

POSIBILIDAD DE TUTELA POR PARTE DEL RÉGIMEN FISCAL DE LA REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL DE LOS AUMENTOS DE CAPITAL POR COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS. POSIBLE OPERATIVIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

JOSÉ DANIEL SÁNCHEZ MANZANO

Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Granada

Abogado

Asesor Fiscal

Extracto:

EL artículo analiza la posibilidad de tutela por parte del régimen fiscal de la reestructuración empresarial de los aumentos de capital por capitalización de créditos, posibilidad generalmente negada por la doctrina administrativa y la jurisprudencia. En particular se aborda la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011 (NFJ044898).

Palabras clave: reestructuración, régimen fiscal, aumentos de capital, jurisprudencia y Tribunal Supremo.

THE POSSIBILITY OF CUSTODY OF THE CAPITAL INCREASES MADE BY CREDIT COMPENSATION BY THE TAX CORPORATE RESTRUCTURING REGIME. THE POSSIBLE OPERABILITY OF A THEOLOGICAL INTERPRETATION

JOSÉ DANIEL SÁNCHEZ MANZANO

*Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Granada
Abogado
Asesor Fiscal*

Abstract:

This article analyzes the possibility of the tax regulation of the reorganization companies to protect the capital increases motivated by the compensation of credits. This possibility is often denied by the jurisprudence. This article specifically focuses on a recent judgement, dated October 6, 2011, stated by the Supreme Court of Spain (NFJ044898).

Keywords: reorganization, tax regulation, capital increases, jurisprudence and Supreme Court.

Sumario

1. Introducción. Línea expositiva. La proyección interpretativa del principio de neutralidad en el contexto del régimen fiscal de la reestructuración empresarial.
2. Encuadramiento del supuesto de aumento de capital por compensación de créditos a la luz del derecho sustantivo.
3. Conclusiones. Análisis de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN. LÍNEA EXPOSITIVA. LA PROYECCIÓN INTERPRETATIVA DEL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD EN EL CONTEXTO DEL RÉGIMEN FISCAL DE LA REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

En el presente trabajo vamos a analizar si el aumento de capital por compensación de créditos puede ser subsumido en los perfiles del artículo 94 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante TRLIS), en cuyo caso podría ser calificada la operación como una aportación no dineraria especial a efectos del régimen especial de la reestructuración empresarial, concreta cuestión que nos permitirá abordar la interesante y más genérica temática consistente en el freno que debe encontrar la interpretación teleológica o finalista en el ordenamiento tributario, y paralelamente tratar la armoniosa ligazón que debe imbricarse entre el Derecho mercantil y el Derecho tributario, teniendo en cuenta el carácter supletorio del primero, y la inseparable unidad del ordenamiento jurídico que debe trascender pretendidas interpretaciones autónomas de la norma fiscal, las cuales sin embargo se plantean frecuentemente en la práctica.

En primer lugar pues para enmarcar adecuadamente nuestras ulteriores conclusiones, debemos ubicar el contexto jurídico en que se inscribe la polémica, deteniéndonos brevemente en la posible proyección del principio de neutralidad, eminentemente como soporte de una interpretación teleológica.

En segundo lugar debemos analizar la imbricación entre el Derecho mercantil y el tributario. El legislador español, en el citado marco normativo, ejerce su libertad de calificación, recepcionando categorías disciplinadas por el Derecho mercantil pero adaptándolas para su inserción en el ámbi-

to tributario ¹. El ordenamiento mercantil debe alimentar la interpretación ², sin perjuicio de que resulte matizado, expresa o tácitamente, por la supremacía de la norma fiscal. Por ejemplo en la escisión parcial, aportación de rama y escisión total subjetiva, la norma tributaria (art. 83.2 del TRLIS) demanda, autónomamente, separándose del Derecho sustantivo, que la porción patrimonial transferida debe ser calificada como «rama de actividad» ³.

A su vez el TRLIS inserta una lista cerrada de operaciones que merecen la tutela fiscal, con lo que la consideración de una operación como de modificación estructural, conforme a la Ley sustantiva 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante LMESM), no implica obviamente que sea amparada por el régimen, dado el planteamiento del legislador tributario, tendente a filtrar las operaciones mercantiles y establecer requisitos adicionales. Sin embargo debe hacerse hincapié en que si el legislador fiscal no exceptúa o matiza la definición de un negocio jurídico debe prosperar la definición armoniosamente ubicada en el Derecho mercantil, sin que una pretendida autonomía de la norma fiscal pueda hacer quebrar la anterior conclusión.

Concretamente el TRLIS (arts. 83 a 96) comprende el régimen fiscal de la reestructuración empresarial, tutelando los negocios jurídicos (fusión, escisión, aportación de rama de actividad, aportación no dineraria especial y canje de valores) previstos por la norma comunitaria (Directiva 90/434/CEE) para permitir la adecuada reestructuración de las empresas comunitarias sin trabas fiscales inmediatas. Nuestro ordenamiento delimita, para estas operaciones, una dualidad alternativa de regímenes de imposición. Las plusvalías que se manifiesten, en la esfera de la imposición sobre la renta, podrán ser objeto de diferimiento (régimen especial). Ahora bien, dicho régimen se configura como opcional, pudiendo renunciarse al mismo, total o parcialmente.

El legislador español ha extendido la inhibición de gravamen, para estas operaciones, al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante ITPAJD), Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante IVA) e Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (en adelante IIVTNU), en el marco de los dos primeros con sustento en Directivas diferentes de la 90/434.

Debe apuntarse que la metodología del régimen especial se sustenta en el eje cardinal de la neutralidad. En nuestro marco se detecta una cualificada dimensión de dicho principio. En síntesis, teóricamente, a estos efectos, una vertiente esencial de tal principio reside en que la variable tributaria no debe ser un freno ni un estímulo en las tomas de decisiones de las empresas sobre operaciones de reorganización, cuando la causa que impulsa su realización se sustente en motivos

¹ La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 45/1989 (NFJ000499), de 20 de febrero, resaltó que «la legislación tributaria, en atención a su propia finalidad, no está obligada a acomodarse estrechamente a la legislación civil que, sin embargo, tampoco puede ignorar».

² La Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 1997 (NFJ005748) concluyó que «si la Ley fiscal no altera la Ley sustantiva el régimen de tributación ha de partir ineludiblemente de los negocios jurídicos e instituciones propios del Derecho sustantivo, tal y como estén en él configurados».

³ Existe un mayoritario consenso, por parte de la doctrina administrativa y la jurisprudencia, acerca de la falta de equivalencia del concepto de rama de actividad con el mercantil de unidad económica, resultando más exigente el primero.

económicos válidos y se plasme una verdadera reestructuración empresarial ⁴, sin perjuicio de que esta aseveración precise matizaciones, que se escapan del ámbito del presente trabajo.

Ahora bien, es importante subrayar que el imperativo de neutralidad no se constituye únicamente en un principio teórico o ideal sino que representa un auténtico parámetro endógeno que contribuye a cincelar el modelo normativo. Podemos entrever que a menudo la interpretación deberá ser complementada a través del idóneo entendimiento del principio de neutralidad, que a modo de lente contribuirá a enfocarla, compeliendo a la aplicación del precepto de acuerdo con el fin que le es propio. Teóricamente puede cobrar relevancia pues el despliegue de una interpretación teleológica, si bien debe advertirse que la misma debe hallarse acotada y encontrar freno, en atención a una elemental seguridad jurídica.

En particular nos interesa resaltar que debe ser ponderada cuidadosamente en el marco de la cláusula antifraude que prevé el artículo 96.2 ⁵ del TRLIS ⁶. Entendemos que el principio de neutralidad (en lo que concierne a la presencia de un trasfondo de efectiva reestructuración empresarial) puede cobrar un papel nuclear (si bien asimismo acotado) en lo concerniente a la interpretación del artículo 96.2 del TRLIS pero su trascendencia debe ser notablemente inferior fuera de ese estrato, como acaece en lo relativo al análisis del cumplimiento de las definiciones fiscales de las operaciones de reestructuración susceptibles de tutela por parte del régimen fiscal especial.

En esta línea la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) de 17 de julio de 1997 (NFJ005725) (Leur-Bloem) explicitó que, en el encasillamiento conceptual de las operaciones, no cabe considerar implícita o explícitamente preciso ningún motivo determinante. La Sentencia del TJCE de 5 de julio de 2007 (NFJ026003) remachó que no cabe articular filtros previos en las definiciones de las operaciones, sin que en tal sede sistemática cobre relevancia inmediata un posible ánimo de fraude.

En síntesis la confluencia del carácter supletorio del Derecho mercantil con la cuidadosa proyección interpretativa del principio de neutralidad, que debe desplegarse acotadamente para salvaguardar los postulados inherentes al principio de seguridad jurídica, nos hacen concluir, según intentaremos argumentar, que existe un sostén jurídico para calificar los aumentos de capital por compensación de créditos como aportación no dineraria en este marco normativo (sin perjuicio de

⁴ Además, desde otra óptica, cabe concebirlo como la consecución armoniosa del desconocimiento de la manifestación de una cascada de índices de capacidad económica, susceptibles de gravamen, conectados con la ejecución de la operación, sin trastocar las expectativas futuras de tributación de las partícipes.

⁵ El referido artículo 96.2 prevé que «No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal».

⁶ Este precepto encuentra resguardo en el artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434, a tenor del cual «un Estado podría negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones del régimen o retirar el beneficio cuando la operación tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o evasión fiscal; el hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos, como la reestructuración o racionalización de las actividades de las sociedades partícipes, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal».

que en un estadio ulterior, en fase de comprobación administrativa, pudiera prosperar la privación el régimen con apoyo en el art. 96.2 del TRLIS, en su caso).

En cualquier caso debe advertirse que la opinión contraria al respecto de la jurisprudencia y la doctrina administrativa es prácticamente unánime. Ahora bien entendemos que tal óptica interpretativa trasciende un tanto los ropajes jurídicos y se sumerge en la singular circunstancia de que en definitiva el negocio jurídico en cuestión no cristaliza una auténtica reestructuración empresarial, en su trasfondo, dado que en definitiva el activo de la sociedad que amplía capital permanece inalterado, produciéndose únicamente la conversión del pasivo en fondos propios, sin que, desde tal óptica, exista transferencia alguna de bienes.

Por lo demás cabe subrayar que el debate se ha reavivado recientemente dado que, por una parte, se ha recurrido con mayor frecuencia a esta modalidad de aumento de capital en atención a la generalizada situación de falta de liquidez derivada de la grave crisis económica y, de otro lado, la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) ha remachado recientemente de manera tajante que, desde la óptica jurídico sustantiva, tal modalidad de aumento de capital debe calificarse como una aportación no dineraria, decantándose pues por la enunciada solución, lo que en nuestra opinión pone en entredicho determinados pronunciamientos jurisprudenciales cuyo pilar formal reside en la calificación negocial conforme al Derecho sustantivo, pues además la calificación como aportación dineraria o no dineraria no es baladí ni meramente doctrinal sino que despliega consecuencias materiales en sede del Derecho mercantil.

2. ENCUADRAMIENTO DEL SUPUESTO DE AUMENTO DE CAPITAL POR COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS A LA LUZ DEL DERECHO SUSTANTIVO

Nos planteamos si el aumento de capital por compensación de créditos puede ser subsumido en los perfiles del artículo 94 del TRLIS, lo que se circunscribe básicamente a dilucidar si, fiscalmente, la operación puede ser calificada como una aportación no dineraria. A su vez ello compele a atender al Derecho sustantivo para solventar el anterior interrogante y, en un plano ulterior, a resolver si existe algún matiz interpretativo específico introducido por el legislador tributario a la hora de definir las operaciones susceptibles de tutela por el citado régimen fiscal.

La operación consiste desde el punto de vista de la beneficiaria en la capitalización de una deuda. El acreedor deja de ser titular de un derecho de crédito y en contrapartida recibe valores representativos del capital de la sociedad que era deudora. Debe anticiparse que el análisis reviste particular relevancia en interrelación con la no sujeción en el ITPAJD, prevista para las operaciones que cumplan los perfiles previstos por el citado artículo 94, siempre y cuando obviamente, tras el aumento de capital, los aportantes participen en más del 5 por 100 en el capital de la sociedad beneficiaria.

Nos encontramos con la dificultad suplementaria de que el concepto sustantivo de «aportación no dineraria» no se halla bien sedimentado. En síntesis, en coherencia con lo expuesto, estimamos

que los interrogantes básicos son, primero, resolver si se puede calificar el cauce, mercantilmente, como subespecie de aportación no dineraria y, en un segundo plano, si, aun admitiendo una respuesta afirmativa, sin embargo alguna directriz específica del régimen fiscal bloquea excepcionalmente su acogida, teniendo en cuenta que esta hipotética solución de bloqueo debiera estar sólidamente fundada conforme a Derecho.

En principio, como punto de partida, el rasgo de conversión de recursos ajenos en propios, dentro del pasivo, con la consiguiente extinción de la obligación, no puede erigirse necesariamente en una traba aun cuando no exista inyección externa de capital a estos efectos. Precisamente el informe del auditor ⁷ (previsto por el art. 301.3 de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC) para las sociedades anónimas trata de garantizar una veraz aportación patrimonial para asegurar la integridad del capital.

La aportación es la prestación a que está obligada la persona que suscribe los títulos. La Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA), la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante LSRL) y el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante RRM), distinguían sistemáticamente entre aumento de capital con aportaciones dinerarias, no dinerarias y mediante compensación de créditos, como vehículos para materializar la contraprestación del aumento del capital. La actual LSC diferencia entre aportaciones dinerarias (arts. 61 y 62) y no dinerarias (arts. 63 a 66). Según el artículo 295.2 el contravalor del aumento del capital podrá consistir tanto en nuevas aportaciones dinerarias como no dinerarias, incluida la aportación de créditos contra la sociedad.

Una cuestión crucial reside pues en determinar si, para el Derecho privado, nos encontramos ante una aportación no dineraria. El criterio administrativo ⁸ ha concluido, si bien de forma un tanto dubitativa, que una ampliación de capital por compensación de créditos no constituye una aportación no dineraria en sentido estricto, «aun cuando pueda guardar cierta similitud», teniendo en cuenta que no era admitida, en el campo tributario, la analogía conforme al artículo 14 de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, en adelante LGT). La última aseveración solo resultaba coherente, en cuanto el análisis se ciñese a la exención en el ITPAJD, que debía calificarse como un beneficio fiscal, si bien el mecanismo ya ha mutado en una no sujeción y no resulta operativo. Por lo demás la invocación a la analogía requiere la carencia de una norma directamente aplicable y engarzaba con un argumento propio del régimen fiscal, a pesar de que aparentemente la subsunción de la operación como aportación no dineraria debiera depender simplemente de la calificación sustantiva.

Un fundamento repetido de la argumentación denegatoria residía en que la LSA independizaba el tratamiento dispensado, al regular en su artículo 155 las aportaciones no dinerarias (como contravalor del aumento de capital), en el artículo 154 las dinerarias y específicamente el artículo 156 contemplaba las ampliaciones de capital por compensación de créditos, las cuales incorporaban medidas que aseguran su veracidad y regularidad ⁹.

⁷ La Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) de 10 de abril de 1992 publicó la Norma Técnica de elaboración del Informe Especial sobre aumentos de capital por compensación de créditos.

⁸ Así se pronunció la contestación de la DGT de 22 de julio de 1999, V0057/1999 (NFC009784).

⁹ En concreto (según los arts. 156 y 39 de la LSA) al menos un 25 por 100 de los créditos a compensar habían de ser vencidos, líquidos y exigibles y el vencimiento de los restantes no había de ser superior a cinco años.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ) de Murcia de 16 de marzo de 2007 (NFJ030352) concluyó que mercantilmente la operación no merece la calificación de aportación no dineraria, sin que fuese posible englobar bajo tal concepto a todas aquellas aportaciones no representadas estrictamente por efectivo¹⁰. La misma solución exteriorizó la Sentencia del TSJ de Extremadura de 28 de abril de 2008 (NFJ030148) que asimismo se apoyó básicamente en el Derecho sustantivo¹¹. Cabe aducir que las previsiones en torno a las aportaciones no dinerarias se centran en la descripción de datos registrales y valoración, circunstancias que obviamente no afectan a los créditos.

La Sentencia del TSJ de Baleares de 6 de noviembre de 2007 (NFJ028337) interpretó que la norma mercantil gravita, para encasillar las aportaciones no dinerarias, en torno al presupuesto de que precisan una tasación y valoración para determinar su traducción en dinero, lo que obviamente no acaece para esta modalidad de aumento de capital en la que el valor de lo aportado se corresponde con el importe nominal de lo compensado. Esta sentencia arguyó además que el artículo 1.196 del Código Civil advierte que para que proceda la compensación es preciso que «ambas deudas consistan en una cantidad de dinero», por lo que «si se admite que existe una operación sujeta al ITPAJD», esta aportación debe ser calificada de dineraria porque las deudas compensadas lo son «en una cantidad de dinero». Sin embargo, como apuntaremos, la práctica mercantil no efectúa tal inmersión en el origen último de los créditos.

A menudo la jurisprudencia para sostener su conclusión negativa, enraizada en el Derecho mercantil, parte de que el aumento de capital por compensación de créditos se inscribe en una tercera categoría de aportaciones, puesto que no admite su carácter no dinerario a pesar de que tampoco encaja en el molde de las dinerarias. Pueden mencionarse las Sentencias del TSJ de Murcia de 25 de marzo (NFJ044238) y 15 de julio de 2011 (NFJ044188). Sin embargo esta solución se opone a las tesis mayoritarias de la doctrina mercantilista.

La Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante TEAC) de 14 de noviembre de 2001¹² (NFJ012035) concluyó que no estamos ante «una aportación no dineraria en sentido estricto», por motivos sistemáticos¹³. Ahora bien el TEAC invocó otro argumento, anudado, en esta ocasión, a la naturaleza del régimen fiscal. En concreto objetó que «los créditos a compensar son frente a la sociedad que recibe la aportación, que entrega las acciones para saldar su deuda con la entidad acreedora-aportante [siendo la deudora la que realiza el esfuerzo económico] por lo que no puede entenderse que haya una corriente de bienes desde la aportante a la aportada, circunstancia que justifica el beneficio fiscal», argumento que indirectamente conecta con la vertiente que hemos

¹⁰ La Sentencia del TSJ de Cataluña de 7 de noviembre de 2008 concluyó que «no toda aportación que no sea una aportación dineraria, a los efectos que nos ocupan, ha de considerarse una aportación no dineraria».

¹¹ La Sentencia del TSJ de la Comunidad de Madrid de 14 de julio de 2009 (NFJ035894) concibió que la cesión crediticia no equivale a una aportación no dineraria puesto que no está sometida al régimen que la LSA establecía para las mismas.

¹² En el mismo sentido negativo se pronunciaron la de 10 de marzo de 2004 (NFJ017004), 13 de julio de 2005 (NFJ021605) o de 28 de septiembre de 2005 (NFJ022144).

¹³ La Resolución del TEAC de 13 de julio de 2005 (NFJ021605) sostuvo que «la Ley... distingue entre aportaciones dinerarias y no dinerarias y respecto de las segundas exige un informe por expertos que contengan la descripción de las aportaciones, sus datos registrales y los criterios de valoración, circunstancias que como es evidente no afectan a los créditos». Sin embargo el TEAC es consciente de la falta de solidez de la afirmación ya que juzga necesario introducir una referencia a la cláusula antifraude.

explicado del principio de neutralidad. Tampoco el problema estriba necesariamente en tal circunstancia, pues, en última instancia, disminuye el pasivo exigible y aumenta el neto patrimonial. Además una interpretación flexible sintonizaría con el espíritu de la Directiva, la cual, con mayor énfasis que el Derecho interno, acepta la aportación tanto de activos como de pasivos. Cabe entender tanto *envueltos* en una rama como, en su caso, cancelándose pasivos, de acuerdo con su esencia de índice negativo del neto patrimonial.

La Resolución del TEAC de 28 de septiembre de 2005 (NFJ022144) [así como la de 10 de marzo de 2004 (NFJ017004)] adujo que, en realidad, nos hallaríamos ante «una adjudicación en pago de deudas en la que aquellas se eliminan a cambio de una participación en el capital de la entidad deudora». Debemos apuntar que, desde una óptica jurídica, única que puede imperar, nos encontramos ante un negocio de aportación como reverso de un aumento de capital, con mayor motivo en el marco del ITPAJD, pues el artículo 2 del Texto Refundido del ITPAJD invoca un principio de calificación jurídica.

La doctrina mercantilista se halla dividida en torno a si es factible la calificación como «no dineraria», estimando parte de ella que el artículo 156 de la LSA creaba un supuesto añadido a las aportaciones dinerarias y no dinerarias, si bien la corriente predominante subsume la compensación de créditos dentro del encaje de la no dineraria. VICENT CHULIÁ ¹⁴ concluye que (conforme a los arts. 9 y 10 de la 2.^a Directiva) no existen tres sino dos clases de aportaciones (dinerarias y no dinerarias, englobando en este segundo molde la compensación de créditos) ¹⁵. De hecho en la práctica societaria, previa a la reforma de nuestro Derecho de Sociedades, a pesar del silencio legal, se admitía la figura como modalidad de aportación no dineraria y se la sometía a sus requisitos. Además, desde la óptica sustantiva, la aportación no dineraria, a efectos sistemáticos, debe ubicarse residualmente, por exclusión, respecto de la dineraria.

Puede pues defenderse que el legislador mercantil configura esta modalidad como aportación no dineraria, como expresamente la ha calificado la DGRN ¹⁶. Resulta suficientemente nítida y significativa la redacción de la Resolución de la DGRN de 20 de abril de 2012 cuando enunció que «Esta cuestión ya fue decidida por este Centro Directivo en Resolución de 15 de febrero de 2012, al señalar que la diversidad de objetos que pueden ser aportados a una sociedad se subsumen en dos grandes categorías: aportaciones de dinero y aportaciones en especie (es decir que no sean en metálico) llamadas por la generalidad de la doctrina aportaciones "in natura" o no dinerarias, y dentro de esta última categoría está la aportación de derechos de crédito (cfr. artículo 65 de la ley de sociedades de capital) y la llamada compensación de créditos como especial modalidad de aumento de capital (cfr. artículo 301 de la ley de sociedades de capital), figura que, como resulta de la doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resolución de 15 de julio de 1992), sin perjuicio de su peculiar natu-

¹⁴ Las operaciones..., *op. cit.*, págs. 62 a 67.

¹⁵ Asimismo los artículos 7 y 9 de la segunda Directiva de sociedades, de 13 de diciembre de 1976, solo distinguen entre aportaciones en metálico y que no sean en metálico, sin crear una tercera categoría.

¹⁶ La Resolución de la DGRN de 22 de mayo de 1997 calificó implícitamente a la figura como aportación no dineraria. La Resolución de la DGRN de 18 de junio de 1998 consideró como aportaciones no dinerarias todos los objetos de aportación distintos del dinero. La Resolución de 15 de julio de 1992 calificó al aumento de capital por compensación de créditos como aportación no dineraria.

raleza como vía de conversión de deuda social en capital, participa de la naturaleza de las aportaciones no dinerarias».

Por su parte la Sentencia del TSJ de Extremadura de 28 de abril de 2008 (NFJ030148) argumentó que las resoluciones de la DGRN no vinculan a la jurisprudencia¹⁷, con lo que carece de relevancia inmediata la interpretación que prospere desde el punto de vista registral, la cual responde a una funcionalidad distinta. El anterior razonamiento es técnicamente correcto. Sin embargo en nuestra opinión, en este contexto, se halla viciado en su raíz pues la propia jurisprudencia reconoce que debe atenderse primordialmente a la calificación mercantil, por lo que no se entiende qué pretendida divergencia puede existir entre la calificación registral y la tributaria, una vez que es reconocido que la norma fiscal no inyecta matices interpretativos inmediatos en la definición de la aportación no dineraria.

Además el artículo 65 de la LSC contempla la aportación de derechos de crédito, ubicándola dentro de la categoría de las aportaciones no dinerarias, con lo que la diferencia en este caso, como posible escollo, estriba en que el derecho de crédito no es frente a terceros y cristaliza mediante la técnica de la compensación, lo que parece un criterio imbricado específicamente con la sistemática fiscal y no enraizado en el Derecho sustantivo. La Sentencia del TSJ de Madrid de 7 de julio de 2011 corrobora este planteamiento admitiendo que una aportación de derechos de crédito que un socio ostentaba frente a un tercero, distinto de la entidad que ampliaba su capital, tenía perfecta cabida en el concepto de aportación no dineraria ciselado por el artículo 94 del TRLIS. La Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) de 23 de abril de 2012 (NFJ047018) refrendó tal criterio, estimando que a tal efecto «no es lo mismo una ampliación de capital realizada mediante compensación de créditos con la efectuada por la aportación de créditos contra otra sociedad. En el primer caso se produce únicamente la conversión del pasivo en fondos propios, mientras que en el segundo los créditos aportados pasan a formar parte del activo de la sociedad que amplía su capital». Por consiguiente estimó que el segundo supuesto debe calificarse como una ampliación de capital con aportación no dineraria. Es importante detenernos en este punto pues obviamente se difumina la atención al origen líquido de los créditos y se concluye que el único aparente reparo reside en el hecho de que los créditos que se convierten en fondos propios sea de la propia sociedad aportante, lo que circunscribe el debate a dilucidar si dicha circunstancia puede realmente bloquear, en el marco tributario, la calificación como aportación no dineraria.

Por lo demás en la práctica notarial¹⁸ se han considerado íntegramente desembolsadas las acciones suscritas en los aumentos de capital, incluso en la parte derivada de la porción de créditos

¹⁷ La Sentencia del TSJ de Baleares de 6 de noviembre de 2007 (NFJ028337) resaltó que no eran vinculantes las soluciones de la DGRN, pues obedecen a finalidades interpretativas diferentes. Concretamente apuntó que el remedio de acudir a la analogía es posible a efectos registrales pero no en el ámbito fiscal en lo que se refiere a exenciones y bonificaciones. En todo caso este argumento ha quedado desarticulado por la conversión del mecanismo de inhibición de la carga tributaria en una no sujeción.

¹⁸ VICENT CHULIÀ (VICENT CHULIÀ, F.: «Introducción» en la obra colectiva *Las operaciones societarias de modificación estructural*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 63 y ss.) resalta que la cuestión básica que se plantea a la hora de interpretar el artículo 156 de la LSA es la de si «en el momento de la suscripción se produce el íntegro desembolso de las acciones, con cargo a la extinción de los créditos, incluso en la parte todavía no vencida o exigible; o si, por el contrario, solo se produce el desembolso en la parte en que es posible la compensación legal, cumpliendo los requisitos de los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil». Este autor resume que, frente a la interpretación predominante,

todavía no vencidos o exigibles, con lo que se correlaciona, en un plano de inmediatez, la supresión de pasivos con el aumento de capital, difuminándose pues en definitiva el origen último de los créditos. Por consiguiente no se nos antoja coherente que el criterio denegatorio repetido se adentre en el Derecho sustantivo para levantar la barrera, contradiciendo las directrices sedimentadas, pues en realidad, en última instancia, no descansa en semejante presupuesto sino en la noción subyacente de que en definitiva la operación no materializa una auténtica reestructuración de empresas, según la acepción predominante.

3. CONCLUSIONES. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Debe partirse de que la calificación como aportación no dineraria queda reservada al Derecho mercantil, ya que la norma fiscal no introduce ningún matiz interpretativo en torno al título traslativo en este punto. De hecho el criterio denegatorio exteriorizado por la doctrina administrativa y la jurisprudencia, por demás prácticamente unánime, coloca solapadamente la barrera en la calificación sustantiva, sin invocar sólidos reparos técnicos inherentes al régimen fiscal. Sin embargo en la práctica se produce una verdadera recalificación fiscal de una figura mercantil, sin que queden claros los soportes jurídicos que sustentan tal posibilidad.

En esta línea la Sentencia del TS de 6 de octubre de 2011 (NFJ044898) sintetizó que «ante el silencio de la normativa fiscal para definir qué ha de entenderse por aportación no dineraria, lo propio es acudir a la rama del ordenamiento jurídico del que procede el término, esto es la legislación mercantil». Debe destacarse que el planteamiento del TS se remite pacíficamente a la rama del ordenamiento en que se acuña armoniosamente la operación a efectos de dilucidar la calificación negocial respectiva, sin invocar en absoluto de manera inmediata pretendidas especialidades interpretativas en el ámbito tributario. Ahora bien, una vez ubicado el problema, el TS concluyó que cuando la norma mercantil regula el aumento de capital distingue varias categorías, y «entre ellas cabe diferenciar las aportaciones no dinerarias de la compensación de créditos». Por su parte las Sentencias del TS de 12 de enero, 6 de marzo y 23 de abril de 2012 reiteraron la antedicha doctrina, subrayando que «cuando la norma mercantil regula el aumento de capital, distingue claramente entre aportaciones dinerarias, no dinerarias, y de forma individual la compensación de créditos». En definitiva el TS posiciona nítidamente la potencial traba, para admitir la calificación como aportación no dineraria, en sede del Derecho sustantivo. Sin embargo la norma mercantil aparentemente no articula dicha tercera categoría, diferente de la aportación estrictamente dineraria o no dineraria, sin que quepa distinguir donde la norma no distingue, máxime teniendo en cuenta el nítido criterio al respecto de la DGRN.

Estimamos que la posible barrera¹⁹ no debiera estribar en la imposibilidad de calificación como aportación no dineraria mercantil, pues la misma no cuenta con un basamento firme, sino que debemos

IGLESIAS PRADA expuso la tesis de que el artículo 156 se refiere a compensación propia, se trataría de «un aumento efectivo que se financia con cargo a aportaciones dinerarias y se paga mediante la técnica de la compensación».

¹⁹ GÓMEZ TABOADA, J. («La fiscalidad del capital social», *El notario del siglo XXI, Revista on-line del Colegio Notarial de Madrid*, septiembre-octubre 2010, n.º 33), resume que «hay voces autorizadas que apuntan que la defensa de la eventual

centramos en la segunda cuestión, concerniente a si la naturaleza del régimen fiscal bloquea la acogida, puesto que en dicho ámbito teóricamente podemos encontrar un escollo. En efecto, el contravalor inmediato del aumento de capital es la compensación de créditos, pero sería defendible mantener que no podemos obviar el origen en última instancia de esos créditos. La beneficiaria ha recibido anticipadamente el contravalor de las acciones que emite, normalmente mediante inyecciones en metálico, que engendraron el crédito a favor del luego aportante. La financiación se materializó en metálico, si bien el aumento de capital cristaliza ulteriormente mediante la técnica de la compensación.

No puede obviarse que la esencia del régimen descansa en tutelar la reestructuración efectiva, sin que medie metálico, como directriz, sino en los términos excepcionales tasados por las definiciones tributarias de las operaciones y sin que resulte argumento suficiente en contrario el hecho de que esta operación facilite el saneamiento financiero de las sociedades. Por tanto podría sostenerse que la calificación negocial, al menos desde el punto de vista fiscal, no debe ser la de aportación no dineraria ²⁰.

No obstante, en nuestra opinión, culminar semejante conclusión supondría conceder al despliegue de una interpretación teleológica (ligada a la neutralidad) una excesiva virtualidad expansiva, la cual bloquearía la posibilidad de tutela aun cuando las definiciones fiscales (y por ende las mercantiles que empapan los conceptos tributarios si no son excepcionadas) no presenten una traba inmediata. Creemos que no es aceptable dispensar tanta operatividad al principio de neutralidad y que no se encuentran justificadas las objeciones invocadas ²¹, a la luz del Derecho positivo. Debe atenderse a la superficie contractual sin indagar en el trasfondo en el sentido que hemos propugnado, pues ello supondría una interpretación restrictiva que no se nos antoja apropiada, y concedería a tal principio de neutralidad una desmesurada importancia.

El juego de tal principio no puede excepcionar la ordinaria y pacífica imbricación entre el Derecho mercantil y el tributario, una vez que el legislador fiscal no inyecta ningún matiz propio a la hora de definir la aportación no dineraria. En todo caso si se considera que tal operación no hilvana una efectiva reestructuración susceptible de tutela fiscal, debiera modificarse la definición tipificada de aportación no dineraria especial para excluir el supuesto de sus contornos.

Por su parte el magistrado del TS Sr. Montero Fernández, en su voto particular en discrepancia de la citada Sentencia de 6 de octubre de 2011, edificó un interesante planteamiento, concluyendo,

exención de OS no se desprendería tanto del carácter de lo aportado (derechos de crédito) sino de la adquisición por el aportante –que, cabe recordar, no ve minorada su tesorería sino un activo distinto, como es un crédito– de una participación de al menos un 5 por 100 de la sociedad».

²⁰ Las mismas reflexiones pueden resultar trasladables a la figura del aumento de capital por conversión de obligaciones en acciones, en cuyo caso los obligacionistas tienen derecho a adquirir la cualidad de socio, a través del ejercicio de un derecho que nace en el mismo momento de la suscripción de las obligaciones convertibles.

²¹ La Asociación española de asesores fiscales (en adelante AEDAF) («Régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial y propuestas de la AEDAF. Análisis crítico de la actual normativa con el objetivo de reforzar la seguridad jurídica») concluyó que «debe entenderse que las aportaciones de créditos contra la sociedad son aportaciones no dinerarias y que, por lo tanto, son subsumibles en la deficiencia del artículo 94.1». Asimismo mantiene que se debe aceptar la subsunción en tal precepto de los aumentos de capital por compensación de créditos, «toda vez que el carácter reestructurador de las aportaciones no radica tanto en el objeto aportado, cuanto en la adquisición por el aportante de una participación sustancial (de al menos el 5%) en el capital de la sociedad que recibe la aportación».

como corolario, la procedencia de la aplicación del régimen. Ahora bien culminó tal conclusión con apoyo eminentemente en el contexto normativo inherente al régimen tributario, el cual habilita en cierta medida el despliegue de una interpretación teleológica, conectando con la funcionalidad última de reestructuración empresarial que debe latir tras la operación ²². Es importante hacer hincapié en la apostilla final que incorporó dicho voto, a tenor de la cual «a mi entender la cautela se traslada al plano de la fiscalidad y no al mercantil, extendiendo el control de la Administración al cumplimiento de los requisitos formales y a la exclusión de operaciones fraudulentas o elusivas, mediante el control de la realidad de un motivo económico válido».

Compartimos la conclusión final exteriorizada. Ahora bien consideramos que resulta delicado conceder tal entidad al requisito de los motivos económicos válidos, conforme al artículo 96.2 del TRLIS ²³, pues ello supone entremezclar indebidamente el estrato de las definiciones fiscales de los negocios jurídicos con el de la cláusula antifraude, la cual, en su caso, debiera operar en un estadio ulterior, como ha reconocido la jurisprudencia comunitaria [puede citarse la Sentencia del TJCE de 17 de julio de 1997 (NFJ005725), Leur Bloem entre otras], máxime teniendo en cuenta la inseguridad jurídica que podría suscitar el que las nociones de reestructuración o racionalización de las actividades de las entidades partícipes alimentasen inmediatamente la intelección del artículo 96.2. De hecho la doctrina científica ha debatido, con notable intensidad, acerca de la trascendencia inmediata del presupuesto de los motivos económicos válidos en sede del referido precepto, sin que haya consenso al respecto.

Entendemos que en el marco del artículo 96.2 del TRLIS efectivamente puede cobrar un papel relativamente relevante el despliegue de una interpretación teleológica o finalista ligada al principio de neutralidad ²⁴. En cualquier caso cabe partir de que estas consideraciones debieran dilucidarse a la luz del artículo 96.2, en fase de comprobación administrativa, sin interferir en ningún caso con el análisis del cumplimiento de las definiciones fiscales de las operaciones de reestructuración.

²² Estimó, en otro plano, que a tal conclusión no se opone la individualización relativa que la norma sustantiva habilita para el supuesto, estimando que «no parece que pueda haber más distinción dentro del género que se especifica sino el de aportaciones dinerarias y no dinerarias, otra distinción o categoría sobre el texto mercantil, a mi parecer, es puro ejercicio de voluntarismo».

²³ Debe hacerse hincapié en que las resoluciones del TEAC y la jurisprudencia se han escudado generalmente, para concluir acerca de la improcedencia del régimen especial, en: A) El quebrantamiento de las definiciones de las operaciones; B) o bien en la directa contravención de la cláusula antifraude. En síntesis la cláusula se ha convertido en un semillero de problemas interpretativos, dado que el uso, en ocasiones desmesurado, que ha hecho la Administración, refugiándose en el precepto para desembocar de manera rectilínea en la privación del régimen obviando, con excesivo automatismo, los ordinarios mecanismos antielusivos acuñados en nuestro Derecho tributario. La cláusula ha perdido la nota de excepcionalidad, que representa su fundamento.

²⁴ Ahora bien tal interpretación no puede brindar un sostén inmediato, como implícitamente han estimado frecuentes pronunciamientos administrativos, en aras de desembocar en la conclusión directa de privación del régimen, sino que su importancia debe verse relegada y desempeñar una funcionalidad más auxiliar. En concreto debe iluminar acerca del efectivo cumplimiento de los presupuestos que constituyen piezas del circuito lógico que edifica el segundo inciso del artículo 96.2 del TRLIS.

En ocasiones la jurisprudencia del TS [pueden citarse las Sentencias de 13 de enero de 2011 (NFJ041942) o de 7 de abril de 2011 (NFJ042890)] ha concluido básicamente que no existe motivación económica válida, al no tener las operaciones por finalidad la reestructuración de las actividades, sino una funcionalidad fiscal. Aparentemente el TS ubica las nociones de reestructuración y racionalización, como si debieran alimentar, en un plano inmediato, la intelección de los motivos válidos. Estimamos que, para rechazar determinados motivos económicos, deben confluír circunstancias como una frontal colisión con la noción generalmente aceptada de reestructuración, junto con una motivación fiscal entrelazada. Por ejemplo la finalidad debe consistir en proteger la continuidad de la actividad y no en facilitar su transmisión.

En esta línea resulta interesante traer a colación la citada Sentencia del TSJ de Madrid de 7 de julio de 2011, la cual, con precisión técnica, considera como aportación no dineraria la aportación de créditos contra terceros (si bien no la figura que analizamos), sin que, en el análisis de las operaciones, tenga relevancia inmediata el hecho de que dos meses después de la operación societaria se produjese una absorción de la sociedad deudora por la acreedora, atendiendo a parámetros puramente jurídicos, pues en todo caso «esta segunda actuación de las empresas... puede dar lugar en su caso a que la inspección inicie los trámites oportunos de investigación, tras lo cual, quizás se pueda concluir en la existencia de fraude de ley».

Por lo demás el debate cobra sentido en torno a la aplicación de la no sujeción en el ITPAJD²⁵, en cuya esfera no debiera cobrar operatividad inmediata el artículo 96.2 del TRLIS. Debe recordarse que la sentencia del TJCE de 20 de mayo de 2010 (Modehuis) (NFJ038357) explicitó que la cláusula antifraude no puede volcarse sobre impuestos no contemplados por la Directiva 90/434, remarcando el carácter de excepción que debe presidir dicha cláusula, la cual no debe ser operativa cuando no exista norma que lo prevea²⁶.

En síntesis consideramos que el planteamiento idóneo reside en aceptar que el filtro de la calificación mercantil no taponara la posibilidad de acogida al régimen, teniendo en cuenta que debe prevalecer una relativa flexibilidad en el trenzado de las definiciones fiscales, siempre que no exista una barrera dimanante del Derecho sustantivo o de los requisitos objetivos añadidos por las definiciones tributarias. A su vez ninguna directriz inherente al régimen fiscal bloquea nítidamente la antedicha viabilidad, pues la virtualidad expansiva del principio de neutralidad debe desplegarse cuidadosamente sin que deba interferir inmediatamente en el análisis del cumplimiento de las definiciones tributarias de los negocios jurídicos susceptibles de tutela.

Bibliografía

Asociación Española de Asesores Fiscales: «Régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial y propuestas de la AEDAF. Análisis crítico de la actual normativa con el objetivo de reforzar la seguridad jurídica».

²⁵ La Directiva 2008/7 contempla unas definiciones de operaciones de reestructuración (las cuales deben permanecer no sujetas) considerablemente más amplias y laxas que las que manejan los artículos 83 y 94 del TRLIS. En cualquier caso el legislador español condiciona (sin perjuicio de que ello no suponga una transposición fiel de la Directiva) la proyección de la no sujeción a que se cumplan las definiciones vertidas en los artículos 83 o 94 del TRLIS. Ahora bien la singularidad de la hipótesis no permite en principio acogerse a tal criterio interpretativo, es decir, a la mayor amplitud del perímetro que esboza la Directiva, que en todo caso no podría jugar inmediatamente en atención a la solución suministrada por nuestro legislador.

²⁶ Así lo resume FALCÓN Y TELLA [«El limitado alcance de la exigencia de un motivo económico distinto del ahorro fiscal: la necesidad de una cláusula antiabuso específica (STJ 20 mayo 2010, Zwijnenburg) y la posibilidad de aprovechar las ventajas derivadas de calificaciones "híbridas" en el IVA (STJ 22 diciembre 2010, RBS)», *Quincena fiscal*, marzo 2011, número 6, editorial].

- FALCÓN Y TELLA, R. [2011]: «El limitado alcance de la exigencia de un motivo económico distinto del ahorro fiscal: la necesidad de una cláusula antiabuso específica (STJ 20 mayo 2010, Zwijnenburg) y la posibilidad de aprovechar las ventajas derivadas de calificaciones "híbridas" en el IVA (STJ 22 diciembre 2010, RBS)», *Quincena fiscal*, marzo, número 6, editorial.
- GARCÍA ROZADO GONZÁLEZ, B. [2008]: «Régimen especial de las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos, canje de valores, y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea», capítulo XLII de la obra colectiva *Guía del Impuesto sobre Sociedades*, 2.ª edición, editorial CISS, Valencia, págs. 965 a 1.064.
- GÓMEZ TABOADA, J. [2010]: «La fiscalidad del capital social» en *El notario del siglo XXI, Revista On line del Colegio Notarial de Madrid*, septiembre-octubre, n.º 33.
- VICENT CHULIÁ, F. [2001]: «Introducción» en la obra colectiva *Las operaciones societarias de modificación estructural*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 17 a 67.