierte que sin perjuicio del régimen establecido en los apartados anteriores, seguirán resultando de aplicación las obligaciones de información establecidas con carácter general en la normativa tributaria, tanto para los emisores, como para los intermediarios financieros españoles que actúen como depositarios de los instrumentos de renta fija a los que se refiere la nueva regulación, todo ello en relación con los inversores residentes en territorio español, tanto personas físicas como jurídicas, y con los no residentes que actúen mediante establecimiento permanente.

Si bien la referencia a los intermediarios financieros no hace sino incidir en la obligación que tienen aquellos de suministrar a la Administración tributaria información relativa a las operaciones sobre activos financieros en las que intervengan, en los términos recogidos en el artículo 42 del RD 1065/2007, no está tan clara la mención que se hace a los emisores españoles y al ámbito de las obligaciones de información a las que estos puedan eventualmente estar sujetos a tenor del mencionado apartado 8. Ciertamente, no parece, a diferencia de los intermediarios financieros, que exista en nuestro ordenamiento tributario una norma que expresamente imponga a los emisores la obligación de suministrar información sobre los titulares de valores emitidos

bajo la DA 2.<sup>a</sup> que sean residentes en España, salvo que consideremos que esa obligación resulta del propio apartado 3 de la DA 2.<sup>a</sup>, antes comentado, y del que el RD 1145/2011 constituye su desarrollo reglamentario. De ser así, llegaríamos a la conclusión de que el apartado 8 del artículo 44 no estaría sino insistiendo en la obligación general que, de acuerdo con la redacción dada a ese apartado 3 de la DA 2.<sup>a</sup> por la Ley 4/2008, tienen los emisores de suministrar información a la Hacienda Pública sobre los titulares de los valores residentes en España. En contra de esta posición podría argumentarse que, al no existir un desarrollo reglamentario de esa obligación general, estaríamos en presencia de una norma de imposible cumplimiento, al menos hasta que se desarrollen los términos en que aquella obligación habría de llevarse a término. Sin embargo, creemos que el tenor de la DA 2.<sup>a</sup>, apartado 3, es claro y que no resulta posible obviar el mandato legal bajo el pretexto de la inexistencia de un desarrollo reglamentario.

En cualquier caso, de ser cierta esta interpretación, no dejaría de sorprender el hecho de que la pretendida simplificación de las obligaciones de índole formal que pretende el RD 1145/2011 diera paso a un escenario en el que los emisores podrían verse obligados a seguir suministrando a la Hacienda Pública información relativa a los inversores españoles, sin que, como ocurría hasta el pasado 31 de julio, aquella pudiera sustituirse por la aplicación de la correspondiente retención en caso de no obtenerse la información. En efecto, al menos en el caso de las emisiones depositadas en el extranjero, la obligación incondicional de efectuar el pago íntegro de la remuneración cumplidas determinadas formalidades, que nada tienen que ver con la recopilación de información relativa a los perceptores de los rendimientos, podría crear a los emisores dificultades para poder cumplir con la obligación de suministro de información respecto de los titulares españoles recogida en el apartado 3 de la DA 2.<sup>a</sup>.

#### **Postdata**

Al tiempo de las pruebas de edición de las líneas anteriores, hemos tenido conocimiento de la correspondencia que de manera informal se ha remitido desde la Dirección General de Tributos a algunos de los emisores españoles sobre las cuestiones planteadas por dichas entidades en relación con la aplicación del RD 1145/2011.

En síntesis, por lo que a la interpretación del artículo 44, apartado 8, se refiere, la mencionada correspondencia confirma que, en opinión de la citada Dirección General, cada emisor deberá incluir en el modelo 198 con periodicidad anual la información relativa a los titulares de los valores que sean residentes en territorio español y que perciban rendimientos derivados de los valores emiti-

dos al amparo de la DA 2.ª, de conformidad con la normativa que regule dicho modelo. Esta obligación resultaría aplicable con independencia de que la cámara de compensación y liquidación donde estén originariamente registrados los valores sea o no española.

VÍCTOR M. MARTÍN SAMANIEGO\*

---

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