

CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

C/ Viriato, 52
28010 MADRID

C/ Gran de Gràcia, 171
08012 BARCELONA

C/ Alboraya, 23
46010 VALENCIA

C/ Ponzano, 15
28010 MADRID

www.cef.es

902 88 89 90

info@cef.es

DIRECTOR:

Roque de las Heras Miguel
(Economista)

COORDINADORES:

M.^a José Leza Angulo
(Abogada. Máster en Tributación)
Sotero Amador Fernández
(Economista. Máster en Dirección
Económico-Financiera)

CONSEJO ASESOR:

TRIBUTACIÓN:

- Roberto Alonso Alonso
(Inspector de Hacienda del Estado)
- Inocente Altozano Ferragut
(Delegado especial de la AEAT en Valencia)
- José Díaz Delgado
(Presidente de la Sala Contencioso-Administrativo de Valencia)
- Antonio Longas Lafuente
(Vocal del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid)
- Carmelo Lozano Serrano
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario)
- Francisco José Palacio Ruiz de Azagra
(Inspector de Hacienda del Estado)
- Carlos Palao Taboada
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario)
- Vicente Rambla Momplet
(Inspector de Hacienda del Estado)
- Andrés Sánchez Pedroche
(Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario)
- Eduardo Sanz Gadea
(Inspector de Hacienda del Estado)
- María Teresa Soler Roch
(Catedrática de Derecho Financiero y Tributario)

CONTABILIDAD:

- Concepción Burgos García
(Profesora del CEF)
- Inocencio Carazo González
(Socio Director de Carazo & Guillaumot Auditores)
- Inmaculada de Benito Cámara
(Profesora del CEF)
- Lorenzo de las Heras Miguel
(Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España)
- Matilde Fernández Blanco
(Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad)
- María Antonia García Benau
(Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad)
- Jesús Gil Ferrer
(Socio Director de Deloitte & Touche)
- Juan Francisco Latorre Sáez
(Socio Director de KPMG Auditores)
- Javier Romano Aparicio
(Profesor del CEF)
- Vicente Serra Salvador
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad)
- José Tovar Jiménez
(Profesor del CEF)
- Manuel Vela Pastor
(Catedrático Emérito de la Universidad de Valencia)

JULIO 2004 – NÚMERO 256

Sumario

Página

TRIBUTACIÓN:

- 45/2004 El delito de alzamiento de bienes por deudas autoliquidadas y no ingresadas. La necesidad de previa comprobación como requisito de procedibilidad penal. 3
(Alejandro Blázquez Lidoy)
- 46/2004 La remuneración del socio de sociedades mercantiles: tratamiento fiscal del reparto de reservas realizado en el marco de la devolución de aportaciones al socio. 29
(Gloria Marín Benítez)
- 47/2004 La reserva para inversiones en Canarias. . 71
(J. Andrés Sánchez Pedroche)
- 48/2004 Las prestaciones de supervivencia de los seguros de vida como generadores de rendimientos del capital mobiliario. (Estudio financiero de su fiscalidad en el Real Decreto Legislativo 3/2004 que regula el IRPF). 93
(Jorge de Andrés Sánchez)

CONTABILIDAD:

- 49/2004 Aproximación al estudio del derecho de suscripción preferente desde una perspectiva financiera general. 109
(Manuel Santolaya Blay)
- 50/2004 La contabilidad simplificada: un avance a la globalización en contra de la metodología contable. 163
(Inmaculada Alonso Carrillo y M.^a Ángela Jiménez Montañés)
- 51/2004 Consultas planteadas al ICAC. 183
(Ángel González García y Ángel Montes Carrillo)
- 52/2004 Segundo ejercicio de la Oposición al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado. 195
(Sotero Amador Fernández y Valentín Gallego Castañera)

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS 225

ESTUDIOS FINANCIEROS, respetando la libertad intelectual, no altera los criterios emitidos por los autores de los trabajos firmados, sin que tampoco se solidarice necesariamente con ellos.

ESTUDIOS FINANCIEROS
REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

• REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

C/ Viriato, 52 - 28010 MADRID
Telf.: 914 444 920

• EDITA:

Centro de Estudios Financieros, S.A.

• IMPRIME:

Artes Gráficas Coyve, S.A.
Avda. Córdoba, 21 - 2.º 1.ª
28026 MADRID

• ISSN: 1138-9540

• DEPÓSITO LEGAL: M-1947-1981

• SUSCRIPCIÓN ANUAL (2004) 115,39 € (IVA no incluido)

Números completos:

Revista de Legislación Tributaria y Contable
Suplemento de Tributación y Contabilidad
(Incluyendo además Tomos de recopilación
Legislativa, de Jurisprudencia, de Consultas
Tributarias y Normativa Contable) 161,54 € (IVA no incluido)

• NÚMEROS SUELTOS (Completo):

– Suscriptores 13,47 € (IVA no incluido)
– No suscriptores 19,23 € (IVA no incluido)

• NÚMEROS ATRASADOS:

– Año 1999 43,27 € (IVA no incluido)
– Año 2000 46,15 € (IVA no incluido)
– Año 2001 50 € (IVA no incluido)
– Año 2002 52,88 € (IVA no incluido)
– Año 2003 54,81 € (IVA no incluido)

En estos precios están comprendidos los Suplementos de
Tributación y de Contabilidad.

(No se incluye la Revista de Legislación y Jurisprudencia).

© CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

Derechos reservados, quedando prohibida la reproducción de los trabajos presentados por cualquier proceso mecánico, reprográfico o electrónico, sin la previa autorización escrita del editor.

TRIBUTACIÓN	EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES POR DEUDAS AUTOLIQUIDADAS Y NO INGRESADAS. LA NECESIDAD DE PREVIA COMPROBACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PENAL	Núm. 45/2004
-------------	---	-----------------

ALEJANDRO BLÁZQUEZ LIDOY

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Rey Juan Carlos
Máster en Tributación/Asesoría Fiscal por el CEF*

Extracto:

EN este artículo el autor trata de analizar si es o no válido procesalmente que la Administración se querelle contra un deudor como consecuencia de una autoliquidación no ingresada y no comprobada administrativamente. Es decir, como resultado de un acto propio del sujeto pasivo del que no se tiene ni la más mínima certeza que es correcto y sobre el que la Administración tenía, además, el deber/poder de comprobar.

Sumario:

1. Introducción.
2. Presupuesto del delito de alzamiento de bienes y deudas autoliquidadas.
3. Naturaleza de las autoliquidaciones y el título ejecutivo.
4. Incidencia de la naturaleza de las autoliquidaciones en el delito de alzamiento de bienes.
5. Principio de intervención mínima del Derecho penal.
6. Contenido de la querella y tratamiento procesal en el caso de que no hubiera habido comprobación previa de las deudas tributarias.
 - a) La no operatividad en sede penal de la presunción de veracidad de los hechos declarados por el sujeto pasivo.
 - b) Las cuestiones prejudiciales en sede penal y la impugnación de las deudas autoliquidadas.
 - c) Autoliquidaciones que no se impugnan una vez admitida la querella a trámite.
7. La aportación de documentos por parte del sujeto pasivo para determinar la deuda y el derecho a no declarar contra sí mismo.
8. Conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de la tipología de fraudes a la Hacienda Pública se puede hacer una clasificación general entre fraudes en vía de gestión o inspección y fraudes en vía de recaudación. En el primero de los casos, la Administración tiene, por un lado, la posibilidad de acudir a una serie de instrumentos recogidos en la LGT 58/2003, tales como la simulación, el conflicto en la aplicación de la norma tributaria o la calificación (arts. 13 a 15). Y de la misma manera todas las denominadas normas complementarias o sustitutivas del hecho imponible para evitar la defraudación (como, por ejemplo, el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores) están pensadas para ser aplicadas por la Inspección tributaria. En segunda instancia, la ocultación o no declaración de tributos supone la comisión de un ilícito que la propia Administración castiga y donde el Derecho penal sólo entra como última instancia. Sin embargo, el fraude en vía de recaudación es más difícil atajarlo, pues dichos instrumentos no resultan aplicables ¹. En efecto, en muchos casos los contribuyentes van a preferir defraudar en sede de recaudación que en sede de inspección. Pensemos en los administradores de sociedades, donde la comisión de una infracción les hace responsables tributarios de las deudas [arts. 42.1 a) y 43.1 a) de la LGT 58/2003]. Quizás para ellos será más interesante despatrimonializar la sociedad para salvar su responsabilidad y, además, no pagar la deuda tributaria. Hay que pensar que la Administración, dejando al margen el procedimiento de apremio, las únicas armas de las que dispondrá para evitar esa despatrimonialización serán las exclusivamente civiles, ya sean las de tutela preventiva o las que tienden a remediar una conducta incumplidora del acreedor ². Naturalmente, el legislador es consciente de cierto tipo de fraudes en sede de recaudación y trata de atajarlos median-

¹ PÉREZ ROYO (1986, págs. 120 y 121) recoge la distinción entre los fraudes en sede de comprobación y de recaudación incidiendo en que la posición de la Administración en sede de gestión es vulnerable mientras que en procedimiento de recaudación su posición está fortalecida. Y precisamente por dicho motivo se ha entendido en el ordenamiento tributario español que la protección penal o represiva debía quedar reservada para las actuaciones realizadas en la primera fase, pero no en la segunda.

² Sobre la aplicación de estas medidas en el ámbito tributario se puede consultar MARTÍN QUERALT (1996, págs. 63 y ss.).

te expedientes de declaración de responsabilidad; nos referimos a los casos de sucesión de empresa, de responsabilidad del contratista o subcontratista, responsabilidad en caso de ayudar al incumplimiento del embargo, o bien de la responsabilidad de los liquidadores o de los administradores concursales ³. Y a esto habría que añadir las medidas cautelares ⁴.

Una de las vías que tiene la Hacienda Pública para atajar estas prácticas es acudir a los delitos de insolvencias punibles (arts. 257 y ss. del Código Penal). En estos casos, a la problemática intrínseca del delito de alzamiento hay que añadir que el delito de alzamiento de bienes ha tenido su ubicación propia por deudas de Derecho privado y no con relación a deudas frente a una Administración con autotutela ejecutiva y donde la Administración goza de prerrogativas de las que carecen los privados. Es decir, se trata de un delito *común* que presenta especialidades cuando el acreedor es la Administración tributaria ⁵. De hecho, creemos que incluso el bien jurídico protegido no es el mismo cuando el acreedor es la Administración ⁶. A esto hay que añadir el solapamiento que se produce entre el alzamiento de bienes penal y la declaración de responsabilidad tributaria por las mismas conductas (art. 42.2 de la LGT 58/2003). Pero los problemas no se agotan en estos aspectos. Es necesario valorar si la Administración debe terminar o no el procedimiento de apremio, buscando a los responsables tributarios, para poder querellarse contra el deudor. Hay que estudiar si para iniciar un proceso penal la deuda tiene que ser superior a la cantidad de 120.000 euros o no, de la misma manera que se exige este mínimo en los delitos contra la Hacienda Pública ⁷. Y hay que añadir los problemas de autoría, prescripción, consumación, etc., con relación a un acreedor excepcional como es la Administración.

³ El caso de la sucesión de empresa es paradigmático. Así, en el ámbito del Derecho penal PAREDES CASTAÑÓN (2001, pág. 1.638) advierte que la sucesión de personas en el desempeño de una actividad se debe considerar un supuesto de alzamiento de bienes cuando dicha sucesión no lleva aparejada la asunción de obligaciones de la antigua. Pues bien, en el ámbito tributario, la sucesión de empresas da lugar a la responsabilidad solidaria del adquirente [art. 42.1 c)] y lo que cabe preguntarse es si, a su vez, no podría derivar en un procedimiento penal iniciado por la Administración contra el transmitente por delito de alzamiento.

⁴ Así, en las Directrices Generales del Plan General de Control Tributario de 2004 (BOE de 5 de febrero de 2004) se hace mención a la coordinación de actuaciones en materia de *riesgo recaudatorio*, de tal manera que en el ámbito inspector se establece un procedimiento de colaboración con recaudación con el objeto de determinar aquellos contribuyentes que presentan altos índices de riesgo recaudatorio y adoptar las medidas cautelares de la LGT o de facilitar la información con transcendencia recaudatoria.

⁵ Un delito común es aquel en el que cualquier persona puede realizar la acción típica y, por tanto, no se requiere ninguna especial cualificación del sujeto activo. En el delito contra la Hacienda Pública se tiene que ser obligado tributario, lo que hace que sea un delito especial. En el delito de alzamiento se tiene que ser, simplemente, deudor.

⁶ Por otro lado, señalar que el delito de alzamiento se ha calificado por la doctrina como un delito de tendencia o de mera actividad y no de resultado. De esta manera, es suficiente con la realización de conductas fraudulentas con independencia de que se produzca o no la lesión del derecho a la satisfacción del crédito (por todos, PAREDES CASTAÑÓN, 2001, pág. 1.631). A nuestro juicio, sin embargo, en el delito de alzamiento de bienes por deudas tributarias sí es necesario la existencia de un resultado; la imposibilidad de cobrar las deudas y sólo cuando no se ha podido recaudar se puede iniciar el proceso penal. De hecho, MUÑOZ CONDE (1999, pág. 125) señala que en caso de delito de alzamiento de bienes por créditos tributarios su ámbito debería restringirse a la frustración de la ejecución misma, y naturalmente, siempre que la Hacienda, que dispone de medios ejecutivos que no tiene el acreedor particular, no tenga otros medios de cobrar la deuda tributaria.

⁷ A favor de esta tesis se han pronunciado, por ejemplo, BAJO y BACIGALUPO (2001, pág. 206). A esto habría que añadir que según la SAP de Barcelona de 29 de octubre de 2001 (ARP 2001\804) la deudaalzada no sólo es la obligación tributaria en sentido estricto, sino que incluye los intereses demora, recargos e incluso sanciones.

Con independencia de que estos temas sean objeto, esperamos, de posteriores análisis, el alcance del presente estudio es más modesto. En concreto, se trata de analizar si es o no válido procesalmente que la Administración se querelle contra un deudor como consecuencia de una autoliquidación no ingresada y no comprobada administrativamente. Es decir, como resultado de un acto propio del sujeto pasivo del que no se tiene ni la más mínima certeza que es correcto y sobre el que la Administración tenía, además, el deber/poder de comprobar. Como hemos advertido, no hay que olvidar que precisamente se trata de llevar el fraude de sede de inspección al ámbito de recaudación, donde el sujeto pasivo autoliquidada para salvar las responsabilidades tributarias y sancionadoras pero sin pagar porque ha puesto a buen recaudo su patrimonio.

2. PRESUPUESTO DEL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES Y DEUDAS AUTOLIQUIDADAS

El delito de alzamiento de bienes descansa en varios presupuestos objetivos y subjetivos. Y uno de ellos es la existencia de una relación jurídica obligacional entre el acreedor y el deudor. Es decir, la existencia de la deuda como presupuesto necesario para que exista insolvencia punible (MUÑOZ CONDE, 1999, pág. 79 y VIVES y GONZÁLEZ, 1998, pág. 50). A estos efectos, se puede afirmar que para que exista delito de alzamiento es necesario que exista deuda *real* y *existente* en el momento de alzarse, aunque no sea todavía exigible (STS de 21 de noviembre de 1996, RJ 1996/8888)⁸. Pero la *naturaleza* de esas deudas no es la misma en Derecho privado que en Derecho tributario y, por tanto, las especialidades del Derecho público pueden tener incidencia en la propia existencia de la deuda.

En concreto, nos referimos a las deudas autoliquidadas. Como hemos señalado, cada vez es más frecuentes que los fraudes por deudas tributarias se desplacen de la vía de la inspección y comprobación a la de la recaudación. Se trata de declarar la deuda tributaria en el período voluntario de pago o regularizando la situación tributaria fuera de plazo pero sin ingresar la deuda⁹. De esta manera se excluyen las infracciones y/o el delito fiscal y, además, se evita incurrir en supuestos de responsabilidad tributaria solidaria o subsidiaria de los administradores de personas jurídicas (arts. 42 y 43 de la LGT 58/2003) y no se procede al pago íntegro porque se ha procedido previamente a vaciar el patrimonio del deudor.

⁸ Por ejemplo, en la STS de 28 de mayo de 1979 (RJ 1979\2198) se hace referencia a «*la presencia de una deuda preexistente, legítima y real, generalmente vencida, líquida y exigible*». Y de la misma manera en la SAP de Barcelona de 2 de marzo de 2000 (ARP 2000\590) se señala que la «*relación jurídica obligacional debe ser preexistente cuando se realice el acto de disposición*».

⁹ La opción de regularizar la deuda tributaria sin ingresar, con arreglo al artículo 27 de la LGT 58/2003, tiene pleno sentido en el caso de cuotas tributarias inferiores a 120.000 euros. En caso de cifras superiores estaríamos en sede penal y en estos casos existen dudas sobre si la regularización fuera de plazo *sin ingreso* excluye o no el delito fiscal ya que se ha mantenido por la doctrina penal que para que opere la exención de responsabilidad penal por autodenuncia es necesario tanto una declaración completa y veraz como el *pago* de la deuda. *Vide*, por todos, IGLESIA RÍO (2003, págs. 329 y ss.) y SÁNCHEZ-OSTIZ (2002, págs. 93 y ss.). *Vide* también la STS de 3 abril de 2003 (*Normacef Fiscal*, NFJ016242).

Pero desde el punto de vista penal cabe plantearse si una deuda declarada por un sujeto pasivo pero no *comprobada*, ni siquiera formalmente, puede ser o no objeto de delito de alzamiento de bienes. No hay que perder de vista que las autoliquidaciones tributarias las realiza el contribuyente; califica, cuantifica y declara. Pero es posible no sólo que la autoliquidación sea incorrecta por exceso, sino también que incluso no exista. Es decir, que el sujeto pasivo haya liquidado incorrectamente una deuda por la que ahora la Hacienda Pública ha interpuesto una querrela sin haber comprobado ¹⁰. Por identificar esta situación con un ejemplo: una persona adquiere un determinado bien y liquida el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales cuando lo que procedía pagar era el Impuesto sobre el Valor Añadido, impuesto del que no es sujeto pasivo y que no da lugar a ninguna deuda frente a la Hacienda Pública. Como se puede advertir esta situación no puede dar lugar a un delito de alzamiento de bienes en tanto que falta el presupuesto existencial del delito, que exista acreedor y relación jurídica obligacional. Pero desde el punto de vista del procedimiento las cuestiones distan de ser sencillas.

3. NATURALEZA DE LAS AUTOLIQUIDACIONES Y EL TÍTULO EJECUTIVO

Cabe preguntarse, entonces, si la Administración tributaria está obligada a realizar o no una comprobación previa de la deuda para instrumentar la denuncia o querrela por alzamiento y, más en concreto, qué sucede en aquellos casos en que no se haya hecho así. Y para avanzar en esta vía es necesario hacer una mención previa al concepto de autoliquidaciones y su incidencia en el sistema tributario.

El sistema tributario tradicional se fundamentaba en los actos *declarativos* de la Administración, actos de liquidación tributaria que se entendían eran el fundamento de la gestión de los tributos y que eran requisito previo para poder exigir el *pago* al contribuyente. La masificación de las relaciones tributarias con el incremento de las declaraciones y la creciente complejidad del sistema tributario hace que el método tradicional, debido a los recursos escasos de los que dispone, se muestre incapaz en esta evolución. Aparecen, entonces, las declaraciones-liquidaciones o autoliquidaciones, que implican una *privatización* de la gestión tributaria donde la recaudación de los tributos no requiere una liquidación por parte de la Administración. Y este deber de colaboración de los ciudadanos se justifica en el deber de contribuir y de solidaridad, que requieren una mayor participación de los mismos que no puede limitarse hoy en día a la sola satisfacción del tributo. Por tanto, en las autoli-

¹⁰ Y esta situación no es anormal. Así, en el periódico *La Gaceta* de 17 de mayo de 2004 (pág. 8) se advierte que la nueva dirección de la Agencia Tributaria, a cargo de D. Luis Pedroche, tiene entre sus objetivos el combatir con más *eficacia* el incumplimiento de las obligaciones tributarias. Y a estos efectos se pretenden crear unos equipos *multifuncionales* en los que se rompan los actuales *departamentos estancos* con la falta de información entre las diferentes áreas, lo que lleva, por ejemplo, «a elevar un acta de inspección a un contribuyente que se ha declarado insolvente en el departamento de recaudación». Esta afirmación es, a nuestro juicio, clarificadora de cómo operan para la Administración los principios de eficacia y eficiencia; si no hay dinero, no tiene sentido incoar un acta. Y también alumbra el sentido que para la AEAT tiene sobre el deber de contribuir y los principios de igualdad y solidaridad. Pero por lo que aquí interesa, esta afirmación no supone sino incidir en la idea central de este trabajo: la Administración puede iniciar un procedimiento penal de alzamiento por deudas autoliquidadas sin haber entrado a valorar la deuda, pues si es insolvente ¿para qué levantar un acta?

quidaciones, el contribuyente actúa de intérprete de la ley, cuantifica y, además, ingresa. Se produce, por tanto, una mutación del papel tradicional de la Hacienda, que en esta concepción pasa a asumir un papel de comprobación y control de las actuaciones tributarias de los administrados ya sean actividades de control global o masivo o bien de carácter selectivo. Pero, en todo caso, lo único cierto es que no es ni materialmente ni económicamente posible proceder a comprobar la totalidad de las autoliquidaciones, con las consecuencias que esta solución acarrea tanto de control del fraude como su anverso, ingresos indebidos que van a parar al Erario público ¹¹. De esta manera, en gran parte de las declaraciones-liquidaciones de los sujetos pasivos éstas serán el principio y el fin del propio procedimiento, sin que la Administración haya intervenido en ningún momento.

En concreto, con relación a las autoliquidaciones, el artículo 120.1 de la LGT, Ley 58/2003, señala que:

«Las autoliquidaciones son declaraciones en las que los obligados tributarios, además de comunicar a la Administración los datos necesarios para la liquidación del tributo y otros de contenido informativo, realizan por sí mismos las operaciones de calificación y cuantificación necesarias para determinar e ingresar el importe de la deuda tributaria o, en su caso, determinar la cantidad que resulte a devolver o a compensar».

La LGT 58/2003 ha venido a recoger el concepto que doctrinalmente se había acuñado de las declaraciones-liquidaciones o autoliquidaciones ¹². Se trata, por tanto, de una declaración de conocimiento que contiene indirecta y eventualmente manifestaciones de voluntad, de tal manera que el contribuyente realiza una serie de operaciones lógicas, jurídicas y aritméticas dirigidas a determinar la deuda tributaria ¹³. Pero, por lo que aquí interesa, es necesario analizar cuáles son las consecuencias de ese proceso de declaración, de calificación y de cuantificación.

Las autoliquidaciones tributarias son, en su contenido mínimo, *declaraciones*, y como tales, la LGT 58/2003 les aparea ciertos efectos. En primer lugar, el artículo 108.4 dispone que los datos y elementos de hecho consignados en las autoliquidaciones se *presumen ciertos para ellos* y sólo podrán rectificarse por los mismos mediante prueba en contrario. En segundo, la presentación de una declaración no implica aceptación o reconocimiento por el obligado tributario de la procedencia de la obligación tributaria (art. 119.1 pfo. 2). Y en tercer lugar, el artículo 101.1 párrafo 2 dispo-

¹¹ Con relación a esta evolución del sistema tributario y al papel de las autoliquidaciones y de las liquidaciones administrativas *vide*, por todos, FERNÁNDEZ MARÍN (2000, págs. 159 y ss.).

¹² FERNÁNDEZ PAVÉS (1995, págs. 90 a 93) señalaba que la autoliquidación tenía las siguientes características; iniciaba el procedimiento de gestión; era una manifestación de voluntad en el que el sujeto proponía una cuantía y quería cumplirla en dicha cantidad; y, finalmente, era un acto de colaboración, entendiéndose por tal un acto de un particular inserto en un procedimiento de gestión, mediante el que aquél colabora con la administración para llevarlo a feliz término.

¹³ VICENTE-ARCHE y HERRERA MOLINA (1996, pág. 349) advierten que en las autoliquidaciones su resultado, que es la determinación de una deuda nacida *ex lege*, es externo a la voluntad del declarante.

ne que la Administración no estará obligada a ajustar las liquidaciones a los *datos* consignados por los sujetos pasivos en las autoliquidaciones y, como consecuencia, el artículo 120.2 establece que las autoliquidaciones presentadas por los obligados tributarios *podrán* ser objeto de verificación y comprobación por la Administración, que practicará, en su caso, la liquidación procedente.

Como se puede observar, la presunción de veracidad de los hechos sólo afecta al sujeto pasivo, pero no a la Administración. Y, desde luego, no vinculan a la Administraciones ni las calificaciones tributarias, donde no cabe hablar de prueba, ni las operaciones de cuantificación. Es más, la Administración tiene el *poder* y el *deber* de verificar los datos consignados en las autoliquidaciones tributarias, de comprobar el hecho imponible declarado y de llegar a la evidencia de la procedencia de la declaración y, después, de su exactitud o su inexactitud según corresponda o no con la realidad ¹⁴. La presunción de veracidad de los *hechos*, que según el artículo 108.4 sólo opera para el propio contribuyente, no es, como advierte LÓPEZ MOLINO (1998, pág. 151), en puridad una verdadera presunción legal, pues, por un lado, no se trata un proceso lógico a través del cual se pretende averiguar un hecho desconocido a partir de otro que se conoce ni se propone razonamiento alguno del cual quepa extraer alguna conclusión. Y por otro, lo que en realidad se pretende es dotar de efectos probatorios a las declaraciones tributarias de tal modo que tanto lo que en ellas se consigna como lo que *queda omitido* y después es objeto de comprobación e investigación administrativa hacen prueba sobre la veracidad y certeza de la declaración y, naturalmente, se vuelve en contra del sujeto pasivo cuando lo afirmado en ella no se corresponde con la realidad jurídico tributaria del administrado.

En cualquier caso, el resultado de comprobar e investigar las autoliquidaciones del sujeto pasivo puede dar lugar no sólo a ingreso, sino también a una devolución incluso por el total, pues es posible que el sujeto pasivo haya cometido errores en la calificación del hecho imponible o en la dimensión declarada que dé lugar a un exceso de deuda.

Pero la problemática de las autoliquidaciones no se limita a su fase declarativa sino que sigue teniendo consecuencias en la actividad de *recaudación*. En efecto, en el sistema de autoliquidaciones la Administración se limita a *recaudar*. Admite el ingreso sin prejuzgar la cuantía de la obligación respecto de la cual no existe pronunciamiento ni tácito ni presunto. Se llega a afirmar, por tanto, que la deuda autoliquidada es *líquida y exigible*. Es más, es posible que se presente una autoliqui-

¹⁴ No hay que olvidar que el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de señalar que en la lucha contra el fraude fiscal y el necesario logro del principio de igualdad la Inspección de los tributos no es algo que deba quedar a la voluntad de la Administración; «La ordenación y despliegue de una eficaz actividad de inspección y comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias no es, pues, una opción que quede a la libre disponibilidad del legislador y de la Administración, sino que, por el contrario, es una exigencia inherente a "un sistema tributario justo" como el que la Constitución propugna en el artículo 31.1: en una palabra, la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria» (STC 76/1990). Por su parte, FÉRNANDEZ LÓPEZ (1998, pág. 140) advierte que la Inspección no sólo tiene un poder sino que además «tiene el deber de llegar hasta el fondo en la percepción de la verdad material sobre unos hechos o realidades con trascendencia tributaria, agotando, si fuere preciso, todos los medios o facultades que la ley le atribuye». Por su parte LASARTE ÁLVAREZ (1999, pág. 59) señala que la Administración se debe asegurar que todos hemos pagado lo que debemos cumpliendo de esa manera con los postulados constitucionales de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la CE) y servir con objetividad los intereses generales, sin discriminaciones (art. 103.1 de la CE).

dación y no se ingrese la deuda en plazo. En estos casos, se inicia el período ejecutivo [art. 161.1 b) de la LGT 58/2003] y se dictará la providencia de apremio, que será título suficiente para iniciar el procedimiento de apremio y tendrá la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial para proceder contra los bienes y derechos de los obligados tributarios (art. 167.2 de la LGT 58/2003). Pero precisamente desde el punto de vista de la ejecución la existencia de una deuda autoliquidada supone, incluso, una novedad respecto de los perfiles tradicionales de la autotutela ejecutiva del Derecho administrativo en la medida en que se trata de *ejecutar un acto ajeno*. Es decir, se atribuye a un acto de un particular la fuerza y el valor suficiente para acarrear una consecuencia tan relevante como es la posible acción directa sobre su patrimonio cuando dicha consecuencia es propia de los *actos administrativos* (LITAGO LLEDÓ, 2000, pág. 223) ¹⁵. Es más, hay que cuestionarse cómo es posible que un acto privado dé lugar a la apertura del procedimiento de apremio, teniendo en consideración que la autoliquidación no es una liquidación provisional, no es un acto administrativo, carece de presunción de legalidad y, por tanto, con arreglo a los esquemas clásicos no podría basarse en ella el procedimiento de apremio (VICENTE-ARCHE y HERRERA MOLINA, 1996, pág. 364). De hecho, no hay que olvidar que al no producirse un procedimiento de liquidación (autotutela declarativa) se priva al particular de la garantía constitucional que en sí mismo representa el procedimiento administrativo, lo que plantea las consecuentes dudas desde el derecho de defensa de los administrados, pues no han podido alegar todo aquello que a su derecho convenga y que la Administración está en la obligación de tutelar (LITAGO LLEDÓ, 2000, pág. 252) ¹⁶.

Se considera, en definitiva, que lejos de encontrarnos ante un *acto administrativo presunto* simplemente nos hallamos ante el presupuesto habilitante exigido por la ley para iniciar la vía de apremio ¹⁷. Pero con unos efectos para los contribuyentes ciertamente negativos, pues no se puede solicitar la suspensión de la ejecución de la propia autoliquidación ni, tampoco, oponerse a la misma debido a que en el procedimiento de apremio las causas de impugnación son tasadas (art. 167.3 de la LGT 58/2003).

El sujeto pasivo sólo podría *impugnar* su propia autoliquidación. Pero la misma no provoca, salvo excepciones tasadas, la suspensión del procedimiento de apremio (arts. 120.3 y 165.2 de la LGT 58/2003). Por tanto, sobre una misma deuda habría dos procedimientos independientes frente a la Administración. Uno, en vía de recaudación, que seguiría su curso autónomamente con inde-

¹⁵ En el ámbito administrativo requisito previo para la procedencia de la ejecución forzosa es la existencia de un acto declarativo. Se trata del principio *nulla executio sine titulo*, actualmente recogido en el artículo 93.1 de la LRJAP-PAC.

¹⁶ En la STS de 7 de mayo de 1999 (RJ 1999\936) se señala que «El privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos es la cualidad de todo acto administrativo de producir sus normales efectos. El fundamento jurídico de tal privilegio es la presunción de legalidad del acto y la necesidad de que se realicen los intereses públicos. Por ello precisa la sentencia apelada que son de aplicación los artículos 101 y 116 de la LPA. Lo único que sucede en los actos de ejecución forzosa, es que la Administración no puede iniciar ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento (art. 100 de la LPA y, hoy, art. 93.1 de la LRJAP-PAC)»

¹⁷ Se ha afirmado que el inicio de la vía de apremio con base en una autoliquidación no se explica correctamente ni con la tesis del acto administrativo *presunto*, ni tampoco resulta válido mantener que la providencia de apremio notificada donde se identifica la deuda (art. 167.1 de la LGT 58/2003) supone una liquidación tácita (VICENTE-ARCHE y HERRERA MOLINA, 1996, págs. 363-366).

pendencia de lo que se esté sustanciando en el procedimiento de comprobación. Y otro vigente en sede de comprobación, donde el sujeto pasivo ha iniciado un proceso de devolución y que, incluso, puede estar en vía de reclamación económico-administrativa al recurrirse la desestimación tácita por silencio administrativo (art. 104 de la LGT 58/2003).

4. INCIDENCIA DE LA NATURALEZA DE LAS AUTOLIQUIDACIONES EN EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES

Como acabamos de ver las autoliquidaciones tributarias suponen, en primer lugar, una declaración y cuantificación de unos hechos que la Administración no entra a conocer, donde se limita a dar por válida la autoliquidación a los efectos del inicio de procedimiento de recaudación. De esta manera, no se sabe si los hechos y datos son reales ni si el sujeto pasivo ha aplicado correctamente el derecho. Es más, no hay que olvidar que la aplicación del sistema tributario es sumamente compleja, y en ciertos tributos se puede afirmar que la determinación de la deuda determinada por el contribuyente es normalmente contraria a la ley. Esta complejidad ha llevado al Tribunal Supremo a sostener que para poder sancionar por deudas autoliquidadas, y debido precisamente a que la aplicación e interpretación de la norma recae sobre el sujeto pasivo, «es lógico exigir que la declaración-liquidación sea tan manifiesta e injustificadamente errónea como para calificarla de inexistente»¹⁸. Se viene a reconocer, por tanto, que no es lo mismo autoliquidar de forma errónea, situación en la que están muchos contribuyentes, que haber actuado de forma culposa, donde la complejidad del ordenamiento implica que sólo pueda apreciarse negligencia en casos claros.

En segundo lugar, la propia autoliquidación actúa de presupuesto válido para iniciar el procedimiento de apremio, de tal manera que la Administración ejecuta un *acto ajeno* rompiendo la exigencia de que exista un acto administrativo declarativo para iniciar un procedimiento de ejecución (arts 93.1 y 97.1 de la LRJAP-PAC). Y no hay que olvidar que la exigencia de ese procedimiento declarativo tiene su fundamento en la protección de los derechos de los administrados, pues no es posible dictar resoluciones sin que los ampare el mismo –principio de legalidad– y porque no es posible realizar actuaciones materiales limitativas de derechos sin resolución previa que los justifique (art. 53.2 de la LRJAP-PAC).

¹⁸ En la STS de 9 de diciembre de 1997 (RJ 1998\485) se afirma que «para que la Administración tributaria pueda sancionar por el tipo definido en el artículo 79 a) de la LGT en los casos de obligada autoliquidación, en la versión de dicho precepto introducida por la Ley 10/1985, y aun la derivada de la reforma llevada a cabo por la Ley 25/1995, y, en general, por los tipos que hacen hoy referencia a declaraciones inexactas o incorrectas –siempre, e importa resaltarlo, en supuestos de autoliquidación impuesta al sujeto pasivo– es lógico exigir que la declaración-liquidación sea tan manifiesta e injustificadamente errónea como para calificarla de inexistente. Sería contrario a toda lógica que la ley atribuyera al sujeto pasivo la facultad de interpretar, en relación con el caso concreto a él aplicable, el ordenamiento tributario y, tras una interpretación razonada y razonable de su parte, pudiera imponérsele una sanción por no haber ingresado una deuda tributaria que sólo con posterioridad a la discrepancia técnica de la Administración era posible concretar, o que, igualmente, pudiera sancionársele por inexactitudes o defectos de la misma naturaleza en la declaración que hubiera precedido a la propia liquidación».

Por tanto, en caso de que la Hacienda denuncie los hechos ante el Ministerio Fiscal se va a intentar procesar por un delito de alzamiento de bienes donde se desconoce cuál es la realidad de la deuda, porque la Administración ha dado por válidas unas declaraciones que no ha comprobado si son o no ajustadas a ley. Y, además, ni siquiera se tiene, a nuestro juicio, título ejecutivo válido a efectos penales, pues la Administración no ha realizado un previo procedimiento administrativo, que es presupuesto necesario para salvaguardar los derechos constitucionales de los administrados. Es más, para que exista un delito de alzamiento de bienes no es suficiente con un título ejecutivo *formalmente* válido sino, siguiendo a MUÑOZ CONDE (1999, pág. 69), es requisito imprescindible que exista una *obligación realmente existente* ¹⁹. Y en las deudas autoliquidadas y no comprobadas la *realidad* de un deuda está todavía pendiente de demostrar a efectos penales ²⁰.

A la vista de lo señalado con relación a las liquidaciones-declaraciones creemos que el Ministerio Fiscal no debería instrumentar una querrela penal si no ha comprobado que existe el presupuesto de hecho previo; la existencia de una deuda en un procedimiento administrativo con todas las garantías para el administrado. No hay que olvidar que *no* nos encontramos ante una situación de igualdad entre partes, que es precisamente donde había operado históricamente el delito de alzamiento de bienes ²¹. Estamos ante un delito *general* que conoce de una deuda *especial*, con una situación de *sujeción* del sujeto pasivo frente a la Administración y, por consiguiente, debería ser exigible una conducta de la Administración cuanto menos diligente. Dicho en otros términos, el acreedor no es un acreedor cualquiera. Es un acreedor totalmente privilegiado, tanto a la hora de recaudar como a la hora de comprobar y determinar la deuda tributaria ²². Y no parece posible que la existencia de un delito de alzamiento dependa exclusivamente de una declaración de parte cuando el acreedor ha teni-

¹⁹ MUÑOZ CONDE (1999, págs. 68 y 69) se preguntaba con relación al delito de alzamiento de bienes si era necesario que la relación obligacional *haya nacido realmente* o era suficiente con que estuviera declarada en un título ejecutivo, independientemente de que exista o no. Y el autor concluía que «La responsabilidad del deudor y el consiguiente interés del acreedor a satisfacerse sólo pueden derivarse de obligación realmente existente, nunca de un título ejecutivo formalmente válido, pero que tiene por base una obligación inexistente». De esta manera, el título ejecutivo, si no contiene una obligación realmente existente, no es válido.

²⁰ Así, en la SAP de Zaragoza de 24 de junio de 2002 (JUR 2002\203010), con relación a un delito de alzamiento de bienes por deudas tributarias, señala que en el IRPF el obligado tributario deberá realizar la autoliquidación del tributo que «*claro está, se encuentra sometida a la ulterior liquidación administrativa realizada, de ordinario, a partir de un procedimiento administrativo de comprobación, y en su caso, investigación. Determinada la existencia de la deuda aparece, sin duda, para el Tesoro el crédito que es elemento estructural de la figura delictiva reclamado por la jurisprudencia de forma constante*». Por su parte, en la SAP de Barcelona de 29 de octubre de 2001 (ARP 2001\804) que conocía de un delito de alzamiento de bienes por una deuda proveniente de un acta de Inspección hace mención a la necesidad de que se haya *establecido* la deuda del contribuyente.

²¹ Vide MUÑOZ CONDE (1999, pág. 75).

²² Es necesario recordar que el contribuyente se encuentra frente a la Administración en una relación de *sujeción*, entendida ésta en el moderno sentido del término. Ya la STC 76/1990, y también la 195/1994, advertían que la Administración era un *potentior personae*, que se encontraba en una situación de superioridad. Y a pesar de que la doctrina tributaria ha criticado las afirmaciones de la STC 76/1990, lo que no se puede ignorar, como afirma AGUALLO (2001, pág. 96), es que es preceptivo que las leyes doten a la Administración tributaria de las potestades o instrumentos necesarios y adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y derechos constitucionales, la Administración esté en condiciones de hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias, poderes exorbitantes que sin remedio han de afectar a los derechos constitucionales reconocidos a los ciudadanos como consecuencia de una interpretación unitaria de la Constitución que también tenga en cuenta el deber de contribuir y el principio del Estado social.

do la posibilidad de revisar dicha deuda y no lo ha hecho. Es más, como hemos señalado, no es que la Administración *pueda* revisar, es que tiene el *deber* de hacerlo en aquellos casos en que sea necesario, como se ha afirmado expresamente por la STC 76/1990. Y, a nuestro parecer, éste debe ser uno de esos supuestos de intervención obligatoria, pues otra solución atentaría contra los derechos constitucionales de los administrados, porque la aplicación del principio de eficacia, que es en última instancia donde descansa la posibilidad de ejecutar deudas autoliquidadas, no parece que pueda realizarse sin ponderar el resto de principios constitucionales. En este caso, el derecho a la tutela judicial efectiva ²³.

Y este aserto es predicable con independencia de que el sujeto pasivo haya o no impugnado su propia declaración-liquidación. Si se ha impugnado y todavía está sustanciándose el procedimiento nos parece claro que se está exigiendo del acreedor que determine la deuda conforme a la ley, de tal manera que éste no podría interponer una querrela o denuncia contra un deudor que, precisamente, está cuestionando la deuda. Pero aun en el caso de que no se haya impugnado la autoliquidación, ya sea porque ha prescrito dicho derecho o bien porque el deudor no lo ha considerado procedente o ni siquiera conocía que tenía tal posibilidad, tampoco creemos que se pueda iniciar un procedimiento penal donde se trataría de derivar al juez una cuestión que previamente debería haber solventado la propia Administración tributaria.

5. PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA DEL DERECHO PENAL

Íntimamente relacionado con la anterior cuestión está, a nuestro parecer, el principio de *intervención mínima* del Derecho penal. Con arreglo a este principio, y partiendo del carácter fragmentario y de la naturaleza subsidiaria del Derecho penal, sólo cuando las acciones civiles y administrativas no son suficientes se debería acudir al Derecho penal. Es decir, el Derecho penal debe configurarse como la última instancia allí donde no exista una tutela suficiente con otros instrumentos no penales ²⁴. Pero resulta necesario convenir que precisamente por este carácter subsidiario del Derecho penal, para acudir a sus instancias será necesario limitarse a plantear cuestiones *penales* y no cuestiones previas que estaban en este caso en manos del acreedor. La Administración, que tutela intereses generales y no particulares, precisamente como garante de la legalidad, no puede pretender que el objeto de su competencia pase ahora a sustanciarse ante el juez penal. Es decir, el principio de intervención mínima no debe operar sólo en la fase de creación del derecho sino también en la fase de *aplicación*. En este sentido, CHOCLÁN (2003, pág. 108) advierte que el intérprete debe formular las oportunas correcciones de la apariencia que resultan de la literalidad de la norma, debiendo relegarse al ámbito extrapenal las situaciones jurídicas que quedan fuera del ámbito penal. Y pre-

²³ *Vide*, con relación al principio de tutela judicial efectiva como límite a la autotutela administrativa, LITAGO LLEDÓ (2000, págs. 52 y ss). De hecho, en la SAP de Barcelona de 2 de septiembre de 2001 (JUR 2001\325728) se confirma la absolución por un delito de alzamiento de bienes debido a que no se había acreditado la representación para actuar ante la Inspección de Hacienda y, por tanto, se le privó del derecho a «no mostrar su conformidad a los actos de la Inspección de los Tributos que firma su marido, supuestamente autorizado, autorización que no se probó».

²⁴ *Vide*, por todos, QUINTERO OLIVARES (2001, pág. 1.698).

cisamente en este sentido la STS de 29 de octubre de 1998 (RJ 1998\6980), conociendo de un delito de estafa, advierte que debido a que el tráfico mercantil está inspirado simultáneamente por la pauta de la confianza y desconfianza, no existirá engaño bastante cuando el sujeto pasivo —el estafado— no haya actuado con arreglo a la pauta de desconfianza a que estaba obligado. Es decir, en la estafa la protección debe alcanzar sólo a aquellos supuestos donde la víctima no disponga de mecanismos suficientes de autotutela o cuando pueda exigírsele una intervención mínima para evitar el engaño (CHOCLÁN, 2003, pág. 108).

A nuestro juicio, por tanto, no parece tolerable que teniendo la Administración todos los medios a su alcance para determinar la existencia y cuantía de las deudas tributarias, siendo además un deber inherente a su posición jurídica, pueda desplazarse a la vía penal que se discuta, aunque sea a meros efectos prejudiciales, la existencia de la deuda. Otra solución supondría una vulneración del principio de intervención mínima del Derecho penal, del Derecho punitivo como *ultima ratio*.

6. CONTENIDO DE LA QUERELLA Y TRATAMIENTO PROCESAL EN EL CASO DE QUE NO HUBIERA HABIDO COMPROBACIÓN PREVIA DE LAS DEUDAS TRIBUTARIAS

Desde un punto de vista procesal la Administración tributaria, según se dispone en la Resolución de la Secretaría General de Hacienda de 7 de mayo de 1991, por la que se dictan instrucciones a los órganos de recaudación del Ministerio de Economía y Hacienda sobre el modo de proceder ante actuaciones realizadas en perjuicio de los derechos de la Hacienda Pública ²⁵, la Dirección General de Recaudación, una vez recibido el informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, comunicará la decisión al Delegado de Hacienda Especial que formulará denuncia de los hechos al Ministerio Fiscal, acompañado el expediente tramitado al efecto.

La Fiscalía, una vez que las ha analizado, puede o bien remitirlas al Juzgado de Instrucción de forma inmediata o tras su análisis tramitar las diligencias de investigación (art. 773.2 de la LECr) que concluirán con el archivo de la instrucción o bien acordando su traslado al Juzgado de Instrucción.

Dejando al margen cuál es, a nuestro parecer, el procedimiento a seguir, lo cierto es que la práctica ha demostrado la posibilidad de que una querella se instrumente tomando como base la propia autoliquidación del sujeto pasivo sin haberse realizado una mínima comprobación previa por parte de la Administración. Es más, el Ministerio Fiscal, normalmente no realizará en estos casos, de la misma manera que ocurre en los delitos contra la Hacienda Pública, ningún trámite previo debido a que el origen de la denuncia está en un informe de la Administración tributaria. Se limitará a tramitar la denuncia de la Administración ante el Juzgado mediante la presentación de una querella ²⁶.

²⁵ Esta resolución se puede consultar en *Normacef Fiscal*.

²⁶ Pilar COLLADO YURRITA (1996, pág. 85, nota a pie 99) señala que para la Fiscalía la labor realizada por la Inspección está desarrollada por un cuerpo de funcionarios altamente cualificados que realizan sus actuaciones con gran profesionalidad e independencia. Esto hace que la actitud de la Fiscalía con relación al expediente administrativo sea favorable.

Ahora bien ¿es procesalmente válida esta actuación? Hay que partir de la base que la querella debe expresar «*La realización circunstanciada del hecho*» y «*Expresión de las diligencias que se deberán practicar para la comprobación del hecho*» (art. 277 de la LECr). De esta manera se requiere del querellante una cierta exigencia para que acredite o proporcione los elementos necesarios para la investigación de los hechos que se imputan y que fundamentan la querella (RIFÁ, VALLS y RICHARD, 2003, pág. 104, nota a pie 15). Y si esto es así, ¿cómo es posible relacionar un hecho tomando sólo la *confesión* del deudor y donde el acreedor no tiene constancia verdadera que se ha producido cuando, además, tenía en su mano poder para hacerlo? Es decir, entendemos que el juez debería desestimar la querella, por considerar una *cuestión de procedibilidad* el no haber realizado la comprobación, con las consecuencias que en el ámbito de la prescripción tendría. Esta solución está avalada por el principio de intervención mínima y otra solución supondría irrogar al imputado una serie de perjuicios sin ningún tipo de motivos que incluso podría vulnerar la seguridad jurídica ²⁷.

Creemos, por tanto, que no debería admitirse la querella en dicha hipótesis. Y un apoyo a esta afirmación se puede extraer, a nuestro juicio, de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de delito fiscal con relación, precisamente, a la *notitia criminis*. La STS de 10 de octubre de 2001 (*Normacef Fiscal* NFJ011004) señaló que sólo desde el momento en que se ha practicado una liquidación, aunque sea provisional, conforme a los métodos regulados en la LGT, se puede decir que existe una determinación del hecho imputable a una persona, pues la liquidación del impuesto presupone la *comprobación* del hecho imponible y su imputación a una persona. Es más, la sentencia sostiene que sin una liquidación sería imposible que el juez pudiera pronunciarse sobre los extremos que establecen los artículos 269 y 313 de la LECr así como informar al imputado en la forma prevista en el artículo 118 de la misma ley ²⁸. De esta manera el Tribunal Supremo concluye que la liquidación provisional *se convierte en requisito de procedibilidad* en el sentido técnico que la doctrina le da: circunstancias de las que depende la admisión del proceso en su totalidad o ciertas partes del mismo.

Esta doctrina, que hacía mención como requisito de procedibilidad a la existencia de una liquidación provisional, ha sido *revisada* por las SSTs de 3 de abril de 2003 (*Normacef Fiscal*, NFJ016242) y 28 de noviembre de 2003 (RJ 2004\91). En las mismas se afirma que la liquidación provisional no es un requisito de procedibilidad, pues la propia LGT 230/1963 disponía que la Inspección se abstendría de seguir el procedimiento administrativo mientras la autoridad judicial no dictara sentencia firme. Y, ciertamente, como señaló en su día la doctrina al comentar la Sentencia de 10 de octubre de 2001, la existencia de una liquidación provisional, en el sentido *técnico* de la palabra, no es pre-

²⁷ Pilar COLLADO YURRITA (1996, pág. 54) glosando el delito contra la Hacienda Pública advierte que el hecho de que la Administración tributaria fije la cuota defraudada supone una mayor probabilidad de que la iniciación del procedimiento penal esté justificada, mientras que si no se ha pasado por ese tamiz el administrado se puede ver involucrado en un proceso penal, que finalmente no lleve a buen término, por lo que «la seguridad jurídica del contribuyente parece resultar violentada».

²⁸ Por su parte, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 76/1990 y con relación al contenido de las actas y diligencias como documento público que hacen prueba sobre los hechos que motiven su formalización, señala que el acta de inspección contiene unos hechos de los cuales se infiere una *notitia criminis* suficiente para la apertura de un proceso penal reconociéndoles el valor de denuncia. Pero adviértase que la *notitia criminis* proviene de una constatación de hechos realizados por la Administración que se considera necesaria.

ceptiva²⁹. Sin embargo, el fondo procesal de la Sentencia de 10 de octubre con relación a la *notitia criminis* a efectos del delito fiscal sigue plenamente vigente, pues lo realmente esencial es que para considerar que el procedimiento se dirige contra el culpable «no es suficiente con que en el escrito de defensa se sugiera que un ciudadano podría haber eludido el pago de un tributo cualquiera», siendo necesario «que exista una cierta precisión del deber fiscal infringiendo». Es más, ya la STS de 6 de noviembre de 2000 (*Normacef Fiscal*, NFJ009502) advertía que si bien para interrumpir la prescripción bastaba con la presentación de la denuncia o querella era necesario que contuvieran las debidas indicaciones fácticas indiciarias sobre el comportamiento delictivo denunciado, que permitieran conocer el alcance genérico de la infracción criminal.

Podemos concluir, por tanto, que no es suficiente con una *imputación general* para la interrupción de la prescripción³⁰. Y en el ámbito del Derecho financiero y tributario esa identificación o bien pasa por una *comprobación* administrativa o si el origen de la denuncia es otro por la aportación de las pruebas necesarias³¹. Por tanto, cuando un delito fiscal tiene su origen en una querella o denuncia iniciada por la Administración tributaria, será necesario que se identifiquen los hechos y los sujetos tras una *comprobación* previa de los hechos. En otro caso, la interposición de la denuncia o querella no interrumpiría la prescripción penal (art. 132.2 del Código Penal).

Pero es que en el delito de alzamiento de bienes, y a diferencia de lo que sucede con los delitos de la Hacienda Pública, sí que creemos que es posible hablar de una previa comprobación y, ahora sí, liquidación, para dar un efectivo cumplimiento de la *notitia criminis*. En efecto, en los delitos fiscales puede afirmarse que es competencia del juez penal determinar la cuota defraudada, al menos

²⁹ Tanto SILVA SÁNCHEZ y RAGUÉS I VALLÉS (2001, pág. 3) como FALCÓN Y TELLA (2001) advirtieron que un acto *formal* de liquidación no era obligatorio conforme a la legalidad vigente. Sin embargo, sí entendían que lo que era necesario era una liquidación *material*, o, dicho en otros términos, la concreción de los hechos, la aplicación del derecho y el sujeto imputado por parte de la Administración.

³⁰ La SAP de Barcelona de 27 de enero de 2003 (JUR 2003\87748) ha señalado que «se cumplirán las exigencias mínimas para admitir a trámite una denuncia o querella por un presunto delito fiscal (interpuestas siempre claro es antes del cumplimiento del plazo de cinco años de comisión de los hechos) en los siguientes casos: 1.º) Cuando en la denuncia o querella presentadas se describan expresamente los elementos fácticos cumplidores indiciariamente del tipo objetivo de la figura legal, consignándose expresamente que la cuota presuntamente defraudada excede de 15.000.000 de pesetas cualquiera que haya sido el medio empleado de los legalmente establecidos para poder precisar aquella entre los que, naturalmente, se hallan la liquidación provisional o estimada realizada por la Agencia Tributaria. 2.º) Cuando en la denuncia o querella, aun cuando no se haga constar expresamente que la cuota defraudada excede de 15.000.000 de pesetas, se consignen datos o hechos que permitan inferir, lógica y racionalmente, que la cuota presuntamente defraudada deberá exceder de aquella cantidad (por ejemplo se hace constar, acompañando documentación, que el denunciado o querellado ha ingresado durante el período impositivo una cantidad de cien millones de euros que no ha hecho constar en su declaración de Impuesto de Sociedades). 3.º) E igualmente por tratarse de un delito público cuando de las diligencias de investigación practicadas judicialmente por la presunta comisión de un delito de distinta naturaleza, se evidencien datos o hechos de los que debe inferirse indiciariamente la posible concurrencia de los elementos típicos definitorios del delito fiscal de que se trate (así, piénsese en el supuesto que ingresos societarios eludidos presuntamente al fisco aparecen en el marco de una investigación penal seguida por delito de estafa y delito societario)».

³¹ La iniciación del proceso fiscal si bien tendrá su origen normal en un procedimiento inspector es posible también que venga de otras vías. Es el caso conocido, por ejemplo, tanto por la STS de 30 de octubre de 2001 (*Normacef Fiscal*, NFJ 011115) como por la de 15 de julio de 2002 (*Normacef Fiscal*, NFJ 012842) donde la inspección no contaba con los datos para liquidar y el procedimiento se ha iniciado ya sea por medio de una denuncia de terceros, ya sea porque de la instrucción se deduce la *notitia criminis*.

a los efectos de la punibilidad ³². La propia Sentencia de 3 de abril de 2003 expresamente señala que «la liquidación no es competencia de la Administración tributaria en los casos de delito fiscal», de tal manera que una eventual liquidación de la Administración se configura como una «prueba más, sin duda atendible pero en todo caso sometida al pertinente debate entre las partes, y a la posterior valoración por el Tribunal». Por el contrario, en el delito de alzamiento no es competencia del juez determinar la deuda como *objeto* del tipo, sino en su caso como una *cuestión* incidental. Dicho en otros términos, en los delitos de alzamiento se parte de la base de una querella de un *acreedor*, que defiende sus intereses particulares, lo que supone que la querella debe demostrar la existencia de la deuda con criterios mínimamente objetivos para que el juez pueda pronunciarse al respecto. Y esto requiere, a nuestro parecer sin duda, una liquidación de la Administración realizada tras la pertinente investigación y comprobación, porque, como hemos señalado, la deuda es el requisito necesario para poder hablar de un fraude a los *acreedores*.

a) *La no operatividad en sede penal de la presunción de veracidad de los hechos declarados por el sujeto pasivo.*

Pero todavía podemos avanzar un paso más. Si la querella viene interpuesta por el Ministerio Fiscal y con un informe de la Administración tributaria el juez de instrucción es muy posible que admita la querella. Y a partir de este instante las cosas se complican. En efecto, desde el momento procesal en el que el imputado ponga en duda la existencia de la deuda el alzamiento de bienes se sitúa ahora en un momento previo fundamental; la necesidad de que exista una *deuda real* para poder hablar de insolvencia punible.

Las autoliquidaciones son, como hemos señalado, una manifestación de conocimiento sobre datos y hechos. Y las declaraciones tributarias tienen naturaleza *confesoria extrajudicial* con relación a los *hechos*, de tal manera que un procedimiento tributario hace prueba en su contra ³³. Pero es que hay que recordar que, en todo caso, la presunción de veracidad del artículo 108.3 operaría, exclusivamente, sobre los *datos y hechos*, pero en ningún caso sobre cuestiones jurídicas referentes a calificación o cuantificación, operaciones sobre las que ha tenido que actuar el contribuyente ³⁴. Por otro lado, no hay que olvidar que en un procedimiento *administrativo* la Administración está obligada a buscar la verdad en la medida que tutela intereses generales y, por consiguiente, no puede dar por válidos ni la declaración sobre los hechos, aunque hagan prueba en contra del contribuyente, ni las calificaciones y cuantificaciones realizadas por el contribuyente, sobre las que no opera ninguna presunción tributaria.

³² No es objeto de este comentario analizar el delito de defraudación tributaria pero creemos necesario reseñar que se ha cuestionado que el juez penal pueda determinar la cuota tributaria a los efectos de la responsabilidad civil, porque se entiende que ésa es competencia de la Administración tributaria. *Vide*, ya analizando la LGT 58/2003, FALCÓN Y TELLA (2004).

³³ El artículo 316.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que se «considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial».

³⁴ Y lo cierto es que no es sencillo distinguir en muchos casos entre lo que son cuestiones de hecho y de derecho. *Vide*, al respecto, LÓPEZ MOLINO (1998, pág. 365).

Pero entrando ya en el ámbito penal cabe preguntarse cuál es valor que debe darse a dicha confesión *extrajudicial* realizada en un sede administrativa –y que haría prueba en su contra por los hechos en un procedimiento tributario– en un proceso penal ³⁵. Y, a nuestro parecer, si el sujeto imputado niega ahora los hechos no es posible que los efectos *negativos* para el obligado tributario de la confesión extrajudicial operen en sede penal.

En primer lugar, todos los hechos declarados dentro de procedimiento administrativo deben posteriormente ser ratificados en el proceso penal. En efecto, la propia STC 76/1990 ha sostenido que la constatación de unos hechos por la Inspección son suficiente *notitia criminis* para la apertura de un proceso penal, pero dentro del juicio penal deberá reproducirse lo manifestado con observación de los requisitos de inmediación y contradicción. Pues bien, es posible, por tanto, que en el proceso el imputado no ratifique su confesión, sino que la niegue. Y a estos efectos hay que recordar que se ha señalado que la confesión penal y civil presentan notas que las distancian. En concreto, los elementos que las distinguen son la divisibilidad y la revocabilidad (BONET Y NAVARRO, 1979, pág. 99). Así, la confesión penal es revocable, de tal manera que frente al estrecho camino de la revocabilidad civil que exige probar que se incurrió en error de hecho, el acusado podrá declarar cuantas veces quiera (art. 400 de la LECr). Es más, en el proceso penal no es infrecuente que después de reconocer la participación en un delito posteriormente se retracte en el juicio oral. En dicho caso, se debe valorar la calidad de las declaraciones y optar por la que resulte más creíble (STS de 15 de marzo de 1993, RJ 1993\2387). Y, sobre todo, la confesión es de libre apreciación por el juez penal. O dicho en otros términos, la confesión puede ser un indicio de prueba que debe, en todo caso, ser confirmado por otros medios probatorios, de tal manera que la confesión del inculcado no obsta para que el juez de instrucción practique todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y la existencia del delito (RIFA, VALLS Y RICHARD, 2003, pág. 532) ³⁶.

De esta manera, ¿qué es lo que debe hacer el juez penal en el caso de que el contribuyente niegue ahora la existencia de la deuda? Es más, el contribuyente podría impugnar su propia autoliquidación, ¿qué pasaría hasta que la Administración se pronunciase? A nuestro juicio, es suficiente con que el contribuyente cuestione en sede penal la existencia de la deuda, sin necesidad de impugnar la autoliquidación, para que el juez instructor deba pronunciarse previamente sobre si existe o no relación jurídico-obligacional. Si se hubiera impugnado la autoliquidación aparecen, entonces, las denominadas cuestiones prejudiciales en sede penal ³⁷.

³⁵ En el ámbito tributario se ha afirmado que la declaración tributaria tiene la naturaleza de confesión, siéndole aplicables los correspondientes preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia, la doctrina científica y jurisprudencia de la confesión le sería aplicable (PITA GRANDAL, 1998, pág. 180).

³⁶ El artículo 406 de la LECr dispone que «La confesión del procesado no dispensará al juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito».

³⁷ Cuando en el delito de alzamiento de bienes se cuestiona la deuda la doctrina señala que será necesario acudir a las cuestiones prejudiciales reguladas en los artículos 3 a 7 de la LECr (MUÑOZ CONDE, 1999, págs. 80-84 y VIVES Y GONZÁLEZ, 1998, pág. 35).

b) Las cuestiones prejudiciales en sede penal y la impugnación de las deudas autoliquidadas.

Las cuestiones prejudiciales son aquellas de naturaleza distinta a la materia penal que son objeto de proceso y cuya resolución previa resulta necesaria para determinar la responsabilidad penal en un procedimiento criminal. Se trata, además, de una cuestión que por sí sola pudiera formar el objeto de una declaración jurisdiccional. En concreto, a estos efectos, donde se sustancian deudas tributarias, nos interesan las cuestiones prejudiciales de carácter administrativo. Y de forma más precisa, cuando la deuda autoliquidada ha sido impugnada por el propio sujeto pasivo ante la Administración tributaria.

En la LECr, artículos 3 a 7, y también conforme al artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, existen dos tipos de cuestiones prejudiciales³⁸. Las no devolutivas son aquellas donde el órgano penal se extiende a resolver, para el solo efecto de la represión, las cuestiones civiles o administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos «*cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación*» (art. 3). El otro de los supuestos es el de las devolutivas o excluyentes, de tal manera que si la cuestión prejudicial «*fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia*» se suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda (art. 4 de la LECr). Es más, el órgano penal puede suspender el procedimiento para que se acuda a un procedimiento contencioso-administrativo. Es decir, el órgano penal no se pronuncia sobre la cuestión que pertenece a otra jurisdicción y debe deferir su tramitación hasta conocer, a nuestros efectos, la sentencia del tribunal contencioso-administrativo³⁹.

A nuestro juicio, sin embargo, esta estructura general, que es la que se ha estudiado por la doctrina procesalista, tiene pleno sentido en aquellos casos donde *acreedor* y *juez* son distintos, pero a mi parecer presentan matices cuando el *acreedor* y el *juzgador* coinciden. El artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que «*A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente*». Esto presupone la existencia de dos jueces y la posibilidad de que haya dos sentencias de signo distinto. Pero en las autoliquidaciones tributarias juez y parte son la misma persona.

³⁸ Señalar que una de las cuestiones que se ha planteado es la posible derogación del artículo 4 de la LECr por el artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. *Vide*, al respecto, GUILLÉN PÉREZ (1999, pág. 1.759) y RODRÍGUEZ RAMOS (1997a).

³⁹ Precisamente por deudas tributarias la SAP de Barcelona de 29 de octubre de 2001 (ARP 2001\804) señala que ni las impugnaciones administrativas ni las contencioso-administrativas deben paralizar el proceso penal, debiendo conocer el juez penal sobre las mismas. RUIZ MARCO (1995, págs. 170 y ss.) señala que la condición de deudor constituye un elemento normativo de los tipos en los que aparece y el juicio sobre la existencia o no de la deuda plantea la necesidad de acudir a las cuestiones prejudiciales. A su juicio, existen argumentos para entender que la existencia de la deuda puede ser tanto una cuestión devolutiva como no devolutiva aunque entiende que deben ser solventadas por el propio juez penal. Por su parte, en la STC 147/2002, de 15 de julio, se cuestiona precisamente la existencia previa de una deuda para considerar si era procedente un delito de alzamiento de bienes y cómo debía operar la cuestión prejudicial. El Tribunal Constitucional entiende que aunque el tribunal penal pudiera haber abordado el asunto como una cuestión prejudicial devolutiva es correcto que él mismo declare su propia competencia tras una interpretación motivada, razonable y no arbitraria de la normativa procesal aplicable.

A la vista de lo anterior nos parece que no es posible acudir a la cuestión prejudicial *no devolutiva* cuando, precisamente, es el *propio acreedor* el que se tiene que pronunciar sobre si procede o no la deuda tributaria. En efecto, imaginemos que la deuda que es objeto del procedimiento de alzamiento se ha autoimpugnado. No parece adecuado que un juez del ámbito penal tenga que resolver sobre una cuestión en la que el propio *acreedor* tiene que pronunciarse previamente. En el ámbito del Derecho penal, y salvo ciertas excepciones, es perfectamente válido que se produzcan pronunciamientos contradictorios en diversos órdenes jurisdiccionales ya que la eficacia de las resoluciones judiciales no trascienden a la jurisdicción donde se producen ⁴⁰. Ahora bien, cuando es el propio acreedor quien tiene que pronunciarse no parece que tenga ningún sentido que una postura en contrario de la jurisdicción penal pueda ser aceptable. A nuestro juicio, la autonomía del juez penal para resolver cuestiones a los solos efectos de la represión no puede proceder cuando el propio acreedor se manifiesta en sentido contrario.

Otra opción sería acudir a una *cuestión prejudicial devolutiva*, de tal manera que el procedimiento penal se suspendiera hasta que la Administración se pronunciase previamente. Sin embargo, tampoco creemos que se pueda presentar una cuestión prejudicial dependiente no de un tercero sino del propio acreedor. Es cuanto menos cuestionable que un acreedor interponga una querella y posteriormente vuelva el mismo asunto al propio acreedor para que se pronuncie sobre su existencia.

Procesalmente, por tanto, tiene difícil encaje legal la materia referente a la cuestión prejudicial de las deudas autoliquidadas e impugnadas. Pero más que un difícil encaje estos argumentos procesales inciden en la necesidad de que exista una previa comprobación como requisito de procedibilidad para interponer una querella en sede penal.

c) Autoliquidaciones que no se impugnan una vez admitida la querella a trámite.

Otra posibilidad es que el contribuyente no impugne su autoliquidación, bien porque haya prescrito su derecho a hacerlo por el paso de los cuatro años, bien porque no lo estime conveniente plantearlo ante la Administración ⁴¹. En estos casos, el juez tendrá, previamente, que verificar que existe o no deuda, teniendo en consideración, como hemos señalado, que no es posible hablar de cuestiones previas devolutivas cuando acreedor y juez coinciden.

⁴⁰ Vide la jurisprudencia y doctrina citada por GUILLÉN PÉREZ (1999, pág. 1.760, y notas a pie 51 a 54). Con relación a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el instituto de la prejudicialidad hay que recordar que el Tribunal Constitucional ha señalado que en la Sentencia 170/2002, citando otras muchas, que «no existiendo norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un concreto orden jurisdiccional el conocimiento de una cuestión prejudicial, corresponde a cada uno de ellos, en el ejercicio independiente de la potestad que les confiere el artículo 117.3 de la CE, decidir si se han cumplido o no los presupuestos de las pretensiones que ante ellos se ejercitan y que, como regla general, carece de relevancia constitucional que puedan producirse resultados contradictorios entre resoluciones de órganos judiciales de distintos órdenes, cuando esta contradicción tiene como soporte el haber abordado, bajo ópticas distintas, unos mismos hechos sometidos al conocimiento judicial, pues, en estos casos, los resultados contradictorios son consecuencia de los criterios informadores del reparto de competencias llevado a cabo por el legislador entre los diversos órdenes jurisdiccionales». Sobre la cuestión prejudicial y la vulneración de la tutela judicial efectiva vide GIMENO SENDRA (2003).

⁴¹ Reseñar que las actuaciones realizadas en el procedimiento de recaudación no interrumpen la prescripción para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación o para la solicitud de ingresos indebidos. Son procedimientos que no se comunican entre sí. De esta manera, en el procedimiento de apremio, que no tiene plazo para ter-

Es más, tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado, por una parte, como el contribuyente, por otra, deberán *probar* la existencia de la deuda o no. Para el contribuyente, se plantea además un problema adicional importante, y es el del derecho a no declarar contra sí mismo, cuestión sobre la que luego incidiremos. Pero en el caso de que se logren aportar pruebas que demuestren que se han realizado los hechos, ya sea mediante la documentación que ha presentado voluntariamente el obligado tributario, ya sea mediante los datos que obren en poder de la Administración por otras vías (declaraciones de terceros) el problema está en la valoración de la prueba y si la Administración tributaria puede o no operar como *perito* ⁴².

En nuestro caso, se trataría de que el propio acreedor fuera, a su vez, el perito en la instrucción, lo que *a priori* podría causar alguna duda ⁴³. En los delitos contra la Hacienda Pública se ha reconocido que el hecho de que un Inspector de Finanzas del Estado actúe como *perito* en un delito fiscal no vulnera la imparcialidad de éstos en la medida en que su función es servir con objetividad los intereses generales [SSTS de 18 de marzo de 2001 (RJ 2001, 751) y de 6 de noviembre de 2000 (*Normacef*)] ⁴⁴. Ahora bien, a nuestro juicio no es posible comparar la naturaleza del delito fiscal con la del delito de alzamiento de bienes y con el papel de la Inspección a los efectos de determinar la deuda; baste recordar que mientras que el delito tributario *sanciona* actuaciones de ocultación el delito de alzamiento lo hace con relación al *pago*. Así, en el delito fiscal se ha afirmado que el bien jurídico protegido es el derecho-deber de solidaridad ciudadana que constituye el fundamento del sistema tributario y sólo de manera indirecta o mediata se protege el patrimonio público (SIMÓN ACOSTA, 1998, pág. 25). Más en concreto, se ha mantenido que el delito tributario es un delito contra la función pública de tal manera que la protección se dispensa a la Hacienda no como conjunto patrimonial sino como titular de funciones públicas, en cuanto concepto general que resume la posición en que el ordenamiento jurídico coloca a la Administración para la defensa del interés público

minarse (art. 104.1 de la LGT 58/2003), el plazo de prescripción se interrumpe con cada actuación en dicha sede. Pero dichos actos no afectan a comprobación de la deuda, sobre la que se podrá actuar en el plazo de 4 años desde la finalización del período voluntario.

⁴² Como ha afirmado QUINTERO OLIVARES (2001, pág. 1.713) muchos son los delitos económico-patrimoniales en los que el juez necesita una información técnica o pericial como único modo de tomar consciencia de la realidad de lo sucedido y no por eso aparece una cuestión prejudicial.

⁴³ Reseñar que en el ámbito penal la pericia puede ser una diligencia de investigación instructora o bien una fuente de prueba o de valoración de prueba en el juicio oral (RODRÍGUEZ RAMOS, 1997b). En este caso, lo que se plantea es la pericia como diligencia instructora.

⁴⁴ Vide la crítica que RODRÍGUEZ RAMOS (1997b) hace sobre la imparcialidad de los Inspectores en los delitos contra la Hacienda Pública y sobre lo que denomina «divinización del funcionario público». Y, en el mismo sentido BOIX REIG (2001, págs. 134-137), siguiendo a MARCHENA GÓMEZ, resalta la hipervaloración de la opinión de los centros oficiales y, sobre todo, cuestiona el hecho de que la Inspección goce de la imparcialidad debida. Con relación a esta divinización el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar, conociendo de un procedimiento con relación al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, que partiendo de la base de que nos encontramos ante una cuestión eminentemente técnica que sólo es posible abordar desde los conocimientos de esa rama del saber, «la objetividad y solvencia que caracteriza a los órganos especializados de la Administración aconseja admitir como improbable su error o desacierto técnico en esa calificación económica. Mientras que, por el contrario, la posición claramente interesada de la parte recurrente permite dudar de la neutralidad de su valoración» (Sentencia de 12 de mayo de 2003, RJ 2003\4738). Ciertamente, siguiendo hasta el final la postura del Tribunal Supremo, no harían falta, ni siquiera, tribunales, pues no hay nada que juzgar.

relativo a la eficacia de las normas tributarias (PÉREZ ROYO, 1986, pág. 77) ⁴⁵. Por su parte, en el caso del delito de alzamiento de bienes el bien jurídico protegido se halla constituido por los derechos de los acreedores de crédito con el patrimonio del deudor (art. 1.911 del CC); por consiguiente, el alzamiento de bienes se limita fundamentalmente a la protección de intereses patrimoniales *particulares* ⁴⁶.

Partiendo precisamente del bien jurídico protegido el papel de la Administración como perito en el delito fiscal no es comparable al que tendría en el de alzamiento ⁴⁷. En las SSTs de 28 de marzo de 2001 (*Normacef Fiscal*, NFJ 010460) y 6 de noviembre de 2000 se sostiene que la vinculación laboral de los funcionarios públicos que ejercitan el *ius puniendi* con un sector concreto de la Administración pública que *gestiona intereses generales* afectados por la acción concreta que se enjuicia –como el delito contra la Hacienda Pública– no genera en absoluto interés personal en la causa ni inhabilita a los funcionarios técnicos especializados para actuar como peritos objetivos e imparciales a propuesta del Ministerio fiscal, que promueve el interés público tutelado por la ley. Con independencia de que estemos en desacuerdo con dichos argumentos lo cierto es que en un delito fiscal la Inspección actúa como perito a la hora de perseguir un delito donde se atenta contra la función pública. Pero en el delito de alzamiento, *no existe ese interés general*, sino se trata de una relación *particular* entre Administración y deudor en un procedimiento por un delito *común* que tutela relaciones obligacionales ⁴⁸. Y, por tanto, tomando como base esta consideración podríamos afirmar que no parece procedente que en este estadio se le pida al propio acreedor que actúe como perito del Ministerio fiscal para determinar la deuda, de la misma manera que en un crédito privado el acreedor no actúa como perito independiente. Como se ha señalado en la STS de 18 de octubre de 2002 (RJ 2002\9012) corresponde probar al acusador *la preexistencia de la deuda*. Y si se actúa como acusador no parece posible que actúe como perito, sino como parte.

⁴⁵ Aunque desde luego estas construcciones fiscalistas no deben arrinconar las que en sede penal se mantienen; en concreto, se afirma que en el primer plano de la protección está el *patrimonio* del Erario público. Vide BAJO y BACIGALUPO (2001, pág. 219) y MARTÍNEZ-BUJÁN (1995, pág. 25).

⁴⁶ Con independencia de que se pueda hablar de otro tipo de bienes jurídicos protegidos, como es el de las exigencias del sistema de crédito que se basan en la fluidez de las operaciones y en la confianza de los inversores en su funcionamiento (VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC, 1998, pág. 26).

⁴⁷ A esto hay que reseñar que no es comparable un delito fiscal con un delito por alzamiento de bienes por deudas tributarias. De hecho, es posible que entre el delito fiscal y el delito contra la Hacienda Pública se produzca un concurso (VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC, 1998, págs. 95-97). No es objeto de este trabajo hacer un análisis detallado de la diferencia entre ambos delitos. No obstante, sí podemos señalar cómo se ha pronunciado la jurisprudencia al respecto. Así, se ha mantenido que mientras que el delito de alzamiento es un delito de tendencia el delito fiscal es de resultado; mientras que el delito fiscal requiere una deuda defraudada de 120.000 euros en el delito de alzamiento no se exige cantidad alguna y no sólo alcanza a la cuota a ingresar sino que cubre tanto los intereses como los recargos y sanciones; mientras que en el delito fiscal se puede condenar al pago de la cuota en concepto de responsabilidad civil en el delito de alzamiento se reconoce que la deuda no nace del delito y, por tanto, no debe comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir; mientras el delito fiscal es un delito especial el delito de alzamiento tiene carácter común.

⁴⁸ De hecho, con el Código Penal de 1973 se había cuestionado si la Hacienda Pública podía ser sujeto pasivo del delito de alzamiento de bienes o si se limitaba a relaciones jurídico-privadas (vide, por todos, VAELLO ESQUERDO, 1999). Pero en las sentencias que se ha reconocido de forma favorable [vide, por todas, la SAP de Toledo de 23 de abril de 2003 (ARP 2003\511) y la SAP de Barcelona de 29 de octubre de 2001 (ARP 2001\804)] se afirma que el delito de alzamiento garantiza cualquier tipo de deuda, siendo indiferente que el acreedor lo sea por una relación civil, mercantil o tributaria, ya que se aplica a todo el ordenamiento jurídico.

Por tanto, creemos que la Administración tributaria no podría actuar como perito en el procedimiento penal. Esta situación deja una difícil salida en el proceso debido a que el juez debería pronunciarse sin que tenga los conocimientos apropiados al respecto ⁴⁹. En el fondo, esta idea no es sino un nuevo argumento a lo que estamos sostenido de forma reiterada; la comprobación administrativa previa es un requisito de procedibilidad en los delitos de alzamiento de bienes por deudas autoliquidadas. Es tal el impedimento procesal que, de admitirse a trámite la querella, no es impensable que terminase con el sobreseimiento provisional de la causa ⁵⁰.

7. LA APORTACIÓN DE DOCUMENTOS POR PARTE DEL SUJETO PASIVO PARA DETERMINAR LA DEUDA Y EL DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO

Si el sujeto imputado cuestiona la existencia de la deuda pueden aparecer problemas procesales de difícil resolución. Cuando un tribunal de lo penal conoce de una cuestión prejudicial lo hace a los solos efectos de resolver la responsabilidad derivada del delito aplicando las normas sustantivas al supuesto que se trate. Ahora bien, como han señalado RIFÁ, VALLS y RICHARD (2003, pág. 99) el tribunal debe valorar el hecho según los criterios y principios del proceso penal y específicamente teniendo en cuenta que en el proceso penal la prueba de la culpabilidad del acusado, que incluye los elementos objetivos y subjetivos, corresponde a la acusación; que no son admisibles presunciones legales ni tampoco la inversión de la carga de la prueba y resulta de obligada aplicación el principio constitucional de *indubio pro reo* y de presunción de inocencia. Y entre los principios constitucionales están las establecidas a favor del imputado tales como el derecho al silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Cabe preguntarse, entonces, si es jurídicamente admisible que el sujeto pasivo no aporte ningún solo documento que acredite la existencia de la deuda en un delito de alzamiento de bienes.

El fundamento último del derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable hay que buscarlo en el principio de presunción de inocencia o, mejor dicho, en una de sus manifestaciones: la que sitúa en la acusación la carga de la prueba. En efecto, parece evidente que si alguien acusa ha de *probar*, debe *aportar*, los elementos de prueba que cimientan en un procedimiento penal y no es lícito trasladar sobre el acusado la carga de suministrar las evidencias que lo incriminan

⁴⁹ En este sentido, la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2001 (*Normacef Fiscal*, NFJ011004, aunque sea a efectos de delito fiscal y la prescripción de la acción para liquidar, advierte que no es fácilmente imaginable una liquidación tributaria sin referirse a los documentos e informes de la Agencia Tributaria, pues carecería de racionalidad jurídica pretender eliminar a un organismo estatal especializado, trasladando sus facultades a otros órganos no especializados para actuar eficazmente. Y esta idea cobra más fuerza si la Administración no ha entrado a conocer algo que sí debía haberlo hecho.

⁵⁰ Y esta actuación no es, afortunadamente, desconocida por motivos fiscales. Así, en la SAP de 24 de septiembre de 2003 (JUR 2004\86767) el juez de instrucción dicta el sobreseimiento provisional de la causa del artículo 641.1 de la LECr por un delito contra la Hacienda Pública debido a que en una presunta deuda por incremento no justificado de patrimonio el imputado dio una explicación alternativa, razonable y pausable, conforme a la STS de 21 de diciembre de 2001 (*Normacef Fiscal*, NFJ011773).

(AGUALLO y GARCÍA BERRO, 2000, págs. 92 y 93). Es decir, en un procedimiento penal, el imputado puede ser requerido, pero no obligado, a que aporte pruebas que le puedan incriminar. Las pruebas aportadas voluntariamente surten pleno efecto pero no las obtenidas bajo coacción.

Y en el ámbito tributario se ha discutido si la exigencia de datos y hechos en un procedimiento tributario de comprobación e inspección, que conforme a la LGT el obligado tributario está obligado a aportar, y que luego hacen prueba en su contra en el ámbito administrativo sancionador o incluso en el penal, si se pasa el tanto de culpa a esta jurisdicción, vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo. Hay que partir de la base, con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la de nuestro Tribunal Constitucional, que el derecho a no autoincriminarse opera tanto para imponer una condena penal o una sanción administrativa. De esta manera, el derecho a no declarar contra sí mismo resultaría vulnerado cuando la sanción administrativa o condena penal se hayan adoptado basándose en pruebas obtenidas del obligado tributario bajo amenaza o coacción, pero no cuando la prueba se haya obtenido de otra forma. Esto supone, según manifiesta la mejor doctrina, que las pruebas obtenidas en un procedimiento inspector de forma coactiva no pueden luego utilizarse posteriormente en un proceso penal o procedimiento administrativo sancionador contra el sujeto obligado a colaborar.

Pero centrándonos ya en el ámbito del delito de alzamiento de bienes por autoliquidaciones el derecho a no declarar contra sí mismo podría actuar en dos ámbitos. En primer lugar, cuando la Administración, antes de dirigir la correspondiente querella, iniciase un procedimiento inspector o comprobador como requisito previo de procedibilidad. En segundo lugar, que es el que ahora interesa, qué sucede si la querella se ha tramitado sin haberse procedido a comprobar previamente la deuda del ahora sujeto imputado. A nuestro juicio, y como hemos señalado, hay que partir de la base que la autoliquidación presentada no hace prueba en el proceso penal. Bastará con negar la procedencia de la deuda para que sea la parte querellante la que tenga que probar la existencia de la misma ⁵¹. Y, precisamente, el derecho a no autoinculparse permite al imputado no aportar ningún hecho, dato o documento que tengan trascendencia en un proceso de carácter penal. Es decir, a no aportar ningún dato. Para *probar* la deuda, por tanto, la Administración debería acudir a los datos obtenidos de terceras personas, los que consten en registros públicos o los que pueda obtener la propia Administración sin necesidad de obligar al imputado a aportar prueba del ilícito ⁵².

⁵¹ En la STS de 18 de octubre de 2002 (RJ 2002\9012) se afirma que corresponde probar al acusador que en un delito de alzamiento de bienes había deuda. Así, señala que «*Pretende el recurrente que la carga de la prueba de la preexistencia de la deuda le incumbe a las partes acusadoras, y es cierto, pues la presunción de inocencia obliga a absolver cuando la prueba deja duda sobre la existencia de alguno de los elementos del tipo. Pero la duda la tiene que tener el Tribunal que dicta la Sentencia y sobre los criterios de dicho Tribunal no pueden prevalecer los argumentos de las partes*».

⁵² El artículo 108.4 de la LGT 58/2003 dispone que los datos incluidos en declaraciones o contestaciones a requerimientos en cumplimiento de la obligación de suministro de información de los artículos 93 y 94 y que vayan a ser utilizados en la regularización de la situación tributaria de otros obligados tributarios se presumen ciertos, pero deberán ser contrastados de acuerdo con lo dispuesto en esta sección cuando el obligado tributario alegue inexactitud o falsedad de los mismos. Para ellos podrá exigirse al declarante que ratifique y aporte prueba de los datos relativos a terceros incluidos en las declaraciones presentadas.

De esta manera, en el caso de que la información que pueda aportar sea imprescindible para la justificación de la deuda es posible que no sea posible instruir el delito. El juez, al no tener datos para pronunciarse sobre la relación obligacional previa, siendo requisito necesario para que exista un delito de alzamiento de bienes, debería proceder a sobreseer la causa.

8. CONCLUSIONES

El objeto de este estudio se limitaba a estudiar un problema concreto en el ámbito del delito de alzamiento de bienes; si es posible admitir a trámite una querrella por delito de alzamiento por deudas tributarias autoliquidadas no ingresadas y no comprobadas administrativamente. Y a nuestro parecer la respuesta es negativa. Es necesario, como requisito de procedibilidad, una previa comprobación de la deuda. Creemos que no es tolerable procesar por una deuda que no se ha comprobado, que ni siquiera se sabe si es o no ajustada a derecho, y donde el procedimiento ejecutivo se basa en un acto del propio contribuyente sin que haya habido procedimiento administrativo que garantice los derechos del obligado tributario. No se cumple, por tanto, con la necesaria identificación de la *notitia criminis* para entender válidamente dirigido contra un imputado un proceso penal. A esto hay que añadir la vulneración del principio de intervención mínima del Derecho penal y la necesidad de que el Derecho penal sólo entre a conocer aquellos aspectos donde la propia parte no disponga de los mecanismos suficientes.

Pero es que en el caso de admitir la querrella a trámite los problemas procesales son, a nuestro parecer, insalvables. Ni cabe cuestión prejudicial devolutiva, ni tampoco la no devolutiva, ni es aceptable un peritaje de una Administración que es a su vez parte. A esto hay que añadir que el derecho a no declarar contra sí mismo permite al contribuyente no aportar ni un solo documento al procedimiento. Todos estos datos avalan la siguiente conclusión; la Administración, antes de iniciar un procedimiento penal, debe comprobar la deuda. Se trata, por tanto, de un requisito previo de procedibilidad.

BIBLIOGRAFÍA

(Las citas doctrinales del presente trabajo recogen la página correspondiente. No obstante, cuando el trabajo se ha conseguido en soporte electrónico no es posible hacer referencia a la paginación y sólo se recoge el autor y el año).

AGUALLO AVILÉS, A. (2001), «La necesidad de un análisis constitucional del Derecho Financiero. Hacia un *Derecho Financiero Constitucional*», *Revista española de Derecho Financiero*, núms. 109-110.

- AGUALLO AVILÉS, A. y GARCÍA BERRO, F. (2000), «Deber de colaborar con la Administración tributaria y derecho a no autoincriminarse: un conflicto aparente», en AA.VV., *El asesor fiscal ante el nuevo siglo*, Asociación Española de Asesores Fiscales.
- BAJO, M. y BACIGALUPO, S. (2001), *Derecho Penal Económico*, Ceura, Madrid.
- BOIX REIG, J. (2001), «Cuestiones relativas al proceso penal por delito fiscal», en AA.VV., *Principios, derechos y garantías constitucionales del régimen sancionador tributario*, Instituto de Estudios Fiscales (en su página web).
- BONET Y NAVARRO, A. (1979), *La prueba de confesión en un juicio*, Bosch, Barcelona.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A. (2003), «Fundamentos y límites del delito fiscal. Una perspectiva armonizadora del ordenamiento jurídico-tributario», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 248.
- COLLADO YURRITA, P. (1996), *La actuación de la Inspección Financiera y Tributaria en la instrucción del proceso por delito fiscal*, Tirant lo blanch, Valencia.
- FALCÓN Y TELLA, R. (2001), «La "liquidación provisional" como presupuesto de procedibilidad en materia de delito fiscal y sus consecuencias en relación con los efectos de la prescripción tributaria: la STS de 10 de octubre de 2001», *Quincena Fiscal*, núm. 18 (ejemplar en soporte informático).
- FALCÓN Y TELLA, R. (2004), «La ejecución de las sentencias penales por la Agencia Tributaria», *Quincena Fiscal*, núm. 5 (ejemplar en soporte informático).
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, R.I. (1998), *La comprobación de hechos por la Inspección de los Tributos*, Marcial Pons, Madrid.
- FERNÁNDEZ MARÍN, F. (2000), *Las liquidaciones tributarias*, Comares, Granada.
- FERNÁNDEZ PAVÉS, M.J. (1995), *La autoliquidación tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Madrid.
- GIMENO SENDRA, V. (2003), «Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis in idem* en el proceso penal», *La Ley*, núm. 5.817 (ejemplar en soporte informático).
- GUILLÉN PÉREZ, E. (1999), «Las cuestiones prejudiciales administrativas devolutivas en el proceso penal», *La Ley*, D-278.
- IGLESIAS RÍO, M.A. (2003), *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*, Tirant lo blanch, Valencia.
- LASARTE ÁLVAREZ, J. (1999), «Comentarios al artículo 1 de la Ley 1/1998 de Derechos y Garantías de los Contribuyentes», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes*, Ed. Estudios Financieros, Madrid.
- LITAGO LLEDÓ, R. (2000), *Las autoliquidaciones tributarias ante la recaudación ejecutiva*, Aranzadi, Pamplona.
- LÓPEZ MOLINO, A.M. (1998), *Régimen jurídico de la prueba en la aplicación de los tributos*, Aranzadi, Pamplona.
- MARTÍN QUERALT, J. (1996), «El fraude fiscal en el procedimiento de recaudación», en AA.VV., *Las últimas reformas fiscales y su efectividad frente al fraude*, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (1995), *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio*, Tecnos, Madrid.
- MUÑOZ CONDE, F. (1999), *El delito de alzamiento de bienes*, 2.ª edición, Bosch, Barcelona.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M. (2001), «Lo subjetivo y lo objetivo en el tipo del delito del alzamiento de bienes», en AA.VV., *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona.
- PÉREZ ROYO, F. (1986), *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- PITA GRANDAL, A.M. (1998), *La prueba en el procedimiento de gestión tributaria*, Marcial Pons, Madrid.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2001), «El principio de intervención mínima y algunos delitos patrimoniales y societarios», en AA.VV., *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona.
- RIFÁ SOLER, J.M., VALLS GOMBAU, J.F. y RICHARD GONZÁLEZ, M. (2003), «El proceso penal práctico», *La Ley*, Madrid.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (1997a), «Cuestión prejudicial devolutiva, conflicto de competencia y derecho al juez predeterminado por la Ley (Actualización de la prejudicialidad en el proceso penal)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 285 (ejemplar en soporte informático).
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (1997b), «¿Atestado, pericia o cuestión prejudicial? Sobre ciertas corruptelas en la tramitación de causas por injustos administrativos criminalizados», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 310 (ejemplar en soporte informático).
- RUIZ MARCO, F. (1995), *La tutela penal del Derecho de crédito*, Dilex, Madrid.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (2002), *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, Asociación Española de Asesores Fiscales-Aranzadi, Pamplona.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. y RAGUÉS I VALLÉS, R. (2001), «La determinación del hecho a efectos de prescripción del delito fiscal», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 507.
- SIMÓN ACOSTA, E. (1998), *El delito de defraudación tributaria*, Aranzadi, Pamplona.
- VAELLO ESQUERDO, E. (1999), «Consideraciones en torno al alzamiento de bienes», *Actualidad Penal*, ref. XXIV (ejemplar en soporte informático).
- VICENTE-ARCHE, F. y HERRERA MOLINA, P. M. (1996), «La declaración-autoliquidación en el ordenamiento tributario», en AA.VV., *Estudios de Derecho Financiero y Tributario. Homenaje al Profesor Fernando Vicente-Arche Domingo*, Universidad Complutense de Madrid.
- VIVES ANTÓN, T.S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (1998), *Los delitos de alzamiento de bienes*, Tirant lo blanch, Valencia.

TRIBUTACIÓN	LA REMUNERACIÓN DEL SOCIO DE SOCIEDADES MERCANTILES: TRATAMIENTO FISCAL DEL REPARTO DE RESERVAS REALIZADO EN EL MARCO DE LA DEVOLUCIÓN DE APORTACIONES AL SOCIO	Núm. 46/2004
--------------------	--	-------------------------

GLORIA MARÍN BENÍTEZ

*Abogado. Departamento de Derecho Tributario. Uría &
Menéndez (Madrid)*

Extracto:

EN el presente trabajo la autora aborda la revisión del tratamiento fiscal de diversas fórmulas de atender al derecho de los socios a participar en las ganancias sociales, prestando especial atención al reparto de reservas realizado en el marco de la devolución de aportaciones al socio, y comparando su tratamiento con el de la distribución de dividendos ya que, por ser ésta la fórmula natural de remuneración a los socios, permitirá entender mejor las cuestiones controvertidas de la devolución de aportaciones en el ámbito tributario, limitándose el análisis a la devolución de aportaciones a socios residentes en España de sociedades españolas y centrándose, por su mayor frecuencia y complejidad, en las instrumentadas mediante una reducción de capital con devolución de aportaciones, haciendo mención, puntualmente, a las instrumentadas mediante la distribución de la prima de emisión.

Sumario:

1. Introducción.
2. Remuneración a socios personas físicas.
 - 2.1. Reparto de reservas vía distribución de dividendos.
 - 2.1.1. Calificación y cuantificación de la renta obtenida. Eliminación de la doble imposición económica.
 - 2.1.2. Irregularidad de la renta obtenida.
 - 2.1.3. Retención.
 - 2.2. Devolución de aportaciones.
 - 2.2.1. Cuantificación y calificación de la renta.
 - 2.2.2. Irregularidad de la renta obtenida.
 - 2.2.3. Retención.
 - 2.3. Primera recapitulación.
3. Remuneración a socios personas jurídicas.
 - 3.1. Reparto de reservas vía distribución de dividendos.
 - 3.1.1. Primer supuesto: distribución de beneficios generados después de la adquisición de la participación y no incluidos en el precio.
 - 3.1.2. Segundo supuesto: distribución de beneficios con cargo a reservas de libre disposición incluidas en el precio.
 - 3.1.3. Tercer supuesto: distribución de beneficios generados después de la adquisición de la participación e incluidos en el precio.
 - 3.2. Devolución de aportaciones.
 - 3.2.1. Tratamiento contable.
 - 3.2.2. Interpretación del artículo 15.4 del TRLIS.
 - 3.2.3. Tratamiento fiscal de la devolución de aportaciones: conclusiones.
 - 3.3. Segunda recapitulación.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El ánimo de lucro es consustancial a las sociedades mercantiles ¹, y se extiende a sus socios, que tienen legalmente reconocido el derecho a participar en las ganancias sociales ².

La fórmula más obvia de atender a los socios en su derecho a participar en las ganancias sociales es el reparto de los beneficios obtenidos por la sociedad vía distribución de dividendos, frente a la posibilidad de autofinanciar la sociedad mediante la acumulación de reservas. A efectos fiscales, la distribución de dividendos supone obtención de renta para el socio aunque, como dicha renta ya ha quedado sujeta a imposición en la sociedad, el legislador prevé ciertos mecanismos para corregir, total o parcialmente, la doble imposición económica y jurídica que, eventualmente, soportaría.

No obstante, el objetivo de remunerar a los socios puede alcanzarse también permitiéndoles acceder a parte de los fondos invertidos en la sociedad cuando estos recursos han quedado liberados por la desinversión y se entiende que no deben quedar ociosos en el patrimonio social ³ (en situaciones de «*exuberancia o exceso de capital*» ⁴), o cuando la situación del mercado o de la empresa aconseja una variación en la estructura financiera de la sociedad.

Así, la reducción de capital con devolución de aportaciones o la distribución de la prima de emisión pueden responder a este objetivo de remuneración. En principio, estas operaciones no generan renta para el socio en la medida que el importe de lo restituido no exceda de lo en su día aportado. Por ello, el legislador español ha diseñado la tributación directa de estas operaciones inspirán-

¹ Que de acuerdo con el artículo 116 del Código de Comercio se caracterizan por la puesta en común de dinero, derechos o bienes para la obtención de lucro.

² Artículo 48.2 a) de la LSA.

³ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio: «La reducción de capital» en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo VII, vol. 3.º; Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 20.

⁴ VICENT CHULIÁ, Francisco: *Introducción al Derecho Mercantil* (12.ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 417.

dose en dos principios básicos: (i) que no puede considerarse renta para el socio la devolución de aportaciones por él realizadas, y (ii) que si existe renta (por exceder lo restituido de lo inicialmente aportado), ésta no debe beneficiarse de deducción por doble imposición puesto que, como regla general, no quedó sometida a tributación en sede de la sociedad.

No obstante, si la sociedad que devuelve aportaciones a sus socios ha acumulado reservas, es frecuente que en estos casos el socio reciba no sólo lo que le corresponda en las aportaciones realizadas a la sociedad (capital y prima de emisión) sino, también, la parte proporcional de los beneficios acumulados por la sociedad. En efecto, desde un punto de vista mercantil, en las reducciones de capital rige, como señala PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO *«el principio general de conversión en dinero o "monetización" del patrimonio social destinado a su devolución a los accionistas»* de forma que, como señala el mismo autor *«si la sociedad que adopta el acuerdo (de reducción de capital para la devolución de aportaciones) ha acumulado reservas o excedentes de cualquier naturaleza en momento anterior a la reducción, no parece lógico que prive de su importe a los titulares de las acciones que se van a amortizar o rebajar de nominal, salvo que la medida afecte por igual a todos los valores en circulación»* ⁵. Así, cuando la medida no afecta por igual a todos los valores en circulación es preciso que exista un acuerdo previo de los accionistas afectados (art. 164.3 de la LSA ⁶, para sociedades anónimas) o de todos los socios (art. 79.2 de la LSRL ⁷, para sociedades limitadas). Este acuerdo debiera ser aceptado si se otorgara a los socios el valor real de las acciones afectadas por la reducción, incluyendo la parte de reservas acumuladas por la sociedad (y, en su caso, las plusvalías tácitas existentes en sus activos). En caso contrario, se estaría produciendo una dejación de los derechos económicos del socio cuyas acciones se ven afectadas por la reducción en favor de la sociedad y, por ende, en favor de los restantes socios ⁸.

Aunque podría pensarse *a priori* que este reparto de reservas realizado en el marco de una devolución de aportaciones a los socios debería equipararse en su tratamiento fiscal a la distribución de dividendos con cargo a reservas, los vaivenes en el tratamiento fiscal de esta materia, así como las encontradas posiciones doctrinales, administrativas y jurisdiccionales sobre la cuantificación y calificación de la renta obtenida en estas operaciones indican que las cuestiones que suscita la tributación actual de estas fórmulas de reducción del patrimonio social encaminadas a la remuneración del socio distan mucho de ser pacíficas.

En el presente trabajo abordaremos la revisión del tratamiento fiscal de estas fórmulas de atender al derecho de los socios a participar en las ganancias sociales, prestando especial atención al reparto de reservas realizado en el marco de la devolución de aportaciones al socio, y comparando su tratamiento con el de la distribución de dividendos ya que, por ser esta la fórmula natural de remuneración a los socios, nos permitirá entender mejor las cuestiones controvertidas de la devolución de aportaciones en el ámbito tributario.

⁵ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio, obra citada, pág. 20.

⁶ Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1454/1989, de 22 de diciembre.

⁷ Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

⁸ Dejación esta que el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de abril de 1994 (*Normacef Fiscal*, NFJ003355) considera constitutiva de donación.

Nuestro análisis de la devolución de aportaciones al socio se limitará a socios residentes en España de sociedades españolas y se centrará, por su mayor frecuencia y complejidad, en las instrumentadas mediante una reducción de capital con devolución de aportaciones, haciendo mención, puntualmente, a las instrumentadas mediante la distribución de la prima de emisión.

2. REMUNERACIÓN A SOCIOS PERSONAS FÍSICAS

2.1. Reparto de reservas vía distribución de dividendos.

2.1.1. Calificación y cuantificación de la renta obtenida. Eliminación de la doble imposición económica.

El dividendo obtenido por socios personas físicas es calificado como rendimiento de capital mobiliario derivado de la participación en los fondos propios de entidades ⁹. A efectos de su integración en la parte general de la base imponible, el dividendo bruto debe multiplicarse por un coeficiente del 1,4 si el beneficio obtenido por la sociedad quedó sujeto a tributación por el Impuesto sobre Sociedades (IS) al tipo general del 35% ¹⁰. Por otro lado, el socio tiene derecho a una deducción en cuota, para corregir la doble imposición económica, igual al 40% ¹¹ del dividendo bruto percibido. Las cantidades no deducidas por insuficiencia de cuota pueden deducirse en los cuatro años siguientes ¹².

Por tanto, asumiendo que la sociedad ha tributado al 35%, la doble imposición económica sobre el dividendo distribuido se elimina completamente cuando el tipo medio en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF) es del 28,57%. Para tipos medios inferiores al 28,57%, el dividendo no queda sujeto a imposición en sede del socio, sino que dará derecho a un crédito fiscal (con un máximo del 19% para un tipo medio igual al marginal mínimo –15%– de las tarifas del IRPF). Por el contrario, para tipos medios superiores al 28,57%, el dividendo queda sujeto a tributación en el IRPF a un tipo efectivo máximo igual al 23% para un tipo medio igual al marginal máximo –45%– de las tarifas del IRPF.

Esto es, dependiendo de cuál sea el tipo medio del IRPF aplicable al socio, la tributación total de la renta obtenida por la sociedad, así como el tipo efectivo al que tributa el dividendo en sede del socio, será la que muestra la tabla siguiente:

⁹ Artículo 23 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, (en adelante, TRLIRPF).

¹⁰ 1,25 ó 1 si la sociedad tributa, respectivamente, al tipo especial del 25% o inferior.

¹¹ 25% o 0% si el dividendo se multiplicó por el coeficiente de 1,25 ó 1,00 a efectos de su integración en base imponible.

¹² Artículo 81.3 del TRLIRPF.

Tipo medio del IRPF aplicable en el socio	15%	24%	28,57%	37%	39,29%	45%
Beneficio	100	100	100	100	100	100
IS (35%)	(35)	(35)	(35)	(35)	(35)	(35)
Dividendo	65	65	65	65	65	65
Base imponible IRPF	91	91	91	91	91	91
Cuota íntegra	(13,65)	(21,84)	(26)	(33,67)	(35,75)	(40,95)
DDI	26	26	26	26	26	26
Cuota líquida	12,35	4,16	0	(7,67)	(9,75)	(14,95)
Tributación total del beneficio (IS + IRPF)	22,65%	30,84%	35%	42,67%	44,75%	49,95%
Tipo efectivo sobre el dividendo (IRPF)	(19%)	(6,4%)	–	11,80%	15%	23%

Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre en el IS (como después tendremos ocasión de comentar), si las reservas que se distribuyen como dividendos han sido generadas antes de la adquisición de la participación, la distribución del dividendo no dará lugar, en sede de socios personas físicas, a un gasto deducible en el IRPF por la depreciación de la participación, manteniendo los socios un mayor valor de adquisición que, en su caso, supondrá una menor ganancia de capital cuando se transmita la participación.

2.1.2. Irregularidad de la renta obtenida.

El artículo 24.2 del TRLIRPF establece que los rendimientos netos de capital mobiliario se reducirán en un 40 por 100 cuando tengan un período de generación superior a dos años. Puesto que las reservas que se distribuyen al socio como dividendo han podido generarse a lo largo de un período superior a dos años, podría plantearse la posibilidad de que el socio persona física aplique la mencionada reducción del 40% sobre el dividendo percibido.

Esta posibilidad ha sido negada por la doctrina administrativa ¹³ fundamentándose en la diferenciación entre el derecho a «participar en el reparto de las ganancias sociales» o, lo que es lo mismo, el «derecho genérico al dividendo» y el derecho concreto de crédito sobre el beneficio social que, siendo independiente y distinto del derecho genérico al dividendo, nace sólo cuando así lo acuerda la Junta General. La Dirección General de Tributos entiende que el período de generación del divi-

¹³ Dirección General de Tributos, Resolución de 14 de julio de 1995 (*Normacef Fiscal*, NFC002491).

dendo se inicia con el acuerdo de la Junta General que acuerda su distribución por lo que sólo si han transcurrido dos años desde la adopción de dicho acuerdo, podría argumentarse que la renta obtenida por el socio tiene derecho a la reducción del 40% ¹⁴.

2.1.3. Retención.

Los dividendos obtenidos por socios personas físicas están sujetos a una retención del 15% de su importe bruto ¹⁵.

2.2. Devolución de aportaciones.

2.2.1. Cuantificación y calificación de la renta.

En el ámbito del IRPF, y desde la Ley 18/1991 ¹⁶, la reducción de capital con devolución de aportaciones minorará, como restitución al socio de aquello con lo que contribuyó al capital, el valor de adquisición de los valores afectados, no obteniéndose renta sino cuando lo restituido excede de lo inicialmente aportado. No obstante, si la cuantificación de la renta obtenida no es objeto de controversia en este caso ¹⁷, sí lo es la calificación de dicha renta que, con la Ley 18/1991 se consideraba rendimiento de capital mobiliario sin derecho a la deducción por doble imposición, con la redacción original de la Ley 40/1998 ¹⁸ pasa a considerarse ganancia patrimonial ¹⁹, para volver, tras la modificación introducida por la Ley 6/2000 ²⁰ en el artículo 31.3.a) de la Ley 40/1998, a la calificación de rendimiento de capital mobiliario sin derecho a la deducción por doble imposición.

¹⁴ No compartimos plenamente el criterio administrativo porque pensamos que fundamenta la aplicación de la reducción del 40% en el período transcurrido desde que la renta es exigible y no en el período de generación, tal y como establece la ley.

¹⁵ Artículo 103.4 del TRLIRPF.

¹⁶ Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, vigente hasta el 1 de enero de 1999.

¹⁷ A diferencia de lo que ha ocurrido con la devolución de la prima de emisión, que con la redacción original de la Ley 40/1998 se incluía entre los rendimientos de capital mobiliario que debían integrarse en la base imponible multiplicando su importe por un porcentaje del 100%, con lo que recibía el mismo tratamiento que el reparto de reservas que no habían tributado en la sociedad. Esta postura fue rápidamente asumida por la doctrina administrativa [Dirección General de Tributos, Resolución V0094/1999 de 20 de octubre (*Normacef Fiscal*, NFC010336)] que entendía en consecuencia que la totalidad del importe de la prima (y no sólo el exceso de lo recibido sobre lo aportado) debía ser objeto de integración en la base imponible del contribuyente. La Ley 6/2000 puso las cosas en su sitio al equiparar el tratamiento de la distribución de la prima de emisión con el de la reducción de capital con devolución de aportaciones señalando, para ambos casos, que el exceso (y sólo el exceso) de la devolución sobre el valor de adquisición de las acciones o participaciones debía tributar como rendimiento de capital mobiliario.

¹⁸ Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias (Ley 40/1998).

¹⁹ Con lo que se introducía el debate sobre la posibilidad de integrar esta renta en la parte especial de la base imponible y aplicarle, por tanto, el tipo reducido del entonces vigente 20%.

²⁰ Ley 6/2000, de 13 de diciembre, mediante la que se establecen determinadas medidas fiscales urgentes de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa.

Así, la redacción actual ²¹ del artículo 31.3 a) de la Ley 40/1998 [actual, art. 31.3 a) del TRLIRPF] establece:

«3. Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos:

(a) *En reducciones de capital. Cuando la reducción de capital, cualquiera que sea su finalidad, dé lugar a la amortización de valores o participaciones se considerarán amortizadas las adquiridas en primer lugar, y su valor de adquisición se distribuirá proporcionalmente entre los restantes valores homogéneos que permanezcan en el patrimonio del contribuyente. Cuando la reducción de capital no afecte por igual a todos los valores o participaciones propiedad del contribuyente, se entenderá referida a las adquiridas en primer lugar.*

Cuando la reducción de capital tenga por finalidad la devolución de aportaciones, el importe de ésta o el valor normal de mercado de los bienes o derechos percibidos minorará el valor de adquisición de los valores afectados, de acuerdo con las reglas del párrafo anterior, hasta su anulación. El exceso que pudiera resultar tributará como rendimiento de capital mobiliario procedente de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad, en la forma prevista para la distribución de la prima de emisión, salvo que dicha reducción de capital proceda de beneficios no distribuidos, en cuyo caso la totalidad de las cantidades percibidas por este concepto tributarán de acuerdo con lo previsto en el número 1.º del artículo 23.1.a) de esta ley. A estos efectos, se considerará que las reducciones de capital, cualquiera que sea su finalidad, afectan en primer lugar a la parte del capital social que no provenga de beneficios no distribuidos, hasta su anulación».

De acuerdo con este precepto, la tributación de las reducciones de capital con devolución de aportaciones es, para el socio persona física, la siguiente:

- (i) El socio debe reducir el valor de adquisición de «los valores afectados» en el importe o valor de mercado de lo restituido. Si la reducción de capital no afecta de forma igual a todos los valores, o se realiza mediante la amortización de valores, se entenderá que «los valores afectados» son, a estos efectos, los adquiridos en primer lugar por el contribuyente.
- (ii) Si se trata de una reducción de capital mediante amortización de valores y el valor de lo restituido es inferior al valor de adquisición de «los valores afectados» (entendiendo por tales los adquiridos en primer lugar), la diferencia debe distribuirse entre los restantes valores en la cartera del contribuyente.

²¹ Tras la modificación introducida por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes (en adelante, Ley 46/2002).

- (iii) Si, por el contrario, el valor de lo restituido es superior al valor de adquisición de los valores afectados, el exceso debe incluirse en la parte general de la base imponible del contribuyente, tributando como rendimiento de capital mobiliario sin derecho, en principio, a la deducción por doble imposición económica.

Por tanto, al igual que la Ley 18/1991, el vigente TRLIRPF establece que, con carácter general, no debe estimarse la existencia de renta por la restitución al contribuyente de las aportaciones en su día realizadas a la sociedad, aunque sí debe tenerse en cuenta para determinar la futura ganancia o pérdida derivada de la transmisión de la participación afectada por la devolución. Sin embargo, el exceso de lo restituido sobre lo inicialmente aportado, sí debe considerarse renta para el socio, calificándose como rendimiento de capital mobiliario sin derecho a la deducción por doble imposición.

Este principio encuentra un encaje perfecto en el caso en que los valores se hubieran adquirido por debajo de la par. En este caso, si la sociedad acuerda la reducción del valor nominal de sus acciones por un importe que resulte superior a dicho valor de adquisición, se genera una renta para el contribuyente que queda sujeta a tributación como rendimiento de capital mobiliario y que, lógicamente, no debe tener derecho a la deducción por doble imposición de dividendos puesto que se trata de una renta que no ha quedado sujeta a tributación en sede de la sociedad ²².

No obstante, la práctica puede plantear supuestos de no tan fácil encaje en la norma. Vamos a detenernos en ellos.

2.2.1.1. Entrega de la parte proporcional del valor patrimonial de la sociedad junto al importe correspondiente al nominal del capital objeto de reducción.

Aunque desde un punto de vista mercantil ha sido aceptado que la reducción de capital con devolución de aportaciones debe considerarse una operación sustantiva y unitaria sin que quepa entender que se trata de una combinación de restitución de aportaciones (hasta el límite de lo efectivamente aportado por el socio) y de distribución de reservas por el resto ²³, la cuestión no deja de ser controvertida desde el punto de vista fiscal.

Así, antes de la Ley 6/2000, parte de la doctrina ²⁴ sostenía que la distribución de reservas realizada en el marco de una reducción de capital con devolución de aportaciones debía ser tratada a efectos fiscales como una única operación; cualquier exceso de lo recibido sobre el valor de adquisición generaba una renta (ganancia de patrimonio según la redacción original del art. 33.1 a) de la

²² El mismo tratamiento debe otorgarse a los supuestos de distribución de la prima de emisión a socios que adquirieron su participación sin prima (a la par).

²³ Así PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio, obra citada, pág. 20.; VICENT CHULIÁ, Francisco, obra citada, pág. 417.

²⁴ CUATRECASAS; ALMUDÍ CID, José Manuel y GALÁN SÁNCHEZ, Rosa M.ª; GARCÍA MILLÁN, Isidoro.

Ley 40/1998) y se planteaba, por tanto, la posibilidad de integrar dicha renta en la parte especial de la base imponible mejorando su tributación respecto de la que habría recibido si se hubiera distribuido como dividendo ²⁵.

Por el contrario, la posición mantenida por la Dirección General de Tributos era la de que en las reducciones de capital con devolución de aportaciones el importe de la devolución no podía exceder *«de la cifra de capital social que es objeto de reducción y, en caso de que excediese, no nos encontraríamos ante una reducción de capital, sino que estaríamos ante una operación simultánea de reparto de reservas por la diferencia entre el importe que es devuelto a los socios y la cifra de capital que es objeto de reducción»* ²⁶. Ésta parece ser también la posición mantenida, en el ámbito del IS, por Eduardo SANZ GADEA cuando afirma que *«el valor de los elementos patrimoniales devueltos debe coincidir con el nominal reducido, ya que de lo contrario no estaríamos ante la devolución de aportaciones en sentido estricto»*; y que el régimen jurídico de la reducción de capital para devolución de aportaciones *«es totalmente ajeno al de la distribución de dividendos, sea con cargo a beneficios o a reservas de libre disposición, de manera tal que, a la luz de tal regulación, bajo ningún concepto la reducción de capital puede determinar resultados, positivos o negativos, en los socios, excepto si adquirieron su participación por un valor inferior al nominal, puesto que en este caso recuperan un capital superior al precio de adquisición de la participación»* ²⁷.

Tras la modificación introducida en el artículo 31.3 a) de la Ley 40/1998 por la Ley 6/2000 es esta última interpretación la que nos parece más acertada. Tras la Ley 6/2000, la renta obtenida por los socios personas físicas en las operaciones de reducción de capital con devolución de aportaciones dejó de calificarse como ganancia de patrimonio para pasar a considerarse rendimiento de capital mobiliario sin derecho a la deducción por doble imposición. Si se mantiene la tesis de que el total importe percibido por el socio en estas operaciones (corresponda a valor nominal o a reservas) cae en el ámbito de aplicación del artículo 31.3 a) del TRLIRPF, las reservas entregadas al socio en el marco de una reducción de capital con devolución de aportaciones soportarían doble imposición ²⁸.

Por otro lado, creemos que el hecho de que las reservas sean distribuidas en el marco de una operación de devolución de aportaciones al socio no es razón suficiente para alejarse del tratamiento fiscal que hubieran recibido si se distribuyeran como dividendos. Por esta razón, entendemos que

²⁵ Esta posibilidad de integrar la renta obtenida en la parte especial de la base imponible, mayoritariamente defendida por la doctrina (CUATRECASAS, FALCÓN TELLA, ALMUDÍ CID, GALÁN SÁNCHEZ) y apoyada en algunos pronunciamientos judiciales [STSJ de Madrid de 24 de mayo de 2000 (*Normacef Fiscal*, NFJ009484)], fue rechazada por la Dirección General de Tributos [Resoluciones 195/2000 de 8 de febrero, 590 y 591/2000 de 13 de marzo y 1553/2001, de 26 de julio (*Normacef Fiscal*, NFCO11464, 11083, 11250 y 12995 respectivamente)] al entender (con discutible criterio) que en el supuesto de una reducción de capital con devolución de aportaciones a los socios no se produce una transmisión por parte del contribuyente, requisito éste exigido por el artículo 39 de la Ley 40/1998 (art. 40 del TRLIRPF) para la integración de las ganancias de patrimonio en la parte especial de la base imponible.

²⁶ Resolución 591/2000, de 13 de marzo (*Normacef Fiscal*, NFCO11250).

²⁷ SANZ GADEA, Eduardo: «Reglas de valoración», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 212; noviembre de 2000; págs. 100 y 102.

²⁸ Si bien es cierto que dicha doble imposición sólo se produciría en el caso en que las reservas entregadas más la parte de valor nominal que es objeto de reducción excedieran del coste de adquisición de las acciones afectadas. Esto es, en los casos en que exista una entrega de reservas proporcional al valor nominal reducido se produciría doble imposición cuando las acciones se hubieran adquirido por debajo del valor teórico de la participación.

en las reducciones de capital con devolución de aportaciones debe hacerse a efectos fiscales la distinción entre la parte de lo entregado al socio que corresponde al valor nominal que se reduce y la parte que corresponde a reservas de la sociedad, debiendo esta última quedar gravada como un rendimiento de capital mobiliario con derecho a la deducción por doble imposición con arreglo a lo dispuesto en el artículo 23 del TRLIRPF. Y ello, porque la naturaleza de la renta obtenida por el reparto de reservas realizado en el marco de una reducción de capital con devolución de aportaciones y la obtenida por el socio por la distribución de dividendos con cargo a reservas es la misma, y refleja el derecho del socio a participar en las ganancias sociales. Por ello, si existe doble imposición cuando un socio, persona física residente en España, recibe dividendos con cargo a reservas acumuladas de sociedades españolas, dicha doble imposición se produce de idéntico modo cuando las reservas son distribuidas a los socios en el marco de una reducción de capital con devolución de aportaciones ²⁹.

Por tanto, el régimen del artículo 31.3 a) del TRLIRPF debe ser aplicado sólo a la devolución del valor nominal que, en la medida en que dé lugar a renta en el socio, no se beneficia de la deducción por doble imposición puesto que dicha renta no ha quedado sujeta a imposición en la sociedad que reduce su capital. Por el contrario, sí debe beneficiarse de la deducción la parte de lo entregado al socio que corresponda a reservas generadas por la sociedad, so pena de incurrir, respecto de dicha parte, en un supuesto de doble imposición, y para ello es necesario que en la interpretación que se haga del artículo 31.3 a) del TRLIRPF, el término «devolución de aportaciones» no incluya el reparto de reservas acumuladas por la sociedad e incluidas en el precio de la participación.

Esta interpretación quedó por lo demás reforzada tras la Ley 46/2002 ya que desde entonces queda aclarado que, cuando la reducción de capital procede de beneficios no distribuidos (*i.e.* se hayan capitalizado reservas) «*la totalidad de las cantidades percibidas por este concepto tributarán de acuerdo con lo previsto en el número 1.º del artículo 23.1 a) de esta ley (i.e. como dividendos)*». Esto es, si al valor nominal que excede del valor de adquisición se le otorga, cuando dicho valor nominal procede de reservas capitalizadas, el mismo tratamiento que a los dividendos, con mayor razón debería otorgarse dicho tratamiento a la entrega de reservas no capitalizadas que pueda realizarse en el marco de una reducción de capital con devolución de aportaciones.

No obstante, esta tesis conduce a que en determinados supuestos se entienda que se ha obtenido una renta a efectos fiscales que, desde el punto de vista económico, no es tal. Así, por ejemplo, si el contribuyente adquirió la participación por encima de la par, el precio de adquisición de los valores adquiridos incorpora no sólo su valor nominal, sino también la parte proporcional de las reservas que tenga la sociedad e incluso las plusvalías tácitas y los valores inmateriales (fondo de comercio) no contabilizados. En estos casos, la reducción de capital con devolución de aportaciones minoraría, en nuestra interpretación del artículo 31.3 a) del TRLIRPF, el valor de adquisición de la participación sólo en la parte que corresponda al valor nominal que es objeto de reducción. Por tanto, la parte del valor de adquisición que corresponda a las reservas distribuidas en el marco de una reducción de capital no sería objeto de reducción (con lo que el contribuyente tendrá un mayor

²⁹ ALMUDÍ CID, José Manuel y GALÁN SÁNCHEZ, Rosa: «El tratamiento fiscal de la reducción de capital con devolución de aportaciones tras la Ley 6/2000, de 13 de diciembre», *Quincena Fiscal (Revista de Actualidad Fiscal)* n.º 19, 1 de noviembre de 2001, Ed. Aranzadi, pág. 43.

coste de adquisición en su cartera que dará lugar a una menor ganancia de patrimonio cuando transmita su participación), debiendo incluirse dichas reservas en la parte general de la base imponible del contribuyente como rendimiento de capital mobiliario del artículo 23.1 del TRLIRPF. Con ello, se anticipa la tributación de la parte de lo restituido que corresponda a reservas al momento en que se produce la reducción de capital con devolución de aportaciones ³⁰, tal y como hubiera sucedido si se hubiera producido un reparto directo de dichas reservas mediante distribución de dividendos.

Por tanto, pensamos que, en el ámbito del IRPF, el tratamiento de las reservas entregadas al socio en el marco de una reducción de capital es el mismo que el establecido para la distribución de dividendos con cargo a reservas, lo que parece razonable puesto que, al fin y al cabo, se trata de una misma renta.

2.2.1.2. Reducción de capital mediante adquisición de acciones propias para su amortización.

Sin perjuicio de nuestras conclusiones, en el apartado 2.2.1.1 anterior existe un supuesto especial donde las reservas distribuidas al socio en el marco de una reducción de capital con devolución de aportaciones no reciben el tratamiento de rendimiento de capital mobiliario con derecho a la deducción por doble imposición sino el potencialmente más beneficioso de ganancia patrimonial.

Se trata de la reducción de capital instrumentada mediante la adquisición de autocartera por la sociedad para su amortización prevista en el artículo 170 de la LSA y en el artículo 40.1 b) de la LSRL en la que el socio recibe de la sociedad las reservas que le corresponden como pago del precio por la venta de sus acciones. En este supuesto ha sido discutido por la doctrina si a efectos fiscales debe prevalecer la operación societaria vista en su conjunto [esto es, la reducción de capital y, con ello, la norma especial del art. 31.3 a) del TRLIRPF, junto con el art. 23.1 a) por el reparto de reservas] o la operación instrumental mediante la cual se articula dicha operación societaria (esto es, la venta de las acciones por los socios a la propia sociedad).

Algunos autores ³¹ han señalado que la calificación como distribución de reservas es la más correcta desde el punto de vista estrictamente financiero ya que la adquisición y subsiguiente amortización de las acciones supone una reducción de los recursos propios de la sociedad que, desde un punto de vista contable, comporta necesariamente el correspondiente cargo a cuentas de reservas.

³⁰ Sólo si la reducción de capital se realiza mediante la amortización de valores de forma que se amortiza toda la participación del contribuyente y a éste no le quedan valores homogéneos entre los que distribuir el valor de adquisición de los valores amortizados, podría entenderse que existe una pérdida patrimonial que podría, al menos parcialmente, compensarse con la renta obtenida por la distribución de reservas de conformidad con las normas establecidas para la compensación e integración de rentas en los artículos 39 y 40 del TRLIRPF. En igual sentido, basándose en la resolución del TEAR de Madrid, de 22 de diciembre de 1998, CUATRECASAS; *Comentarios al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto sobre la Renta de no Residentes, Cap. XIV. Ganancias y pérdidas patrimoniales*, Ed. Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, pág. 782.

³¹ SANZ GADEA, Eduardo: «Incrementos de patrimonio», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 120, marzo 1993, pág. 38. GARCÍA MILLÁN, Isidoro: «Las reducciones de capital en la Ley 40/1998 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas»; *Carta Tributaria: Monografías*, 15 de abril de 1999; pág. 5.

Sin embargo, como estos mismos autores reconocen, no parece ser éste el criterio legalmente establecido. En efecto, podría pensarse que el hecho de que los socios obtengan el valor económico de las reservas en la forma de precio no es suficiente para calificar la operación como distribución de reservas ya que esto también ocurre en cualquier otra operación de venta de acciones y no por ello deja de considerarse la renta obtenida como una ganancia patrimonial. En este sentido, desde el punto de vista de la persona física que enajena sus acciones no se comprende por qué debería recibir tratamiento distinto la venta efectuada a un tercero que la efectuada a la propia sociedad.

A este argumento cabría oponer, no obstante, que en el caso de venta a un tercero las reservas continúan luciendo en el balance de la sociedad mientras que estas operaciones de adquisición de autocartera para su amortización comportan siempre, en la medida en que exista efectiva amortización, el correspondiente cargo a las cuentas de capital y reservas. Así, cuando la reducción de capital se instrumente mediante la adquisición de acciones propias para su amortización *«la diferencia, positiva o negativa, entre el precio de adquisición y el nominal de las acciones deberá cargarse o abonarse, respectivamente, a cuentas de reservas»* ³².

Si el cargo a cuentas de reservas por parte de la sociedad constituye el elemento clave para definir su tratamiento fiscal, ¿cabría efectuar la distinción entre aquellos supuestos de adquisición de autocartera por sociedades anónimas ³³ (en los que la adquisición de acciones propias es independiente de una posible reducción de capital), de aquellos en los que la adquisición de acciones o participaciones sociales propias se realiza en ejecución de un acuerdo de reducción de capital previamente adoptado por la Junta ³⁴?

Creemos que sí. En el caso de adquisición de autocartera por una sociedad anónima, no cabría entender de aplicación el artículo 31.3 a) del TRLIRPF, toda vez que (i) la operación de compra no se enmarca en una reducción de capital, (ii) es posible que dicha reducción no llegue a producirse, y (iii) no es imprescindible que exista el cargo a cuentas de reservas que consideramos clave para determinar la naturaleza de la renta obtenida.

Así, entre los requisitos que para la adquisición de autocartera por una sociedad anónima exige el artículo 75 de la LSA se encuentra el que *«la adquisición permita a la sociedad dotar la reserva prescrita por la norma 3.ª del artículo 79* ³⁵, *sin disminuir el capital ni las reservas legal o estatu-*

³² Norma de Valoración 10.ª del PGC. Este criterio ha sido también mantenido por el ICAC en Resolución n.º 3 del BOI-CAC n.º 40 diciembre de 1999 (*Normacef Fiscal*, NFC010556) donde, para el caso de que la diferencia existente entre el importe de adquisición de las acciones y su valor nominal sea mayor que el total de las reservas susceptibles de aplicación de acuerdo con la legislación mercantil, establece que *«la sociedad deberá proceder a la creación de una partida de reservas con denominación adecuada cuya naturaleza contable determina su inclusión en el pasivo del balance con signo negativo minorando los fondos propios, ya que en el fondo dicho importe se identifica, en general, con resultados a generar en el futuro que hoy se abonan por la sociedad»*.

³³ Bajo el régimen establecido en los artículos 75 y siguientes de la LSA.

³⁴ Bajo el régimen establecido en el artículo 170 de la LSA o en el artículo 40.1 b) de la LSRL.

³⁵ De acuerdo con este precepto, debe dotarse una reserva indisponible equivalente al importe de las acciones propias o de la sociedad dominante computado en el activo que deberá mantenerse en el pasivo de la sociedad en tanto las acciones no sean enajenadas o amortizadas.

tariamente indisponibles». La adquisición de autocartera en contravención de esta exigencia obligaría a la sociedad a desprenderse de las acciones adquiridas en el plazo máximo de un año a contar desde la fecha de la primera adquisición. En ausencia de tal enajenación, la sociedad adquirente deberá proceder de inmediato a la amortización de las acciones propias y a la consiguiente reducción de capital ³⁶.

Por tanto, a la vista del régimen mercantil de la adquisición de autocartera por sociedades anónimas, negar la calificación de ganancia patrimonial a la renta obtenida por el socio en la venta de las acciones a la sociedad sobre la base de una hipotética aplicación del artículo 31.3 a) del TRLIRPF, nos resulta complicado porque, aun cuando pudiera entenderse que el socio recibe las reservas que le corresponden vía precio, (i) el importe de dichas reservas continúa luciendo en el balance de la sociedad por la necesidad de que ésta dote la reserva indisponible a que se refiere el artículo 79.3 de la LSA, (ii) en el caso de que la reserva no fuera dotada, la sociedad estaría obligada a transmitir las acciones (con lo que recuperaría de un nuevo socio el importe de las reservas pagadas al socio anterior) y (iii) sólo en el supuesto en que dicha transmisión no tuviera lugar estaría la sociedad obligada a la amortización de las acciones propias adquiridas y a la consecuente reducción de capital.

Por el contrario, consideramos más discutible la calificación como ganancia patrimonial de la renta obtenida por el socio en los casos de adquisición por la sociedad de acciones o participaciones propias para su amortización en ejecución de un acuerdo de reducción de capital adoptado por la Junta ³⁷, porque la única razón para mantener la calificación de ganancia patrimonial en estos supuestos es el mecanismo elegido para instrumentar la reducción de capital, y no nos parece razonable que el tratamiento de una misma renta en sentido económico (las reservas acumuladas por la sociedad), que se reciben por razón de una misma operación jurídica (la reducción de capital con devolución de aportaciones), difiera por razón de la alternativa elegida para instrumentar dicha operación desde un punto de vista mercantil.

No obstante, para la doctrina administrativa, el hecho de que exista una previa transmisión de acciones por el socio a la sociedad nos lleva a la aplicación de las normas generales para la determinación de las ganancias o pérdidas patrimoniales. Así, considera la Dirección General de Tributos ³⁸ que *«como la operación planteada implica la previa adquisición de las acciones por la sociedad, será esta adquisición (transmisión desde el punto de vista del socio persona física) la que provoque la alteración en la composición de su patrimonio, debiendo acudir para el cálculo de la ganancia o pérdida patrimonial a las reglas de las tres primeras letras del apartado 1 del artículo 35 de la Ley del Impuesto para cuantificar la variación de valor, siendo inoperante, a efectos del Impuesto correspondiente al socio persona física, la ulterior amortización de los valores por la sociedad»*.

³⁶ Artículo 76 de la LSA. En este caso, cualquier interesado puede solicitar la adopción de tales medidas por la autoridad judicial en el supuesto de que fueran omitidas, quedando obligados los administradores de la sociedad a solicitar la adopción judicial de la amortización de las acciones y reducción de capital cuando el acuerdo social fuese contrario a la reducción de capital o no pudiese ser logrado.

³⁷ Al amparo de los artículos 170 de la LSA y 40.1 b) de la LSRL.

³⁸ Resoluciones de 21 de mayo de 1993, de 19 noviembre de 1997 (*Normacef Fiscal*, NFC006993), o las más recientes 185/2000 de 8 de febrero (*Normacef Fiscal*, NFC011011) o 834/2001 de 26 de abril (*Normacef Fiscal*, NFC012715).

Esta prioridad a efectos fiscales de los términos jurídicos en que se estructura la operación (venta de las acciones) sobre su naturaleza jurídica y económica (reducción de capital con entrega al socio de la parte correspondiente a las reservas acumuladas en la sociedad) es un criterio que, aunque nos parece discutible, ha sido también mantenido por el Tribunal Supremo en el ámbito del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, concepto Operaciones Societarias ³⁹ y también parece ser el criterio legal mantenido en el ámbito del IS como tendremos ocasión de analizar en el apartado 3.2.3.3 posterior.

En cualquier caso, admitiendo la calificación como ganancia de capital de la renta obtenida por los socios personas físicas que acuden a una operación de adquisición de acciones (o participaciones sociales) propias por la sociedad para su amortización, resultará más interesante instrumentar el reparto de reservas realizado en el marco de una reducción de capital con devolución de aportaciones por la vía de los artículos 170 de la LSA o 40.1.b) de la LSRL:

- (i) Cuando tratándose de socios con un tipo medio superior al 27,58%, puedan beneficiarse de la aplicación de los coeficientes de abatimiento establecidos en la Disposición transitoria novena del TRLIRPF, ya que en este supuesto la renta obtenida no quedaría sujeta a tributación si se califica como ganancia de capital, mientras que sí lo estaría si se califica como rendimiento de capital mobiliario procedente de la participación de fondos propios de entidades con derecho a la deducción por doble imposición.
- (ii) Cuando no teniendo derecho a la aplicación de los coeficientes de abatimiento, el tipo medio del socio sea superior a 39,29%, ya que en este supuesto es más favorable la aplicación del tipo especial del 15% a las ganancias integradas en la parte especial de la base imponible que la integración de la renta obtenida en la parte general y la aplicación sobre dicha renta de la deducción por doble imposición.

2.2.1.3. Reducción de capital con devolución de aportaciones en especie.

La LIRPF prevé que la devolución de aportaciones se realice en especie al disponer que el socio persona física deberá integrar en su base imponible la diferencia entre «*el valor de mercado de los bienes recibidos*» y el valor de adquisición de los valores afectados, sin que esta renta tenga derecho a la deducción por doble imposición.

Podría pensarse que esta renta no da derecho a la deducción por doble imposición por tratarse de una renta (plusvalías no realizadas en los activos de la sociedad) que no ha quedado sujeta a tributación en sede de la sociedad que reduce su capital, pero lo cierto es que, por aplicación del

³⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1997 recaídas en recursos contencioso-administrativos 532/1995 y 544/1995 (*Normacef Fiscal*, NFJ005653 y NFJ005668) en las que anula los artículos 54.3 y 62 b).2 del Reglamento del ITP y AJD por considerar que en la reducción de capital mediante amortización de acciones propias, «*como quiera que los socios habían recibido el valor de sus acciones en concepto de precio de venta y no de devolución del capital por la reducción efectuada, no podría hablarse de transmisión patrimonial alguna de la sociedad a los socios, ni de base sobre la que practicar la liquidación, ni socios de los que predicar la condición de contribuyentes*».

artículo 15.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, la sociedad que reduce su capital debe integrar en su base imponible del IS la diferencia entre el valor de mercado de los bienes entregados a los socios y su valor neto contable, con lo que, si el valor de adquisición de la participación no incluye el valor de las plusvalías no realizadas, se va a producir doble imposición por dicho importe ⁴⁰. Por ello pensamos que en este supuesto debería exceptuarse el principio de que la reducción de capital (por la parte que corresponde a la restitución del valor nominal que no proceda de reservas capitalizadas) no da derecho a la deducción por doble imposición, permitiendo su aplicación cuando se entreguen bienes que obliguen a realizar un ajuste positivo extracontable en la base imponible de la sociedad que realiza la devolución de aportaciones ⁴¹.

2.2.2. Irregularidad de la renta obtenida.

Una vez señalado cuál debe ser, a nuestro juicio, la calificación de la renta obtenida (corresponda a nominal o a reservas) en reducciones de capital con devolución de aportaciones, es preciso examinar la posible consideración de dicha renta como irregular y, en consecuencia, la posibilidad de aplicar sobre la misma la reducción del 40% establecida en el artículo 24.2.a) del TRLIRPF.

En este sentido, el TSJ de Madrid, en Sentencia de 24 de mayo de 2000 (*Normacef Fiscal*, NFJ009484), en atención al período de generación de las cantidades percibidas como consecuencia de la reducción de capital con devolución dineraria de aportaciones, se decanta por la consideración de toda la renta obtenida como irregular.

No obstante, si el tratamiento fiscal del reparto de reservas realizado al amparo de una reducción de capital con devolución de aportaciones debe ser, como hemos defendido, equivalente al de la distribución directa de los dividendos por la sociedad, la posibilidad de aplicar los coeficientes reductores sobre dicha renta es más controvertida. En este sentido, la doctrina administrativa ha mantenido que no tiene carácter de renta irregular la derivada del reparto de reservas, puesto que el derecho al dividendo sólo nace cuando la Junta General acuerda su distribución [Dirección General de Tributos, Resolución de 14 de julio de 1995 (*Normacef Fiscal*, NFC002491)]. En esta tesis, sólo si la reducción de capital se realizara una vez transcurridos dos años desde el acuerdo de la Junta General de llevarlo a cabo podría entenderse ⁴² que su período de generación es superior a dos años y que, en consecuencia, tienen derecho a la aplicación de la reducción del 40% establecida en el artículo 24.2 a) del TRLIRPF.

⁴⁰ Tributa la sociedad (ex art. 15.3 del TRLIS) y tributa el socio [ex art. 31.3 a) del TRLIRPF]. Si el precio de adquisición de la participación incluía el valor de las plusvalías tácitas de los elementos entregados al socio, la doble imposición se habrá producido en un estadio previo (en el transmitente por la venta de la participación y, en la sociedad ex art. 15.3 de la Ley 43/1995).

⁴¹ Como veremos en el apartado 3.2.3.2 posterior, si el socio perceptor fuera una sociedad residente en España sí tendría derecho a la deducción para evitar la doble imposición por aplicación del artículo 30.4.a) del TRLIS en relación con el artículo 30.3 del mismo texto legal.

⁴² Así, ALMUDÍ CID, José Manuel y GALÁN SÁNCHEZ, Rosa: obra citada, *Quincena Fiscal (Revista de Actualidad Fiscal)* n.º 19, 1 de noviembre de 2001, Ed. Aranzadi, pág. 45.

No obstante, la doctrina administrativa es restrictiva en la aplicación de esta reducción del 40% y así, por ejemplo, la Dirección General de Tributos en Resolución 1553/2001, de 26 de julio (*Normacef Fiscal*, NFCO12995), rechaza tajantemente la aplicación de los porcentajes de reducción a los rendimientos de capital mobiliario que se pongan de manifiesto en operaciones de reducción de capital con devolución de aportaciones, sin precisar si este rechazo se mantiene por la parte que corresponda al reparto de reservas o si también, lo que parece probable, por la parte que corresponda a la devolución del valor nominal.

No compartimos las conclusiones alcanzadas por la Dirección General de Tributos, ni en relación con la renta que corresponda al reparto de reservas, ni mucho menos respecto de la renta que responda a reducción del valor nominal.

En relación a las reservas distribuidas al socio en las operaciones de reducción de capital con devolución de aportaciones, pensamos que la asimilación de su tratamiento fiscal al de la distribución de dividendos debe ser matizada en este punto. Así, pensamos que negar la irregularidad en la distribución de dividendos con cargo a reservas tiene sentido en la distinción entre el derecho al dividendo (como derecho teórico a participar en las ganancias sociales) y el derecho de crédito derivado de la decisión de distribuir dividendos adoptada por la Junta.

Esta distinción no es fácilmente trasladable al reparto de reservas realizado en el marco de una devolución de aportaciones al socio, habida cuenta de que si en estas operaciones se entrega al socio la alícuota que le corresponde en el patrimonio social es porque dicha alícuota supone la materialización de su derecho a participar en las ganancias sociales que se han ido generando a lo largo del tiempo. No resulta dicha entrega, por tanto, de un derecho concreto de crédito que derive de decisión de Junta, como ocurre con el dividendo, sino que cuando la Junta adopta el acuerdo de reducción de capital y dicha reducción se realiza mediante amortización de acciones o si la reducción no es igualitaria, debe entregarse al socio la parte alícuota de reservas que le corresponde. Este «derecho a participar en las ganancias sociales» o derecho genérico al dividendo, sí se genera a lo largo del tiempo (desde que la sociedad obtuvo los beneficios o, si sucedió en un momento posterior, desde la inversión del socio en la sociedad) y, por tanto, debería tener derecho a la reducción del 40% cuando el referido período de generación es superior a dos años.

No obstante, es comprensible que la doctrina administrativa trate de evitar la aplicación de la reducción del 40% en estos supuestos ya que ésta, unida a la deducción por doble imposición, podría ocasionar desimposición. Podemos admitir, por tanto, que existen razones para negar la reducción del 40% a las reservas distribuidas en una reducción de capital con devolución de aportaciones si el tratamiento de éstas se asimila al de los dividendos distribuidos con cargo a reservas. Pero lo que no nos parece razonable es que se niegue la aplicación de los coeficientes reductores a la renta en su caso obtenida por la parte que corresponde a la devolución del valor nominal, ya que en este supuesto la renta obtenida es claramente irregular ⁴³.

⁴³ Quizá lo discutible del criterio del ICAC es que se fundamenta en un concepto de exigibilidad de la renta (nacimiento del derecho a exigirla) para determinar si tiene o no derecho a la reducción, y no a su período de generación. En este sentido, nos parece evidente que la renta obtenida por el socio tanto en la distribución de dividendos con cargo a reservas, como en las reducciones de capital con devolución de aportaciones, se ha generado durante más de un año, si bien es cierto que el derecho a exigir su pago puede haber nacido en un momento posterior.

2.2.3. Retención.

La existencia o no de obligación de retener en las rentas obtenidas por el socio por razón de las operaciones de reducción de capital con devolución de aportaciones ha sido tan cambiante como el tratamiento de la renta misma.

La vigente redacción del artículo 70.3 letra i) del Reglamento prevé la exclusión de la obligación de retener sobre los rendimientos procedentes de la devolución de la reducción de capital con devolución de aportaciones. Esta excepción a la obligación de retener ¿se plantea sobre la totalidad de la renta obtenida por el socio o sólo sobre lo que corresponda a devolución de nominal?

En nuestra interpretación, la LIRPF regula la renta obtenida en la reducción de capital con devolución de aportaciones limitándose a la devolución de aportaciones en sentido estricto (*i.e.*, a la devolución del valor nominal o, en su caso, a la distribución de la prima de emisión). Por consiguiente, la excepción a la obligación de retener prevista en el artículo 70.3 i) del Reglamento debería limitarse a la parte del valor nominal reducido pero no a la parte que constituya reparto de reservas. Tradicionalmente, para defender la ausencia de retención en la devolución de aportaciones al socio, se ha esgrimido que, al desconocer la sociedad que reduce su capital el valor de adquisición de las acciones o participaciones en el socio, desconoce asimismo el importe de la renta que debe quedar sujeto a retención lo que hace imposible la práctica de tal obligación. No obstante, creemos que este argumento no puede predicarse respecto de las reservas distribuidas en la reducción de capital cuando su tratamiento no es, como hemos defendido, el establecido en el artículo 31.3 a) del TRLIRPF, sino el del artículo 23 de dicho texto legal. En este caso, el socio persona física va a obtener un rendimiento de capital mobiliario que es conocido por la sociedad en el importe que corresponde a reservas, con independencia de que obtenga o no una renta adicional por la parte que corresponda a la devolución del nominal (o de la prima de emisión).

La redacción actual del artículo 70.3 i) ⁴⁴ viene a confirmar, en un razonamiento *a fortiori*, esta tesis por cuanto que establece la obligación a retener en el caso de que la renta obtenida en la reducción de capital proceda de reservas capitalizadas.

2.3. Primera recapitulación.

- (i) Entendemos que el ámbito de aplicación del artículo 31.3 a) del TRLIRPF se limita a la devolución del valor nominal (o de la prima de emisión) que no proceda de reservas capitalizadas.

⁴⁴ Tras la redacción otorgada por el artículo vigésimo noveno del Real Decreto 27/2003, de 10 de enero, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero.

- (ii) Por ello, pensamos que el tratamiento fiscal de las reservas (capitalizadas o no) obtenidas por socios personas físicas en el marco de una reducción de capital con devolución de aportaciones debe ser idéntico al que hubieran recibido si se acordara el reparto de dichas reservas como dividendos en cuanto a la calificación de la renta obtenida (rendimiento de capital mobiliario), su derecho a la deducción por doble imposición de dividendos (puesto que se trata de una renta que ha soportado una previa imposición en sede de la sociedad) y su sujeción a retención.
- (iii) Este tratamiento debería ser independiente de la alternativa elegida por la sociedad para instrumentar la reducción de capital con devolución de aportaciones (reducción de valor nominal, amortización de acciones o adquisición de acciones para su amortización). En este sentido y en nuestra opinión, acudir a las normas de las alteraciones patrimoniales cuando existe una compra de la participación por la sociedad previa a su amortización no está plenamente justificado cuando dicha adquisición se enmarca en un acuerdo previo de reducción de capital [esto es, cuando la adquisición de acciones se realiza en virtud del art. 170 de la LSA o del 40.1 b) de la LSRL].
- (iv) El único aspecto donde consideramos que el tratamiento de la distribución de dividendos y el del reparto de reservas en una reducción de capital con devolución de aportaciones podría diferir es en el de la irregularidad de la renta obtenida, donde el argumento que se ha esgrimido para negar la aplicación de los coeficientes reductores al dividendo (que el derecho a su percepción surge en la Junta que acuerda su distribución) no es fácilmente trasladable al reparto de reservas en una reducción de capital con devolución de aportaciones (donde puede mantenerse que el reparto de dichas reservas se produce por el principio de «monetización» del patrimonio social que corresponde al socio) y que, consecuentemente, tiene un carácter irregular.

3. REMUNERACIÓN A SOCIOS PERSONAS JURÍDICAS

3.1. Reparto de reservas vía distribución de dividendos.

El IS es un tributo que parte del resultado contable. La base imponible del IS se calcula *«corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en la presente Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas»* ⁴⁵.

Por tanto, para analizar el tratamiento fiscal de los dividendos percibidos por socios, personas jurídicas, hay que tomar en consideración su tratamiento contable. Para ello, hemos de distinguir distintos supuestos, según el momento en que se hayan generado los beneficios que se distri-

⁴⁵ Artículo 10.3 del TRLIS.

buyen (antes o después de la adquisición de la participación), según se encuentren éstos incluidos o no en el precio de adquisición y según la forma elegida para la distribución del dividendo (con cargo a reservas, al beneficio del propio ejercicio o como dividendo a cuenta).

3.1.1. Primer supuesto: distribución de beneficios generados después de la adquisición de la participación y no incluidos en el precio.

Es el supuesto más sencillo de todos. El dividendo bruto percibido por los socios personas jurídicas debe integrarse en la base imponible del IS, tributando, con carácter general, al tipo del 35% y quedando, en principio, sujeto a retención en la fuente.

Ahora bien, puesto que el beneficio ha quedado sujeto a tributación en sede de la sociedad, cuando los dividendos procedan de una participación igual o superior al 5% en el capital de una sociedad sujeta al IS y dicha participación se haya mantenido de forma ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el dividendo (o en su defecto, se mantenga durante el tiempo necesario para completar dicho plazo), el perceptor tendrá derecho a una deducción del 100% de la cuota íntegra derivada de dichos dividendos ⁴⁶. Siendo de aplicación esta deducción plena, no se practicará retención alguna sobre los dividendos ⁴⁷. En el supuesto de que no se cumplan los requisitos señalados, la deducción será del 50% de la cuota derivada de los dividendos distribuidos ⁴⁸, que quedarán sujetos a retención al 15%. En caso de que la cuota íntegra del IS generada por los socios personas jurídicas no fuera suficiente para aprovechar la deducción por doble imposición de dividendos, las cantidades no deducidas podrán deducirse en los siete años inmediatos y sucesivos ⁴⁹.

3.1.2. Segundo supuesto: distribución de beneficios con cargo a reservas de libre disposición incluidas en el precio.

En este caso, el socio persona jurídica ha adquirido la participación cuando la sociedad ya ha generado reservas, por lo que es probable que el precio pagado incluya la parte correspondiente de las reservas generadas por la sociedad. En esta situación podría argumentarse que la distribución de dichas reservas constituye para el socio una recuperación de su inversión y no la obtención de ingresos financieros. Esta es la posición que adoptan las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC 27 y 28) cuando establecen que los dividendos repartidos por encima de los beneficios obtenidos por la participada se consideran recuperación de la inversión y deben reconocerse como una disminución de su coste.

⁴⁶ Artículo 30.2 del TRLIS.

⁴⁷ Artículo 57 p) del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

⁴⁸ Artículo 30.1 del TRLIS.

⁴⁹ Artículo 30.6 del TRLIS.

Sin embargo, el PGC ⁵⁰ no permite que los dividendos repartidos por encima de los beneficios generados desde la toma de la participación se consideren recuperación de la inversión y disminuyan su precio de adquisición.

Así, de acuerdo con el principio contable del precio de adquisición, el precio de adquisición de una participación en fondos propios «*deberá respetarse siempre, salvo cuando se autorice, por disposición legal, rectificaciones al mismo*» y la Norma de Valoración 8.^a del PGC sólo permite reducir el precio de adquisición de la participación en el caso de venta o segregación de derechos de suscripción preferente. En este sentido, el ICAC ⁵¹ en su consulta número 1 del BOICAC 31 (*Normacef Fiscal*, NFC003103) indica que «*el reparto de dividendos con cargo a reservas será considerado por el inversor, en general, como ingresos del ejercicio y únicamente minorarán el precio de adquisición de la inversión cuando el derecho a su percepción (acuerdo de reparto de la Junta General) se genere con anterioridad al momento de la adquisición*». Parte este criterio de la distinción entre el «derecho al dividendo» del socio (como derecho teórico a participar en las ganancias sociales) y el derecho concreto de crédito sobre los beneficios de la empresa (derecho éste que surge cuando así lo acuerda la Junta General) de forma que aunque uno de los derechos principales que una acción otorga a su titular es el derecho a «participar en el reparto de las ganancias sociales» o, lo que es lo mismo, el «derecho al dividendo», «*este derecho no entraña un derecho concreto de crédito sobre los beneficios de la empresa, de tal manera que el accionista, por el mero hecho de serlo, no es acreedor de los beneficios de la sociedad. Este derecho de crédito es independiente y distinto del derecho al dividendo aunque, lógicamente, su existencia dependa de éste, y nace siempre en un momento posterior, concretamente cuando así lo acuerde la Junta General de Accionistas, (...). Ello implica que cuando se transmite una acción, simultáneamente se transmite el derecho al dividendo, el cual, en un momento posterior, puede generar o no un derecho de crédito sobre los beneficios de la empresa; pero hasta que este último derecho no exista, por así haberlo acordado la Junta General de Accionistas, no se puede transmitir*» ⁵².

Por tanto, con arreglo a la interpretación que de la normativa contable española realiza la Administración, sólo si cuando la participación es adquirida hubiera nacido ya el derecho de crédito sobre los beneficios de la empresa (esto es, cuando el acuerdo de distribución de dividendos, debidamente adoptado por la Junta General, sea anterior a la adquisición), podría el pago del dividendo reducir su coste de adquisición. En cualquier otro caso, el dividendo distribuido se considera en su totalidad renta para el socio y no recuperación de su inversión.

Sin perjuicio de lo anterior, si la distribución del dividendo ocasiona una reducción en los fondos propios de la sociedad y, por tanto, una disminución del valor teórico contable de la acción, el socio persona jurídica podrá dotar una provisión por la depreciación en el valor de su participación que será deducible de la base imponible de su IS siempre que no exceda de la diferencia entre el valor teórico contable de la participación al inicio y al cierre de su ejercicio ⁵³.

⁵⁰ Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

⁵¹ Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

⁵² TEAC, Resolución de 22 de septiembre de 2000.

⁵³ Según el artículo 12.3 del TRLIS. Esto puede suceder en el caso que nos ocupa si la distribución del dividendo se realiza con cargo a reservas de libre disposición existentes en la adquisición de la participación e incluidas en su precio.

En este caso, la deducibilidad fiscal de la provisión, unida a la deducción por doble imposición de dividendos, podría generar desimposición, razón por la que el legislador no permite, en principio, adicionar ambos beneficios. Así, el artículo 30.4 e) del TRLIS excluye como normal general la aplicación de la deducción por doble imposición cuando la distribución del dividendo al socio ocasiona una depreciación fiscal en su participación, señalando que, en este caso, la recuperación del valor de la participación no debe integrarse en la base imponible, aunque contablemente deba revertirse la provisión dotada. Esto es, entre los dos mecanismos para corregir la doble imposición (depreciación fiscal de la participación ocasionada por la distribución del dividendo y deducción por doble imposición sobre dicho dividendo) el legislador fiscal da primacía a la deducibilidad fiscal de la provisión, sin permitir en principio la aplicación conjunta de ambos.

No obstante, el legislador permite excepcionalmente la acumulación de ambas técnicas cuando pueda probarse que en una transmisión previa de la participación la reserva ha quedado sujeta a imposición.

Debe tenerse en cuenta que en este caso de transmisión de reservas explícitas el vendedor, si era persona jurídica, pudo tener derecho a la deducción por doble imposición por la parte del beneficio obtenido que corresponda a reservas generadas por la sociedad durante el período de tenencia de la participación ⁵⁴. Y si era persona física pudo no tributar por aplicación de los llamados coeficientes de abatimiento de la Disposición transitoria novena del TRLIRPF. En estos supuestos, la distribución por la sociedad de dichas reservas al adquirente de la participación dará lugar a la depreciación fiscal de ésta, quedando excluida la aplicación de la deducción por doble imposición.

Por el contrario, cuando la plusvalía obtenida por el vendedor ha quedado sujeta a imposición (bien porque, tratándose de una sociedad, no reuniera los requisitos para disfrutar de la deducción por doble imposición por la parte del beneficio obtenido que corresponda a reservas ⁵⁵, bien porque, tratándose de una persona física, no tuviera antigüedad suficiente para beneficiarse de los referidos coeficientes de abatimiento), el comprador podrá aplicar la deducción por doble imposición además de deducir fiscalmente la provisión por depreciación de su participación, con lo que se corregirá, en sede del socio adquirente, la doble imposición (del transmitente y de la sociedad) generada hasta el momento ⁵⁶.

⁵⁴ De acuerdo con el artículo 30.5 del TRLIS, la deducción será el resultado de aplicar el tipo de gravamen al incremento neto de los beneficios no distribuidos que correspondan a la participación transmitida, generados por la entidad participada durante el período de tenencia de la participación y podrá aplicarse cuando (i) el porcentaje de participación, directo o indirecto, con anterioridad a la transmisión sea igual o superior al 5%, y (ii) dicho porcentaje se haya poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que se transmita la participación.

⁵⁵ A saber, que la participación sea superior al 5% y que se haya mantenido de forma ininterrumpida durante el año anterior a la transmisión.

⁵⁶ En estos supuestos, la deducción por doble imposición se aplicará, según lo dispuesto en el artículo 30.4 e) del TRLIS, en los siguientes términos: (i) Si el transmitente fue persona jurídica, la deducción será del 50% o de 100% de la cuota íntegra correspondiente a los dividendos (según la participación sea o no superior al 5% y se haya o no mantenido ininterrumpidamente durante el año anterior a la distribución del dividendo) o del 18% del importe del dividendo, cuando el transmitente aplicó la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios. (ii) Si el transmitente fue una persona física, la deducción no podrá exceder del importe resultante de aplicar al dividendo el 15% (tipo de gravamen de la parte especial de la base imponible).

3.1.3. Tercer supuesto: distribución de beneficios generados después de la adquisición de la participación e incluidos en el precio.

Si el precio pagado por el inversor persona jurídica excede del valor teórico contable de la participación se habrá producido, con carácter general, una primera imposición en sede del transmitente de la participación. Así, si el transmitente era persona jurídica, no habrá podido aplicar la deducción por doble imposición del artículo 30.5 del TRLIS sobre las plusvalías tácitas existentes en la sociedad ni sobre su fondo de comercio (ya que ésta sólo puede aplicarse sobre la parte del precio que corresponda a las reservas generadas por la sociedad durante el período de tenencia de la participación) y si era persona física, no habrá podido corregir la doble imposición sobre las ganancias obtenidas en la transmisión de las acciones (con independencia de que éstas respondan a reservas explícitas –que ya han tributado– o tácitas de la sociedad) ⁵⁷ puesto que no existe en el IRPF dicho mecanismo corrector.

Además de esta primera imposición en sede del transmitente, cuando la sociedad realice las plusvalías tácitas existentes en sus activos, este beneficio quedará sujeto a tributación por el IS. Esta doble imposición de la plusvalía tácita (la del transmitente y la de la sociedad) debe corregirse en el socio adquirente que recibe el dividendo.

En principio, la distribución del dividendo con cargo al beneficio ocasionará, al igual que en el caso anterior, una depreciación fiscal de la participación (*i.e.*, una reducción del valor teórico-contable de la acción entre el inicio y el final del ejercicio ⁵⁸) y la corrección de la doble imposición tendrá lugar, al igual que en el apartado 3.1.2 anterior, mediante la acumulación de la provisión por depreciación de la participación y la deducción por doble imposición.

Por el contrario, no se produce una depreciación fiscal de la participación si el beneficio obtenido se distribuye antes del cierre del ejercicio como dividendo a cuenta. En este caso, el beneficio obtenido en el ejercicio se ve minorado por la reducción de fondos propios que la distribución del dividendo a cuenta ocasiona, con lo que el valor teórico de la participación no se ve disminuido entre el inicio y el final del ejercicio y, por tanto, la depreciación de la participación producida por la materialización y distribución de las plusvalías tácitas de los activos incluidas en el precio, no tendrá carácter fiscal. En estas circunstancias, el socio podrá aplicar la deducción por doble imposición en los términos que le correspondan (según tenga o no una participación superior al 5% y según dicha participación se haya o no mantenido ininterrumpidamente durante el año anterior a la distribución del dividendo) sin que dicha aplicación se encuentre condicionada a la existencia o no de imposi-

⁵⁷ Sólo en el caso de que las acciones del transmitente persona física hubieran sido adquiridas antes del 31 de diciembre de 1994 podría la ganancia haber quedado exenta de tributación por aplicación de los coeficientes de abatimiento de la Disposición transitoria novena del TRLIRPF.

⁵⁸ Téngase en cuenta que, con arreglo al artículo 213 de la LSA, la distribución del dividendo se acuerda por la Junta General de Accionistas una vez cerrado el Balance de Situación, con lo que el valor teórico de la participación al inicio del ejercicio en que se distribuye el dividendo incluirá el beneficio distribuido.

ción en la transmisión previa de la participación ⁵⁹. Se evita así lo que sería la «tercera» imposición del beneficio obtenido por la sociedad, pero la eliminación de la doble imposición a la que nos hemos referido (la del transmitente más la de la sociedad) sólo tendrá lugar cuando el nuevo socio venda su participación (o cuando amortice sus acciones o liquide la sociedad) ya que en dicho supuesto (no habiéndose reducido a efectos fiscales el valor de adquisición de su participación) tendrá una minusvalía que corrija la doble imposición en su momento generada ⁶⁰.

Veamos lo anterior con un *ejemplo*.

EJEMPLO 1:

Una sociedad A tiene el 100% de una sociedad X que a su vez tiene un capital social de 100.000 euros (10 acciones, con un Valor Nominal cada una de 10.000 euros). La participación de A en X se ha adquirido a la par.

En el ejercicio n, A vende a B su participación en X por 360.000 euros. En dicho momento X no tiene reservas pero sí activos con plusvalías tácitas.

En este primer momento, la renta obtenida por A en la transmisión (€ 260.000) queda sujeta a tributación por el IS, sin que A pueda aplicar la deducción por doble imposición del artículo 28.5 de la Ley 43/1995, por no existir incremento de reservas durante el período de tenencia de la participación. Se habrá producido, por tanto, una primera imposición en sede del transmitente de la participación por importe de € 91.000 (35% de 260.000).

En el ejercicio n+1, X vende sus activos por importe de 500.000 euros. El beneficio obtenido en la venta (precio de venta –€ 500.000–, menos VNC de los activos –€ 100.000–, igual a € 400.000) quedará sujeto a tributación en sede de X, con lo que se habrá producido, por tanto, una segunda imposición en sede de la sociedad por importe de € 140.000.

Al final del ejercicio n+1, el precio de adquisición de la participación por B (€ 360.000) es igual al valor teórico contable de la sociedad participada (Capital –€ 100.000–, más Reservas –€ 260.000–), por lo que no existirá depreciación fiscal de la participación.

.../...

⁵⁹ Dirección General de Tributos, Resolución 1721/1999 de 30 de septiembre (*Normacef Fiscal*, NFC010283), según la cual, la exclusión de la deducción por doble imposición sólo tiene sentido «en los casos en que la correspondiente provisión por depreciación en el valor de la participación se ha integrado en la base imponible y, por tanto, minora el ingreso que implica la percepción de los dividendos, de tal manera que este ingreso no conlleva mayor cuota a ingresar por el impuesto, generadora de doble imposición. Por el contrario, cuando la provisión no se integra en la base imponible, pero sí lo hace el dividendo, se produce mayor cuota por Impuesto sobre Sociedades derivado de una renta que ya tributó por este mismo concepto en la sociedad que distribuye el dividendo. En consecuencia, y en la medida en que se integrarán en la base imponible, como ingreso, los dividendos percibidos, pero, como gasto deducible, no se integrará la provisión dotada, el sujeto pasivo podrá practicar la deducción por doble imposición cuando concurran el resto de condiciones establecidas en el artículo 28 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (art. 30 TRLIS).»

⁶⁰ Nótese que siendo este tratamiento independiente a la existencia o no de una imposición previa en el transmitente de la participación, si éste fue persona física que pudo aprovecharse de la aplicación de los coeficientes de abatimiento, la aplicación de la deducción por doble imposición –por la inexistencia de una depreciación fiscal de la participación– ocasionará, cuando se transmita la participación y se genere la pérdida de patrimonio, desimposición.

.../...

Si X decide distribuir dividendos con cargo al beneficio del ejercicio (n+1), en el ejercicio (n+2), B obtendrá un ingreso financiero por importe de € 260.000. Por otro lado, el valor teórico contable de la participación al final del ejercicio (€ 100.000, puesto que se distribuyen todas las reservas) va a ser inferior a su precio de adquisición (€ 360.000), con lo que B deberá contabilizar una provisión por depreciación de la participación por importe de € 260.000 que será fiscalmente deducible. Puesto que en una transmisión previa de la participación, el beneficio que se distribuye quedó sujeto a imposición, B podrá acumular la deducción por doble imposición sobre el dividendo obtenido con la provisión por depreciación de la participación, con lo que se corrige así la doble imposición que se había generado hasta el momento.

Si en lugar de distribuir el dividendo con cargo al beneficio del ejercicio, X distribuye el beneficio obtenido en el ejercicio (n+1) como dividendo a cuenta, B obtendrá en el ejercicio n+1 un ingreso financiero por importe de € 260.000. Por otro lado, el valor teórico contable de la participación al inicio del ejercicio (€ 100.000) será igual al valor teórico contable de la participación al final del ejercicio ya que el beneficio después de impuestos obtenido en el curso del mismo (€ 260.000, que aumenta el valor teórico contable de la participación) se verá compensado con la disminución de fondos propios que la distribución de dicho beneficio como dividendo a cuenta ocasiona. Por lo tanto, no existirá depreciación fiscal de la participación, con lo que B podrá aplicar la deducción por doble imposición sobre el dividendo con independencia de la existencia o no de imposición en la transmisión previa de la participación. En este supuesto, la doble imposición generada hasta el momento (la del transmitente más la de la sociedad) sólo se corregirá cuando B venda la participación a su valor de mercado (€ 100.000), momento en que obtendrá una pérdida por importe de € 260.000.

3.2. Devolución de aportaciones.

El artículo 15.4 del TRLIS regula de forma aparentemente clara y sencilla los efectos de una reducción de capital con devolución de aportaciones para socios personas jurídicas: *«se integrará en la base imponible de los socios el exceso del valor normal de mercado de los elementos recibidos sobre el valor contable de la participación»*. No obstante, esta regulación no ha dejado de estar exenta de polémica en torno a diversas cuestiones, a saber: (i) si el artículo 15.4 del TRLIS se limita a proporcionar una norma de valoración de la devolución de aportaciones en especie o si, por el contrario, constituye una norma fiscal también de aplicación al supuesto de devolución monetaria de aportaciones; (ii) si «devolución de aportaciones» debe entenderse en sentido amplio (incluyendo todo lo recibido por el socio) o en sentido estricto (limitando el concepto de «aportaciones» a la parte de valor nominal o prima de emisión recibida por el socio); y, (iii) si por «valor contable de la participación» debe entenderse el valor contable de la total participación o el de la parte que jurídicamente se ve afectada por la reducción de capital.

Para dar respuesta a estos interrogantes debemos, nuevamente, partir del resultado contable, ya que sólo después de analizar cuál es el tratamiento contable de las reducciones de capital con devolución de aportaciones al socio estaremos en disposición de dilucidar si la norma fiscal introduce o no alguna especialidad.

3.2.1. Tratamiento contable.

Si bien el PGC no contiene ninguna norma sobre estas operaciones, el ICAC sí ha abordado en su consulta n.º 2 del BOICAC n.º 40 de diciembre de 1999 (*Normacef Fiscal*, NFC010555) la contabilización para el socio de la sociedad que reduce capital ⁶¹.

En este sentido, señala la resolución citada que:

«Cuando se produzca una reducción de capital con devolución de aportaciones, independientemente de si se reduce el valor nominal de las acciones o si se amortiza parte de ellas, este Instituto entiende que se produce una desinversión al recuperarse parcial o totalmente el coste de la inversión efectuada y, por lo tanto, se deberá disminuir el precio de adquisición de los respectivos valores. Para identificar en el inversor el coste de las acciones correspondientes a la reducción de capital, se deberá aplicar a la inversión la misma proporción que represente la reducción de fondos propios respecto al valor teórico contable de las acciones antes de la reducción, corregido en el importe de las plusvalías existentes en el momento de adquisición y que subsistan en dicho momento; en su caso, se reducirá proporcionalmente el importe de las correcciones valorativas contabilizadas. Si la devolución es monetaria, el resultado será la diferencia entre el importe percibido o a percibir y el valor contable de las participaciones. En el caso de que la devolución se materializase en algún elemento patrimonial o grupo de elementos patrimoniales distintos de la tesorería, cualquiera que fuese su naturaleza, sería aplicable con carácter general, el tratamiento contable de las permutas recogido en la Resolución de este Instituto, de 30 de julio de 1991 ⁶², por la que se dictan normas de valoración del inmovilizado material.»

⁶¹ Aplicable a sociedades y empresarios personas físicas obligados a llevar contabilidad. No obstante, en este último caso, el criterio del ICAC no tendrá trascendencia fiscal puesto que, conforme al artículo 27.1 c) del TRLIRPF los activos representativos de la participación en fondos propios de entidades no tienen la consideración de bienes afectos, por lo que la fiscalidad de la reducción de capital quedará al margen de la de su actividad empresarial. En igual sentido, PRADA LARREA, José Luis: «Consecuencias fiscales del tratamiento contable de las reducciones de capital para devolución de aportaciones», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 220.1, julio 2001, pág. 207.

⁶² Según la cual en el caso de adquisiciones de bienes por permuta «el inmovilizado recibido se valorará de acuerdo con el valor neto contable del bien cedido a cambio, con el límite del valor de mercado del inmovilizado recibido si éste fuera menor». De acuerdo con lo anterior, el socio deberá contabilizar el bien recibido por el valor contable que tuvieran las acciones que son objeto de amortización (si la reducción de capital se realiza mediante la amortización de acciones), o por el importe del valor nominal reducido (si la reducción de capital se realiza mediante la disminución del valor nominal de todas las acciones), sin que se produzca resultado contable en la operación.

Entiende el ICAC que la reducción de capital con devolución de aportaciones produce una recuperación de la inversión en su día efectuada y, consecuentemente, una disminución del coste de adquisición de los respectivos valores (que, como hemos tenido ocasión de señalar ⁶³, puede incluir varios conceptos: valor nominal, parte proporcional de las reservas, plusvalías tácitas y fondo de comercio). La parte del coste de adquisición que se considera recuperada con la reducción de capital no tiene por qué coincidir, en la interpretación del ICAC, con la parte del valor nominal que se reduce, debiendo determinarse *«aplicando la misma proporción que represente la reducción de fondos propios respecto del valor teórico contable de las acciones antes de la reducción»*.

Esta interpretación del ICAC sólo tiene sentido si se considera que las aportaciones restituidas en la reducción de capital incluyen no sólo el valor nominal que responde al capital reducido sino también la parte proporcional de reservas a que el socio tiene derecho. Esto es, el ICAC distribuye todo lo recibido por el socio entre capital y reservas, de manera tal que cuando la participación se ha adquirido por debajo del valor teórico (anterior a la reducción), parte de lo obtenido por el socio es renta y parte recuperación de la inversión; cuando la adquisición se realiza al valor teórico anterior a la reducción, todo lo recibido por el socio constituye recuperación del precio de adquisición; y, cuando la adquisición se realiza por encima del valor teórico anterior a la reducción, se reduce el coste de adquisición de la participación en más de lo obtenido por el socio con lo que existirá, además, una pérdida o gasto financiero en el socio ⁶⁴.

No nos parece acertado este criterio y sobre el mismo nos gustaría puntualizar, en primer lugar, que no es coherente con el tratamiento que, con arreglo a la normativa contable española, corresponde a la distribución de reservas generadas antes de la adquisición de la participación, ni con la posición que el propio ICAC ha mantenido para la distribución de dividendos con cargo a reservas, con lo que circunstancias económicas que pueden responder a un mismo supuesto de hecho recibirán tratamientos contables distintos. En la resolución que analiza el tratamiento contable a otorgar por una sociedad que percibe de una sociedad filial unos dividendos repartidos con cargo a reservas ⁶⁵, el ICAC mantiene que *«el reparto de dividendos con cargo a reservas será considerado por el inversor, en general, como ingresos del ejercicio, y únicamente minorarán el precio de adquisición de la inversión cuando el derecho a su percepción (acuerdo de reparto de la Junta General) se genere con anterioridad al momento de adquisición»*. Justo la tesis contraria que defiende cuando el reparto de las reservas se produce en el marco de una reducción de capital con devolución de aportaciones, donde se aparta del criterio establecido en la Norma de Valoración 8.^a del PGC, acercándose más a los criterios establecidos en las Normas Internacionales de Contabilidad para la contabilización de los ingresos financieros por dividendos.

En segundo lugar, pensamos que este criterio puede ser válido en términos económicos cuando la reducción de capital (con independencia de que se realice mediante amortización de acciones o mediante disminución del valor nominal) conlleva el reparto de las reservas que proporcionalmente

⁶³ Apartado 2.2.1.1 anterior.

⁶⁴ En igual sentido, SANZ GADEA, Eduardo, obra citada (1), pág. 102, interpretando la Resolución del ICAC comentada.

⁶⁵ Consulta n.º 1 publicada en el BOICAC n.º 31 de octubre de 1997 (*Normacef Fiscal*, NFC003103).

corresponden al valor nominal reducido, si bien no es del todo respetuoso con el principio contable del precio de adquisición puesto que, cuando la participación se adquirió por encima del valor teórico anterior a la reducción, produce un efecto similar a la deducción de parte del fondo de comercio financiero.

Veamos lo anterior con un *ejemplo*:

EJEMPLO 2:

La sociedad A tiene un capital social de 1.000.000 euros (20 acciones, con un Valor Nominal cada una de € 50.000), y unas reservas de € 4.000.000.

Una sociedad B adquiere toda las acciones de A por un precio de € 6.000.000 (i.e., pagando un fondo de comercio financiero por importe de € 1.000.000).

Tras la compra por B de todas las acciones de A, ésta reduce su capital a la mitad, entregando al socio único la parte proporcional de reservas. Se produce, por tanto, una reducción de los fondos propios de A en un porcentaje igual al 50%.

Pues bien, la interpretación del ICAC conduciría a que B pudiera considerar recuperada la mitad del coste de adquisición de la participación en A (esto es, € 3.000.000), con lo que el asiento a practicar por el socio sería el siguiente:

2.500.000	Tesorería		
500.000	Pérdida		
		a Acciones	3.000.000
		_____ x _____	

B, por tanto, ha obtenido una pérdida igual al 50% del fondo de comercio financiero pagado en la adquisición de las acciones, lo que no parece muy razonable si el porcentaje de participación de B en A y la capacidad de generar beneficios futuros por parte de A no se ve alterada por la reducción de capital.

Por último, en los supuestos en los que no se hace entrega de reservas a los socios o ésta es inferior a la que proporcionalmente corresponde al capital reducido ⁶⁶, la aplicación literal del criterio del ICAC conduce al resultado de considerar que el socio obtiene una renta por el retorno de su inversión en la parte que corresponda a la devolución del nominal de sus acciones ⁶⁷, resultado que, a nuestro juicio, no resulta del todo conforme al principio contable de prudencia (puesto que se está contabilizando un ingreso que no tiene tal naturaleza).

⁶⁶ Lo que puede suceder cuando la reducción de capital es igualitaria como, por ejemplo, si se realiza mediante el estampillado de los títulos, y también en los supuestos de devolución de la prima de emisión.

⁶⁷ PRADA LARREA, José Luis: obra citada.

EJEMPLO 3:

Una sociedad X tiene un capital social de 1.000.000 euros (10 acciones, con un Valor Nominal cada una de 100.000 euros), y unas reservas de 4.000.000 euros.

La cartera del socio único de X está compuesta por:

- 5 acciones suscritas en la constitución por 100.000 euros cada una, y
- 5 acciones adquiridas a otro socio por 200.000 euros cada una.

La sociedad X va a proceder a una reducción del 50% de su capital para la devolución de aportaciones a su único socio, sin entrega proporcional de reservas.

La reducción de fondos propios de X será igual a la de su capital (€ 500.000).

En esta alternativa, el coste de la participación afectada por la reducción según el criterio del ICAC será igual a:

$$\begin{aligned} & (\text{Reducción recursos propios} / \text{Valor teórico acciones}) \times \text{Valor inversión} = \\ & = (\text{€ } 500.000 / \text{€ } 5.000.000) \times \text{€ } 1.500.000 = \\ & = 10\% \text{€ } 1.500.000 = \text{€ } 150.000 \end{aligned}$$

El asiento a registrar por el socio sería entonces el siguiente:

500.000	Tesorería		
		a Acciones	150.000
		a Ingreso	350.000
		_____ x _____	

La aplicación literal de la resolución del ICAC a los supuestos en los que en el marco de la reducción de capital no existe reparto de reservas lleva al resultado absurdo de que se entienda obtenido por el socio un ingreso que en realidad no es sino el retorno de la inversión en su día realizada. Por ello, pensamos que la resolución del ICAC se circunscribe al supuesto en que existe una entrega proporcional de reservas al socio y que, por tanto, no debe ser objeto de aplicación literal a los casos en los que exista sólo una entrega de nominal (o de prima de emisión) o en los que el reparto de reservas sea inferior al que proporcionalmente corresponde a las aportaciones (valor nominal o prima de emisión) devueltas ⁶⁸.

3.2.2. Interpretación del artículo 15.4 del TRLIS.

Considerando que el TRLIS se configura como una norma de excepciones en su relación con la disciplina contable, hemos de analizar si el artículo 15.4 de dicha norma permite exceptuar la aplicación del criterio contable para las reducciones de capital con devolución de aportaciones.

⁶⁸ Reconocemos, no obstante, que nuestra interpretación de la resolución del ICAC es voluntarista puesto que el ICAC no distingue el tratamiento contable según se realice o no reparto de reservas en la devolución de aportaciones.

3.2.2.1. Primera interpretación del artículo 15.4. del TRLIS: el criterio contable del ICAC tiene trascendencia fiscal.

Una posible interpretación del artículo 15.4 del TRLIS es la de que constituye una norma de valoración de lo recibido aplicable en los casos de devolución de aportaciones en especie de forma que, cuando se trata de devolución monetaria de aportaciones, el ingreso fiscal debe coincidir en todo caso con el ingreso contable que resulte de la aplicación del criterio del ICAC ⁶⁹.

En esta interpretación, existiría una recuperación del coste de adquisición de la participación en el importe que resulte de aplicar a dicho coste de adquisición *«la misma proporción que represente la reducción de fondos propios respecto del valor teórico contable de las acciones antes de la reducción»* ⁷⁰. La diferencia (positiva o negativa) entre lo percibido por el socio y dicha recuperación será considerada por el socio como renta o gasto fiscal a integrar en la base imponible.

Creemos que esta interpretación no es correcta y que su aplicación al ámbito fiscal introduce graves distorsiones en la mecánica establecida en el IS para la eliminación de la doble imposición. Para mostrar dichas distorsiones, vamos a analizar las consecuencias fiscales que resultarían de la aplicación literal de la resolución del ICAC en distintos supuestos, según cuál sea el coste de adquisición de la participación.

1. Primer supuesto: la participación fue adquirida por debajo del valor teórico contable anterior a la reducción de capital.

Si la participación se adquirió por debajo del valor teórico contable anterior a la reducción, el exceso de lo percibido por el socio sobre la recuperación del coste de adquisición (en la interpretación del ICAC) sería contabilizado como ingreso financiero y se integraría en la base imponible del IS. En este caso, si existe reparto de las reservas que proporcionalmente corresponden al valor nominal reducido (o un importe superior), el socio podrá aplicar la deducción por doble imposición de la cuota que corresponda al ingreso financiero integrado en la base imponible con independencia de que haya existido o no tributación en una transmisión previa de la participación. Esto es, no nos encontramos en el ámbito de aplicación del artículo 30.4 e) del TRLIS puesto que, aun cuando la participación se hubiera adquirido por encima de la par, no se habrá producido depreciación fiscal de la participación [tal y como exige el art. 30.4 e) del TRLIS] entendida esta como provisión por depreciación fiscalmente deducible.

Como consecuencia, al reducirse directamente el precio de adquisición de la participación en parte de las reservas distribuidas al socio y al poder aplicar la deducción por doble imposición sobre las reservas que son contabilizadas como ingreso financiero, se evita la tributación de dichas reser-

⁶⁹ PRADA LARREA, José Luis, obra citada, pág. 209. También, en el mismo sentido, CUATRECASAS, *Impuesto sobre Sociedades*, Cap. 9: *Reglas de Valoración: regla general y reglas especiales*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 643.

⁷⁰ Lo que equivale, si el reparto de reservas es proporcional a la reducción de valor nominal, al coste medio ponderado de las acciones o participaciones sociales que, jurídicamente, se ven afectadas por la reducción.

vas en el socio ⁷¹, pero no se corrige en sede del socio (vía acumulación de la provisión por depreciación de la participación y deducción por doble imposición) la doble imposición que se hubiera podido producir hasta dicho momento (en sede del transmitente y de la sociedad).

Veamos lo anterior con un *ejemplo*.

EJEMPLO 4:

Una sociedad A tiene el 100% de una sociedad X que a su vez tiene un capital social de € 1.000.000 (10 acciones, con un Valor Nominal cada una de € 100.000). La participación de A en X se ha adquirido a la par y X no tiene reservas pero sí activos con plusvalías tácitas.

A vende a B su participación en X por € 2.000.000.

En este primer momento, la renta obtenida por A en la transmisión (€ 1.000.000) va a quedar sujeta a tributación por el IS, sin que A pueda aplicar la deducción por doble imposición del artículo 30.5 del TRLIS, por no existir incremento de reservas durante el período de tenencia de la participación. Se habrá producido, por tanto, una primera imposición en sede del transmitente de la participación por importe de € 350.000 (35% de 1.000.000).

En un momento posterior X ha generado reservas por importe de € 4.000.000.

Estas reservas (beneficio después de impuestos no distribuido) habrán quedado sujetas a tributación en sede de X. Se ha producido, por tanto, una segunda imposición en sede de la sociedad por importe de € 2.153.846 ⁷².

La sociedad X va a proceder a una reducción del 50% de su capital para la devolución de aportaciones a su único socio con entrega de las reservas que proporcionalmente corresponden al capital reducido (esto es, el 50%).

Con arreglo a la interpretación del ICAC, se produce una recuperación del precio de adquisición de la participación por importe de € 1.000.000 (50% del precio de adquisición de la participación –€ 2.000.000–). El resto de lo percibido (€ 2.500.000 menos € 1.000.000, igual a € 1.500.000) se considera a efectos contables ingreso financiero y se integra en la base imponible con derecho a la deducción por doble imposición, con lo que el socio no soporta una imposición adicional sobre esta renta, pero tampoco corrige la doble imposición que se había producido hasta el momento.

Más perjudicial aun para el socio es el supuesto en que, habiendo adquirido la participación por debajo del valor teórico anterior a la reducción, no se produce reparto de las reservas que proporcionalmente corresponden al valor nominal reducido dado que, en dicho supuesto,

⁷¹ Si tiene derecho a la deducción por doble imposición plena.

⁷² El beneficio antes de impuestos que corresponde a dichas reservas será igual a € 6.153.846, que al tipo general de gravamen del 35% del IS da lugar a una cuota de € 2.153.846.

sobre el ingreso financiero que, con arreglo a la aplicación literal del criterio contable del ICAC, el socio debe integrar en su base imponible, no va a poder aplicar la deducción por doble imposición por no corresponder a reservas que hayan sido objeto de tributación en el IS ⁷³, con lo que, no sólo se consolidan los supuestos de doble imposición, sino que el socio puede además soportar una imposición adicional.

EJEMPLO 5:**En el ejemplo anterior:**

Tras la venta de la participación por A a B y la generación de reservas por X se habrá producido, como en el caso anterior, una primera imposición en sede del transmitente (A) de la participación por importe de € 350.000 (35% de 1.000.000) y una segunda imposición en sede de la sociedad (X) por importe de € 2.153.846.

Si X reduce el 50% de su capital para la devolución de aportaciones a su único socio mediante disminución a la mitad del valor nominal de sus acciones y sin que exista entrega de reservas, con arreglo a la interpretación del ICAC, se habrá producido una recuperación del precio de adquisición de la participación por importe de € 200 (10% del precio de adquisición de la participación, esto es € 2.000.000). El resto de lo percibido (€ 300) se considera a efectos contables ingreso financiero y se integra en la base imponible sin derecho a la deducción por doble imposición (puesto que no corresponde a reservas), con lo que el socio va a soportar una imposición adicional sobre esta renta.

2. Segundo supuesto: la participación fue adquirida por el valor teórico contable anterior a la reducción.

Si la participación se adquirió al valor teórico contable anterior a la reducción, la interpretación del ICAC conduce a que la recuperación del precio de adquisición de la participación sea igual a todo lo percibido por el socio, con lo que no existirá ningún resultado (positivo o negativo) que integrar en la base imponible del IS del socio. En este supuesto, la interpretación del ICAC evita (al igual que en el caso anterior) la existencia de imposición adicional en sede del socio sobre el importe obtenido, pero impide la corrección ⁷⁴ de los supuestos en que habiendo sido adquirida la participación por encima de la par, haya existido una doble imposición previa (en el transmitente más en la sociedad).

⁷³ Como ha puesto de manifiesto PRADA LARREA, José Luis: obra citada, pág. 210.

⁷⁴ Mediante la acumulación de la deducción por doble imposición sobre la renta obtenida y la de la depreciación fiscal de la participación.

3. Tercer supuesto: la participación fue adquirida por encima del valor teórico contable anterior a la reducción.

Si la participación se adquirió por encima del valor teórico anterior a la reducción, la interpretación del ICAC conduce a que se entienda que el socio recupera una parte del precio de adquisición de la participación que es superior al importe total recibido de la sociedad, con el resultado de que el socio debe contabilizar un resultado negativo en su cuenta de Pérdidas y Ganancias. Además, en los casos en que exista reparto de reservas y dependiendo del precio de adquisición de la participación, el socio puede tener que contabilizar una provisión por depreciación de su participación que será fiscalmente deducible por la parte que no exceda de las reservas que son objeto de distribución.

Lo anterior conduce a un resultado similar al que se habría obtenido si se permitiera al socio la deducción del fondo de comercio financiero que proporcionalmente corresponda al valor nominal reducido, lo que no nos parece del todo acorde con el principio contable del precio de adquisición habida cuenta que la capacidad de generar ingresos en el futuro por la sociedad y el porcentaje de participación del socio en la sociedad pueden no haberse visto alterados.

A la luz de todo lo anterior, entendemos que debe evitarse la aplicación literal del criterio contable del ICAC en el ámbito fiscal ya que su extensión al IS conduce a resultados absurdos en términos de prudencia contable y de justicia y técnica tributaria y distorsiones en la mecánica establecida en el IS para la corrección de la doble imposición.

3.2.2.2. Interpretación alternativa del artículo 15.4 del TRLIS: el ingreso fiscal no coincide con el ingreso contable.

Pensamos, por tanto, que el artículo 15.4 del TRLIS establece un criterio fiscal propio ⁷⁵ que conduce al resultado de que la parte correspondiente a reservas se integra en la base imponible en su totalidad reduciéndose directamente el precio de adquisición de la participación sólo en la parte que corresponde a la devolución del valor nominal.

En esta interpretación, cuando el artículo 15.4 del TRLIS se refiere a la reducción de capital con devolución de aportaciones, se entiende que regula el tratamiento de la renta (monetaria o en especie) que, recibida por el socio, corresponde a la reducción del valor nominal del capital social ⁷⁶ (esto es, a lo que mercantilmente puede considerarse por la sociedad como «aportaciones» de los socios), quedando fuera de su ámbito de aplicación el tratamiento de las reservas que, al socaire de dicha operación mercantil, puedan ser entregadas al socio.

Esta interpretación resulta más coherente con el criterio seguido en el ámbito del IS, ya que cuando el legislador fiscal se refiere al término «aportaciones» parece hacerlo en sentido estricto (valor nominal y prima de emisión) y no como equivalente al precio de adquisición de la participa-

⁷⁵ En el mismo sentido, SANZ GADEA, Eduardo, obra citada (1), pág. 102 y ss.

⁷⁶ O de la distribución de la prima de emisión.

ción. Así, por ejemplo, el artículo 30.4 del TRLIS se refiere a la reducción de capital con devolución de aportaciones como operación distinta e independiente de la distribución de dividendos o participaciones en beneficios, aunque admite la posibilidad de que ambas operaciones puedan realizarse conjuntamente. También los artículos 12.3, 23 y 90.3 del TRLIS parecen referirse al concepto mercantil (esto es, a lo que desde el punto de vista de la sociedad puede considerarse como «aportaciones» de los socios) y no al concepto económico del término «aportación» (como sinónimo de inversión financiera del socio en la sociedad) ⁷⁷.

Por otro lado, esta interpretación estricta del término «aportaciones» también resulta coherente con el tratamiento que, con arreglo a la normativa contable española, deben recibir los dividendos distribuidos con cargo a reservas ⁷⁸, así como con la calificación que, en el ámbito del IRPF, debe recibir la renta obtenida por los socios en operaciones de reducción de capital con devolución de aportaciones, según lo ha venido interpretando la doctrina administrativa [Dirección General de Tributos, Resolución 590/2000 de 13 de marzo (*Normacef Fiscal*, NFC011083)] y según queda de manifiesto en la redacción vigente del artículo 31.3 a) del TRLIRPF.

No obstante, aun admitiendo que la interpretación estricta del término «devolución de aportaciones» es la que debe prevalecer en el IS ⁷⁹, no quedan con ello solventadas todas las cuestiones que suscita el tratamiento fiscal de la renta obtenida en estas operaciones por los socios personas jurídicas, ya que debe dilucidarse igualmente qué es lo que debe entenderse por el «*valor contable de la participación*».

En este sentido, pensamos que el «*valor contable de la participación*» es el valor por el que la total participación aparece registrada en el Activo del Balance de Situación de la sociedad ya que cuando el legislador fiscal quiere que el valor que se vea reducido sea el de las acciones o participaciones sociales jurídicamente afectadas por la operación mercantil lo dice expresamente [así, por ejemplo en el art. 31.3 a) del TRLIRPF o en el art. 15.Dos de la Ley 61/1978 que regulaba la reducción de capital con devolución de aportaciones para socios personas jurídicas antes de la entrada en vigor de la Ley 43/1995].

No obstante, hemos de poner de manifiesto que una vez sentado que lo que minora el «*valor contable de la participación*» en las reducciones de capital con devolución de aportaciones es el valor nominal que es reducido, entender que el valor contable de la participación es el de la total participación o el de la parte jurídicamente afectada por la reducción de capital conduce al mismo resultado (*i.e.*, renta por el reparto de reservas y recuperación del precio de adquisición sin existencia de renta por la devolución de valor nominal) cuando la participación se ha adquirido por encima de la par. Y ello porque las reservas repartidas al socio en el marco de una reducción de capital con devolución de aportaciones no minoran, en nuestra interpretación del artículo 15.4 del TRLIS, el precio de adquisición de la participación, sino que deben considerarse ingreso financie-

⁷⁷ PRADA LARREA, José Luis: obra citada, pág. 208.

⁷⁸ Y que hemos analizado en los apartados 3.1.2 y 3.1.3 anteriores.

⁷⁹ Con lo que el tratamiento de las reservas distribuidas en el marco de una reducción de capital con devolución de aportaciones sería el mismo que el analizado en los apartados 3.1.2 y 3.1.3 anteriores.

ro para el socio en todo caso (esto es, con independencia de que estuvieran o no incluidas en el precio pagado por éste en la adquisición de la participación y sin perjuicio, por tanto, de que el socio deba luego dotar una provisión por depreciación de su participación por la disminución del valor contable que la distribución de reservas ocasiona). Tienen, por tanto, el mismo tratamiento que la distribución del dividendo con cargo a reservas que ya hemos analizado en los apartados 3.1.2 y 3.1.3 anteriores.

Sí supone, por el contrario, una recuperación del coste de adquisición, el primer componente de lo recibido (el valor nominal). Por tanto, si el socio adquirió la participación por encima de la par, con independencia de que se entienda recuperado el coste de la total participación, o sólo el de la parte jurídicamente afectada, no existirá renta que deba integrarse en la base imponible y el socio tendrá un menor coste medio ponderado de su participación a efectos de futuras transmisiones.

Por el contrario, el criterio seguido no es indiferente en los dos siguientes supuestos: (i) cuando la participación se ha adquirido por debajo de la par y la reducción de capital viene acompañada de un reparto proporcional de las reservas que corresponden al capital reducido, y (ii) cuando la devolución de aportaciones tiene lugar en especie.

Cuando se devuelve parte del valor nominal y la participación fue adquirida por debajo de la par, podría pensarse que el socio debe obtener una renta igual al exceso de valor nominal recibido sobre el resultado de aplicar la proporción en que se reduce el capital sobre el valor de adquisición de la acción. No obstante, este resultado sólo se alcanza cuando se entiende que «*el valor contable de la participación*» es el de la participación que jurídicamente se ve afectada por la reducción de capital y ésta se instrumenta mediante una amortización de acciones. Si la reducción de capital se instrumenta mediante reducción de valor nominal⁸⁰, tanto si se interpreta que la participación cuyo valor contable se ve reducido es la participación jurídicamente afectada por la reducción, como si se interpreta que es el valor contable de la total participación el que debe ser reducido, sólo existirá renta para el socio cuando el valor nominal reducido supere la totalidad del precio de adquisición de la participación, lo que supone un diferimiento de tributación en sede del socio.

En la devolución de aportaciones en especie se ve más claramente que el criterio de interpretar el «valor contable de la participación» como el coste de la total participación puede conducir a resultados insatisfactorios ya que, en estos supuestos, restringir los casos de obtención de renta por el socio ocasiona la pérdida de la deducción por doble imposición que, con arreglo al artículo 30.4 a), podría el socio aplicar sobre la renta que, *ex* artículo 15.3 del TRLIS, la sociedad que reduce su capital debe integrar en la base imponible.

No obstante, entender que el «valor contable de la participación» es el coste de la total participación presenta la ventaja (frente a la alternativa de considerar que es el coste medio ponderado de la parte jurídicamente afectada) de conducir a un mismo resultado en términos de renta sujeta a

⁸⁰ Que afecta por igual a todas las acciones o participaciones sociales en circulación.

tributación tanto si la reducción se realiza mediante reducción de valor nominal, como si se realiza mediante amortización de acciones, y esto parece deseable si la participación del socio en la sociedad no se ve alterada ⁸¹. No obstante, la renta obtenida por el socio bajo esta interpretación no sería la misma que si la reducción de capital se instrumentara mediante la venta de acciones propias a la sociedad para su amortización, como veremos posteriormente ⁸².

3.2.3. Tratamiento fiscal de la devolución de aportaciones: conclusiones.

3.2.3.1. Devolución de aportaciones monetarias.

Con arreglo a lo expuesto hasta el momento, entendemos que en la reducción de capital con devolución monetaria de aportaciones el socio persona jurídica deberá:

⁸¹ Como señala SANZ GADEA «la razón por la que, a ningún efecto, la forma en cómo se realiza la reducción de capital es relevante, es que lo verdaderamente importante no son los valores –títulos o anotaciones en cuenta– en los que se materializan los derechos inherentes a la cualidad de socio, sino el porcentaje de participación en la entidad que reduce su capital, y éste no varía, supuesto que la reducción de capital sea igualitaria» (E. SANZ GADEA: obra citada pág. 110).

⁸² Podría explorarse si una interpretación alternativa del concepto «valor contable de la participación» ofrece una solución más satisfactoria para estos supuestos. En este sentido, puesto que el valor de la participación que debe ser minorado es, según el artículo 15.4 del TRLIS, el «valor contable» los criterios para determinar qué parte del precio de adquisición de la participación debe entenderse recuperada con la reducción de capital deben también ser contables y pensamos que podrían encontrarse implícitamente contenidos en la resolución del ICAC referida en el apartado 3.2.1 anterior aunque, como ya hemos manifestado, no creemos que la misma deba ser objeto de aplicación literal en el ámbito fiscal. De acuerdo con la interpretación del ICAC, la parte del precio de adquisición que se entiende recuperada es igual al cociente entre la disminución de recursos propios que experimenta la sociedad y el importe de dichos recursos propios antes de la reducción de capital. Puesto que los recursos propios de la sociedad están formados por capital y reservas, y a efectos fiscales el tratamiento del reparto de reservas es independiente al de la devolución de nominal (*i.e.*, no reduce directamente el coste de adquisición) el porcentaje debería ser objeto de adaptación en su aplicación al ámbito fiscal. ¿Cuál sería, en nuestra opinión, el criterio correcto? Pues si cuando las reservas se consideran recuperación del coste de la inversión (interpretación del ICAC) el valor contable de la participación que se entiende recuperado es igual a $(\nabla \text{Fondos Propios} / \text{Fondos Propios}) \times 100$, esto es, $[(\nabla \text{Capital} + \nabla \text{Reservas}) / (\text{Capital} + \text{Reservas})] \times 100$, cuando las reservas no pueden considerarse recuperación del precio de adquisición (criterio fiscal), pensamos que no deberían tenerse en cuenta en ninguno de los dos términos del cociente, de forma que el porcentaje de recuperación sea igual a $(\nabla \text{Capital} / \text{Capital}) \times 100$ y se aplique al precio de adquisición de la participación con el límite del valor nominal correspondiente al número de acciones anterior a la reducción.

Esta interpretación permitiría solventar de forma satisfactoria los problemas apuntados en las interpretaciones tradicionales del concepto «valor contable de la participación» anterior de forma que si la reducción de capital conlleva el reparto de la parte proporcional de reservas, el socio obtendría una renta por las reservas más, si adquirió la participación por debajo de la par, una renta adicional igual a la diferencia entre el valor nominal recibido menos el resultado de aplicar el porcentaje de reducción del valor nominal sobre el precio de adquisición. Si el socio adquirió la participación por encima de la par, la renta que obtendría sería igual a las reservas obtenidas (sin perjuicio de que luego deba registrar una provisión), existiendo una recuperación del coste de adquisición de la participación por importe igual al valor nominal distribuido.

No obstante, reconocemos que esta extrapolación del criterio del ICAC para la interpretación del concepto «valor contable de la participación» resulta un tanto forzada y se aparta del criterio legalmente establecido en la actualidad, siendo no obstante, un criterio válido *lege ferenda* puesto que su aplicación conseguiría que los efectos de la reducción de capital para el socio persona jurídica (al menos en cuanto al importe de la renta obtenida) fueran independientes de la forma elegida para instrumentar la operación.

- 1.º Entender que existe una recuperación en el precio de adquisición de su participación sólo por la parte que corresponda al valor nominal que es objeto de reducción, con lo que, si a efectos contables el socio aplica la resolución del ICAC, la participación quedaría valorada a efectos fiscales a un precio superior al contable. Si el socio adquirió la participación por debajo de la par, podrá tener, en su caso, una renta fiscal por el exceso del valor nominal devuelto sobre el valor de adquisición de su participación. Esta renta no tendrá derecho a la deducción por doble imposición.
- 2.º Considerar como ingreso fiscal la totalidad del importe recibido que corresponda a reservas.
- 3.º Considerar que existe una depreciación de la participación si el precio de adquisición tras la reducción a efectos fiscales es inferior a su valor teórico contable. Dicha depreciación será fiscalmente deducible ⁸³ por la parte que corresponda al reparto de reservas realizado por la sociedad puesto que, con arreglo al artículo 12.4 del TRLIS es deducible la depreciación que corresponda a la disminución de valor teórico contable de la participación ⁸⁴ entre el inicio y el final del ejercicio.
- 4.º Aplicar la deducción por doble imposición por el reparto de reservas contabilizadas como ingreso sólo si ha existido tributación en una transmisión previa de la participación, tal y como exige el artículo 30.4.e) del TRLIS.

3.2.3.2. Devolución de aportaciones en especie.

A efectos fiscales, según el artículo 15.4 del TRLIS el socio debe integrar en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los bienes recibidos y el valor contable de la total participación.

Por tanto, cuando la devolución de aportaciones se realice en especie, el socio persona jurídica deberá:

- 1.º Entender que existe una recuperación del valor contable de la total participación en un importe igual al valor de mercado de los bienes recibidos.
- 2.º Considerar como ingreso fiscal el exceso, en su caso, del valor de mercado del bien recibido sobre el valor contable de la total participación. Esta renta, que habrá quedado sujeta a tributación en la sociedad (puesto que, por aplicación del art. 15.3 del TRLIS, la socie-

⁸³ Aun cuando no estuviera contabilizada, puesto que la razón por la que puede no estar contabilizada será que, en aplicación del criterio del ICAC, el valor de adquisición de la participación a efectos contables sea, tras la reducción de capital, superior a su valor teórico contable.

⁸⁴ Entendemos que el cómputo debe hacerse referido a la total participación ya que si se hiciera referido a las acciones no amortizadas la depreciación podría no ser deducible si existe entrega proporcional de reservas puesto que el valor teórico contable de la acción no se ha visto alterado entre el inicio y el final del ejercicio (dado que al socio se le ha entregado, precisamente, el valor teórico contable de las acciones amortizadas).

dad que reduce su capital debe integrar en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los bienes entregados a los socios y su valor neto contable), dará derecho a la deducción por doble imposición del artículo 30.4 a) del TRLIS. Debe tenerse en cuenta que, aunque el artículo 30.4 a) del TRLIS rechaza en principio la posibilidad de aplicar la deducción por doble imposición en los supuestos de reducción de capital, este rechazo se realiza *«sin perjuicio de lo previsto en el último párrafo del apartado anterior»*, lo que nos lleva al apartado 3 del artículo 30 que establece que: *«la deducción también se aplicará (...), respecto de las rentas computadas derivadas de dichas operaciones en la parte que corresponda a (...) la renta que la sociedad que realiza las operaciones a que se refiere el párrafo anterior deba integrar en su base imponible de acuerdo con lo establecido en el artículo 15.3 de esta Ley»*.

3.2.3.3. Reducción de capital instrumentada mediante la adquisición de acciones propias para su amortización.

En el caso de que la reducción de capital con devolución de aportaciones se instrumente mediante la adquisición de acciones propias para su amortización, el socio persona jurídica obtendrá un resultado contable igual a la diferencia entre el precio acordado y el valor contable (i.e. coste medio ponderado) de las acciones transmitidas. Según lo establecido en el artículo 30.3 del TRLIS, el socio podrá aplicar la deducción por doble imposición en los términos que le correspondan ⁸⁵, sobre la renta integrada en la base imponible por la parte de reservas que hayan sido aplicadas por la sociedad a la adquisición de sus propias acciones. Así lo interpretado, la doctrina administrativa [Dirección General de Tributos, Resoluciones 1325/1999 de 22 de julio y 1859/1998, de 27 de noviembre, (*Normacef Fiscal*, NFC010261 y NFC008457, respectivamente)], según la cual, en el supuesto de adquisición de acciones para su amortización la base sobre la que el socio podrá aplicar la deducción por doble imposición será el importe menor de los siguientes: (i) la renta obtenida por el socio en la operación, o (ii) el importe de las reservas que la sociedad que realiza la operación aplica a la reducción de capital.

Por tanto, si el socio adquirió la participación por debajo del valor teórico de la participación, podrá aplicar la deducción por doble imposición sobre las reservas obtenidas vía precio con el límite de la renta obtenida en la operación (que será inferior al total de las reservas percibidas, salvo que la participación se haya adquirido a la par o por debajo de la par). Por el contrario, si el socio adquirió la participación por encima del valor teórico de la participación, las reservas obtenidas de la sociedad vía precio por la venta de su participación, en la medida en que dicha venta no dé lugar a renta o ésta sea negativa, no podrá ser objeto de deducción por doble imposición.

⁸⁵ Total o parcial según tenga o no una participación igual o superior al 5% y dicha participación se haya o no mantenido de forma ininterrumpida durante el año anterior.

De acuerdo con esta interpretación, y al igual que sucedía en el ámbito del IRPF, existe una separación en el tratamiento fiscal de la reducción de capital con devolución de aportaciones según ésta se instrumente o no mediante una adquisición de autocartera por la sociedad para su amortización. Y no sólo en cuanto al tratamiento fiscal de la renta obtenida ⁸⁶, sino también en cuanto al importe de la renta que debe integrarse en la base imponible ⁸⁷. En este sentido, nos remitimos a los comentarios realizados en el apartado 2.2.1.2 sobre el distinto tratamiento fiscal que recibe una misma renta (las reservas obtenidas por la sociedad), por razón de una misma operación jurídica (la reducción de capital con devolución de aportaciones) en función de si dicha operación se instrumenta o no como una compra de acciones previa a la amortización, aunque no cabe duda, al menos en el ámbito del IS, que éste es el criterio legalmente establecido.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta de que si en el ámbito del IRPF la instrumentación de las reducciones de capital con devolución de aportaciones mediante la compra de autocartera para su amortización podría ser ventajosa para los socios en algunos supuestos, en el ámbito del IS el tratamiento va a ser normalmente desfavorable puesto que en ningún caso la transmisión de acciones va a dar lugar a una depreciación fiscal de la participación, entendida como provisión por depreciación fiscalmente deducible, con lo que el socio no podrá acumular la provisión por depreciación de cartera con la deducción por doble imposición para corregir los supuestos de doble imposición previa al reparto de reservas.

3.3. Segunda recapitulación.

- (i) El tratamiento contable propuesto por el ICAC para las reducciones de capital con devolución de aportaciones a los socios se fundamenta en una interpretación económica (que no mercantil) del concepto «aportaciones del socio» como sinónimo de la inversión financiera realizada por el socio al adquirir la participación (e incluyendo, por tanto, la parte proporcional de reservas acumuladas por la sociedad e incluidas en el precio de adquisición). La extensión al ámbito fiscal del criterio contable introducido por el ICAC conduciría a la consideración como renta imponible en el IS, no de todas las reservas distribui-

⁸⁶ Que si se instrumenta mediante una adquisición de acciones propias para su amortización caerá dentro del ámbito de aplicación del artículo 30.3 del TRLIS, mientras que si se instrumenta mediante reducción del valor nominal o amortización directa de acciones dará lugar a la aplicación de los artículos 15.4 –por la devolución del valor nominal– y 30, apartados 1, 2, y 4 a) y e), –por el reparto de reservas– de la ley.

⁸⁷ Ya que, si la participación se adquirió por debajo de la par y la reducción se instrumenta mediante adquisición de acciones o participaciones propias para su amortización, además de la renta correspondiente a las reservas de la sociedad (que son entregadas al socio como precio de sus acciones) el socio tendrá una renta adicional por la diferencia entre el valor nominal y el coste medio ponderado de las acciones o participaciones transmitidas, renta que no existiría si la reducción de capital se instrumenta mediante amortización directa de acciones o disminución de valor nominal, salvo cuando el valor nominal devuelto exceda el valor contable de la total participación.

das en el marco de una reducción de capital con devolución de aportaciones, sino sólo de la parte que no se considera recuperación del precio de adquisición de la participación, con lo que se separaría dicho tratamiento del de la distribución de dividendos con cargo a reservas, a saber: considerar la parte correspondiente a las reservas como renta a integrar en la base imponible en su totalidad sin perjuicio de que el socio pueda, en su caso, deducir la correspondiente provisión por depreciación de cartera y aplicar la deducción por doble imposición interna. Dicha extensión produce distorsiones en la mecánica establecida en el IS para la corrección de la doble imposición y conduce a resultados en ocasiones absurdos desde una perspectiva tributaria, razones por la que consideramos debe ser evitada.

- (ii) Por lo anterior entendemos que, al igual que ocurre con el artículo 31.3 a) del TRLIRPF, el ámbito de aplicación del artículo 15.4 del TRLIS se limita a la devolución de lo que, desde el punto de vista de la sociedad, pueden considerarse «aportaciones del socio», esto es al valor nominal ⁸⁸ que es restituido al socio en las operaciones de reducción de capital.
- (iii) Por el contrario, y al igual que para socios personas físicas, pensamos que el tratamiento fiscal de las reservas entregadas al socio persona jurídica en el marco de una reducción de capital con devolución de aportaciones debe ser el mismo que el que habrían recibido si el reparto de dichas reservas se hubiera instrumentado mediante la distribución de un dividendo con cargo a reservas en cuanto a (i) la integración de dicha renta en la base imponible, (ii) la depreciación fiscal de la participación que puedan ocasionar (si las reservas distribuidas estaban incluidas en el precio de adquisición de la participación) y (iii) su derecho a la deducción por doble imposición de dividendos.
- (iv) Pensamos que este tratamiento debería ser independiente de la alternativa elegida por la sociedad para instrumentar la reducción de capital con devolución de aportaciones (reducción de valor nominal, amortización de acciones o adquisición de acciones para su amortización). No obstante, el criterio legalmente establecido diferencia la forma en que se elimina la doble imposición cuando existe una compra de la participación por la sociedad previa a su amortización [esto es, cuando la adquisición de acciones se realiza en virtud del art. 170 de la LSA o del 40.1 b) de la LSRL, en la que se aplica el art. 30.3 del TRLIS] frente al supuesto en que la reducción de capital no se instrumenta mediante una adquisición de acciones para su amortización (que caerá dentro del ámbito de aplicación del art. 30, apdos. 1, 2, y 4, a) y e), de la ley.

⁸⁸ O de la prima de emisión.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMUDÍ CID, José Manuel y GALÁN SÁNCHEZ, Rosa: «El tratamiento fiscal de la reducción de capital con devolución de aportaciones tras la Ley 6/2000, de 13 de diciembre»; *Quincena Fiscal (Revista de Actualidad Fiscal)* n.º 19, 1 de noviembre de 2001, Ed. Aranzadi, págs. 37 a 45.
- CUATRECASAS: *Comentarios al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto sobre la Renta de no Residentes, Cap. XIV. Ganancias y pérdidas patrimoniales*; Ed. Aranzadi; Elcano (Navarra), 2000; págs. 764 y ss.
- CUATRECASAS: *Impuesto sobre Sociedades, Cap. 9: Reglas de Valoración: regla general y reglas especiales*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, págs. 638 a 666.
- FALCÓN Y TELLA, Ramón: «Reducciones de capital con devolución de aportaciones: la calificación como ganancias del exceso sobre el valor de adquisición y sus consecuencias»; *Quincena Fiscal (Revista de Actualidad Fiscal)*, n.º 19 de 1 de noviembre de 2001, págs. 5 a 9.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ DE TORRES, Manuel: «Análisis de la provisión por depreciación de valores de renta variable», *Crónica Tributaria*, número 95/2000, págs. 29 a 43.
- GARCÍA MILLÁN, Isidoro: «Las reducciones de capital en la Ley 40/1998 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (I) y (II)»; *Carta Tributaria: Monografías*; 15 de abril y 1 de mayo de 1999.
- PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio: «La reducción de capital» en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo VII, Vol. 3.º, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 20.
- PRADA LARREA, José Luis: «Consecuencias fiscales del tratamiento contable de las reducciones de capital para devolución de aportaciones», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 220.1, julio 2001, págs. 203 a 210.
- PRADA LARREA, José Luis: «Una propuesta sobre la eliminación de la doble imposición en las transmisiones de plusvalías tácitas: el ejemplo del nuevo artículo 109.2 LIS», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 218.1, mayo 2001, págs. 3 a 14.

SANZ GADEA, Eduardo: «Reglas de valoración»; *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 212, noviembre 2000, págs. 65 a 126.

SANZ GADEA, Eduardo: «Incrementos de patrimonio»; *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 120, marzo 1993, págs. 38 a 42.

VICENT CHULIÁ, Francisco: *Introducción al Derecho Mercantil*; (12.ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pág. 417.

TRIBUTACIÓN	LA RESERVA PARA INVERSIONES EN CANARIAS	Núm. 47/2004
-------------	--	-----------------



J. ANDRÉS SÁNCHEZ PEDROCHE

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario

Extracto:

¿SON válidos los argumentos de la Inspección de Hacienda con relación a la aplicación de la Reserva para Inversiones en Canarias (RIC)? A través de esta pregunta, el autor analiza las tres situaciones que mayor número de controversias con la Administración Tributaria están provocando en estos momentos. Éstas son:

- Incumplimiento de nimias obligaciones formales, capaces de comportar, en opinión de la Administración, la pérdida de los derechos materiales que a través de las mismas se sustancian.
- La consideración de las sociedades patrimoniales sometidas al ya extinto régimen de transparencia fiscal, como entidades insusceptibles de beneficiarse de la RIC, y
- La exclusión de los beneficios extraordinarios de la base de aplicación de la reserva.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Las controversias surgidas con la inspección.
 - II.1. La exclusión de los beneficios extraordinarios de la base de aplicación de la reserva.
 - II.2. La aplicación de la RIC a las sociedades patrimoniales.
 - II.3. El problema constituido por los incumplimientos formales.

NOTA: El texto corresponde a la conferencia pronunciada el 14 de febrero de 2003 en el Hotel Villa Cortés en las Jornadas «El Sur de Tenerife ante los retos de la nueva sociedad» en la Playa de las Américas (Tenerife).

I. INTRODUCCIÓN

Muy buenas tardes. Y muchas gracias por su presencia. Constituye para mí un inmerecido honor dirigirme a todos ustedes en estas benditas islas que para el padre de la teoría de la evolución, C. DARWIN constituía uno de los más bellos parajes de la tierra. Esto lo dijo el eminente científico inglés sin apasionamiento alguno y tras recorrer varias veces el mundo habiendo visto los lugares más recónditos del planeta, y no es que DARWIN no fuera apasionado, antes al contrario, porque él mismo cuenta en su biografía que su amor por la caza y clasificación de escarabajos le llevaba días enteros y lo prefería con mucho al estudio, ante la estupefacción y enorme desagrado de su padre. Y así, habiendo salido un día y viendo uno de extraña belleza se precipitó a cogerlo cuando en ese instante otro más raro y por ello más valioso se le cruzó en el camino y no sin algún esfuerzo logró retenerlo, pero, caprichos del destino, cuando delicadamente tenía uno en cada mano un tercero que nunca había visto antes, ni siquiera en los libros, se paseó por delante de sus narices, ante lo cual y a falta de manos con qué asirlo, ni corto ni perezoso introdujo uno de los bichos que retenía en su propia boca con el fin de liberar alguna extremidad con la que prender tan preciado invertebrado. Hecho lo cual, sin embargo, hubo rápidamente de soltar todas las piezas cobradas pues fue tal el sarpullido que el veneno del que se había introducido en la boca le exudó que anduvo más de una semana sin poder beber ni hablar siquiera.

El régimen económico-fiscal (REF) canario se conforma como una excepción al régimen económico-fiscal de todo el Estado, una excepción expresamente reconocida en el artículo 46 del Estatuto de Autonomía de Canarias, afirmada implícitamente en la disposición adicional tercera de la Constitución Española y regulada fundamentalmente en la Ley 19/1994, de 6 de julio. Tan excepcional régimen encuentra justificación en la condición archipelágica de Canarias y en su lejanía del territorio metropolitano y de sus mercados económicos y se basa en unos principios fundamentales cuales son la libertad comercial de importación y exportación y la no aplicación de monopolios y franquicias aduaneras y fiscales sobre el consumo que operan dentro de lo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido en denominar la doctrina de la garantía institucional relacionada aquí, como pueden imaginarse, con el hecho diferencial insular. Un hecho de infinita mayor legitimidad histórica que la aducida por algunas otras comunidades autónomas españolas, puesto que no debemos olvidar que las Islas Canarias, desde su misma incorporación a la Corona de Castilla en el siglo XV han venido disfrutando de un régimen económico-fiscal diferenciado y excepcional respecto al vigente en el resto del territorio nacional.

Pero, por no remontarnos tan lejos en el tiempo, el antecedente más inmediato del actual régimen económico fiscal de Canarias se regulaba en la Ley de 22 de julio de 1972 que establecía, básicamente y en consonancia con los principios de franquicia al consumo y franquicia aduanera, la no aplicación en el archipiélago de la renta de aduanas así como una serie de incentivos fiscales, tendencialmente dirigidos al robustecimiento de la economía insular. Por todo ello, el REF no es sino un conjunto normativo que, atendiendo al carácter insular, la lejanía, las especiales condiciones geográficas, geológicas y climáticas, así como a la escasez de recursos naturales, establece un conjunto de medidas de carácter fiscal y económico que, configurando una presión fiscal menor que en el resto del territorio nacional y asegurando a las Corporaciones locales canarias unos recursos financieros suficientes, promueve el desarrollo económico y social del archipiélago.

Hablar sin embargo del REF, y perdónenme por la reiteración en el acrónimo, es aludir, sin duda alguna, a su carácter marcadamente fiscal. Unas medidas fiscales ambivalentes, dirigidas de un lado a establecer unos impuestos específicos para Canarias y de otro a constituir un conjunto de medidas de promoción del desarrollo económico y social de las islas que no suponen la creación de nuevas figuras impositivas, sino el establecimiento de beneficios fiscales respecto de tributos ya existentes a nivel nacional tales como el IRPF o el IS. Este conjunto de beneficios fiscales tienen el carácter de ayudas de Estado desde la perspectiva de la legislación comunitaria europea, y por eso en su día fueron objeto de pacto tripartito entre la Comunidad Canaria, el Estado y la Comisión Europea.

La RIC, por lo tanto, constituye un incentivo fiscal a la inversión en las Islas Canarias de características muy similares al derogado Fondo de Previsión para Inversiones que implica que parte del beneficio obtenido por los sujetos pasivos en su impuesto personal (IS o IRPF según se trate de empresarios personas físicas o jurídicas) queda exonerado de tributación, siempre y cuando la cantidad correspondiente al mismo se destine a la adquisición de determinados bienes de inversión o de determinados activos financieros. El beneficio fiscal se aplica a las dotaciones que en cada período impositivo se hagan a la reserva hasta el límite del 90 por 100 de la parte de beneficio obtenido el mismo período que no sea objeto de distribución, en cuanto proceda de establecimientos situados en Canarias siempre que dichas cantidades se materialicen en el plazo máximo de tres años en la realización de las inversiones reseñadas en la propia norma.

Como bien se que no predico en tierra de infieles, no voy a seguir relatando los pormenores de una regulación que conocen mucho mejor que yo. Sí me detendré, sin embargo, en algunos de los más acuciantes problemas prácticos que ha alumbrado la aplicación de la RIC y que está generando un indudable desasosiego entre los que depositaron su confianza en la aplicación de este importante beneficio fiscal.

Seguramente nada nuevo les descubro si les señalo que las relaciones entre el contribuyente y la Administración Tributaria son por definición, relaciones de contraposición, en la misma medida, por lo demás, en que lo son, generalmente, las existentes entre acreedor y deudor. Pero con el agravante, en el campo tributario, de que el *quantum* de la renta y del valor no es determinable automáticamente en la gran mayoría de los casos, porque, si así fuese, el contribuyente podría al menos resignarse a la aplicación del viejo brocardo latino: *dura lex, sed lex*. Las más de las veces, por el

contrario, la deuda tributaria es el resultado de complejas estimaciones de presupuestos de hecho y de sutiles interpretaciones de las normas tributarias. Porque algunas de éstas han sido formuladas de manera susceptible de hacer surgir una anfibología interpretativa y, en consecuencia, constituyen un verdadero incentivo para el litigio, esto es, un semillero de potenciales conflictos. Una tal situación, es decir, una tesitura en la que para determinar la medida de la obligación concurren valores a estimar y leyes complejas a interpretar, ya de por sí es fuente de controversia entre cualesquiera deudor y acreedor. Con más razón surge esa pugna entre contribuyente y fisco. De hecho es sabido que el primero es impulsado siempre a satisfacer su débito en la medida más baja posible, configurando los presupuestos de hecho que declara (por no hablar de aquellos que simplemente omite) de la forma en que sean menos gravados por el tributo e interpretando las normas de la manera que le resulte más favorable, mientras que el segundo, el fisco, aun debiendo en teoría ser solamente órgano vicario de la aplicación de la norma, se preocupa sobre todo, si no exclusivamente, de ser el defensor del erario público.

II. LAS CONTROVERSIAS SURGIDAS CON LA INSPECCIÓN

Esto es precisamente lo que está ocurriendo con la RIC. La Administración Tributaria a través de unos curiosos razonamientos jurídicos se encuentra empeñada en una singular cruzada destinada a levantar actas de contenido económico enjundioso negando la aplicación del beneficio a sujetos que previamente lo habían dotado o incluso materializado. Y es aquí cuando podría citarse la famosa frase con la que WOLFRANG PAULI, uno de los físicos teóricos más brillantes del siglo pasado, acostumbraba a demoler los artículos de sus colegas: «el argumento es tan malo que ni siquiera está equivocado». ¿Son válidos los argumentos de la Inspección con relación a la aplicación de la RIC? Para desentrañar tal interrogante espigaremos los tres supuestos que mayor número de actuaciones inspectoras está provocando en estos momentos:

- a) En primer lugar, el incumplimiento de nimias obligaciones formales, capaces de comportar, en opinión de la Administración, la pérdida de los derechos materiales que a su través se sustancian. *V.gr.* El retraso en un solo día en la diligenciación de los libros de contabilidad o la llevanza de ésta en la forma no apetecida específicamente por el Inspector actuante de turno.
- b) En segundo término, la consideración de las sociedades patrimoniales sometidas al ya extinto régimen de transparencia fiscal, como entidades insusceptibles de beneficiarse de la RIC. Digo extinto régimen porque, como sabrán, desde principios de este año el régimen de transparencia fiscal ha sido expresamente derogado.
- c) En tercer lugar, la exclusión de los beneficios extraordinarios de la base de aplicación de la reserva.

Ésas son las tres cuestiones fundamentales pero si me lo permiten, empezaremos por esto último.

II.1. La exclusión de los beneficios extraordinarios de la base de aplicación de la reserva.

En opinión de la Administración Tributaria la RIC no puede dotarse sobre dichos resultados extraordinarios derivados de inversiones en valores o inmuebles, especialmente en el caso en que los mismos no se hallen afectos a la actividad económica del contribuyente, pues se dice que eso iría contra el fundamento último que alentó la creación de la RIC. Sin embargo, lo cierto es que frente a esa interpretación el tenor literal del artículo 27 de la Ley 19/1994 es extraordinariamente claro y no habla más que de beneficios sin rotular o etiquetar los mismos.

Lo que la norma establece con meridiana claridad es:

- En primer lugar, que las sociedades pueden reducir su base imponible si destinan parte de sus beneficios a la RIC.
- En segundo término, que esa reducción podrá ser hasta de un 90 por 100 del beneficio que no sea objeto de distribución, sin que pueda dar lugar a una base imponible negativa.
- En tercer lugar, que se consideran beneficios no distribuidos los destinados a reservas, excepto la legal.
- Y por fin, que se excluye el beneficio proveniente de ganancias patrimoniales acogidas al beneficio de exención por reinversión.

Lo que en ningún caso dispone el artículo 27 de la Ley 19/1994 es que:

- Pueda distinguirse entre beneficios ordinarios o extraordinarios.
- O que deba desagregarse la contabilidad de la sociedad troceando las Cuentas Anuales y, por ende, desagregando la Cuenta de Pérdidas y Ganancias.

Es evidente que el artículo 27 de la Ley 19/1994 al no realizar distinción alguna entre beneficios ordinarios o extraordinarios impide al operador jurídico hacerlo, so pena de vulnerar el principio de reserva de ley, cuya más concreta plasmación práctica puede hallarse en el viejo apotegma jurídico según el cual «donde la ley no distingue no debemos distinguir nosotros».

Pero por si esto fuera poco –que no lo es, por cierto– es claro que el resultado del ejercicio económico, como pródromo o premisa de la magnitud sobre la que gravitará el correspondiente Impuesto sobre Sociedades, encuentra su punto de partida precisamente en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, integrada tanto por el resultado de las actividades ordinarias (resultado de explotación y resultado financiero) como por el resultado de las actividades extraordinarias consecuencia de enajenaciones o bajas en inventario de elementos patrimoniales vinculados a la estructura de la empresa, o bien como consecuencia del desarrollo de actividades que, quedan-

do al margen de las actividades típicas, no se espera razonablemente que ocurran con frecuencia, así como por aquellas procedentes de la rehabilitación de los créditos que en su día fueron amortizados por insolvencias firmes.

La normativa contable impide que los resultados extraordinarios puedan ser desagregados de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias; contabilidad que –como muy bien sabe la Agencia Tributaria– va a constituir el dato principal para el control y para la liquidación del impuesto sobre el beneficio (art. 10. 3 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades) y para la propia dotación a la RIC, por cuanto que el límite del 90 por 100 del beneficio obtenido que no sea objeto de distribución se refiere al resultado contable y no a la base imponible del impuesto, de conformidad con el sentido común y con la propia doctrina de la Dirección General de Tributos (DGT) (Resolución de 8 de mayo de 1997).

Por lo tanto, las pretensiones liquidatorias de los inspectores actuarios se apoyan en una interpretación que, por fuerza, fracciona la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, vulnerando con ello no sólo lo establecido en la Ley 19/1994 –ley esta que no realiza distinción alguna sobre el carácter del beneficio sobre el que la reducción pueda operar–, sino la propia lógica del sistema sobre el que descansa la filosofía de la Ley 43/1995, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, cuya pretensión última fue la de resolver las contradicciones que se manifestaban en las relaciones existentes entre fiscalidad y contabilidad.

Efectivamente, influida por la normativa contable y reconociendo la importancia de la contabilidad como instrumento eminentísimo, la vigente Ley del Impuesto sobre Sociedades introduce una evidente ruptura respecto a regulaciones anteriores, estableciendo en su artículo 10.3 que, en el régimen de estimación directa, la base imponible se calculará partiendo del resultado contable determinado de acuerdo con las normas del Código de Comercio. Buena prueba de ello la constituye la propia Exposición de Motivos de la citada Ley del Impuesto sobre Sociedades, cuando enumera las causas que dieron lugar a la necesidad de la reforma, refiriéndose a los efectos producidos por la propia reforma mercantil, y, más concretamente, a la reforma parcial operada por la Ley 19/1989, de 25 de julio, manifestando que «el objeto del Impuesto sobre Sociedades es la renta obtenida por las entidades jurídicas y que esta magnitud se determina.... en virtud del algoritmo contable regulado por los principios y normas establecidos en el Código de Comercio, la Ley de Sociedades Anónimas y el Plan General de Contabilidad». Y de este modo se consideró resuelta la crónica problemática surgida por las relaciones entre fiscalidad y contabilidad, hasta el punto de que en la disposición derogatoria de la Ley 43/1995 se abrogó la disposición final séptima del Plan General Contable, donde se habían articulado dichas relaciones, en cuanto que se consideraba vacía ya de contenido al incorporar sus mandatos y recomendaciones la nueva ley reguladora del impuesto».

Tal cambio en el Impuesto sobre Sociedades ha de calificarse como de enormemente relevante, al permitir el paso de un sistema en el que el beneficio contable carecía de trascendencia a efectos impositivos –porque cada partida se calificaba fiscalmente como computable o no según la propia norma fiscal– a otro donde el resultado contable pasa a ser el eje para la determinación de la propia base imponible del impuesto.

De esta forma, el núcleo esencial de la base imponible, el resultado contable, se obtiene como consecuencia de la aplicación de los principios materiales del Derecho Contable que se encuentran desarrollados en el Plan General de Contabilidad y demás normas de naturaleza mercantil. El referido Plan General de Contabilidad, en la cuenta «129. Pérdidas y Ganancias» define ese resultado contable como el beneficio o pérdida del último ejercicio cerrado que se halle pendiente de aplicación; resultado positivo o negativo que se desprende de dicha cuenta y sobre el que se realizarán las concreciones fiscales oportunas, teniendo como soporte de información los demás libros contables obligatorios.

La norma tributaria no influye, por lo tanto, en el resultado contable, el cual será cuantificado únicamente conforme a la aplicación de criterios mercantiles y, en consecuencia, se tendrá un resultado contable único, si bien se adecuará a los fines fiscales mediante los correspondientes ajustes extracontables; ajustes extracontables estos que, en el caso que nos ocupa, ni introduce la Ley 19/1994 reguladora de la RIC ni mucho menos la propia Ley 43/1995. El argumento de la Inspección debe, pues, rechazarse, tajantemente toda vez que el tenor del artículo 27 de citada Ley 19/1994 no admite dudas y tampoco la filosofía de las relaciones entre norma fiscal y norma mercantil. Además, como dejó escrito en 1952 el Ministro LARRAZ, «el Derecho Tributario debe aplicarse críticamente con una sola excepción: en los casos de suficiencia literal del precepto no se podrán hacer a instancia y en beneficio del fisco y en contra del contribuyente de buena fe que no hubiese incurrido en fraude de ley, aplicaciones correctoras del dictado literal de la norma».

II.2. La aplicación de la RIC a las sociedades patrimoniales.

Resuelta, por tanto, la primera cuestión en contra claramente del criterio sostenido por la AEAT. ¿qué decir de la segunda, es decir, de la aplicación de la RIC a las sociedades patrimoniales antes llamadas transparentes?

De entrada, resulta sumamente curioso que la Administración, tan apegada a la interpretación formal o literal de la normativa que debe aplicar, muestre aquí también como en el caso anterior, su exégesis más espiritualista o teleológica cuando de interpretar el artículo 27 de la Ley 19/1994 se trata. Frente a la clara dicción de dicho artículo la Administración Tributaria, ni corta ni perezosa, ha entendido que para interpretar el concepto de establecimiento debemos acudir no a la regulación tributaria sino a la normativa mercantil. En tal sentido advierte la Administración que sólo los rendimientos procedentes de actividades empresariales o profesionales, y no los originados por la mera titularidad de elementos patrimoniales, deben servir para dotar la RIC, la cual deberá activarse con cargo a beneficios generados por esas actividades.

Ahora bien, la cuestión lejos de ser pacífica merece otra reflexión que se centra en torno a los siguientes puntos:

1. Que las sociedades transparentes (hoy denominadas sociedades patrimoniales), son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, y, por lo tanto, pueden ser beneficiarias de la RIC, atendido el tenor de la Ley 19/1994.
2. Que a partir de la Ley 43/1995 se abandona el régimen de exención que caracterizaba hasta entonces a las sociedades transparentes, pasando a ser sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades a todos los efectos y repito, a todos los efectos.
3. Que, por lo mismo, y cumpliendo plenamente los requisitos establecidos por el artículo 27 de la Ley 19/1994, las sociedades transparentes pueden ser beneficiarias de la RIC, puesto que no existe incompatibilidad alguna entre dicho beneficio fiscal y aquéllas, toda vez que cuando el legislador ha querido establecer la exclusión de algún aspecto general o particular del Impuesto sobre Sociedades con relación a las mercantiles transparentes lo ha señalado expresa y taxativamente.
4. Que no está claro que exista un concepto mercantil de establecimiento y que la definición de este concepto desde el punto de vista fiscal ofrece varias posibilidades según lo haga la normativa española o, por ejemplo, la OCDE.
5. Que en la doctrina del desaparecido Fondo de Previsión para Inversiones no existía impedimento alguno para que la dotación la hiciesen sociedades de cartera y de bienes que podían llegar incluso al 100 por 100 del beneficio generado en la transmisión de activos fijos.

Comencemos por lo primero, es decir, que las sociedades transparentes, como sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, pueden ser beneficiarias de la RIC en contra de lo que afirma la Administración. Efectivamente, a partir de la Ley 43/1995, se abandonó el régimen de exención que caracterizaba hasta entonces a las sociedades transparentes, pasando a ser plenamente sujetos pasivos del impuesto, obligándolas por vez primera no sólo a tributar por este concepto impositivo, imputando a los socios, además de los resultados, las deducciones y pagos a cuenta correspondientes, así como la cuota del propio Impuesto sobre Sociedades, sino a integrar todos estos conceptos en la imposición del socio de acuerdo con los límites y condiciones de su propio impuesto personal. Todo ello permite afirmar que, a partir de esta modificación legislativa, la transparencia fiscal cambia radicalmente de naturaleza para convertirse en un caso de configuración del Impuesto sobre Sociedades como impuesto a cuenta del IRPF o del propio Impuesto sobre Sociedades según la naturaleza física o jurídica del socio, tal y como ya preconizara en su día con carácter general el informe sobre fiscalidad canadiense, más conocido como Informe CARTER.

Cabe concluir, por tanto, que la Ley reguladora del Impuesto sobre Sociedades de 1995 introdujo un cambio capital que supuso configurar como auténticos sujetos pasivos obligados a la liquidación y al pago de dicho impuesto a las propias sociedades transparentes. De acuerdo con todo ello, la referida ley dio nueva redacción a los preceptos de la Ley del IRPF de 1991 no sólo relativos a la transparencia fiscal, sino también al artículo 100 –regulador de la devolución de oficio de este último impuesto– al objeto de incluir en el cálculo de su cuota diferencial la parte imputada de la cuota del propio Impuesto sobre Sociedades de la sociedad transparente.

Es claro, por lo tanto, que cumpliendo los requisitos establecidos por el artículo 27 de la Ley 19/1994 (dotando y materializando) las sociedades transparentes pueden ser beneficiarias de la RIC, al no existir incompatibilidad alguna entre dicho beneficio fiscal y aquéllas. ¿Por qué? Pues porque cuando el legislador ha querido establecer la exclusión de algún aspecto general o particular de la LIS con relación a las mercantiles transparentes lo ha señalado así expresamente.

Las sociedades transparentes pueden acceder a los beneficios fiscales establecidos de forma general por el impuesto societario –tanto los que afectan a la base imponible, como a la cuota–, en igualdad de condiciones que cualquier otra sociedad. En particular, en la transmisión de elementos del inmovilizado material que tengan la naturaleza de inmuebles, la renta obtenida puede corregirse por el efecto de la depreciación monetaria (art. 15. 11 LIS). Igualmente pueden las sociedades transparentes acogerse al régimen de reinversión de beneficios extraordinarios (art. 21 LIS y art. 31 a 39 RIS). Asimismo, las sociedades en régimen de transparencia fiscal tributan al tipo de gravamen general del impuesto, esto es, al 35% (art. 75. 5 y disposición transitoria 22.^a), salvo que –al igual que el resto de sociedades– les fuera aplicable algún régimen especial, por ejemplo, el de las correspondientes a las entidades de reducida dimensión, en cuyo caso tributarían al tipo de gravamen reducido. Y lo mismo debe señalarse respecto de las obligaciones contables, registrales y formales porque las sociedades transparentes tienen, a este respecto, las mismas servidumbres –y a cumplimentar en idénticos plazos– que las entidades que tributan en régimen común (art. 136 y ss. LIS y art. 61 de la Ley 13/2000). Además, las sociedades transparentes han de practicar y declarar las retenciones e ingresos a cuenta conforme a las normas generales que pautan la regulación de este tipo de obligaciones para toda sociedad (art. 139 LIS).

Las únicas peculiaridades del régimen de transparencia fiscal respecto de otros regímenes especiales son resueltas expresamente por la propia LIS (art. 81). En la misma se establece la incompatibilidad de la transparencia fiscal con el régimen de los grupos de sociedades (art. 78 a 96 LIS y art. 51 RIS) y asimismo con el de las entidades de tenencia de valores extranjeros (art. 129 a 132 LIS, art. 30 L 6/2000), de manera que en los períodos impositivos en los que concurren ambos regímenes prima la transparencia fiscal, no siendo aplicable ningún otro de los citados.

Como conclusión cabe señalar que la normativa vigente no establece ninguna incompatibilidad entre los incentivos fiscales que regula la RIC y su aplicación a las sociedades transparentes que, al ser sujetos pasivos del IS, pueden gozar de los beneficios previstos por la RIC.

En todo caso, conviene subrayar que la posibilidad de que las sociedades transparentes puedan acogerse a los beneficios de la RIC ha sido expresa y favorablemente acogida por la propia Administración Tributaria en sendas resoluciones tanto de la AEAT como de la DGT. De la propia dicción literal del artículo 27 de la Ley 19/1994 y de los más recientes pronunciamientos interpretativos debe concluirse señalando la incorrección de una exégesis interpretativa que se aleja del tenor literal de la norma, en contra del criterio hermenéutico más correcto en este caso que consiste en atender la letra del precepto, al ser ésta la que establece las posibilidades y los límites de la interpretación porque, como señala la STSJ de Andalucía, de 25 de noviembre de 1996, el recurso a la

interpretación literal, es decir, la literalidad de la norma: «es el único apoyo que puede encontrar el intérprete de entre los citados en el artículo 3 del Código civil y al mismo no es suficiente con oponer una resolución del TEAC o una Circular de la DGT o un criterio personal del Inspector».

Ahora bien, si me han seguido hasta aquí y estoy seguro de que así ha sido, conviene advertir que tanto en este caso como en el anterior atinente a los resultados extraordinarios, la interpretación última de la Inspección, profundamente errónea en mi modesta opinión, dice haberse apoyado no tanto en la ley, que ya hemos visto que la ley no permite tales exégesis, cuanto en las conclusiones de la Comisión para el Análisis de los problemas de aplicación de la RIC. La cuestión, por lo tanto es si las conclusiones de dicha Comisión –en el hipotético caso de que la misma defendiese las tesis que aduce la Administración– pueden comportar una interpretación auténtica del artículo 27 de la Ley 19/1994 y, de ser así, si pueden aplicarse con efectos retroactivos. Tengo para mí que ambas interrogantes deben contestarse negativamente en contra de lo que afirma la AEAT.

Conforme a doctrina ya consolidada del Tribunal Supremo «se encuentra superada la tesis de que las normas que conceden beneficios tributarios deban aplicarse restrictivamente» (STS de 5 de marzo de 1988, RJ 1988/1649). Las normas que regulan dichos beneficios habrán de interpretarse (al igual que el resto de las normas tributarias) «con arreglo a los criterios admitidos en Derecho» (art. 23.1 LGT). Así lo ha señalado la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 18 de octubre de 1966, RJ 1966/4236). Y así se ha reconocido igualmente por la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, tan abundante y reiterada que ociosa resultaría la tarea de enumerarla. De ahí que la configuración que el legislador hizo de la RIC en el año 94, no pueda ser objeto ahora de una interpretación administrativa reduccionista o restrictiva –y, por ello, desfiguradora– de su alcance, sobre la base de las opiniones emitidas por una Comisión técnica, siete años después de la promulgación y entrada en vigor de la ley.

En mi opinión, la interpretación administrativa:

- No puede subvertir el sistema de fuentes del Derecho Tributario y apoyarse, sin más, en el Informe de una Comisión técnica, a la que parece dotarse de rango normativo, considerándola como única interpretación posible e, incluso, como interpretación auténtica de la Ley 19/1994. En muchas actas inspectoras el único apoyo legal a sus pretensiones liquidatorias descansa en las conclusiones de la citada Comisión de expertos.
- Pero es que tampoco puede dotarse a dicha interpretación de la Comisión de eficacia retroactiva, so pena de vulnerar las exigencias constitucionales de la seguridad jurídica y de la confianza legítima.
- Ni puede, por último, suplirse la voluntad del legislador, por imprecisa e indeterminada que ésta sea (máxime cuando el mantenimiento de esa imprecisión resulta consciente y querida por el propio legislador) por la simple voluntad (incluso bien intencionada) del órgano de la Administración que interpreta la norma o de una Comisión de Estudio.

El Informe de la Comisión para el análisis de los problemas de la aplicación de la RIC, supone una aportación técnica muy valiosa en la búsqueda de soluciones a las posibles controversias interpretativas que pudieran surgir entre la Administración y los particulares en la aplicación de las previsiones legales contenidas en el articulado de la Ley 19/1994. En modo alguno pretendo minimizar la labor llevada a cabo por esa Comisión, pero su Informe tiene una eficacia jurídica muy limitada puesto que sus conclusiones, además de necesariamente prospectivas, es decir, con virtualidad únicamente pro futuro, no pueden suponer una suerte de interpretación auténtica de la ley.

Al establecer el orden de las fuentes por las que habrán de regirse los tributos, el artículo 9.1 de la LGT alude en el inciso final de su letra d) (tras las leyes y los reglamentos) a las «Órdenes del Ministro de Hacienda publicadas en el Boletín Oficial del Estado». Para nada menciona la LGT entre las fuentes normativas de los tributos a las Resoluciones, Circulares, Instrucciones o Informes emitidos por Órganos inferiores de la Administración. Por si alguna duda hubiere, el artículo 18 de la propia LGT dispone que «la facultad de dictar disposiciones interpretativas o aclaratorias de las leyes y demás disposiciones en materia tributaria corresponde privativamente al Ministro de Hacienda, quien la ejercerá mediante Orden publicada en el Boletín Oficial del Estado». El propio artículo 18 se encarga de especificar, en su apartado 2.º, que tales «disposiciones interpretativas o aclaratorias» del Ministro de Hacienda, carecen de carácter y eficacia normativa directa para los administrados ni siquiera para los Órganos económico-administrativos.

Sin embargo, y pese a la claridad del sistema de fuentes en materia tributaria, legalmente establecido desde el año 1963, sorprende la extraordinaria diversidad y proliferación de Resoluciones, Instrucciones, Circulares, Informes, etc., procedentes de los más dispares órganos de la Administración Tributaria (Secretaría de Estado, Dirección General de Tributos...), de la propia Agencia Tributaria (de su Presidente, de su Director General, de los Directores de los distintos Departamentos...) o, como en este caso ocurre, de Comisiones de estudio creadas, *ad hoc*. Tal proliferación de manifestaciones ha llevado al Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 de febrero de 2001, a precisar las diferencias existentes entre las disposiciones interpretativas de carácter normativo y «el resto de actos o "supuestas" disposiciones (Circulares, Instrucciones, etc.) que, pese a su frecuencia en el ámbito tributario, dice el TS carecen de eficacia normativa *ad extra* de la propia Administración Tributaria, y si contuvieran mandatos imperativos atinentes al *status* tributario de los ciudadanos, habrían de tenerse por nulos y sin valor en cuanto a ellos pudiera afectar».

A la vista de cuanto precede, no es difícil concluir que el Informe de la Comisión para el análisis de la RIC ni goza de carácter normativo alguno ni tan siquiera puede considerarse «expresión de un mero parecer o criterio de la Administración», y en la medida en que la Inspección le otorga «eficacia normativa vinculante», transformando un simple parecer en «mandatos imperativos han de tenerse por nulos y sin valor alguno de conformidad con el sentir del Tribunal Supremo expresado en el FJ 4.º de la meritada STS de 10 de febrero de 2001.

Únicamente la ley habría resultado instrumento válido para operar la interpretación restrictiva propugnada por la Inspección si se considerara inconveniente la regulación promulgada en su momento. Y ello constituye un supuesto normal en nuestro sistema tributario, toda vez que atendi-

da la complejidad de la norma tributaria y sus dificultades interpretativas, en muchas ocasiones resulta necesario resolver las indeterminaciones o incluso aparentes contradicciones del legislador a través de la única fuente prevista a tal fin por nuestro ordenamiento, es decir, la propia ley. Por lo tanto, no promulgada reforma alguna del artículo 27 de la Ley 19/1994, ni operado ulterior desarrollo reglamentario del mismo que arroje pistas sobre el sentido último que a la ley hubiere de darse, no le cabe a la Administración más que guardar un escrupuloso respeto al mandato de la norma (SSTS de 6 de noviembre de 1984; 2 de octubre de 1987 y 25 de octubre de 1990).

Por lo mismo, tampoco procede, como queda dicho, dotar de eficacia retroactiva a las conclusiones emitidas por una Comisión técnica porque ni aun tratándose de verdaderas leyes de carácter aclaratorio o interpretativo, podría en la actualidad asegurarse, sin más, su eficacia retroactiva, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional manifestada en sus Sentencias 12/1982, de 20 de octubre, y 41/1983, de 31 de mayo. Y si tal es la solución en el caso de la interpretación auténtica realizada nada menos que a través de una norma jurídica, no vemos –con mucha más razón– como puede sostenerse otra cosa en el caso de las consideraciones de un Informe rendido por una Comisión compuesta por funcionarios del Ministerio de Hacienda y otros prestigiosos profesionales del ámbito de la fiscalidad.

Probablemente existían –y a día de hoy sigan existiendo– razones muy poderosas para no haber procedido a la reforma de la Ley 19/1994 o para no haberla desarrollado reglamentariamente (atendido el carácter del beneficio mismo, reputable como una ayuda de Estado), pero todos esos motivos no pueden cambiar un ápice esta realidad normativa: que las consideraciones vertidas en su Informe por la Comisión ni suponen una interpretación auténtica de la Ley 19/1994 ni, por ende, pueden tener virtualidad retroactiva alguna para aquellos casos en los que el sujeto pasivo se limitó a aplicar (interpretándolas en su recto sentido) las disposiciones contenidas en la referida ley.

Pero es más, ni siquiera en el caso de que el Ministro de Hacienda hubiera recurrido a la aprobación de una Orden Ministerial interpretativa bajo el amparo del artículo 18 de la LGT, podría defenderse otra solución, puesto que tal Orden únicamente tendría por objeto proporcionar a sus inferiores jerárquicos las pautas para una interpretación uniforme de aquellos preceptos normativos cuyo tenor literal suscitara algún viso de duda. Dicha Orden –nunca aprobada por el Ministro– hubiera supuesto a lo sumo una interpretación oficial del precepto por el Ministerio de Hacienda, pero nunca se trataría de una interpretación auténtica, y mucho menos podría retrotraer su eficacia nueve años atrás.

Repárese en que ya en 1927, la Dirección General de Rentas Públicas, en Circular núm. 6 (de 25 de mayo) advertía de la necesidad de «combatir tenazmente la idea, en algunos muy firme y arraigada, de que el funcionario administrativo tiene la misma libertad de juzgar que el judicial»; y frente a ello, subrayaba que la función de la Administración es «una función subordinada que se caracteriza precisamente por la aceptación obediente de las normas emanadas del Parlamento». Porque no es ocioso recordar que la creación del Derecho Tributario, cuando menos en los países donde rige el principio de legalidad en materia tributaria, está reservada al Parlamento y no a la Administración, otra cosa además haría buena la frase de MAX WEBER al advertir que

cuando los políticos carecen de carisma el burócrata tiende a convertirse en un dictador. Es más debe garantizarse que la potestad interpretativa quede encauzada dentro del ámbito definido por la ley tributaria, pues de otro modo se estaría abriendo una enorme brecha en la reserva de ley, permitiendo a la Administración penetrar libremente en el campo acotado por ésta. En tal sentido conviene no perder de vista la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, en sus Sentencias 6/83, 19/87, 185/95 y 233/99, ha recordado que el principio de legalidad también implica un mandato explícito para que el legislador regule suficientemente las materias que se encuentran cubiertas por dicha reserva, declarando que corresponde únicamente a aquél establecer las reglas precisas que hagan previsible al interesado los límites que pueden venir impuestos a sus derechos, puesto que cuando tal mandato se incumple y se deja en manos de la Administración la delimitación de tales límites se están vulnerando las exigencias constitucionales de la reserva de ley y, por ende, de la seguridad jurídica.

II.3. El problema constituido por los incumplimientos formales.

Bien ¿Y qué decir del férreo intento de la Inspección por negar derechos materiales cuando se vulnera levemente o se incumple alguna mínima obligación formal por nimia que ésta sea? Por ejemplo, el retraso de un solo día en el diligenciado de los libros de contabilidad que puede acarrear la pérdida de una dotación a la RIC de varios cientos de miles de euros. A ello, si me lo permiten, voy a dedicar estos pocos minutos que me restan de intervención esperando no abusar de su amabilidad y paciencia.

Una verdadera adoración por lo formal es patente en las interpretaciones que realizan las distintas instancias de la Administración Tributaria, que tienden en demasía al procedimentalismo y al leguylismo como típica huida de la responsabilidad de toda burocracia. Es claro que la ley está por encima de los hombres y de sus ocurrencias y que el fundamento histórico de la justicia administrativa encuentra su propia génesis en la instauración de una forma de gobierno que ponga a la ley por encima del hombre, pues como dijera ROUSSEAU «un pueblo libre obedece, pero no sirve; tiene jefes, pero no dueños; obedece a las leyes, pero nada más que a las leyes y es por fuerza de las leyes por lo que no obedece a los hombres».

Ahora bien, la condición de que la sujeción a la ley, es decir, el respeto al principio de legalidad responda a los parámetros de tan justa concepción, pasa inevitablemente por el estricto cumplimiento de un solo postulado: de la responsabilidad del funcionario encargado de aplicar la norma en cuestión. En la actualidad resulta imposible pensar que el capricho de la Administración pueda ser, en la práctica, una fuente del Derecho porque ello chocaría con los más elementales principios de nuestro sistema jurídico. Ahora bien, con una frecuencia no precisamente menor, el funcionario encargado de aplicar la norma la interpreta desde postulados que no son precisamente los sustanciales y otro tanto, por qué no decirlo, hace el contribuyente en su deseo de minimizar su factura fiscal. En ambos casos se utilizan criterios interpretativos equivocados porque persiguen un resultado prede-

Ello no es sino una muestra más de la prostitución del Derecho que además coadyuva a su más rotundo fracaso, puesto que los resultados interpretativos no deben medirse desde el beneficio, provecho o utilidad inmediata que la decisión interpretativa final suponga para alguna de las partes implicadas, sino por la utilidad objetiva que haga a tales decisiones justas y objetivamente comprensibles. Una interpretación puede satisfacer la pretensión del contribuyente o, por el contrario, puede reconocer la legitimidad de una decisión de la Administración, pero si sus concepciones no guardan correspondencia con un criterio de justicia, para aceptarlas o rechazarlas, o si la argumentación es irreconocible para las partes, ese provecho será efímero y no contribuirá a la consolidación y desarrollo de los valores constitucionales que se verán como extraños a esa interpretación no correspondida.

Por ejemplo, otorgar la máxima importancia a un pequeño incumplimiento formal previsto en la norma, supone que la Administración Tributaria renuncia desde su mismo inicio a una comprensión correcta de la norma jurídica. Se prescinde de una interpretación adecuada (en tanto que razonada y razonable) aferrándose, no ya a una literalidad que produce consecuencias inadmisibles para cualquiera dotado del más mínimo sentido común, sino a un entendimiento absolutamente erróneo de la letra misma de la norma que se dice interpretar. En la mayoría de estos supuestos con relación a la RIC, la Administración no trata de prescindir de la norma para idear otras reglas, sino cabalmente de lo contrario, tenerlas en cuenta mucho más de lo que resultaría razonable desde el punto de vista hermenéutico para comprenderlas hiperbólicamente, sin reparar en el hecho de que una norma no es sólo una proposición lingüística, sino, ante todo un pequeño mojón en el camino de la justa convivencia. Porque, aunque no podamos definir en términos precisos qué es lo justo sí en cambio podemos afirmar que quien expulsa de su mundo a la justicia deja automáticamente de ser un jurista para convertirse en un vulgar leguleyo.

Ante tales interpretaciones administrativas, rabiosamente formales y que niegan toda virtualidad al beneficio de la RIC, no es extraño que el contribuyente, inerme frente a una inseguridad jurídica nada desdeñable, tenga la sensación de que desde el púlpito administrativo se imparten órdenes. A lo que ciertamente coadyuva la ausencia de controles sobre la calidad jurídica de los argumentos a los que el funcionario recurre –por descabellados que éstos sean– apoyándose en una mal entendida independencia (mal concebida y por ello mal vigilada) que a lo que únicamente contribuye es a fomentar la controversia, romper la paz social, generar costes de incommensurable cuantía y a quebrar la confianza del ciudadano en el ordenamiento, esterilizando toda la labor previa de adhesión al sistema fiscal. A ello se han referido –en una magnífica monografía titulada «Revisión de actos y solución de conflictos tributarios»– nada menos que dos Abogados del Estado (DE LA NUEZ SÁNCHEZ CASCADO y PÉREZ TORRES), denunciando las nefastas consecuencias que comporta tal estado de cosas y la enorme litigiosidad que a su través se genera.

Asistimos en la aplicación de la RIC a una nueva interpretación administrativa de inspiración fenomenológica y subjetivista que toma como criterios rectores últimos el interés recaudatorio y la distribución del trabajo de los funcionarios al servicio de la Hacienda Pública y del cumplimiento

de sus objetivos inspectores. Sobre tal peligro subjetivista ya advirtió GADAMER, cuando señalaba que «toda interpretación correcta tiene que protegerse contra la arbitrariedad de las ocurrencias y contra la limitación de los hábitos imperceptibles del pensar».

Pero entonces, ¿puede ser verdad que las normas sirven sólo al criterio personal del funcionario encargado de aplicarlas? o ¿qué el inspector actuario sabe que, como dijera VON BÜLOW, la ley es una norma inacabada, un proyecto que por sí mismo no vale para resolver los conflictos, necesitando para ello de ulteriores concreciones? ¿Es que los argumentos pueden retorcerse hasta el límite de lo útil según el capricho de aquel encargado de aplicarlas? Cuando la Administración recurre a la interpretación formalista de la norma no busca la objetiva aplicación de la misma, esto es, no busca la solución justa querida por la ley, sino que busca la satisfacción de sus propios intereses, que son los que predeterminan de antemano el objeto de su pretensión. En consecuencia, lo que está buscando no es una respuesta legal correcta, sino la justificación jurídica de la solución que tiene ya decidida de antemano. Pero con tal planteamiento se arriba a un final desolador: el procedimiento, como con finura han señalado los profesores NIETO y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ se convierte necesariamente en un devenir de actos que se desenvuelve como un duelo sin sentido, con un enorme coste social y económico y a la postre como un fraude de enormes proporciones, donde el incorrecto impulso inicial adoptado por la Administración hace que las partes actúen como profesionales de la pugna, mitad ignorantes, mitad tramposos intentando hacer decir a las leyes lo que conviene a sus intereses, por más que se oculten bajo el pomposo título del interés general o del interés público. Con tan desencarnada descripción de los hechos quiere ponerse de relieve, siguen señalando los referidos autores, con que desprecio tratan a la ley los propios órganos encargados de aplicarla, así como la poca reverencia que le tienen y en tales condiciones hablar del «imperio de la ley que consagra la voluntad popular –como sin empacho alguno proclama el preámbulo de la Constitución– más que una broma, es simplemente un escarnio.

Sobre la subjetividad en la interpretación y aplicación del Derecho por parte de la Administración Tributaria poco más puede decirse, pues de contrario si algún funcionario de la AEAT de Canarias se hallase presente en esta Sala se me advertiría que el uso de los cánones interpretativos permite llegar a distintas conclusiones. Nada que objetar. Como jurista lo acepto sin ninguna reserva. Utilizando el método literal la Administración puede llegar a una conclusión X, mientras que el contribuyente llega a la conclusión Y porque ha utilizado el método teleológico. Probablemente a ninguno podremos reprochar nada porque ambos criterios interpretativos como técnicas jurídicas son admisibles, pero tampoco puede negarse que si el inspector utilizó el método literal es porque precisamente buscaba el resultado X y estaba en la seguridad de que con tal método llegaría a tal conclusión, porque si hubiera querido el resultado Y hubiera acudido al método teleológico, al que recurrió precisamente su antagonista. Ésa es la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad porque bajo argumentos de pretendida objetividad no hay con frecuencia más que pasiones o intereses personales. Y eso es algo que los apasionados y los interesados no pueden soportar que se les diga.

Poco importa que por medio de tan parciales interpretaciones se vulnere la buena fe del contribuyente, al que, en todo caso, habrá de aplicársele la norma, sea en un sentido o en otro –dirá el funcionario de turno– y nada que objetar si a su través se dice satisfacer el beneficio de

un difuso e indemostrable interés general. Y poco importa también –seguiría diciendo el funcionario– si se produce la quiebra de algún pequeño derecho individual incomparablemente menos importante que la «altura de la misión gestora encomendada»: la santa recaudación. Tan pragmático criterio ignora, sin embargo, la verdadera misión y la grandeza del Derecho. Sin recurrir al empleo de las grandes palabras, que cuando se usan resultan muchas veces traicionadas, bastaría repetir una vez más la frase de IHERING según la cual «el hombre lucha por el Derecho todo defendiendo su pequeño derecho personal en el reducidísimo espacio en el que lo ejerce», de lo que inmediatamente puede inferirse que la comunidad que menosprecia ese pequeñísimo Derecho individual, está despreciando, como ha señalado FERREIRO, su propia organización social y las ideas que presiden su normativa, y revelando el poco aprecio que siente hacia sí misma porque no reconoce ni en ella ni en su organización nada merecedor de ser defendido, valorado y conservado.

Es verdad que la mácula de toda ciencia social, entre ellas la ciencia del Derecho, es precisamente la de la incerteza. Pero dicho esto, también es igualmente cierto que la aspiración a la seguridad jurídica se hace especialmente sensible en el seno del Derecho Financiero y Tributario, puesto que como ya dijera A. SMITH, el impuesto que cada individuo está obligado a pagar debe ser cierto y no arbitrario, así como el tiempo de pago y su forma de hacerlo. Tan importante era este aspecto para A. SMITH que, en su opinión, un grado muy considerable de desigualdad no era tan peligroso como un pequeñísimo atisbo de incertidumbre.

Sabemos ya de antemano con KELSEN que toda norma, aun la más depurada técnicamente, incorpora elementos de indeterminación en su contenido y elementos de discrecionalidad en su aplicación; el lenguaje del Derecho pertenece a un ámbito de la actividad humana que propicia, y se convierte en causa de conflictos y contiendas. Empezando por el lenguaje legislativo, habrá que reconocer que su destino aboca a la imperfección, puesto que, forzado a depender de una estructura lingüística generalista, está llamado a marcar pautas de conductas particulares, no siempre encajables en los parámetros normativos. Incluso, ese propio formato generalista, a veces, no resulta afortunado. Esto explica que buen número de problemas judiciales se deban a disparidades interpretativas de las normas aplicables a los casos debatidos, porque el lenguaje del Derecho es, de todos los lenguajes, el que menos queda independizado del pensamiento que lo produjo, porque, ni se convierte en un fin en sí mismo, como el lenguaje puramente literario, ni cuenta con el rigor propio de los lenguajes de las ciencias menos dependientes de los hombres, como son las ciencias exactas, las físicas o las naturales. En el lenguaje del Derecho no siempre lo que se ha dicho es lo que se ha querido decir.

Todo ello es efectivamente cierto, pero también sabemos que, como dijera MONTESQUIEU, «el estilo de las leyes ha de ser conciso y sencillo; la expresión directa se entiende siempre mejor que la expresión complicada. Cuando el estilo de las leyes es enfático, se las considera como una obra de ostentación (...) Es esencial que las palabras de las leyes evoquen a todos las mismas ideas. Cuando en una ley, se han fijado bien los conceptos de las cosas, no se convierten en expresiones vagas (...) Las leyes no han de ser sutiles; se hacen para gente de mediocre entendimiento: no son un ejercicio de lógica, sino el razonamiento simple de un padre de familia».

Pero nada de eso acontece en el mundo del Derecho Tributario actual donde reinan la arbitrariedad y el crecimiento salvaje, la hipertrofia normativa, el frenesí en el cambio sin que exista una concepción de lo que desea cambiarse, en definitiva, la polución legislativa. La leyes reguladoras de los distintos impuestos contienen preceptos que, no me duelen prendas reconocerlo, los juristas especializados, como ha señalado TIPKE, sólo comprenden en momentos de «especial inspiración».

Si a todo ello le sumamos la multiplicidad de criterios administrativos que pueden surgir al calor de las ambigüedades de la norma y que la posibilidad de que la pregunta o la consulta del contribuyente a la Administración no vincule a ésta en su respuesta, llegaremos a la conclusión de que la seguridad no es precisamente una nota distintiva del Derecho Tributario actual. Los criterios de la DGT no vinculan habitualmente a los órganos inspectores que suelen guiarse por sus propios criterios si los de la DGT no fueran de su agrado, criterios a los que habría de añadirse los de cada uno de los Departamentos en los que se divide la AEAT, los numerosos informes de la Abogacía del Estado, y los plúrimos criterios de los TEAR y del propio TEAC, para acabar en la interpretación particular libre y personal del Inspector de turno.

En esta inseguridad jurídica motivada por la glorificación de lo formal se ha pretendido atisbar la resurrección de las tesis de la relación de poder en el ámbito tributario donde lo decisivo no es ya tanto lo que dice la ley, sino la voluntad del funcionario manifestada en una orden: poder ordenar y tener que obedecer. Y que ha tenido respaldo en la legislación más reciente, volcada en la atribución de más y más poderes a la Administración. Pero ello, como contrapartida ha implicado que el Derecho Tributario no asuma su verdadero papel de instrumento necesario en la resolución de conflictos sociales, sino como un instrumento de provocación de los mismos. Dando la vuelta a la frase de BACON, el poder se ha transformado en la fuente del conocimiento, porque como dijera LEWIS CARROLL, en su «Alicia en el país de las Maravillas», quien manda es quien decide cuál es la interpretación correcta.

Sin embargo yo me resisto a creer que, como dijera ERNST BLOCH el Derecho sea «la política del poder» o la «voluntad de eternizar una relación de poder» como sostuvo NIETZSCHE o simplemente que el Derecho sea «una mujerzuela, que se deja seducir por quienquiera que sepa sonar bien las espuelas y arrastrar el sable» como apuntó en su día GANIVET. Y siempre me horrorizó lo que señaló el propio NIETZSCHE al exponer su idea sobre el origen de la justicia, quien, refiriéndose a un pasaje del diálogo entre los embajadores de Atenas y de Milos apostilló: «Sabéis tan bien como nosotros, que tal como va el mundo, la justicia no existe más que entre iguales en poder; que los fuertes hacen lo que quieren, y los débiles sufren lo que tienen que sufrir».

Ahora bien, resulta profundamente contradictorio una legislación dirigida a impulsar, potenciar y ampliar el poder, la iniciativa y el margen de decisión de la Administración Tributaria con una realidad que apela a los contribuyentes como única fuerza motora de su viabilidad. Si además se tienen en cuenta otros factores como el nivel de incentivos económicos y retributivos de los funcionarios o el peso mínimo de la deuda tributaria descubierta a contribuyentes que se mantienen ocultos

y que nunca son aflorados por la Administración, podemos hacernos una idea de los problemas prácticos que la aplicación del Derecho Tributario comporta y que la aplicación de la RIC implica. Tal es el caso de la inseguridad jurídica que genera la interpretación formal de unas normas que en manos de una Administración tan robustecida de poderes acaba confundiendo a los contribuyentes que deben convertirse de esta forma no ya en conocedores del mandato contenido en la norma, cosa esta extraordinariamente difícil, sino también en sabedores de las tesis que aplicará la Inspección y aun en precavidos adivinos de la antítesis que deberán defender si deciden aplicar finalmente la norma según su propio criterio inicial.

Y claro, con estas cartas y con estas reglas de juego no hay jugador, por bueno que sea, que pueda ganar la partida. Al menos en un momento inicial que puede durar como mínimo tres o cuatro años hasta tanto la controversia no llega a los Tribunales de Justicia. Porque mientras llega ese momento, han de vivir los contribuyentes bajo el signo de la vieja sentencia de HERODOTO: «No es posible evitar lo que los dioses han decretado, más lo peor de las desdichas humanas es, seguramente, poseer el conocimiento de lo verdadero y carecer de la fuerza necesaria para realizarlo». Sabemos cual es la interpretación correcta pero como decía un viejo aforismo de los estrados en esta vida no sólo hay que llevar razón sino saber defenderla y que los demás te la quieran reconocer.

Un simple retraso en la diligenciación de la documentación contable por parte de un profesional o de un empresario, no puede comportar la pérdida de los beneficios previstos por la RIC si, efectivamente, la inversión se dotó o materializó en plazo, pues aunque dicho deber forme parte de la carga que deben cumplimentar para el disfrute de dichos beneficios, la citada pérdida constituiría una respuesta desproporcionada, lesiva e incompatible con los principios constitucionales de legalidad, tipicidad, capacidad económica, proporcionalidad y tutela judicial efectiva. Es más, tal medida sería equivalente a una sanción de plano ayuna de cualquier mínima garantía constitucional, donde se acabaría impidiendo la prueba de la realidad material de los hechos en beneficio de una difusa prevención general de unas irregularidades no sustanciales. Tal sanción –no prevista expresamente por la norma sino fruto de la incorrecta interpretación del funcionario– comporta, a la postre, una omnímoda libertad con que la Administración en uno u otro caso puede adoptar la fatal decisión o no, es decir, aplicar la RIC o no, a despecho de los principios de igualdad de trato, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, convirtiéndose dicha facultad –insistimos, no prevista por la ley– en una auténtica lotería de consecuencias impredecibles a expensas del azar o de la malquerencia del funcionario.

La jurisprudencia, con meridiana claridad e indubitadamente, se inclina por otorgar preponderancia absoluta a la prueba de la realidad material existente sobre cualquier incumplimiento formal, incluso en aquellos casos de trasgresión no ya formal sino sustancial de las obligaciones contables y registrales, porque otra solución dañaría los principios de proporcionalidad, capacidad económica y tutela judicial efectiva. Las obligaciones formales son sólo medios para conseguir determinados fines, de manera que aquéllas tienen una legitimidad derivada al estar al servicio de éstos. Si a tales obligaciones formales se les otorga una primacía frente a cualquier otro criterio, se corre

el riesgo de dañar los objetivos que todos los impuestos personales persiguen, por lo que deben ponderarse los valores en conflicto y armonizar los intereses privados y públicos, procurando que la tutela de éstos comporte el menor sacrificio posible de aquéllos, máxime cuando, como ocurre en este caso, los primeros, es decir, los intereses privados, también encuentran expresa tutela constitucional. A tal efecto conviene recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (buena muestra de la cual es la Sentencia 14 de febrero de 1977) expresamente señala «la obligación de la Administración de aplicar el principio general de que cuando puede elegir entre varias formas de actuar para conseguir una finalidad determinada, deberá emplear precisamente aquella que resulte menos lesiva a los intereses de los administrados».

Una interpretación administrativa que menoscabe la RIC en beneficio del acabado cumplimiento de las obligaciones formales comporta una percepción errónea del deber de contribuir plasmado en la Norma Constitucional porque la exención o el beneficio fiscal, como forma que adquiere en determinados supuestos ese deber, ha de conducir a que en su aplicación prevalezca en todo momento el diseño que la ley ha pretendido y no se malogre en aras de un desmedido formalismo jurídico mal entendido. El adecuado respeto a los principios de capacidad económica y tutela judicial efectiva exigen que el contribuyente no vea nunca cercenadas sus posibilidades de probar la realidad acaecida y el resto de circunstancias concurrentes, sin perjuicio, claro está, de que la vulneración de las obligaciones formales contables o tributarias o la emisión de documentación incorrecta o defectuosa lo hagan acreedor a las sanciones correspondientes atemperadas, en su caso, por el principio de proporcionalidad.

El interés tutelado por la norma que establece la RIC no puede ser ignorado por la Administración toda vez que dicho interés ya no es estrictamente privado, es decir, no es particular del contribuyente ni del empresario, sino que es un interés eminentemente público, estatal y por eso fue asumido y plasmado por la propia ley. La jurisprudencia y la propia doctrina administrativa admiten la deducibilidad de los gastos cuya documentación registral no exista o adolezca de defectos siempre que pueda probarse su realización, pues lo contrario comportaría un radical desconocimiento del deber constitucional de contribuir y, en última instancia, una radical vulneración del ordenamiento jurídico, fruto de la inversión axial entre aspectos formales y sustanciales y de la consiguiente subordinación de estos últimos a los primeros.

Incluso en el caso de la máxima desatención de las diversas obligaciones formales de inscripción contable, facturación y registro no se puede prescindir de la búsqueda efectiva de la verdadera base imponible del sujeto pasivo, puesto que las anomalías contables sustanciales y los graves incumplimientos formales no permiten a la Administración la aplicación de una base imponible alejada de la realidad económico-patrimonial del contribuyente. De esta manera, el resultado de la estimación indirecta de la base imponible debe aproximarse lo máximo posible al rendimiento neto que se hubiera fijado de aplicarse el régimen directo de determinación de aquélla. Por eso, existente la prueba de la dotación y materialización de la RIC y al alcance de la Administración Tributaria o del contribuyente, ésta no puede ser ignorada en modo alguno. Otra cosa equivaldría a dañar el princi-

pio de igualdad que sería francamente violado si se tratase de forma más favorable al que elude por completo o absolutamente el cumplimiento de sus obligaciones formales –a los que se aplicaría estimación indirecta pero con reconocimiento de cualquier gasto o beneficio fiscal demostrable– que aquél que las incumple sólo en parte –al que, en opinión de la Inspección, se le giraría una estimación directa y la imposibilidad de aplicar la RIC–.

Debe defenderse, tanto en el régimen de estimación indirecta como en el método de determinación directa de la base imponible, la relevancia de los gastos e inversiones efectivamente materializados –por supuesto, siempre que tal extremo pueda probarse–, frente a un pretendido sistema de prueba tasada que legitimaría la tendencia de la Administración a utilizar los deberes formales de contabilización y registro en beneficio de la construcción de unas bases imposables aparentes, alejadas de la realidad de los hechos y de la verdadera capacidad económica del sujeto pasivo.

Si el objetivo último de la diligenciación y legalización de los libros contables responde básicamente a la doble finalidad de que el sujeto pasivo reconozca como suyos los libros y que se dificulte la sustitución de unas hojas por otras, el retraso del contribuyente en la práctica de esa diligenciación o legalización puede inclinar a la Administración Tributaria a sospechar de la verdadera fecha de los libros, dado el carácter jurídico-privado que reviste la contabilidad. Ahora bien, el rechazo de la documentación contable en ese caso no puede ser automático, toda vez que resulta de necesaria aplicación la doctrina civil sobre el documento privado y su fecha. En tal sentido, el propio Tribunal Supremo ha declarado que el artículo 1.227 del Código Civil no contiene una presunción inatacable desde el punto de vista del derecho a la prueba –como defiende la Administración–. Por lo tanto, resulta de todo punto incorrecto el argumento en virtud del cual la contabilidad presentada ante la Administración Tributaria que haya sufrido retraso en su legalización, no hace prueba de su fecha sino desde el mismo momento de su presentación ante la Inspección, pues la presunción contenida en el referido artículo 1.227 del Código Civil contiene simplemente una presunción relativa que debe ceder ante otro tipo de pruebas como, por ejemplo, la comprobación material de la efectividad de la inversión, la facturación, los movimientos bancarios, las declaraciones trimestrales de IVA o de retenciones y pagos fraccionados, los declaraciones resúmenes anuales, etc.

Como apunta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 13 de abril de 1993, y con ello concluyo, «el simple cumplimiento formal por parte del sujeto pasivo de sus obligaciones contables y fiscales no impide que la Inspección lleve a cabo y realice la labor de comprobación pertinente». De la misma manera, y en justa reciprocidad, ha de permitirse al contribuyente poco diligente en la cumplimentación de las obligaciones formales, determinar con seguridad su verdadera base imponible, sin perjuicio de los efectos colaterales que pueden derivarse de dichos incumplimientos (sanciones, presunciones acerca de la verdadera fecha de la contabilidad presentada, etc.). Otra solución comportaría la prevalencia de criterios marcadamente fiscalistas o recaudatorios en la resolución de las controversias entre Administración y contribuyentes, dando por bueno un injusti-

ficable exceso de celo por parte de aquélla y elevando los requisitos formales para el goce de la RIC a una especie de condición absoluta y dirimente. Al fin y al cabo, el Derecho Tributario, como rama del Derecho de las Administraciones Públicas debe garantizar un equilibrio –difícil, pero posible– entre garantías y privilegios, habida cuenta que todos los problemas del Derecho Público, todos, también el de la RIC, consisten, como ha señalado GARCÍA DE ENTERRIA, en buscar ese equilibrio, asegurarlo cuando se ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido, porque se trata de perseguir la cabal consecución del interés general, sin menoscabo de las situaciones jurídicas, igualmente respetables, de los contribuyentes.

Muchas gracias por su atención, por su cortesía y por su paciencia.

TRIBUTACIÓN	LAS PRESTACIONES DE SUPERVIVENCIA DE LOS SEGUROS DE VIDA COMO GENERADORES DE RENDIMIENTOS DEL CAPITAL MOBILIARIO. (ESTUDIO FINANCIERO DE SU FISCALIDAD EN EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2004 QUE REGULA EL IRPF)	Núm. 48/2004
-------------	---	------------------------

JORGE DE ANDRÉS SÁNCHEZ

*Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Departamento
de Gestión de Empresas. Universidad Rovira i Virgili*

Extracto:

EN este trabajo se analiza, desde una vertiente financiera, la repercusión de las normas reguladoras del IRPF vigente en el 2004 –que se concretan básicamente en el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Real Decreto 214/1999, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas– en los seguros de vida con prestación por supervivencia. En primer lugar, se analiza el impacto de la actual normativa fiscal sobre las rentas de supervivencia inmediatas, que pueden ser un producto de ahorro alternativo a otros que generan rendimientos periódicos. El segundo aspecto analizado es la tributación del seguro como instrumento de ahorro sistemático complementario a las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación o situación asimilable. Desde este segundo punto de vista, son objeto de análisis la tributación de los seguros en la modalidad de capital diferido y de las rentas diferidas de supervivencia.

Sumario:

1. Introducción.
2. Determinación de las primas y la rentabilidad de un seguro de vida.
3. Determinación de las cuantías objeto de gravamen en los capitales y rentas de supervivencia.
 - 3.1. Determinación de las cuantías objeto de gravamen en prestaciones en forma de capital.
 - 3.1.1. Capital diferido a prima única.
 - 3.1.2. Capital diferido a prima periódica.
 - 3.2. Determinación de las cuantías gravadas en seguros con prestaciones en forma de renta.
 - 3.2.1. Rentas inmediatas.
 - 3.2.2. Rentas diferidas.
 - 3.2.2.1. Régimen general.
 - 3.2.2.2. Régimen especial.
4. Análisis financiero-fiscal de determinados aspectos de los seguros de vida como producto de ahorro y de previsión.
 - 4.1. Análisis de las rentas de supervivencia inmediatas.
 - 4.2. Análisis del seguro de vida como instrumento de ahorro sistemático para la jubilación.
5. Conclusiones.

Bibliografía.

Anexo 1. Análisis financiero-fiscal de las rentas de supervivencia inmediatas.

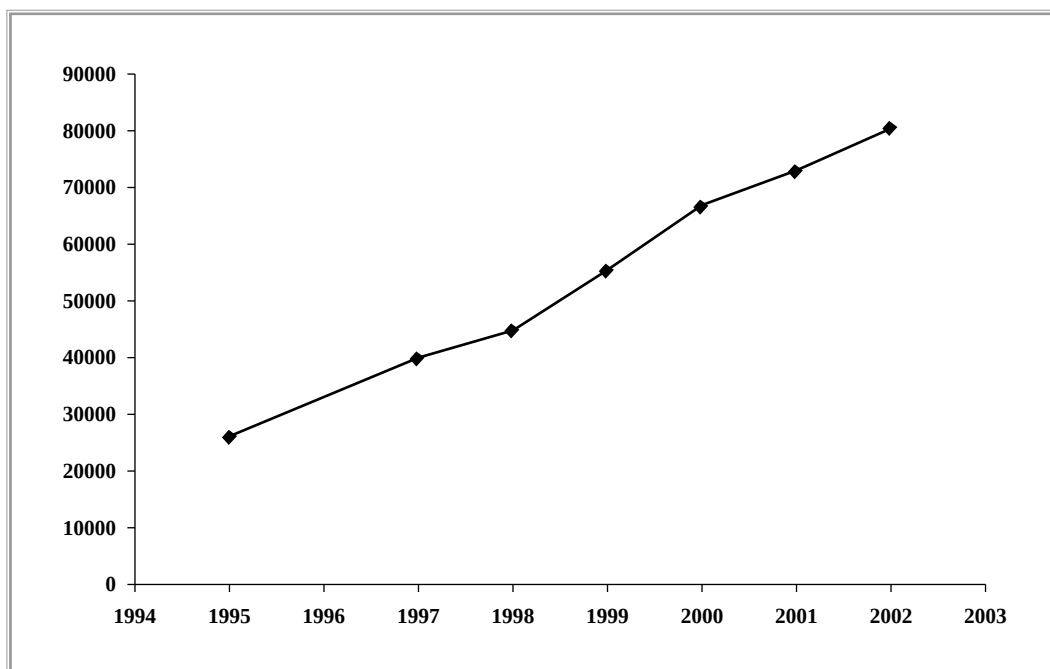
Anexo 2. Análisis financiero-fiscal del seguro de vida como instrumento de ahorro sistemático para la jubilación.

1. INTRODUCCIÓN

Los seguros de vida, a pesar de no ser el instrumento habitual de ahorro familiar como los depósitos, los fondos de inversión o las acciones, está teniendo cada vez una mayor aceptación, de tal forma que la proporción que suponen provisiones matemáticas de las aseguradoras dentro del ahorro familiar ha tenido un lento pero sólido crecimiento durante los últimos años, tal como evidencia el **gráfico 1**. Así, las provisiones matemáticas en nuestro país han crecido desde 1995 hasta el 2002 prácticamente un 250%. Ello no es ajeno a fenómenos como la necesidad, cada vez más patente, de complementar las prestaciones de jubilación de la Seguridad Social con ahorro individual, el éxito de los *unit linked* como vehículo de inversión en los fondos de inversión.

Desde el punto de vista del ahorro a medio o largo plazo, el tratamiento fiscal del seguro en forma de capital diferido es más beneficioso que el de los depósitos a plazo con pago de interés al vencimiento y, generalmente, también es mejor que el de los fondos de inversión, sobre todo si el horizonte planificador supera los 5 años. Sin embargo, si se desea una remuneración periódica de la imposición, las rentas de supervivencia inmediatas pueden ser una alternativa a otras formas de inversión como los depósitos a plazo con abono periódico de intereses, los fondos de inversión o la renta fija. En este trabajo analizaremos si las disposiciones tributarias vigentes en el 2004 –que emanan esencialmente del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas– repercuten en la rentabilidad final de dichas rentas únicamente en función de la tasa de gravamen del ahorrador, o bien, también repercuten de forma desigual según la edad del inversor (fenómeno básico en el funcionamiento de los seguros) siendo entonces la tributación de cada tipo de renta no equitativa respecto a la edad del asegurado.

Gráfico 1. Evolución de las provisiones del ramo de vida durante 1995-2002 (en millardos de €).



FUENTE: *Elaboración propia a partir de datos de UNESPA (2003).*

Por otra parte, los capitales y las rentas de supervivencia diferidas son instrumentos muy utilizados como forma de ahorro sistemática para la jubilación o situación asimilable –los conocidos planes de jubilación–. En este contexto, y desde un punto de vista fiscal, si bien los planes de pensiones presentan el atractivo inmediato de la deducción, hasta ciertos límites, de las aportaciones realizadas en la base imponible general del impuesto, en el momento de la jubilación, la tributación de las prestaciones es más favorable en los seguros de vida. Adicionalmente, los seguros de vida son instrumentos más líquidos que los planes de pensiones. Estas razones llevan a considerarlo como un instrumento de ahorro alternativo o al menos complementario de ahorro-jubilación a los planes de pensiones. Bajo esta perspectiva también abordaremos las siguientes cuestiones:

- a) La comparación del tratamiento fiscal de las prestaciones por jubilación en forma de capital frente a las prestaciones en forma de renta en los seguros de vida.
- b) La comparación de la tributación general de las rentas diferidas respecto a la especial para rentas que cubran la contingencia de jubilación o similar, de tal forma que podamos precisar si esta última es mejor.

En todos los casos, supondremos que los seguros de vida generan, desde el punto de vista tributario, rendimientos del capital mobiliario (RCM), es decir, no instrumentan compromisos por pensiones del empleador a favor de sus empleados. Asimismo, nuestro análisis tributario se ubica dentro del marco legal vigente en el 2004, estipulado básicamente por el Real Decreto Legislativo 3/2004 y el Real Decreto 214/1999. Un análisis panorámico de la repercusión y las distorsiones que produce la regulación del IRPF vigente en el 2004 sobre las decisiones de inversión en instrumentos financieros, pero con su redacción inicial, puede encontrarse en GARCÍA-VAQUERO (2000) y GONZÁLEZ-PÁRAMO y BÁDENES (1999, 2000).

Hemos estructurado el trabajo de la siguiente forma. En primer lugar expondremos la metodología que utilizaremos para valorar el impacto de la fiscalidad en los seguros de vida, basada en la valoración financiero-actuarial de los flujos que, teniendo en cuenta la tributación, proporcionan las tipologías de seguros analizadas. En el tercer epígrafe, exponemos detalladamente cómo se determina la parte de las prestaciones sujeta a tributación de los contratos que analizamos según el marco legal del IRPF vigente en el 2004. Finalmente, mediante un análisis de sensibilidad, estudiaremos la repercusión de las actuales disposiciones tributarias, sobre todo en las rentas de supervivencia. Como ya fue comentado, en nuestro trabajo adoptaremos dos perspectivas: la utilización de las rentas de supervivencia inmediatas como instrumento de ahorro convencional, y la utilización de los capitales y las rentas de supervivencia diferidas como instrumento de ahorro-jubilación.

2. DETERMINACIÓN DE LAS PRIMAS Y LA RENTABILIDAD DE UN SEGURO DE VIDA

El principio estático de equivalencia financiero-actuarial postula que el valor actual de la esperanza matemática de las primas debe coincidir en el valor actual de la esperanza matemática de los capitales que conforman las prestaciones. De esta forma, si las primas y prestaciones del seguro para un asegurado de edad x son, respectivamente, los capitales financieros $\{(P_r, t_r)\}_{r=1,2,\dots,n}$ y $\{(C_s, t'_s)\}_{s=1,2,\dots,m}$, y únicamente se contemplan prestaciones por supervivencia, se debe cumplir que la suma de los valores actuales de cada prima (la r -ésima es P_r) ponderados por su probabilidad de devengo, debe coincidir con la suma de los valores actuales de los capitales asegurados por supervivencia (el s -ésimo es C_s) que son corregidos, también, por su probabilidad de devengo:

$$\sum_{r=1}^n P_r (1+i)^{-t_r} {}_{t_r}p_x = \sum_{s=1}^m C_s (1+i)^{-t'_s} {}_{t'_s}p_x \quad [1]$$

En [1] i es el interés técnico o tipo de interés garantizado (viene a ser la «TAE» del seguro) y ${}_tp_x$ la probabilidad de que un individuo de edad x sobreviva t años. Si t son años enteros, dicha probabilidad es directamente deducible de las tablas de mortalidad utilizadas. En caso contrario deberá ser realizada una hipótesis sobre el comportamiento de la mortalidad dentro de cada edad, a este respecto, puede consultarse BOWERS *et al.* (1987). Así, a partir de [1] pueden determinarse las primas si se predefinen las prestaciones o viceversa.

Con un planteamiento análogo a [1], podemos determinar la rentabilidad *ex-ante* de un seguro de vida, teniendo en cuenta el hecho de la aleatoriedad de las cuantías que devengan. Esta metodología es utilizada por ejemplo en POZO y ZÚÑIGA (1994) o RUIZ y GARCÍA (1998). Si, en [1], incluimos las comisiones y los cobros y pagos asociados a la fiscalidad, las prestaciones y las primas, y ponderamos todas las cuantías por su probabilidad de ocurrencia, igualándose así el valor actual de los cobros y los pagos esperados; la incógnita a despejar es el tipo de interés que iguala el valor de los cobros y pagos esperados. Este tipo de interés es la rentabilidad financiero-fiscal del seguro.

El tratamiento que reciben las prestaciones por supervivencia es el de rendimientos del capital mobiliario ¹, estando sujeta a gravamen, únicamente, una parte de las prestaciones que se perciben. A raíz del Real Decreto 27/2003, la retención estipulada sobre la cuantía objeto de gravamen es del 15%, y se integra en la base imponible general del impuesto, tributando por tanto a la tasa marginal de dicha base. Así, si denominamos como G_s a la parte de la s -ésima prestación objeto de gravamen, la cuantía ex retención que se percibe tras cobrar la s -ésima prestación, C'_s es:

$$C'_s = C_s - 0,15 G_s \quad [2]$$

Por otra parte, en el momento de liquidación del IRPF, el pago fiscal que genera la prestación número s es, si notamos como g a la tasa marginal de gravamen del inversor:

$$F_s = G_s(g - 0,15) \quad [3]$$

Utilizando el principio estático de equivalencia financiero-actuarial [1], la rentabilidad financiero fiscal, i_f , será aquella tasa de interés que iguale el valor actual del valor esperado de los cobros y de los pagos que generará el contrato teniendo en cuenta los de carácter fiscal, es decir:

$$\sum_{r=0}^n P_r (1 + i_f)^{-t_r} {}_{t_r}p_x + \sum_{s=1}^m F_s (1 + i_f)^{-(t'_s + d_s)} {}_{t'_s}p_x = \sum_{s=1}^m C'_s (1 + i_f)^{-t'_s} {}_{t'_s}p_x \quad [4]$$

donde d_s es el intervalo de tiempo que transcurre desde la percepción de C_s hasta la liquidación correspondiente del IRPF.

¹ Es el tratamiento general, ya que si el seguro de vida instrumenta los compromisos por pensiones, invalidez, etc. adquiridos por el empresario hacia sus trabajadores, tributan como rendimientos del trabajo personal.

3. DETERMINACIÓN DE LAS CUANTÍAS OBJETO DE GRAVAMEN EN LOS CAPITALS Y RENTAS DE SUPERVIVENCIA

En este epígrafe se expone, según el ordenamiento fiscal vigente –que se concreta básicamente, en el Real Decreto Legislativo 3/2004, que regula la ley del IRPF y el Real Decreto 214/1999 que regula el reglamento del IRPF–, cómo determinar la cuantía gravada, G_s , en las prestaciones de supervivencia, necesaria para determinar los cobros y pagos después de impuestos en [2] y [3]. Supondremos que la contratación del seguro es posterior al 31-12-1994, no siendo aplicables, por tanto, las disposiciones transitorias quinta, sexta y séptima del Real Decreto Legislativo 3/2004.

3.1. Determinación de las cuantías objeto de gravamen en prestaciones en forma de capital.

3.1.1. Capital diferido a prima única.

En este caso, el asegurado, a cambio de una prima pagadera en el momento actual P , tiene derecho a percibir un capital C , t años después de iniciado el contrato en el caso en que sobreviva a dicho vencimiento, siendo entonces el rendimiento $C-P$. Según el artículo 94.2 a) y b) del Real Decreto Legislativo 3/2004, si $t \leq 2$ años, el rendimiento se minora en un 0%, un 40% si $2 < t \leq 5$ años y un 75% si $t > 5$ años.

3.1.2. Capital diferido a prima periódica.

El asegurado, en este caso, también cobra C u.m. si sobrevive t años, siendo en este caso las primas satisfechas, el conjunto de capitales financieros $\{(P_r, t_r)\}_{r=1,2,\dots,n}$. Si efectivamente se percibe (C, t) , el rendimiento obtenido del que debemos partir para determinar la cuantía objeto de gravamen es la diferencia entre el capital y las primas satisfechas, tal como se estipula en el artículo 23.3 a) del Real Decreto Legislativo 3/2004; es decir:

$$C - \sum_{r=1}^n P_r \quad [5]$$

Posteriormente a cada prima se le imputa una proporción de dicho rendimiento, siendo el correspondiente a la r -ésima prima: $\frac{P_r (t - t_r)}{\sum_{r=1}^n P_r (t - t_r)}$, tal como estipula el artículo 19.4 del Real Decreto

214/1999 que aprueba el reglamento del IRPF. Para hallar la cuantía gravada, deberemos aplicar las reducciones expuestas en 3.1.1. dependiendo del tiempo de permanencia de cada prima.

Sin embargo, en el caso en que la primera prima se hubiera satisfecho con una antelación de al menos 8 años y el tiempo medio de permanencia de las primas sea superior a 4 años, la base de tributación es [5] reducida en un 75%, tal como concretan el artículo 94.2 b) del Real Decreto

Legislativo 3/2004 y el artículo 19.2 del Real Decreto 214/1999. Dicho período de permanencia medio de las primas (*PPM*) viene dado por la media ponderada de la permanencia de cada prima por su montante, es decir:

$$PPM = \frac{\sum_{r=1}^n P_r (t - t_r)}{\sum_{r=1}^n P_r} \quad [6]$$

3.2. Determinación de las cuantías gravadas en seguros con prestaciones en forma de renta.

3.2.1. Rentas inmediatas.

En este caso, la cuantía objeto de gravamen es un determinado porcentaje de la cuantía de la renta, la cual, en las rentas vitalicias, dependerá de la edad en que se empiecen a percibir términos de la renta y en las rentas temporales, de su duración. Estas proporciones vienen dadas en el **cuadro 1** y se estipulan en el artículo 23.3 b) del Real Decreto Legislativo 3/2004.

CUADRO 1. PORCENTAJES QUE GRAVAN LOS TÉRMINOS DE LAS RENTAS DE SUPERVIVENCIA

Rentas vitalicias (porcentajes según edad en que se empiezan a percibir los términos)	Rentas temporales (porcentajes según la duración de las rentas)
* 45% menos de 40 años. * 40% entre 40 y 49 años. * 35% entre 50 y 59 años. * 25% entre 60 y 69 años. * 20% más de 69 años.	* 15% duración ≤ 5 años. * 25% duración > 5 años y ≤ 10 años. * 35% duración > 10 años y ≤ 15 años. * 42% duración > 15 años.

3.2.2. Rentas diferidas.

3.2.2.1. Régimen general.

En una renta diferida, desde que se inicia la operación hasta que se comienzan a cobrar los términos de la renta de supervivencia, transcurre un determinado número de años –el diferimiento de la renta, *d*–. Éste sería el caso de los planes de jubilación con prestaciones en forma de renta. Así, las cuantías objeto de gravamen son:

- a) Respecto a los términos de la renta, se aplican los mismos porcentajes en función de la duración, si es temporal, o en función de la edad en que se comienzan a percibir los términos de la renta, si es vitalicia, que los considerados para las rentas inmediatas.
- b) Adicionalmente, también debemos considerar como rendimiento del capital mobiliario la diferencia entre el valor financiero-actuarial de los términos de la renta en el momento de iniciarse ésta y la suma de las primas satisfechas, estando sujeta a gravamen la totalidad de la diferencia. Este rendimiento se distribuirá linealmente durante los 10 primeros años del cobro de la renta, si su duración es superior a 10 años, y durante su duración, si ésta es inferior. Si suponemos que la renta está diferida d años y que ésta es anual, el valor financiero-actuarial en el momento de constituirse la renta es:

$$V_d = \sum_{r=1}^m C_r (1+i)^{-r} {}_r p_{x+d} \quad [7]$$

y por tanto, también está sujeta a tributación la cuantía $V_d - \sum_{r=1}^m P_r$

3.2.2.2. Régimen especial.

En rentas cuyo fin es cubrir la situación de jubilación o similar, si el tiempo que media desde la primera prima hasta el inicio de la renta supera dos años y en ningún momento se ha rescatado parcialmente parte de las provisiones matemáticas a no ser por alguna causa de las permitidas en los planes de pensiones, no se tributa mientras los términos de la renta no superen la suma de las primas satisfechas. En el momento en que los términos de la renta excedan a las primas, la totalidad de los términos está sujeta a gravamen y, por tanto, se practicará una retención del 15% de su valor y se integrarán por su totalidad en la base del IRPF como rendimientos del capital mobiliario.

4. ANÁLISIS FINANCIERO-FISCAL DE DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS SEGUROS DE VIDA COMO PRODUCTO DE AHORRO Y DE PREVISIÓN

Las aplicaciones numéricas que efectuamos en los **anexos 1 y 2**, van destinadas a cuantificar el impacto de la fiscalidad en los seguros de vida, contemplándose, tal como se comentó en la introducción, las siguientes utilidades de éstos:

- a) Por una parte, las rentas de supervivencia inmediatas, que pueden ser una alternativa de inversión frente a otros productos financieros que ofrezcan rendimientos periódicos.
- b) Por otra parte, analizaremos el impacto de la fiscalidad cuando el contrato es utilizado como un plan sistemático de ahorro para la jubilación. En este caso realizaremos un análisis comparado de la rentabilidad después de impuestos si la percepción de la prestación se realiza en forma de capital o de renta y, en este segundo caso, analizamos hasta qué punto es más favorable la tributación especial expuesta en 3.2.2.2., que la fiscalidad general.

Para el cálculo de la rentabilidad financiero-fiscal hemos utilizado la expresión [4]. Con el fin de poder relativizar dicha rentabilidad con la que se obtendría en ausencia de fiscalidad, que sería el interés técnico, i , se ha calculado la ratio que denominaremos como r , que indicará el porcentaje de rentabilidad sobre el interés técnico, que se obtiene después de impuestos.

$$r = \frac{i_f}{i} \times 100 \quad [8]$$

4.1. Análisis de las rentas de supervivencia inmediatas.

En el **anexo 1** hallamos la ratio r para diversas rentas de supervivencia inmediatas, vencidas, anuales y constantes, obviándose el efecto del diferimiento entre las prestaciones y su liquidación del IRPF. En los cálculos hemos utilizado las tablas de mortalidad PEM del año 2000 para población masculina –y una rentabilidad antes de impuestos, es decir, un interés técnico de $i = 3,5\%$ –.

En las rentas vitalicias, el porcentaje que grava el término de las rentas disminuye conforme aumenta la edad en que comienza la percepción de la misma, para que el impacto de la fiscalidad sobre el rendimiento final de la renta sea neutral respecto a la edad, ya que a medida que aumenta la edad del rentista disminuye la duración de la renta. A grosso modo, podemos observar que este objetivo se cumple, y que la rentabilidad financiero fiscal de la renta únicamente depende de la tasa de gravamen del inversor. Sin embargo, y como era intuible por la disposición en tramos de dichos porcentajes, se observan algunas distorsiones:

- a) Dentro de las edades donde rige el mismo porcentaje, la proporción del interés técnico conseguido disminuye a medida que aumenta la edad del rentista, ya que en este caso, para una menor duración de la renta, se grava una misma proporción del término de la renta. Por supuesto, este efecto es más ostensible a medida que aumenta la tasa marginal del inversor.
- b) Podemos observar que en las edades en las que existe un salto en el porcentaje gravado, también existe un aumento ostensible de la ratio r , ya que la duración esperada de la renta entre edades consecutivas –por ejemplo 59 y 60 años–, es casi idéntica y, sin embargo, se grava un mayor porcentaje de los términos a los perceptores de edades inferiores. Obviamente, a medida que se incrementa la tasa de gravamen, este efecto es más acentuado, ya que dicha diferencia tiene mayor repercusión en la cuota tributaria finalmente satisfecha por el rentista.

Respecto a las rentas temporales, podemos observar que, al contrario que en el caso anterior, para individuos con una edad y una tasa de gravamen dadas, la disposición de los tramos que gravan los términos de dichas rentas no siempre permiten que la rentabilidad después de impuestos sea independiente de la duración, apareciendo en bastantes ocasiones diferencias sustanciales en la ratio de cobertura. Un análisis detallado del **cuadro 2** del **anexo 1** nos lleva a realizar los siguientes comentarios:

- a) Como el porcentaje gravado depende únicamente del número de años de duración del contrato, a medida que aumenta la edad del rentista, disminuye la ratio r , ya que la probabilidad de que se perciban efectivamente todos los términos de la renta es menor, y sin embargo, el porcentaje gravado es idéntico.
- b) El hecho de que el porcentaje gravado venga dado por tramos provoca que la rentabilidad financiero fiscal obtenida en rentas cuya duración está al final de un tramo sea sustancialmente superior a la conseguida para duraciones situadas al principio del siguiente tramo, ya que el incremento de la cuota tributaria en este caso no está justificado por el aumento del número de términos de la renta. Por supuesto, este efecto se acentúa a medida que aumenta la tasa de gravamen, de tal forma que se puede observar que para duraciones de 6 años, 11 años y 16 años, en tipos marginales del 48% o 45%, la rentabilidad financiero fiscal es prácticamente nula.

Comparando los resultados obtenidos en los **cuadros 1 y 2 del anexo 1**, podemos observar que las rentas temporales están discriminadas fiscalmente frente a las vitalicias. Ello se acentúa a medida que aumenta la edad del rentista, ya que disminuye la rentabilidad después de impuestos conseguida con la inversión en rentas temporales, mientras que permanece casi invariable en las vitalicias.

Asimismo, los porcentajes que gravan los términos de la renta según las actuales disposiciones tributarias provocan situaciones, cuanto menos, paradójicas. Así, para rentistas de edades elevadas (de 65 a 75 años), la proporción gravada de los términos de una renta temporal de 25 años o 30 años –duraciones que corresponderían prácticamente a los de una renta vitalicia– son del 42%. Sin embargo, si hubieran suscrito una renta vitalicia, el porcentaje de término que quedaría gravado hubiera sido únicamente el 25% o el 20%, respectivamente.

4.2. Análisis del seguro de vida como instrumento de ahorro sistemático para la jubilación.

En el **anexo 2** hallamos el valor del porcentaje del interés ofrecido por el asegurador después de impuestos para capitales y rentas pagaderas a partir de la edad jubilación del asegurado (65 años). En todos los casos hemos supuesto que las primas y las prestaciones son anuales y constantes. Las bases técnicas utilizadas son idénticas a las del **anexo 1**. Respecto a la tributación de las rentas, hemos considerado los dos posibles tratamientos fiscales aplicables.

Podemos observar que, en general, la fiscalidad favorece la percepción de la prestación en forma de capital respecto a una renta, con independencia de la forma de tributación que esté estipulada para estas últimas. Ello está claro en edades relativamente bajas (en nuestro caso, entre 35-45 años), para las cuales, únicamente se grava un 25% del rendimiento. Sin embargo, si el inicio del seguro está cercano a la jubilación –en nuestro caso, 60 años–, el rendimiento después de impuestos de las rentas y de los capitales es muy similar, ya que para las primeras la proporción del rendimiento gravado es mayor.

Por otra parte, remarcamos los siguientes aspectos del impacto del tratamiento fiscal de las rentas:

- a) Respecto a la tributación general, si bien, la proporción del tipo de interés técnico conseguida es muy similar en el caso de rentas temporales, sea cual sea su duración, es más favorable el tratamiento en el supuesto de rentas vitalicias, obteniéndose por tanto una mayor ratio r , lo cual confirma el peor tratamiento de las rentas temporales. Sin embargo, si se aplica la tributación estipulada para determinadas rentas de jubilación, no existe tanta divergencia.
- b) Si comparamos el porcentaje de interés técnico conseguido después de tributación aplicando el sistema general o aplicando el expuesto en 3.2.2.2., para rentas temporales, existe una ligera ventaja fiscal provocada por el diferimiento de la tributación con el tratamiento especial. Sin embargo, esta supuesta ventaja no es tal para las rentas vitalicias –podemos observar que r permanece inalterable e incluso disminuye con la tributación especial–, y por tanto, el favorable efecto que implica el diferimiento de la tributación queda totalmente compensado por el hecho de que, tras haber rebasado los términos de la renta a las primas, la totalidad de la renta está sujeta a gravamen, y no sólo el 25%.

5. CONCLUSIONES

La tributación del IRPF vigente desde el 2004 produce ciertas distorsiones en la rentabilidad de las rentas inmediatas. Por una parte, las rentas temporales quedan discriminadas respecto a las rentas vitalicias. Asimismo, la tributación actual penaliza a edades (en las rentas vitalicias) o duraciones (en las rentas temporales) situadas al principio de los tramos de las escalas frente a edades o duraciones inmediatamente anteriores.

Respecto al seguro de vida como instrumento de ahorro para la previsión de la jubilación, podemos observar que su tributación suele ser más benigna para los capitales que para las rentas de jubilación, sobre todo si el comienzo del seguro se produce en edades no cercanas a la jubilación. Por otra parte, hemos podido observar que la tributación especialmente estipulada para las rentas de jubilación mejora en exceso el tratamiento fiscal más general de las rentas diferidas en el caso de las rentas temporales, e incluso, en el caso de las rentas vitalicias, el resultado final que arroja dicho tratamiento puede ser peor que el tratamiento más general. Por tanto, podemos concluir que el hecho de que para acogerse a dicho tratamiento especial, un prerequisite es que la póliza no haya sido objeto de rescate parcial, la pérdida de liquidez inherente a este requisito disminuye aún más el atractivo de dicha tributación especial.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE, P.; SÁEZ, J. (1991): «Sobre la denominada "tasa de rentabilidad financiero-fiscal"», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, núm 67, págs. 465-487.
- BOWERS, N.L.; GERBER, H.U.; HICKMAN, J.C.; JONES, D.A.; NESBITT, C.J. (1986): *Actuarial Mathematics*. The Society of Actuaries. Itasca.
- BREALEY, R.A.; MYERS, S.C. (1993): *Fundamentos de financiación empresarial*. McGraw-Hill. Madrid.
- BROVERMAN, S. (1986): «The rate of return in life insurance and annuities», *Journal of Risk and Insurance*, núm 53, págs. 419-434.
- DE ANDRÉS, J.; BARBERÀ, M.G.; GARBAJOSA, M.J.; TERCEÑO, A. (2000): «Análisis financiero-fiscal de los unit linked como producto de ahorro alternativo a los fondos de inversión», *Previsión y Seguro*, núm 72, págs. 73-92.
- DOMÍNGUEZ, F. (1995): «Los planes de pensiones como nueva fórmula de ahorro previsión: una valoración desde la perspectiva de la planificación fiscal», *Hacienda Pública Española*, núm 133, págs. 33-61.
- GARCÍA, J.; RUIZ, M.V. (1998): «Los efectos impositivos sobre la rentabilidad de los planes de pensiones y los planes de jubilación», *Actualidad financiera*, abril, págs. 17-39.
- GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M. (1995): «Análisis comparado de la fiscalidad efectiva sobre los activos financieros en España», *Papeles de economía española*, núm 65, págs. 212-223.
- GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M. (1997): «Fiscalidad efectiva del ahorro financiero en España: evaluando las principales distorsiones», *Cuadernos de información económica*, núm 127, págs. 20-31.
- GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M; BADENES, N. (1999): «La fiscalidad del ahorro financiero y el principio de neutralidad: efectos de la reforma del IRPF de 1999», *Cuadernos de información económica*, núm 151, págs. 39-51.
- GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M; BADENES, N. (2000): *Los impuestos y las decisiones de ahorro e inversión de las familias*. FUNCAS. Madrid.
- ICEA (1999): *Incidencia del IRPF en los seguros de vida y los planes de pensiones*. Informe n.º 759. Asociación ICEA. Madrid.
- POZO, E.; ZÚÑIGA, J. (1994): *Análisis y formulación de operaciones financieras*. Esic. Madrid.
- REAL DECRETO 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del IRPF.
- REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- TERCEÑO, A.; SÁEZ, J.; BARBERÀ, G.; ORTÍ, F.; DE ANDRÉS, J.; BELVIS, C. (1997): *Matemática Financiera*. Pirámide. Madrid.
- WOLTHUIS, H.H. y VAN HOEK, I. (1986): «Stochastic models for life contingencies». *Insurance: Mathematics and Economics*, núm 5, págs. 217-254.

ANEXO 1. ANÁLISIS FINANCIERO-FISCAL DE LAS RENTAS DE SUPERVIVENCIA INMEDIATAS

CUADRO 1. Ratio rentabilidad financiero-fiscal/interés técnico para rentas vitalicias inmediatas y vencidas según edad.

Edad	Tasa marginal				
	15%	24%	28%	37%	45%
30	89,08%	82,57%	79,63%	72,90%	66,78%
35	88,38%	81,45%	78,32%	71,14%	64,61%
39	87,72%	80,38%	77,07%	69,47%	62,56%
40	88,94%	82,35%	79,38%	72,60%	66,43%
45	88,02%	80,89%	77,67%	70,31%	63,62%
49	87,14%	79,47%	76,01%	68,10%	60,91%
50	88,55%	81,75%	78,68%	71,70%	65,37%
55	87,32%	79,78%	76,39%	68,64%	61,62%
59	86,10%	77,84%	74,11%	65,61%	57,91%
60	89,85%	83,87%	81,18%	75,08%	69,58%
65	88,42%	81,59%	78,52%	71,55%	65,27%
69	86,96%	79,27%	75,81%	67,96%	60,88%
70	89,25%	82,93%	80,10%	73,67%	67,90%
75	87,28%	79,79%	76,44%	68,83%	61,99%

CUADRO 2. Ratio rentabilidad financiero-fiscal/interés técnico para rentas temporales inmediatas y vencidas según edad.

g x	Duración: 5 años					Duración: 6 años				
	35	45	55	65	75	35	45	55	65	75
15%	77,17%	77,15%	77,08%	76,91%	76,43%	67,06%	67,01%	66,88%	66,56%	65,64%
24%	63,66%	63,63%	63,52%	63,25%	62,48%	47,34%	47,27%	47,06%	46,54%	45,07%
28%	57,59%	57,55%	57,42%	57,11%	56,21%	38,41%	38,33%	38,09%	37,49%	35,76%
37%	43,79%	43,73%	43,56%	43,14%	41,96%	17,96%	17,86%	17,53%	16,73%	14,44%
45%	31,32%	31,26%	31,05%	30,54%	29,09%	-0,68%	-0,81%	-1,21%	-2,19%	-5,00%

$g x$	Duración: 10 años					Duración: 11 años				
	35	45	55	65	75	35	45	55	65	75
15%	78,48%	78,41%	78,22%	77,75%	76,33%	72,09%	71,98%	71,70%	70,97%	68,81%
24%	65,66%	65,55%	65,25%	64,49%	62,23%	55,28%	55,11%	54,66%	53,50%	50,05%
28%	59,87%	59,74%	59,40%	58,51%	55,87%	47,65%	47,45%	46,93%	45,56%	41,54%
37%	46,65%	46,48%	46,02%	44,84%	41,35%	30,09%	29,82%	29,13%	27,32%	21,97%
45%	34,64%	34,43%	33,87%	32,44%	28,17%	14,00%	13,67%	12,83%	10,60%	4,05%
$g x$	Duración: 15 años					Duración: 16 años				
	35	45	55	65	75	35	45	55	65	75
15%	78,50%	78,35%	77,98%	76,95%	74,01%	75,48%	75,29%	74,81%	73,48%	69,69%
24%	65,60%	65,35%	64,76%	63,13%	58,44%	60,67%	60,35%	59,59%	57,47%	51,43%
28%	59,75%	59,46%	58,77%	56,87%	51,40%	53,92%	53,56%	52,67%	50,19%	43,13%
37%	46,32%	45,94%	45,02%	42,50%	35,24%	38,37%	37,88%	36,70%	33,41%	24,02%
45%	34,04%	33,58%	32,46%	29,38%	20,49%	24,06%	23,46%	22,01%	17,99%	6,49%
$g x$	Duración: 25 años					Duración: 30 años				
	35	45	55	65	75	35	45	55	65	75
15%	82,89%	82,55%	81,65%	79,17%	72,97%	85,07%	84,59%	83,34%	80,13%	73,12%
24%	72,61%	72,05%	70,62%	66,68%	56,77%	76,11%	75,35%	73,35%	68,23%	57,03%
28%	67,94%	67,29%	65,62%	61,02%	49,43%	72,05%	71,16%	68,82%	62,84%	49,74%
37%	57,20%	56,34%	54,13%	48,01%	32,60%	62,71%	61,54%	58,44%	50,49%	33,02%
45%	47,36%	46,31%	43,61%	36,13%	17,22%	54,18%	52,75%	48,95%	39,22%	17,75%

ANEXO 2. ANÁLISIS FINANCIERO-FISCAL DEL SEGURO DE VIDA COMO INSTRUMENTO DE AHORRO SISTEMÁTICO PARA LA JUBILACIÓN

CUADRO 1. Ratio rentabilidad financiero-fiscal/interés técnico para un seguro de capital diferido a primas periódicas. Edad de percepción del capital: 65 años.

Edad	Tipo marginal de gravamen					PPM
	15%	24%	28%	37%	45%	
35	96,94%	95,14%	94,33%	92,48%	90,82%	15,5
45	96,43%	94,33%	93,39%	91,26%	89,34%	10,5
55	95,74%	93,25%	92,14%	89,62%	87,37%	5,5
60	89,36%	83,11%	80,32%	73,97%	68,28%	3

CUADRO 2. Ratio rentabilidad financiero-fiscal/interés técnico para rentas de supervivencia de diversa duración. Edad de inicio de percepción de la renta: 65 años.

	Tributación general					Tributación especial para determinadas rentas que cubren la contingencia de jubilación o similar				
g	Edad 35					Edad 35				
	15%	24%	28%	37%	45%	15%	24%	28%	37%	45%
5 años	87,73%	80,53%	76,65%	69,15%	60,15%	87,3%	81,3%	77,56%	70,32%	61,62%
15 años	87,11%	79,65%	75,56%	67,62%	58,04%	88,76%	83,25%	79,86%	73,23%	65,17%
25 años	85,92%	79,4%	75,27%	67,28%	57,66%	89,52%	84,26%	81,06%	74,79%	67,1%
Vitalicia	90,46%	84,34%	81,31%	75,52%	68,74%	89,69%	84,5%	81,34%	75,16%	67,58%
g	Edad 45					Edad 45				
	15%	24%	28%	37%	45%	15%	24%	28%	37%	45%
5 años	84,21%	77,21%	72,77%	64,3%	54,32%	85,06%	78,34%	74,09%	65,96%	56,32%
15 años	83,53%	76,24%	71,57%	62,63%	52,03%	87,07%	80,98%	77,17%	69,78%	60,86%
25 años	83,56%	76,31%	71,67%	62,81%	52,36%	88,08%	82,33%	78,77%	71,82%	63,37%
Vitalicia	88,17%	82,68%	79,4%	73,2%	66,04%	88,33%	82,66%	79,16%	72,33%	64,01%
g	Edad 55					Edad 55				
	15%	24%	28%	37%	45%	15%	24%	28%	37%	45%
5 años	80,89%	72,88%	67,76%	58,14%	47,05%	82,18%	74,56%	69,69%	60,48%	49,76%
15 años	80,2%	71,9%	66,55%	56,44%	44,71%	84,91%	78,09%	73,76%	65,41%	55,43%
25 años	80,75%	72,67%	67,48%	57,7%	46,4%	86,34%	79,98%	75,97%	68,19%	58,79%
Vitalicia	87,18%	81,44%	78,00%	71,6%	64,31%	86,68%	80,44%	76,52%	68,9%	59,67%
g	Edad 60					Edad 60				
	15%	24%	28%	37%	45%	15%	24%	28%	37%	45%
5 años	79,81%	70,21%	64,7%	54,42%	42,74%	80,37%	72,2%	66,95%	57,09%	45,74%
15 años	79,21%	69,33%	63,59%	52,84%	40,51%	83,57%	76,3%	71,64%	62,69%	52,04%
25 años	79,26%	70,76%	65,3%	55,07%	43,37%	85,29%	78,56%	74,28%	65,98%	55,99%
Vitalicia	87,14%	81,43%	78,04%	71,73%	64,62%	85,71%	79,13%	74,95%	66,84%	57,05%

CONTABILIDAD	APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE DESDE UNA PERSPECTIVA FINANCIERA GENERAL	Núm. 49/2004
--------------	--	-----------------



MANUEL SANTOLAYA BLAY

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

El presente trabajo pretende sentar las bases de una teoría general de la determinación del valor intrínseco (valor teórico o coste medio ponderado) del derecho de suscripción preferente. Por tal se entiende aquella teoría que conduce a la fijación de dicho valor en el supuesto general de que existan un número indeterminado de tipos de acciones, tanto antiguas (k) como nuevas (p), cada uno de ellos con un nominal y cotización propios. Para ello se parte de los principios que están presentes en el caso tradicional –dos únicos tipos de acciones, uno de antiguas y otro de nuevas, todas ellas del mismo valor nominal– y se extrapolan al citado caso general. Dicha extrapolación se hace mediante el recurso a una técnica matemática concreta: el álgebra matricial, que resulta indispensable en la medida en que solamente las matemáticas ofrecen esa garantía de exactitud que debe caracterizar el desarrollo de los procesos lógicos cuando éstos incluyen magnitudes cuantificables. En cualquier caso, el modelo general conduce, cuando se particulariza convenientemente, a los mismos resultados que el modelo tradicional.

Sumario:

1. Introducción histórica.
2. Las razones justificativas de la existencia del derecho de suscripción preferente.
3. El ejercicio práctico del derecho de suscripción preferente.
 - 3.1. Instrumentación del ejercicio del derecho.
 - 3.2. El problema de los restos.
4. El régimen jurídico del derecho de suscripción preferente.
 - 4.1. Exclusiones a su operatividad.
 - 4.2. Otras restricciones jurídicas: la emisión de nuevas acciones con reserva de parte.
5. El derecho de suscripción preferente como valor económico.
 - 5.1. Consideraciones generales.
 - 5.2. El valor teórico del derecho.
 - 5.3. El coste teórico del derecho.
 - 5.3.1. El coste medio ponderado.
 - 5.3.2. El coste según la fórmula de Kester.
 - 5.4. La existencia de derechos económicos diferenciales entre las acciones antiguas y las nuevas.
 - 5.5. El derecho de asignación gratuita.
6. El modelo general de determinación del valor intrínseco de los derechos de suscripción preferente.
 - 6.1. Introducción.

6.2. Construcción del modelo.

6.2.1. Delimitación de los tipos de acciones.

6.2.2. Planteamiento.

6.2.3. Las ecuaciones de invariabilidad y ligadura.

6.3. Análisis de sus variables.

6.3.1. La cotización conjunta *ex-post*.

6.3.2. El valor intrínseco de los distintos derechos de suscripción preferente.

6.3.3. El valor intrínseco agregado de los derechos de suscripción.

6.4. El tratamiento de los derechos económicos diferenciales de las acciones.

6.5. La fórmula de Kester generalizada.

6.6. La L-consistencia de la matriz de conversión.

6.6.1. Concepto.

6.6.2. Implicaciones.

6.6.2.1. La forma de la ecuación de invariabilidad asociada a una matriz de conversión L-consistente.

6.6.2.2. La expresión del valor intrínseco del derecho de suscripción.

6.6.2.3. La relación de proporcionalidad entre los valores intrínsecos de los derechos de suscripción derivados de un mismo tipo de acciones nuevas.

7. Algunas cuestiones adicionales sobre el modelo general.

7.1. La particularización del modelo en función de las acepciones del valor intrínseco del derecho de suscripción.

7.1.1. Valor teórico del derecho (valores totales *versus* valores particulares del accionista antiguo).

7.1.2. Coste teórico medio ponderado del derecho.

7.1.2.1. La dimensión del modelo.

7.1.2.2. Grupos homogéneos de valores.

7.2. Los modelos tradicionales.

7.2.1. El modelo semigeneral.

7.2.2. Los modelos unitarios.

7.2.2.1. El modelo unitario no homogéneo (acciones antiguas y nuevas de distinto nominal).

7.2.2.2. El modelo unitario homogéneo (igualdad de nominales entre las acciones antiguas y nuevas).

8. Extensiones de la teoría general: obligaciones convertibles y autocartera.

8.1. Las obligaciones convertibles.

8.1.1. Existencia de obligaciones convertibles al tiempo de la emisión de las nuevas acciones.

8.1.2. Emisión de empréstitos convertibles.

8.2. La autocartera.

8.2.1. Consideraciones jurídicas.

8.2.2. Su incorporación al modelo.

8.2.2.1. La autocartera en el modelo unitario homogéneo.

8.2.2.2. La autocartera en el modelo general.

Anexo. Obtención de la ecuación matricial de invariabilidad del modelo general.

1. INTRODUCCIÓN HISTÓRICA ¹

Es lugar convenido que el primer pronunciamiento sobre el derecho de suscripción preferente fue jurisprudencial y no legal. Así, una sentencia de la Corte de Massachusetts (USA) de 1807, dictada en el asunto *Gray versus Portland Bank*, estableció que las facultades de los administradores sociales en orden a la emisión de acciones quedaban limitadas por el interés de los accionistas en mantener su posición proporcional en el capital. Este precedente sirvió de base para la posterior generalización de dicho derecho en las legislaciones de los distintos territorios de los Estados Unidos de América. En el Reino Unido, por su parte, la consagración legal del derecho de suscripción preferente (*pre-emption right*) tuvo lugar por primera vez a través de la *Companies Act* de 1862, y en Alemania en 1897. En otros países del continente europeo esta tendencia fraguó algo más tarde: en 1935 (Francia), 1936 (Suiza) y 1942 (Italia). La actual regulación del derecho de suscripción preferente en esos países es, sin embargo, más reciente. Así, en Alemania se contiene en el artículo 186 de la *Aktiengesetz* de 1965, en la redacción dada por la Ley de 13 de diciembre de 1978; en Italia en el artículo 2.441 del *Codice Civile*, en la redacción dada al mismo por el Decreto-Ley de 10 de febrero de 1986; en Francia en el artículo 183 de la Ley de Sociedades Mercantiles de 1966 y en Inglaterra en la *Companies Act* de 1985.

Por lo que respecta a España, los accionistas de toda compañía anónima tienen atribuido el derecho de suscripción preferente y proporcional de las nuevas acciones de una ampliación de capital desde la entrada en vigor de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, que lo recogía en su artículo 92. Tras la adaptación de la legislación española en materia de sociedades a lo dispuesto en las correspondientes directivas de la Unión Europea (fundamentalmente la Segunda Directiva, de 13 de diciembre de 1977), que tuvo lugar mediante la Ley 19/1989, de 25 de julio, y la posterior unificación de ambas leyes en un Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (TRLSA) ², se halla contemplado en los artículos 158 y

¹ En este punto seguimos a CERTAD, Gastón: «Contribución al estudio del derecho de suscripción preferente en la Sociedad Anónima (Bases para una futura reforma legislativa)». *Revista Acta Académica*, Universidad de Centro América, núm. 26, págs. 5 y ss.

² La redacción original del TRLSA ha sufrido hasta la fecha dos modificaciones importantes, residenciadas en el mismo a través de las Leyes 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (DA 2.^a) y 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (DA 15.^a). Por lo que al objeto de este trabajo respecta, es la segunda de estas leyes modificativas la que posee mayor trascendencia. También cabe citar la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, cuya DA 9.^a, apartado 4, da nueva redacción, entre otros, al artículo 159 del TRLSA.

siguientes y 293 de dicho texto. La principal diferencia entre ambas regulaciones es la supresión que en la segunda norma se ha hecho de la inderogabilidad de la que este derecho gozaba en la primera, del cual en ningún caso podía ser privado el accionista. Así, dejando traslucir la influencia del derecho italiano, el artículo 159 del TRLSA faculta a la junta general para suprimirlo, total o parcialmente, en los casos en que el interés de la sociedad así lo exija. También divergen ambas regulaciones en la consideración que el TRLSA hace de los derechos de suscripción preferente en los supuestos de existencia de empréstitos convertibles en acciones, inexistente en la Ley de 1951.

Sin embargo, fuera de las coordenadas geográficas citadas no es infrecuente hallarse frente a países en los cuales el derecho de suscripción preferente presenta un mero estatuto contractual ³ o, simplemente, no existe ⁴.

2. LAS RAZONES JUSTIFICATIVAS DE LA EXISTENCIA DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE

La finalidad del derecho de suscripción preferente es la preservación del grado inicial de participación en el capital social del accionista. En efecto, de mantenerse invariado el número de títulos que un accionista dado posee, toda ampliación del capital social producirá la reducción de su porcentaje de participación en él, pues, como es obvio, dicho capital será mayor tras aquella. A este fenómeno se le conoce como de dilución del porcentaje de participación social o, utilizando la expresión italiana, *anaquamento*, es decir, aguamiento (de las acciones). El único modo de evitar que este efecto se produzca es la suscripción de un número conveniente de nuevas acciones.

EJEMPLO 1:

Supongamos que la sociedad X, cuyo capital asciende inicialmente a 10.000.000 de ptas. (10.000 acciones de 1.000 ptas. c/u), lo amplía mediante la emisión de 3.000 nuevas acciones, de igual valor nominal unitario que las antiguas. Si el socio A posee 5.000 acciones, su grado de participación en el capital social será de $5.000.000/10.000.000 = 0,5$ (50 por 100). No obstante, tras la ampliación, de no suscribir nuevas acciones dicha participación sería de $5.000.000/(10.000.000 + 3.000.000) = 0,3846$ (38,46 por 100). La dilución producida por la ampliación en el señor A ascendería, pues, al 11,54 por 100 (50 – 38,46). En estas condiciones, el número de acciones de la ampliación que debe suscribir A para mantener invariada su participación (N*) es, precisamente, aquel que, por definición, haga que sus participaciones *ex-ante* y *ex-post* en el capital sean iguales. Deberá cumplirse, .../...

³ En estos casos el reconocimiento de la preferencia del accionista se basa en la aplicación de principios generales (ej: igualdad) o descansa en pactos bilaterales o cláusulas estatutarias, aplicables bien en supuestos concretos bien de modo general a todas las ampliaciones de capital que lleve a cabo la sociedad, en tanto conserven éstos su vigencia.

⁴ Tal era, por ejemplo, el caso de Costa Rica, que en una fecha tan reciente como mayo de 2000 todavía no lo había incorporado a su ordenamiento mercantil.

.../...

pues, que $5.000.000/10.000.000 = (5.000.000 + 1.000 \times N^*)/(10.000.000 + 3.000.000)$, de donde se obtiene que $N^* = 13.000 \times 0,5 - 5.000 = 1.500$. De este modo, su participación será $5.000.000/10.000.000$ (antes) = $6.500.000/13.000.000$ (después) = 0,5 (50 por 100). Obsérvese que el número de nuevas acciones que se corresponden con la garantía de antidilución es el resultado de multiplicar su participación inicial en el capital social (0,5) por el número total de nuevas acciones (3.000). Este resultado es independiente del respectivo valor nominal de ambos tipos de acciones ⁵.

Por otra parte, en cualquier sociedad mercantil y, de modo particular, en las anónimas, la posición jurídica del accionista viene dada, fundamentalmente, por su porcentaje de participación en el capital social, puesto que éste es el parámetro que mejor gradúa la intensidad con que pueden ser ejercitados los derechos, tanto políticos como económicos, que la acción confiere a su titular ⁶. Por ello, la dilución de dicha participación inducida por una ampliación se considera contraria a los intereses del accionista. Sin embargo, en ausencia de una regulación mercantil que le proteja no siempre le sería posible, especialmente en los casos de acciones cotizadas, adquirir los títulos necesarios para impedirlo, dada la volatilidad de los mercados de capitales y la agilidad con que se producen las transacciones en él, sobre todo cuando los títulos de una sociedad son muy solicitados. Tampoco hay que descartar –aunque ésta sea una causa de mucha menor relevancia– que la falta de cultura financiera de algunos accionistas podría impedirles tomar adecuada conciencia de las repercusiones sobre su participación social de una eventual ampliación de capital.

Es por esta razón que, para que el mencionado efecto dilución no se produzca –o, al menos, para que no se produzca sin haber puesto al alcance del accionista la posibilidad de evitarlo–, se requiere que cualquier socio tenga garantizada la posibilidad de suscribir en toda ampliación de capital un número adecuado de las nuevas acciones. Así pues, en la medida en que la única forma de que

⁵ Si las nuevas acciones fueran de 2.000 u.m., $N^* = \{[(10.000 + 2 \times 3.000) \times 0,5] - 5.000\} \times 0,5 = 1.500$, igualmente. En general, siendo M y N el número total de acciones antiguas y nuevas, M* el número de acciones antiguas poseídas por el socio, x_1 y x_2 los respectivos nominales unitarios de éstas y β_1 y β_2 las participaciones inicial y final en el capital del socio en cuestión, deberá cumplirse que $\beta_2 = (M^* x_1 + N^* x_2)/(M x_1 + N x_2) = M^* x_1/M x_1 = M^*/M = \beta_1$, de donde $N^* = \beta_1 N = (M^*/M) N$, que, como puede verse, es una expresión independiente de los nominales de las acciones antiguas y nuevas.

⁶ Como es de sobra conocido, y dejando aparte el que aquí nos ocupa –que constituye la garantía de la intangibilidad de los demás– y aquellos otros que, adicionalmente, puedan contemplarse en los estatutos, dichos derechos son de tipo económico-patrimonial (a participar en las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación) y político (a la asistencia y voto en las juntas de accionistas, a la impugnación de los acuerdos sociales y a la obtención de información sobre la marcha de la sociedad). Dado que las decisiones que afectan al ejercicio de dichos derechos deben ser tomadas, habitualmente, en junta general de accionistas, el derecho de asistencia y voto en las mismas se convierte así en el segundo derecho-garantía, junto con el de suscripción preferente. En este contexto, siendo que el TRLSA prohíbe las acciones con voto plural (art. 50.2) –es decir, la ruptura del principio de igualdad de votos por unidad monetaria de valor nominal–, el grado de participación en el capital social se configura pues, efectivamente, como el elemento determinante de la intensidad de los derechos del accionista.

dicha garantía resulte operativa es que cuente con la tutela de la norma, el artículo 48.2, letra b), del TRLSA reconoce al accionista el derecho a la suscripción preferente en toda emisión de nuevas acciones y obligaciones convertibles en acciones ⁷, que el posterior artículo 158.1 regula en los siguientes términos ⁸:

«En los aumentos de capital social con emisión de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, los antiguos accionistas [...] podrán ejercitar dentro del plazo que a este efecto les conceda la administración de la sociedad, que no será inferior a quince días desde la publicación del anuncio de la oferta de suscripción de la nueva emisión en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* en el caso de las sociedades cotizadas, y de un mes en el resto de los casos, el derecho a suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las acciones que posean [...].

A la razón de ser del derecho de suscripción preferente se refiere lacónica pero certeramente URÍA ⁹ con las siguientes palabras: «*El fundamento de este derecho radica esencialmente en la necesidad de conceder al accionista la posibilidad de conservar en la sociedad la misma proporción entre el importe nominal de sus acciones y la cifra del capital social*».

La existencia de acciones sin voto (arts. 90 a 92 TRLSA) o rescatables (arts. 92 bis y 92 ter TRLSA) ¹⁰, bien en el capital inicial, bien en la ampliación, bien, finalmente, en ambos momentos, no afecta a cuanto se ha dicho hasta ahora sobre el derecho de suscripción preferente, puesto que, en el primer caso, el derecho de voto, con ser importante no es el único que debe ser tenido en cuenta, y, además, incluso puede nacer en circunstancias excepcionales ¹¹, y, en el segundo, dichos títulos son, según pone de manifiesto MANZANO ARENAS ¹², verdaderas acciones y, por tanto, mientras no se rescaten confieren los mismos derechos que las de las restantes clases. Esta conclusión es especialmente sostenible, además, ante la ausencia de una previsión legal específica que determine la

⁷ Sin perjuicio de su renuncia singular, en una concreta ampliación (art. 166.2 del Reglamento de Registro Mercantil), la doctrina es unánime en afirmar su irrenunciabilidad genérica o abstracta.

⁸ La redacción original de este precepto contemplaba un plazo único de un mes para la suscripción de la ampliación, que el número 6 de la DA 15.^a de la Ley 37/1998 sustituyó por el de la actual regulación. De acuerdo con la exposición de motivos de dicha ley, este cambio normativo pretende agilizar la realización de las ampliaciones de sociedades cotizadas, en las cuales un acortamiento del plazo de suscripción no constituye una merma de las garantías de los antiguos accionistas, pues la transparencia de los mercados organizados asegura en todo caso un acceso fluido de éstos a la información relevante.

⁹ URÍA, Rodrigo: *Derecho Mercantil*. Editorial Marcial Pons, edición 16.^a, pág. 247.

¹⁰ Este tipo de acciones no estaba previsto en la redacción original del TRLSA, habiendo sido introducido en él por el número 5 de la DA 15.^a de la Ley 37/1998.

¹¹ Mientras no perciban las acciones sin voto la totalidad del dividendo mínimo al que tienen derecho, si han sido emitidas por sociedades no cotizadas (art. 92.1), y, tanto si la sociedad cotiza como si no, en el supuesto de amortización de todas las acciones con voto, en tanto se restablezca, en este segundo supuesto, la proporción que deben mantener las acciones con voto y las sin voto (el valor nominal de las acciones sin voto debe ser inferior o igual a la mitad del capital social desembolsado, ex art. 90 TRLSA) (art. 90.2).

¹² MANZANO ARENAS, Rafael: *Aumento y reducción de capital en Sociedades Anónimas*, Editorial CISS, Colección «Monografías Mercantiles», 1999, pág. 119. Su argumento resulta extensible a las acciones sin voto.

exclusión del derecho de suscripción preferente en relación con los referidos tipos de acciones. Aun así, el artículo 91.4 del TRLSA ¹³ dispone que «Respecto del derecho de suscripción preferente de los titulares de acciones sin voto de sociedades cotizadas se estará a lo que dispongan sus estatutos». La razón de ser de esta cautela –que se comparte– la da, entre otros autores, MANZANO ARENAS ¹⁴ nuevamente, afirmando que «Con esta posibilidad, se permite a las sociedades que coticen obviar el grave problema de que los accionistas sin voto se pudiesen acabar convirtiendo, a través del ejercicio del citado derecho –se refiere al de suscripción preferente–, en accionistas con voto en la parte correspondiente».

Aun así, en las sociedades cotizadas el derecho de suscripción preferente ha perdido buena parte de su significación económica, debido a la atomización del capital, al hecho de que los accionistas persigan más la obtención de una rentabilidad económica derivada de sus títulos que la preservación de su participación y a que la propia existencia del mercado secundario de títulos garantiza entonces la reconstrucción o incremento de dicha participación a voluntad, sin necesidad de acudir a las ampliaciones de capital ¹⁵. La virtualidad del derecho de suscripción quedaría, pues, relegada a las sociedades tradicionalmente cerradas, esto es, con pocos socios y no cotizadas.

3. EL EJERCICIO PRÁCTICO DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE

3.1. Instrumentación del ejercicio del derecho.

Lo habitual es que el derecho a la suscripción preferente de las nuevas acciones se exprese no en términos del número total de acciones nuevas emitidas sino utilizando una relación de conversión fija entre las acciones antiguas y las nuevas, que indica el número de acciones nuevas (n) que va a ser posible suscribir preferentemente por cada grupo de antiguas (m). Así, en nuestro ejemplo del epígrafe anterior, dicha relación sería 10×3 , es decir, la posesión de 10 acciones antiguas ($m = 10$) daría derecho a la suscripción preferente de 3 nuevas ($n = 3$) ¹⁶. Obsérvese que el cociente entre el número total de acciones nuevas y antiguas da su relación a efectos de la ampliación ($3.000/10.000 = 3/10$). Podemos escribir, por ello, que $N/M = n/m$.

En este contexto, la forma de instrumentar el derecho a la suscripción preferente es muy sencilla, pues consiste, simplemente, en entender que con motivo de toda ampliación de capital cada

¹³ Introducido por el número 3 de la DA 15.ª de la Ley 37/1998.

¹⁴ *Op. cit.* pág. 118

¹⁵ Vide GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier: *Sociedades cotizadas, ampliación de capital y derecho de suscripción preferente. Una consideración económica*. Editorial Thomson Civitas, 2003 (págs. 26 a 30).

¹⁶ En efecto, toda la emisión de nuevas acciones (3.000) se corresponde con todas las acciones antiguas (10.000), luego, por una sencilla regla proporcional, 3 acciones nuevas con 10 antiguas. La relación de conversión se toma de la forma más simplificada posible, es decir, de aquella en la que los dos valores intervinientes en su formación son números primos entre sí (10×3 en vez de, por ejemplo, 20×6). A esta forma de la relación de conversión se la denomina «canónica».

acción genera un derecho de suscripción ¹⁷. De este modo, siendo, en general, la relación de conversión «m x n», para la suscripción de un determinado número de acciones nuevas (n) deberá desembolsarse el precio de emisión de las mismas y, además, entregar «m» derechos de suscripción. El hecho, por tanto, de que la titularidad originaria de dichos derechos, cuya entrega es indispensable para poder acudir a la ampliación, resida en sede del accionista antiguo es lo que le garantiza su posición preferente en orden a la suscripción de la parte de ésta que, en proporción, se corresponde con su participación inicial de capital.

3.2. El problema de los restos.

Dada la indivisibilidad de los títulos, las relaciones de conversión a las que nos hemos referido en el epígrafe 3.1 anterior pueden dar lugar, no obstante, a un problema de restos –también denominados en ocasiones fracciones o picos–, de tal modo que finalmente, aun en caso de ejercer cada accionista antiguo su derecho de suscripción preferente, su participación final en el capital social sea inferior a la inicial. Ello ocurrirá porque el número de acciones nuevas cuya suscripción tiene éste garantizada a través del derecho de suscripción preferente viene dado por la expresión $(M^*/m) \times n$ ¹⁸, que solamente en determinados casos será una cantidad entera. Concretamente, debe ser «m» divisor natural de M^* para que, con independencia de «n», dicho resultado sea entero. Como la distribución de la propiedad de las acciones antiguas puede adoptar infinitas variantes, la probabilidad de que ello ocurra en relación con todos los socios es, sin embargo, bastante escasa. Sólo, pues, las relaciones de conversión del tipo «1 x n» evitarán el problema de restos, pues únicamente el número natural 1 es divisor de cualquier otro. No obstante, estas relaciones presentan el inconveniente –si el nominal de ambos tipos de acciones es igual– de que conducen a una ampliación superior al propio capital inicial, lo cual, como la práctica pone de manifiesto –a juzgar por su escasa frecuencia–, no suele ser deseable. No obstante, este problema adicional podría solventarse fijando un valor nominal para las nuevas acciones inferior al de las antiguas, siempre que, naturalmente, este último fuese lo suficientemente elevado como para admitir valores inferiores a sí mismo (ej: si las acciones antiguas son de 10 um, será difícil esta solución alternativa; en cambio, un capital inicial formado por acciones de 5.000 um daría, en este sentido, mayor margen de maniobra).

El problema planteado, por su naturaleza estrictamente matemática, es irresoluble, salvo que la emisión se dé en las condiciones descritas. Y sin embargo puede llegar a tener una enorme trascendencia, si como resultado de ello la participación de los socios minoritarios desciende por debajo de su umbral de garantía, que el TRLSA sitúa, con carácter general, en el 5 por 100 del capital

¹⁷ Antaño identificado con un cupón que figuraba en la parte inferior de la acción, que había que cortar y entregar junto con el precio de las nuevas acciones. En los tiempos actuales estos cupones no son ya más que realidades conceptuales, al igual que las acciones de las que provienen, que adoptan la forma de anotaciones en cuenta. Aunque su uso esté hoy día totalmente generalizado, la configuración de las acciones mediante anotaciones en cuenta fue en su momento (1989) una de las grandes novedades que introdujo el TRSLA en el régimen jurídico de las sociedades anónimas, proveniente de la Ley del Mercado de Valores del año anterior (Ley 24/1988).

¹⁸ En lo sucesivo los valores M^* y N^* harán referencia al socio y los valores M y N a la sociedad.

social ¹⁹. Ello determina que en algunas ocasiones la ampliación de capital pueda constituir un cauce encubierto de erosión de participaciones «incómodas», deviniendo entonces en un auténtico fraude de ley.

EJEMPLO 2:

Sea una sociedad cuyo capital inicial, formado por 50.000 acciones, pertenece a dos únicos socios, A y B, de tal modo que la participación de A es de 2.500 acciones, correspondiendo el resto a B. Si amplía su capital en la proporción 8×1 , el socio minoritario podrá suscribir una acción nueva por cada grupo exacto de 8 antiguas, de los cuales posee 312, ya que $2.500/8 = 312,5$. Del mismo modo, la suscripción de B será de $(50.000 - 2.500)/8 = 5.937,5 = 5.937$ acciones. Así pues, el nuevo capital social estará formado por $50.000 + 312 + 5.937 = 56.249$ acciones, de las cuales 2.812 pertenecerán a A y 53.437 a B. Sus respectivas participaciones finales serán, por tanto, $\beta'_A = 2.812/56.249 = 0,049992 < 0,05 = \beta_A$ y $\beta'_B = 53.437/56.249 = 0,950008 > 0,95 = \beta_B$.

El análisis matemático de este problema de picos parte de la consideración de que la existencia de un ajuste por defecto en el número de títulos suscribibles con preferencia origina el nacimiento de dos participaciones *ex-post* en el capital, una teórica ($\beta_{2,t}$) –que, lógicamente, coincide con la participación *ex-ante* ($\beta_{2,t} = \beta_1$)– y otra efectiva ($\beta_{2,e}$). Dado que esta última es el resultado de considerar la parte entera de la expresión (M^*/m) , es pues, $\beta_{2,e} = [M^* x_1 + n E (M^*/m) x_2]/(M x_1 + N x_2)$ ²⁰. En tales condiciones, el problema de picos se traduce en una pérdida de participación efectiva, respecto de la teórica ($\Delta\beta_2$), siendo dicho problema más grave cuanto mayor sea la citada pérdida. Por tanto, la cuantificación de la pérdida es $\Delta\beta_2 = \beta_{2,t} - \beta_{2,e}$, expresión en la cual tomamos como minuyendo la cantidad mayor, a fin de trabajar con magnitudes positivas. Haciendo ahora $(M^*/m) = \phi$; $x_2/x_1 = x_{2/1}$, y teniendo en cuenta que $M^*/N^* = M/N = m/n$ ²¹, la expresión de la pérdida es, tras algunas operaciones elementales, la siguiente:

$$[1] \quad \Delta\beta_2 = \frac{\alpha}{[(1/\Phi) (1/x_{2/1})] + 1} (1 - D)$$

¹⁹ El porcentaje habitualmente concedido a las minorías es del 5 por 100 del capital social. Así, socios que representen al menos el citado porcentaje pueden solicitar la convocatoria de la Junta General de Accionistas (art. 100.2 TRLSA), posibilidad que, de perderse dicho porcentaje, dejará la convocatoria en manos de los administradores, a quienes, por regla general, se atribuye dicha facultad (art. 100.1 TRLSA). En el mismo sentido, se legitima a los accionistas que hayan impugnado un acuerdo social para que, si representan al menos el 5 por 100 del capital social, puedan solicitar en su escrito de demanda la suspensión de su ejecución, en tanto no se resuelva sobre el mismo (art. 120.1 TRLSA). En realidad, este porcentaje mínimo es el que se exige, habitualmente, para poder impugnar dichos acuerdos (art. 143.1 TRLSA).

²⁰ La expresión $E(x)$ significa «parte entera de x », siendo « x » un valor real cualquiera. Cuando trabajamos con números reales positivos, como es el caso aquí, la parte entera del número es el resultado de despreciar su parte decimal [ej: $E(2,6987) = 2$]. Es evidente que siendo $x > 0$ se tiene siempre que $x - E(x) \geq 0$.

²¹ Véase nota a pie de página núm. 5 para la primera parte de la igualdad y para la segunda.

en donde:

- $\alpha = M^*/M$ es la proporción de acciones antiguas poseídas por el socio desde cuya perspectiva analizamos el problema de restos ($M^* = \alpha M$);
- $D = E(\phi)/\phi$ es el desajuste entre el número de acciones antiguas poseídas por el socio y el número de ellas interviniente a efectos de la ampliación [$D \leq 1$ ²²];
- $\Phi = n/m$ es la relación de conversión entre acciones antiguas y nuevas a efectos de la ampliación;

La simple inspección de esta expresión pone de manifiesto los determinantes del problema de picos. En realidad, la única causa del efecto de picos es la existencia de desajuste (D), determinando las otras tres variables (α , $x_{2/1}$ y Φ) una mera atenuación o ampliación del mismo. Téngase en cuenta a este respecto que cuando no hay desajuste ($D = 1$), es $\Delta\beta_2 = 0$; por otra parte, $\partial\Delta\beta_2/\partial\alpha = \Delta\beta_2/\alpha > 0$ ²³; $\partial\Delta\beta_2/\partial\Phi = \Delta^2\beta_2/[x_{2/1} \alpha (1-D) \Phi^2] > 0$; $\partial\Delta\beta_2/\partial x_{2/1} = \Delta^2\beta_2/[x_{2/1}^2 \alpha (1-D) \Phi] > 0$.

EJEMPLO 3:

El capital social inicial es de 70.000 acciones de 200 u.m., de las cuales el socio posee 5.000. Siendo la relación de conversión a efectos de la ampliación 7×1 y el nominal de las nuevas acciones de 1.000 u.m., su participación inicial será $\beta_1 = 5.000/70.000 = 1/14 = 0,0714285$. En cuanto a la participación efectiva final, será de $\beta_{2,e} = \{5.000 \times 200 + E[(5.000/7) \times 1] \times 1.000\} / [70.000 \times 200 + (70.000/7) \times 1 \times 1.000] = 1.714.000/24.000.000 = 0,0714166 < 1/14$. En las mismas condiciones, si el nominal de las nuevas acciones hubiera sido de 5.000, la participación final habría caído a $4.570.000/64.000.000 = 0,0714062 < 0,0714166$. La caída obedece a que el incremento nominal de participación es menor cuanto mayor sea el nominal de las nuevas acciones, ya que en número dichas acciones no varían. Pero si el socio hubiera poseído 7.000 .../...

²² Téngase en cuenta que según se dijo en la nota a pie de página núm. 20, para todo número real positivo es $x - E(x) \geq 0 \rightarrow x \geq E(x) \rightarrow E(x)/x \leq 1$. En nuestro caso, hay desajuste cuando se cumple la desigualdad ($D < 1$) y no lo hay si se cumple la igualdad ($D = 1$). Conforme menor sea, pues, D , mayor es el desajuste.

²³ En realidad, la variable A no es, a diferencia de las otras dos (Φ y $x_{2/1}$), independiente, ya que está vinculada con ϕ [$\alpha = M^*/M = (M^*/m)(m/M) = \phi(m/M)$]. Así, cuando α varía es porque varía M^* (siendo M constante), por lo que ϕ varía y también puede hacerlo $E(\phi)$. En particular, Φ es independiente porque siempre es posible modificar su valor mediante cambios en « n », permaneciendo « m » constante. Por tanto, el verdadero valor de esta derivada parcial es $\partial\Delta\beta_2/\partial\alpha = \Delta\beta_2/\alpha - [\Delta\beta_2/(1-D)](\partial D/\partial\alpha)$. Pero, aplicando la regla de la cadena, es $\partial D/\partial\alpha = (\partial D/\partial\phi)(\partial\phi/\partial M^*)(\partial M^*/\partial\alpha) = [(\partial D/\partial\phi)(\partial\phi/\partial M^*)][1/(\partial M^*/\partial\alpha)] = [(\partial D/\partial\phi)(\partial\phi/\partial M^*)]/(\partial\alpha/\partial M^*)$. Estas últimas derivadas parciales toman los siguientes valores: a) $\partial D/\partial\phi = (1/\phi)\{E'(\phi) - [E(\phi)/\phi]\}$; b) $\partial\phi/\partial M^* = 1/m$; c) $\partial\alpha/\partial M^* = 1/M$. Por tanto, será $\partial\Delta\beta_2/\partial\alpha = \Delta\beta_2\{(1/\alpha) - [1/(1-D)](1/\phi)[E'(\phi) - E(\phi)/\phi](M/m)\}$. El signo de esta derivada será, pues, positivo, siempre que $[E'(\phi) - E(\phi)/\phi] \leq 0$ (condición suficiente) lo que, en particular, ocurrirá cuando $E'(\phi) = 0$, es decir, cuando a pesar de variar el número de acciones poseídas por el socio (M^*) ello no determine un «salto hacia adelante» desde $E(M^*/m)$ a $E(M^*/m) + H$, siendo H un número natural mayor o igual que uno, o, lo que es lo mismo, cuando las variaciones de M^* no determinen el aumento de la parte entera relevante a efectos de la ampliación (M^*/m).

.../...

acciones, dado que habría podido suscribir un número de títulos igual al que exige el mantenimiento de su participación teórica, dicha participación hubiera sido igual *ex-ante* y *ex-post*, sin que, por tanto, hubiera resultado ya relevante el nominal de las nuevas acciones. En efecto, su número preferente de nuevas acciones habría sido en ambos casos el mismo entonces, es decir, $(7.000/7) \times 1 = 1.000$ acciones, por lo que su participación final habría sido, en el primer caso $(7.000 \times 200 + 1.000 \times 1.000)/(70.000 \times 200 + 10.000 \times 1.000) = 2,4/24 = 0,1$, y en el segundo, $(7.000 \times 200 + 1.000 \times 5.000)/(70.000 \times 200 + 10.000 \times 5.000) = 6,4/64 = 0,1$ (10 por 100); en cuanto a su participación inicial, es, por supuesto, del 10 por 100 ($7.000/70.000$). Es en este sentido en el que debe entenderse que el nominal relativo de las acciones nuevas no causa el problema de picos, sino que, simplemente, puede amplificarlo o atenuarlo. Un comentario similar cabe hacer respecto de la relación de canje (Φ) y la proporción de capital del socio (α).

Si bien –según se ha dicho ya– el problema de restos no es evitable ²⁴, por su naturaleza estrictamente matemática, puede ser paliado. A este fin se han propuesto algunas soluciones, tales como la adquisición *pro indiviso* de acciones, que serían fruto de la aportación de los derechos excedentes de un conjunto de accionistas simultáneamente afectados por el problema de restos, que de este modo lograrían, por ejemplo, mantener su minoría de control. En este mismo sentido, se considera de gran utilidad la creación de un mercado «restringido» de restos, en el cual pudiesen operar únicamente los accionistas antiguos, lo que propiciaría actuaciones –aquí, no obstante, individuales– a través de las cuales algunos de los accionistas afectados adquirirían los derechos adicionales que precisasen de otros dispuestos a desprenderse de ellos.

4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE

4.1. Exclusiones a su operatividad.

Dejando a un lado el caso de que la Junta General de Accionistas ²⁵, al aprobar la ampliación de capital, decida suprimir total o parcialmente el derecho a la suscripción preferente de las nuevas acciones (art. 159, apartados 1 y 3), al cual nos referiremos al final del presente subepígrafe, exis-

²⁴ Como habrá podido intuirse, el problema de picos determina la invalidez práctica de la igualdad $M/N = m/n = M^*/N^*$, que queda sustituida por la desigualdad siguiente: $M/N = m/n \leq M^*/N^*$, que también puede escribirse como $N/M = n/m \geq N^*/M^*$.

²⁵ Tras la nueva redacción dada a todo el artículo 159 del TRLSA por el número 7 de la DA 15.^a de la Ley 37/1998, en los supuestos de «capital autorizado» [art. 153.1 b) TRLSA] la exclusión del derecho podía ser acordada por el órgano de administración de la sociedad si, junto con la facultad de aumentar el capital dentro de ciertos límites, se delegaba también en él esta otra facultad. Esta previsión se ha mantenido desde entonces, a pesar de las ulteriores modificaciones que ha sufrido el precepto (DA 34.^a de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y DA 9.^a, apartado 4, de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero). Esta última vuelve a dar nueva total redacción al citado precepto.

ten tres supuestos de exclusión a la operatividad de dicho derecho, basados todos ellos en razones técnicas. El primero de tales supuestos es, simplemente, el reconocimiento de la imposibilidad física de su aplicación, al no resultar factible que la ampliación, por la forma en como se instrumenta, determine la entrada física de nuevos accionistas en el capital de la sociedad emisora; en los otros dos la inexistencia del derecho tiene por objeto hacer viable el fin al que obedece la ampliación, lo que exige la imposibilidad jurídica de que existan más socios nuevos que los destinatarios de ésta.

Así, no surge el derecho a la suscripción preferente en los supuestos de ampliación instrumentados mediante el aumento del valor nominal de las acciones, en los cuales la función de salvaguarda que, con carácter general, se atribuye al derecho de suscripción preferente, la desempeña la supeditación de la ampliación a su aprobación por unanimidad de los socios o queda garantizada por el carácter gratuito de aquélla (arts. 151.1 *in fine* y 152.2 TRLSA) ²⁶.

Por otra parte, en los aumentos de capital para la conversión de obligaciones en acciones o para la absorción de otra sociedad o de una parte escindida de su patrimonio (art. 159.4 TRLSA), los destinatarios únicos de las nuevas acciones son, respectivamente, los titulares de las obligaciones convertibles (acreedores) que hayan optado efectivamente por su conversión en acciones (capitalización) y los socios de la sociedad total o parcialmente absorbida, lo que excluye, efectivamente, la posibilidad de que la ampliación pueda ser suscrita por otras personas distintas.

Respecto de las exclusiones acordadas por la sociedad, tienen por objeto, siguiendo a MANZANO ARENAS ²⁷, hacer posible la consecución de los objetivos sociales, que en determinados casos resultan incompatibles con el libre juego del derecho de suscripción preferente de los nuevos títulos, pues aquélla pasa entonces por la restricción de la oferta de las nuevas acciones a determinadas personas –socios antiguos o no–, que son las que poseen las cualidades, objetivas o subjetivas, que la sociedad desea incorporar a su patrimonio. Es el caso, por ejemplo, de las ampliaciones de capital en las que la contrapartida de las nuevas acciones deban ser aportaciones no dinerarias (de activos o créditos, bien, en el segundo caso, frente a terceros bien frente a la propia sociedad) ²⁸ o a través de las

²⁶ De acuerdo con el artículo 151.1 del TRLSA, las modalidades de aumento del capital social son dos, la emisión de nuevas acciones o la elevación del valor nominal de las antiguas. De conformidad con el artículo 152.2, la elevación del valor nominal de las acciones exige el consentimiento de todos los accionistas, salvo que se haga íntegramente con cargo a reservas o beneficios de la sociedad, en cuyo caso, aunque nada diga el precepto, bastará con la mayoría cualificada aplicable a toda modificación de los estatutos sociales. Dado que las ampliaciones liberadas suponen una mera redefinición de la titularidad del neto patrimonial, la imposición, pues, del aumento a los socios disidentes no les perjudicará.

²⁷ *Op. cit.* págs. 139 y 140

²⁸ En estos casos puede plantearse un problema de ruptura de la proporcionalidad entre valor nominal de las acciones y derecho de suscripción preferente si los aportantes no dinerarios son ya socios, puesto que entonces la totalidad de los derechos de suscripción preferente corresponderán a éstos, en detrimento de los demás accionistas antiguos. No obstante, lo que más bien ocurre en estos casos es que se produce la exclusión total del derecho de suscripción preferente y no la exclusión parcial –que sí sería inadmisibles, salvo que afectase a todos los socios en proporción al valor nominal de sus acciones–, en la medida en que la atribución a los mismos del derecho de suscripción lo es por su condición de propietarios de los bienes deseados por la sociedad, y no por su condición de socios previos. En cualquier caso, estas consideraciones permiten concluir que a pesar de la amplitud de la redacción del artículo 158.1 del TRLSA, el derecho de suscripción preferente no va a surgir sino únicamente en el caso de que las nuevas acciones emitidas esté previsto que deban ser desembolsadas mediante aportaciones dinerarias.

cuales se pretenda incorporar al capital social a los trabajadores, dentro de la política de cogestión de la empresa. La única restricción que el TRLSA impone en estos casos es que la supresión sea acordada sobre la base de un informe de auditoría independiente relativo al valor real de las acciones de la sociedad [art. 159.1, letra b) TRLSA], puesto que la condición para que la ampliación pueda tener lugar en tales casos es que el precio de emisión de los nuevos títulos se corresponda con el valor «razonable» de los antiguos que se desprenda de dicho informe [art. 159.1, letra c), TRLSA].

Conviene no olvidar, en cualquier caso, que, así como la supresión legal del derecho opera de forma predeterminada, es decir, para cualquier operación que pueda darse, la exclusión societaria –al igual que la renuncia individual– al derecho no caben con carácter abstracto, sino únicamente en relación con cada concreta ampliación de capital que vaya a tener lugar.

4.2. Otras restricciones jurídicas: la emisión de nuevas acciones con reserva de parte.

Dado que dos acciones de igual nominal representan la misma fracción del capital social, deben permitir la suscripción preferente del mismo número de acciones nuevas, es decir, deben generar el mismo número de derechos de suscripción preferente. También resulta cierta, obviamente, la proposición contraria, es decir, que acciones con distintos nominales no pueden generar el derecho a la suscripción del mismo número de acciones nuevas.

Es por ello que las denominadas tradicionalmente por la doctrina mercantilista «emisiones con reserva de parte» resultan ilegales. Así lo confirma, además, el TRLSA, que en su artículo 50.2 indica:

«No es válida la creación de acciones [...] que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y [...] el derecho de suscripción preferente.»

Veamos un *ejemplo* de emisión con reserva de parte.

EJEMPLO 4:

La sociedad A tiene un capital de 5.000.000 de ptas.²⁹, instrumentado en 10.000 acciones de 500 ptas. de valor nominal unitario, de las cuales 8.000 son ordinarias y 2.000 preferentes³⁰. Dicha sociedad aumenta su capital emitiendo 5.000 nuevas acciones
.../...

²⁹ Prescindimos aquí de la exigencia jurídica de un capital mínimo, para cualquier sociedad anónima, de 10.000.000 de ptas. (art. 4 TRLSA), que no afecta en absoluto a la validez del ejemplo propuesto.

³⁰ En realidad, las acciones no ordinarias se denominan privilegiadas (art. 50 TRLSA). No obstante, dado que dicho privilegio consiste generalmente en la preferencia para el cobro de dividendos o de la cuota de liquidación se las suele denominar preferentes. Sin embargo, éstas son una especie dentro del género de aquéllas. Acciones privilegiadas no preferentes serían, por ejemplo, aquellas que atribuyesen el derecho a percibir un dividendo doble que el correspondiente a las ordinarias o que tuviesen reservada en exclusiva una parte dada de los beneficios sociales.

.../...

ordinarias, la cuarta parte de las cuales se reserva a los titulares de acciones preferentes. En este caso, la preferencia, sobre la nueva emisión, de las acciones preferentes es de $(5.000 \times 0,25)/2.000 = 5/8$, lo cual significa que por cada 32 acciones antiguas preferentes pueden suscribirse preferentemente 20 nuevas acciones ordinarias. En cuanto a la proporción de preferencia sobre la nueva emisión de las acciones antiguas ordinarias, será de $(5.000 \times 0,75)/8.000 = 15/32$; es decir, por cada 32 acciones antiguas ordinarias existe el derecho a la suscripción preferente de 15 acciones ordinarias nuevas. En definitiva, teniendo ambas clases de acciones el mismo nominal (500 ptas), una preferente genera, en el ejemplo propuesto, $[(20/32)/(15/32)] = 4/3$ de derecho, frente a 1 derecho de las ordinarias.

Este criterio de proporcionalidad entre el valor nominal de las acciones y el derecho de suscripción preferente generado por las mismas es fundamental, a nivel teórico, puesto que va a permitir distinguir dos tipos de modelos, los L-consistentes, que son aquellos que lo cumplen, y los demás, según tendremos ocasión de ver en el epígrafe 6.6.

5. EL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE COMO VALOR ECONÓMICO

5.1. Consideraciones generales.

Como todo derecho de contenido económico, el de suscripción preferente es valuable, puesto que si el accionista titular del mismo decide no ejercitarlo, total o parcialmente, puede enajenarlo en el mercado –en el cual cotizará durante todo el período de suscripción de la ampliación–, posibilitando así a otros operadores la adquisición de las acciones asociadas a los mismos, que podrán ser terceros que hasta ese momento carecían de la condición de socios o incluso socios que deseen aumentar su participación en el capital social por la vía de la suscripción de nuevas acciones ³¹. Es por ello que el apartado 3.1.º del artículo 158 TRLSA dispone que «*Los derechos de suscripción preferente serán transmisibles en las mismas condiciones que las acciones de las que deriven*».

³¹ A ambos efectos, es siempre posible adquirir acciones antiguas, es decir, comprar títulos en el mercado secundario en vez de en el primario. Posteriormente veremos bajo qué condiciones interesa a un operador racional cada una de estas dos formas alternativas de adquisición. Por otra parte, aunque nada diga el TRLSA, los derechos de suscripción que no hayan sido ejercitados dentro del plazo de la ampliación, bien por su titular originario bien por terceros, pierden su eficacia (caducan).

El valor que en el mercado adquieran los derechos (valor de cotización) responde a variables de difícil modelización matemática, al menos en términos no estocásticos. Este hecho, junto con la circunstancia de que, tanto desde el punto de vista contable como fiscal, la importancia de esta magnitud es reducida ³², ha determinado que tradicionalmente se haya prestado escasa atención al estudio de su formación. En este libro nos sumamos a dicha tradición.

Por las mismas razones apuntadas en el párrafo anterior, tomadas en sentido inverso, mayor es el interés que ha despertado en la doctrina financiera la atribución al derecho de suscripción de un valor intrínseco. Dos son al menos las definiciones que de este concepto se manejan, el valor teórico del derecho y el coste teórico del derecho, la segunda de las cuales posee también, a su vez, dos formulaciones alternativas, la del coste medio ponderado y la del coste según la fórmula de Kester. De ambas concepciones, actualmente la más relevante es la segunda (coste), dado que contablemente los derechos de suscripción deben minorar la cartera de valores de procedencia a su coste y no a su valor teórico ³³.

En este capítulo vamos a abordar estas distintas acepciones del valor intrínseco del derecho, que, en cualquier caso, son ajenas a las diversas situaciones jurídicas en las que pueden hallarse las acciones de las que deriven los derechos (copropiedad, *ex art. 66 TRLSA*, usufructo; *ex arts. 67 a 71; prenda, ex art. 72, y embargo, ex art. 73*). Tales situaciones jurídicas únicamente determinarán, en su caso, la atribución desmembrada o fraccionada del valor intrínseco del derecho, según las reglas que rigen en cada una de ellas, por lo que operarán a posteriori, es decir, una vez hallado dicho valor. Así, por ejemplo, en el supuesto de copropiedad de las acciones, y sin perjuicio de su carácter indivisible, pueden establecerse cuotas ideales de participación sobre las mismas, y, por ende, sobre los derechos que surgen de ellas; en cambio, en presencia de usufructo, dado que el derecho de suscripción preferente se otorga al nudo propietario y, en su defecto, al usufructuario, no cabrá la desmembración del valor del derecho —que se atribuirá, pues, en su totalidad al nudo propietario o al usufructuario, según se trate—, al igual que tampoco en los supuestos de prenda o embargo, en que se establece una asignación similar del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio.

5.2. El valor teórico del derecho.

La hipótesis que subyace a esta noción es el mantenimiento del valor de las acciones antiguas y nuevas, tanto si se consideran aisladamente como de forma conjunta (principio de invariabilidad del valor de las acciones). Suponiendo la existencia de un único tipo de acciones antiguas, un único

³² En el ámbito contable el precio de cotización del derecho tan sólo se precisa para su confrontación con el de coste, a fin de determinar el resultado económico (plusvalía o minusvalía) derivado de su enajenación. Algo similar ocurre desde el punto de vista fiscal, y, más concretamente, desde la óptica del impuesto personal de su titular (IRPF o Sociedades), si bien en este caso la plusvalía coincide con el total importe obtenido en la transmisión, salvo que, por tratarse de títulos cotizables, dicho valor reduzca el de adquisición de las acciones de las que procedan los derechos enajenados, en el resultado de cuya eventual enajenación posterior quedará entonces integrado el derivado de la venta de éstos (diferimiento de la tributación).

³³ En este sentido, la Norma de Valoración 8.ª del Plan General de Contabilidad dispone que «*En el caso de venta de derechos preferentes de suscripción o segregación de los mismos para ejercitarlos, el importe del coste de los derechos disminuirá el precio de adquisición de los respectivos valores.*» (el subrayado es nuestro).

tipo, también, de acciones nuevas y un nominal común a ambos tipos de acciones, este principio conduce a la formulación de la ecuación $M E_1 + N E_2 = (M + N) E'$ ³⁴, en donde las distintas variables utilizadas tienen la significación que a continuación se indica:

M: número de acciones antiguas constitutivas del capital inicial;

N: número de acciones nuevas constitutivas de la ampliación;

E_1 : precio de una acción antigua;

E_2 : precio de emisión de una acción nueva;

E' : valor teórico de una acción (antigua o nueva) después de la ampliación;

Por lo que respecta a E_1 , es el precio resultante de la consideración de la cotización de las acciones antiguas en el momento de la apertura del período de suscripción de la ampliación o, si las acciones no cotizan, del valor teórico que se desprenda del balance del emisor (sociedad que amplía) previo a la ampliación de fecha más próxima a la misma. En el primero hablamos de valor teórico contable del derecho y en el segundo de valor teórico de mercado del mismo.

Teniendo en cuenta que $N/M = n/m$ ³⁵, dicha expresión queda reducida, tras algunas sencillas operaciones, a esta otra: $m E_1 + n E_2 = (m + n) E'$ ³⁶.

Por otro lado, dada la forma en como se instrumenta en la práctica el ejercicio del derecho de suscripción preferente, ya comentada, el valor teórico de «n» acciones después de la ampliación se compone del precio de emisión de «n» acciones nuevas más el importe de los «m» derechos necesarios para suscribirlas (d), es decir: $m d + n E_2 = n E'$ ³⁷.

³⁴ La ecuación es, en forma desagregada, $M \times c_1 + N \times c_2 = (M + N) \times c'$, en donde «x» es el nominal de las acciones y c_1 , c_2 y c' las cotizaciones de las acciones antiguas, nuevas y antiguas y nuevas tras la ampliación, respectivamente. Eliminando «x» en esta expresión obtenemos esta otra: $M c_1 + N c_2 = (M + N) c'$. El principio es pues, en realidad, de invariabilidad de la cotización, no del valor, si bien en caso de igualdad de nominales, mantenimiento del valor y de la cotización son expresiones equivalentes. Por ello, cuando ambas series de acciones tengan nominales distintos (x_1 y x_2) la ecuación quedará así: $M E_1 + N E_2 = (M x_1 + N x_2) c'$. Algunos autores suelen formular esta ecuación desde la óptica del accionista individual, en cuyo caso la fórmula adopta la forma $M^* E_1 + N^* E_2 = (M^* + N^*) E'$, equivalente a la utilizada en el texto por el hecho de que $M/N = M^*/N^*$.

³⁵ Véase punto 3.1.

³⁶ Para ello basta dividir ambos miembros de la expresión $M E_1 + N E_2 = (M + N) E'$ por M. Se obtiene así que $E_1 + (N/M) E_2 = [1 + (N/M)] E'$. Sustituyendo ahora en esta segunda expresión (N/M) por (n/m) tenemos que $E_1 + (n/m) E_2 = [1 + (n/m)] E'$. Finalmente, multiplicando ambos miembros de esta tercera expresión por «m» llegamos al resultado buscado.

³⁷ El problema de restos al que nos hemos referido en el epígrafe 3.2 no afecta en absoluto a la validez del planteamiento de esta ecuación, por cuanto que se trata de una mera cuestión de orden práctico, vinculada a la fase de ejecución del acuerdo de ampliación, a la cual el planteamiento teórico es, obviamente, ajeno. Por otra parte, un análisis sobre la validez práctica de esta ecuación puede verse en RIAÑO GIL, C. *et alia*: «Impuestos y formación de precios de suscripción en el mercado bursátil español: algunas consideraciones», que analizan, en un entorno fiscal, los mecanismos de formación de los precios de suscripción de las acciones nuevas a partir de su precio de emisión y de los derechos de suscripción que la ampliación genera.

Se obtiene así un sistema de dos ecuaciones con dos incógnitas (E' y d), cuya resolución permite obtener sus respectivos valores, y, en particular, el que aquí nos interesa (d).

$$[2] \quad m E_1 + n E_2 = (m + n) E'$$

$$[3] \quad m d + n E_2 = n E'$$

Para la resolución de este sencillo sistema de ecuaciones lineales despejamos E' en la ecuación [2], substituyendo después en la [3] el valor obtenido para el mismo. De este modo se llega a la siguiente expresión del valor teórico del derecho de suscripción preferente:

$$[4] \quad d = [n/(m+n)] (E_1 - E_2)^{38}$$

Una simple inspección de este resultado permite constatar que el derecho de suscripción preferente tiene valor positivo únicamente cuando el precio de emisión de las nuevas acciones es inferior al de cotización bursátil de las antiguas ($E_2 < E_1$). Ello es lógico, pues en caso contrario ningún agente racional preferirá la vía de la ampliación para entrar en el capital de la sociedad, ya que resultará más rentable hacerlo mediante la adquisición de acciones antiguas. No quiere ello, sin embargo, decir que en estos casos no exista derecho de suscripción preferente, sino, simplemente, que bajo tales condiciones el mercado, suponiendo que funcione eficientemente, no le asignará valor alguno. Es esta idea la que lleva a algunos autores, como LEBRÓN PÉREZ³⁹, a afirmar que «*el derecho de suscripción preferente es la compensación al titular de una acción antigua, como consecuencia de la pérdida del valor de la misma que el efecto dilución genera, al emitirse acciones nuevas exigiendo un desembolso menor que su valor efectivo*». En cualquier caso, el TRLSA parece abonar esta idea, pues su artículo 159 supedita la exclusión del derecho de suscripción a la emisión de las nuevas acciones a un precio igual al valor real de las antiguas, según se dijo en la parte final del epígrafe 4.1. Y sin embargo, que no exista dilución económica cuando no haya derecho a la suscripción preferente no es equivalente a que cuando surja dicho derecho se dé también la mencionada dilución.

³⁸ Algunos autores (ver por ejemplo, http://www.abanfin.com/dirfinan/formulario/valor_teo_dcho_suscr.htm) efectúan un planteamiento distinto. Dando por supuesto que la ampliación produce una dilución económica del valor de la acción, consideran el derecho como la diferencia entre los valores *ex-ante* y *ex-post* de una acción antigua. Así, $d = E_1 - E' = E_1 - [(m E_1 + n E_2)/(m + n)] = [n/(m + n)] (E_1 - E_2)$. El inconveniente de esta forma de proceder es que, en el caso de que existan varios tipos de acciones antiguas y nuevas (epígrafe 6) conduce a un valor conjunto de todos los derechos –véase fórmula [11]–, que habría que desagregar posteriormente, generándose, en consecuencia, una ecuación adicional innecesaria.

³⁹ LEBRÓN PÉREZ, José Antonio: «Teoría general del derecho de suscripción», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 105, diciembre de 1991, pág. 57. Este autor utiliza el concepto dilución en sentido económico, no jurídico. Se trata, pues, de una dilución distinta del *anaquamento* al que nos hemos referido en el epígrafe 2 del capítulo I. En cualquier caso, la citada dilución económica es la consecuencia, no la causa, del derecho de suscripción, pues siempre que se emitan nuevas acciones surgirá el derecho a la suscripción proporcional de las mismas a favor de los antiguos accionistas –excepción hecha de los supuestos de exclusión mencionados en el art. 159 TRLSA–, mientras que la dilución del valor económico de las antiguas tendrá lugar únicamente bajo las condiciones indicadas, que, no obstante, serán las que más frecuentemente concurren.

Si las acciones antiguas tuviesen derecho a la percepción de un dividendo unitario «D», esta circunstancia obligaría a tomar el valor de cotización bursátil de dichas acciones neto del mismo, es decir, $E^*_1 = E_1 - D$, pues el carácter teórico del valor que se busca obliga a considerar un valor de cotización «puro»⁴⁰. Ello, naturalmente, siempre que el anuncio del dividendo fuese previo al inicio del período de suscripción de la ampliación, pues es precisamente el valor de cotización de las acciones antiguas referido a dicho momento el que debe ser tenido en cuenta⁴¹. Del mismo modo, si la emisión de las nuevas acciones conllevase gastos de emisión repercutibles a los suscriptores de las mismas (G)⁴², su importe se incorporaría a su precio de emisión, en proporción a su número, por lo que tomaríamos en sustitución de E_2 el valor $E^*_2 = E_2 + (G/N)$.

La fórmula [4] es la que se contiene generalmente en los manuales de Contabilidad y Matemáticas de las Operaciones Financieras disponibles⁴³, y, desde la generalización del uso de Internet, también en las webs de las principales entidades y portales financieros⁴⁴. No obstante, dado que es el resultado de la realización de un conjunto de simplificaciones⁴⁵, únicamente resulta válida en presencia de las mismas, siendo, por ello, de uso muy limitado. Es ésta, precisamente, la razón de que en el epígrafe 6 abordemos una teoría general sobre el cálculo del derecho de suscripción, en el marco de la cual la citada fórmula [4] no representa sino un caso particular⁴⁶.

Según se ha dicho ya anteriormente, la utilidad del valor teórico es escasa, pues el Plan General de Contabilidad (1990) obliga, en sede del accionista, al desdoblamiento de su cartera de valores a

⁴⁰ El titular de la acción en el momento a partir del cual el dividendo resulta exigible es el único que puede hacerlo efectivo, aun cuando la distribución de dicho dividendo se efectúe con cargo a resultados o reservas generados en períodos anteriores a su adquisición del título. Por esta razón, precisamente, es por la que una acción que en condiciones normales valdría, por ejemplo, 53 u.m., en presencia de un dividendo de 8 u.m. valdrá 61 u.m. A la operación consistente en la separación de la parte del valor de cotización correspondiente al citado dividendo se la denomina, en términos coloquiales, «secado» del valor de cotización.

⁴¹ No procederá, por tanto, el secado del precio de cotización si el anuncio del dividendo tiene lugar una vez iniciado el período de suscripción de la ampliación. En otros modelos en los que se consideran varios valores bursátiles de E_1 , algunos de ellos referidos a momentos temporales pertenecientes al intervalo de suscripción de la ampliación sí procede, en cambio, dicho secado. Tampoco será relevante la existencia de tales dividendos en los supuestos en los que, al no cotizar las acciones, haya que tomar como E_1 su valor teórico, puesto que aquéllos no influyen en el cálculo de éste.

⁴² Esta posibilidad hay que considerarla descartada desde un punto de vista legal, toda vez que el artículo 52.2 del TRLSA dispone que «Cuando las acciones deban representarse por medio de títulos, el accionista tendrá derecho a recibir los que le correspondan, libres de gastos».

⁴³ Un enfoque ligeramente alternativo, con consideraciones además fiscales, puede verse en la Nota técnica de la División de Investigación del IESE (Universidad de Navarra) titulada «Ampliaciones de capital y valoración de los derechos de suscripción», cuya autoría corresponde al profesor Pablo FERNÁNDEZ, de la Universidad Autónoma de Barcelona.

⁴⁴ Véanse, por ejemplo, las webs de Caja Madrid y AulaFácil.Com. Un reciente pronunciamiento oficial también se hace eco de esta fórmula: la Resolución de 28 de abril de 2003, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se somete a información pública la Norma Técnica de elaboración del Informe Especial sobre exclusión del derecho de suscripción preferente en el supuesto del artículo 159 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOICAC núm. 54, de septiembre de 2003), que la incluye en el Glosario de Términos de su Anexo, si bien mediante una versión algo diferente, por cuanto que en vez de utilizar el factor $[n/(n+m)]$ lo sustituye por el factor $[1/(r+1)]$, siendo $r = m/n$. En definitiva el símbolo «r» de dicha norma equivale al que aquí usaremos –según se verá posteriormente– como expresión abreviada de la relación de conversión ($r = 1/\Phi$, siendo $\Phi = n/m$).

⁴⁵ Recuérdese, existencia de dos únicos tipos de acciones, uno de acciones antiguas y otro de nuevas, todas las cuales, además, poseen el mismo valor nominal.

⁴⁶ De hecho, el caso más simplificado posible al que conduce la particularización del modelo general.

efectos de la ampliación al coste del derecho, no a su valor teórico. Aun así, la utilización de esta magnitud todavía puede resultar relevante a otros efectos (ej: para la valoración de las acciones, en una operación de conversión de obligaciones) ⁴⁷.

5.3. El coste teórico del derecho.

5.3.1. El coste medio ponderado.

Esta magnitud presenta una gran semejanza con el valor teórico del derecho, de la cual se diferencia únicamente en la forma de construcción de E_1 , que aquí no es un valor externo al titular de las acciones de las que proceden los derechos (cotización bursátil o valor teórico del emisor) sino interno, pues se obtiene como media aritmética ponderada de los precios de los distintos paquetes de acciones de la sociedad que amplía poseídos por el agente desde cuya perspectiva se calcula dicho coste. Por tanto, mientras el valor teórico del derecho es único, existen tantos costes teóricos como accionistas antiguos. En este caso no debe, por tanto, plantearse el descuento del precio E_1 en el importe de los dividendos anunciados con anterioridad a la ampliación y pendientes de realización al tiempo de la misma, ya que no han influido en el coste de adquisición ⁴⁸. Tampoco deben tenerse en cuenta, a efectos del cálculo de dicho coste medio ponderado, las provisiones correctoras del valor de la cartera de títulos, puesto que dichas correcciones afectan al valor actual de éstos, no a su valor histórico, que es el que interviene en la fórmula del coste medio ponderado. En definitiva, dado que el derecho debe segregarse de su cartera de procedencia a su coste, es el derecho de suscripción preferente el que condiciona el mantenimiento de las provisiones correctoras del valor de los títulos de los que dichos derechos provienen, no al revés ⁴⁹.

5.3.2. El coste según la fórmula de Kester.

La hipótesis subyacente a esta forma de cálculo del coste del derecho de suscripción preferente es el mantenimiento de la proporcionalidad entre el coste y la cotización bursátil tanto de las acciones (antiguas) como de los derechos de ellas derivados, a partir de la cual puede obtenerse el coste del derecho conocidas las otras tres variables, que son su cotización (d^*), el coste medio ponderado de una acción antigua (CMP) y la cotización de una acción antigua (E_1).

⁴⁷ Véase, por ejemplo, LALLANA SOTILLOS, Carlos: «Cómo justificar una oferta pública de acciones mediante el valor teórico del derecho preferente de suscripción». *Revista de Dirección y Administración de Empresas*, núm. 9, octubre 2001. También los artículos 70.3 y 159.1, letra b), del TRLSA.

⁴⁸ Cosa distinta son los dividendos que cumplían dichas condiciones en el momento de cada respectiva adquisición de acciones antiguas, que al tiempo de la ampliación ya habrán sido normalmente realizados, además, si los valores en cartera poseen cierta antigüedad. Dichos dividendos habrán debido ser descontados al tiempo de la adquisición de las correspondientes acciones, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 b) de la Norma 8.ª del PGC.

⁴⁹ En este sentido, dispone la Norma de Valoración 8.ª del PGC en su apartado 1 c) que: «En el caso de venta de derechos preferentes de suscripción o segregación de los mismos para ejercitarlos [...] se reducirá proporcionalmente el importe de las correcciones valorativas contabilizadas.» Una crítica a esta reducción proporcional puede encontrarse en MÁRMOL SÁEZ, José E.: «¿Reducción proporcional de las provisiones al segregar el derecho de suscripción?» *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 127, octubre 1993.

Es decir, siendo $CMP/E_1 = d/d^*$ se obtiene el siguiente valor para el coste del derecho:

$$[5] \quad d = (CMP/E_1) \times d^*$$

en la cual al cociente CMP/E_1 , que representamos como Y , lo denominamos «factor de proporcionalidad con el mercado»⁵⁰.

A fin de evitar distorsiones inconvenientes, debe procurarse utilizar valores para las variables del segundo miembro de la expresión [5] precedente próximos en el tiempo y, a ser posible, referidos al mismo exacto momento. Este método cuenta, en cualquier caso, con una limitación, cual es la que se deriva del hecho de que cuando las acciones no cotizan resulta inaplicable, a menos que se identifique entonces E_1 con el valor teórico de una acción según el balance del emisor previo a la ampliación de fecha más cercana a ésta. No obstante, de proceder así estaremos comparando magnitudes heterogéneas, por lo que la puridad del cálculo quedará empañada. Por tanto, el método de Kester sólo resulta verdaderamente apropiado cuando se conoce la cotización bursátil de las acciones antiguas previa a la ampliación.

5.4. La existencia de derechos económicos diferenciales entre las acciones antiguas y las nuevas.

Cuando existen derechos diferenciales entre unas acciones y otras de carácter cuantificable, es decir, que se traducen en una percepción económica (ej: dividendos) exclusiva de concretos tipos de acciones –normalmente de las antiguas–, debemos trabajar con acciones homogéneas desde este punto de vista. Surgen entonces dos cuestiones, íntimamente relacionadas entre sí, a las que debe darse respuesta, a saber, la forma en que ha de efectuarse dicha homogeneización y los supuestos en que procede.

En relación con la primera de tales cuestiones, caben dos alternativas para lograr la referida homogeneización: a) Por sustracción, que consiste en minorar el derecho económico diferencial (D) del precio de las acciones que lo poseen (las antiguas); b) Por adición, que consiste en sumarlo al precio de las acciones que carecen de él (las nuevas). Si solamente existen dos tipos de acciones, uno de antiguas y otro de nuevas, ambas de igual nominal, los dos métodos conducen al mismo resultado. En efecto, en el primer caso debe plantearse el sistema formado por las ecuaciones $m(E_1 - D) + nE_2 = (m + n)E'$ y $md + nE_2 = nE'$, que conduce a un valor del derecho $d = [n/(m+n)](E_1 - E_2 - D)$. En el segundo dicho sistema es el constituido por las ecuaciones $mE_1 + n(E_2 + D) = (m + n)E'$ y $md + n(E_2 + D) = nE'$, que determina el mismo valor para el derecho⁵¹. No obstante, cuando consideramos situaciones más complejas ambos métodos no propor-

⁵⁰ Si tomáramos la modalidad de esta expresión $d = CMP \times (d^*/E_1)$, dicho factor sería (d^*/E_1) , que no es un coeficiente de referencia «al» mercado sino de referencia «del» mercado.

⁵¹ En definitiva, $d = [n/(m+n)](E_1^* - E_2) = [n/(m+n)][(E_1 - D) - E_2] = [n/(m+n)][(E_1 - (E_2 + d))]$. Es indiferente, pues, tomar el valor $E_1^* = E_1 - D$ o el valor $E_2^* = E_2 + D$, puesto que $E_1^* - E_2 = (E_1 - D) - E_2 = E_1 - (E_2 + D) = E_1 - E_2^*$.

cionan ya siempre el mismo resultado necesariamente ⁵². La doctrina generalmente se decanta por la opción b) –homogeneización por adición– ⁵³, aunque a ello cabe objetar, sin embargo, que cuando dicho derecho diferencial es un dividendo se produce de este modo un tratamiento distinto del correcto, al que ya hemos hecho referencia anteriormente. Y es incorrecto porque entonces estaremos adicionando magnitudes heterogéneas, como lo son un precio –el de emisión de las nuevas acciones– y un dividendo que no ha intervenido en la formación de dicho precio y con el que, en consecuencia, ninguna relación guarda ⁵⁴. Por ello, creemos que lo más acertado es el «secado» del derecho diferencial del propio precio de las acciones que lo tienen conferido.

En cualquier caso, con independencia de la forma en que se efectúe dicha homogeneización, si no todas las acciones de un mismo nominal quedan afectadas por el derecho diferencial acabaremos teniendo dos o más tipos, con lo que el problema adquirirá unas dimensiones que lo harán resoluble únicamente en los términos que más adelante veremos, en el epígrafe 6 ⁵⁵. Por otra parte, la sola homogeneización de acciones (por adición o sustracción) será correcta únicamente si la diferencia económica a favor de las acciones antiguas no se mantiene tras la ampliación, pues en caso contrario no podría sostenerse un precio teórico conjunto para acciones antiguas y nuevas una vez llevada a término ésta. Por ello, en tal caso el derecho económico diferencial debería tenerse en cuenta también a este otro efecto (ej: acciones antiguas que perciben un interés fijo ⁵⁶).

⁵² Así, por ejemplo, cuando existen un único tipo de acciones antiguas y varios de acciones nuevas (p) (epígrafe 7.2.1) la equivalencia entre ambos métodos tendrá lugar sólo si las relaciones de conversión de las acciones antiguas frente a cada uno de los tipos nuevos son iguales entre sí. En efecto, en tal caso deberá plantearse, como en su momento se justificará, la ecuación $m E_1 + n \sum_{j=1,2,\dots,p} E_{2j} = (m x_1 + n \sum_{j=1,2,\dots,p} x_{2j}) c'$, puesto que todos los nominales no son ya, en general, iguales. Así, será $c' = (m E_1 + n \sum_{j=1,2,\dots,p} E_{2j}) / (m + n \sum_{j=1,2,\dots,p} x_{2j})$. En tales condiciones, si las acciones antiguas tienen derecho a la percepción de una cuantía diferencial (D), podrá adicionarse entonces ésta a cualquier tipo nuevo, siendo el numerador de la expresión anterior el mismo en todos los casos, por mantenerse invariado el valor del sumatorio, precisamente porque el factor que podría hacerle cambiar (las acciones nuevas de la relación de conversión) queda fuera del mismo.

⁵³ Véase, por ejemplo, ALONSO PÉREZ, Ángel y POUSA SOTO, Raquel: *Consultas al ICAC (1999-2001). Comentarios y casos prácticos*. Editorial CISS, 2002. También DE PABLO LÓPEZ, Andrés: *Matemáticas de las Operaciones Financieras. Parte II*. Universidad Nacional de Enseñanza a Distancia (UNED), 2002.

⁵⁴ Habría que forzar mucho las cosas para hallar tal nexo. Así, por ejemplo, podría decirse que el dividendo procede de unos beneficios que forman parte del neto patrimonial, el cual, en teoría, es el que indica el precio al cual deben emitirse las nuevas acciones, a fin de que la prima de emisión compense exactamente la dilución del neto patrimonial que entraña el mayor número de acciones.

⁵⁵ Ello es debido a que dichos derechos afectan a los precios unitarios de las acciones (cotizaciones) y, en consecuencia, acabarán apareciendo acciones de igual nominal y diferente cotización. Este supuesto es bastante realista, en la medida en que el derecho económico diferencial por excelencia (el dividendo) se establece en un porcentaje del nominal de la acción. Así, una acción de 1.000 u.m. que cotiza al 110 por 100 y tiene un dividendo a su favor del 3 por 100 vale $1.000 \times 1,10 - 0,03 \times 1.000 = 1.000 \times (1,10 - 0,03) = 1.000 \times 1,07 = 1.070$ u.m. Es decir, su cotización se reduce en el porcentaje de dividendo. Lo mismo ocurriría si el dividendo viniese establecido en forma absoluta (ej: 100 u.m.), pues entonces sería el precio «secado» de $1.000 \times 1,10 - 100 = 1.100 - 100 = 1.000 = 1.000 \times 1,00$, lo que equivale a «secar» la cotización en un 10 por 100.

⁵⁶ Esta posibilidad debe, en todo caso, descartarse desde el punto de vista legal (art. 50.2 TRLSA). También habría que proceder así, en rigor, en caso de dividendos y otros derechos temporales. Lo que pasa es que, precisamente por dicha temporalidad, el tiempo durante el cual el título diferencial va a tener un precio teórico superior a E' es tan limitado que el cálculo de dicha magnitud (E' + D) no se considera relevante. En el caso de derechos permanentes también cabría plantearse no «secar» el precio de la acción.

En relación con la segunda cuestión, según determinados autores ⁵⁷ la equiparación que estudiamos en este subepígrafe debe plantearse con independencia de la acepción del valor intrínseco del derecho por la que se opte (valor teórico o coste teórico medio ponderado). No obstante, si pasamos por alto esta circunstancia se acaba concluyendo que en caso de dividendos anunciados –que es el supuesto más habitual de derechos diferenciales conferidos, por no decir el único– el secado de los títulos procede siempre, es decir, tanto si la acción cotiza (valor teórico de mercado) como si tomamos como precio de la misma su valor contable (valor teórico contable) o su coste (coste teórico medio ponderado). Ello no parece, en cualquier caso, muy correcto, en la medida, según se ha dicho ya, de que el dividendo es ajeno a la formación del precio fuera del primer supuesto mencionado y, en consecuencia, en los otros dos, si procedemos del modo propuesto por dicha doctrina, se estará eliminando del precio lo que dicho precio no contiene, con el consiguiente absurdo al que conduce la aplicación de la operación matemática de sustracción a magnitudes heterogéneas.

No obstante, si nos decantamos por una de dichas opciones debemos aplicarla –al margen de su mayor o menor bondad– de forma coherente. Por tanto, la asunción del método de homogeneización por adición implica que dicha homogeneización debe hacerse siempre, con independencia de la acepción del valor intrínseco del derecho ante la que nos hallemos, y, si se trata de un dividendo, aun cuando éste haya sido anunciado con posterioridad a la ampliación. Del mismo modo, la homogeneización por sustracción únicamente debe efectuarse cuando de la determinación del valor teórico de mercado del derecho se trate y en relación sólo con dividendos anunciados con anterioridad a la ampliación.

5.5. El derecho de asignación gratuita.

Cuando la emisión de las nuevas acciones tiene por objeto la capitalización de reservas, es decir, el aumento de la cifra de capital social y la simultánea reducción de la de reservas, surge también un problema de mantenimiento de la proporción inicial del capital, en la medida en que las nuevas acciones podrían ser suscritas, de no mediar el derecho de suscripción preferente, por cualquier tercero, si bien en este caso a un coste, paradójicamente, nulo. Para evitar el efecto dilución en estos casos el TRLSA acuña el denominado derecho de asignación gratuita –que tampoco nunca puede ser objeto de exclusión, aun cuando nada diga al respecto dicho texto–, al que se refiere, en el artículo 158.3.2.º, en los términos que a continuación se indican:

«En caso de aumento con cargo a reservas la misma regla será de aplicación a los derechos de asignación gratuita».

⁵⁷ Los mismos que postulan la equiparación de ambos tipos de acciones por el método aditivo.

Desde un punto de vista matemático, la única particularidad que impone el carácter liberado de la emisión de nuevas acciones es la consideración de un precio de emisión nulo para las mismas ($E_2 = 0$), así como la redenominación del derecho ya indicada. Si la ampliación no es total sino sólo parcialmente liberada, $E_2 = (1 - \lambda) x_2$, siendo λ el porcentaje de gratuidad expresado en tanto por uno y x_2 el valor nominal de una acción nueva [ej: la emisión de acciones de 2.000 u.m. liberadas en un 15 por 100 conduce a un precio unitario de emisión $E_2 = 2.000 \times (1 - 0,15) = 1.700$ u.m.].

6. EL MODELO GENERAL DE DETERMINACIÓN DEL VALOR INTRÍNSECO DE LOS DERECHOS DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE

6.1. Introducción.

La única forma de abordar con garantías de exactitud el problema del valor intrínseco de los derechos de suscripción en un supuesto general es la utilización de un modelo que sea el resultado de una sistemática técnica de generalización inductiva. En efecto, los mismos principios que rigen en el caso tradicional deben presidir cualquier otro; en este sentido, este libro no es novedoso, pues no cuestiona tales principios ni los sustituye ni completa con otros. Pero la generalización debe hacerse de modo sistemático, a fin de no perderse en oscuros laberintos inferenciales que conduzcan al fracaso. Desde este punto de vista, el recurso al álgebra matricial es prácticamente inevitable, pues solamente las matemáticas ofrecen esa garantía de exactitud que debe caracterizar el desarrollo de los procesos lógicos cuando éstos incluyen magnitudes cuantificables. Me atrevo, por ello, a decir que sin su uso cualquier intento de generalización inductiva está prácticamente abocado al fracaso. Además, el álgebra nos permitirá, una vez construido el modelo, extraer de él todas sus consecuencias, mediante afirmaciones que no serán tales, sino verdaderos teoremas, irrefutables, en consecuencia.

Dado que se trata de analizar los determinantes del valor intrínseco de los derechos de suscripción que se generan como consecuencia de una ampliación de capital que tiene lugar en un momento temporal dado, esta teoría general ha de ser necesariamente de tipo estático. Ello equivale a decir que se consideran variables exógenas (dadas) tanto la estructura inicial del capital de la sociedad que amplía como la composición de la cartera del accionista antiguo. Pero como estas realidades son fruto de acontecimientos previos a la ampliación, entre los cuales cabe contemplar incluso ampliaciones precedentes, también resulta factible la formulación de una teoría dinámica del derecho de suscripción, que de hacerse pondría en conexión dos o más ampliaciones temporalmente sucesivas, identificando la senda que conduce de una a otra y, por ende, sus mutuas interdependencias. Resulta fácil comprender que la complejidad del enfoque dinámico es mayor que la del estático, no solamente desde un punto de vista operativo sino también desde el factual, ya que la puesta en relación de estadios temporales sucesivos requiere la formulación de determinadas hipótesis sobre los acontecimientos financieros que transcurren entre ambos, y, en este sentido, las posibilidades son infinitas.

6.2. Construcción del modelo.

6.2.1. Delimitación de los tipos de acciones.

Siendo la determinación del valor intrínseco del derecho de suscripción el resultado de la aplicación del principio de invariabilidad del valor por referencia a agrupaciones de acciones, la primera cuestión que debe ser analizada a la hora de formular una teoría general sobre dicha determinación es el modo en que tales agrupaciones han de ser realizadas, puesto que las relaciones de correspondencia o conversión entre acciones antiguas y nuevas van a serlo a través de dichas agrupaciones, es decir, entre cada par de tales agrupaciones, una antigua y otra nueva. Y es ahora cuando se plantea esta necesidad, y no en el modelo tradicional, porque al analizar este último hemos obviado el problema, considerando que, por definición, las acciones antiguas formaban una sola agrupación, al igual que, por su parte, también las nuevas. Sin embargo, en presencia de múltiples nominales y cotizaciones no resulta factible seguir admitiendo esta hipótesis.

Procede, por tanto, la creación del ente matemático en torno al cual hayan de quedar organizadas las acciones, así como, posteriormente, su caracterización. A tal ente le reservamos la denominación de «tipo», a fin de distinguirlo de otras categorías afines que no significan exactamente lo mismo, como son las de «serie» y «clase», acuñadas por el TRLSA, y la de «grupo (homogéneo de valores)», propia del Plan General de Contabilidad ⁵⁸. En cuanto a su caracterización, si se trata de acciones nuevas es inmediata, pues viene dada por el par característico de la acción, que es el formado por su nominal y precio unitario de emisión. Así, forman el mismo tipo de acciones nuevas todas aquellas que tienen igual par característico, esto es, nominal y precio unitario de emisión.

La configuración de los tipos antiguos es, sin embargo, algo más compleja, pues exige la conjugación de dos principios que vienen impuestos desde fuera del modelo, cuales son la vinculación del derecho de suscripción al valor nominal de las acciones (art. 50.2 TRLSA) y, tratándose del cálculo del valor intrínseco del derecho en su acepción de coste teórico ponderado, la determinación del coste de las acciones que conformen el mismo grupo homogéneo de valores de forma conjunta (Norma de Valoración 8.^a del PGC). El primero de tales principios lo tomamos en su acepción no estricta, es decir, como indicativo de que el derecho se halla vinculado en algún sentido al nominal de la acción, si bien no de modo exactamente proporcional ⁵⁹. En cuanto al segundo, se entienden por valores homogéneos –según indica la citada norma de valoración– los que confieren los mismos

⁵⁸ El TRLSA admite la existencia de varias clases de acciones, constituyendo una misma clase todas aquellas que confieran los mismos derechos (art. 49.1). El concepto jurídico de «clase» equivale, por tanto, al contable de «grupo homogéneo» (Norma de Valoración 8.^a del PGC). Por su parte, el concepto de «serie» no está definido en el TRLSA, que se limita a exigir que todas las acciones que formen parte de la misma serie tengan el mismo valor nominal (lo que no impide que puedan tener el mismo nominal también acciones de series distintas). Forman parte, en cualquier caso, de la misma serie todas aquellas acciones que hayan sido emitidas en el seno del mismo proceso real (material o inmaterial).

⁵⁹ Con ello logramos dar mayor generalidad a la teoría, de la cual surgirá, como caso particular, el modelo que cumpla dicha proporcionalidad (al que denominaremos, según se verá más tarde, L-consistente).

derechos. En este sentido, por ejemplo, son homogéneas las acciones ordinarias frente a las privilegiadas, las acciones con voto frente a las sin voto, etc. No cabe, sin embargo, otorgar relevancia para configurar dichos grupos homogéneos al hecho de que exista el derecho a la percepción de un dividendo o cualquier otro beneficio económico diferencial si dicha diferencia no es debida a la naturaleza de la acción sino al momento de su incorporación al capital social y, por consiguiente, no se va a mantener una vez efectuada la ampliación.

Lo más acorde con el principio de valor nominal es considerar que acciones con valores nominales distintos no puedan pertenecer nunca al mismo tipo. Por tanto, si dichas acciones pertenecen, a pesar de su distinto nominal, al mismo grupo de homogeneidad, tratándose de la determinación del coste teórico ponderado de los derechos ello simplemente obligará a la obtención del precio unitario de todas ellas (cotización) a partir de un cálculo conjunto ⁶⁰. Por otra parte, si acciones de igual valor nominal pertenecen a grupos de homogeneidad distintos será porque unas confieren, frente a las otras, derechos económicos diferenciales y permanentes que se traducirán, bien en una mayor cotización bien en relaciones de conversión más favorables (ej: emisiones con reserva de parte, estudiadas en el epígrafe 4.2). Concretamente, si acciones de igual nominal poseen relaciones de conversión diferentes no parece razonable entender que los derechos generados por unas y otras valgan lo mismo. Por tanto, acciones de igual nominal que pertenezcan a grupos de homogeneidad distintos deben formar parte de tipos de acciones antiguas también distintos. Resulta obvio, por otra parte, que acciones de distinto nominal y grupo de homogeneidad deban pertenecer a tipos distintos, así como que acciones de igual nominal y grupo de homogeneidad hayan de estar integradas en el mismo tipo antiguo.

En definitiva, conjugando los criterios de homogeneidad grupal y valor nominal de las acciones antiguas surgen las siguientes cuatro posibilidades: a) Acciones de igual nominal que pertenezcan al mismo grupo; b) Acciones de igual nominal que pertenezcan a grupos diferentes; c) Acciones de distinto nominal que pertenezcan al mismo grupo; d) Acciones de distinto nominal que pertenezcan a grupos distintos. Así, la solución a dichas situaciones es, gráficamente, la que muestra el siguiente cuadro de doble entrada:

Valor nominal unitario	Homogeneidad grupal	
	Sí	No
Igual	Mismo tipo	Tipos distintos o el mismo tipo
Distinto	Tipos distintos con precio conjunto	Tipos distintos

⁶⁰ Considerando 15.000 acciones de 1.000 u.m. de valor nominal unitario, adquiridas al 250 por 100, y 5.000 de 2.000, adquiridas al 120 por 100, pertenecientes ambas al mismo grupo de homogeneidad, habrá que determinar un coste medio ponderado conjunto para ambas, que será $(15.000 \times 1.000 \times 2,50 + 5.000 \times 2.000 \times 1,20) / (15.000 + 5.000) = 2.475$ u.m. Pero este precio conduce a una cotización, para el nominal 1.000, de 2,475, y de 1,2375 para el nominal 2.000.

Es por ello que la mejor configuración de los tipos antiguos es la basada en su $p+2$ -tupla característica, magnitud que definimos como la $p+2$ -tupla resultante de la consideración, por este orden, del nominal y cotización de la acción y sus «p» relaciones de conversión frente a cada uno de los tipos nuevos, esto es, la $p+2$ -tupla $[x_{1i}, c_{1i}, (\Phi_{i1}, \Phi_{i2}, \dots, \Phi_{ip})]$, con $i = 1, 2, \dots, k$, en donde el par formado por las dos primeras variables lo denominamos, al igual que en el caso de las acciones nuevas, par característico. De este modo, pertenecerán al mismo tipo antiguo todas aquellas acciones con igual $p+2$ -tupla característica ⁶¹.

6.2.2. Planteamiento.

Así pues, el modelo general está basado en la consideración de «k» tipos de acciones antiguas, cada uno de ellos con un nominal « x_{1i} » ($i = 1, 2, \dots, k$), y «p» tipos de acciones nuevas, cada uno de ellos con un nominal « x_{2j} » ($j = 1, 2, \dots, p$) ⁶². Del mismo modo, los precios de cotización de las acciones antiguas se designan por E_{1i} y los de las nuevas por E_{2j} , siendo $E_{1i} = x_{1i} c_{1i}$ y $E_{2j} = x_{2j} c_{2j}$, en donde «c» representa cotizaciones en tanto por uno (ej: una cotización del 220 por 100 conduce a un valor $c = 2,20$) ⁶³. Igualmente, M_i representa el número total de acciones antiguas del tipo «i-ésimo», N_j el de acciones nuevas del tipo «j-ésimo» y $n_{ij}/m_{ij} = \Phi_{ij}$ la proporción (relación de conversión) entre acciones antiguas del tipo «i-ésimo» y nuevas del tipo «j-ésimo» a efectos de la ampliación. En cuanto a los derechos de suscripción preferente, existen ahora «k p» derechos, siendo cada uno de ellos el resultado de confrontar un tipo de acciones antiguas con otro de nuevas (d_{ij}).

En cuanto a la configuración de los tipos, es la siguiente: a) Pertenecen al mismo tipo antiguo todas las acciones antiguas que tienen igual $p+2$ -tupla característica, es decir, nominal, cotización y relaciones de conversión frente a cada uno de los «p» tipos nuevos. Es importante resaltar que la igualdad de relaciones de conversión, para que podamos hablar de acciones antiguas de igual par característico como pertenecientes al mismo tipo, debe ser de todas y cada una de las «p» relaciones de conversión; b) Pertenecen al mismo tipo nuevo las acciones nuevas de igual nominal y precio unitario de emisión. A la terna formada por el par característico (antiguo o nuevo) y el número de acciones lo denominamos terna de referencia del tipo ⁶⁴.

⁶¹ La consecuencia inmediata de esta definición de los tipos antiguos es la irrelevancia de los derechos económicos diferenciales permanentes que no se manifiesten a través de la cotización o las relaciones de conversión.

⁶² El primer subíndice alude al momento temporal (antes de la ampliación, 1, o después de la misma, 2); el segundo al tipo de acciones afectadas (antiguas, i, o nuevas, j).

⁶³ A estos efectos, resulta irrelevante tanto que la acción cotee o no como la modalidad de valor intrínseco del derecho que estemos utilizando (valor teórico o coste ponderado), por cuanto que en todos los casos el valor nominal puede expresarse, en relación con el valor utilizable, a través de dicha cotización. Así, por ejemplo, si las acciones antiguas tienen un coste medio ponderado de 3.200 ptas, siendo su nominal de 1.000, puede decirse que «cotizan» al 320 por 100, puesto que $1.000 \times 3,2 = 3.200$. En este sentido, la cotización no es más que un mero precio unitario, desvinculado de consideraciones bursátiles.

⁶⁴ La $p+2$ -tupla y el par característicos, así como la terna de referencia, lo son de cada acción (antigua o nueva). No obstante, dado que todas las acciones con igual $p+2$ -tupla o par característicos definen el mismo tipo, también puede hablarse de estas mismas magnitudes referidas a los tipos. Los conceptos de acción y tipo podrían integrarse, desde la perspectiva de la teoría de conjuntos, en una estructura de conjunto total-conjunto cociente, si bien a los efectos de este análisis no resulta necesario hacerlo, pues ninguna utilidad adicional proporcionaría esta forma de proceder, más allá de la satisfacción de un prurito personal.

En principio, todas las acciones antiguas de igual nominal poseerán igual cotización y relaciones de conversión, esto es, pertenecerán al mismo tipo antiguo. No obstante, pudiera no ser éste el caso. Así, cabe que acciones de igual nominal tengan distintas relaciones de conversión, lo cual, si bien representa una vulneración del artículo 50.2 del TRLSA, es lógicamente planteable (recuérdense nuevamente, por ejemplo, las emisiones con reserva de parte). Por otra parte, no cabe descartar la existencia de acciones de igual nominal que presenten cotizaciones distintas, por ejemplo si el mercado no funciona eficientemente. En este sentido, diremos que el modelo es no degenerado cuando todas las acciones antiguas de igual par característico pertenezcan al mismo tipo antiguo, siendo degenerado en caso contrario. No vamos, sin embargo, a referirnos a los modelos degenerados, la escasa frecuencia con la que en la práctica se dan. Debe observarse, en cualquier caso, que los modelos degenerados son un caso particular del modelo no degenerado. En cuanto a las acciones nuevas, el que teniendo igual nominal se emitan o no al mismo precio unitario es una decisión que compete exclusivamente a la sociedad emisora.

En cualquier caso, debe tenerse presente que la regla del artículo 158.1 del TRLSA sigue garantizando también en el modelo general el mantenimiento invariado de la proporción de capital. En efecto, designando por M_i^* el número de acciones antiguas del tipo «i-ésimo» poseídas por un socio cualquiera y por N_j^* las que proporcionalmente le corresponden del tipo nuevo «j-ésimo», tendremos que la participación inicial en el capital social será $\beta_1 = \sum M_i^* x_{1i} / \sum M_i x_{1i}$ y la nueva $\beta_2 = (\sum M_i^* x_{1i} + \sum N_j^* x_{2j}) / (\sum M_i x_{1i} + \sum N_j x_{2j})$. Pero dado que, según dicho precepto, $N_j^* = \beta_1 N_j$, β_2 adopta, tras algunas operaciones, la forma que a continuación se indica: $\beta_2 = (\beta_1 \sum M_i x_{1i} + \sum \beta_1 N_j x_{2j}) / (\sum M_i x_{1i} + \sum N_j x_{2j}) = \beta_1$.

6.2.3. Las ecuaciones de invariabilidad y ligadura.

En este modelo general, el principio de mantenimiento invariado del valor de las acciones se traduce en la proposición de que la única magnitud común a todos los tipos de acciones, tanto antiguos como nuevos, después de la ampliación, es la cotización en tanto por uno (c'), no el precio unitario, puesto que sus respectivos valores nominales son, en general, distintos entre sí. A dicha cotización la denominaremos «cotización conjunta *ex-post*». Por otra parte, para cada par de tipos de acciones antiguo y nuevo la ecuación que los liga, a través del derecho de suscripción preferente, es $m_{ij} d_{ij} + n_{ij} x_{2j} c_{2j} = n_{ij} x_{2j} c'$. De estas ecuaciones existen, según se ha dicho ya, « k p». Se trata de ecuaciones lineales con una sola incógnita (d_{ij}), puesto que el valor de la otra (c') se obtiene previamente, de forma independiente, a partir de la siguiente expresión de invarianza del valor de las acciones ⁶⁵:

$$[6] \quad \sum M_i x_{1i} c_{1i} + \sum_j [\sum_i M_i (n_{ij}/m_{ij})] x_{2j} c_{2j} = \{ \sum M_i x_{1i} + \sum_j [\sum_i M_i (n_{ij}/m_{ij})] x_{2j} \} c'$$

⁶⁵ Con el objeto de simplificar la exposición de los resultados, prescindimos de la utilización de los valores de recorrido que acompañan a los sumatorios, que son siempre $i = 1, 2, \dots, k$ y $j = 1, 2, \dots, p$. En lo sucesivo recurriremos a esta omisión cuando no conduzca a error.

⁶⁶ Se ha tenido en cuenta ya, directamente, que $N_j = \sum N_{ij} = \sum M_i (n_{ij}/m_{ij})$ ($i = 1, 2, \dots, k$), es decir, que el número total de acciones nuevas del tipo «j» se genera a partir del número total de las de cada uno de los tipos antiguos, pues por cada uno de éstos y aquél existe una relación de conversión distinta.

La verdadera utilidad de esta formulación se obtiene, no obstante, expresándola en lenguaje matricial. Adopta entonces la siguiente configuración ⁶⁷:

$$[7] \quad [XC]_1 [M]^T + [XC]_2 [N/M]^T [M]^T = \{[X]_1 [M]^T + [X]_2 [N/M]^T [M]^T\} c'$$

de la que fácilmente se obtiene c' :

$$[8] \quad c' = \frac{\{[XC]_1 + [XC]_2 [N/M]^T\} [M]^T}{\{[X]_1 + [X]_2 [N/M]^T\} [M]^T}$$

Los símbolos utilizados en las ecuaciones [7] y [8] anteriores poseen la siguiente significación:

- $[XC]_1 = [x_{11} \ c_{11}, x_{12} \ c_{12}, \dots^k \dots, x_{1k} \ c_{1k}]$
- $[XC]_2 = [x_{21} \ c_{21}, x_{22} \ c_{22}, \dots^p \dots, x_{2p} \ c_{2p}]$
- $[X]_1 = [x_{11}, x_{12}, \dots^k \dots, x_{1k}]$
- $[X]_2 = [x_{21}, x_{22}, \dots^p \dots, x_{2p}]$
- $[M] = [M_1, M_2, \dots^k \dots, M_k]$
- $[N/M] = [(n_{ij}/m_{ij})] = [\Phi_{ij}]$: matriz de dimensión (k, p) , en donde cada término es la correspondiente relación de conversión, es decir ⁶⁸:

$$[N/M] = \begin{pmatrix} n_{11}/m_{11} & n_{12}/m_{12} & \dots & n_{1p}/m_{1p} \\ n_{21}/m_{21} & n_{22}/m_{22} & \dots & n_{2p}/m_{2p} \\ \dots & \dots & \dots & \dots \\ n_{k1}/m_{k1} & n_{k2}/m_{k2} & \dots & n_{kp}/m_{kp} \end{pmatrix} = \begin{pmatrix} \Phi_{11} & \Phi_{12} & \dots & \Phi_{1p} \\ \Phi_{21} & \Phi_{22} & \dots & \Phi_{2p} \\ \dots & \dots & \dots & \dots \\ \Phi_{k1} & \Phi_{k2} & \dots & \Phi_{kp} \end{pmatrix}$$

Este modelo general conduce, pues, a un sistema de « $p \ k + 1$ » ecuaciones, todas ellas lineales, que son las siguientes:

$$[XC]_1 [M]^T + [XC]_2 [N/M]^T [M]^T = \{[X]_1 [M]^T + [X]_2 [N/M]^T [M]^T\} c'$$

$$[9] \quad m_{ij} d_{ij} + n_{ij} x_{2j} c_{2j} = n_{ij} x_{2j} c' \ (i = 1, 2, \dots, k; j = 1, 2, \dots, p)$$

⁶⁷ El paso de la ecuación [6] a la [7] no es difícil, si bien sí algo laborioso. Por ello se reserva su desarrollo al anexo de este trabajo, al cual desde aquí se remite al amable lector.

⁶⁸ En lo sucesivo usaremos indistintamente las notaciones n_{ij}/m_{ij} y Φ_{ij} , según mejor convenga en cada caso.

La primera de ellas permite la obtención de «c'», que sustituida en las demás conduce a la obtención de los «d_{ij}». A la ecuación [7] la denominamos ecuación (matricial) de invariabilidad –porque es la traducción matemática del principio de invariabilidad del valor de las acciones– y a las del tipo [9] ecuaciones de ligadura de los derechos, porque cada una de ellas establece la relación –ligazón– entre el correspondiente derecho, el precio de las acciones nuevas correspondientes y la cotización conjunta *ex-post*. Finalmente, por la existencia de «k» tipos de acciones antiguas y «p» de nuevas decimos que el modelo tiene dimensión (k, p). En forma simbólica representaremos esta circunstancia como $\text{Dim}_{(k, p)} = k \ p$.

6.3. Análisis de sus variables.

6.3.1. La cotización conjunta *ex-post*.

La observación de la expresión [8] permite hacer las tres siguientes afirmaciones:

- 1.^a La cotización conjunta *ex-post* (c') es siempre un número real. Ello es debido a la respectiva dimensión de las matrices intervinientes en su cálculo, que acaban dando lugar, tanto en su numerador como en su denominador, a una matriz del tipo (1,1), es decir, a un número real, cuyo cociente también lo será. En este sentido, debe tenerse en cuenta que ambos términos de este cociente son, expresados en términos dimensionales, (1, k) (k, 1) + (1, p) (p, k) (k, 1) = (1, 1).
- 2.^a La cotización conjunta *ex-post* (c') es siempre un número real positivo, puesto que es el cociente entre dos cantidades positivas. En este sentido, tanto el numerador como el denominador de la expresión [8] responden a la misma estructura, pues –si la desarrollamos completamente– son el resultado de adicionar un producto escalar (primer sumando) y una forma bilineal no cuadrada (segundo sumando). El producto escalar es positivo porque sus dos vectores-matrices presentan todas sus componentes positivas (no tiene sentido económico la consideración de números negativos de acciones ni tampoco de precios negativos). La forma bilineal es también positiva porque todos los componentes, tanto de los vectores aplicados, como de la matriz asociada a la misma ($[N/M]^T$), son positivos, por igual motivo ⁶⁹.
- 3.^a No es una expresión simplificable, pues aun cuando $[M]^T$ figura tanto en el numerador como en el denominador, no es un número real sino una matriz que no admite inversa y, en consecuencia, no resulta simplificable.

⁶⁹ En efecto, $\{[XC]_1 + [XC]_2 [N/M]^T\} [M]^T = [XC]_1 [M]^T$ (producto escalar) + $[XC]_2 [N/M]^T [M]^T$ (forma bilineal no cuadrada). Lo mismo cabe decir del denominador.

Por otra parte, la cotización conjunta *ex-post* es función de un elevado número de variables independientes, concretamente de $3k + 2p + kp$ ⁷⁰. Cabe, por tanto, plantearse el comportamiento de la misma en función de las variables de las cuales depende. Cuando se trata de variables que únicamente aparecen en el numerador de la ecuación [8] el signo de la dependencia es inmediato. Así, c' aumentará (disminuirá) cuando aumente (disminuya) cualquier cotización, permaneciendo inalterado el valor de las demás variables. Es decir, $\partial c'/\partial c_{1i} > 0$ ($i = 1, 2, \dots, k$) y $\partial c'/\partial c_{2j} > 0$ ($j = 1, 2, \dots, p$). La influencia de las demás variables no es, sin embargo, inmediata, porque se deja sentir tanto en el numerador como en el denominador de dicha ecuación. Hay que proceder, pues, a su determinación analítica. Por lo que respecta al nominal de las acciones antiguas, el signo de $\partial c'/\partial x_{1i}$ es indeterminado⁷¹; y lo mismo ocurre con $\partial c'/\partial x_{2j}$ ⁷², $\partial c'/\partial M_i$ ⁷³ y $\partial c'/\partial \Phi_{ij}$ ⁷⁴.

6.3.2. El valor intrínseco de los distintos derechos de suscripción preferente.

Sustituyendo el valor de c' obtenido según la ecuación [8] en la ecuación [9] y operando un poco se llega, finalmente, a la siguiente expresión del valor intrínseco del derecho de suscripción preferente:

$$[10] \quad d_{ij} = \Phi_{ij} x_{2j} \left\{ \frac{\{ \{ [XC]_1 - c_{2j} [X]_1 \} + \{ [XC]_2 - c_{2j} [X]_2 \} [N/M]^T \} [M]^T}{\{ [X]_1 + [X]_2 [N/M]^T \} [M]^T} \right\}$$

El examen de esta ecuación [14] pone de manifiesto dos cosas: a) Es condición suficiente para que el valor intrínseco del derecho sea positivo ($d_{ij} > 0$) que todas las cotizaciones sean superiores a la del tipo nuevo respecto del cual se calcula el derecho ($c_{1i} > c_{2j}$; $i = 1, 2, \dots, k$; $c_{2\varpi} > c_{2j}$, $\varpi = 1, 2, \dots, j-1, j+1, \dots, p$); b) Los valores intrínsecos de los derechos, respecto de un tipo nuevo dado, de cada dos antiguos, son proporcionales a sus respectivas relaciones de conversión⁷⁵. Así pues, no es realmente necesario determinar « k » derechos sino solamente « p », obteniéndose los restantes « $(k-1)p$ » del modo proporcional indicado. Por otra parte, al ser $\partial d_{ij}/\partial c' = \Phi_{ij} x_{2j} > 0$, las variables del modelo influyen en el valor de cada derecho del mismo modo en que lo hacen en c' , salvo cuando se trate de c_{2j} , cuyo efecto sobre d_{ij} será negativo⁷⁶.

⁷⁰ Los nominales de las acciones antiguas y nuevas ($k + p$), sus cotizaciones ($k + p$), el número de acciones antiguas de los distintos tipos (k) y las « k » relaciones de conversión. En total, $2(k + p) + k + kp = 3k + 2p + kp$.

⁷¹ $\partial c'/\partial x_{1i} = M_i \{ \{ c_{1i} [X]_1 - [XC]_1 \} [M]^T + \{ c_{1i} [X]_2 - [XC]_2 \} [N/M]^T [M]^T \} / \{ [X]_1 [M]^T + [X]_2 [N/M]^T [M]^T \}^2$

⁷² $\partial c'/\partial x_{2j} = (\Phi_{1j} M_1 + \Phi_{2j} M_2 + \dots + \Phi_{kj} M_k) \{ \{ c_{2j} [X]_1 - [XC]_1 \} [M]^T + \{ c_{2j} [X]_2 - [XC]_2 \} [N/M]^T [M]^T \} / \{ [X]_1 [M]^T + [X]_2 [N/M]^T [M]^T \}^2$

⁷³ $\partial c'/\partial M_i = \{ \{ a_i [X]_1 - a'_i [XC]_1 \} [M]^T + \{ a_i [X]_2 - a'_i [XC]_2 \} [N/M]^T [M]^T \} / \{ [X]_1 [M]^T + [X]_2 [N/M]^T [M]^T \}^2$, siendo $a_i = x_{1i} c_{1i} + \sum_{j=1, 2, \dots, p} x_{2j} c_{2j} \Phi_{ij}$ y $a'_i = x_{1i} + \sum_{j=1, 2, \dots, p} x_{2j} \Phi_{ij}$.

⁷⁴ $\partial c'/\partial \Phi_{ij} = x_{2j} M_i \{ \{ c_{2j} [X]_1 - [XC]_1 \} [M]^T + \{ c_{2j} [X]_2 - [XC]_2 \} [N/M]^T [M]^T \} / \{ [X]_1 [M]^T + [X]_2 [N/M]^T [M]^T \}^2$

⁷⁵ En realidad, este resultado se deduce ya directamente de la fórmula [9], aplicada a dos tipos antiguos distintos. En efecto, tomando un tipo nuevo dado, el j -ésimo, y dos cualesquiera tipos antiguos, el a -ésimo y el b -ésimo, tenemos que $d_{aj} = \Phi_{aj} x_{2j} (c' - c_{2j})$ y $d_{bj} = \Phi_{bj} x_{2j} (c' - c_{2j})$. Así pues, $d_{aj}/d_{bj} = \Phi_{aj}/\Phi_{bj}$.

⁷⁶ En efecto, siendo $\mathfrak{R}$ una cualquiera de tales variables, aplicando la regla de la cadena (diferenciación de la función compuesta) tendremos que $\partial d_{ij}/\partial \mathfrak{R} = \Phi_{ij} x_{2j} [(\partial c'/\partial \mathfrak{R}) - (\partial c_{2j}/\partial \mathfrak{R})]$. Esta expresión adopta la forma $\partial d_{ij}/\partial \mathfrak{R} = \Phi_{ij} x_{2j} (\partial c'/\partial \mathfrak{R})$ cuando $\mathfrak{R} \neq c_{2j}$, ya que entonces $(\partial c_{2j}/\partial \mathfrak{R}) = 0$. Sin embargo, cuando $\mathfrak{R} = c_{2j}$ tenemos que $\partial d_{ij}/\partial c_{2j} = \Phi_{ij} x_{2j} [(\partial c'/\partial c_{2j}) - 1]$ que es negativa, al ser $(\partial c'/\partial c_{2j}) < 1$. Téngase en cuenta, en este sentido, que $(\partial c'/\partial c_{2j}) = x_{2j} \sum_{i=1, 2, \dots, k} \Phi_{ij} M_i / \{ [X]_1 [M]^T + [X]_2 [N/M]^T [M]^T \} < 1$, puesto que se trata de una expresión que responde a la estructura $A/(B + A + C)$.

6.3.3. El valor intrínseco agregado de los derechos de suscripción.

Cuando existen dos únicos tipos de acciones, uno de antiguas y otro de nuevas, ambas del mismo nominal, vimos en su momento que el valor intrínseco del derecho podía hallarse también como diferencia entre el precio de una acción antigua antes y después de la ampliación ($d = E_1 - E'$). Se trata, ahora, de generalizar este resultado al modelo (k, p) . Así, estamos buscando la magnitud $D = \sum_{i=1, 2, \dots, k} \sum_{j=1, 2, \dots, p} d_{ij}$, que es $D = \sum_{j=1, 2, \dots, p} (\sum_{i=1, 2, \dots, k} d_{ij}) = \sum_j (d_{1j} + d_{2j} + \dots + d_{kj}) = \sum_j (\Phi_{1j} + \Phi_{2j} + \dots + \Phi_{kj}) x_{2j} (c' - c_{2j}) = (\Phi_{11} + \Phi_{21} + \dots + \Phi_{k1}) x_{21} (c' - c_{21}) + (\Phi_{12} + \Phi_{22} + \dots + \Phi_{k2}) x_{22} (c' - c_{22}) + \dots + (\Phi_{1p} + \Phi_{2p} + \dots + \Phi_{kp}) x_{2p} (c' - c_{2p}) = [(\Phi_{11} + \Phi_{21} + \dots + \Phi_{k1}), (\Phi_{12} + \Phi_{22} + \dots + \Phi_{k2}), \dots, (\Phi_{1p} + \Phi_{2p} + \dots + \Phi_{kp})] \{c' [X]_2^T - [XC]_2^T\}$. El primer vector de este producto matricial puede expresarse como $I_{(1, k)} [N/M]$. Así pues, será $D = \sum_i \sum_j d_{ij} = I_{(1, k)} [N/M] \{c' [X]_2^T - [XC]_2^T\}$ expresión que resulta invariada si se traspone, al ser un número real. Tendremos, por tanto, finalmente que $D = \{c' [X]_2 - [XC]_2\} [N/M]^T I_{(k, 1)}$.

Pero el resultado anterior se halla expresado en función de la cotización conjunta *ex-post* y de las variables correspondientes a las acciones nuevas, cuando lo que interesa es una expresión que utilice las de las acciones antiguas, además de la cotización conjunta *ex-post*. Para lograr tal expresión debe despejarse $[XC]_2 [M]^T$ en la ecuación de invariabilidad y sustituir posteriormente su valor en la expresión $\{c' [X]_2 - [XC]_2\} [N/M]^T I_{(k, 1)}$. En este sentido, es $[XC]_2 [N/M]^T = c' \{[X]_1 + [X]_2 [N/M]^T\} - [XC]_1$ ⁷⁷. De este modo, queda finalmente que $D = \{c' [X]_2 [N/M]^T - c' [X]_1 - c' [X]_2 [N/M]^T + [XC]_1\} I_{(k, 1)} = \{[XC]_1 - c' [X]_1\} I_{(k, 1)}$ ⁷⁸.

Así pues:

$$[11] \quad \sum_i \sum_j d_{ij} = \{[XC]_1 - c' [X]_1\} I_{(k, 1)}$$

6.4. El tratamiento de los derechos económicos diferenciales de las acciones.

Cuando las acciones presentan derechos económicos diferenciales la ecuación de invariabilidad debe plantearse tomando los precios de emisión de las acciones que los posean netos de tales derechos ($E_{1i}^* = E_{1i} - D_{1i}$; $i = 1, 2, \dots, k$), del mismo modo que vimos en el caso del modelo unitario homogéneo (epígrafe 5.4). Concretamente, la hipótesis que subyace en tales casos es que dichos derechos (ej: dividendos), secan las cotizaciones de las acciones, no sus nominales ($c_{1i}^* = E_{1i}^*/x_{1i} = E_{1i}/x_{1i} - D_{1i}/x_{1i} = c_{1i} - D_{1i}/x_{1i}$). El factor de secado es, pues, el dividendo unitario (D_{1i}/x_{1i}). Es

⁷⁷ Aplicamos aquí la propiedad matricial de la simplificación por la derecha, que indica que basta que sea $A = B$ para que se cumpla la ecuación $AC = BC$ (condición suficiente, aunque no necesaria). En nuestro caso, partiendo de la ecuación [8] llegamos a que $c' \{[X]_1 + [X]_2 [N/M]^T\} [M]^T = \{[XC]_1 + [XC]_2 [N/M]^T\} [M]^T$, igualdad que, de acuerdo con la propiedad de simplificación por la derecha, se cumplirá, en particular, cuando $c' \{[X]_1 + [X]_2 [N/M]^T\} = \{[XC]_1 + [XC]_2 [N/M]^T\}$. Por tanto, pasando $[XC]_1$ al primer miembro, será $[XC]_2 [N/M]^T = c' \{[X]_1 + [X]_2 [N/M]^T\} - [XC]_1$.

⁷⁸ Obsérvese que en el modelo $(1, 1)$ con nominal único para acciones antiguas y nuevas esta expresión conduce a aquella otra de la que hemos partido, a saber, $D = x c_1 - c' x = E_1 - E' = d$.

importante resaltar esta hipótesis, pues en caso contrario podría haber acciones de distinto nominal que tras el secado de sus respectivos dividendos acabasen teniendo el mismo, en cuyo caso el problema variaría su configuración, pudiendo entonces quedar alteradas las condiciones de tratamiento del modelo ⁷⁹. Se trata, en cualquier caso, de una hipótesis muy realista, pues los dividendos suelen ser no una cantidad alzada sino un porcentaje del nominal de la acción, por lo que, en definitiva, el secado del precio es el secado de su cotización tomando como factor de secado el dividendo unitario [$c_{1i}^* = c_{1i} - (D_{1i}/x_{1i}) = c_{1i} - d_{1i}$].

6.5. La fórmula de Kester generalizada.

Vimos ya en su momento (epígrafe 5.3.2) que un planteamiento alternativo para el cálculo del coste teórico del derecho al que supone la utilización del coste medio ponderado de las acciones antiguas era la consideración de un criterio de proporcionalidad entre los valores teóricos y de mercado de las acciones y sus derechos. Ello condujo al planteamiento de la fórmula [5], que con fines recordatorios reproducimos ahora: $d = (CMP/E_1) \times d^*$, en donde d^* representa el valor de mercado del derecho, E_1 el precio de mercado de las acciones antiguas y CMP su coste medio ponderado para el accionista. La aplicación de este mismo principio al caso general conduce a una generalización de dicha fórmula, que adopta ahora la forma:

$$[12] \quad d_{ij} = (CMP_{1i}/E_{1i}) \times d_{ij}^*,$$

con $i = 1, 2, \dots, k$; $j = 1, 2, \dots, p$.

Sigue habiendo, pues, « k p » derechos de suscripción, con la particularidad, según puede observarse, de que ahora todos los generados por el mismo tipo de acciones antiguas presentan el mismo factor de proporcionalidad con el mercado (γ_i), pues $\gamma_i = (CMP_{1i}/E_{1i})$ únicamente es función de « i ».

6.6. La L-consistencia de la matriz de conversión.

6.6.1. Concepto.

La matriz $[N/M]$ no puede ser una matriz cualquiera de orden (k, p) si queremos que se cumpla el requisito establecido en el artículo 50.2 del TRLSA, es decir, la proporcionalidad entre el valor nominal de las acciones antiguas de los distintos tipos y los derechos de suscripción preferente gene-

⁷⁹ Así, por ejemplo, en un modelo L-consistente si el secado opera sobre nominales no será lo mismo una acción de 1.000 u.m. con una cotización asociada del 100 por 100 que otra de 1.000 u.m., con esa misma cotización y un dividendo a su favor del 10 por 100, por cuanto que los nominales tras el secado ya no serán iguales, generándose, pues, dos relaciones de conversión distintas, mientras que en caso de que dicho secado opere sobre cotizaciones se seguirá conservando la misma relación de conversión, al deberse entender que sigue habiendo acciones de 1.000 u.m., unas que cotizan al 100 por 100 y otras al 90 por 100.

rados por cada uno de ellos. A tal requisito lo denominamos requisito de L-consistencia; en consecuencia, cuando una matriz de orden (k, p) lo cumpla diremos que es L-consistente. La L-consistencia de la matriz de conversión exige, pues, que las relaciones de conversión de las acciones antiguas de todos los tipos, frente a las de uno nuevo dado, estén en correspondencia con los respectivos nominales de dichos tipos antiguos.

Así, tomando dos tipos antiguos cualesquiera «a» y «b» ($a, b = 1, 2, \dots, k$, con $a \neq b$), debe cumplirse que $(x_{1a}/x_{1b}) = (\Phi_{aj}/\Phi_{bj})$ para todo j ($j = 1, 2, \dots, p$). Esto es, las relaciones de conversión deben estar, pues, en proporción directa a los respectivos nominales. En particular, si $x_{1a} = x_{1b}$ obtenemos el resultado de que $\Phi_{aj} = \Phi_{bj}$, es decir, de que un mismo número de acciones antiguas de igual nominal, con independencia del tipo al que pertenezcan, debe generar el mismo número de derechos de suscripción siempre, puesto que debe permitir la suscripción preferente del mismo número de acciones nuevas⁸⁰. Por ello, los modelos L-consistentes son siempre no degenerados⁸¹.

Usando como referencia, para cada tipo de acciones nuevas, las acciones antiguas del primer tipo⁸², cuyo nominal es x_{11} , tenemos, pues, que $\Phi_{ij} = (x_{1i}/x_{11}) \Phi_{1j}$ ⁸³, siendo ahora $i = 2, 3, \dots, k$ y para todo j ($j = 1, 2, \dots, p$). Es decir, se cumple que los $(k - 1)$ últimos componentes de cada columna de la matriz de conversión son proporcionales al primero de dicha columna. Además, como dicha proporcionalidad se produce comparando únicamente nominales de acciones antiguas de diferentes tipos, no depende de la columna que tomemos en consideración, es decir, del tipo de acciones nuevas en que nos fijemos. En definitiva, la matriz de conversión L-consistente se caracteriza por tener todas sus filas proporcionales, siendo el factor de proporcionalidad entre las filas «a-ésima» y «b-ésima» el cociente (x_{1a}/x_{1b}) . En particular, sus $(k - 1)$ últimas filas son proporcionales a la primera, cada una de ellas según el factor (x_{1i}/x_{11}) ($i = 2, 3, \dots, k$).

⁸⁰ En efecto, si $M_a = M_b$ las acciones nuevas del tipo genérico «j» generadas por las antiguas del tipo «a» serán $N_{aj} = (M_a/m_{aj}) n_{aj} = M_a (n_{aj}/m_{aj}) = M_b (n_{bj}/m_{bj}) = (M_b/m_{bj}) n_{bj} = N_{bj}$. El recíproco puede cumplirse aun cuando las relaciones de conversión sean diferentes, tomando simplemente un número de acciones antiguas de los tipos «a» y «b» diferente que resulte conveniente. No obstante, si introducimos la restricción de que ambas relaciones de conversión sean iguales (por serlo los nominales), la condición $N_{aj} = N_{bj}$ conduce a que $M_a = M_b$. Entonces, cada una de estas dos condiciones implica, pues, la otra.

⁸¹ Según vimos anteriormente, un modelo es degenerado cuando existen al menos dos tipos de acciones con igual par característico (nominal y cotización) y distinta p-tupla de relaciones de conversión. Pero en los modelos L-consistentes la citada p-tupla no es independiente sino función del nominal. Por tanto, igual cotización y nominal es lo mismo en estos modelos que igual nominal, cotización y relaciones de conversión, esto es, igual p+2-tupla configuradora del tipo. No puede, en consecuencia, cumplirse nunca el requisito de degeneración, porque queda asegurado que todas las acciones antiguas de igual par característico pertenecerán siempre al mismo tipo antiguo.

⁸² Obviamente, podría tomarse como referencia cualquier otro de los $(k - 1)$ tipos antiguos restantes.

⁸³ A esta expresión la denominamos «requisito binominal de L-consistencia en base 1», puesto que asocia a dos tipos de acciones antiguas (binomial), siendo las de referencia las pertenecientes al primer tipo (tipo 1).

De acuerdo con ello, la configuración que adopta la matriz $[N/M]$ es la siguiente:

$$[N/M]_L = \begin{pmatrix} \Phi_{11} & \Phi_{12} & \dots & \Phi_{1p} \\ (x_{12}/x_{11}) \Phi_{11} & (x_{12}/x_{11}) \Phi_{12} & \dots & (x_{12}/x_{11}) \Phi_{1p} \\ \vdots & \vdots & & \vdots \\ (x_{1k}/x_{11}) \Phi_{11} & (x_{1k}/x_{11}) \Phi_{12} & \dots & (x_{1k}/x_{11}) \Phi_{1p} \end{pmatrix}$$

Esta misma configuración puede notarse como $[N/M]_L = [1, (x_{12}/x_{11}), \dots, (x_{1k}/x_{11})]^T [\Phi_{11}, \Phi_{12}, \dots, \Phi_{1p}] = [1, (x_{12}/x_{11}), \dots, (x_{1k}/x_{11})]^T [\Phi]_1$. A la expresión de la matriz de conversión mediante este producto la denominamos descomposición L-consistente de la matriz de conversión⁸⁴, en donde la matriz $[1, (x_{12}/x_{11}), \dots, (x_{1k}/x_{11})]$ recibe el nombre de factor de L-consistencia en base 1.

EJEMPLO 5:

Consideremos el modelo (4, 3), en el cual las acciones antiguas tienen los siguientes nominales: $x_{11} = 1.000$ u.m.; $x_{12} = 500$ u.m.; $x_{13} = 2.000$; $x_{14} = 1.000$. Dado que las acciones de los tipos 1.º y 4.º son iguales, sus relaciones de conversión deberán ser también iguales; por tanto, las filas 1.ª y 4.ª de la matriz $[N/M]_L$ serán iguales. Por idénticas consideraciones, las filas 2.ª y 3.ª deberán estar en proporción 1 a 4 ($500/2.000 = 0,25$). Finalmente, la fila, por ejemplo, 2.ª, estará en relación con la 1.ª en términos 1 a 2 ($500/1.000 = 1/2$). La configuración de la matriz de conversión será, por tanto, $[N/M]_L = [1, (1/2), 2, 1]^T [\Phi_{11}, \Phi_{12}, \Phi_{13}]$. Vemos como la L-consistencia es transitiva, pues, efectivamente, las filas 3.ª y 1.ª están en relación 2 a 1 ($2.000/1.000 = 2$).

Debe quedar claro, en cualquier caso, que la L-consistencia de la matriz de conversión es una exigencia que viene dada desde fuera del modelo general –por imposición legal– y que, en consecuencia, la teoría matemática de éste es independiente de aquella. Por ello, salvo que expresamente se indique lo contrario, trabajaremos prescindiendo del requisito de L-consistencia, con el objeto de obtener los resultados más generales posibles.

⁸⁴ La descomposición L-consistente de la matriz de conversión es, obviamente, única, puesto que está asociada a relaciones de conversión canónicas (aquellas en las que numerador y denominador son números primos entre sí), que son, por definición, únicas también. En suma, dicha composición es única porque es el producto de dos matrices también únicas (en este sentido, también se toman cocientes de nominales «canónicos»). Si no introdujésemos este requisito de «canonicidad» habría, obviamente, infinitas descomposiciones.

6.6.2. Implicaciones.

Como vamos a tener ocasión de comprobar a continuación, la L-consistencia de la matriz de conversión simplifica notablemente el contenido del modelo general (k, p), según prueban los resultados que a continuación se exponen.

6.6.2.1. La forma de la ecuación de invariabilidad asociada a una matriz de conversión L-consistente.

La expresión del componente de la ecuación de invariabilidad $[XC]_2 [N/M]^T$, cuando la matriz de conversión $[N/M]$ es L-consistente, adopta la forma $[XC]_2 \{[1, (x_{12}/x_{11}), \dots, (x_{1k}/x_{11})]^T [\Phi]_1\}^T = [XC]_2 \{[\Phi]_1^T [1, (x_{12}/x_{11}), \dots, (x_{1k}/x_{11})]\} = \{[XC]_2 [\Phi]_1^T\} [1, (x_{12}/x_{11}), \dots, (x_{1k}/x_{11})]$ ⁸⁵. En este producto final el primer factor es $[XC]_2 [\Phi]_1^T$, cuya dimensión es (1, p) (p, 1) = (1, 1). Concretamente, su valor es $\sum_{j=1, 2, \dots, p} x_{2j} c_{2j} \Phi_{1j}$. Del mismo modo, $[X]_2 [N/M]_L^T = \sum_{j=1, 2, \dots, p} x_{2j} \Phi_{1j} [1, (x_{12}/x_{11}), \dots, (x_{1k}/x_{11})]$. Tenemos por ello que $[XC]_2 [N/M]_L [M]^T = \{\sum_{j=1, 2, \dots, p} x_{2j} c_{2j} \Phi_{1j} [1, (x_{12}/x_{11}), \dots, (x_{1k}/x_{11})]\} [M]^T = \sum_{j=1, 2, \dots, p} x_{2j} c_{2j} \Phi_{1j} \{[1, (x_{12}/x_{11}), \dots, (x_{1k}/x_{11})] [M]^T\}$. Pero el producto matricial $[1, (x_{12}/x_{11}), \dots, (x_{1k}/x_{11})] [M]^T$, cuya dimensión es también (1, k) (k, 1) = (1, 1), adopta la forma $M_1 + \sum_{i=2, \dots, k} M_i (x_{1i}/x_{11}) = \underline{M}_1$, que es el número total de acciones antiguas equivalentes en nominal del tipo 1. Y lo mismo cabe decir de $[X]_2 [N/M]_L [M]^T$. Así pues, la ecuación de invariabilidad en modo L-consistente puede expresarse, en base 1, de la siguiente forma:

$$[13] \quad [XC]_1 [M]^T + \underline{M}_1 \sum x_{2j} c_{2j} \Phi_{1j} = \{[X]_1 [M]^T + \underline{M}_1 \sum x_{2j} \Phi_{1j}\} c'$$

Análogamente, podría expresarse en cualquier otra base de las «k» posibles. En general, la ecuación de invariabilidad en modo L-consistente y base «δ» ($1 \leq \delta \leq k$) adoptará la configuración:

$$[14] \quad [XC]_1 [M]^T + \underline{M}_\delta \sum x_{2j} c_{2j} \Phi_{\delta j} = \{[X]_1 [M]^T + \underline{M}_\delta \sum x_{2j} \Phi_{\delta j}\} c'$$

en donde $\underline{M}_\delta = M_\delta + \sum_{i=1, 2, \dots, \delta-1, \delta+1, \dots, k} M_i (x_{1i}/x_{1\delta}) = [(x_{11}/x_{1\delta}), (x_{12}/x_{1\delta}), \dots, (x_{1\delta-1}/x_{1\delta}), 1, (x_{1\delta+1}/x_{1\delta}), \dots, (x_{1k}/x_{1\delta})] [M]^T$. En este producto la primera matriz es el factor de L-consistencia en base «δ». Así pues, la L-consistencia «linealiza» la ecuación de invariabilidad, que de este modo pierde su, en otro caso, necesario carácter matricial.

⁸⁵ En el primer paso se ha aplicado la propiedad de la trasposición del producto matricial, según la cual $(AB)^T = B^T A^T$, y en el segundo la asociativa de dicho producto, según la cual $A(BC) = (AB)C$.

6.6.2.2. La expresión del valor intrínseco del derecho de suscripción.

Despejando el valor de la cotización conjunta *ex-post* (c') de la ecuación [14]—tomada en base $\delta = i$ —y sustituyendo dicho valor en la ecuación de ligadura del derecho « d_{ij} » (ecuación [9]), se obtiene una expresión bastante clarificadora del valor intrínseco del derecho de suscripción. En efecto, procediendo del modo descrito se llega al siguiente valor para d_{ij} :

$$[15] \quad d_{ij} = \Gamma_{ij} \left\{ \{[XC]_1 - c_{2j} [X]_1\} [M]^T + \underline{M}_i \sum_{\varpi \neq j} x_{2\varpi} (c_{2\varpi} - c_{2j}) \Phi_{i\varpi} \right\}$$

en donde $\Gamma_{ij} = (\Phi_{ij} x_{2j}) / \{[X]_1 [M]^T + \underline{M}_i \sum_{j=1, 2, \dots, p} x_{2j} \Phi_{ij}\}$.

A la vista de esta expresión [15] es inmediato formular una condición suficiente para que sea $d_{ij} > 0$. En efecto, al ser $\Gamma_{ij} > 0$, basta que la cotización de todos los tipos antiguos y nuevos sea superior a la del tipo nuevo respecto del cual nace el derecho « d_{ij} » ($c_{1i} > c_{2j}$, con $i = 1, 2, \dots, k$; $c_{2\varpi} > c_{2j}$, con $\varpi = 1, 2, \dots, j-1, j+1, \dots, p$), para que se cumpla dicha condición⁸⁶. La condición necesaria y suficiente presenta una formulación, sin embargo, más compleja, pues es que $\{\underline{M}_i \sum_{\varpi \neq j} x_{2\varpi} (c_{2\varpi} - c_{2j}) \Phi_{i\varpi}\} / \{c_{2j} [X]_1 - [XC]_1\} [M]^T > 1$.

6.6.2.3. La relación de proporcionalidad entre los valores intrínsecos de los derechos de suscripción derivados de un mismo tipo de acciones nuevas.

Los distintos tipos de acciones antiguas, confrontados con el tipo nuevo « j -ésimo», generan derechos de suscripción de la forma d_{ij} , con $i = 1, 2, \dots, k$. En particular, tomando los tipos antiguos « a » y « b » tenemos los derechos d_{aj} y d_{bj} . Fácilmente se comprueba, teniendo en cuenta la ecuación [18] en base « a » y en base « b », que su cociente sigue siendo, al igual que en el caso general, $d_{aj}/d_{bj} = \Phi_{aj}/\Phi_{bj}$ ⁸⁷. No obstante, dado que una matriz L-consistente se caracteriza por ser $\Phi_{aj}/\Phi_{bj} = x_{1a}/x_{1b}$, dicha proporcionalidad se da ahora también respecto de los valores nominales de las acciones antiguas de ambos tipos ($d_{aj}/d_{bj} = x_{1a}/x_{1b}$).

⁸⁶ Esta condición se cumple, según hemos visto ya, en cualquier modelo, aun cuando no sea L-consistente. La verificación de que sigue cumpliéndose en el caso L-consistente es, pues, solamente una prueba de que las ecuaciones que hemos obtenido aquí son coherentes.

⁸⁷ Téngase en cuenta que $\underline{M}_a \sum_{\varpi \neq j} x_{2\varpi} (c_{2\varpi} - c_{2j}) \Phi_{a\varpi} = \underline{M}_b \sum_{\varpi \neq j} x_{2\varpi} (c_{2\varpi} - c_{2j}) \Phi_{b\varpi}$, puesto que ambas expresiones no son más que dos modos alternativos (en base « a » y en base « b », respectivamente) de expresar $\{[XC]_2 - c_{2j} [X]_2\} [N/M]^T [M]^T$ cuando $[N/M]$ es una matriz L-consistente. Así pues, $d_{aj}/d_{bj} = \Gamma_{aj}/\Gamma_{bj} = \Phi_{aj}/\Phi_{bj}$. No podía ser, en cualquier caso, de otra forma, si tenemos en cuenta que la ecuación [15] es un caso particular de la [10].

7. ALGUNAS CUESTIONES ADICIONALES SOBRE EL MODELO GENERAL

7.1. La particularización del modelo en función de las acepciones del valor intrínseco del derecho de suscripción.

El planteamiento descrito en el epígrafe 6 anterior recoge los principios esenciales de la teoría general del derecho de suscripción preferente, si bien su particularización al tipo de acepción del valor intrínseco del derecho que deba utilizarse (valor teórico o coste teórico medio ponderado) requiere la apreciación adicional de determinados matices diferenciales. El estudio de dichos matices –que son independientes de la posible L-consistencia de la matriz de conversión– constituye el objeto de este epígrafe.

7.1.1. Valor teórico del derecho (valores totales versus valores particulares del accionista antiguo).

Las relaciones a efectos de la ampliación, recogidas a través de la matriz $[N/M]$, son únicas, al igual que ocurre con las matrices $[X]_1$ y $[X]_2$. No es el caso, sin embargo, de la matriz $[M]$, que recoge los números totales de acciones antiguas de los distintos tipos emitidas por la sociedad $[M]$, que pueden no coincidir con los de acciones de cada uno de tales tipos poseídas por el accionista antiguo, $[M^*]$, el cual, incluso, puede llegar a poseer una cantidad nula de algunos de ellos. Se plantea, por tanto, a efectos del cálculo del valor teórico del derecho, la cuestión de si debe ser utilizada la ecuación de invariabilidad [7] –alternativamente, la [6] o la [8], si se prefieren estas otras– o la resultante de sustituir en ella la matriz $[M]$ por la matriz $[M^*]$.

La cuestión no es baladí, porque –suponiendo que incluso coincidan también $[XC]_1$ y $[XC]_2$ – la cotización conjunta *ex-post* (c') a la que se llegará de una y otra forma no será la misma, salvo en el hipotético caso en que la proporción entre el número de acciones de cada tipo poseídas por el socio y su número total sea igual para todos los tipos $[(M^*_i/M_i) = (M^*_j/M_j) = \alpha, i, j = 1, 2, \dots, k, i \neq j]$. En efecto, si así ocurre será $[M^*] = [M^*_1, M^*_2, \dots, M^*_k] = [\alpha M_1, \alpha M_2, \dots, \alpha M_k] = \alpha [M_1, M_2, \dots, M_k] = \alpha [M]$, con $\alpha \neq 0$, y, en consecuencia, también será $[M^*]^T = \alpha [M]^T$, pudiendo sustituirse así la matriz $[M]$ por la $[M^*]$ sin que varíe la cotización conjunta *ex-post* (c'), precisamente porque al introducir el factor $(1/\alpha)$ en los dos sumandos de ambos miembros de la ecuación [7] el valor no cambiará y quedará expresado en función de $[M^*]^T$. Si utilizamos la ecuación [8] esto se ve todavía más claro. En efecto, haciendo $A = \{[XC]_1 + [XC]_2 [N/M]^T\}$ y $B = \{[X]_1 + [X]_2 [N/M]^T\}$, por abreviar, tendremos que $c' = \{A [M]^T\} / \{B [M]^T\} = \{A (1/\alpha) \alpha [M]^T\} / \{B (1/\alpha) \alpha [M]^T\} = \{(1/\alpha) A \alpha [M]^T\} / \{(1/\alpha) B \alpha [M]^T\} = \{(1/\alpha) A [M^*]^T\} / \{(1/\alpha) B [M^*]^T\} = \{A [M^*]^T\} / \{B [M^*]^T\}$.

Habiendo dejado asentado que la utilización de una u otra matriz de acciones antiguas no es irrelevante, la siguiente cuestión es preguntarse cuál de ambas debe ser utilizada cuando hablamos del valor teórico del derecho, la contestación a la cual puede darse *contrario sensu* (véase epígrafe 7.1.2.1 siguiente). En efecto, dado que en el caso del coste teórico (medio ponderado) del dere-

cho deberá utilizarse la matriz $[M^*]^T$, por hallarse el coste teórico vinculado a las circunstancias concretas del socio, habrá de tomarse $[M]^T$ si de lo que se trata es de calcular el valor teórico del derecho, que, por definición, trasciende de la propia esfera de un accionista antiguo concreto, para ser común a todos ellos.

Sin embargo, las ecuaciones del tipo [9] –ecuaciones de ligadura de los derechos–, dado que se construyen a partir de los términos de la citada matriz $[N/M]$, que es única, no plantean este problema, pudiendo tomarse en sustitución de los mismos los correspondientes valores totales, tanto individuales como generales, ya que en el caso general sigue siendo cierto que $m_{ij}/n_{ij} = M_{ij}/N_{ij} = M^*_{ij}/N^*_{ij}$. Lo que ocurre es que los valores totales no son inmediatos en el modelo general –porque generalmente se conocen los M_i únicamente–, por lo que resulta más operativo plantear dichas ecuaciones de ligadura a partir de las relaciones de conversión. Pero ello es simplemente una cuestión de oportunidad.

7.1.2. Coste teórico medio ponderado del derecho.

7.1.2.1. La dimensión del modelo.

Los valores teóricos de los derechos de suscripción, al construirse a partir de los valores de cotización o teóricos de las acciones antiguas, son independientes de los titulares de éstas, y, por tanto, resultan aplicables a todos ellos, aun cuando dichos titulares no posean en sus carteras financieras todos o algunos de los títulos que conforman la estructura inicial del capital de la sociedad que amplía. Por el contrario, cuando del cálculo del coste de los derechos se trata, los valores de los títulos antiguos que deben ser utilizados en la ecuación de invariabilidad del valor son los que se derivan de la propia cartera de cada accionista, lo cual significa que habrá tantas parrillas de costes teóricos como accionistas antiguos. De este modo, si un accionista antiguo no posee, por ejemplo, acciones antiguas del tipo «i» ($i = 1, 2, \dots, k$), las «p» ecuaciones de la forma $m_{ij} d_{ij} + n_{ij} x_{2j} c_{2j} = n_{ij} x_{2j} c'$ ($j = 1, 2, \dots, p$) no deberán ser tenidas en cuenta. En consecuencia, el problema quedará reducido a la resolución de un sistema lineal de « $(k - 1)p + 1$ » ecuaciones con « $(k - 1)p + 1$ » incógnitas. En general, si la carencia de acciones antiguas afecta a «r» tipos de éstas ($0 \leq r \leq k$), el número de ecuaciones (e incógnitas) a tener en cuenta será « $(k - r)p + 1$ »⁸⁸. La estructura de la ecuación de invariabilidad no se verá, en cambio, afectada, pues la simple consignación de un valor nulo en las correspondientes componentes de los vectores $[XC]_1$, $[M]^T$ y $[N/M]^T$ determina la automática particularización de la misma a la dimensión del modelo a resolver.

⁸⁸ En cualquier caso, si el socio no posee acciones de ningún tipo ($r = k$) el problema queda reducido a la dimensión (0, 0), ya que deja de tener sentido plantearse el coste teórico de los derechos generados por unas acciones inexistentes. La expresión general utilizada conduce, sin embargo, a una dimensión (1, 1), pues $[(k - r)p + 1]_{r=k} = 1$, pero ello es porque la unidad hace referencia a la ecuación de invariabilidad, que se mantiene siempre excepto cuando no hay acciones.

Si no procediésemos del modo descrito podría darse el absurdo resultado de que al socio antiguo se le generaran derechos de suscripción incluso para los tipos de acciones de las que no posee ningún título, y, en el límite, que cabe hablar del coste teórico medio ponderado en relación con un agente que no es socio de la sociedad que amplía.

EJEMPLO 6:

El capital inicial de la sociedad que amplía está formado por tres tipos de acciones, de los cuales el socio desde cuya perspectiva deseamos calcular el coste teórico de los correspondientes derechos de suscripción sólo posee dos (el primero y el tercero). La ampliación se instrumenta mediante la emisión de dos nuevos tipos de acciones. Tendremos entonces $(3 - 1) \times 2$ ecuaciones de ligadura más la ecuación de invariabilidad, es decir, 5 ecuaciones; las incógnitas serán $(d_{11}, d_{12}, d_{31} \text{ y } d_{32})$ y la cotización conjunta *ex-post* (c'). En cuanto a la ecuación de invariabilidad, no se verán afectados sus componentes $[X_1]$, $[X_2]$ y $[XC]_2$. Los otros tres serán $[XC]^*_1 = [x_{11} \ c_{11}, 0, x_{13} \ c_{13}]$, $[M^*]^T = [M_1, 0, M_3]^T$ y $[N/M^*]$ la matriz cuadrada de orden dos resultante de suprimir la segunda fila de $[N/M]$. Sin embargo, los componentes nulos de estas tres últimas matrices determinan que los correspondientes componentes de las otras tres queden inutilizados. En efecto, $[X]_1 [M]^T = [x_{11}, x_{12}, x_{13}] [M_1, 0, M_3]^T = x_{11} M_1 + x_{13} M_3 = [x_{11}, x_{13}] [M_1, M_3]^T$, mientras que el producto $[N/M]^* [M]^T$ conduce al mismo resultado que si hubiésemos multiplicado la matriz resultante de suprimir en $[N/M]$ su segunda fila por la matriz $[M_1, M_3]$. El problema ha quedado reducido, pues, efectivamente a una dimensión $(2, 2)$.

Este problema de dimensión no se da cuando no existe más que un sólo tipo de acciones antiguas (haya uno o varios de acciones nuevas), pues entonces si no se poseen acciones de la sociedad que amplía no hay, obviamente, coste teórico alguno que calcular. Solamente en este sentido puede decirse que el caso semigeneral (epígrafe 7.2.1) y los unitarios (epígrafe 7.2.2) no se ven afectados por este problema de particularización de la dimensión.

7.1.2.2. Grupos homogéneos de valores.

A diferencia de lo que ocurre en el caso de que se pretenda determinar el valor teórico de los derechos, cuando de su coste teórico se trata, el coste de todas las acciones que pertenezcan al mismo grupo de homogeneidad debe hacerse conjuntamente, según se ha visto ya en el epígrafe 6.2.1, aun cuando tengan distinto valor nominal.

7.2. Los modelos tradicionales.

7.2.1. El modelo semigeneral.

Éste es un modelo de dimensión $(1, p)$, es decir, en el que existen un sólo tipo de acciones antiguas y «p» de acciones nuevas ($k = 1$). Por tanto, los valores que en él toman las distintas variables presentes en la ecuación de invariabilidad son los siguientes:

- a) $[XC]_1 [M]^T = x_1 c_1 M = M E_1$
- b) $[X]_1 [M]^T = x_1 M = M x_1$
- c) $[XC]_2 [N/M]^T [M]^T = [x_{21} c_{21}, x_{22} c_{22}, \dots, x_{2p} c_{2p}] [\Phi_1, \Phi_2, \dots, \Phi_p]^T M = M [E_{21} (n_1/m_1) + E_{22} (n_2/m_2) + \dots + E_{2p} (n_p/m_p)]^{89};$
- d) $[X]_2 [N/M]^T [M]^T = [x_{21}, x_{22}, \dots, x_{2p}] [\Phi_1, \Phi_2, \dots, \Phi_p]^T M = M [x_{21} (n_1/m_1) + x_{22} (n_2/m_2) + \dots + x_{2p} (n_p/m_p)].$

Según se ve, el factor «M», que es un número real no nulo, aparece en las cuatro expresiones, por lo que puede prescindirse del mismo. Queda, por tanto, que $x_1 c_1 + \sum_{j=1, 2, \dots, p} x_{2j} c_{2j} (n_j/m_j) = [x_1 + \sum_{j=1, 2, \dots, p} x_{2j} (n_j/m_j)] c'$. Si, además, en vez de trabajar con las relaciones canónicas (n_j/m_j) utilizamos otras no canónicas en las que el denominador sea el mismo en todas ellas (n^*_j/m) ⁹⁰ —a las que denominamos relaciones de conversión normalizadas—, la ecuación matricial queda finalmente convertida en la siguiente expresión⁹¹:

⁸⁹ Recuerdese que las notaciones Φ_{ij} y (n_{ij}/m_{ij}) son equivalentes. En cualquier caso, suprimimos el primer subíndice de la notación al sobrentenderse (es siempre 1, al no haber más que un único tipo de acciones antiguas).

⁹⁰ Para ello basta dar a «m» el valor correspondiente al mínimo común múltiplo (m.c.m.) de los distintos valores m_j . Así, por ejemplo, en el caso de tres tipos de acciones nuevas, si las proporciones son $1 \times 1 (1/1)$, $3 \times 4 (3/4)$ y $2 \times 5 (2/5)$, pueden usarse estas otras equivalentes a ellas: 20×20 ; 15×20 y 8×20 , en donde $20 = \text{m.c.m. } \{m_1, m_2, m_3\} = \text{m.c.m. } \{1, 4, 5\} = 1 \times 4 \times 5 = 20$. Vemos entonces que cada una de las nuevas relaciones (normalizadas) es el resultado de multiplicar los dos términos de la original por el cociente $[\text{m.c.m. } \{1, 4, 5\}/m_j]$. Así, por ejemplo, la segunda relación normalizada es $(15/20) = [\text{m.c.m. } \{1, 4, 5\}/4] \times (3/4) = (5 \times 3)/(5 \times 4)$; del mismo modo, $(20/20) = [\text{m.c.m. } \{1, 4, 5\}/1] \times (1/1) = (20 \times 1)/(20 \times 1)$ y $(20/8) = [\text{m.c.m. } \{1, 4, 5\}/5] (5/2) = (4 \times 5)/(4 \times 2)$. En general, siendo $m = \text{m.c.m. } \{m_j\}_{j=1, 2, \dots, p}$, se tiene que $n_j/m_j = (m/m) (n_j/m_j) = [(m/m_j) n_j]/m = n^*_j/m$. Así pues, $n^*_j = (m/m_j) n_j$. Por tanto, las relaciones de conversión se normalizan tomando como denominador el m.c.m. de los términos «m_j» y como numerador el resultado de multiplicar la relación original por dicho m.c.m. o, dicho de otra forma, el número de acciones nuevas de la relación original por el cociente (m/m_j) . Por su parte, el mínimo común múltiplo de un conjunto de números se obtiene factorizando dichos números y tomando posteriormente los factores comunes y no comunes a todos ellos, en su máxima potencia. Así, por ejemplo, el m.c.m. $\{10, 15 \text{ y } 30\}$ se calcularía teniendo en cuenta que $10 = 2 \times 5$; $15 = 3 \times 5$ y $30 = 2 \times 3 \times 5$. Los factores a tener en cuenta son, pues, 2 (común a 10 y 30), 3 (común a 15 y 30) y 5 (común a los tres), elevados a uno, es decir, los propios 2, 3 y 5. Por tanto, $\text{m.c.m. } \{10, 15, 30\} = 2 \times 3 \times 5 = 30$. Del mismo modo, $\text{m.c.m. } \{5, 20, 25\} = 2^2 \times 5^2 = 4 \times 25 = 100$, puesto que $5 = 5$; $20 = 4 \times 5 = 2^2 \times 5$; $25 = 5 \times 5 = 5^2$. En este sentido, dado que estamos en el campo real y no en el de los números complejos, la factorización (es decir, la expresión como producto de factores de todo número), es única. Nótese que, en cualquier caso, las relaciones del tipo n^*_j/m no son canónicas, pues se obtienen multiplicando por un mismo número ambos términos de las canónicas.

⁹¹ Para ello basta, partiendo de la ecuación $x_1 c_1 + \sum_{j=1, 2, \dots, p} x_{2j} c_{2j} (n_j/m_j) = [x_1 + \sum_{j=1, 2, \dots, p} x_{2j} (n_j/m_j)] c'$, sustituir (n_j/m_j) por (n^*_j/m) y luego multiplicar ambos términos por m.

$$[19] \quad d_j = \left(\frac{n_j^*}{m} \right) x_{2j} \left(\frac{1}{m x_1 + \sum_{j=1, 2, \dots, p} n_j^* x_{2j}} \right) [m x_1 (c_1 - c_{2j}) + \sum_{\varpi=1}^p \varpi \neq j n_{\varpi}^* x_{2\varpi} (c_{2\varpi} - c_{2j})]$$

De acuerdo con esta expresión, que es un caso particular de la [10], la condición necesaria y suficiente para que el derecho sea positivo es que $\sum_{\varpi \neq j} \{(n_{\varpi}^*/m) (x_{2\varpi}/x_1) [(c_{2\varpi} - c_{2j})/(c_{2j} - c_1)]\} > 1$. Esta condición se cumplirá, entre otros casos, cuando sean simultáneamente $c_1 > c_{2j}$ y $c_{2\varpi} > c_{2j}$, para todo ϖ (condición suficiente).

Los manuales avanzados suelen abordar el caso semigeneral para un valor máximo $p = 3$, en el cual el valor de la cotización conjunta *ex-post* se representa habitualmente como $c' = E_1 + a E_{21} + a' E_{22} + a'' E_{23} / x_1 + a x_{21} + a' x_{22} + a'' x_{23}$, siendo $a = n_1^*/m$, $a' = n_2^*/m$ y $a'' = n_3^*/m$.

7.2.2. Los modelos unitarios.

7.2.2.1. El modelo unitario no homogéneo (acciones antiguas y nuevas de distinto nominal).

Particularizando las ecuaciones del modelo semigeneral (1, p), para $p = 1$, el sistema de ecuaciones que debe plantearse para la resolución de este supuesto es el siguiente:

$$[20] \quad m E_1 + n E_2 = (m x_1 + n x_2) c'$$

$$[21] \quad m d + n E_2 = n x_2 c'$$

La resolución del mismo nos da la fórmula de cálculo del derecho de suscripción preferente en este caso, que ya no es, como puede verse, la tradicional al uso, sino esta otra:

$$[22] \quad d = [(n x_1 x_2)/(m x_1 + n x_2)] (c_1 - c_2)$$

7.2.2.2. El modelo unitario homogéneo (igualdad de nominales entre las acciones antiguas y nuevas).

Éste es el caso particular con el que hemos iniciado el presente trabajo, al cual se llega desde el modelo unitario anterior sin más que hacer $x_1 = x_2 = x$. La ecuación [22] se transforma entonces en la expresión $m E_1 + n E_2 = (m x + n x) c' = (m + n) x c' = (m + n) E'$, o, lo que es igual, en $m E_1 + n E_2 = (m+n) E'$, que es la ecuación [2], siendo cada valor de la forma E el resultado de multiplicar por la correspondiente cotización (c_1 , c_2 y c') el valor nominal (x), que es común a ambos tipos de acciones. En cuanto a la ecuación [21], queda convertida en $m d + n E_2 = n E'$, que es la ecuación [3]. Finalmente, el derecho queda como $d = [n/(m+n)] (E_1 - E_2)$ ⁹³.

⁹³ En efecto, es $d = \{nx^2/[(m+n)x]\} (c_1 - c_2) = [nx/(m+n)x] (c_1 x - c_2 x) = [n/(m+n)] (c_1 x - c_2 x) = [n/(m+n)] (E_1 - E_2)$.

8. EXTENSIONES DE LA TEORÍA GENERAL: OBLIGACIONES CONVERTIBLES Y AUTOCARTERA

Si este trabajo hubiera sido escrito hace veinte años buena parte del contenido de este capítulo se habría evitado. En la actualidad, sin embargo, no puede ser así. En efecto, tradicionalmente el estudio del derecho de suscripción preferente ha involucrado la sola consideración de acciones, puesto que el capital de las sociedades está constituido exclusivamente por ellas. Sin embargo, como se dijo ya en el epígrafe 1, una de las principales novedades que supuso en su momento (1989) la incorporación de las directivas mercantiles europeas al derecho mercantil español fue la creación de un nuevo título jurídico, al que el TRLSA dedica sus artículos 292 a 294: las obligaciones convertibles (en acciones)⁹⁴. Desde un punto de vista económico este tipo de obligaciones son acciones diferidas, por cuanto que su posesión determina la toma de una futura posición de capital, cuando queden efectivamente convertidas en acciones. No es por ello casual que dentro del régimen legal de las obligaciones convertibles se prevea también el derecho de suscripción preferente, al que por el momento no hemos prestado atención.

Por otra parte, hasta ahora se ha considerado que la totalidad del capital se hallaba en circulación. Se trata, sin embargo, de un supuesto no realista, por cuanto que parte del mismo puede hallarse en manos de la propia sociedad que amplía, determinando su autocartera, lo cual influye, por mandato legal, en el planteamiento de la ecuación de invariabilidad, y, por tanto, en el valor intrínseco de los derechos de suscripción.

A ambas cuestiones —obligaciones convertibles y autocartera—, dedicamos, pues, el presente capítulo, cuya consideración conduce a un modelo general ampliado. En cualquier caso, conviene señalar que el tratamiento analítico que en este capítulo efectuamos de la autocartera resultaría extensible a todos aquellos otros supuestos en los que por decisión estatutaria, cuando ello resulte legalmente admisible, parte de las acciones antiguas deban atribuir sus derechos de suscripción a las demás (ej: acciones sin voto⁹⁵).

8.1. Las obligaciones convertibles.

Desde un punto de vista operativo dos son las situaciones que pueden darse cuando contemplamos el fenómeno de los empréstitos convertibles:

⁹⁴ Una exposición notablemente sistemática de los principales aspectos jurídico-mercantiles de las obligaciones convertibles puede encontrarse en ALVARADO, María *et alia*: «Estudio de la problemática de las obligaciones convertibles como instrumento de financiación empresarial», *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 238, enero 2003, págs. 199 a 226. En el epígrafe 2.1 siguiente seguimos básicamente a estos autores.

⁹⁵ Recordemos aquí que, según se dijo ya en el capítulo I, el TRLSA no prohíbe el derecho de suscripción preferente a favor de los titulares de acciones sin voto, pero lo supedita a lo que a este efecto dispongan los estatutos sociales (art. 91.4: «Respecto del derecho de suscripción preferente de los titulares de acciones sin voto de sociedades cotizadas se estará a lo que dispongan sus estatutos»).

- a) Que se trate de una ampliación de capital con emisión de nuevas acciones que tenga lugar cuando existan vivas en ese momento obligaciones convertibles emitidas con anterioridad por la sociedad que amplía.
- b) Que la sociedad emita un empréstito convertible.

Tanto una como otra se hallan reguladas, en lo que a su incidencia sobre el derecho de suscripción preferente se refiere, en el TRLSA, que les dedica sus artículos 158.1 y 293, respectivamente. El examen de estos preceptos pone de manifiesto que el interés del legislador mercantil ha sido la neutralización del *anaquamento* de los accionistas tanto potenciales (titulares de obligaciones convertibles que al tiempo de la apertura del plazo de suscripción de la nueva emisión se hallen vivas) como reales (accionistas antiguos), y ello tanto si se trata de una ampliación de capital actual (emisión de nuevas acciones) como diferida (emisión de obligaciones convertibles en acciones). Existen, por tanto, en realidad –desde una perspectiva estrictamente jurídica–, dos tipos de derechos de suscripción preferente: el que asiste, ante una ampliación de capital, a obligacionistas convertibles y accionistas antiguos, y aquel otro que surge, cuando se emite un nuevo empréstito convertible, a favor de los accionistas y titulares de obligaciones convertibles antiguas. El fundamento de ambos es, sin embargo, el mismo.

8.1.1. Existencia de obligaciones convertibles al tiempo de la emisión de las nuevas acciones.

La existencia de obligaciones convertibles determina que el capital previo a la ampliación sea el resultado de adicionar al capital inicial propiamente dicho el inducido por las obligaciones en circulación, consideradas en términos de acciones. Por tanto, dado que tanto accionistas como obligacionistas deben poder mantener su participación en dicho capital inicial ampliado, ambos han de poder suscribir preferentemente un número de acciones proporcional a su participación inicial. Éste es el sentido del artículo 158 del TRLSA, que ahora estamos en disposición de reproducir de modo íntegro (el subrayado es nuestro):

«En los aumentos de capital social con emisión de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, los antiguos accionistas y los titulares de obligaciones convertibles podrán ejercitar dentro del plazo que a este efecto les conceda la administración de la sociedad, que no será inferior a quince días desde la publicación del anuncio de la oferta de suscripción de la nueva emisión en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* en el caso de las sociedades cotizadas, y de un mes en el resto de los casos, el derecho a suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las acciones que posean o de las que corresponderían a los titulares de obligaciones convertibles de ejercitar en ese momento la facultad de conversión».

A la vista de esta parca regulación legal, dos son las cuestiones que plantea la determinación del valor intrínseco de los derechos de suscripción preferente de nuevas acciones en presencia de obligaciones convertibles: a) Si ambos tipos de valores intrínsecos (de acciones y obligaciones) deben

determinarse en el seno de una misma ecuación de invariabilidad o mediante dos ecuaciones separadas; b) En caso de que la respuesta a la cuestión anterior sea optar por una única ecuación de invariabilidad ⁹⁶, si las obligaciones convertibles han de conservar su propia cotización –su número y nominal, así como sus relaciones de conversión, está claro que no, por imperativo legal– o asumir la de las acciones en las que resultan convertibles. En el primer caso habrá que discernir, además, si dicha cotización es la original o la que se deduce de su transformación al nuevo nominal ⁹⁷. Como fácilmente puede intuirse, se trata de cuestiones en absoluto irrelevantes, pues los resultados que se obtengan diferirán según la respuesta que se dé a las mismas.

La primera de las cuestiones indicadas plantea, en realidad, la pregunta de si el tratamiento de acciones y obligaciones convertibles debe ser unitario o dual. En este sentido, no cabe sino decir que el tratamiento debe ser unitario, pues ambos tipos de títulos representan participaciones en un único capital inicial – actuales los primeros y diferidos los segundos, bien es cierto, pero participaciones, a la postre, en ambos casos– cuya preferencia surge en relación, además, con una única ampliación, sobre la cual, en términos de dicha preferencia, ambos tipos de títulos compiten. En cualquier caso, no faltan autores que parecen decantarse por la opción de ecuaciones separadas ⁹⁸. Bajo tales condiciones tendríamos dos modelos distintos que se resolverían directamente, cada uno de ellos con independencia del otro, en los términos vistos en el epígrafe 6.

En cuanto a la segunda cuestión, pudiera no parecer muy correcto asumir la transformación de las obligaciones en acciones en el seno de una ecuación de invariabilidad única si no es con todas sus consecuencias, máxime cuando el mantenimiento transformado de la cotización de las obligaciones no garantiza también el mantenimiento del valor de cotización agregado de las mismas ⁹⁹.

⁹⁶ Si se sostuviese la procedencia de dos ecuaciones separadas parecería lógico apurar la independencia entre ambos tipos de títulos, por lo que las obligaciones conservarían en todo caso su cotización, aunque convenientemente transformada.

⁹⁷ Así, por ejemplo, si tenemos acciones de 1.000 que cotizan al 230 por 100 y obligaciones de 1.500 que cotizan al 290 por 100, convertibles en dichas acciones de 1.000, caben tres posibilidades en relación con las obligaciones: a) Conservación de su cotización originaria: En tal caso el valor de cotización de las obligaciones es $1.000 \times 2,9 = 2.900$ u.m.; b) Conservación de su cotización transformada: La cotización es entonces $1.500 \times 2,90 = 4.350$, que en nominal de 1.000 equivale a una cotización de $4.350/1.000 = 4,35$; c) Asunción de la cotización de las acciones: Cotizarían entonces a $1.000 \times 2,30 = 2.300$ u.m. Las opciones a) y c) no mantienen el valor de cotización, siendo en el primer caso la pérdida de $4.350 - 2.900 = 1.450$ u.m. y en el segundo de $4.350 - 2.300 = 2.050$ u.m. Por otra parte, las opciones a) y b) solamente son coincidentes si el nominal de acciones y obligaciones es igual.

⁹⁸ En este sentido, dispone ALVARADO (*op. cit.*, pág. 216) que «En cuanto al valor del derecho de suscripción preferente correspondiente a las obligaciones convertibles se calcularía de igual modo que el de las acciones pero teniendo en cuenta el número de acciones nuevas que les corresponderían y el número de obligaciones a que equivalen éstas».

⁹⁹ Siguiendo con el ejemplo de la nota a pie de página núm. 97, si existiesen 10.000 obligaciones transformables en acciones según la relación de sus respectivos nominales (esto es, de tres acciones por cada dos obligaciones), tendríamos los siguientes valores de cotización agregados para las obligaciones: a) Según su propio número: $10.000 \times 1.500 \times 2,90 = 43.500.000$ u.m.; b) Según el número de acciones en que se transforman: $[10.000 \times (3/2)] \times 1.000 \times 4,35 = 65.250.000$ u.m. El único modo de que la valoración agregada de cotización de las obligaciones sea la misma en obligaciones que en acciones es que la relación de conversión se determine endógenamente, lo cual es imposible, pues viene dada por las condiciones de emisión. En el presente caso debería cumplirse que $10.000 \times 1.500 \times 2,90 = N_{acc} \times 1.000 \times 2,30 \rightarrow N_{acc} = 43.500.000/2.300 = 18.913,043$, es decir, la relación –que podemos llamar «natural»– debería ser 1,8913043 acciones por cada obligación, pero es de 1,5 acciones por obligación. En cualquier caso, las relaciones de conversión variables reproducirán la citada relación natural con mayor exactitud que las fijas –al menos cuando de la determinación del valor teórico de los derechos se trate–, en la medida en que su formación suele responder a criterios de obtención parecidos a los de ésta, que, además, se aplican en un momento del tiempo similar.

Éste es un buen argumento a favor de la asunción por las obligaciones de la cotización de las acciones. Sin embargo, tiene dos inconvenientes: 1) Cuando se trata de la determinación del valor intrínseco de los derechos en su acepción de coste teórico medio ponderado conduce a una total desconsideración de las condiciones particulares del obligacionista –fundamento indisponible de la perspectiva individual de cálculo de los derechos, según se vio en el epígrafe 7–, el cual puede, incluso, carecer de las acciones antiguas en las que dichos títulos resultan convertibles (en tal caso no es que la transformación fuese cuestionable; es que, directamente, no podría hacerse); 2) Conduce a un valor intrínseco del derecho conjunto para acciones y obligaciones convertibles cuya desagregación no puede, por término general, realizarse satisfactoriamente. Por tanto, como el tratamiento debe ser único con independencia de la acepción del valor intrínseco por la que nos inclinemos, no cabe sino concluir que las obligaciones deben residenciarse en la ecuación de invariabilidad a su propia cotización. Dicha cotización no puede, en cualquier caso, ser la original –pues ésta va referida a un nominal que no tiene reflejo en la ecuación de invariabilidad– sino la transformada.

Una vez asentado que la ecuación de invariabilidad es única y que a las obligaciones se les da entrada en ella a su propia cotización, convenientemente transformada, resulta factible ya la elaboración del modelo matemático de determinación de los derechos de suscripción preferente ampliado al supuesto de existencia de obligaciones convertibles como parte –diferida– del capital inicial. Admitiendo la existencia de «r» tipos de obligaciones convertibles, la formulación de este modelo general ampliado requiere la definición de las variables características de cada tipo de obligaciones convertibles, que son las siguientes: a) Nominal: El de las acciones en las que resulten convertibles; b) Número: El que se desprenda de la relación de conversión aplicable; c) Cotización: Su cotización transformada, en los términos analizados en el epígrafe anterior; d) Relaciones de conversión: Las aplicables al tipo antiguo de acciones en las que resulten convertibles. El que las relaciones de conversión de las obligaciones sean las mismas que las aplicables a su tipo de acciones antiguas correspondiente tiene una transcendencia determinante, pues al ser las únicas variables diferenciales entre ambos tipos de títulos sus respectivos número y cotización, si esta última es en realidad coincidente no cabrá hablar de tipos distintos sino del mismo tipo ¹⁰⁰. La consideración de obligaciones convertibles no es causa nunca, pues, de la degeneración del modelo. Por otra parte, al regirse las acciones antiguas de un tipo determinado y las obligaciones convertibles en ellas por las mismas relaciones de conversión en nuevas acciones, sus respectivos derechos valdrán lo mismo ¹⁰¹. En otro orden de cosas, la existencia de «r» tipos de obligaciones convertibles determina que el modelo ampliado tenga una dimensión máxima ($k + r, p$).

¹⁰⁰ En este sentido debe recordarse que, según se ha dicho en el epígrafe 6.2.1, las variables configuradoras de un tipo de acciones antiguo forman una $p+2$ -tupla, que está constituida por las siguientes variables: a) Nominal; b) Cotización; c) Las «p» relaciones de conversión del tipo frente a cada uno de los «p» nuevos. En consecuencia, dado que de los $p+2$ elementos siempre coinciden $p+1$ (todos excepto la cotización), si la cotización es también común tendremos dos $p+2$ -tuplas iguales, lo que implica el mismo tipo antiguo.

¹⁰¹ Ello no ocurriría, obviamente, de modo necesario si tomásemos ecuaciones de invariabilidad separadas para acciones y obligaciones. En cualquier caso, el derecho del obligacionista queda determinado en unidades monetarias de acciones, debiendo por ello ser expresado en unidades de obligaciones (mediante la aplicación de la relación de canje de acciones por obligaciones).

Sentados estos principios, poco más puede decirse, pues la configuración exacta del modelo dependerá de los concretos supuestos que hagamos sobre la correspondencia entre obligaciones convertibles y acciones antiguas, así como del número total de tipos antiguos que, a resultas de la transformación de las obligaciones en acciones, surjan. En este sentido, las consideraciones precedentes tan sólo son la base de partida que debe permitir afrontar con éxito el planteamiento y resolución de cualquier modelo que pueda darse.

8.1.2. Emisión de empréstitos convertibles.

El artículo 293 del TRLSA regula el derecho a la suscripción preferente, a favor de los antiguos accionistas y titulares de empréstitos convertibles previos, de las obligaciones de cada nuevo empréstito convertible. Dispone a tal efecto lo siguiente (el subrayado es nuestro):

- «1. Los accionistas de la Sociedad tendrán derecho de suscripción preferente de las obligaciones convertibles.
2. Igual derecho corresponderá a los titulares de obligaciones convertibles pertenecientes a emisiones anteriores en la proporción que corresponda según las bases de la conversión.
3. Al derecho de suscripción preferente de obligaciones convertibles resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 158 de esta Ley».

Como única cuestión jurídica destacable merece ser resaltado el hecho de que parece ser, a juzgar por la redacción utilizada, que el derecho de suscripción preferente de los nuevos títulos que surge a favor de los titulares de obligaciones previas lo es en la proporción que se decida establecer al tiempo de la emisión de aquéllos, cuando, en realidad, dichos términos no son negociables, pues deben ser los mismos en que es posible ejercitar el derecho preferente por los accionistas, si queremos que ambos derechos –y no sólo este último– cumplan con su finalidad, que no es otra, según se ha dicho ya anteriormente, que garantizar el mantenimiento invariado de la participación inicial en el capital a resultas de una eventual ampliación posterior.

Tanto a la substancia económica como a la instrumentación de este derecho cabe aplicar las consideraciones del epígrafe precedente. En cualquier caso, deberá continuar trabajándose en términos de acciones, ya que éstas son la referencia de las obligaciones –tanto antiguas como nuevas– y el método alternativo consistente en el razonamiento en términos de obligaciones antiguas no conduce al mismo resultado ¹⁰². Por otra parte, podrá haber una o varias emisiones simultáneas de empréstitos convertibles.

¹⁰² La razón de esta diferencia estriba en que la transformación, al pasar de un método a otro, afecta no solamente a los números de acciones sino también a las cotizaciones. Véase en este sentido el ejercicio núm. 6 del final de este capítulo.

8.2. La autocartera ¹⁰³.

8.2.1. Consideraciones jurídicas.

El régimen que sobre la tenencia de acciones propias o de la sociedad dominante configura el TRLSA obedece, según URÍA ¹⁰⁴, al deseo del legislador mercantil de «evitar que las sociedades influyan en el mercado de sus acciones, o que se produzcan sin ningún control interconexiones más o menos peligrosas entre sociedades externamente independientes». No se trata, sin embargo, de la única finalidad a la que responde la configuración de este régimen. En realidad, de todas las esgrimibles la que más interesa a los fines de este libro no es la jurídica indicada sino otra de índole económica ¹⁰⁵, según la cual el régimen de autocartera pretende evitar que la sociedad pueda suscribir sus propias acciones, pues en tal caso la ampliación de capital sería parcialmente ficticia –al no ir la emisión de acciones acompañada de una afluencia de valores (aumento de activos o reducción de pasivos) a la sociedad–, resintiéndose en consecuencia el valor de garantía frente a terceros que debe representar su capital. No en vano, en los supuestos en que, contra la regla general, se permite la tenencia de acciones en autocartera, el TRLSA obliga a dotar una reserva que compense el vaciamiento patrimonial que dichas acciones suponen (art. 79, regla 3.ª) ¹⁰⁶.

Por ello, el TRLSA (arts. 74 a 89) diseña un régimen que, si bien no elimina la posibilidad de la autocartera, la somete a requisitos muy estrictos. En concreto, prácticamente impide la adquisición originaria de acciones propias o de la sociedad dominante (*vide* art. 74.2), limitándose, pues, los supuestos permitidos a las denominadas adquisiciones derivativas ¹⁰⁷. Desde una perspectiva técnica, la instrumentación de la prohibición de adquisición originaria de autocartera en los aumentos de capital exige la atribución proporcional del derecho de suscripción preferente de dichas acciones al resto. Es por ello que el artículo 79 del TRLSA dispone, en el apartado 2.º de su regla 1.ª, que «Los

¹⁰³ Este régimen es uno de los aspectos del TRLSA sobre el que más han incidido las reformas habidas. Así, la Ley 2/1995 dio nueva redacción a sus artículos 74.2, 75.1.2.º, 2.º y 3.º, 76.1.1.º, 78.1, 79.3.ª, 87 y 89. Sobre el comportamiento del fenómeno de la autocartera en el caso español puede consultarse a ROPERO, Miguel Ángel: «Adquisición de acciones propias: factores explicativos para el caso español». Revista de Investigaciones Económicas de la Fundación para el Estudio de la Economía Aplicada (FEDEA), vol. XXIV (2), 2000, págs. 329-355.

¹⁰⁴ *Op. cit.* pág. 264.

¹⁰⁵ De las más importantes se hace eco PELAYO MUÑOZ, Tomás: «Las acciones: derechos del accionista, representación, transmisión, derechos reales, negocios sobre las propias acciones». Editorial CISS, mayo 1999 (cap. VI).

¹⁰⁶ Dice dicho precepto que «Se establecerá en el pasivo del balance de la sociedad adquirente una reserva indisponible equivalente al importe de las acciones propias o de la sociedad dominante computado en el activo. Esta reserva deberá mantenerse en tanto las acciones no sean enajenadas o amortizadas». En realidad, dado que la adquisición de las acciones se rige por las reglas de general aplicación a los valores negociables (Normas de Valoración 8.ª y 10.ª del Plan General de Contabilidad), serán contabilizadas en el activo por su precio de adquisición, que será también el de la reserva. Así pues, esta última puede no corresponderse exactamente con la fracción nominal de capital que represente la autocartera.

¹⁰⁷ Son adquisiciones originarias las que tienen lugar (art. 74.2 TRLSA) bien en el momento fundacional o constitutivo de la sociedad bien con ocasión de una o varias eventuales ampliaciones de capital posteriores (con emisión de nuevas acciones, lógicamente). Son derivativas las demás.

derechos económicos inherentes a las acciones propias, excepción hecha del derecho a la asignación gratuita de nuevas acciones, serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones». La mencionada excepción se debe a que en el supuesto de ampliaciones de capital liberadas no hay en realidad vaciamiento, pues todas las acciones, incluso las que se hallen en autocartera, se corresponden con una afluencia de patrimonio (reducción de reservas).

Entre otras cuestiones ¹⁰⁸, la norma deja sin resolver el tratamiento que debe darse al derecho de asignación gratuita en las emisiones parcialmente liberadas. No obstante, la garantía de intangibilidad del capital social solamente se consigue mediante la atribución proporcional de la totalidad de los derechos, pues en caso contrario siempre quedaría una fracción del capital que no se correspondería con valor patrimonial alguno. Por ello, la prohibición del artículo 74.1 del TRLSA y la consiguiente atribución proporcional de los derechos inherentes a estas acciones (art. 79, regla 2.ª, TRLSA) no debe entenderse de forma también proporcional sino total.

8.2.2. Su incorporación al modelo.

8.2.2.1. La autocartera en el modelo unitario homogéneo.

La existencia de autocartera determina que la relación de conversión entre acciones antiguas y nuevas sea el resultado de comparar las acciones antiguas netas de las pertenecientes a dicha autocartera y las nuevas.

EJEMPLO 7:

Una sociedad cuyo capital está compuesto de 5.000 acciones de 2.000 ptas. cada una posee en autocartera 2.000, que han sido recogidas mediante su adquisición en bolsa. Si la sociedad emite ahora 1.000 nuevas acciones, cada acción antigua no perteneciente a la autocartera generará un derecho de suscripción preferente, pero tendrá asignados $1 + [2.000/(5.000 - 2.000)] = 1 + (2/3) = 5/3$ derechos. Por otra parte, al ser la relación de canje entre acciones antiguas y nuevas 5×1 , con cada cinco derechos de suscripción puede adquirirse una acción nueva. Pero para reunir cinco de tales derechos no se precisan 5 acciones antiguas sino únicamente 3. Por tanto, la relación de canje efectiva es 3×1 (3 acciones antiguas $\rightarrow$ 5 derechos de suscripción preferente $\rightarrow$ 1 acción nueva). Esta segunda relación puede obtenerse directamente comparando el número total de acciones antiguas no pertenecientes a la autocartera ($5.000 - 2.000 = 3.000$) con el de nuevas acciones (1.000). Así pues, en este caso la relación de conversión es $N/(M-A)$, en donde A representa el número total de acciones en autocartera.

¹⁰⁸ Véase SANTOS PEÑALVER, Jesús Fernando, y BANEGAS OCHOVO, Regino: «Los derechos económicos inherentes a las acciones propias y la reserva indisponible». *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, núm. 128, noviembre de 1993, págs. 113 a 118.

Dado que las posibilidades de atribución proporcional de los derechos de suscripción inherentes a la autocartera son solamente dos (atribución total y nula), podemos expresar la autocartera relevante (A^*) en función de la autocartera total (A), mediante la fórmula $A^* = \mu A$. Así, cuando se trate de una atribución proporcional total (emisión íntegra o parcialmente no liberada), será $\mu = 1$ ($A^* = A$); si no existe tal atribución, por ser la ampliación totalmente liberada, será en cambio $\mu = 0$ ($A^* = 0$).

Por ello, en este caso, si suponemos la coincidencia de nominales ($x_1 = x_2 = x$) ¹⁰⁹, el planteamiento que debe hacerse viene dado a través de las dos siguientes ecuaciones:

$$[23] \quad (M - \mu A) E_1 + N E_2 = [(M - \mu A) + N] E'$$

$$[24] \quad (M - \mu A) d + N E_2 = N E'$$

que resuelto permite llegar al siguiente derecho de suscripción preferente:

$$[25] \quad d = \{N/[(M - \mu A) + N]\} (E_1 - E_2)$$

Si designamos ahora a la fracción de títulos pertenecientes a la autocartera (A/M) por θ_A y hacemos $M^* = M - \mu A$, tendremos que $M^* = M (1 - \mu \theta_A)$. Del mismo modo, pues, que $N/M = n/m$ será $N/M^* = n/m^*$, en donde $m^* = m (1 - \mu \theta_A)$. Así pues, la expresión [32] quedará convertida en esta otra:

$$[26] \quad d = [n/(m^* + n)] (E_1 - E_2)$$

En definitiva, la presencia de autocartera determina que, dado el número de acciones antiguas (M), su relación de conversión en acciones nuevas sea mayor [$n/m^* = n/[m (1 - \mu \theta_A)] > n/m$]. También puede decirse, alternativamente, que en este caso existen menos acciones antiguas a efectos de invariabilidad [$M^* = M (1 - \mu \theta_A) < M$], dada su relación a efectos de conversión (n/m).

8.2.2.2. La autocartera en el modelo general.

Extendiendo las conclusiones obtenidas en el caso anterior al supuesto (k, p) puede llegarse a una formulación genérica de las implicaciones de la existencia de autocartera en el cálculo del valor intrínseco de los derechos de suscripción preferente. Para ello debe tenerse en cuenta que ahora la autocartera correspondiente a cada tipo de acciones antiguas no tiene que desplegar necesariamente el mismo efecto en relación con todos los tipos de acciones nuevas ¹¹⁰. Habrá, por ello, una autocartera relevan-

¹⁰⁹ Lo hacemos únicamente para ver las implicaciones que la autocartera tiene en la formulación tradicional del cálculo del derecho de suscripción. Es obvio, no obstante, que el mismo planteamiento sirve para el supuesto de que acciones antiguas y nuevas tengan distintos nominales (modelo unitario no homogéneo).

¹¹⁰ Piénsese, por ejemplo, en una ampliación en la que existan un único tipo de acciones antiguas y dos tipos de acciones nuevas, el primero de acciones nuevas liberadas y el segundo de acciones nuevas no liberadas. En tal caso, la autocartera de acciones antiguas atribuirá proporcionalmente sus derechos al resto de acciones antiguas a efectos sólo de la segunda ampliación. Así, la autocartera relevante será, pues, nula en el primer caso y la total autocartera en el segundo. En definitiva, el tratamiento de la autocartera se halla vinculado únicamente a las condiciones de emisión de los nuevos títulos.

te por cada par de tipos de acciones antiguo y nuevo (A^*_{ij}), que, al igual que antes, podemos expresar en función de la autocartera total de cada tipo antiguo (A_i), siendo $A^*_{ij} = \mu_j A_i$ ¹¹¹, en donde A_i es el número total de acciones antiguas del tipo «i-ésimo» en autocartera y $\mu_j \in \{0, 1\}$, al igual que en el modelo unitario. Por otra parte, la relación de conversión entre cada par de tipos de acciones, uno de antiguas y otro de nuevas, ya no es n_{ij}/m_{ij} sino n_{ij}/m^*_{ij} , en donde $m^*_{ij} = m_{ij} (1 - \mu_j \theta_{Ai})$, siendo θ_{Ai} la proporción del tipo antiguo «i-ésimo» en autocartera ($\theta_{Ai} = A_i/M_i$). Así pues, en notación simbólica, la matriz $[N/M]$ da paso a $[N/M^*] = [N/M (1 - \mu \theta_A)]$, en donde $n_{ij}/m^*_{ij} = n_{ij}/[m_{ij} (1 - \mu_j \theta_{Ai})]$.

Estas consideraciones determinan que las ecuaciones de invariabilidad y ligadura adopten en presencia de autocartera la siguiente forma¹¹²:

$$[27] \quad [XC]_1 [M]^T + [XC]_2 [N/M (1 - \mu \theta_A)]^T [M]^T = \{[X]_1 [M]^T + [X]_2 [N/M (1 - \mu \theta_A)]^T [M]^T\} c'$$

$$[28] \quad m_{ij} (1 - \mu_j \theta_{Ai}) d_{ij} + n_{ij} x_{2j} c_{2j} = n_{ij} x_{2j} c' \quad (i = 1, 2, \dots, k; j = 1, 2, \dots, p)$$

ANEXO

Obtención de la ecuación matricial de invariabilidad del modelo general

1. El planteamiento general del problema de la invariabilidad del valor de las acciones conduce a la siguiente primera ecuación:

$$[1] \quad (M_1 x_{11} c_{11} + M_2 x_{12} c_{12} + \dots^k \dots + M_k x_{1k} c_{1k}) + (N_1 x_{21} c_{21} + N_2 x_{22} c_{22} + \dots^p \dots + N_p x_{2p} c_{2p}) = \\ = [(M_1 x_{11} + M_2 x_{12} + \dots^k \dots + M_k x_{1k}) + (N_1 x_{21} + N_2 x_{22} + \dots^p \dots + N_p x_{2p})] c'$$

2. No obstante, en la expresión [1] figuran los distintos números de tipos de acciones nuevas (N_j), que pueden ser expresados en función de los distintos números de tipos de acciones (M_i). Para ello no hay que tener en cuenta más que el hecho de que el número total de acciones de un tipo nuevo dado (el j-ésimo) se genera como consecuencia de todos los tipos antiguos ($M_1, M_2, \dots, M_k$), a través de las distintas relaciones de conversión $\Phi_{ij} = n_{ij}/m_{ij}$. Así pues, $N_j = (M_1/m_{1j}) n_{1j} + (M_2/m_{2j}) n_{2j} + \dots^k \dots + (M_k/m_{kj}) n_{kj} = \sum M_i (n_{ij}/m_{ij})$ ($i = 1, 2, \dots, k$). Queda entonces que $N_j = \sum M_i (n_{ij}/m_{ij})$ [2], que es la expresión contenida en el comienzo de la nota a pie de página núm. 66.

¹¹¹ Adviértase que utilizamos la notación « μ_j » y no « μ_{ij} », puesto que todos los tipos de acciones antiguas atribuyen en igual proporción los derechos de suscripción generados por su confrontación con un tipo dado de acciones nuevas. Es decir, los coeficientes de transformación de la autocartera en autocartera relevante dependen de las acciones nuevas únicamente.

¹¹² Aunque parezca que la presencia de autocartera no afecta en el caso general al número de acciones antiguas relevantes, por figurar en la ecuación [34] la matriz $[M]$, al igual que en el caso de ausencia de autocartera (ecuaciones [7] y [8]), ello no es así, pues dicha ecuación [27] es equivalente a esta otra (escalares ϑ y ϑ_{ij}): $\vartheta [XC]_1 [M]^T + [XC]_2 [N\vartheta/(1 - \mu \theta_A)/M]^T [M]^T = \{\vartheta [X]_1 [M]^T + [X]_2 [N\vartheta/(1 - \mu \theta_A)/M]^T [M]^T\} c'$, siendo $\vartheta = \Pi (1 - \mu_j \theta_{Ai})$ ($i = 1, 2, \dots, k; j = 1, 2, \dots, p$) y $[N\vartheta/(1 - \mu \theta_A)/M] = [n_{ij} \vartheta_{ij}/m_{ij}]$, en donde $\vartheta_{ij} = \vartheta/(1 - \mu_j \theta_{Ai})$. Introduciendo ahora el factor ϑ en los vectores de números de acciones antiguas, queda que $\vartheta [M]^T = [M^*]^T$. Por tanto, la ecuación de invariabilidad adopta finalmente la siguiente configuración: $[XC]_1 [M^*]^T + [XC]_2 [N\vartheta/(1 - \mu \theta_A)/M]^T [M]^T = \{[X]_1 [M^*]^T + [X]_2 [N\vartheta/(1 - \mu \theta_A)/M]^T [M]^T\} c'$.

$$\begin{aligned} & (M_1 \ x_{11} \ c_{11} + M_2 \ x_{12} \ c_{12} + \dots^k \dots + M_k \ x_{1k} \ c_{1k}) + \{[M_1 \ (n_{11}/m_{11}) + M_2 \ (n_{21}/m_{21}) + \dots^k \dots + M_k \\ & (n_{k1}/m_{k1})] \ x_{21} \ c_{21} + [M_1 \ (n_{12}/m_{12}) + M_2 \ (n_{22}/m_{22}) + \dots^k \dots + M_k \ (n_{k2}/m_{k2})] \ x_{22} \ c_{22} + \dots^p \dots + \\ & + [M_1 \ (n_{1p}/m_{1p}) + M_2 \ (n_{2p}/m_{2p}) + \dots^k \dots + M_k \ (n_{kp}/m_{kp})] \ x_{2p} \ c_{2p}\} = [M_1 \ x_{11} + M_2 \ x_{12} + \dots^k \dots + \\ & + M_k \ x_{1k}) + \{[M_1 \ (n_{11}/m_{11}) + M_2 \ (n_{21}/m_{21}) + \dots^k \dots + M_k \ (n_{k1}/m_{k1})] \ x_{21} + [M_1 \ (n_{12}/m_{12}) + M_2 \\ & (n_{22}/m_{22}) + \dots^k \dots + M_k \ (n_{k2}/m_{k2})] \ x_{22} + \dots^p \dots + [M_1 \ (n_{1p}/m_{1p}) + M_2 \ (n_{2p}/m_{2p}) + \dots^k \dots + M_k \\ & (n_{kp}/m_{kp})] \ x_{2p}\} \ c' \end{aligned}$$

4. Analicemos ahora separadamente cada uno de los términos de la expresión obtenida en 3. En primer lugar, $(M_1 x_{11} c_{11} + M_2 x_{12} c_{12} + \dots^k \dots + M_k x_{1k} c_{1k}) [x_{11} c_{11}, x_{12} c_{12}, \dots^k \dots, x_{1k} c_{1k}] [M_1, M_2, \dots^k \dots, M_k]^T = [XC]_1 [M]^T$, en donde el signo «T» es indicativo de que ha sido traspuesta la matriz-fila $[M]$, que de este modo actúa como matriz-columna. En cuanto a la expresión $\{[M_1 (n_{11}/m_{11}) + M_2 (n_{21}/m_{21}) + \dots^k \dots + M_k (n_{k1}/m_{k1})] x_{21} c_{21} + [M_1 (n_{12}/m_{12}) + M_2 (n_{22}/m_{22}) + \dots^k \dots + M_k (n_{k2}/m_{k2})] x_{22} c_{22} + \dots^p \dots + [M_1 (n_{1p}/m_{1p}) + M_2 (n_{2p}/m_{2p}) + \dots^k \dots + M_k (n_{kp}/m_{kp})] x_{2p} c_{2p}\}$, puede expresarse de forma matricial del siguiente modo:

$$[x_{21} \ c_{21}, \ x_{22} \ c_{22}, \ ...^p..., \ x_{2p} \ c_{2p}] \left(\begin{array}{l} M_1 \ (n_{11}/m_{11}) + M_2 \ (n_{21}/m_{21}) + ... \ ^{(k)} \ ... + M_k \ (n_{k1}/m_{k1}) \\ M_1 \ (n_{12}/m_{12}) + M_2 \ (n_{22}/m_{22}) + ... \ ^{(k)} \ ... + M_k \ (n_{k2}/m_{k2}) \\ \\^{(p)}.....^{(p)}.....^{(p)}..... \\ \\ M_1 \ (n_{1p}/m_{1p}) + M_2 \ (n_{2p}/m_{2p}) + ... \ ^{(k)} \ ... + M_k \ (n_{kp}/m_{kp}) \end{array} \right)$$

$$\begin{pmatrix} M_1(n_{11}/m_{11}) + M_2(n_{21}/m_{21}) + \dots^{(k)} \dots + M_k(n_{k1}/m_{k1}) \\ M_1(n_{12}/m_{12}) + M_2(n_{22}/m_{22}) + \dots^{(k)} \dots + M_k(n_{k2}/m_{k2}) \\ \dots\dots\dots \\ \dots(p)\dots\dots(p)\dots\dots(p)\dots\dots \\ \dots\dots\dots \\ M_1(n_{1p}/m_{1p}) + M_2(n_{2p}/m_{2p}) + \dots^{(k)} \dots + M_k(n_{kp}/m_{kp}) \end{pmatrix} = \begin{pmatrix} n_{11}/m_{11} & n_{21}/m_{21} & \dots\dots^{(k)}\dots\dots n_{k1}/m_{k1} \\ n_{12}/m_{12} & n_{22}/m_{22} & \dots\dots^{(k)}\dots\dots n_{k2}/m_{k2} \\ \dots\dots\dots \\ (p)\dots\dots(p)\dots\dots(p) \\ \dots\dots\dots \\ n_{1p}/m_{1p} & n_{2p}/m_{2p} & \dots\dots^{(k)}\dots\dots n_{kp}/m_{kp} \end{pmatrix} \begin{pmatrix} M_1 \\ M_2 \\ \dots\dots\dots(k) \\ \dots\dots\dots \\ M_k \end{pmatrix}$$

ESTUDIOS FINANCIEROS núm. 256

CONTABILIDAD	LA CONTABILIDAD SIMPLIFICADA: UN AVANCE A LA GLOBALIZACIÓN EN CONTRA DE LA METODOLOGÍA CONTABLE	Núm. 50/2004
---------------------	--	-------------------------

INMACULADA ALONSO CARRILLO

*Profesora Titular de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Castilla-La Mancha*

M.^a ÁNGELA JIMÉNEZ MONTAÑÉS

*Profesora Titular de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Castilla-La Mancha
Auditora de Cuentas del ROAC*

Extracto:

El mundo económico y el entramado empresarial está continuamente en cambio, las pequeñas empresas tienen un gran protagonismo en la economía mundial de los países desarrollados. En España, la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa tiene por objeto estimular la creación de nuevas empresas, especialmente de pequeña y mediana dimensión, paralelamente, desde un punto de vista contable, se aprueba el régimen simplificado de la contabilidad, para facilitar a los pequeños empresarios el cumplimiento de las obligaciones contables.

La cuestión que ponemos de manifiesto en este artículo es si la simplificación de la información contable logrará mantener la imagen fiel, sabiendo que ésta es el corolario de la aplicación sistemática de los principios contables, ante la perspectiva actual en la cual las empresas tienen cada vez más necesidad de información, tanto financiera, contable, y de gestión, para desarrollar una estrategia competitiva acorde al mercado en el cual están desarrollando su actividad.

Sumario:

1. Consideraciones generales.
2. Aplicación del régimen simplificado.
3. Las cuentas anuales simplificadas.
4. Normas de valoración simplificadas.
 - 4.1. Contratos de arrendamiento financiero.
 - 4.2. Impuesto sobre beneficios.
5. Conclusiones.

Bibliografía.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El mundo económico y el entramado empresarial está continuamente en cambio y lejos de la existencia y de la creencia de que la riqueza de un país se genera mediante grandes empresas y multinacionales, es obvio, que, como en el caso de España y otros muchos países europeos, es la pequeña y mediana empresa y la nueva concepción y consideración de empresa familiar la que está jugando un papel fundamental y estratégico. Las pequeñas empresas tienen un gran protagonismo en la economía mundial y gozan de una especial consideración en la política económica y social de los países desarrollados. En España, ocho de cada diez empresas son de tamaño reducido (Directorio Central de Empresas, INE, 2002). El 79,1% emplea a menos de dos personas y sólo el 5,8% cuenta con más de 20 trabajadores, aunque lógicamente la distribución es dependiente del sector económico. De las primeras, el 70% son personas físicas, siguiéndole en orden de importancia las sociedades de responsabilidad limitada (20%).

Desde el año 1997, la Comisión Europea apostó por una reforma que mejorara las condiciones administrativas, mercantiles y contables y simplificara los condicionantes para la creación de empresas (Recomendación sobre las mejoras y simplificación de las condiciones para la creación de empresas, 22 de abril de 1997, 97/344/CEE).

Fue el embrión para la creación del grupo BEST, creado por mandato del Consejo Europeo de Amsterdam en 1997, cuyo trabajo se materializó en la aprobación en abril de 1999 en «el Plan de acción para promover el espíritu empresarial y la competitividad».

En la Carta Europea de la Pequeña Empresa (Carta de Feira, adoptada en junio de 2000, por mandato del Consejo Europeo de Lisboa), los Estados miembros se comprometieron a formar un marco jurídico y administrativo que propiciara la actividad empresarial, mediante una simplificación en los sistemas de creación de empresas.

En España, mediante la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, se desarrolla el denominado «Proyecto Nueva Empresa», que tiene por objeto estimular la creación de nuevas empresas, especialmente de pequeña y mediana dimensión. Con esta ley se abre la posibilidad de crear sociedades en un día, mediante un documento electrónico único y con una sola comparecencia ante el notario.

Este proyecto de Nueva Empresa se fundamenta en tres elementos:

- El Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE).
- El Régimen Jurídico de la Nueva Empresa.
- El Sistema de Contabilidad Simplificada.

El objetivo de nuestro trabajo no se centra en desarrollar los aspectos jurídicos de la «Nueva Empresa», sino en hacer incidencia en lo que aparece recogido en la parte IV de la Exposición de Motivos de la citada ley en donde textualmente se recoge que:

«La necesaria simplificación de cumplimiento de las obligaciones contables de la sociedad aconseja la implantación de un modelo de contabilidad simplificada acorde con las características de la Nueva Empresa».

Este tipo de empresas se caracterizará porque el capital social no podrá ser inferior a 3.012 euros ni superior a 120.202 euros y, en todo caso, la cifra de capital mínimo indicada sólo podrá ser desembolsada mediante aportaciones dinerarias.

Si bien se pretende fomentar la innovación y el desarrollo empresarial desde el ámbito contable, debemos seguir aplicando los diferentes principios a los que estamos obligados en materia contable; siendo, y como se establecen en las Directivas Comunitarias, la imagen fiel, como el más importante y fundamental, así como el que recopila los requisitos marcados en el Código de Comercio y el Plan General de Contabilidad.

El Plan General de Contabilidad va dirigido a una amplia y variada gama de sujetos que desarrollan actividades en el sistema económico, razón por la cual una de sus características es la flexibilidad. No obstante, para las pequeñas empresas como pueden ser aquellas de carácter emergente, la aplicación de las normas contables resulta a veces complicada y difícil de interpretar, por lo que sería conveniente delimitar un modelo de llevanza de la contabilidad que facilitase el cumplimiento de sus obligaciones.

En base a estas nuevas necesidades empresariales, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas ha propuesto el «Régimen simplificado de la contabilidad» como modelo que facilite y simplifique la información contable.

La pregunta que debemos formular es si la simplificación de la información contable logrará mantener la imagen fiel, sabiendo que ésta es el corolario de la aplicación sistemática de los principios contables contenidos en el artículo 38 del Código de Comercio y en la primera parte del Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, ante la pers-

pectiva actual en la cual las empresas tienen cada vez más necesidad de información, tanto financiera, contable, y de gestión, para desarrollar una estrategia competitiva acorde al mercado en el cual están desarrollando su actividad.

El objetivo que se pretende en esta resolución es la simplificación de las obligaciones contables como consecuencia de la dimensión de las entidades que elaboran este tipo de información y no a otros condicionantes. También se aplica a entidades sin ánimo de lucro y en particular a las fundaciones (art. 25.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones), si bien exclusivamente en lo previsto en la disposición final primera, respecto a la llevanza de la contabilidad.

El Real Decreto por el cual se aprueba el modelo simplificado de contabilidad, únicamente modifica las normas incluidas en la cuarta parte del Plan General de Contabilidad.

En definitiva, cualquier tipo de regulación debe considerar todos los retos que deben tener las pequeñas y medianas empresas y en la actualidad, las «Nuevas Empresas», consideradas como tal y que podemos resumir en:

- Productividad.
- TIC e innovación.
- Mercados globales.
- Colaboración.

2. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN SIMPLIFICADO

Este régimen contable se puede aplicar, además de a la Sociedad Limitada Nueva Empresa, a todas las entidades, independientemente de su forma jurídica, individual o societaria, que deben llevar la contabilidad, tal y como marca el Código de Comercio, pero que, durante dos ejercicios consecutivos, reúnan, a fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las siguientes circunstancias:

- Que el total de las partidas del activo no superen 1.000.000 de euros.
- Que el importe neto de su cifra anual de negocios sea inferior a 2.000.000 de euros.
- Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 10.

Por tanto, la simplificación está pensada para todo tipo de empresas, tanto empresarios individuales como aquellas que tengan forma societaria y constituidas antes o después de la entrada en vigor de la Ley de Nueva Empresa, siempre que no realicen determinadas actividades sometidas

das a supervisión y control, como por ejemplo, entidades de crédito. De este modo la simplificación se realiza por razón de tamaño de las empresas y no por su forma jurídica. Si bien es cierto que en un principio la contabilidad simplificada estaba prevista sólo para las sociedades bajo la denominación de Nueva Empresa, posteriormente, se tomó la decisión de que si esto era así, para poderlo aplicar muchas empresas deberían transformarse en sociedades nueva empresa, con los gastos económicos que ello podía suponer, por lo que se ha decidido extenderlo a empresas de cualquier tipo de denominación social siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en el Real Decreto.

El régimen simplificado de la contabilidad consiste en la posibilidad de que el sujeto contable al que va dirigido pueda utilizar los modelos del libro diario y de inventarios y cuentas anuales, aprobados por el Real Decreto 296/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el régimen simplificado de la contabilidad; en todo lo que la citada norma no modifique expresamente, será de aplicación el Plan General de Contabilidad y las restantes disposiciones de desarrollo en materia contable de nuestro ordenamiento jurídico mercantil.

Las novedades más importantes hacen referencia a los siguientes aspectos:

1. Llevanza de la contabilidad. Por primera vez se establece un modelo de diario que consiste en un modelo multicolumnar, similar a una hoja de cálculo, en el que para cada elemento patrimonial o cuenta se abre una columna y que por la simple suma de cada columna permite obtener, con la periodicidad que se desee, el mayor, el balance y la cuenta de resultados, así como efectuar las liquidaciones periódicas de los impuestos indirectos y de las retenciones a cuenta. Este modelo debe dar cumplimiento a todos los requisitos de información en materia contable exigidos por otras normas, fundamentalmente las mercantiles y las fiscales.
2. Modelos de cuentas anuales simplificadas, en las que se han eliminado del modelo abreviado algunos conceptos que habitualmente no tienen las empresas de reducida dimensión y se permite agrupar otras partidas. Son modelos simples, en sintonía con las operaciones que realizan, de forma que en el supuesto de que el sujeto contable realice una operación cuyo reflejo contable no está contemplado en los citados modelos, deberá proporcionar información adicional. De esta manera, sólo se podrán aplicar los modelos simplificados de cuentas anuales, cuando las empresas cumplan adicionalmente estos requisitos:
 - a) Que el capital no esté constituido por varias clases de acciones o participaciones.
 - b) Que la entidad no sea socio colectivo de otro.
 - c) Que no pertenezca a un grupo de empresas vinculadas, salvo que la suma de activos del importe neto de la cifra de negocios y el número medio de trabajadores del conjunto de las entidades vinculadas no superen los límites contemplados para la aplicación del régimen simplificado de la contabilidad.

- d) Que no conceda créditos no comerciales ni sea una entidad que deba suministrar información periódica a alguno de los centros directivos, entes, instituciones con competencias en materia de ordenación y supervisión del sistema financiero.
 - e) Que no realice operaciones reguladas.
 - f) Que no realice operaciones de arrendamiento financiero que tengan por objeto terrenos, solares u otros activos no amortizables.
3. Se simplifican los criterios de registro de las operaciones de *leasing* que se contabiliza como un gasto de arrendamiento y no como una adquisición con pago aplazado, y del Impuesto sobre Sociedades, que se contabiliza por la cantidad efectivamente a pagar y no por la devengada.
4. Por último, destacar que este Real Decreto está en sintonía con los pronunciamientos que a nivel internacional han realizado diversos organismos en aras de simplificar las obligaciones contables de las pequeñas empresas; en particular, con los pronunciamientos del ISAR (Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en Normas Internacionales de Contabilidad y Presentación de Informes). Así como en línea con el derecho positivo de determinados países de nuestro entorno, como Francia.

El citado grupo de trabajo considera necesaria una normativa contable adecuada a las características de las pequeñas empresas, y que sea útil para la gestión a la vez que fácilmente utilizable a efectos fiscales, y que tenga el reconocimiento del entorno en el que operan. En este sentido, el IASB tiene como uno de sus proyectos de investigación explorar la forma de simplificar la contabilidad, y la divulgación de información financiera por parte de las entidades pequeñas y medianas, intentando buscar un sistema contable que aúne la necesaria relevancia y fiabilidad de la información, con su tamaño y entorno del negocio y que sea capaz de suministrar una información útil a los usuarios de la misma, que pueden distar de los de las grandes empresas.

En este sentido, entre las deliberaciones del IASB podemos destacar:

- a) Una propuesta de definición de pyme, basada en la ausencia de responsabilidad sobre divulgación de la información.
- b) Que los usuarios de los estados financieros para estas empresas son fundamentalmente los proveedores de capital y los acreedores financieros, destacando que los directivos, aunque no se consideran como usuarios principales, en estas empresas es habitual la coincidencia entre el dueño-gerente.
- c) No hay consenso sobre la normativa que recogería este régimen simplificado de la contabilidad, si se realizara a través de indicaciones específicas en el conjunto de normas del IASB, o bien normas consistentes con las NIIF, pero en una versión simplificada, en lo que sí hay acuerdo es en simplificar la forma de presentación y en algunos casos el reconocimiento y la valoración.

3. LAS CUENTAS ANUALES SIMPLIFICADAS

Evidentemente y dentro del marco del Plan General de Contabilidad, las cuentas anuales no se han modificado en cuanto al número que se debe presentar, pero sí en cuanto a su contenido.

Se sigue manteniendo que el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria son una unidad y deben ser redactadas de manera clara y concisa para responder al principio de la imagen fiel, pero deben adaptarse a un modelo específico establecido por el ICAC, el cual puede ser consultado en la dirección www.icac.mineco.es.

En términos generales, las partidas que comprenden estas cuentas anuales se han desarrollado atendiendo a las operaciones que normalmente desarrollan las empresas de pequeña y mediana dimensión y que, por lo tanto, aparecerán de manera general en sus estados contables. Si bien, si el sujeto pasivo acogido al régimen simplificado de la contabilidad realizara operaciones que quedaran fuera de este ámbito, deberá incluirse la información en el modelo de memoria simplificada que sea necesario para el conocimiento de la verdadera situación económica, financiera y patrimonial y mantener el principio de la imagen fiel.

¿Qué ventajas implica emplear este régimen y no los modelos de cuentas abreviados?

Podríamos contestar esta pregunta mediante la enumeración de los siguientes puntos:

- Simplificar obligaciones contables de las organizaciones que se acojan al mismo.
- La utilización del libro diario simplificado, establecido de modo columnar, diferenciando entre activo, pasivo, gastos e ingresos, figurando aquellas partidas, atendiendo a la naturaleza de las operaciones de los sujetos a los que va dirigido y que suelen aparecer con normalidad en sus cuentas anuales. En casos particulares, deberán abrirse las columnas que fuesen necesarias, sobre la base de la «Definición de partidas», que se correspondan con las incluidas en el modelo de cuentas anuales abreviadas previsto en la cuarta parte del Plan General de Contabilidad, aprobada por Real Decreto 1636/1990, de 20 de diciembre.

Por sumas de las columnas del libro diario simplificado se obtienen las principales masas patrimoniales y por diferencia, entre los ingresos y los gastos, el resultado del ejercicio. Se deberán abrir tantas columnas como se consideren necesarias para la utilización de la información.

Cuando estas organizaciones estén sometidas al IVA, deberán incorporar información de bienes de inversión y operaciones intracomunitarias.

- El balance, la cuentas de pérdidas y ganancias y la memoria constituyen una unidad.
- El activo del balance simplificado agrupa las partidas contables en cuatro grupos:
 - Accionistas (socios) por desembolsos no exigidos.
 - Inmovilizado.
 - Gastos de establecimiento.
 - Inmovilizaciones inmateriales.
 - Inmovilizaciones materiales.
 - Inmovilizaciones financieras.
 - Gastos a distribuir en varios ejercicios.
 - Activo circulante.
 - Accionistas por desembolsos exigidos.
 - Existencias.
 - Deudores.
 - Inversiones financieras temporales.
 - Tesorería.
 - Ajustes por periodificación.
- El pasivo simplificado se desagrega en:
 - Fondos propios.
 - Capital suscrito.
 - Prima de emisión.
 - Reserva de revalorización.
 - Reservas.
 - Resultados de ejercicios anteriores.
 - Pérdidas y ganancias (beneficio o pérdidas).
 - Ingresos a distribuir en varios ejercicios.
 - Provisiones para riesgos y gastos.
 - Acreedores a largo plazo.
 - Acreedores a corto plazo.

- La cuenta de pérdidas y ganancias mantiene la misma estructura y partidas que el modelo abreviado del Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, si bien la desagregación de las partidas, tanto de los gastos como de ingresos ha quedado reducida, atendiendo a la naturaleza de las operaciones de las entidades que se acojan a este modelo de contabilidad y sabiendo que dentro de los ingresos y gastos únicamente se hace la desagregación siguiente:

Debe	Haber
A) GASTOS 1. Consumos de explotación 2. Gastos de personal a) Sueldos, salarios y asimilados b) Cargas sociales 3. Dotaciones para amortizaciones de inmovilizado 4. Variaciones de las provisiones de tráfico y pérdidas de créditos incobrables 5. Otros gastos de explotación I. BENEFICIOS DE EXPLOTACIÓN 6. Gastos financieros y gastos asimilados II. RESULTADOS FINANCIEROS POSITIVOS III. BENEFICIOS DE LAS ACTIVIDADES ORDINARIAS 7. Gastos extraordinarios IV. RESULTADOS EXTRAORDINARIOS POSITIVOS V. BENEFICIOS ANTES DE IMPUESTOS 8. Impuesto sobre Sociedades VI. RESULTADO DEL EJERCICIO (BENEFICIOS)	B) INGRESOS 1. Ingresos de explotación II. Importe neto de la cifra de negocios III. Otros ingresos de explotación I. PÉRDIDAS DE EXPLOTACIÓN 2. Ingresos financieros II. RESULTADOS FINANCIEROS NEGATIVOS III. PÉRDIDAS DE LAS ACTIVIDADES ORDINARIAS 9. Ingresos extraordinarios IV. RESULTADOS EXTRAORDINARIOS NEGATIVOS V. PÉRDIDAS ANTES DE IMPUESTOS VI. RESULTADO DEL EJERCICIO (PÉRDIDAS)

- La memoria simplificada se resume sólo en cinco puntos:
 - Breve descripción de la actividad de la empresa.
 - Distribución de resultados, diferenciando entre la base de reparto y el reparto realizado.

- Normas de valoración aplicadas y el detalle de determinadas partidas consideradas muy importantes, como son:
 - Inmovilizado: donde debe declararse información ligada a los criterios de valoración, de amortización, el saldo inicial, las entradas, las salidas, el saldo final y la amortización acumulada. Es necesario establecer información detallada sobre aquellos elementos que estén en régimen de arrendamiento financiero.
 - Valores negociables otras inversiones financieras análogas.
 - Existencias, desglosando por tipo de elementos, y diferenciando entre los criterios de valoración aplicados y los criterios para las correcciones valorativas realizadas.
 - Subvenciones: el criterio empleado para la imputación a resultados.
 - Provisiones para riesgos y gastos, especificando el criterio de contabilización.
 - El impuesto sobre beneficios, especificando información relativa a:
 - * Diferencias entre la base imponible y el resultado contable antes de impuestos.
 - * Bases imponibles negativas pendientes de compensar, plazos y condiciones.
 - * Incentivos fiscales aplicados en el ejercicio y pendientes de deducir.
 - Ingresos y gastos derivados de operaciones con elementos de inmovilizado.
 - Deudas.
- Gastos, desglosando específicamente la cuenta «Cargas sociales» así como «Variaciones de las provisiones de tráfico y pérdidas de créditos incobrables».
- Otra información, derivada de los conceptos devengados de los miembros del órgano de administración.

4. NORMAS DE VALORACIÓN SIMPLIFICADAS

El artículo 5 del Real Decreto que aprueba el régimen simplificado de contabilidad contempla la modificación de dos normas contables, para el registro de operaciones de arrendamiento financiero y para la contabilización del impuesto sobre beneficios. Por lo que las empresas que opten por el modelo simplificado de contabilidad deberán aplicar los nuevos criterios en la contabilización de estas operaciones.

La cuestión que se plantea en este punto es delimitar la posibilidad de realizar algún tratamiento simplificado para determinadas operaciones que, siendo de uso general por los empresarios de reducida dimensión, pueda ser incorporado en las cuentas anuales de forma simplificada. Esta simplificación puede entrar en conflicto con el objetivo de la imagen fiel, por lo que habrá que tener presentes ambas situaciones. De acuerdo con ello, el Real Decreto, por el que se

aprueba el régimen simplificado de contabilidad, determina que los sujetos que opten por los modelos de cuentas anuales y criterios de registro simplificados deberán aplicar las siguientes normas de valoración:

1. Para los contratos de arrendamiento financiero y otros, los arrendatarios de los mismos que desde el punto de vista económico reúnan características similares.
2. Impuesto sobre beneficios: el gasto por Impuesto sobre Sociedades se contabilizará en la cuenta de pérdidas y ganancias por el importe a pagar.

4.1. Contratos de arrendamiento financiero.

El *leasing* o arrendamiento financiero es una fórmula de financiación a medio plazo, mediante la cual una empresa o usuario alquila un elemento de inmovilizado a la sociedad arrendadora, pagando una cuota mensual en concepto de arrendamiento, con la posibilidad de ejecutar la opción de compra del bien al final del contrato de *leasing*.

Esta fórmula de financiación permite a las empresas el equipamiento de bienes de inmovilizado, generalmente bienes de equipo, mediante la utilización de los mismos, durante el período de tiempo que dura el contrato de arrendamiento financiero.

El *leasing* es una de las alternativas que tiene la empresa para financiar una inversión en activo fijo. Dentro de esta operación intervienen tres sujetos:

1. El usuario: es el que necesita disponer de un determinado bien y no posee financiación suficiente para su adquisición.
2. El proveedor de los bienes.
3. El empresario *leasing* o sociedad que administra la fórmula de arrendamiento financiero.

La empresa que necesita adquirir un activo fijo contrata bien con su propietario, o proveedor directamente, o con un intermediario financiero, que será la sociedad *leasing*, la adquisición del elemento mediante el pago de ciertas cuotas periódicas, que incluyen el valor del activo más el interés por la financiación otorgada.

Esta operación se realiza mediante un contrato establecido entre el arrendador y arrendatario, mediante el cual el primero confiere al segundo el derecho al uso de la propiedad de determinados bienes específicos a cambio de un pago regular. En el contrato se suele especificar la duración del mismo, las posibles restricciones, las cuotas a satisfacer en el futuro, las posibilidades de la cancelación del contrato, etc.

En base a la finalidad que el arrendatario pretende con esta operación podemos encontrar dos tipos de arrendamientos:

- Contrato de arrendamiento operativo, según el cual el arrendatario sólo pretende el uso de los elementos y no la adquisición futura, por lo tanto, la operación se centra en alquilar unos elementos sin plantearse la opción a compra sobre los mismos.
- Contrato de arrendamiento financiero: el arrendatario pretende la adquisición en firme de los elementos recurriendo a esta fórmula, por necesidades de financiación. En este caso, dentro del contrato existirá la cláusula de opción a compra.

Según la Norma de Valoración 5.^a del Plan General de Contabilidad, la sociedad arrendataria contabilizará como activo inmaterial el valor contado del bien, ya que se considera como un derecho. En el pasivo, se reflejará el valor de la deuda total, es decir, las cuotas de *leasing* y la opción de compra. La diferencia entre las dos cantidades es el importe de los gastos financieros que se consideran como gastos plurianuales. El valor contable como activo inmaterial se amortizará en función de su vida útil.

El activo material, objeto de arrendamiento, se mantendrá en la contabilidad del arrendador, debiendo éste amortizarlo hasta la finalización del contrato, mientras que en dicho período también se contabilizará en el patrimonio del arrendatario, pero como activo inmaterial, reflejando de este modo el derecho de uso del mismo, y debiendo amortizar este activo inmaterial durante la vida útil económica de dicho activo material. Una vez finalizado el contrato y ejercitado la opción de compra, el arrendador contabilizará la enajenación por el valor residual del bien, mientras que el arrendatario realizará un traspaso de saldos de las cuentas de activo inmaterial a las de activo material.

La Resolución de 21 de enero de 1992, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se dictan normas de valoración del inmovilizado inmaterial, dedica el apartado octavo a los derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero, considerando que cuando por las condiciones económicas del arrendamiento financiero no existan dudas razonables de que se va a ejercitar la opción de compra, el arrendatario deberá registrar los derechos derivados del contrato como activos inmateriales por el valor contado del bien, debiéndose reflejar en el pasivo la deuda total por las cuotas más el importe de la opción de compra. La diferencia entre ambos importes, constituida por los gastos financieros, se contabilizará como gastos a distribuir en varios ejercicios. Los derechos registrados como activos inmateriales serán amortizados, en su caso, atendiendo a la vida útil del bien objeto de contrato. Cuando se ejercite la opción de compra el valor de los derechos registrados y su correspondiente amortización acumulada se dará de baja en las cuentas correspondientes pasando a formar parte del valor del bien adquirido.

Los gastos a distribuir en varios ejercicios se imputarán a resultados de acuerdo con un criterio financiero.

En las operaciones de venta de activos conectadas a un posterior contrato de arrendamiento financiero (*lease-back*), el arrendatario dará de baja el valor neto contable del bien objeto de la operación, anotando por el mismo importe el valor del elemento inmaterial. Simultáneamente se reconocerá en el pasivo la deuda total por las cuotas más el importe de opción de compra. La diferencia entre ambas cantidades es debida a los gastos financieros, que se recogerán en una cuenta de gastos a distribuir en varios ejercicios.

El régimen simplificado de contabilidad pretende, para los contratos de arrendamiento financiero y otros, que los arrendatarios de los mismos, que desde el punto de vista económico reúnan características similares, contabilicen las cuotas devengadas en el ejercicio como gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias. En el momento en que se ejecute la opción de compra, se registrará el bien en el activo con arreglo al principio de precio de adquisición. No obstante, en la memoria se debe informar sobre los contratos de arrendamiento financieros y otros con características similares, indicando, en su caso, el valor contado del bien, las cuotas pagadas, la deuda pendiente de pago y el importe por el que se pudiese ejercitar la opción de compra. La información acerca de las cuotas de los contratos de arrendamiento financiero deberán proporcionarse diferenciando la parte que corresponda a la recuperación del coste del bien y la carga financiera.

Bajo el nuevo sistema simplificado las cuotas devengadas en el ejercicio se llevarán como gasto en la cuenta de resultados. Y en el momento de efectuar la opción de compra se incluirá el bien en el activo según el principio del precio de adquisición.

Para el registro contable de las cuotas devengadas se han creado las siguientes cuentas:

621. «Arrendamientos y cánones».

6210. «Arrendamientos y cánones».

6211. «Arrendamientos financieros y otros». Esta cuenta se cargará por el importe devengado por las cuotas de arrendamiento financiero y otros similares, con abono, normalmente, a cuentas del subgrupo 57. Se abonará con cargo a la cuenta 129 «Pérdidas y ganancias».

En el momento de ejercer la opción de compra, se aplicará el principio de precio de adquisición, por el que el bien se incorporará al activo por la opción de compra. Ocurre que en la mayoría de este tipo de contratos la opción de compra es muy baja y no llega a superar el valor residual del bien, en estos casos se entiende que el período de amortización o vida útil del bien ha transcurrido. Si no, sería necesario practicar la correspondiente amortización anual.

Por lo que para el citado régimen simplificado de contabilidad, con independencia de que se trate de un arrendamiento operativo o uno financiero, se reconocerá contablemente siguiendo el mismo criterio, con la única salvedad de que en el caso de arrendamiento financiero y al ejercitar la opción de compra el precio de adquisición del citado bien será precisamente la opción de compra, y de que además en la memoria se deberá incluir más información.

Esta modificación en la contabilidad de los arrendamientos financieros está alejada de la práctica contable admitida por la NIC 17, en el contexto armonizador internacional, en donde se establece que cada una de las cuotas de arrendamiento ha de ser dividida en dos partes que representen, respectivamente, las cargas financieras y la reducción de la deuda. Esta normativa entra en contradicción con el tratamiento dado a esta problemática contable en el régimen simplificado de la contabilidad, y suponiendo una falta de información importante ligada con la parte de reducción de la deuda.

En las Normas Internacionales de Contabilidad se establece que la carga financiera total ha de ser distribuida entre los ejercicios que constituyen el plazo del arrendamiento, de manera que se obtenga un tipo de interés constante en cada ejercicio sobre el saldo de la deuda pendiente de amortizar.

4.2. Impuesto sobre beneficios.

El impuesto sobre beneficios marca una estrecha relación entre dos materias, que son muy dispares y que no tienen caminos convergentes, lo que ha obligado a que se definan claramente los diferentes conceptos por una y por otra normativa. Con esta forma de actuar han aparecido discrepancias entre contabilidad y fiscalidad, que ocasionan la no coincidencia entre el resultado contable y el fiscal y, por tanto, se han originado las diferencias entre el impuesto obtenido en función de criterios fiscales y el calculado aplicando la normativa contable.

Según la Norma de Valoración 16.^a del PGC-90 y las resoluciones del ICAC en materia del Impuesto sobre Sociedades, éste se calculará teniendo como punto de referencia el beneficio empresarial. Sin embargo dado que los objetivos contables y fiscales no coinciden, el saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias debe ser ajustado en función de los criterios fiscales para la determinación de la base imponible.

En este sentido, actualmente el impuesto sobre beneficios, para las sociedades mercantiles, se contabilizaba siguiendo el método del efecto impositivo y más concretamente el de la deuda o de pasivo, habiendo rechazado el método de la cuota a pagar, por no reflejar de forma clara las diferencias entre la normativa contable y la fiscal.

Mediante este método, se asigna el gasto por impuesto a los períodos o ejercicios a los cuales afecta, con independencia del momento del pago. Se trata de contabilizar el impuesto devengado en base al resultado contable ajustado.

La aplicación del citado método supone el cumplimiento de los principios de contabilidad generalmente aceptados. La cuota devengada se calculará aplicando el tipo impositivo al resultado contable ajustado; mientras que la cuota a pagar se calculará aplicando el tipo impositivo a la base imponible. Por lo tanto, tiene en cuenta las diferencias temporales que surgen entre el resultado con-

table y la base imponible, debiéndose incluir en la cuenta de resultados de este ejercicio como mayor o menor gasto, según sea una diferencia negativa o positiva y consecuentemente, en el balance de situación en forma de impuestos diferidos o anticipados que revertirán en ejercicios futuros, disminuyendo o aumentando el gasto por idéntico importe, que supuso el efecto impositivo en el período en que surgió.

Desde primeros momentos de aplicación del método de la deuda o del pasivo, se ponía de manifiesto la dificultad que este método podía suponer para las pequeñas y medianas empresas. Esta dificultad se acentuó si cabe debido a la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social de 1996. El artículo 19 de la citada ley establece un tipo impositivo por tramos o escalas, diferente al general, para las empresas de reducida dimensión, entendidas éstas como aquellas que presentan en el período impositivo anterior un importe neto de la cifra de negocios inferior a 250 millones de pesetas (1.502.530,26 €).

Ello provocó la necesidad de una regulación, desde un punto de vista contable, de los aspectos relacionados con el tratamiento del impuesto a pagar y del impuesto devengado para las citadas empresas. Por ello, la Resolución del ICAC de 9 de octubre de 1997 ¹, relativa a la contabilización del Impuesto sobre Sociedades, intenta dar solución a determinados problemas que surgen con la publicación de esta nueva situación.

Las entidades de reducida dimensión, de acuerdo con el punto 9 de la Norma Primera de la Resolución de 9 de octubre de 1997, deberán contabilizar los impuestos anticipados, impuestos diferidos y créditos impositivos por el importe resultante de aplicar el 30% sobre la diferencia temporal positiva, negativa o resultado contable negativo, respectivamente. Esta situación provocará la necesidad de ajustar el impuesto devengado como gasto a la deuda tributaria en función de los tipos impositivos aplicados.

La solución adoptada por el ICAC en este sentido pone de manifiesto la importancia del principio de prudencia valorativa y, de acuerdo con ello, considera en todo momento el tipo inferior para recoger las discrepancias temporales, calculando no obstante, en base a estimaciones, las posibles provisiones para impuestos cuando se prevea una modificación que origine mayor deuda por Impuesto sobre Sociedades.

Ahora bien, esta propuesta, que pone como preferente el principio de prudencia valorativa, en armonía con lo regulado en el Código de Comercio y en el PGC-90, supone una mayor complicación práctica en el cálculo del impuesto sobre beneficios devengado como gasto, a las sociedades de reducida dimensión, en el momento de liquidación del impuesto.

¹ Resolución de 9 de octubre de 1997, del ICAC, sobre algunos aspectos de la Norma de Valoración dieciséis del Plan General de Contabilidad.

Por lo tanto, nos encontramos en el momento actual con pequeñas y medianas empresas a las que les resulta realmente complicado el cumplimiento de los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados. Por este motivo, y para facilitar la creación de nuevas empresas, y por ende que éstas presenten información contable adecuada a las normas de contabilidad generalmente aceptadas, se ha aprobado un régimen simplificado de la contabilidad.

En este régimen, como ya hemos comentado anteriormente, y en relación al impuesto sobre beneficios se adopta la siguiente solución: el gasto por Impuesto sobre Sociedades se contabilizará en la cuenta de pérdidas y ganancias por el importe a pagar. A tal efecto, al cierre del ejercicio, el gasto contabilizado por los importes a cuenta y realizados deberá aumentarse o disminuirse en la cuantía que proceda, registrando la correspondiente deuda o crédito frente a la Hacienda Pública. No obstante, en la memoria deberá indicarse la siguiente información:

- Diferencias entre la base imponible del Impuesto sobre Sociedades y el resultado contable antes de impuestos motivadas por la distinta calificación de ingresos, gastos, activos y pasivos.
- Bases imponibles negativas pendientes de compensar fiscalmente, plazos y condiciones.
- Incentivos fiscales aplicables en el ejercicio y los pendientes de deducir.
- Cualquier otra circunstancia de carácter sustantivo en relación con la situación fiscal.

La simplificación que efectúa este nuevo régimen simplificado de la contabilidad consiste en llevar directamente a gastos del ejercicio, mediante la creación de la subcuenta 6301 «Impuesto sobre beneficios (régimen simplificado)», los importes a cuenta realizados, que aumentan o disminuyen el importe a pagar de gasto por impuesto sobre beneficios, cargando o abonando el crédito o deuda frente a la Hacienda Pública.

5. CONCLUSIONES

En el presente artículo se ha intentado poner de manifiesto los aspectos novedosos que suponen la aplicación del régimen simplificado de la contabilidad, considerando tres puntos básicos:

1. Modelo columnar.
2. Cuentas simplificadas.
3. Normas de valoración.

En lo referente a las normas de valoración, conviene tener en consideración que las modificaciones realizadas por el régimen simplificado de la contabilidad, en los arrendamientos financieros y en el impuesto sobre beneficios, pueden suponer el que los estados financieros dejen de mostrar la imagen fiel del patrimonio, los resultados y la situación financiera de la empresa, sacrificando esta imagen fiel por el hecho de conseguir una mayor facilidad a los empresarios de pequeñas y medianas empresas de cumplir con las obligaciones contables.

Con relación a las operaciones de arrendamiento financiero la principal falta de información que implica el régimen simplificado es la no diferenciación en la cuota de arrendamiento entre la parte que implica una reducción de la deuda y la que se deriva de las cargas financieras. La información derivada de los estados contables según este nuevo régimen no nos muestra la verdadera situación patrimonial de la empresa por omisión de información sobre la deuda pendiente de pago, en el caso de este tipo de arrendamientos. No podemos conocer la verdadera riqueza que la empresa posee en el momento de presentar sus estados contables.

En nuestra opinión y con relación al impuesto sobre beneficios, la aplicación del régimen simplificado de la contabilidad supone la vuelta atrás en la evolución de la contabilidad y en su afán de separarse de la normativa fiscal. Consideramos que el régimen simplificado de la contabilidad propone la aplicación del método de la cuota a pagar en la contabilización del impuesto sobre beneficios, método que cuando se aprobó el PGC-90 fue rechazado por las críticas que recibió.

Este método consiste en tratar como gasto contable la cantidad que se debe ingresar a la Hacienda Pública, no dando, por tanto, lugar a diferencias entre contabilidad y fiscalidad.

El método de la cuota a pagar, obvia el hecho de que la contabilidad y la fiscalidad, aunque en un momento de su evolución, siguieron los mismos caminos, actualmente se han implantado como disciplinas autónomas e independientes, de tal forma que contabilizar como gasto por impuesto una cuantía obtenida en base a las normas tributarias supone la eliminación de una gran cantidad de información, ya que las diferencias, que realmente existen entre ambas materias son substraídas. No informa sobre la existencia de impuestos posibles, que podrán recaer en el futuro como consecuencia de resultados actuales o sobre aquellos importes que pueden haber sido pagados a Hacienda en exceso y que podrán recuperarse en ejercicios futuros. Además, fracasa en el intento de separar las normas contables de las fiscales, ya que registra como gasto contable una cantidad obtenida en base a la legislación tributaria, produciéndose de nuevo el defecto de caer en una contabilidad tributista.

Por otra parte, en ocasiones, el método de la cuota a pagar no utiliza el principio del devengo, criterio aceptado por la normativa contable, sino que está utilizando un criterio más próximo al de caja. Es decir, que determinados gastos e ingresos no se consideran en el período en que se originan, con independencia del momento del pago o del cobro, sino que se reflejan en los estados financieros en el ejercicio en que tiene lugar la corriente financiera. Por tanto, se pretende el registro contable de los compromisos fiscales «formales» exclusivamente, entendiendo por tales las obligaciones de pago que son consecuencia de las declaraciones fiscales, haciendo exclusión de otro tipo de declaraciones.

Además, consideramos que el método de la cuota a pagar es contrario al principio de correlación de ingresos y gastos, al considerar como gasto del impuesto sobre beneficios, el impuesto a pagar según el resultado calculado en función de las normas fiscales y no sobre el verdaderamente incurrido en el período. En nuestra opinión, nada deben tener que ver los ingresos y gastos contables con los fiscales, de tal forma que, si se acepta el método de la cuota a pagar, se registrará en base a normas contables un importe fiscal, rompiéndose con ello la iniciativa prevista.

Por último, con el método de la cuota a pagar no se refleja la verdadera rentabilidad de la empresa, produciéndose un efecto engañoso durante los años que transcurren desde que aparece una diferencia temporal entre contabilidad y fiscalidad hasta que esta diferencia desaparece, ya que no tiene en cuenta ni el anticipo ni el diferimiento de impuestos. Es decir, que si las discrepancias entre una normativa y otra originan el aumento del resultado contable, para el cálculo de la cuota a pagar, así como del gasto por impuestos, se obtiene en el ejercicio liquidado una rentabilidad inferior a la real, hasta que dicha diferencia comience a revertir, en cuyo caso la rentabilidad será superior a la real. La situación contraria sería cuando entre los criterios contables y los fiscales exista una diferencia temporal de carácter negativo, según este método se contabilizará como gasto una cantidad superior a la registrada en el caso de tener en cuenta las discrepancias entre contabilidad y fiscalidad. De tal forma que, durante los primeros años, aparecería una rentabilidad superior a la real, y durante los años en que la diferencia comenzase a desaparecer la rentabilidad sería inferior a la real.

Por otra parte, el tratamiento dado al impuesto sobre beneficios en el régimen simplificado de contabilidad se aleja del método propuesto por las Normas Internacionales de Contabilidad, las cuales propugnan el método de la deuda o del pasivo basado en el balance, haciendo referencia a las diferencias temporarias imponibles o deducibles, como consecuencia de las diferencias entre el valor neto contable de un bien y su base fiscal, y determinando en último caso la manera de reconocer las citadas diferencias como activos o pasivos por impuestos diferidos.

Ahora bien, somos conscientes de que la utilización del método de la deuda o del pasivo puede suponer una mayor complicación práctica en el cálculo del impuesto sobre beneficios devengado como gasto, a las pequeñas y medianas empresas, en el momento de liquidación del impuesto. Ello ha podido motivar que el tratamiento seguido por las mismas y en aras a la aplicación del principio de importancia relativa, hayan intentado utilizar otro tipo de soluciones menos complejas.

En nuestra opinión, la cantidad a tener en cuenta debe ser la obtenida siguiendo criterios contables, con independencia de si esta cantidad coincide o no con la cuantía a ingresar en las arcas del Estado. Por tanto, si se pretende que los estados financieros sean el reflejo de la actividad económica, no se debe contabilizar el impuesto por la cantidad obtenida con la aplicación de principios contables. Por ello, el método de la cuota a pagar no es aconsejable, salvo que por aplicación del principio de importancia relativa el efecto impositivo de las diferencias surgidas sea pequeño y no se alteren de manera importante los objetivos contables.

BIBLIOGRAFÍA

LEY 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes.

LEY 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada de Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

NORMAS INTERNACIONALES DE CONTABILIDAD. NIC 17: «Arrendamientos financieros».

NORMAS INTERNACIONALES DE CONTABILIDAD. NIC 12: «Impuesto sobre beneficios».

REAL DECRETO 296/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el régimen simplificado de la contabilidad.

REAL DECRETO 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

CONTABILIDAD	CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC	Núm. 51/2004
--------------	------------------------------	-----------------



ÁNGEL GONZÁLEZ GARCÍA
 ÁNGEL MONTES CARRILLO

Profesores del CEF

BOICAC núm. 53, marzo de 2003. Consulta 3

SUMARIO:

Sobre el reconocimiento y el tratamiento contable de determinadas subvenciones relacionadas con la creación de puestos de trabajo.

Respuesta:

El tratamiento contable de las subvenciones relacionadas con la creación de puestos de trabajo viene determinado por las propias condiciones y obligaciones exigibles para la concesión de la misma. Así pues, cuando se tenga constancia de la concesión de la subvención (nacimiento del derecho), porque se hayan cumplido las condiciones para su concesión o, en su caso, no existan dudas razonables sobre su futuro cumplimiento, el beneficiario registrará la subvención en el pasivo del Balance en la agrupación correspondiente a «ingresos a distribuir en varios ejercicios», debiendo lucir el crédito con el organismo oficial concedente de la subvención en una cuenta del subgrupo 47. *Administraciones Públicas*.

La imputación al resultado del ejercicio de las subvenciones deberá realizarse sobre una base sistemática y racional, de forma correlacionada con los gastos derivados de la subvención, a medida que se vayan devengando las anualidades, hecho que ocurrirá cuando se cumplan los requisitos y condiciones establecidas para cada año de vigencia del contrato con el trabajador, de forma tal que aunque se subvencione la contratación indefinida, en tanto la obtención de la misma estuviera condicionada a un período mínimo de permanencia del trabajador, será ese período el utilizado para correlacionar el ingreso de la subvención con los gastos asociados. Si el hecho subvencionado fuese la transformación de un contrato eventual en contrato fijo, consistente en una única anualidad, hay que señalar que la subvención recibida por generación de puesto de trabajo de carácter indefinido, se considerará como ingreso del ejercicio en que se cumplan las condiciones establecidas para su concesión o en el que racionalmente se vayan a cumplir, y su registro contable se realizará con carácter general de igual forma que en el supuesto anterior, formando parte de los ingresos extraordinarios con objeto de poner de manifiesto la verdadera naturaleza de la misma.

EJEMPLO:

La empresa «ALVEN» realiza en el ejercicio 20X1 la contratación de un trabajador que supone un incremento de la plantilla media de esa misma cantidad. La contratación se realiza el día 1 de enero, procediendo a solicitar una subvención el día 7 de enero por importe de 9.000 € y teniendo constancia de su concesión el día 1 de febrero, realizándose el cobro el día 1 de marzo del año 20X1, supeditada al mantenimiento del empleo durante tres años desde el inicio de la contratación. La empresa no tiene dudas sobre el cumplimiento de este requisito. De acuerdo con la legislación de la comunidad autónoma, el pago tiene la consideración de anticipo a cuenta, debiendo presentar la empresa un aval por el importe de la subvención con un coste de 50 € mensuales.

Durante el ejercicio 1, las ventas efectuadas, todas ellas, con derecho a deducción, ascienden a 100.000 €, y el total de IVA soportado asciende a 20.000 €.

Asimismo, en el año 20X2 procede al despido del trabajador anterior procediendo a contratar uno nuevo al cabo de un mes, tiempo por el que se prorroga el tiempo de seguimiento de tres años señalado en las bases de la convocatoria.

Consigue además una subvención por importe de 1.000 € por la conversión de un contrato de un mayor de 45 años de temporal a fijo el día 1 de mayo del año 20X2, sin estar sujeta tal concesión a ningún plazo.

SE PIDE: Contabilizar las operaciones descritas referentes a la subvención.

Solución:

En cuanto a la petición de la subvención, no realizamos ningún apunte contable ya que no supone el nacimiento de ningún derecho ni obligación para la sociedad. Si al cierre del ejercicio se siguiese en esta situación se procedería a registrar en la memoria contable tal situación.

Cuando se produce el nacimiento del derecho se procede a registrar este derecho mediante la siguiente anotación:

9.000	Hacienda Pública, deudor por subvenciones concedidas (4708)		
		a Subvenciones oficiales de capital (130)	9.000
	————— Por los gastos del aval —————		
550	Servicios bancarios y similares (626) (50 × 11)		
		a Bancos, c/c a la vista (572)	550
	————— x —————		
			.../...

.../...

Si bien de acuerdo con la legislación autonómica, la subvención tiene la consideración de anticipo a cuenta, y por lo tanto, de deuda, procedemos a contabilizarla en la cuenta 130, ya que como señala el PGC en su Norma de Valoración n.º 20, «... serán no reintegrables aquellas en las que se hayan cumplido las condiciones establecidas para su concesión o, en su caso, no existan dudas razonables sobre su futuro cumplimiento».

En cuanto a la imputación de la subvención, de acuerdo con la consulta n.º 3 del BOI-CAC 53, «... se procederá de forma correlacionada con los gastos derivados de la subvención, a medida que se vayan devengando las anualidades, hecho que ocurrirá cuando se cumplan los requisitos y condiciones establecidas para cada año de vigencia del contrato con el trabajador, de forma tal que aunque se subvencione la contratación indefinida, en tanto la obtención de la misma estuviera condicionada a un período mínimo de permanencia del trabajador, será ese período el utilizado para correlacionar el ingreso de la subvención con los gastos asociados...».

Así pues, procederemos a imputar la subvención en un plazo de tres años, que es el tiempo a mantener el incremento de plantilla.

En cuanto al momento de inicio de la imputación, aunque la concesión de la subvención se produce el 1 de febrero, fecha posterior al inicio de la contratación, ya que en este tipo de subvención es habitual que se requiera la contratación efectiva para poder solicitar la subvención, consideramos que se debe comenzar a imputar desde el 1 de enero, y no desde el 1 de febrero, en base al principio de correlación de ingresos y gastos, tal y como se desprende de la citada consulta, ya que es incluso desde el 1 de enero cuando se empieza a contar el período de tres años.

Esto parece que va en contra de lo establecido en la consulta n.º 10 del BOICAC 40, que señala que «... la subvención se imputará a resultados en cada ejercicio en proporción a la depreciación experimentada por el activo financiado, durante el período que va **desde la concesión de la subvención** hasta la enajenación o baja», pero en base al principio de correlación de ingresos y gastos decidimos imputarlo desde el 1 de enero.

Así pues, a 31 de diciembre, procederemos a realizar el siguiente apunte:

3.000	Subvenciones oficiales de capital (130)	
(9.000/3)		
	a Subvenciones de capital	
	traspasadas a resultados	
	del ejercicio (775)	3.000
	_____ x _____	

Asimismo, al recibir esta subvención, de acuerdo con lo establecido en el artículo 104 de la Ley del IVA, se encuentra en prorrata, por lo que deberá proceder a la regularización del IVA deducido en el ejercicio. Así:

$$\% \text{ definitivo} = \frac{\text{operaciones derecho a deducción}}{\text{total operaciones} + \text{subvención}} = \frac{100.000}{100.000 + 9.000} = 91,74 \approx 92\%$$

.../...

.../...

IVA deducido	20.000
IVA deducible ($20.000 \times 92\%$)	18.400
Diferencia	2.600

El ajuste sería:

2.600	<i>Ajustes negativos en la imposición indirecta (634)</i>	
	<i>a Hacienda Pública, IVA so-</i>	
	<i>portado (472)</i>	2.600
_____	x _____	

Durante el año 20X2, teniendo en cuenta que se ha prorrogado el plazo de control de la subvención como consecuencia de la «renovación» del personal, sólo imputaremos la parte proporcional al tiempo de cómputo de la subvención.

2.750	<i>Subvenciones oficiales de capital (130)</i>	
	<i>($9.000/3 \times 11/12$)</i>	
	<i>a Subvenciones de capital</i>	
	<i>traspasadas a resultados</i>	
	<i>del ejercicio (775)</i>	2.750
_____	x _____	

En cuanto a la concesión de la subvención por el traspaso de otro trabajador de temporal a fijo, de acuerdo con lo dispuesto en la citada consulta, procedemos a imputarlo como ingreso en el año de la concesión, ya que no está sujeto a ningún plazo temporal.

1.000	<i>Bancos, c/c a la vista (572)</i>	
	<i>a Subvenciones oficiales a</i>	
	<i>la explotación (740)</i>	1.000
_____	x _____	

Consideramos en este caso que aunque usemos la cuenta *Subvenciones oficiales a la explotación (740)*, de acuerdo con lo dispuesto en la consulta, esta cantidad deberá también reflejarse en el apartado B 6) de la cuenta de *Pérdidas y Ganancias*, formando parte de los resultados extraordinarios, y no en el apartado B 1 b), dentro de los ingresos de explotación que es donde aparece la cuenta *Subvenciones oficiales a la explotación (740)*, ya que, desde nuestro punto de vista, este ingreso tiene la consideración de extraordinario.

BOICAC núm. 53, marzo de 2003. Consulta 4**SUMARIO:**

Sobre el tratamiento contable de una venta que se contrata con una cláusula que incluye unos intereses derivados por el aplazamiento del pago a 180 días.

Respuesta:

La norma de valoración 12.^a, contenida en la quinta parte del Plan General de Contabilidad, dispone que los deudores y acreedores por operaciones de tráfico figurarán en el balance por su valor nominal. Por otro lado la Resolución de 16 de mayo de 1991, del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas por la que se fijan criterios generales para determinar el «importe neto de la cifra de negocios» en la norma segunda, apartado a) define lo que se entiende por actividad ordinaria de una empresa, entendiendo como tal la que realiza la empresa con regularidad en el ejercicio de su giro o tráfico habitual o típico y además dispone que estas ventas se valorarán por el importe facturado en el caso de pago con vencimiento inferior a un año.

De ello se desprende que si hubiese intereses implícitos incorporados a esa facturación, dicho importe figurará en el haber de la cuenta de *Pérdidas y Ganancias*, en la agrupación 1 del modelo normal o en la partida 1.a del modelo abreviado, modelos contenidos en la cuarta parte del Plan General de Contabilidad.

Si la operación de tráfico a que se hace referencia tuviese un vencimiento superior al año deberá registrarse en el balance como «Ingresos a distribuir en varios ejercicios», imputándose anualmente a resultados de acuerdo con un criterio financiero tal y como queda recogido en la norma de valoración 12.^a anteriormente citada.

EJEMPLO:

La sociedad «AMC» se dedica a la comercialización del producto A. El departamento comercial de dicha sociedad ha establecido las siguientes directrices en cuanto a la venta del mencionado producto:

- Venta al contado: se establece un precio unitario de 20 €/u.f., con un descuento por pronto pago de un 5%.
- Venta a crédito a un plazo inferior o igual a 180 días; se establece un precio unitario de 22 €/u.f.

.../...

.../...

- Venta a crédito a un plazo superior a 180 días e inferior a 1 año: se establece un precio unitario de 23 €/u.f., devengándose además un interés del 1% mensual a partir del día 180, para los pagos que excedan de estos días.
- Venta a crédito a un plazo superior a 1 año: se establece un precio unitario de 24 €/u.f., devengándose además un interés del 1% mensual a partir del día 180, para los pagos que excedan de estos días.
- Se establece un descuento de 1 €/u.f. cuando el volumen de compras durante un período anual supere las 1.000 unidades físicas.
- Cuando la venta a crédito se cobre en diferentes plazos, la fecha de vencimiento del último de los plazos será la que determine el precio de venta.

Durante el mes de junio del año 2003 se han realizado las siguientes ventas:

- La sociedad CBL, S.A. adquirió el 05-06-2003 500 u.f. del producto A satisfaciéndose al contado.
- La sociedad IMB, S.A. adquirió el 10-06-2003 400 u.f. del producto A acordándose que el pago se realizará por importes iguales a los 30, 60 y 90 días.
- La sociedad CTH, S.A. adquirió el 23-06-2003 800 u.f. documentándose el pago en tres pagarés de iguales importes con vencimiento a los 4, 8 y 12 meses.
- La sociedad IMB, S.A. adquirió el 28-06-2003 1.000 u.f. satisfaciéndose el pago en 3 plazos con vencimiento a los 30, 60 y 90 días.
- La sociedad CAI, S.A. adquirió el 29-06-2003 500 u.f. documentándose el cobro en un pagaré con vencimiento a los 18 meses.

SE PIDE: Contabilizar las operaciones anteriores teniendo en cuenta que el tipo de IVA aplicable a la operación es del 16%.

Solución:

Para la resolución del supuesto serán de aplicación.

Las Normas de Valoración 12.^a y 17.^a del PGC.

La Resolución del ICAC de 16 de mayo de 1991 por la que se fijan los criterios generales para determinar el importe neto de la cifra de negocios.

La Consulta n.º 4 del BOICAC 53.

Los artículos 78 y 80 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA.

De acuerdo con el enunciado, observamos que el precio facturado por unidad de producto vendida varía en función del plazo en el que se va a efectuar el pago. Podría plantearse la existencia de unos ingresos financieros por la diferencia existente entre el precio de venta al contado (20 €) y los precios de venta a crédito (22, 23 y 24 €).

A este respecto, la Resolución del ICAC de 16 de mayo de 1991, dispone que «las ventas se valorarán por el importe facturado en el caso de pago de vencimiento inferior a un año, mientras que si el aplazamiento de pago supera el año, se computará con exclusión de los intereses implícitos que se devenguen en la operación». Por lo tanto, sí hay intereses implícitos incorporados a la facturación:

.../...

.../...

Si su vencimiento es inferior a un año, forman parte de la cifra de negocios y del resultado de la explotación de la empresa.

Si su vencimiento es superior a un año, forman parte del resultado financiero quedando excluido de la cifra de negocios.

Por otra parte, desde un punto de vista fiscal, el artículo 78.Uno de la Ley del IVA establece que: «La base imponible del impuesto estará constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo», estableciendo el apartado Dos del propio artículo que «no se incluirán en la contraprestación los intereses por el aplazamiento en el pago del precio en la parte que dicho aplazamiento corresponda a un período posterior a la entrega de los bienes o la prestación del servicio». De aquí entendemos:

Que los intereses implícitos incorporados a la facturación, con independencia del plazo, en cuanto que se articulen como un elemento más de la contraprestación de entrega de bienes, integran la base imponible (Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2001).

Por último, hay que reseñar que la Norma Valoración 12.^a del PGC dispone que los acreedores y deudores por operaciones de tráfico figurarán en el balance por su valor nominal.

A continuación trataremos de aclarar la anterior exposición mediante la contabilización de las diversas operaciones que conforman el supuesto:

a) Ventas a CBL, S.A. el 05-06-2006.

Precio unitario	20 €/u.f.
N.º Unidades	500 u.f.
Importe	10.000 €
– Descuento por pronto pago (5%)	(500 €)
BI	9.500 €
IVA (16%)	1.520 €
TOTAL	11.020 €

Respecto a los descuentos por pronto pago, la Norma Valoración 18.^a establece que la considerarán gastos financieros, y de acuerdo con la Resolución del ICAC de 16 de mayo de 1991, *a sensu contrario* no minorarán la cifra de negocios (sólo se minoran por los descuentos comerciales). Por lo que respecta a la base del IVA, el artículo 78.Tres dispone que no se incluirán en la base imponible los descuentos y bonificaciones que se concedan previa o simultáneamente al momento en que la operación se realice y en función de ella.

500	Descuentos sobre ventas por pronto pago (665)	
11.020	Bancos, c/c a la vista (572)	
	a Ventas de productos terminados (701)	10.000
	a Hacienda Pública, IVA repercutido (477)	1.520
	_____ x _____	
		.../...

.../...

b) Ventas a IMB, S.A. el 10-06-2003.

Precio unitario	22 €/u.f.
N.º Unidades	400 u.f.
BI	8.800 €
IVA (16%)	1.408 €
TOTAL	10.208 €

$$\text{Pagos} = 10.208 / 3 = 3.402,6 \text{ €}$$

El precio por unidad física es superior en 2 € al precio de venta al contado, no obstante al estar incorporados estos intereses implícitos incorporados a la facturación formarán parte de la cifra de negocios y del resultado de la explotación de la empresa, así como de la base imponible a efectos del IVA.

10.208 Clientes (430)

a Ventas de productos terminados (701)	8.800
a Hacienda Pública, IVA repercutido (477)	1.408

_____ x _____

Para cada uno de los pagos se efectuará la siguiente anotación:

3.402,66 Bancos, c/c a la vista (572)

a Clientes (430)	3.402,66
------------------	----------

_____ x _____

c) Ventas a CTH, S.A. el 23-06-2003.

Precio unitario	23 €/u.f.
N.º Unidades	800 u.f.
BI	18.400 €
IVA (16%)	2.944 €
TOTAL	21.344 €

Podemos hacer extensivo el comentario de la venta anterior a esta operación de venta.

Por lo que se refiere al importe de los pagarés, debemos partir de la siguiente equivalencia financiera.

$$21.344 = X + \frac{X}{(1+i)^2} + \frac{X}{(1+i)^6}$$

$$X = 7.304$$

.../...

.../...

Período	Capital vivo	Intereses	Capital amortizado	Pago	Total capital amortizado
0	21.344	—	—	—	—
4	14.040	14.040	—	7.304	7.304
8	7.018	7.018		7.304	14.326
12	—	—		7.304	21.344
			21.344	21.912	

De acuerdo con la Norma Valoración 12.^a los deudores por operaciones de tráfico figurarán en el balance por su valor nominal (26.781 €). La diferencia entre el importe total cobrado y el importe facturado (5.437 €) tendrá la consideración de ingresos financieros.

21.912 Clientes (430)

a Ventas del producto A (700)	18.400
a Hacienda Pública, IVA repercutido (477)	2.944
a Ingresos de créditos a largo plazo (762)	568

_____ x _____

Por cada uno de los cobros se efectuará el siguiente asiento:

7.304 Bancos, c/c a la vista (572)	
a Clientes (430)	7.304

_____ x _____

Los ingresos financieros deberán periodificarse al cierre del ejercicio. Teniendo en cuenta que el devengo de los mismos comienza a producirse el 23-12-2003, entendemos, por aplicación del principio de importancia relativa que la totalidad de ellos corresponde al siguiente ejercicio procediendo los siguientes asientos:

_____ 31-12-2003 _____

568 Ingresos de créditos a largo plazo (762)	
a Intereses devengados anticipadamente (485X)	568

_____ 1-1-2004 _____

568 Intereses devengados anticipadamente (485X)	
a Ingresos de créditos a largo plazo (762)	568

_____ x _____

.../...

.../...

d) Venta a IMB, S.A. el 28-06-2003.

Con esta venta el importe de las unidades vendidas asciende a 1.400 unidades físicas, procediendo el descuento por volumen de 1 €/u.f., por cada una de las unidades vendidas. Dado que dicho descuento tiene su origen en las dos operaciones de venta efectuadas, aplicamos por separado el descuento correspondiente a las 1.000 unidades vendidas en esta fecha y el descuento correspondiente a las 400 unidades vendidas el 10-06-2003.

FACTURACIÓN CORRESPONDIENTE A LAS 1.000 UNIDADES VENDIDAS

Precio unitario	22 €/u.f.
Descuento por unidad	(1 €)
N.º Unidades	1.000 u.f.
BI	21.000 €
IVA (16%)	3.360 €
TOTAL	24.360 €

El descuento por volumen incluido en la factura y correspondientes a dichas unidades vendidas minorará el importe de la venta (Norma Valoración 18.ª) y asimismo el importe de la base imponible a efectos del IVA.

24.360 Clientes (430)

a Ventas de mercaderías (700)	21.000
a Hacienda Pública, IVA repercutido (477)	3.360

_____ x _____

FACTURACIÓN CORRESPONDIENTE A LAS 400 UNIDADES VENDIDAS EL 10-06-2003

El descuento correspondiente a la factura de 10-06-2003 es un descuento por volumen que se contabilizará en la cuenta *Rappels sobre ventas* (709) que son un componente negativo de la cifra de negocios. Por otro lado desde el punto de vista fiscal, los descuentos otorgados con posterioridad al momento en que la operación se haya realizado son un supuesto de modificación de la base imponible, artículo 80.Uno 2.º de la Ley del IVA, debiendo emitirse la correspondiente factura rectificativa de las cuotas impositivas repercutidas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley del IVA y el artículo 9 del Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre.

Precio unitario	(1 €/u.f.)
N.º Unidades	400 u.f.
BI	- 400 €
IVA (16%)	- 64 €
TOTAL	- 464 €

.../...

.../...

400	Rappels sobre ventas (709)	
64	Hacienda Pública, IVA reper-	
	cutido (477)	
	a Clientes (430)	464
	_____ x _____	

Con este descuento el importe pendiente de cobro es de 23.896 € (24.360 – 464), por lo que cada cobro se efectuará por un importe de 7.965,33, procediendo el siguiente asiento en el momento de cada cobro:

7.965,33	Bancos, c/c a la vista (572)	
	a Clientes (430)	7.965,33
	_____ x _____	

e) Venta a CAI, S.A. 28-06-2003.

Precio unitario	24 €/u.f.
N.º Unidades	500 u.f.
BI	12.000 €
IVA (16%)	1.920 €
TOTAL	13.920 €

Importe del cobro = $13.920 \times 1,01^{12} = 15.685$

De acuerdo con la Norma Valoración 12.^a del PGC los deudores comerciales figurarán por su valor nominal, 15.685 €, registrándose los intereses incorporados al nominal como ingresos a distribuir en varios ejercicios. Problema, en este supuesto el importe facturado incorpora un sobreprecio sobre el que resultaría si el aplazamiento fuera inferior al año, por lo que aplicando el literal de la consulta n.º 4, BOICAC 53 y lo dispuesto en la Resolución del ICAC de 16 de mayo de 1991 dicho sobreprecio que tiene la consideración de intereses implícitos forman parte del resultado financiero y se excluye de la cifra de negocios.

15.685	Clientes (430)	
	a Ventas producto A (700)	11.500
	(500 × 23)	
	a Hacienda Pública, IVA re-	
	percutido (477)	1.920
	a Ingresos por intereses	
	diferidos (135)	2.265
	_____ x _____	

.../...

.../...

166,67	<i>Ingresos por intereses diferidos (135)</i> (500/18 × 6)		
		<i>a Ingresos de créditos a largo plazo (762)</i>	166,67
----- Año 2004 -----			
2.098,33	<i>Ingresos por intereses diferidos (135)</i>		
		<i>a Ingresos de créditos a largo plazo (762)</i>	2.098,33
----- x -----			
15.685	<i>Bancos, c/c a la vista (572)</i>		
		<i>a Clientes (430)</i>	15.685
----- x -----			

No obstante, el sentido literal de la consulta y la Resolución del ICAC, desde un punto de vista práctico y teniendo en cuenta que la base del IVA incluiría el importe total de la contraprestación (24 €/u.f.) entendemos que el importe de la cuenta *Ventas de mercaderías (700)* debería reflejarse por 12.000 y la cuenta *Ingresos por intereses diferidos (135)* sólo por los intereses del aplazamiento no incluidos en la facturación (1765).

Por otro lado, la aplicación literal plantea otro problema, cuáles son los intereses implícitos incorporados en la facturación que no forman parte de la base imponible, la diferencia entre el precio facturado en las operaciones con vencimiento superior al año y el precio al contado (24 – 20) o la diferencia del precio facturado en las operaciones con vencimiento superior al año y al precio facturados en las operaciones con vencimiento hasta un año (24 – 23).

CONTABILIDAD	SEGUNDO EJERCICIO DE LA OPOSICIÓN AL CUERPO SUPERIOR DE INSPECTORES DE HACIENDA DEL ESTADO	Núm. 52/2004
---------------------	---	-------------------------



SOTERO AMADOR FERNÁNDEZ

Profesor del Centro de Estudios Financieros

VALENTÍN GALLEGO CASTAÑERA

Profesor del Centro de Estudios Gestión (Salamanca)

Sumario:

- CASO 1.** Reconstrucción de la contabilidad de un negocio en participación.
- CASO 2.** Préstamo a pagar con acciones. Periodificación de gastos de personal.
- CASO 3.** Escisión de sociedades. Acciones propias.
- CASO 4.** Contabilización de impuestos. Cálculo del impuesto sobre beneficios.
- CASO 5.** Operaciones financieras: préstamo con constitución de fondo.

[Segundo ejercicio del turno libre de las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado. Resolución de 4 de junio de 2003 (BOE de 24 de junio de 2003)].

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

RECONSTRUCCIÓN DE LA CONTABILIDAD DE UN NEGOCIO EN PARTICIPACIÓN

ENUNCIADO

Los señores Álvarez y Ballesta iniciaron, en el ejercicio 2003, un negocio en participación que tiene como objeto principal especular en el mercado de valores con acciones de la sociedad «SORIA».

El señor Álvarez aportó 30.000 unidades monetaria (u.m.) y el señor Ballesta 10.000 (u.m.), percibiendo los resultados en esta proporción, sin que ninguno de ellos tenga asignado un sueldo.

El señor Álvarez actúa como gestor, siendo el encargado de llevar la Contabilidad de la participación. El contable del señor Álvarez, que ha desaparecido llevándose todos los registros, estableció recientemente un balance de sumas que se inscribe seguidamente, en u.m. ¹

Cuentas	Sumas deudoras	Sumas acreedoras
Tesorería	235.171,70	233.777,12
Notarios (deudores)	162.268,00	130.678,30
Notarios (acreedores)	145.144,80	232.288,76
Acciones sociedad «SORIA»	224.517,94	—
Otros valores mobiliarios	64.632,32	63.354,00
Señor Álvarez, c/c	2.171,56	30.000,00
Señor Ballesta, c/c	2.000,00	10.000,00
Venta de acciones «SORIA»	—	162.268,00
Ingresos financieros	—	1.139,40
Gastos diversos	7.770,82	171,56
Totales	843.677,14	843.677,14

¹ Como puede comprobarse en el balance de sumas que estableció el contable del señor Álvarez, existe un error en las Sumas acreedoras, ya que la suma correcta de las cantidades que aparecen en dicho balance es 863.677,14 u.m. y no 843.677,14 u.m., que es la cantidad que aparece en el mencionado balance.

Otra información complementaria:

1. Se han adquirido hasta 28.000 acciones de «SORIA» a precios diferentes, con un coste promedio de unas 8 u.m. aproximadamente, vendiéndose 21.000 a un precio ligeramente inferior al coste.

Las acciones de «SORIA» están en poder del señor Álvarez, como gestor, teniendo una cotización en mercado de 9 u.m. cada una.

2. El señor Álvarez tiene en su poder el talón de un comprador de acciones por importe de 1.394,58 u.m., que no se ha podido hacer efectivo, por insolvencia del comprador.
3. Los otros valores que figuran en el balance son títulos de renta fija, adquiridos junto con los intereses devengados por 632,32 u.m., habiéndose vendido, posteriormente, en su totalidad. Los nominales vendidos son 62.000 u.m. al tipo de cambio del 102% más intereses de 114 u.m.
4. Cada partícipe ha retirado 2.000 u.m. en efectivo.
5. Una partida, imputable al señor Álvarez, por 171,56 u.m. ha sido abonada a gastos, con cargo a su cuenta corriente.
6. Los gastos del negocio en común se estiman correctos y han sido devengados por los Notarios.

A la vista de la anterior información,

SE PIDE:

1. Reconstruir la contabilidad del ejercicio.
2. Reconstrucción de la cuenta de Tesorería, indicando la cantidad que ha podido distraer el contable de la participación.
3. Cálculo del resultado del ejercicio.
4. Balance de situación correcto.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1**1. RECONSTRUCCIÓN DE LA CONTABILIDAD DEL EJERCICIO**

Por las aportaciones de los partícipes:

40.000	Tesorería		
		a Señor Álvarez c/c	30.000
		a Señor Ballesta c/c	10.000
		_____ x _____	

Por la adquisición de 28.000 acciones de «SORIA»:

224.517,94	Acciones Sociedad «SORIA» (28.000 × 8,018497)		
		a Notarios (acreedores)	224.517,94
		_____ x _____	

Por la venta de 21.000 acciones de «SORIA»:

162.268	Notarios deudores (21.000 × 7,727)		
		a Venta de acciones «SORIA»	162.268
		_____ x _____	

Por la compra de los valores de renta fija:

64.632,32	Otros valores mobiliarios		
		a Tesorería	64.632,32
		_____ x _____	

Por la venta de los valores de renta fija:

63.354	Tesorería [(62.000 × 1,02) + 114]		
		a Otros valores mobiliarios	63.354
		_____ x _____	

Por el efectivo retirado por los partícipes:

2.000	Señor Álvarez c/c		
2.000	Señor Ballesta c/c		
		a Tesorería	4.000
	_____	x _____	

Por los gastos a cargo del señor Álvarez:

171,56	Señor Álvarez c/c		
		a Gastos diversos	171,56
	_____	x _____	

Por el cómputo de gastos:

7.770,82	Gastos diversos		
		a Notarios (acreedores)	7.770,82
	_____	x _____	

Por el cobro de intereses:

1.139,40	Tesorería		
		a Ingresos financieros	1.139,40
	_____	x _____	

Por los pagos realizados por la compra de acciones:

145.144,80	Notarios (acreedores)		
		a Tesorería	145.144,80
	_____	x _____	

Por los cobros realizados por la venta de acciones:

130.678,30	Tesorería		
		a Notarios (deudores)	130.678,30
	_____	x _____	

2. RECONSTRUCCIÓN DE LA CUENTA DE TESORERÍA INDICANDO LA CANTIDAD QUE HA PODIDO DISTRAER EL CONTABLE

Debe		Haber	
Aportación de los partícipes	40.000	Adquisición de títulos de renta fija .	64.632,32
Venta de los títulos de renta fija	63.354	Pago acciones de «SORIA»	145.144,80
Cobro de las acciones de «SORIA»	130.678,30	Efectivo retirado por los partícipes ..	4.000
Por los ingresos financieros	1.139,40		
Suma	235.171,70	Suma	213.777,12

En el haber de la cuenta falta un movimiento de 20.000 u.m., que explica también la diferencia del balance presentado por el contable. Las sumas acreedoras son 863.677,14 y no 843.677,14 como figura en dicho balance.

Por ello consideramos que se debe realizar el asiento siguiente:

20.000	Contable de la participación		
		a Tesorería	20.000
_____		x _____	

Además por el talón recibido sin fondos que figura en Tesorería proponemos su reclasificación, así como la dotación de la correspondiente provisión para insolvencias:

1.394,58	Talón sin fondos		
		a Tesorería	1.394,58
_____		x _____	

1.394,58	Dotación provisión insolvencias		
		a Provisión para insolvencias	1.394,58
_____		x _____	

3. CÁLCULO DEL RESULTADO DEL EJERCICIO

Pérdida en venta acciones		(6.120,45)
Venta de acciones	162.268,00	
Coste acciones «SORIA» vendidas (21.000 × 8,01849)	(168.388,45)	
Pérdida otros valores		(1.278,32)
Ventas	63.354,00	
Coste valores renta fija vendidos	(64.632,32)	
Ingresos financieros		1.139,40
Gastos diversos		(7.599,26)
Dotación provisión insolvencias		(1.394,58)
Resultado del ejercicio (Pérdidas)		(15.253,22)

El resultado de las operaciones en común es negativo por valor de 15.253,22 u.m. que se atribuirán al partícipe gestor señor Álvarez en un 75% y al partícipe señor Ballesta en un 25%.

Pérdidas atribuidas al señor Álvarez: $75\% \times 15.253,22 = 11.439,91$ u.m.

Pérdidas atribuidas al señor Ballesta: $25\% \times 15.253,22 = 3.813,31$ u.m.

4. BALANCE DE SITUACIÓN CORRECTO

Activo	Importe	Pasivo	Importe
Contable de la participación	20.000,00	Notarios (acreedores)	87.143,96
Talón sin fondos	1.394,58	Señor Álvarez c/c	27.828,44
menos Provisión insolvencias	(1.394,58)	Señor Ballesta c/c	8.000,00
Notarios (deudores)	31.589,70	Pérdidas y Ganancias	(15.253,22)
Acciones Sociedad «SORIA»	56.129,48		
Total	107.719,18	Total	107.719,18

CASO PRÁCTICO NÚM. 2.**PRÉSTAMO A PAGAR CON ACCIONES. PERIODIFICACIÓN DE GASTOS DE PERSONAL****ENUNCIADO**

La empresa «CUENCA», en fase de expansión, le facilita la siguiente información:

- 1.º Obtiene, el 1-4-2003, del Banco X, financiación para la misma firmando un documento por 59.230 u.m, a pagar dentro de un año, cuyo importe actual es 53.845,45 u.m.

El préstamo se amortizará, en cuanto al nominal del mismo, mediante entrega de acciones del Banco J, de acuerdo con su cotización actual que es de 179,48 u.m. por acción.

- 2.º La citada empresa «CUENCA» se dedica a la fabricación y venta de ropa infantil y cuenta con 10 empleados, cuya remuneración mensual en el año 2003 es como sigue:

Número	Sueldo mensual (u.m.)	Vacaciones
3	100.000 (de los 3 empleados)	1 mes (agosto)
7	120.000 (de los 7 empleados)	1 mes (agosto)

El sueldo anual incluye las doce pagas mensuales más tres extras: julio (se devenga el 1 de julio), Navidad (se devenga el 31 de diciembre) y de beneficios (se devenga el 1 de enero). El importe de cada una de las pagas extra asciende a una mensualidad.

SE PIDE:

- A.** En relación a la información del punto 1.º:

Realizar los asientos que conlleva la información facilitada referidos a las siguientes fechas:

- 1-4-2003
- 31-12-2003
- 1-4-2004

Se sabe que la cotización de las acciones del Banco J son: el 31-12-2003 de 180 u.m. y el 1-4-2004 de 185 u.m.

B. En relación a la información del punto 2.º:

Realizar el asiento de periodificación de la nómina el 31-12-2003 por los conceptos de pagas extras y vacaciones, sin tener en cuenta costes sociales.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2**A. EN RELACIÓN CON LA INFORMACIÓN DEL PUNTO 1**

Por la financiación obtenida el 1-4-2003 con un nominal de 59.230 u.m. a pagar dentro de un año mediante entrega de acciones del Banco J:

53.845,45	Bancos c/c a la vista		
5.384,55	Gastos por intereses diferidos		
		a Deudas a corto plazo con entidades de crédito	59.230
_____		x _____	

Las acciones que deberá entregar «CUENCA» al vencimiento de la deuda serán $59.230/179,48 = 330$ títulos.

Por la imputación de los intereses devengados al 31-12-2003:

4.038,41	Intereses de deudas a corto plazo (5.384,55 × 9/12)		
		a Gastos por intereses diferidos	4.038,41
_____		x _____	

Al haber aumentado el valor de las acciones se ajustará el valor de la deuda en la cantidad siguiente:

$$330 \text{ acciones} \times (180 - 179,48) = 171,60$$

171,60 Gastos financieros

a Deudas a corto plazo con entidades de crédito 171,60

_____ x _____

Por la imputación de los intereses devengados al 31-03-2004:

1.346,14 Intereses de deudas a corto plazo
(5.384,55 × 3/12)

a Gastos por intereses diferidos 1.346,14

_____ x _____

Por la compra de acciones el 1-4-2004:

61.050 Inversiones financieras temporales en capital
(330 × 185)

a Bancos c/c a la vista 61.050

_____ x _____

Por la cancelación del préstamo:

59.401,60 Deudas a corto plazo con entidades de crédito
(59.230 + 171,60)

1.648,40 Gastos financieros

a Inversiones financieras temporales en capital 61.050

_____ x _____

B. EN RELACIÓN CON LA INFORMACIÓN DEL PUNTO 2

Suponemos que la empresa no periodifica los gastos de personal cada mes, sino que realiza la periodificación de los gastos devengados y no satisfechos a final de año de cara a la formulación de las cuentas anuales.

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

ESCISIÓN DE SOCIEDADES. ACCIONES PROPIAS

ENUNCIADO

La sociedad «ALICANTE, S.A.», constituida en 1994 y cuyo objeto social es la fabricación y distribución de turrón, ha decidido, con la intención de buscar una mejor distribución de su producto, aceptar la oferta de compra que una gran multinacional del sector, la sociedad «VALENCIA, S.A.», le ha hecho por la única Sucursal que posee.

Los administradores de «ALICANTE, S.A.» presentan con fecha 31 de enero de 2003 el proyecto de escisión con el informe del experto independiente designado por el Registrador Mercantil sobre el valor real del patrimonio a escindir, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de Sociedades Anónimas.

El Balance de Situación ² de «ALICANTE, S.A.» a 31 de diciembre de 2003 es el siguiente en unidades monetarias (u.m.).

Activo		Pasivo	
Terrenos	51.000	Capital social	80.000
Central	36.000	(8.000 acciones VN 10 u.m.)	
Sucursal	15.000	Reservas	37.000
Construcciones	80.000	Legal	15.000
Central	60.000	Para acciones propias	7.000
Sucursal	20.000	Voluntaria	15.000
Equipos para procesos de información ...	18.000	Pérdidas y ganancias	25.000
Central	12.000	Central	20.000
Sucursal	6.000	Sucursal	5.000
Maquinaria	20.000	Subvenciones de capital	15.000
Central	15.000	Deudas a L/P	70.000
Sucursal	5.000	Central	50.000
Amortización acumulada del inmoviliza-		Sucursal	20.000
do material	(50.000)	Proveedores	45.000
Central	35.000	Central	30.000
Sucursal	15.000	Sucursal	15.000

² Las cuentas en las que no aparece diferenciada su distribución entre central y sucursal se imputan íntegramente a la primera, salvo las subvenciones de capital que se detallan en el apartado «Otra información adicional».

Activo	Pasivo
Provisión por depreciación del inmovilizado material (4.500)	Deudas con organismos públicos 32.500
Central 1.250	Central 18.500
Sucursal 3.250	Sucursal 14.000
Acciones propias 7.000	Deudas a c/p 6.000
(500 acciones)	Central 5.000
Mercaderías 20.000	Sucursal 1.000
Sucursal 20.000	
Otras cuentas de activo 169.000	
Central 106.750	
Sucursal 62.250	
Total 310.500	Total 310.500

Información complementaria al Balance

- Sistema de organización administrativo-contable:

La sociedad lleva un sistema de contabilidad descentralizado por lo que cada centro tiene plena autonomía para realizar todas las transacciones económicas y financieras de su actividad. Así pues, durante el ejercicio económico se anotan independientemente las operaciones que realiza cada centro, utilizando las cuentas de enlace de Central, cuenta corriente y Sucursal, cuenta corriente para las transacciones internas; al cierre del ejercicio, al confeccionar el balance general de la sociedad, dichas cuentas de enlace quedan saldadas.

- Segregación de patrimonio:

La oferta que ha recibido la sociedad «ALICANTE, S.A.» supone segregar todo el patrimonio afecto a la sucursal, por el que la empresa multinacional («VALENCIA, S.A.») que ha lanzado la oferta entregará acciones valoradas en 90.000 u.m. Dichas acciones serán emitidas por «VALENCIA, S.A.», al exclusivo efecto de la escisión (4.500 acciones de valor nominal 10. u.m.).

El informe del experto independiente propone una serie de ajustes, a fin de que se ponga de manifiesto el valor real del patrimonio escindido; dicho informe ha sido aprobado por la Junta de Accionistas convocada a tal efecto.

- Informe del experto independiente:

Los ajustes propuestos por el experto independiente referentes a los datos de la sucursal, para llevar a cabo la escisión, son los siguientes:

1. Se estima que los terrenos tienen un valor neto de realización de 30.000 u.m..
2. El edificio, cuyos bajos están destinados a la actividad comercial, debe revalorizarse en 7.000 u.m.
3. Los equipos para procesos de información se adquirieron en 1995, por lo que están totalmente obsoletos considerándose que su valor de realización en el mercado es de 250 u.m. La amortización practicada de este activo, hasta la fecha, es de 4.500 u.m.
4. La maquinaria de la sucursal está insuficientemente amortizada, dado el ritmo de depreciación al que han estado sometidos, por lo que se considera necesario incrementar su amortización en 2.000 u.m. Para la amortización practicada a la maquinaria, tanto en la central como en la sucursal se ha utilizado el mismo porcentaje de amortización.
5. La provisión por depreciación del inmovilizado material que figura en el balance se considera que a efectos de la escisión es improcedente.
6. El valor neto de realización de las existencias de mercaderías es de 23.000 u.m.
7. En la cuenta de proveedores figuran facturas pendientes de pago por 500 u.m. que han prescrito.
8. Se sabe que el patrimonio neto contable a efectos de escisión de la multinacional beneficiaria de la escisión («VALENCIA, S.A.»), es de 200.000 u.m.

Otra información adicional

- La subvención de capital financió la adquisición de la maquinaria, que figura en balance, tanto de la central como de la sucursal.
- Las acciones propias continuarán en el balance de la central si fuese posible, según la regulación legal del artículo 75.2.^o 3 de TRLSA. En caso contrario «ALICANTE, S.A.», reduciría capital por el exceso.

3 Artículo 75 del TRLSA: «Adquisición derivada de acciones propias. La sociedad sólo podrá adquirir sus propias acciones o las emitidas por la sociedad dominante dentro de los límites y con los requisitos que se enuncian seguidamente:

...

2.^o Que el valor nominal de las acciones adquiridas, sumándose al de las que ya posean la sociedad adquirente y sus filiales, y en su caso, la sociedad dominante y sus filiales no exceda del 10 por 100 del capital social».

- «VALENCIA, S.A.» se subroga en la totalidad de las deudas pendientes que tiene la sucursal de «ALICANTE, S.A.»
- La sociedad «ALICANTE, S.A.» es una sociedad independiente que no está controlada por ninguna sociedad ni tiene filial alguna.

SE PIDE:

Contabilizar escisión en la sociedad «ALICANTE, S.A.» y en la sociedad «VALENCIA, S.A.», considerando que se trata de una escisión de adquisición y la sociedad adquirente («VALENCIA, S.A.»), contabiliza el patrimonio adquirido por valores reales de escisión.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 3

A) CÁLCULO DEL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD ESCINDIDA «ALICANTE»

Conceptos	Importe
Terrenos	51.000
Construcciones	80.000
Equipos proceso información	18.000
Maquinaria	20.000
AAIM	-50.000
Provisión depreciación inmovilizado	-4.500
Mercaderías	20.000
Otras cuentas de activo	169.000
Activo real	303.500
Deudas a largo plazo	70.000
Proveedores	45.000
Deudas con organismos públicos	32.500
Deudas corto plazo	6.000
Pasivo exigible	153.500
Patrimonio neto total de «ALICANTE»	150.000

El patrimonio escindido que corresponde a la sucursal sería el siguiente:

Conceptos	Importe
Terrenos	15.000
Construcciones	20.000
Equipos proceso información	6.000
Maquinaria	5.000
AAIM	-15.000
Provisión depreciación inmovilizado	-3.250
Mercaderías	20.000
Otros activos	62.250
Activo real	110.000
Deudas a largo plazo	20.000
Proveedores	15.000
Deudas con organismos públicos	14.000
Deudas corto plazo	1.000
Pasivo exigible	50.000
Patrimonio neto sucursal	60.000

El patrimonio contable de la sucursal a escindir representa el 40% del total de «ALICANTE»

$$60.000/150.000 = 40\%$$

Patrimonio contable escindido	60.000
± Ajustes	
Plusvalía terrenos	+ 15.000
Plusvalía construcciones	+ 7.000
Minusvalía equipos proceso información	- 1.250
Minusvalía maquinaria	- 2.000
Eliminación por improcedente provisión depreciación inmovilizado	+ 3.250
Plusvalía mercaderías	+ 3.000
Proveedores prescritos	+ 500
Patrimonio contable ajustado (sin considerar Fondo de Comercio)	85.500
Valoración del patrimonio recibido por la sociedad beneficiaria (dato)	90.000
Valoración del Fondo de Comercio atribuido al patrimonio recibido por la sociedad beneficiaria (90.000 - 85.500)	4.500

Dado que el patrimonio escindido es inferior al 50% del patrimonio de la sociedad beneficiaria «VALENCIA», de acuerdo con el borrador del ICAC sobre fusiones y escisiones estaríamos ante una escisión de adquisición, por lo que parece lo más razonable valorar los activos y pasivos por su precio de adquisición, y por tanto no traspasar las cuentas compensadoras de los bienes escindidos a la sociedad beneficiaria, aunque su traspaso no afecta al fondo de la cuestión.

Por este motivo vamos a calcular las amortizaciones acumuladas en la sucursal que corresponden a cada elemento patrimonial:

Dado que la maquinaria ha sido adquirida con una subvención en capital (se supone que del 100% de la inversión) su valor contable coincide con el importe de la subvención no imputada todavía a resultados, esto es 15.000 u.m., por lo que su amortización acumulada será de 5.000 u.m. (20.000 – 15.000). Esta amortización se distribuye entre la central y la sucursal en proporción al valor de la maquinaria de ambas.

Por tanto, la amortización acumulada que corresponde a la maquinaria de la sucursal antes de los ajustes a realizar será: $5.000 \times (5.000/20.000) = 1.250$.

Amortización acumulada sucursal (dato) 15.000

Desglose:

Amortización acumulada maquinaria 1.250

Amortización acumulada de equipo proceso de información (dato) . 4.500

Amortización acumulada construcción (resto) 9.250

La amortización de la maquinaria debe incrementarse en 2.000 u.m. como consecuencia de un ajuste propuesto por el experto independiente al estar insuficientemente amortizada

La subvención oficial que figura en el Balance es de 15.000 u.m que corresponden a la central y a la sucursal en la misma proporción que la maquinaria, es decir, 3.750 son de la sucursal y 11.250 de la central. Pero teniendo en cuenta que la amortización de la maquinaria se incrementa en 2.000, también se debería imputar a resultados la misma cantidad de subvención, por lo que la subvención pendiente de imputar a resultados por parte de la sociedad beneficiaria «VALENCIA» debe ascender a 1.750 (5.000 – 1.250 – 2.000).

B) CONTABILIDAD DE LA SOCIEDAD ESCINDIDA «ALICANTE»

Reapertura de la contabilidad:

365.000	Cuentas deudoras		
		a	Cuentas acreedoras
			365.000
		X	

Por la anulación de amortizaciones:

15.000	Amortización acumulada del inmovilizado material		
		a	Construcciones
			9.250
		a	Equipos para proceso de información
			4.500
		a	Maquinaria
			1.250
		X	

Traspaso del patrimonio escindido:

20.000	Deudas a largo plazo		
15.000	Proveedores		
14.000	Deudas con organismos públicos		
1.000	Deudas a corto plazo		
3.250	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		
60.000	Sociedad beneficiaria cuenta escisión		
		a	Terrenos
			15.000
		a	Construcciones
			10.750
		a	Equipos para proceso de información
			1.500
		a	Maquinaria
			3.750
		a	Mercaderías
			20.000
		a	Otros activos
			62.250
		X	

Por la minoración de los fondos propios:

32.000	Capital social (40% × 100.000)		
3.750	Subvenciones oficiales de capital		
5.000	Pérdidas y ganancias		
6.000	Reserva legal		
13.250	Reservas voluntarias		
		a Socios cuenta de escisión	60.000

La cifra en que se disminuyen las reservas voluntarias se calcula por diferencias, sin que se reduzca la reserva por acciones propias.
 $(60.000 - 32.000 - 3.750 - 5.000 - 6.000) = 13.250 \text{ u.m.}$

_____ x _____

Por la recepción de las acciones de la sociedad beneficiaria y entrega de éstas a los socios de la escindida:

60.000	Acciones sociedad «VALENCIA»		
		a Sociedad beneficiaria cuenta escisión	60.000
		_____ x _____	
60.000	Socios cuenta de escisión		
		a Acciones sociedad «VALENCIA»	60.000
		_____ x _____	

C) CONTABILIDAD DE LA SOCIEDAD BENEFICIARIA «VALENCIA»

Recepción patrimonio valores reales:

30.000	Terrenos
17.750	Construcciones
250	Equipos para proceso de información
1.750	Maquinaria
23.000	Mercaderías

62.250	Otros activos		
4.500	Fondo de comercio		
		a Deudas a corto plazo	20.000
		a Proveedores	14.500
		a Deudas con organismos públicos	14.000
		a Deudas a corto plazo (521)	1.000
		a Socios sociedad escindida	90.000
		_____ x _____	

Ampliación de capital:

90.000	Acciones emitidas		
		a Capital social (45.000 × 10)	45.000
		a Prima de emisión de acciones	45.000
		_____ x _____	

Entrega de las acciones a los socios de la sociedad escindida:

90.000	Socios sociedad escindida		
		a Acciones emitidas	90.000
		_____ x _____	

Traspaso de la subvención correspondiente a la maquinaria:

1.750	Prima de emisión de acciones		
		a Subvenciones oficiales de capital	1.750
		_____ x _____	

D) ACCIONES PROPIAS DE LA SOCIEDAD ESCINDIDA «ALICANTE»

El capital social después de la escisión asciende a 48.000 u.m. (80.000 – 32.000), que corresponde a 4.800 acciones de 10 u.m. nominales.

El límite establecido en la Ley de Sociedades Anónimas es de un 10%, que equivale a 480 acciones.

Dado que la autocartera está formada por 500 títulos hay que reducir el capital que corresponde al exceso de 20 acciones propias.

Por la reducción de capital:

200	Capital social (200 × 10)		
80	Reservas voluntarias		
		a Acciones propias [20 × (7.000/500)]	280
	_____	x _____	

Por la reclasificación de la reservas indisponibles como reservas voluntarias:

280	Reservas para acciones propias		
		a Reservas voluntarias (117)	280
	_____	x _____	

CASO PRÁCTICO NÚM. 4

CONTABILIZACIÓN DE IMPUESTOS. CÁLCULO DEL IMPUESTO SOBRE BENEFICIOS

ENUNCIADO

La sociedad «ÁVILA, S.A.» le facilita la siguiente información con relevancia tributaria relativa a los Impuestos sobre Sociedades e Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA):

A) INSPECCIÓN TRIBUTARIA EN EL AÑO 2003

La entidad ha sido objeto en el año 2003 de una inspección tributaria que ha dado lugar a las siguientes liquidaciones por IVA del ejercicio 2002 y por el Impuesto sobre Sociedades de ese mismo ejercicio 2002:

- La liquidación por el IVA del año 2002 tiene el siguiente desglose:
 - 20.000 u.m. correspondientes a unas ventas en que no se repercutió IVA improcedentemente. No obstante, la Inspección no consideró tal conducta como infracción tributaria por lo que al amparo de la LIVA aún cabe la repercusión del Impuesto a los destinatarios.
 - 10.000 u.m. correspondientes a IVA soportado deducido indebidamente.
 - 2.000 u.m. de intereses de demora (1.000 u.m. imputables a 2002 y 1.000 u.m. imputables a 2003).
 - TOTAL: A ingresar: 32.000 u.m. Dicha cantidad fue ingresada en el ejercicio 2003.
- Se ha iniciado un procedimiento sancionador por el IVA soportado deducido indebidamente, procedimiento aún no resuelto, en el que se propone una sanción de 5.000 u.m.
- La liquidación por el Impuesto sobre Sociedades del año 2002 tiene el siguiente desglose:
 - Se reduce en 100.000 u.m. la base imponible negativa del ejercicio 2002.
 - La sociedad contabilizó en dicho año 2002 el crédito fiscal correspondiente a la base imponible negativa calculada por la sociedad que ascendió a 1.000.000 de u.m.
 - Se eliminan deducciones en cuota generadas y no aplicadas en 2002 por importe de 300.000 u.m. (total deducciones generadas y no aplicadas en la declaración del ejercicio 2002: 500.000 u.m.). Las deducciones generadas y no aplicadas no tuvieron reflejo contable alguno, en dicho año 2002.
 - TOTAL a ingresar: 0 u.m.

B) OTRA INFORMACIÓN EN RELACIÓN AL EJERCICIO 2003:

- «ÁVILA, S.A.» ha recibido el 1-7-2003 una aportación no dineraria de una maquinaria al amparo del régimen fiscal especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores. El activo ha sido contabilizado por 1.000.000 de u.m. de acuerdo con las normas contables de aplicación. La valoración fiscal del bien (valor neto contable en el aportante) asciende a 600.000 u.m. El coeficiente de amortización aplicable contable y fiscalmente es del 10%.
- El 11-8-2003 la entidad ha pagado 300.000 u.m. de indemnización a un trabajador que había sido despedido en el año 2002. «ÁVILA, S.A.» había dotado por este concepto en dicho ejercicio 2002 una provisión por responsabilidades, no deducible fiscalmente en el mencionado ejercicio, por importe de 500.000 u.m. La sociedad ha desdotado la provisión en 2003.
- El resultado contable antes de impuestos del ejercicio 2003 de «ÁVILA, S.A.» es de 5.000.000 de u.m.

SE PIDE:

A) Efectuar la contabilización derivada de la actuación de la inspección tributaria en el ejercicio 2003.

1. Contabilización de la liquidación por IVA.
2. Contabilización de la propuesta de sanción por IVA.
3. Contabilización, si procede, de la liquidación por el Impuesto sobre Sociedades.

B) Contabilización del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2003, de «ÁVILA, S.A.», teniendo en cuenta la información suministrada en el Supuesto, sabiendo que:

- El tipo impositivo aplicable a la entidad es el 35%.
- La entidad compensa la base imponible negativa del ejercicio 2002 y aplica en el 2003 las deducciones generadas en el año 2002, admitidas fiscalmente.
- Existen retenciones por importe de 10.000 u.m. y pagos fraccionados por importe de 1.000.000 de u.m.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 4

A) CONTABILIZACIÓN DERIVADA DE LA ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN TRIBUTARIA EN 2003

1. Contabilización de la liquidación por IVA.

20.000	<i>Cientes, facturas pendientes emitir</i>		
11.000	<i>Gastos extraordinarios</i>		
1.000	<i>Gastos financieros</i>		
		<i>a Hacienda Pública, acreedor por IVA</i>	32.000

El IVA que no se repercutió se facturará a los clientes, por lo que se carga en una cuenta transitoria de clientes hasta que se emita la factura correspondiente. En cuanto al IVA deducido indebidamente, así como las sanciones e intereses de ejercicios anteriores son gastos de carácter extraordinario, tal y como establece la Consulta 6 del BOICAC 48, mientras que los intereses del ejercicio actual son gastos financieros según esa misma consulta.

_____ X _____

2. Asiento relativo a la propuesta de sanción por IVA.

5.000	<i>Gastos extraordinarios</i>		
		<i>a Provisión para responsabilidades</i>	5.000
		_____ x _____	

3. Contabilización, si procede, de la liquidación por el Impuesto sobre Sociedades.

Por la reducción del crédito fiscal correspondiente a la reducción de la Base imponible del ejercicio 2002.

35.000	<i>Ajustes negativos en la imposición sobre beneficios</i>		
		<i>a Créditos por pérdidas a compensar de ejercicios anteriores</i>	35.000
		_____ x _____	

Las deducciones generadas y no aplicadas no fueron objeto de contabilización por lo que no procede su reducción. Si fueron objeto de informe en la memoria por ser significativa su cuantía, deberán ser corregidas.

En el momento en que se tenga la certeza de la aplicación del crédito por deducciones, cosa que ocurre en este ejercicio 2003, se reconocerá dicho crédito mediante el asiento siguiente:

200.000	<i>Derechos por deducciones y bonificaciones pendientes de aplicación</i>		
		<i>a Ajustes positivos en la imposición sobre beneficios</i>	200.000
		_____ x _____	

B) CÁLCULO Y CONTABILIZACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES DEL EJERCICIO 2003 DE «ÁVILA S.A.»

a) Cálculo del gasto por Impuesto sobre Sociedades.

Resultado contable antes de impuestos	5.000.000
± Diferencias permanentes	
Propuesta de sanción	500.000
Resultado contable ajustado	5.500.000
Impuesto bruto ($0,35 \times 5.500.000$)	1.751.750
Deducciones y bonificaciones	0
Gasto por Impuesto sobre Sociedades	1.751.750

Las deducciones generadas en 2002 y aplicadas en la liquidación de este ejercicio 2003 no minoran el gasto ya que se han ajustado en el asiento anterior abonándose a la cuenta de «Ajustes positivos en la imposición sobre beneficios», aunque el resultado es similar dado que esta cuenta es un **gasto negativo** que figurará en el mismo epígrafe de la cuenta de Pérdidas y Ganancias que el de «Impuesto sobre beneficios» que registra el impuesto devengado en el ejercicio.

b) Cálculo del impuesto a ingresar o a devolver.

Resultado contable de impuestos	5.000.000	
± Diferencias permanentes		
Propuesta de sanción	500.000	
± Diferencias temporales		
Reversión por amortización	20.000	(1)
Reversión de indemnización	-500.000	(2)
Base imponible previa	4.525.000	
Menos compensación base imponible negativa	-900.000	
Base imponible	3.625.000	
Cuota íntegra ($3.625.000 \times 35\%$)	1.268.750	
Deducciones y bonificaciones	-200.000	
Cuota líquida	1.068.750	
Retenciones y pagos a cuenta	-1.010.000	
Cuota diferencial a ingresar	58.750	

- (1) La amortización contable de la maquinaria es de 1.000.000, por lo que la amortización del ejercicio 2003 ascenderá a 50.000 u.m. ($1.000.000 \times 10\% \times 6/12$). La amortización fiscal se calcula sobre el valor fiscal por lo que será de 30.000 u.m. ($600.000 \times 10\% \times 6/12$). El exceso de amortización contable sobre la fiscal constituye una diferencia temporal positiva que revertirá cuando se produzca la enajenación de la maquinaria.
- (2) Al no haber sido deducible la provisión para responsabilidades dotada en 2002, se produce la reversión de dicha diferencia temporal en el ejercicio actual, ya que la provisión que se imputa como ingreso contable no forma parte de la base imponible.

c) Asiento contable relativo al impuesto sobre beneficios de 2003.

1.751.750	Impuesto sobre beneficios	
7.000	Impuesto sobre beneficios diferido	
	(20.000 × 35%)	
	a Impuesto sobre beneficios anticipado	175.000
	(500.000 × 35%)	
	a Derechos por deducciones y bonificaciones pendientes de aplicación	200.000
	a Créditos por pérdidas a compensar de ejercicios anteriores	315.000
	a Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta	1.010.000
	a Hacienda Pública, acreedor por Impuesto sobre Sociedades	58.750

CASO PRÁCTICO NÚM. 5

OPERACIONES FINANCIERAS: PRÉSTAMO CON CONSTITUCIÓN DE FONDO

ENUNCIADO

La empresa «TOLEDO» decide financiar un proyecto de inversión para lo cual solicita un préstamo, el día uno de enero, por importe de 20.000 u.m.

I. Debido a problemas informáticos el prestamista sólo le puede proporcionar los siguientes datos:

- a) Sistema de amortización francés.
- b) La amortización se efectúa en veinte años.
- c) El capital amortizado al finalizar el penúltimo período, una vez pagada la anualidad, es 18.694,840 u.m.
- d) La cuota de amortización del penúltimo período es 1.267,1450 u.m.

SE PIDE:

Calcular el capital pendiente de amortizar después de pagar la quinta anualidad.

II. La empresa constituye, en el momento de concesión del préstamo anterior, un fondo con el que pagar los intereses que devenga dicho préstamo. Este fondo producirá una rentabilidad bruta, pagadera anualmente, del 4 por 100 anual durante el primer año y del 5 por 100 anual a partir del primer año. El tipo de retención sobre los intereses, en concepto de impuesto sobre la renta personal, es del 20 por 100.

SE PIDE:

Calcular el valor de dicho fondo.

n	$a_n; 0,03$	$a_n; 0,04$	$a_n; 0,05$
1	0,9708737	0,9615384	0,9523809
2	1,9134696	1,8860946	1,8594104
3	2,8286113	2,7750910	2,7232480
4	3,7170984	3,6298952	3,5459505
5	4,5797071	4,4518223	4,3294766
6	5,4171914	5,2421368	5,0756920
7	6,2302829	6,0020546	5,7863733
8	7,0196921	6,7327448	6,4632127
9	7,7861089	7,4353316	7,1078216
10	8,5302028	8,1108957	7,7217349
11	9,2526241	8,7604767	8,3064142
12	9,9540039	9,3850737	8,8632516
13	10,634955	9,9856478	9,3935729
14	11,296073	10,563122	9,8986409
15	11,937935	11,118387	10,379658
16	12,561102	11,652295	10,837769
17	13,166118	12,165668	11,274066
18	13,753513	12,659296	11,689586
19	14,323799	13,133939	12,085320
20	14,877474	13,590326	12,462210
n	$(1 + 0,03)^n$	$(1 + 0,04)^n$	$(1 + 0,05)^n$
1	1,03	1,04	1,05
2	1,0609	1,0816	1,1025
3	1,092727	1,124864	1,157625
4	1,1255088	1,1698585	1,2155062
5	1,1592740	1,2166529	1,2762815
6	1,1940522	1,2653190	1,3400956
7	1,2298738	1,3159317	1,4071004
8	1,2667700	1,3685690	1,4774554
9	1,3047731	1,4233118	1,5513282
10	1,3439163	1,4802442	1,6288946
11	1,3842338	1,5394540	1,7103393
12	1,4257608	1,6010322	1,7958563
13	1,4685337	1,6650735	1,8856491
14	1,5125897	1,7316764	1,9799315
15	1,5579674	1,8009435	2,0789281
16	1,6047064	1,8729812	2,1828745
17	1,6528476	1,9479004	2,2920183
18	1,7024330	2,0258165	2,4066192
19	1,7535060	2,1068491	2,5269501
20	1,8061112	2,1911231	2,6532977

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 5**I. CALCULAR EL CAPITAL PENDIENTE DE AMORTIZAR DESPUÉS DE PAGAR LA QUINTA ANUALIDAD**

Características del préstamo:

- Principal $C_0 = 20.000$
- Sistema de amortización = Francés
- Duración: $n = 20$ años
- Total amortización al finalizar el año 19: $M_{19} = 18.694,80$
- Cuota de amortización del penúltimo período: $A_{19} = 1.267,1450$
- **Cálculo del tipo de interés.**

Por la ley de recurrencia de las cuotas de amortización en el préstamo francés tendremos:

$$A_{20} = A_{19} (1 + i)$$

$$A_{20} = C_0 - M_{19} = 20.000 - 18.694,80 = 1.305,20$$

$$1.305,20 = 1.267,1450 (1 + i)$$

$$i = \frac{1.305,20}{1.267,1450} - 1 = 0,03 \text{ (3\%)}$$

- **Cálculo de la anualidad.**

$$C_0 = a \times a_{20|0,03}$$

$$20.000 = a \times a_{20|0,03}$$

$$\text{siendo } a_{20|0,03} = 14,877474$$

$$a = \frac{20.000}{14,877474} = 1.344,31423$$

$$\text{También: } a = A_{20} + I_{20} = 1.305,2 + 1.305,20 \times 0,03 = 1.344,35$$

- **Capital pendiente de amortizar después de pagar la quinta anualidad.**

$$C_5 = a \times a_{15|0,03} \quad \text{siendo } a_{15|0,03} = 11,937935$$

$$C_5 = 1.344,31423 \times a_{15|0,03} = 16.048,3359$$

II. CALCULAR EL VALOR DEL FONDO

El fondo será un capital equivalente financieramente a los intereses del préstamo valorados:

- El primer año a un tipo:

$$4\% (1 - 0,20) = 3,20\%$$

- A partir del primer año a un tipo:

$$5\% (1 - 0,20) = 4\%$$

- Cuota de interés genérica del préstamo:

$$I_s = a - A_s \quad \text{siendo } A_s = A_1 \times (1,03)^{s-1}$$



$$F_0 = (1,032)^{-1} a \times \ddot{a}_{20|0,04} - \ddot{A}_{(A_1; 1,03) 20|0,04} \quad A_1 = 744,31423$$

$$F_0 = (1,032)^{-1} \times 1.344,31423 \times (1,04) \times 13,590326 - (1,04) \times 744,31423 \times \frac{1 - (1,03)^{20} \times (1,04)}{1,04 - 1,03}$$

$$\text{Fondo} = 5.231,235 \text{ u.m.}$$