

# Acuerdo entre KPMG y el IRS

## 1. El caso

En un número anterior de *El Fisco* (110/2005) su Director daba noticia de un principio de acuerdo entre KPMG y la Administración tributaria americana en el contencioso que han mantenido desde hace cerca de siete años en torno a ciertas operaciones y productos de planificación fiscal.

El acuerdo se cerró oficialmente a finales de agosto y se presentó el 29 de dicho mes, dando toda la prensa económica y general en lengua inglesa cumplida noticia de sus antecedentes y contenido<sup>1</sup>.

El modo en el que se han sucedido los acontecimientos, el entorno normativo en el que se ha desarrollado la relación tributaria al respecto entre la Auditora y el IRS, así como la forma de encauzar la resolución de sus diferencias, ofrecen al lector español una buena muestra del funcionamiento del sistema tributario americano, así como una oportunidad inmejorable de compararlo con el nuestro.

**La década de los noventa arrancó en EE.UU. con una prosperidad económica que infló las cuentas de resultados de un buen número de empresas y particulares. Muchas empresas de auditoría, consultoras y despachos de abogados comercializaron por entonces "productos financieros" cuyo principal atractivo consistía en poner ahorros y rendimientos a buen recaudo, invertir a refugio de la acción del Tesoro público: Tax-Shelter.**

KPMG -la más pequeña de las cinco grandes- se incorporó a esta línea de negocio de modo tan singular como aparatoso ha sido el final de su periplo: "llegamos tarde a la fiesta, bebimos más de la cuenta y nos quedamos hasta el final", afirmaba uno de sus ejecutivos. En 1997 la firma descubrió en los libros de *Ernst & Young* -a raíz de un fallido proceso de fusión- el colosal volumen de la facturación que por este concepto había acumulado su competidora, en algunos casos a cuenta de sus propios clientes.

Es entonces cuando sus directivos, dos en particular, acometieron una agresiva campaña de desarrollo y venta de este tipo de productos o estrategias financieras opacas, en buena medida basados en la generación de pérdidas o gastos: uno de ellos era conocido en la empresa por enviar mensajes electrónicos en letra roja de cuerpo 18 con la frase "you will do that now".

Cualquiera que objetara la legalidad u oportunidad de lo que se hacía, o pretendía hacer, era arrinconado como ajeno a las directrices de la entidad, exactamente igual que -como me consta- ocurrió en situaciones comparables, en las asesorías fiscales de entidades financieras españolas.

Evidentemente, el IRS no podía permanecer impasible ante la generalización de este fenómeno, que le estaba costando al contribuyente americano miles de millones de dólares. Iniciadas las investigaciones, una parte de las mismas terminaron con los habituales acuerdos que presiden la práctica ordinaria de la Inspección norteamericana. Así, por ejemplo, en 2003, *Ernst & Young* resolvió la controversia que al respecto mantenía con el IRS abonando una sanción de \$15 millones.

<sup>1</sup> Estas líneas se han redactado a partir de la información que a lo largo del verano ha ido recogiendo sobre el particular el *New York Times* (27/08 y 28/08), el *Wall Street Journal* (27/07 y 29/08) y el *Financial Times* (29/08).

Ya en la presente década, algunos clientes a quienes se habían ofrecido, prácticamente impuesto, estas operaciones y recorridos financieros comenzaron a volverse contra sus auditores ante la presión, liquidaciones y sanciones de las Autoridades tributarias, exigiéndoles responsabilidad patrimonial en la vía civil.

KPMG mantuvo durante años una postura al respecto beligerante. En todo momento defendió la legalidad de sus diseños de planificación fiscal y continuó comercializándolos -sin advertir debidamente de los riesgos que se contraían- incluso cuando la Administración tributaria ya había calificado alguno de ellos como abusivo. El IRS tuvo que recurrir a la judicatura para requerir de la Auditora determinada información, sobre los beneficiarios y contenido de estos productos, con suerte dispar, pues no ha faltado algún juez que ha dado amparo a las pretensiones de la firma.

El pulso mantenido fue de tal calibre que, en el verano de 2003, la cuestión fue objeto de atención por parte de una Subcomisión del Congreso de los EE.UU. ante la que comparecieron para explicar el particular ambas partes. En el transcurso de la misma se acotó la dimensión del caso en 350 beneficiarios de los productos, entre 1996 y 2002, \$1.400 de deuda defraudada y \$124 millones de facturación por dicho concepto.

**Es a raíz de estas comparecencias parlamentarias cuando KPMG decide cambiar de estrategia. Los directivos responsables de esta línea de actuación habían ido dejando la empresa y, la nueva dirección, cambia de abogados y comienza a colaborar con el IRS y el Departamento de Justicia, pues, a esas alturas lo que ya se estaba planteando eran acciones penales contra el Consejo de administración de la entidad por obstaculizar la acción de la Justicia.**

La sombra de *Arthur Andersen* comenzaba a planear sobre la Auditora. El fiasco de *Enron* había acabado con "los arturos" envueltos en un proceso judicial extenuante en el que, precisamente este verano, el Tribunal Supremo ha dado la razón a la Auditora... demasiado tarde, cuando la propia dinámica del enfrentamiento le había costado la quiebra y liquidación. No parecía, pues, sensato insistir en una defensa numantina que estaba deteriorando gravemente el nombre y la cartera de clientes de KPMG.

## 2.El desenlace

El detonante final, probablemente, ha sido la confesión de un directivo de una de las entidades bancarias que colaboraron con KPMG en la comercialización de alguno de estos productos financieros, que ha llegado a un acuerdo con el Departamento de Justicia, reconociendo que participó en una conspiración para defraudar, al mismo tiempo que aportaba datos y documentos al respecto.

Se llega así al mes de agosto de 2005 a lo largo del cual se ha cerrado el acuerdo que se presentaba a la prensa el día 29 de dicho mes. En síntesis, KPMG reconoce que sus anteriores directivos actuaron de forma contraria a la ley y acepta el pago de multas y sanciones por importe de \$456 millones -lo que se calcula que representa el 15% de su facturación anual en EE.UU- de forma fraccionada a lo largo de 2006. El acuerdo contempla un compromiso de colaboración con la Inspección que llega hasta diciembre de 2006 y que, de cumplirse, comportará la retirada de cargos penales por obstrucción a la Justicia.

A lo largo de este tiempo lo que se prevé es que el IRS inicie procedimientos penales contra los anteriores directivos de la Auditora y contra los clientes que llevaron a cabo operaciones abusivas, a partir de la documentación e informes que le procure KPMG, en el marco del acuerdo suscrito.

### 3. Las enseñanzas

**Muy probablemente el lector español, habrá pensado en historias semejantes acaecidas a este lado del Atlántico, con la única diferencia de que en nuestro caso fueron bancos y caixes quienes transitaron estas líneas de negocio: primas únicas, cesiones de crédito, bonos austríacos. No es un comentario de este tipo el cauce oportuno para disertar sobre la legitimidad o no de estos instrumentos de inversión, sobre su carácter fraudulento o simulado, en relación a la oportunidad de impugnar su legalidad a través del llamado conflicto en la aplicación, el principio de calificación o la simulación.**

Cada caso tiene sus peculiaridades y no es posible realizar un análisis que fuese al mismo tiempo riguroso y generalizable.

Sí me parece oportuno detenerse a considerar cómo han discurrido casos parecidos en nuestro "modelo", no será por lo ejemplar, de relaciones tributarias, a la luz de lo ocurrido en EE.UU.:

- Quienes ejercen ante el *IRS* están sujetos a un código de conducta, *Circular 230*, que -por ejemplo- prevé la obligación de informar al cliente de los riesgos que puede conllevar la formalización de una determinada planificación fiscal. Su incumplimiento puede llevar consigo sanciones administrativas y judiciales graves como la suspensión del ejercicio profesional- y justificar acciones por responsabilidad personal patrimonial. La situación en España es, en términos catalanes, de *campi qui pugui*.
- También prevé el Código tributario americano la prohibición de aconsejar estrategias fiscales una vez que hayan sido calificadas for-

malmente como abusivas por el *IRS*. En nuestro Ordenamiento, hasta hace poco, las consultas tributarias ni siquiera vinculaban a la propia Administración y, es bien sabido, lo que pueda decir o hacer la Dirección General de Seguros o la Comisión Nacional del Mercado de Valores será más que probablemente considerado como irrelevante por la Agencia tributaria.

- Para desmontar las planificaciones fiscales abusivas comercializadas por la Auditora, la Administración tributaria ha tenido que defender sus razones y argumentos ante los órganos judiciales, responsables de establecer las multas que al respecto pudieran corresponder. La potestad sancionadora en Derecho español la ejercita directamente la Agencia y todavía hay jurisprudencia, y del Supremo, que considera las sanciones ejecutivas, aun cuando se encuentren recurridas.
- En EE.UU. rige el principio de condena en costas en materia tributaria, tanto para la Administración como para el contribuyente. En Derecho español la condena en costas es una rareza y el Abogado del Estado ni siquiera puede decidir, como cualquier letrado, desistir o no interponer recurso, pues la ley le obliga a pleitear hasta el final, aun cuando esté convencido de que su cliente -la Hacienda pública- no tiene razón y no va a ver atendida su pretensión, generando el litigio costes adicionales perfectamente prescindibles.
- Al final de la historia la Hacienda pública americana -el conjunto de los contribuyentes- ha cobrado la bonita cifra de \$450 millones, por ahora, y se dispone a actuar -provisita de un buen número de pruebas- contra los responsables de los abusos, así como contra aquellos que los disfrutaron. No se dejan prescribir 200.000 millones ni se sobreseen los sumarios, como ocurre por estos lares cuando el deudor es quien es.

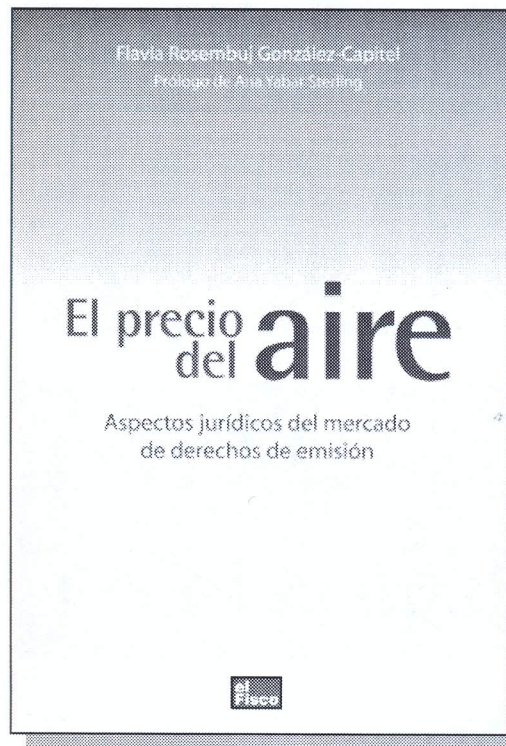
- La controversia con la Administración se ha prolongado a lo largo de siete años, de los que únicamente durante el último año y medio ha estado residenciada en sede judicial. ¿Qué procedimiento tributario de semejante calibre se resuelve en España en un plazo comparable?

Cada cuál evalúe si nos puede enseñar algo, o no, esta historia y su desenlace y saque sus conclusiones sobre el juicio que cada sistema mere-

ce en términos de justicia, legalidad, seguridad jurídica, proporcionalidad, capacidad económica, generalidad, y tutela judicial efectiva.

---

José A. Rozas Valdés  
 Profesor titular de Derecho financiero y tributario  
 (UB/Abat Oliba CEU)



El Protocolo de Kioto propone por primera vez en nuestro ámbito jurídico una nueva lógica para proteger al medio ambiente. Se prima al que externaliza a la sociedad una buena conducta, es decir, se prima a aquel que no emite gases a la atmósfera otorgándole un derecho subjetivo equivalente jurídico al derecho de propiedad económica que tendrá un precio en el mercado de derechos de emisión. La institución mercantil por excelencia, el mercado, se manifiesta así con toda su potencialidad al servicio de la finalidad cívico-social de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero que causan el cambio climático en el planeta.

Flavia Rosembuj González-Capitel es abogada del Departamento Jurídico del Banco Mundial asesorando a la unidad de Financiación de Carbono del Banco. La Dra. Rosembuj es profesora de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona y ha sido autora de numerosos artículos sobre el uso del Mercado en la protección del medio ambiente.

Pedidos a:

**el Fisco**

Via Augusta, 125, entlo. 4ª. 08006-Barcelona

Tel. 93 201 79 85 / Fax 93 201 47 06

e-mail: rosembuj@ub.edu