

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

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)
- Juan Arrieta Martínez de Pisón
(Catedrático de Derecho Financiero y Tributario)
- Pedro Manuel Herrera Molina
(Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario)
- Antonio Longas Lafuente
(Vocal del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid)
- Diego Marín-Barnuevo Fabo
(Profesor Titular 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)
- José Luis Pérez de Ayala y López de Ayala
(Catedrático Emérito de Hacienda Pública y Derecho Tributario)
- José Antonio Rodríguez Ondarza
(Catedrático de Hacienda Pública y Sistema Fiscal)
- Andrés Sánchez Pedroche
(Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario)
- Eduardo Sanz Gadea
(Inspector de Hacienda del Estado)

CONTABILIDAD:

- Inmaculada de Benito Cámara
(Profesora del CEF)
- José Luis Cea García
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad)
- Álvaro Cuervo García
(Catedrático de Economía de la Empresa)
- María Antonia García Benau
(Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad)
- Lorenzo de las Heras Miguel
(Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España)
- Prosper Lamothe Fernández
(Catedrático de Economía de la Empresa)
- Ignacio Martínez Churruarín
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad)
- Clara Muñoz Colomina
(Profesora Titular de Economía Financiera y Contabilidad)
- Javier Romano Aparicio
(Profesor del CEF)
- José Tovar Jiménez
(Profesor del CEF)
- Jorge Tua Pereda
(Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad)

DICIEMBRE 2004 – NÚMERO 261

Sumario

TRIBUTACIÓN:

- | | Página |
|---|--------|
| 74/2004 Delimitación de los regímenes tributarios (general y especial) aplicables a la sociedad que se escinde y a la sociedad o sociedades beneficiarias. | 3 |
| (Gerardo Menéndez García) | |
| 75/2004 Precios de transferencia: lo que está sucediendo en la Unión Europea. | 37 |
| (Carlos Palao Taboada) | |
| 76/2004 Patrimonios financieros sin personalidad. Naturaleza jurídica y régimen tributario. . | 57 |
| (Sergio Nasarre Aznar y Estela Rivas Nieto) | |
| 77/2004 La depreciación del fondo de comercio financiero y su incidencia en la deducción por doble imposición interna de dividendos. | 107 |
| (Rocío Reyero Folgado y Adriana Ojeda García) | |

CONTABILIDAD:

- | | |
|--|-----|
| 78/2004 Las prácticas de buen gobierno en las empresas españolas cotizadas: efectos sobre la calidad de los estados financieros. | 119 |
| (Beatriz García Osma y Belén Gill de Albornoz Noguera) | |
| 79/2004 La administración concursal. | 159 |
| (M. ^a Isabel Candelario Macías y Luisa Rodríguez Grillo) | |
| 80/2004 Consultas planteadas al ICAC. | 211 |
| (José Luis Álvarez Carriazo y Javier Romano Aparicio) | |
| 81/2004 Supuesto propuesto para el ingreso en el Cuerpo de Gestión, Escala Económico-Financiera, de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. | 231 |
| (Francisco Javier Jimeno de la Maza y Mercedes Redondo Cristóbal) | |

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS 251

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	DELIMITACIÓN DE LOS RÉGIMENES TRIBUTARIOS (GENERAL Y ESPECIAL) APLICABLES A LA SOCIEDAD QUE SE ESCINDE Y A LA SOCIEDAD O SOCIEDADES BENEFICIARIAS *	Núm. 74/2004
--------------------	--	-------------------------



GERARDO MENÉNDEZ GARCÍA

*Profesor Titular EU de Derecho Financiero y Tributario en la
UNED. Doctor en Derecho*

gmenendez@der.uned.es

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2004** en la Modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don José Luis PÉREZ DE AYALA Y LÓPEZ DE AYALA, don Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, don Pedro Manuel HERRERA MOLINA, doña Clara JIMÉNEZ JIMÉNEZ, don Diego MARÍN-BARNUEVO FABO y don José Antonio RODRÍGUEZ ONDARZA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

LA aplicación de los criterios literal y sistemático en la delimitación de los regímenes tributarios de la escisión de sociedades lleva a resultados insatisfactorios. La aplicación de criterios sustantivos de delimitación, basados en la finalidad de las normas, permite sostener que ciertos preceptos incluidos en el capítulo VIII del título VII del TRLIS integran, pese a su ubicación sistemática, el denominado régimen tributario «general». Así sucede con la regla de valoración contenida en el artículo 85.2 TRLIS, con la regla de valoración de la renta que se pone de manifiesto como consecuencia de la anulación de la participación intersocietaria prevista en el artículo 89.2 TRLIS, con las reglas sobre subrogación de la entidad adquirente en las posiciones jurídico-tributarias de la entidad transmitente contenidas en el artículo 90 TRLIS y con la regla sobre imputación fiscal de rentas prevista en el artículo 91 TRLIS.

* Con posterioridad a la concesión del accésit, y por petición expresa del *Centro de Estudios Financieros*, el presente trabajo ha sido objeto de la correspondiente revisión y actualización normativa.

Sumario:

1. Presentación.
2. Fundamento y aproximación al contenido del régimen tributario general.
3. Fundamento y aproximación al contenido del régimen tributario especial.
4. Aspectos problemáticos de la delimitación.
 - A) Introducción.
 - B) Ámbito de aplicación de la regla de valoración de los elementos adquiridos contenida en el artículo 85.2 TRLIS.
 - C) Ámbito de aplicación de la regla contenida en el artículo 89.2 TRLIS en relación con la renta que se pone de manifiesto con ocasión de la anulación de la participación de la sociedad beneficiaria en el capital social de la sociedad que se escinde.
 - D) Ámbito de aplicación de las reglas sobre subrogación del artículo 90 TRLIS.
 - a) Relevancia y ámbito de aplicación del artículo 90 TRLIS en caso de escisión total.
 - b) Relevancia y ámbito de aplicación del artículo 90 TRLIS en caso de escisión parcial.
 - E) Ámbito de aplicación de la regla sobre imputación fiscal de rentas del artículo 91 TRLIS.
5. Conclusiones.

1. PRESENTACIÓN

En relación con la fiscalidad de ciertas operaciones de reestructuración empresarial cabe distinguir en nuestro ordenamiento el régimen tributario «especial» del régimen que, por contraposición con ese, se ha dado en denominar «general». En el caso de las operaciones de escisión estos regímenes afectan, por un lado, a la sociedad que se escinde y a la sociedad o sociedades beneficiarias y, por otro lado, a los socios de la sociedad que se escinde.

El presente estudio tiene por objeto la delimitación del contenido de los regímenes tributarios general y especial en lo que se refiere a la sociedad que se escinde y a la sociedad o sociedades beneficiarias ¹. Como veremos, la incorrecta sistemática seguida por la norma tributaria en este ámbito debe corregirse a través de la aplicación de criterios sustantivos de delimitación. Tras estudiar la fundamentación y finalidad de esos regímenes y referirnos a los aspectos no controvertidos de la delimitación, centraremos nuestra atención en ciertos preceptos cuya caracterización (como integrantes del régimen tributario general o del especial) resulta polémica.

Debemos realizar dos últimas observaciones sobre el contenido del trabajo. Primera: supondremos que todas esas entidades (la que se escinde y la beneficiaria o beneficiarias) son sociedades anónimas, para simplificar la exposición y habida cuenta del carácter de arquetipo que este tipo societario tiene en el ámbito de las sociedades de capital. Y segunda: por razones de comodidad expositiva y al igual que hacen la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (en adelante, Directiva 90/434/CEE) ², así como los artículos 83 y siguientes del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (en adelante, TRLIS), entre otras normas, utilizaremos en ocasiones la expresión «sociedad transmitente» para referirnos a la sociedad que se escinde y la expresión «sociedad adquirente» para referirnos a la sociedad beneficiaria o a cada una de las sociedades beneficiarias.

¹ La delimitación de los regímenes tributarios general y especial aplicables a los socios de la sociedad que se escinde no suscita dificultades. El régimen tributario especial, aplicable cuando se cumplan ciertos requisitos a que haremos referencia más adelante, se limita en el caso de esos sujetos a lo dispuesto en el artículo 88 del vigente Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

² DO L 225, de 20 de agosto de 1990, pág. 1.

2. FUNDAMENTO Y APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO GENERAL

El régimen tributario «general» de la escisión es el configurado por aquellas disposiciones que atienden a la naturaleza jurídica de la operación y que vienen a aplicar a la misma los principios jurídico-tributarios que subyacen en la configuración del hecho imponible y de los demás elementos de los impuestos afectados. Se trata, por lo tanto, de un régimen que responde a principios de naturaleza jurídica y que no persigue finalidades extrafiscales ³.

La escisión provoca siempre la transmisión de una o varias fracciones patrimoniales de la sociedad que se escinde en favor de la sociedad o sociedades beneficiarias. Veamos sucintamente algunas de las **consecuencias** que se derivan de este fenómeno **de acuerdo con una lógica interna a nuestro ordenamiento tributario**.

Nuestra imposición sobre la renta se basa en el concepto de renta-entrada. Las diferencias de valor que la transmisión de una o varias fracciones patrimoniales puede poner de manifiesto en la sociedad que se escinde resultan reconducibles al concepto jurídico-tributario general de renta gravable. El artículo 15 TRLIS [letra d) del apartado 2 y primer párrafo del apartado 3] prevé específicamente la integración en la base imponible de la sociedad que se escinde de esa diferencia de valor. En el ámbito local, el incremento de valor que hayan podido experimentar los terrenos de naturaleza urbana eventualmente transmitidos estará sujeto al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (en adelante, IIVTNU) en los términos previstos en los artículos 104 y siguientes del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

En el ámbito de la imposición indirecta, la transmisión de la fracción o fracciones patrimoniales estará sujeta al IVA ⁴ y la operación societaria en que consiste la escisión estará sujeta al concepto de Operaciones Societarias del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, ITPAJD) ⁵.

Entre los preceptos configuradores del régimen general cabe hacer una nueva **distinción, en función de si su aplicación está vinculada o no a la falta de aplicación del régimen especial**:

³ En expresión de RAGUCCI, se trata de disposiciones que atienden al «dato lógico-formal». Vid. RAGUCCI, G.: *La scissione di società nell'imposizione diretta*, Giuffrè, Milano, 1997, pássim, especialmente págs. 95 y 96.

⁴ A los efectos del IVA se entienden realizados en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional las transmisiones de los bienes que integran el patrimonio empresarial o profesional de los sujetos pasivos, incluso las efectuadas con ocasión del cese en el ejercicio de las actividad económicas que determinan la sujeción al impuesto [art. 4.Dos, b), de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA] y se reputan en todo caso «empresarios o profesionales» a las sociedades mercantiles [art. 5.Uno, b), de la citada Ley].

⁵ El artículo 19.1.1.º del Texto Refundido de la Ley del Impuesto aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, contempla expresamente la escisión como operación societaria sujeta.

- Normas configuradoras del régimen general que no resultan aplicables cuando entran en juego ciertas disposiciones del régimen especial. Así, el primer párrafo del artículo 15.3 TRLIS, que dispone la integración en la base imponible de la sociedad que se escinde de la renta que se pueda poner de manifiesto con ocasión de la operación, no resulta aplicable cuando lo es el régimen especial de diferimiento configurado en los artículos 84.1 y 85.1 TRLIS.
- Normas configuradoras del régimen general cuya aplicabilidad no guarda relación con la falta de aplicación del régimen especial y que, por ello, pueden calificarse como «normas generales comunes» a todas las operaciones de escisión. Así sucede, por ejemplo, con el artículo 19.1.1.º del Texto Refundido de la Ley del ITPAJD, pues el régimen especial no evita la sujeción de la escisión al gravamen sobre operaciones societarias, sino que, partiendo de esta sujeción, dispone la pertinente exención fiscal.

3. FUNDAMENTO Y APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL

La aplicación del régimen tributario configurado por las normas examinadas puede desincentivar la realización de la escisión. El legislador, tanto en nuestro país como en los países de nuestro entorno, ha mostrado sensibilidad a este efecto desincentivador que la fiscalidad puede provocar en relación con las operaciones de reestructuración. Con la intención de evitar ese efecto, se han organizado ciertos regímenes específicamente aplicables a las operaciones de reestructuración que reúnen determinadas características. Desde el año 1992 [con la entrada en vigor de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de Adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas (en adelante, Ley 29/1991)], se ha prescindido en nuestro ordenamiento de las bonificaciones en cuota características de la normativa hasta entonces vigente para articular un sistema basado en el diferimiento de los impuestos sobre la renta que se pueda poner de manifiesto en la operación, en el no gravamen de la transmisión en el IVA y en la exención en la modalidad de Operaciones Societarias del ITPAJD.

Como hemos mencionado antes, el régimen general atiende a la naturaleza de la escisión y a la lógica interna de nuestro sistema tributario. Por el contrario, las normas que ahora examinamos no responden a principios de naturaleza jurídica, sino que atienden prioritariamente a una **finalidad extrafiscal**: facilitar la reestructuración societaria en beneficio de la flexibilidad y competitividad de las empresas ⁶. Asume, por lo tanto, una función incentivadora de política económica a través del establecimiento de beneficios fiscales ⁷.

⁶ Vid., en relación con la normativa italiana sobre imposición directa, RAGUCCI, *La scissione di società nell'imposizione diretta*, loc. cit.

⁷ Con SOLER ROCH entendemos por «beneficio fiscal» toda «medida de apoyo o estímulo instrumental a través de un mecanismo desgravatorio del tributo», y por «incentivo fiscal» el «estímulo que en relación con una determinada conducta puede provocar el reconocimiento de un beneficio fiscal». Cfr. SOLER ROCH, M.ª T.: *Incentivos a la inversión y justicia tributaria*, Civitas, Madrid, 1983, págs. 20 (en nota), 49 y 59. Sobre el concepto de beneficio fiscal y sobre las conse-

Las **normas que evitan en determinadas operaciones de escisión las consecuencias fiscales características del régimen tributario general**, bien se encuentran en el capítulo VIII del título VII del TRLIS (que lleva por rúbrica «Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores»), bien supeditan su aplicación a la del «régimen especial regulado» o «régimen especial establecido» en este capítulo.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 47.1 TRLIS, que abre el título VII, los regímenes especiales lo son «por razón de la naturaleza de los sujetos pasivos afectados o por razón de la naturaleza de los hechos, actos u operaciones de que se trate». El «régimen» previsto en el capítulo VIII de ese título no puede calificarse como «especial» por razón de los sujetos pasivos afectados. De acuerdo con el precepto citado, ese régimen será entonces «especial» por razón de la «naturaleza de los hechos, actos u operaciones de que se trate». Siendo esto así, podría pensarse que en ese capítulo VIII se configura el régimen aplicable a todas las operaciones de escisión y que las normas de los restantes títulos de esa Ley sólo resultarían aplicables «con carácter supletorio». No es así: la presencia en el resto del articulado del TRLIS de normas que se refieren específicamente a estas operaciones [por ejemplo, la letra d) del artículo 15.2] y que prevén consecuencias muy diversas de las contempladas en algunos artículos del capítulo VIII del título VII permite por sí sola descartar esa posibilidad. El «régimen» establecido en este capítulo sólo resulta aplicable a las escisiones que cumplan ciertos requisitos (art. 83.2 y apartados 1 y 2 del art. 96 TRLIS) y, por lo tanto, sólo tendrá razón de ser si establece para estas escisiones consecuencias fiscales específicas ajenas a la lógica interna del conjunto del sistema tributario. Ciertamente, la especialidad del «régimen» radica en que establece, por las razones extrafiscales a que hemos hecho referencia y no por la naturaleza de la operación, beneficios fiscales en favor de esas escisiones⁸. Es por ello comprensible en nuestra opinión que, entre los requisitos a que se supedita su aplicación, figure la presencia de motivos económicos válidos en la realización de la operación (art. 96.2 TRLIS). La Ley entiende, con buen criterio, que sólo deben incentivarse las escisiones realizadas con esa finalidad.

Por motivos de comodidad expositiva y habida cuenta de que la razón de ser de las normas ubicadas en el capítulo VIII del título VII del TRLIS y de las normas que supeditan su aplicación a la de este capítulo es idéntica (incentivar la realización de ciertas operaciones de reestructuración mediante el establecimiento de beneficios fiscales), se emplea la expresión «**régimen especial**» para aludir al régimen configurado por todas esas normas, estén o no ubicadas en el capítulo VIII del título VII del TRLIS⁹.

cuencias que resultan de la calificación de una medida como beneficio fiscal, *vid.* las ideas formuladas al hilo de la caracterización del régimen de tributación consolidada en CALVO ORTEGA, R.: «Aspectos tributarios de las operaciones vinculadas y de los grupos de sociedades», en AA.VV.: *Jornadas. Grupos de sociedades. Su adaptación a las normas de las Comunidades Europeas*, CEOE-Universidad Alcalá de Henares, Madrid, 1987, págs. 135 y 136. Sobre la relevancia jurídica de la distinción entre sustracciones estructurales («erosión tributaria») y beneficios tributarios («sustracciones preferenciales o gasto fiscal»), *vid.* VELARDE ARAMAYO, M.ª S.: *Beneficios y minoraciones en Derecho Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 63 y ss.

⁸ La presencia en este capítulo de preceptos que, lejos de configurar incentivos fiscales para las escisiones cualificadas, atienden al dato lógico-formal, resulta por todo ello criticable. Más adelante volveremos sobre este punto.

⁹ Como resulta evidente en atención a todo lo indicado en el cuerpo del texto, el calificativo de «especial» no se utiliza aquí para designar a aquellas «normas –relativas a ciertas clases especiales de personas, cosas o relaciones– que se apartan de la regla general *para mejor aplicar el principio que la preside a aquellas clases especiales*» [ALBALADEJO, M.:

Veamos ahora con algo más de detalle el **contenido** de este régimen especial y su ámbito de aplicación.

En lo que se refiere a la imposición directa sobre las sociedades adquirente y transmitente, los artículos 84 y 85.1 TRLIS configuran un régimen de diferimiento del gravamen sobre la renta que se puede poner de manifiesto con ocasión de la escisión. Están claramente vinculados a la aplicación de ese mecanismo de diferimiento los preceptos contenidos en los artículos 89.3 (tratamiento fiscal de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación de la sociedad adquirente en la transmitente y su valor teórico), 89.4 (tratamiento fiscal de la renta que se pone de manifiesto con ocasión de la transmisión de la participación que la sociedad que se escinde pueda tener en el capital de la sociedad beneficiaria), 92 (tratamiento del exceso de las pérdidas sobre los beneficios imputados por el establecimiento permanente transmitido), y apartados 1, 3 y 4 del artículo 93 (obligaciones de información en la memoria anual), todos ellos del TRLIS. Además, se contempla en el artículo 89.1 TRLIS un mecanismo específico de corrección de la doble imposición para aquellos casos en que la sociedad adquirente participe en el capital de la sociedad transmitente en, al menos, un 5 por 100.

En el ámbito de la imposición indirecta y del IIVTNU, se hace referencia al «régimen especial» regulado en el capítulo VIII del título VII del TRLIS en el artículo 7.1.º, b), de la Ley del IVA (en relación con el primer apartado de la disposición adicional segunda del TRLIS), en el artículo 45.I.B).10 del Texto Refundido de la Ley del ITPAJD (en relación con el segundo apartado de la citada disposición adicional segunda) y en el apartado tercero de esa disposición adicional segunda del TRLIS.

En materia de IVA, el artículo 7.1.º, b), de la Ley del IVA (en relación con el primer apartado de la disposición adicional segunda del TRLIS) dispone la «no sujeción» de la «transmisión de la totalidad del patrimonio empresarial del sujeto pasivo o de los elementos patrimoniales afectos a una o varias ramas de la actividad empresarial del transmitente» (rama de actividad en el sentido del art. 83.4 TRLIS) cuando la operación «tenga derecho» al «régimen especial» de las escisiones definidas en el artículo 83 TRLIS. El último párrafo de este número 1.º del artículo 7 prevé la subrogación de la adquirente en la posición del transmitente en cuanto a la aplicación de las normas contenidas en el número 22 del apartado uno del artículo 20 y en los artículos 104 a 114 de la Ley.

En materia de ITPAJD, el artículo 45.I.B).10 del Texto Refundido de la Ley del ITPAJD (en relación con el segundo apartado de la disposición adicional segunda del TRLIS) dispone la exención de la escisión definida en el artículo 83.2 TRLIS a la que sea aplicable el «capítulo VIII del título VII» del TRLIS.

Derecho civil I (Introducción y parte general), vol. 1.º (*Introducción y Derecho de la persona*), 10.ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1985, pág.31], a aquella norma «que se aparta de la general para –con el criterio que preside ésta– regular en particular, habida cuenta de sus peculiaridades, ciertas situaciones» (*ibidem*, pág.40). En nuestro caso, la norma «especial» pretende precisamente aplicar criterios ajenos a los principios que presiden las normas «generales».

En materia de IIVTNU, el apartado tercero de la disposición adicional segunda del TRLIS establece que no se devengará este impuesto con ocasión de las transmisiones de terrenos urbanos derivadas de escisiones «a las que resulte aplicable el régimen especial regulado en el capítulo VIII del título VII» del TRLIS.

Del examen de los preceptos del capítulo VIII del título VII aplicables a la escisión, se deduce que la aplicación del «régimen especial del capítulo VIII del título VII» del TRLIS y, por lo tanto, la de aquellos preceptos que supeditan su propia aplicación a la de este régimen, **sólo procede cuando en la escisión concurren estos elementos:**

- Requisitos previstos en el artículo 83.2 TRLIS en cuanto a la composición de la fracción o fracciones patrimoniales transmitidas en la escisión parcial y en las escisiones con integración asimétrica de socios.
- Existencia de motivos económicos válidos, ajenos a la «mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal», en la realización de la escisión (art. 96.2 TRLIS).
- Opción en favor de la aplicación del «régimen especial» en los términos previstos en el artículo 96.1 TRLIS ¹⁰.

Sólo las escisiones que cumplan estos requisitos merecerán la aplicación del «régimen especial». Se pueden caracterizar por este motivo como «cualificadas» o, por razón del contenido incentivador de ese régimen, «protegidas».

Debe tenerse presente que **la verificación de esos requisitos no provoca necesariamente el diferimiento del gravamen previsto en el capítulo VIII del título VII y la deducibilidad fiscal de la diferencia a que se refiere el artículo 89.3 TRLIS**. A estos efectos esos requisitos constituyen, por lo tanto, condiciones necesarias pero no suficientes. En efecto, el diferimiento del gravamen sobre la renta que se puede poner de manifiesto en la entidad transmitente y la aplicación de todos los preceptos vinculados a este diferimiento se supeditan, además, a la concurrencia de los requisitos enunciados en el artículo 84 TRLIS (requisitos sobre residencia de las entidades, localización de los bienes transmitidos, etc.). En el artículo 89.3 TRLIS la deducibilidad fiscal de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación de la sociedad adquirente en la transmitente y su valor teórico se condiciona también al cumplimiento de ciertos requisitos específicos (requisitos sobre la residencia de las personas o entidades que transmitieron la participación a la sociedad ahora beneficiaria, etc.). Por lo demás, como es obvio, es presupuesto ineludible de la aplicación de estas normas la sujeción de la correspondiente renta al impuesto de que se trate (IS o Impuesto sobre la Renta de no Residentes): de acuerdo con el Convenio de Doble Imposición aplicable o, en su defecto, de acuerdo con el ordenamiento interno, la renta debe estar sujeta a imposición en España.

¹⁰ Dado el objeto de este trabajo, hacemos abstracción aquí de los problemas de compatibilidad con el ordenamiento comunitario que puede provocar el hecho de que la exoneración en el IVA y en el gravamen sobre Operaciones Societarias quede subordinada en la escisión al cumplimiento de los requisitos mencionados.

Nótese que, a diferencia de lo que sucede con los elementos antes citados (composición de las fracciones patrimoniales transmitidas, opción y motivos económicos válidos), estos últimos requisitos condicionan no ya la aplicación del «régimen especial» *in totum*, sino exclusivamente de alguno de los mecanismos articulados en ese capítulo.

Estas ideas deben tenerse presentes a la hora de interpretar las referencias normativas al «régimen especial» del capítulo VIII del título VII del TRLIS o al régimen «establecido» o «contenido» en este capítulo. No debe caerse en el error de identificar el «régimen especial» con el régimen de diferimiento del gravamen sobre la renta que aflora en la sociedad transmitente con ocasión de la operación ¹¹. Con la expresión «régimen especial» del capítulo VIII del título VII se hace referencia unitaria a la pluralidad de mecanismos (entre ellos, el de diferimiento del gravamen) que *pueden* resultar aplicables a las escisiones que reúnan las condiciones previstas en el artículo 83 TRLIS y en los apartados 1 y 2 del artículo 96 TRLIS. Y cuando en materia de impuestos indirectos o del IIVTNU, los preceptos antes citados limitan su ámbito de aplicación, en lo que se refiere a la operación objeto de nuestro estudio, a la escisión que «tenga derecho» al «régimen especial», a la escisión a la que sea aplicable el «capítulo VIII del título VII» del TRLIS o a la escisión a la que «resulte aplicable el régimen especial regulado» en ese capítulo, debe entenderse que se está haciendo referencia a las escisiones que reúnen esas condiciones, esto es, a las escisiones cualificadas ¹².

En suma, el régimen tributario especial de la escisión está integrado por todos aquellos mecanismos (diferimiento del gravamen sobre la renta, no gravamen en el IVA, etc.) que la norma fiscal arbitra en relación con las escisiones cualificadas.

4. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA DELIMITACIÓN

A) Introducción.

La calificación como «especiales» de las normas que hemos citado en el apartado anterior (arts. 83 y 84.1 TRLIS, etc.) no resulta polémica. Como hemos visto, articulan para determinadas escisiones mecanismos desgravatorios o contienen reglas vinculadas a estos mecanismos.

¹¹ Por este motivo, el apartado 3 del artículo 96 TRLIS, relativo a la incompatibilidad entre el régimen de diferimiento del gravamen de rentas y la exención prevista en el artículo 21 TRLIS, no se refiere, como hacen los apartados 1 y 2 del mismo artículo 96 TRLIS, al «régimen establecido en el presente capítulo» (apartado 1 y primer párrafo del apartado 2), o al «régimen especial del presente capítulo» (segundo párrafo del apartado 2), sino al «régimen de diferimiento de rentas». Parece evidente –dicho sea de paso– la incorrección tanto de la expresión utilizada (no se difieren las rentas, sino el gravamen sobre las mismas) como de la ubicación sistemática de este precepto (en un artículo que, en sus dos primeros apartados, se refiere a la aplicación de todo el régimen especial).

¹² Por lo tanto, a los efectos de la aplicación de los preceptos exoneradores en el ámbito de los impuestos indirectos y del IIVTNU, se entiende aplicable el «régimen especial» cuando se cumplen aquellos elementos, aunque no entre en juego el diferimiento impositivo articulado en los artículos 84 y 85 TRLIS u otros preceptos integrados en ese capítulo VIII del título VII.

En cambio, sí resulta **problemática**, en nuestra opinión, la **calificación como «especiales»** de otros preceptos ubicados en el capítulo VIII del título VII del TRLIS. Nos referimos en concreto a la regla de valoración contenida en el artículo 85.2 TRLIS (aplicable a aquellos casos en que no lo sea el régimen de diferimiento del gravamen sobre la renta en la entidad transmitente), a la regla del artículo 89.2 TRLIS sobre cuantificación de la renta que se pone de manifiesto como consecuencia de la anulación de la participación que la sociedad adquirente pudiera tener en el capital social de la sociedad transmitente (aplicable cuando el montante de esa participación no alcanza el 5 por 100 del citado capital social), a las reglas sobre subrogación de la entidad adquirente en las posiciones jurídico-tributarias de la entidad transmitente previstas en el artículo 90 TRLIS y a la regla sobre imputación fiscal de rentas de acuerdo con la fecha de retroacción contable prevista en el artículo 91 TRLIS. La inclusión en el capítulo VIII del título VII del TRLIS parece limitar el ámbito de aplicación de estos preceptos a las escisiones cualificadas. Sin embargo, la aplicación de los criterios sustantivos de delimitación expuestos puede llevar a la conclusión contraria, en la medida en que esos preceptos, lejos de contener beneficios fiscales, parecen adecuarse a la naturaleza de la operación y a los principios rectores de nuestro sistema tributario.

Esta **deficiente sistemática del capítulo VIII del título VII del TRLIS trae causa de los precedentes legislativos**. Tanto en la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre régimen fiscal de las fusiones de empresas (en adelante, Ley 76/1980), como en el título I de la Ley 29/1991, supuestamente referidos a operaciones protegidas, se incluyeron también preceptos que debían entenderse aplicables con carácter general a todas las escisiones, cualificadas o no ¹³. Con plausible intención

¹³ De acuerdo con el artículo 1.1 de la Ley 76/1980 y, en relación con las escisiones, con el artículo 14, sólo «gozarán» del «tratamiento tributario» que en ella se establece las operaciones «que satisfagan las condiciones y requisitos» previstos en la misma, es decir, que no impliquen restricciones a la libre competencia, que «mejoren la estructura productiva u organizativa de las Empresas que se integran en beneficio de la economía nacional», etc. Sin embargo, en los títulos II de esta ley y del Real Decreto 2182/1981, de 24 de julio, que la desarrolla, aparecían disposiciones con un inequívoco ámbito general de aplicación.

Así sucedía, por ejemplo, con el artículo 5 de la Ley (tanto en su redacción original, desarrollada por el artículo 5 del Reglamento, como en la redacción dada por la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria), que se limitaba a hacer explícitos los efectos que derivaban de la aplicación del artículo 21.1 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en lo que respecta a los períodos impositivos de las sociedades que participan en la operación [*vid.*, en este sentido, la Resolución del TEAC (Vocalía 2.ª) de 23 de julio de 1997 (JT 1997/1265)]. Lo mismo parecía suceder con los apartados 1 y 4 del artículo 6, y con los artículos 7 y 8, todos ellos de la Ley. El primero se refería a la obligación de las «empresas que se fusionan» de seguir presentando, e ingresando, en su caso, las declaraciones tributarias «hasta el momento del otorgamiento de la escritura de fusión». El artículo 6.4 condicionaba la inscripción de la escritura a la «previa justificación de que ha sido solicitada la liquidación de los impuestos correspondientes». El artículo 8 preveía el fraccionamiento del ingreso de los gravámenes derivados de las operaciones. El artículo 7 se refería a la subrogación en la posición jurídico-tributaria de la sociedad transmitente. Podía discutirse la aplicabilidad del primer párrafo de este último artículo (subrogación en beneficios fiscales) a las operaciones no cualificadas, pero resultaba indudable que la negación de la transmisión del «derecho a la compensación de pérdidas» a que se refería su segundo párrafo proyectaba sus efectos también sobre esas operaciones no protegidas [a este respecto, *vid.* SANZ GADEA, E.: *Régimen fiscal y contable de la fusión*, CEF, 1989, pág. 102, y SÁNCHEZ PINILLA, F.: «Fiscalidad de la fusión de empresas», en AMORÓS RICA, N. (dir.): *Comentarios a las Leyes tributarias y financieras*, tomo XVIII, volumen 2.º, EDESA, Madrid, 1984, pág. 105]. Lo mismo sucedía, finalmente, con los apartados 1 y 3 del artículo 6 del Reglamento, que se referían al régimen de amortización de los elementos transmitidos que debía seguir la sociedad adquirente y a la no deducibilidad fiscal de la amortización del fondo de comercio que pudiera anotarse en los balances de fusión o escisión.

pero incorrecta sistemática, el legislador procuró en esos preceptos complementar y clarificar el contenido del régimen tributario general de las operaciones de reestructuración societaria, especialmente de la fusión y escisión.

B) Ámbito de aplicación de la regla de valoración de los elementos adquiridos contenida en el artículo 85.2 TRLIS.

De acuerdo con el artículo 85.2 TRLIS, en aquellos casos en que no proceda la exención de la renta en los términos previstos en el artículo 84.1 TRLIS ¹⁴, los elementos adquiridos se deben valorar por «el valor convenido entre las partes con el límite del valor normal de mercado».

Atendiendo a este tipo de consideraciones, SANZ GADEA distinguía, dentro del régimen fiscal establecido por la Ley 76/1980, las normas que regulaban beneficios fiscales (en ITPAJD, Impuesto sobre Sociedades, IRPF e IIVTNU) de las normas que regulaban «hechos o situaciones peculiares de la fusión» (normas que se referían, como hemos indicado, a la finalización de períodos impositivos por causa de la fusión, subrogación en los beneficios fiscales, compensación de pérdidas, amortización de activos absorbidos, e ingreso fraccionado de los gravámenes). El contenido de estas últimas normas, añadía SANZ GADEA, «no difiere de las que regulan las mismas materias en relación a las fusiones no acogidas a la Ley 76/1980». Desde esta perspectiva, concluía el autor citado, «podrían reputarse superfluas», aunque «tienen la oportunidad de plasmar en mandatos concretos, regulaciones que [en] el régimen común deben deducirse por [vía] interpretativa» y son, en consecuencia, «útiles en cuanto refuerzan la seguridad jurídica en la complicada mecánica de la fusión» (SANZ GADEA, *Régimen fiscal de la fusión*, cit., pág. 131).

En el título I de la Ley 29/1991 se aprecia el mismo tipo de deficiencias sistemáticas. De acuerdo con el artículo 1.2, lo dispuesto en ese título era aplicable a las operaciones «con las condiciones y requisitos establecidos en el mismo». Entre estas «condiciones y requisitos» figuraban el requisito de rama de actividad en relación con la escisión parcial [art. 2.2.b)] o la comunicación de la realización de la operación a la Administración prevista en el artículo 16.1 (que impone este deber «Para disfrutar del régimen tributario establecido en el presente título»). De acuerdo con el artículo 16.2, «se perderá el derecho al régimen tributario establecido en el presente título» cuando se compruebe que las operaciones se realizaron «principalmente con fines de fraude o evasión fiscal». De la lectura de estos preceptos parecía deducirse que las normas de este título sólo resultaban aplicables a las operaciones cualificadas. Pero en realidad no era así, porque carecía de fundamento restringir a las escisiones protegidas el ámbito de aplicación de preceptos como los contenidos en los artículos 3, 11.3 ó 12.

El artículo 3 establecía que las variaciones de valor que se ponían de manifiesto en el patrimonio transmitido con ocasión de la fusión y la escisión y que no se contabilizaban constituían incrementos de patrimonio y determinaba el importe de estos incrementos; como decía la «Memoria del Anteproyecto de la Ley de Adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas», elaborada por la Secretaría de Estado de Hacienda del Ministerio de Economía y Hacienda, en este precepto se establecía «por primera vez en nuestro ordenamiento fiscal respecto a las fusiones, que la diferencia entre el valor real y el valor neto contable de los activos transmitidos es un incremento o una disminución de patrimonio» (cfr. *Revista Técnica Tributaria*, núm. 15, octubre-diciembre 1991, pág. 80). El artículo 11.3 negaba la transmisibilidad del «derecho a la compensación de pérdidas». El artículo 12 regulaba el período impositivo de las sociedades que participaban en las operaciones y la imputación fiscal de los resultados de las actividades realizadas por las entidades extinguidas.

Señala a este respecto NAVARRO EGEA que a esta Ley le correspondía «una tarea añadida a la de incorporar las normas de la Directiva, cual era la de clarificar el panorama de la regulación vigente en nuestro ordenamiento jurídico tributario en materia de fusiones y escisiones, básicamente», razón por la cual se introdujeron en su articulado «algunos mandatos dirigidos a determinar el régimen general de tributación de estas operaciones de reorganización» (NAVARRO EGEA, M.: *Fiscalidad de la reestructuración empresarial. La fusión y la escisión*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág.190).

¹⁴ En este sentido debe entenderse la referencia a los «casos en que no sea de aplicación el régimen previsto en el artículo anterior» contenida en el citado artículo 85.2 TRLIS.

Cuando la renta que se pone de manifiesto con ocasión de la escisión queda dentro del ámbito de aplicación de nuestro IS, la aplicación del criterio valorativo establecido en el artículo 85.2 TRLIS puede suscitar problemas de sobreimposición y problemas de coordinación con los efectos previstos en el artículo 85.1 TRLIS para el supuesto de renuncia al régimen de diferimiento. Veámoslo con algún detenimiento.

La aplicación conjunta de los artículos 15 y 85.2 TRLIS en relación con una misma operación puede suscitar un problema de sobreimposición. Si la renta que se pone de manifiesto en la operación está sometida al IS, la falta de aplicación del régimen de diferimiento supondrá la integración en la base imponible de la entidad transmitente de esta renta, cuantificada, de acuerdo con el párrafo primero del artículo 15.3 TRLIS, en la diferencia entre el valor normal de mercado de esos bienes y su valor contable. Si el valor convenido por las partes es inferior al normal de mercado, la valoración de esos bienes en la entidad adquirente por el valor convenido (impuesta por el art. 85.2 TRLIS) provocará una doble imposición sobre la cantidad en que el valor normal de mercado exceda de aquél.

Por otro lado, si esos valores difieren, la valoración que los elementos reciben a efectos fiscales en la sociedad adquirente en los casos en que no resulta aplicable la exención del artículo 84.1 TRLIS será distinta a la valoración que reciben cuando, aun siendo aplicable esa exención, se renuncia a ella en los términos previstos en el artículo 84.2 TRLIS. En efecto, la renuncia a la exención provocará, de acuerdo con el artículo 85.1 TRLIS, la corrección de los valores históricos de los elementos «en el importe de las rentas que hayan tributado efectivamente con ocasión de la operación». Interpretado este precepto en relación con el artículo 15 TRLIS, la renuncia a la exención provocará, en suma, la valoración de los elementos de acuerdo con el valor normal de mercado. Como es evidente, esta disparidad de valoraciones carece de justificación.

Se ha dicho que la discordancia entre el «valor normal de mercado» del artículo 15 TRLIS y el «valor convenido» a que hace referencia el artículo 85.2 TRLIS tiene un alcance limitado, en la medida en que el valor convenido en condiciones normales entre entidades independientes no puede ser racionalmente diferente del valor de mercado ¹⁵. Parece olvidarse así que en la fusión y en la escisión la fecha a que se refiere el criterio valorativo del artículo 15 TRLIS nunca coincide con la fecha en que se fija el «valor convenido», y que entre ambas fechas el valor del patrimonio transmitido muy probablemente habrá cambiado. En efecto, el artículo 15 TRLIS tiene en cuenta el «valor normal de mercado» en el momento en se produce la transmisión (fecha de la inscripción registral constitutiva), mientras que el único «valor convenido» en esas operaciones es el fijado en una fecha próxima a la firma del proyecto de fusión o escisión a los efectos de determinar la relación de canje.

En suma, la aplicación de la regla de valoración contenida en el artículo 85.2 TRLIS puede provocar, por un lado, una sobreimposición no deseada por el ordenamiento y, por otro lado, disparidades injustificadas en relación con los efectos derivados de la aplicación del artículo 85.1 TRLIS

¹⁵ En este sentido, LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A.: «Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores», en AA.VV.: *Guía del Impuesto sobre Sociedades*, CISS, Valencia, 1996, pág. 785; y NAVARRO EGEA, *Fiscalidad de la reestructuración empresarial. La fusión y la escisión*, cit., pág. 191.

en caso de renuncia al régimen de diferimiento impositivo. En atención a todas estas consideraciones, debe entenderse **prevalente la regla de valoración fiscal que se deduce de las normas contables o, en su caso, del juego conjunto de estas normas y del artículo 18 TRLIS** en todos aquellos supuestos en que la renta se ha integrado en la base imponible de la sociedad transmitente con arreglo al artículo 15 TRLIS ¹⁶.

El ámbito de aplicación del artículo 85.2 TRLIS quedaría entonces restringido a aquellos casos en que la renta que se pone de manifiesto en la operación queda fuera del ámbito de aplicación del IS ¹⁷. Se trataría de aquellos supuestos en que la entidad que se escinde no es residente en territorio español y en que los elementos transmitidos se encuentran situados fuera de este territorio ¹⁸. Nótese que, con anterioridad a la realización de la operación, el valor de estos elementos resulta indiferente para nuestra legislación fiscal. Sólo cuando pasan a pertenecer a una sociedad (o establecimiento permanente) residente en territorio español, deviene necesario atribuirles un valor a los efectos de calcular el importe de las amortizaciones fiscalmente deducibles, rentas que se ponen de manifiesto en una eventual transmisión, etc.

No dándose en esos casos las circunstancias que aconsejan la valoración según el valor normal de mercado, la opción por el más seguro y sencillo criterio del «valor convenido entre las partes» parece acertada ¹⁹. Utilizándose el valor convenido como parámetro valorativo, el límite del valor normal de mercado debe entenderse, al igual que sucedía en el artículo 5.2 de la Ley 29/1991, como límite máximo destinado a evitar una sobrevaloración ficticia de los elementos adquiridos ²⁰.

¹⁶ Entiende prevalente en estos casos la regla de valoración fiscal que se deduce de los artículos 15 y 18 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS 43/1995), coincidentes con los hoy vigentes artículos 15 y 18 TRLIS, ANTÓN, A.: «Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores (arts. 97 a 110 de la LIS)», en LAORDEN, J.; y ARQUÉS, J. (dirs.): *Comentarios al Impuesto sobre Sociedades. Tomo II: Regímenes especiales del impuesto*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 1865-1866 y 1877. Entiende aplicable el valor normal de mercado en los casos en que la operación está sujeta al régimen general LÓPEZ SANTACRUZ, «Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores», cit., pág. 785. MARZAL CERVANTES considera inadmisibles que «utilizado el valor de mercado para fijar la renta gravada no se dé a este valor validez a efectos fiscales en sede de la entidad adquirente» [cfr. MARZAL CERVANTES, A.: «Regímenes tributarios especiales. Régimen de los grupos de sociedades. Régimen de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores. Transparencia fiscal nacional. Transparencia fiscal internacional (arts. 75 a 110 y art. 121 de la LIS)», en PÉREZ MARTÍNEZ, J. M.^a, y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.F.: *El Impuesto sobre Sociedades: La Ley y su nuevo Reglamento*, vol. 8, Recoletos (diario *Expansión*), Madrid, 1997, pág. 627].

¹⁷ En este sentido, ANTÓN, «Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores (arts. 97 a 110 de la LIS)», cit., pág. 1.877.

¹⁸ Cfr. LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, «Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores», cit., pág. 749.

¹⁹ Para LÓPEZ-SANTACRUZ, la valoración de acuerdo con este criterio viene a suponer la aplicación en este ámbito de la regla de valoración establecida con carácter general en el primer párrafo del artículo 15.1 LIS 43/1995 (coincidente con el mismo párrafo del mismo precepto del TRLIS), pues aquí el «precio de adquisición» «no es otro que el convenido entre las partes» (*op. ult. cit.*, pág. 785).

²⁰ En relación con el que después sería el artículo 5.2 de la Ley 29/1991, la «Memoria del Anteproyecto de la Ley de Adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas» afirmaba que la finalidad del límite del valor de mercado radicaba en «evitar la sobrevaloración fraudulenta de los elementos adquiridos, cuya contrapartida sería el saldo incorrecto de la prima de emisión de acciones» (cit., pág. 82). Para LÓPEZ-SANTACRUZ este límite pretende evitar posibles maniobras consistentes en inflar la valoración de los elementos a los solos efectos de computar mayores gastos de los reales cuando, por otra parte, la atribución de valores es realizada por la sociedad adquirente por sus valores reales y no por los valores aparentemente pactados entre las partes («Fusiones, escisio-

Pues bien, los motivos que justifican la valoración según el «valor convenido» y el límite del «valor normal de mercado» concurren en todos aquellos casos en que, dada la residencia de la sociedad que se escinde y la situación de los elementos adquiridos, la renta que se pueda poner de manifiesto en la operación no queda sujeta al IS. En otras palabras, la valoración según el «valor convenido» con el límite citado responde a la inexistencia en España, con anterioridad a la escisión, de un valor fiscalmente reconocido de los elementos ahora adquiridos por una sociedad (o establecimiento permanente) residente. **Ninguna relevancia tiene a este respecto que resulte o no aplicable el régimen especial** (cuyo contenido se limita generalmente en esos casos a la exención en el eventual gravamen sobre Operaciones Societarias). Pese a su ubicación, el precepto debe por lo tanto entenderse aplicable a todas aquellas operaciones de escisión en que se den las circunstancias señaladas, con independencia de que concurren o no los presupuestos de aplicación del «régimen especial» (opción en favor de la aplicación de este régimen, motivos económicos válidos, etc.). Se trata, por lo tanto, de una norma integrante del régimen general común.

C) Ámbito de aplicación de la regla contenida en el artículo 89.2 TRLIS en relación con la renta que se pone de manifiesto con ocasión de la anulación de la participación de la sociedad beneficiaria en el capital social de la sociedad que se escinde.

Cuando la sociedad beneficiaria posee una participación en el capital de la sociedad que se escinde, el valor de las aportaciones recibidas puede ser enjugado, total o parcialmente, por esta participación. El artículo 89.2 TRLIS se refiere al tratamiento que merece en el ámbito tributario la diferencia entre el valor del patrimonio recibido y el valor de la participación que se anula, cuando el montante de ésta no alcanza el 5 por 100 del capital social de la sociedad escindida. De acuerdo con ese precepto, en los supuestos mencionados la anulación de la participación «determinará una renta por el importe de la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos patrimoniales recibidos proporcionalmente atribuible a la participación y el valor contable de la misma».

Esta regla de cuantificación coincide con la regla que cabe deducir de otros preceptos del TRLIS, claramente integrados en el régimen tributario general. En relación con la escisión total, del artículo 15.6 TRLIS, relativo a la «disolución de entidades» ²¹, se deduce que la sociedad benefi-

nes, aportaciones de activos y canje de valores», cit., pág. 785). ANTÓN afirma que, restringiendo el ámbito de aplicación del artículo 99.2 LIS 43/1995 (coincidente con el art. 85.2 del vigente TRLIS), en los términos que hemos señalado, «La cautela del artículo 99.2 cobraría así pleno sentido, pues el legislador español lo único que pretende es limitar la valoración fiscal de los elementos a su valor de mercado, a efectos de no imputar en la base imponible de una sociedad española gastos ficticios superiores a los reales, lo cual se consigue a través de la aplicación de los artículos 15 y 18 de la LIS cuando la transmitente es una sociedad española, pero en el caso de que sea una entidad no residente, sobre la que no tiene capacidad para cuantificar y gravar sus rentas, sólo puede conseguirlo introduciendo un precepto del tenor del artículo 99.2 LIS» [«Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores (arts. 97 a 110 de la LIS)», cit., págs. 1.877 y 1.878].

²¹ En la fusión y en la escisión total no puede hablarse en sentido técnico riguroso de «disolución». Según la mejor doctrina, debe reservarse este término para designar el efecto de un acto (acuerdo social, resolución judicial, acto administrativo) o de un hecho jurídico (v.gr., el transcurso del término) que abre el proceso liquidatorio conducente a la extinción

ciaria integrará en su base imponible la diferencia entre «el valor normal de mercado de los elementos recibidos» (proporcionalmente atribuible a la participación, debe entenderse en el caso de la escisión) y «el valor contable de la participación anulada».

En caso de escisión parcial, la anulación de la participación será la consecuencia de una reducción del capital de la sociedad escindida. El artículo 15.4 TRLIS resulta aplicable a la «reducción de capital con devolución de aportaciones». Esta expresión es susceptible de ser interpretada de forma estricta, refiriéndose entonces a la devolución de las aportaciones efectivamente realizadas por los socios (capital y prima de emisión), pero es también admisible una interpretación amplia, comprensiva de todos aquellos supuestos en que, reduciéndose el capital social, los socios reciben algo a cambio (bien las aportaciones efectivamente realizadas o bien una cantidad superior, que incluya las reservas generadas en la sociedad) ²². Aplicando a la escisión parcial el criterio previsto en ese artículo 15.4 TRLIS, la sociedad beneficiaria deberá integrar en su base imponible el «exceso del valor normal de mercado de los elementos recibidos» (proporcionalmente atribuible a la participación anulada, debe entenderse en el caso de la escisión) sobre el «valor contable de la participación». Del mismo modo, deberá integrarse en la base imponible de la sociedad beneficiaria la diferencia entre esos dos valores cuando el segundo («valor contable de la participación») resulte superior al primero («valor normal de mercado de los elementos recibidos» proporcionalmente atribuible a la participación anulada), pues carece de sentido dar a esta diferencia un tratamiento distinto al previsto por la Ley para la diferencia de signo contrario (art. 15.4 TRLIS), para la diferencia puesta de manifiesto en los casos de «disolución» de entidades y separación de socios (art. 15.6 TRLIS), o para la diferencia entre «el valor normal de mercado de la participación recibida y el valor contable de la participación anulada» que se pone de manifiesto en los demás socios de la sociedad escindida (art. 15.7 TRLIS).

En suma, el artículo 89.2 TRLIS se limita a ratificar, en relación con aquellos supuestos en que la sociedad beneficiaria participa en el capital de la sociedad que se escinde en un porcentaje inferior al 5 por 100, las conclusiones derivadas de los preceptos recién citados. Pese a la ubicación

de la sociedad como contrato y como persona jurídica [*vid.*, por todos, URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; y BELTRÁN, E., *Disolución y liquidación de la sociedad anónima* (Arts. 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas), en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; y OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t.XI, Civitas, Madrid, 1992, pág. 20]. Definida en estos términos la «disolución», debe afirmarse que en los procesos de fusión y escisión total, la extinción de la sociedad se produce no sólo sin la previa liquidación del patrimonio, sino también sin la disolución de la sociedad. La disolución, de un lado, y la fusión o escisión total, de otro lado, son instituciones diversas. «Mientras la disolución se dirige a poner fin al ejercicio de una actividad económica, a través de la liquidación, con la fusión o escisión total se pretende continuar con el desarrollo de la actividad» (*ibídem*, pág. 47). Nótese a este respecto que aunque se haya producido su disolución, la sociedad puede participar en un proceso de fusión o de escisión, evitando así la liquidación de la sociedad y la extinción de la empresa.

Pese a todo, lo cierto es que la normativa [tanto la mercantil –*vid.* por ejemplo art. 260.1.6.º LSA– como la fiscal –*vid.* por ejemplo art. 83.2.1.º, letra a), TRLIS–] utiliza en no pocas ocasiones el término «disolución» para referirse, entre otros supuestos, a la extinción de la sociedad totalmente escindida. Debe entenderse que así sucede en el precepto que ahora estamos examinando (art. 15.6 TRLIS).

²² *Vid.*, en este sentido, en relación con la devolución de aportaciones dinerarias, VILLARÓ, M.: «Reglas de valoración: Regla general y reglas especiales en los supuestos de transmisiones lucrativas y societarias (art. 15 de la LIS)», en LAORDEN, J.; y ARQUÉS, J. (dirs.): *Comentarios al Impuesto sobre Sociedades*. Tomo I: *Régimen general del impuesto*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 643 y 644.

sistemática del precepto en el capítulo VIII del título VII del TRLIS, la regla por él establecida resulta aplicable tanto a las escisiones cualificadas como a las no cualificadas. Se trata nuevamente de un precepto integrante del régimen general común.

D) Ámbito de aplicación de las reglas sobre subrogación del artículo 90 TRLIS.

La sucesión universal supone, en palabras de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, «el paso, *uno actu* (de un golpe), en bloque y sin necesidad de las formalidades precisas para la transmisión de cada uno de los bienes singulares, de una masa de cosas, derechos y deudas, desde el patrimonio de una persona al de otra o al de un grupo, cuya posición jurídica con respecto a cada una de las relaciones singulares ingresadas de esa forma en su patrimonio sigue siendo igual a la del *tradens*»²³. De acuerdo con la mejor doctrina, la calificación como traspaso «en bloque» atribuida por el artículo 252.1 LSA a la transmisión que se produce en la escisión total [letra a)] y en la escisión parcial [letra b)] constituye el necesario reconocimiento legislativo de la aplicación en estas operaciones de ese régimen extraordinario de transmisión de elementos patrimoniales²⁴. Adviértase que, frente a lo que opina un sector doctrinal, especialmente relevante en el ámbito tributarista²⁵, este fenómeno de sucesión a título universal se produce no sólo en la escisión total, sino también en la escisión parcial. Debe tenerse en cuenta a este respecto que, de acuerdo con la moderna concepción de este fenómeno en el ámbito societario, no resulta exigible la transmisión de la totalidad del patrimonio de la sociedad que se escinde²⁶ ni la extinción de esta sociedad²⁷.

²³ LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F.A.: *Elementos de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones (Conforme a las leyes de 13 de mayo de 7 de julio de 1981)*, Librería Bosch, Barcelona, 1986, pág. 9. En los mismos términos, *vid.*, más recientemente, LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F.A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil. V. Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 1.

²⁴ Sobre la equivalencia entre las expresiones «traspaso en bloque» y «sucesión universal», *vid.* OLEO BANET, F.: *La escisión de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 75. En contra, ALONSO LEDESMA, C.: «Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad», en *Derecho de sociedades: Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, volumen V, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 4.954-4.955.

²⁵ Rechazan el carácter universal de la transmisión que tiene lugar en la escisión parcial, entre otros tributaristas, GARCÍA NOVOA, C.: «Comentario al nuevo párrafo del artículo 97 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades: el régimen de las escisiones societarias», en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi* núm.6, junio 2001, pág. 27; y RUIBAL PEREIRA, L.: *La sucesión en Derecho Tributario. Especial referencia a la sucesión de empresa*, Lex Nova, Valladolid, 1997, pág. 242. También en contra se manifiesta la Dirección General de Tributos en contestaciones como la vinculante V0042-03, de 25 de junio.

²⁶ OLEO BANET señala con acierto que la naturaleza universal del título de transmisión «no se halla tanto en el objeto de transmisión, como en el modo en que ésta se realiza respecto del objeto (patrimonio o fracción del mismo)» (*La escisión de la sociedad anónima*, cit., pág. 78).

²⁷ No debe vincularse la sucesión a la extinción de la sociedad transmitente. Si en el caso de las personas físicas, la sucesión universal (*mortis causa*) procura asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas en el momento incierto del fallecimiento del titular del patrimonio, en el ámbito de las reestructuraciones societarias se trata de garantizar la viabilidad práctica de estas operaciones, que podría peligrar en caso de resultar aplicable el régimen común de transmisión *uti singuli*. En la fusión y escisión total, la extinción no es sino una consecuencia del traspaso total de las relaciones patrimoniales imputables a la sociedad. En este sentido, ALONSO LEDESMA, «Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad», cit., págs. 4.943-4.944.

Tampoco supone un obstáculo a esos efectos el régimen de responsabilidad de la sociedad parcialmente escindida que configura el artículo 259 LSA²⁸.

En el ámbito tributario, el artículo 90 TRLIS se refiere a la subrogación de la sociedad o sociedades beneficiarias en la posición jurídico-tributaria de la sociedad que se escinde. De acuerdo con el propósito de este trabajo, nos interesa determinar si las reglas contenidas en el artículo 90 TRLIS resultan aplicables exclusivamente a las escisiones cualificadas o si, por el contrario, son aplicables

En contra se ha manifestado un sector significativo de la doctrina tributarista. Así, para RUIBAL PEREIRA, entre los elementos definitorios de la sucesión universal está «la extinción de un sujeto de derecho, unido a la continuidad de todo el conjunto de relaciones jurídicas de las que éste era titular, bajo la titularidad de otro sujeto diferente» (*La sucesión en Derecho Tributario. Especial referencia a la sucesión de empresa*, cit., pág. 228). Por este motivo, entiende que la fusión y la escisión total de sociedades son supuestos de sucesión universal entre personas jurídicas (*ibídem*, págs. 228 y 241 respectivamente), y que, por el contrario, no se produce este fenómeno en la escisión parcial. «No tiene lugar, en la escisión parcial, la extinción de la personalidad de la sociedad que se escinde ni se produce una transmisión en bloque de la totalidad del patrimonio social de la entidad, sino una mera amputación patrimonial. La consecuencia parece incuestionable: no existe sucesión universal» (*ibídem*, pág. 242). Si constituye esta operación, al igual que la aportación no dineraria de ramas de actividad, un «cauce jurídico» para la producción de lo que denomina efecto sucesorio, en la medida en que se produce una modificación subjetiva de una situación jurídica que no sufre ninguna otra alteración (*ibídem*, págs. 245 y 247). También en contra, GARCÍA NOVOA entiende que en la escisión parcial no hay transmisión en bloque de la totalidad del patrimonio de una sociedad, sino la entrega de un elemento patrimonial (unidad económica), por lo cual nos hallamos más bien ante una «transmisión», a la que no se liga ningún fenómeno de sucesión universal (sustitución de un sujeto por otro que pasaría a ocupar su misma posición) («Comentario al nuevo párrafo del art. 97 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades: el régimen de las escisiones societarias», cit., pág. 27).

- ²⁸ Para ALONSO LEDESMA, parece existir aquí una quiebra del principio de sucesión universal: cuando en la escisión parcial sólo intervienen dos sociedades, la afirmada existencia de una responsabilidad «solidaria» de la sociedad parcialmente escindida por la totalidad de la deuda asumida por una sociedad beneficiaria supondría que no ha habido una transmisión de esta deuda, al menos con eficacia frente a terceros. El precepto citado viene a articular, en opinión de esta autora, una asunción de deuda cumulativa («Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad», cit., págs. 4947-4949). En el mismo sentido, GARDEAZÁBAL DEL RÍO llega a decir que el reforzamiento de la responsabilidad en la escisión parcial dispuesto en el referido precepto «choca frontalmente con el reconocimiento de la sucesión universal» [GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J.: «La escisión», en AA. VV., *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación (Las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, en comandita por acciones)*, 3.ª ed., Trivium, Madrid, octubre de 1990, pág. 924]. RODRÍGUEZ ARTIGAS admite que con la sujeción de la sociedad que se escinde parcialmente a la responsabilidad prevista en el artículo 259 LSA parece que «se puede llegar a poner en cuestión... la existencia misma de sucesión universal en el supuesto de escisión parcial» [RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: *Escisión (artículos 252 a 259 LSA)*, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; y OLIVENCIA, M. (dirs.): *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t.IX, vol. 3.º, Civitas, Madrid, 1993, pág. 178]. Con mejor criterio, OLEO BANET observa que «la posición deudora originaria de la sociedad escindida se ve transformada por motivo de la atribución de la deuda mediante la escisión», a diferencia de lo que sucede en el caso del deudor cedente frente al acreedor en la mera cesión o asunción cumulativa de deuda, que mantiene su posición inmutada (*La escisión de la sociedad anónima*, cit., págs. 354-355). En efecto, la sociedad parcialmente escindida ya no es titular de la deuda y sólo responderá de ésta de forma subsidiaria, «en defecto de cumplimiento» por la sociedad que ha asumido la obligación en virtud de la escisión. La solidaridad pasiva a que hace referencia el artículo 259 LSA se manifiesta en caso de incumplimiento de la sociedad deudora (como pone de relieve OLEO BANET, cit., pág. 350, en relación con la responsabilidad de las demás sociedades beneficiarias) y sólo concurre, por lo tanto, cuando intervienen en la operación más de dos sociedades. En suma, como indica GUASCH MARTORELL, el reforzamiento de las garantías a favor del acreedor previstas en el artículo 259 LSA para el caso de escisión parcial no debe introducir «un elemento distorsionador del pleno funcionamiento del principio de la sucesión universal en la escisión parcial, por cuanto, si bien la subsistencia de la sociedad escindida permite el reforzamiento de la relación crediticia, ello en nada afecta en la transmisión de la fracción patrimonial escindida que no se realiza elemento por elemento, sino *uno actu*» (GUASCH MARTORELL, R.: *La escisión de sociedades en el Derecho español: La tutela de los intereses de socios y acreedores*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 97).

también a las escisiones no cualificadas. El elemento de la extinción de la sociedad que se escinde, presente en la escisión total y ausente en la escisión parcial, puede ser relevante para este análisis. Por este motivo resulta aconsejable tratar separadamente estas dos clases de escisión.

a) Relevancia y ámbito de aplicación del artículo 90 TRLIS en caso de escisión total.

De acuerdo con el **artículo 90.1 TRLIS**²⁹, las sociedades beneficiarias se subrogarán en los «derechos y obligaciones tributarias de la entidad transmitente» y asumirán «el cumplimiento de los requisitos necesarios para continuar en el goce de **beneficios fiscales** o consolidar los disfrutados por la entidad transmitente».

Para valorar la relevancia de ese precepto en relación con la escisión total debemos examinar si, en su ausencia, se produciría también esa subrogación o si, por el contrario, existe en el ordenamiento tributario alguna norma escrita o principio jurídico que impida, obstaculice o mate con

²⁹ Según CERDÁ ALBERO, el artículo 11.1 de la Ley 29/1991 (antecedente del vigente art. 90.1 TRLIS) parece estar pensando únicamente en la fusión como supuesto de transmisión a título universal (a pesar de que anteriormente, en la definición legal de escisión, se afirma correctamente que en esta operación se produce la transmisión en bloque de la parte o partes escindidas), «conectando esta transmisión en bloque con la existencia de una sola sociedad resultante de esta operación, sociedad en la que se unifican los patrimonios de las entidades participantes en la fusión» (CERDÁ ALBERO, F.: *Escisión de la sociedad anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 444). En la misma línea, SANTOS MARTÍNEZ afirma que la alusión en el artículo 11.1 de la Ley 29/1991 a las operaciones que determinan una sucesión a título universal «parece que ha de entenderse referida a los supuestos de fusión», mientras que la alusión en el artículo 11.2 a los casos en que la sucesión no sea a título universal «parece referida a los supuestos de escisión» [SANTOS MARTÍNEZ, V.: «Escisión (Artículos 252 a 259)», en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo VII, Sección 3.ª, EDESA, Madrid, 1993, pág. 407]. En este sentido debe tenerse presente que SANZ GADEA, que tuvo desde su posición en la Dirección General de Tributos una conocida influencia en la redacción de precedentes legislativos (borradores y anteproyectos), tanto de la Ley 29/1991 como de la LIS 43/1995 (antecedente del vigente TRLIS), defendía implícitamente en un artículo publicado en 1990 que sólo en la fusión se producía una sucesión a título universal (cfr. SANZ GADEA, E.: «Fiscalidad comunitaria de las concentraciones de empresas», en *Revista de Economía Pública*, núm. 8, 3/1990, págs. 177-178).

En nuestra opinión, no debe atribuirse relevancia a estos efectos a la utilización, incorrecta en sede de escisión total (en la que, como es sabido, siempre existe más de una entidad adquirente), de la expresión «la entidad adquirente» (en singular) en el primer apartado del artículo 90 TRLIS, probablemente provocada por el empleo de esta misma expresión en singular en otros preceptos del capítulo VIII del título VII indudablemente aplicables a esta especie escisoría (como, por ejemplo, en el art. 93.1 TRLIS). Téngase presente, además, que la aplicación aquí del segundo apartado del artículo 90 TRLIS podría llevar a resultados absurdos. Según este segundo apartado, «la transmisión se producirá *únicamente* respecto de los derechos y obligaciones tributarias que se refieran a los bienes y derechos transmitidos». De esta forma, la aplicación del artículo 90.2 TRLIS a las escisiones totales impediría la subrogación en los demás elementos tributarios, entre los que se encuentra la obligación derivada del IS correspondiente al último período impositivo de la sociedad transmitente, obligación que en consecuencia se extinguiría con esta sociedad. En suma, de acuerdo con la interpretación técnica de la locución «sucesión a título universal» y atendiendo a las razones recién expuestas, entendemos aplicable a la escisión total el primer apartado del artículo 90 TRLIS. Esta es, por lo demás, la tesis defendida de forma prácticamente unánime por la doctrina tributarista [*vid.*, por todos, en relación con el art. 104 LIS 43/1995 (precedente del art. 90 TRLIS), ANTÓN, «Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores (arts. 97 a 110 de la LIS)», cit., págs. 1.937-1.938].

La posición de la Dirección General de Tributos en relación con este punto ha variado con el tiempo. En un primer momento, entendía aplicable a la escisión total el artículo 104.2 LIS 43/1995 (así, en la contestación vinculante V0005-98, de 8 de febrero o en la contestación 1361-98, de 21 de julio). Con posterioridad, ha pasado a entender aplicable a esa operación el artículo 104.1 LIS (así, en contestaciones 0949-00, de 26 de abril, y 1135-03, de 2 de septiembre).

alcance general el efecto sucesorio articulado por la norma mercantil. Debemos determinar en concreto, por un lado, si el principio de inderogabilidad de la obligación tributaria podría constituir, en ausencia del citado artículo 90.1 TRLIS, un obstáculo a la sucesión en las deudas tributarias en el marco de la escisión total; y, por otro lado, si esta sucesión puede verse condicionada o matizada por la limitación de responsabilidad prevista para los supuestos de sucesión de empresa en el artículo 175.2 y en el tercer inciso del artículo 42.1.c) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT 2003) y, antes de la entrada en vigor de estos preceptos, en el artículo 72.2 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT 1963).

La indisponibilidad de las situaciones jurídicas subjetivas prevista antes en el artículo 36 LGT 1963 y hoy en el artículo 17.4 Ley 58/2003 no constituye un obstáculo a esos efectos. Según CORTÉS DOMÍNGUEZ, «lo que se niega en el artículo 36 de la Ley General Tributaria es la posibilidad de transmisión de la deuda a título particular por negocio *inter vivos*». En aquellos casos en que «el deudor anterior queda sustituido completamente por el nuevo deudor, de tal manera que aquél desaparece del mundo jurídico» («es decir, cuando se produce una sucesión a título universal»), cabe la transmisión de la deuda³⁰. El autor citado pone como ejemplo los supuestos de fusión de sociedades³¹, pero la argumentación se puede extender sin duda a las escisiones totales³².

Por otro lado, la sucesión en las deudas tributarias en la escisión total no puede verse condicionada o matizada por la limitación de responsabilidad prevista antes en el artículo 72.2 LGT 1963 y hoy en el artículo 175.2 y tercer inciso del artículo 42.1.c) LGT 2003. En efecto, pese al tenor literal del artículo 72.1 LGT 1963, debe entenderse con la doctrina mayoritaria que en este precepto eran subsumibles únicamente supuestos de responsabilidad tributaria en sentido técnico, esto es, supuestos en que el adquirente se situaba como responsable, permaneciendo el transmitente como deudor principal³³. Pues bien, como indica GONZÁLEZ ORTIZ, teniendo en cuenta que el ámbito de

³⁰ Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, M.: *Ordenamiento tributario español I*, 4.ª edición, Civitas, Madrid, 1985, pág. 373 y, en el mismo sentido, pág. 381.

³¹ *Ibidem*, pág. 373. En el mismo sentido, ARIAS VELASCO entiende que la prohibición de disposición de la obligación tributaria contenida en el artículo 36 LGT queda limitada a los supuestos de transmisiones entre personas físicas o jurídicas cuya personalidad subsiste, no alcanzando a la fusión (ARIAS VELASCO, J.: «Impuesto sobre el Valor Añadido. Determinación de la cuota», *Informe AEDAF 1/1994*, enero 1994, págs. 29-30).

³² En contra, GONZÁLEZ ORTIZ afirma que la transmisión de los derechos y obligaciones tributarios de la entidad transmitente prevista para los supuestos de fusión y escisión total en el artículo 104 LIS 43/1995 (artículo con el mismo contenido que el ahora vigente art. 90 TRLIS) «constituye una excepción al principio de indisponibilidad del crédito tributario o inderogabilidad de la deuda tributaria» [GONZÁLEZ ORTIZ, D.: «Responsabilidad tributaria por sucesión universal (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 septiembre 1999)», en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi* núm. 15, diciembre 2000, págs. 33 y 34].

³³ Teniendo presente que en la fusión y la escisión total se produce una subrogación en la titularidad de las deudas tributarias y la desaparición del anterior titular, la aplicación del precepto citado no podía cumplir en esas operaciones la función garantista que constituía su fundamento. Además, un examen detallado del presupuesto de hecho y de la consecuencia jurídica contenidos en el precepto no admitía otra solución. Como ha puesto de relieve GONZÁLEZ ORTIZ, la exigibilidad al adquirente de las deudas tributarias nacidas como consecuencia del ejercicio de la actividad empresarial por el transmitente, en caso de sucesión universal en el patrimonio del causante o de la sociedad fusionada o totalmente escindida, se produce en virtud de las normas que ordenan esos procesos sucesorios, con independencia de que se haya sucedido o no en la titularidad de una explotación empresarial. En consecuencia, «si la exigibilidad de las deudas tribu-

aplicación de la norma recogida en el apartado segundo del artículo 72 LGT 1963 debía coincidir con el correspondiente al apartado primero, la posibilidad de solicitar certificación de las deudas tributarias y de beneficiarse de la exención de responsabilidad en caso de no emisión de certificación en plazo o emisión de certificación con contenido negativo «solamente corresponde a quienes deberán responder de las deudas tributarias por disposición del apartado primero»³⁴.

Esta misma argumentación es aplicable en relación con los artículos 42.1.c) y 175.2 LGT 2003. La posibilidad de solicitar certificación y la limitación de responsabilidad previstas en este artículo 175.2 sólo corresponden a aquellos sujetos que deban responder de las obligaciones tributarias en virtud del artículo 42.1.c). Pues bien, el artículo 42 LGT lleva por rúbrica «Responsables solidarios» y se ubica en la sección tercera del capítulo II del título II, sección titulada «Responsables tributarios», mientras que la sucesión en la obligación tributaria (tanto la sucesión *mortis causa*, como la sucesión de personas jurídicas y entidades sin personalidad) se regula en otra sección, la segunda, del mismo capítulo. Además, en ese artículo 42.1.c) se suprime la perturbadora referencia del artículo 72.1 LGT 1963 a lo establecido en el Código Civil «para la herencia aceptada a beneficio de inventario». En suma, queda claro en la LGT 2003 que en el artículo 42.1.c) sólo tienen cabida supuestos de responsabilidad tributaria en sentido técnico³⁵.

Ante la ausencia de limitaciones o restricciones específicas, el efecto subrogatorio de la escisión total configurado por el ordenamiento mercantil proyecta sus efectos sobre la posición jurídico-tributaria de la sociedad que se escinde. Puede, por lo tanto, sostenerse que el reconocimiento explícito de la subrogación en los derechos y obligaciones tributarios contenido en el artículo 90.1

tarias al sucesor no es la consecuencia jurídica de la adquisición de la titularidad de la empresa, hay que concluir que la sucesión universal no forma parte del presupuesto normativo del artículo 72.1 de la LGT» (GONZÁLEZ ORTIZ, D.: *La responsabilidad tributaria en el ordenamiento tributario español*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 205).

En el mismo sentido se ha pronunciado LOZANO SERRANO. Para este autor «no es el artículo 72 LGT el que regula estas sucesiones [sucesiones a título universal de un sujeto por otro, tanto *mortis causa* como por extinción de la persona jurídica titular de la explotación al ser absorbida por otra o ser parte de una fusión por constitución de una nueva sociedad] ni añade nada al régimen jurídico de las mismas, debiendo encontrarse en el Derecho privado, sea el Código Civil, sea la legislación mercantil, las normas que fijan el alcance y los efectos derivados de estas hipótesis. En otros términos, no es en el precepto que comentamos donde puede encontrarse la fuente normativa de las responsabilidades del sucesor a título universal, lo que permite considerar que en las transmisiones sucesorias universales el precepto es inoperante e innecesario, en cuanto que nada añade a las consecuencias jurídico privadas de este tipo de transmisión» (LOZANO SERRANO, C.: *Responsabilidad del adquirente de empresa por deudas tributarias anteriores a la transmisión*, Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria núm. 11, Aranzadi, Pamplona, 1998, especialmente págs. 55-56).

Participa también de esta opinión RUIBAL PEREIRA, L.: *La sucesión en Derecho Tributario. Especial referencia a la sucesión de empresa*, cit., págs. 264 a 277 y 290-291.

³⁴ GONZÁLEZ ORTIZ, *La responsabilidad tributaria en el ordenamiento tributario español*, cit, pág. 205. En el mismo sentido, RUIBAL PEREIRA, *La sucesión en Derecho Tributario. Especial referencia a la sucesión de empresa*, cit., págs. 235 a 237.

³⁵ El párrafo penúltimo del propio artículo 42.1.c) excluye expresamente la aplicación de la responsabilidad «a los supuestos de sucesión por causa de muerte, que se regirán por lo establecido en el artículo 39 de esta Ley». El contenido de este párrafo resulta criticable por incompleto y superfluo: incompleto porque no hace referencia a otros supuestos de sucesión, los regulados en el artículo 40, que quedan igualmente fuera del ámbito de aplicación de la responsabilidad, y superfluo porque la falta de aplicación de la responsabilidad a los supuestos de sucesión se deriva claramente de la sistemática de la Ley y del contenido de los preceptos citados.

TRLIS no añade nada al régimen jurídico de esa operación ³⁶. No cabe duda, por lo tanto, de que esa subrogación se producirá tanto en caso de escisión total fiscalmente protegida, como en los casos en que no resulte aplicable el régimen especial ³⁷. Así se deduce con claridad, por lo demás, del contenido del artículo 40.3 LGT 2003, de acuerdo con el cual «En los supuestos de extinción o disolución sin liquidación de las sociedades mercantiles, las obligaciones tributarias pendientes de las mismas se transmitirán a las personas o entidades que sucedan o que sean beneficiarias de la correspondiente operación».

La identificación del ámbito de aplicación del **artículo 90.3 TRLIS**, que se refiere en concreto a la **subrogación en la expectativa de derecho a la compensación de bases imponibles negativas**, suscita más dificultades. En nuestra opinión, al igual que sucede con los demás elementos configuradores de la situación jurídico-tributaria de la sociedad que se escinde, la transmisión de esa expectativa no está vinculada al carácter cualificado de la escisión, esto es, a la aplicación del régimen especial. Si se entiende, con la mejor doctrina, que el carácter indisponible de las posiciones tributarias no afecta a su transmisión a través de la fusión y de la escisión total, el primer párrafo del artículo 90.3 TRLIS tan sólo vendría a reconocer lo que no es sino una manifestación del efecto sucesorio que la normativa mercantil confiere a esas operaciones ³⁸. Téngase presente, además, que la solución contraria supondría, en caso de escisión no cualificada, una discriminación injustificada

³⁶ Como dice NAVARRO EGEA, en el caso de aquellas operaciones que implican la desaparición de la entidad transmitente el artículo 104.1 LIS 43/1995 (hoy, art. 90.1 TRLIS) «no hace más que concretar un efecto jurídico inherente a la fusión y escisión de sociedades» (*Fiscalidad de la reestructuración empresarial. La fusión y la escisión*, cit., pág. 248).

³⁷ Pese a sostener que la transmisión de la obligación tributaria en sede de fusión y escisión total supone una excepción al principio de indisponibilidad de las situaciones subjetivas tributarias, se pronuncia en el mismo sentido GONZÁLEZ ORTIZ: la obligación de pago de las deudas tributarias por las sociedades adquirentes tiene su origen no en el artículo 72 LGT 1963, sino en la norma jurídica que autoriza la transmisión de aquellas deudas a la sociedad adquirente. Ahora bien, las normas que autorizan la transmisión de los derechos y obligaciones de contenido tributario de carácter no personalísimo son las mercantiles, no las tributarias. Esta transmisión se produce por lo tanto en los supuestos de fusión y escisión total «con independencia de la opción por la aplicación del mencionado régimen especial» [«Responsabilidad tributaria por sucesión universal (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 septiembre 1999)», cit., pág. 35]. SANZ GADEA defendía la misma tesis en relación con los beneficios fiscales en el marco del régimen previo a la entrada en vigor de la Ley 29/1991. El artículo 14 del Real Decreto 2182/1981, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación y desarrollo de la Ley 76/1980, subordinaba la subrogación en los beneficios fiscales al acuerdo que se dictara por el órgano competente para la concesión de beneficios fiscales. Para SANZ GADEA, la subrogación se verificaba en virtud de la sucesión universal y, por lo tanto, el acuerdo administrativo no podía tener carácter constitutivo. En el caso de que el expediente de fusión fuese rechazado y la operación se llevara adelante bajo la regulación fiscal de las normas comunes, la subrogación en los beneficios fiscales operaba, en su opinión, igualmente, en virtud del principio de sucesión universal, «sin que la desestimación del expediente en el que, para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 14 del Real Decreto 2182/1981, se solicitó la subrogación, suponga obstáculo ni menoscabo alguno» (SANZ GADEA, «Régimen fiscal de la fusión», cit., pág. 133). En el mismo sentido, MATEU-ROS CEREZO, R.: «La fusión y la escisión como operaciones societarias sujetas a un régimen tributario especial (Aspectos financieros y bursátiles)», en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.), *Estudios sobre tributación bursátil*, Civitas, Madrid, 1987, págs. 717 a 719 y notas 59 y 61. El hecho de que resulte aplicable o no el régimen tributario especial sólo afectará, en su caso, a la composición de la situación jurídico-tributaria de la sociedad transmitente en que se subrogan las sociedades beneficiarias. Así, por ejemplo, la subrogación en lo que se refiere a la aplicación de las normas contenidas en el artículo 20.Uno.22.º y artículos 104 a 114 de la Ley del IVA estará condicionada a la exoneración del IVA característica del régimen tributario especial (último párrafo del art. 7.1.º de la misma Ley).

³⁸ GARCÍA NOVOA califica esta expectativa como un derecho «indisponible» («que no es lo mismo –aclara– que intransmisible o personalísimo») en la medida en que «no puede ser objeto de atribuciones dispositivas de carácter patrimonial». Se trata de un elemento «directamente vinculado (...) a la sociedad que lo ha generado a través de la provocación de bases imponibles negativas». «Es esta caracterización –continúa el autor citado– la que justifica, por ejemplo, que el derecho

entre el trato recibido por las bases imponibles negativas generadas en la sociedad beneficiaria (compensables en todo caso, sea aplicable o no el régimen especial) y el trato que merecerían las bases imponibles negativas de la sociedad que se escinde, discriminación que podría provocar configuraciones artificiales de la operación.

No ignoramos que esta tesis, especialmente si se entiende inaplicable aquí el límite previsto por el artículo 25.2 TRLIS (por lo demás fácilmente eludible, como es sabido), puede dar pie a la realización de operaciones de reestructuración destinadas, con carácter exclusivo o primordial, a la finalidad fiscal de aprovechar el «derecho» a la compensación de bases imponibles negativas generado por otra sociedad. De acuerdo con el artículo 96.2 TRLIS, la ausencia de un motivo económico válido provocaría en estos casos la inaplicación del régimen tributario especial, pero ello no impediría, según la tesis expuesta, la subrogación en la expectativa. Siempre que el coste fiscal derivado de la aplicación del régimen tributario general no fuese superior a la ventaja derivada de la compensación de las bases imponibles negativas, la operación podría resultar rentable en términos económico-fiscales. No obstante, debe tenerse presente, al mismo tiempo, que, aun sosteniendo la tesis contraria (esto es, concibiendo la subrogación en aquella expectativa como un efecto propio del régimen tributario especial), podría alcanzarse la misma finalidad articulando la operación de tal manera que la sociedad con bases imponibles negativas pendientes de compensar actuara como sociedad adquirente. Por todo ello parece aconsejable incorporar a nuestro ordenamiento medidas antiabuso específicamente referidas a la compensación de bases imponibles negativas generadas antes de una operación de reestructuración y que tengan presentes las circunstancias que hemos mencionado.

b) Relevancia y ámbito de aplicación del artículo 90 TRLIS en caso de escisión parcial.

La subrogación de la sociedad o sociedades beneficiarias en la posición jurídico-tributaria de la sociedad parcialmente escindida suscita problemas interpretativos de mayor enjundia. En ausencia del artículo 90 TRLIS, el principio de indisponibilidad de las situaciones jurídicas subjetivas impediría la transmisión de las deudas tributarias. Según la doctrina antes referida ³⁹, únicamente quedan fuera del ámbito de aplicación de este principio aquellos supuestos en que el deudor anterior «desaparece del mundo jurídico», circunstancia que no concurre en la escisión parcial.

a compensar no pueda entenderse ligado a la organización productiva en el seno de la cual tal derecho se generó, y que, por consiguiente, no se transmita a través de operaciones como las aportaciones de rama de actividad. Pero, por el mismo motivo, debe entenderse transmisible cuando se produce una auténtica *sucesión*, como es el caso de las fusiones y escisiones, tal y como en la actualidad reconoce el artículo 104.1 de la LIS» [GARCÍA NOVOA, C.: «La imputación temporal de ingresos y gastos. Compensación de pérdidas en el IS», en YEBRA MARTUL-ORTEGA, P.; GARCÍA NOVOA, C.; LÓPEZ DÍAZ, A. (coords.): *Estudios sobre el Impuesto de Sociedades*, Comares, Granada, 1998, ppág. 255-256]. También a favor de la transmisibilidad de esta expectativa en caso de fusiones no cualificadas SÁNCHEZ OLIVÁN, J.: *La fusión y la escisión de sociedades. Aportación de activos y canje de valores. Cesión global del activo y del pasivo (Estudio Económico, Jurídico, Fiscal y Contable)*, 2.ª edición, EDESA, Madrid, 2002, pág. 210.

En contra, COLMENAR VALDÉS configura la expectativa como una *res extra commercium*, de carácter personalísimo e intransferible salvo el caso en que el propio legislador lo autorice. En opinión de este autor, fuera del ámbito del régimen especial no cabe la transmisión de este elemento (COLMENAR VALDÉS, S.: «La compensación de bases imponibles negativas en el Impuesto sobre Sociedades», en *Impuestos*, núm. 13, julio 1997, págs. 17 a 19; *vid.* también págs. 32 a 36).

³⁹ Véanse *supra* las citas de CORTÉS DOMÍNGUEZ y de ARIAS VELASCO.

Del mismo modo, en ausencia del artículo 90 TRLIS, el mecanismo de responsabilidad tributaria previsto antes en el artículo 72 LGT 1963 y hoy en el artículo 42.1.c) LGT 2003 podría resultar aplicable en relación con las deudas tributarias de la sociedad parcialmente escindida. Si la sociedad beneficiaria sucede a la transmitente en la titularidad de una explotación económica, aquélla se situaría como responsable tributario, permaneciendo la parcialmente escindida como deudora principal. Siendo esto así, resultaría igualmente aplicable el artículo 72.2 LGT 1963 o el artículo 175.2 LGT 2003, de tal modo que la sociedad adquirente podría solicitar la certificación de deudas tributarias y beneficiarse de la exención de responsabilidad en caso de no emisión de certificación en plazo o emisión de certificación con contenido negativo.

En este contexto es clara la trascendencia que tiene el reconocimiento de la transmisibilidad de derechos y obligaciones tributarios articulado en el artículo 90 TRLIS. En relación con las deudas tributarias de la sociedad parcialmente escindida a que se refiere, este precepto **salva las limitaciones a la transmisibilidad derivadas del principio de indisponibilidad e impide la aplicación del artículo 72 LGT 1963 y del artículo 42.1.c) LGT 2003** ⁴⁰.

¿A qué deudas tributarias y, en general, posiciones jurídico-tributarias de la sociedad parcialmente escindida se refiere el artículo 90 TRLIS? La respuesta no es sencilla. Dependerá de **cuál de los dos primeros apartados del artículo 90 TRLIS** se entienda aplicable en caso de escisión parcial.

La doctrina mayoritaria entiende aplicable a la escisión parcial el segundo apartado. Varios argumentos permiten defender esta solución. Unos se refieren a la consecuencia jurídica prevista en esos apartados. En la escisión parcial se produce una transmisión meramente parcial (en una o varias fracciones, esto no es relevante ahora) del patrimonio de la sociedad que se escinde. Resulta enton-

⁴⁰ RUIBAL PEREIRA afirma que el régimen que se deriva del artículo 104 LIS 43/1995 (hoy art. 90 TRLIS), en particular del artículo 104.2, que es el que estima aplicable a la escisión parcial, «resulta más benévolo que el que se derivaría de una estricta remisión a la normativa mercantil en la que se prevé una responsabilidad solidaria de la sociedad escindida y de las beneficiarias de la escisión – art. 259 LSA–» (*La sucesión en Derecho Tributario. Especial referencia a la sucesión de empresa*, cit., pág. 245).

Por su parte, DE LA HUCHA CELADOR enjuicia negativamente la transmisibilidad de situaciones jurídico-tributarias a través de operaciones como la escisión parcial. Este autor entiende que la regulación de la subrogación debería tener presente la extinción o pervivencia de la sociedad transmitente. En su opinión, la aplicación del artículo 11.2 de la Ley 29/1991 (precedente del art. 104.2 LIS 43/1995 y, por lo tanto, del art. 90.2 TRLIS), no deja de ser «extraña» en relación con las operaciones que no provocan la extinción de la sociedad transmitente, puesto que «para garantizar los créditos de la Hacienda Pública, hubiese resultado más correcto establecer un supuesto de responsabilidad tributaria *stricto sensu*, en cuya virtud la entidad adquirente quedaría colocada junto a la transmitente como deudora en el marco de las obligaciones tributarias pendientes» (DE LA HUCHA CELADOR, F.: «El nuevo régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores: estudio de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre», en *Crónica Tributaria*, núm. 62, 1992, pág. 60). Más aún, al disponer la transmisión de la deuda, «la norma tributaria exonera parcialmente de responsabilidad, al menos por lo que se refiere a las obligaciones ligadas a los bienes y derechos transmitidos (...) a la entidad transmitente», impidiendo así la plena aplicación del régimen de responsabilidad previsto en el artículo 259 LSA (*ibidem*, pág. 61).

En realidad, no existe esa pretendida contradicción entre el efecto jurídico de la transmisión de una deuda articulado por el artículo 90 TRLIS y la aplicación del mecanismo de responsabilidad previsto en el artículo 259 LSA. Muy al contrario, este último mecanismo opera precisamente en relación con deudas que han sido objeto de transmisión en virtud de la escisión. A favor de la aplicación a las obligaciones tributarias pendientes del sistema de responsabilidades establecido con carácter general por el artículo 259 LSA, *vid.* SANTOS MARTÍNEZ, «Escisión (Artículos 252 a 259)», cit., pág. 407.

ces lógico, además de coherente con el requisito de congruencia establecido en la legislación mercantil (art. 253 LSA), que las posiciones jurídico-tributarias transmitidas guarden alguna relación con los demás componentes de la correspondiente unidad económica transmitida. Pues bien, el primer apartado del artículo 90 TRLIS emplea expresiones genéricas para referirse a los elementos tributarios objeto de la subrogación («los derechos y las obligaciones tributarias», «beneficios fiscales», «los disfrutados») y su aplicación parece suponer, en consecuencia, la transmisión indiscriminada de todas las posiciones jurídico-tributarias de la sociedad. En cambio, el apartado segundo del artículo 90 TRLIS limita la transmisión a elementos «que se refieran» o «referidos» a los componentes de la correspondiente fracción patrimonial.

Otros argumentos se refieren al supuesto de hecho delimitado en los dos primeros apartados del artículo 90 TRLIS, en particular, a la existencia o inexistencia de una «sucesión a título universal». La escisión parcial articula una «sucesión a título universal» en el sentido civil de la expresión (como transmisión en bloque o *uno actu*). Pero puede no ser éste el sentido en que el artículo 90 TRLIS emplea esa expresión. En la doctrina científica y administrativa tributaristas se ponen de manifiesto varias concepciones de la «sucesión a título universal» diversas de la formulada por la doctrina mercantil. Como hemos visto, la doctrina científica tributarista suele condicionar el carácter universal de la transmisión a la transmisión de la totalidad del patrimonio y a la extinción de la sociedad transmitente. En otros casos, se identifica el carácter de la transmisión (universal o no universal) con el objeto transmitido (todo o parte del patrimonio); esto es, se reconduce el carácter universal de la transmisión al hecho de que el objeto transmitido sea la totalidad del patrimonio ⁴¹. Si en el artículo 90 TRLIS se atribuye a la expresión «sucesión a título universal» cualquiera de estos sentidos, será el apartado segundo el aplicable a la escisión parcial ⁴². Siendo esto así, el artículo 90 TRLIS sólo contemplaría la subrogación de la sociedad beneficiaria en «los derechos y las obligaciones tributarias que se refieran a los bienes y derechos transmitidos» y la asunción del cumplimiento de los requisitos derivados de los incentivos fiscales «referidos» a esos bienes y derechos.

⁴¹ Así sucedía en el artículo 104 LIS (antecedente del vigente art. 90 TRLIS) según autores como ALONSO LEDESMA, y en el artículo 11 de la Ley 29/1991 (cuyas referencias a las operaciones con transmisión a título universal y no universal no han sido modificadas en la normativa vigente), según autores como SÁNCHEZ OLIVÁN o CERDÁ ALBERO. Para ALONSO LEDESMA, «Más que contraponer sucesión universal a sucesión a título particular en el sentido civil del término, [la LIS 43/1995] parece referirse, en el artículo 104.1, a las operaciones en que se transmite la totalidad del patrimonio de la sociedad, y en el artículo 104.2 a las operaciones en que se transmite solamente una parte del patrimonio de la sociedad» («Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad», cit., págs. 4960 y 4961). SÁNCHEZ OLIVÁN pone de relieve la incorrección técnica en que, desde esa perspectiva, incurre el artículo 11 de la Ley 29/1991: «la sucesión universal lo es no porque afecte a la totalidad del patrimonio, sino a la forma en que la transmisión se produce, que tiene lugar en un solo acto y para el conjunto patrimonial activo y pasivo, sin tener en cuenta el régimen especial que podría afectar a cada una de las relaciones jurídicas preexistentes», de tal modo que existe sucesión universal en la fusión y en la escisión (tanto total como parcial) (*La fusión de sociedades. Estudio económico, jurídico y fiscal*, 4.ª edición, EDESA, Madrid, 1993, págs. 403 y 404). Del mismo modo, CERDÁ ALBERO entiende que subyace en este precepto una errada concepción de la relación existente entre el carácter de la transmisión (universal o no universal) y el objeto transmitido (todo o parte del patrimonio). La norma, dice, «no ha reparado en el dato de que en la escisión se produce una sucesión universal pero especial o parcial, esto es, limitada a las partes patrimoniales escindidas que se transmiten en bloque a la/s sociedad/es beneficiaria/s» (*Escisión de la sociedad anónima*, cit., pág. 444).

⁴² Véase, en este sentido, la contestación vinculante de la Dirección General de Tributos V0042-03, de 25 de junio.

No compartimos la interpretación expuesta. En nuestra opinión, debe interpretarse la expresión «sucesión a título universal» conforme a su «sentido jurídico» (art. 23.2 LGT)⁴³ y procede por lo tanto aplicar a esa especie escisoria el primer apartado del mencionado artículo, modulando la consecuencia jurídica en él prevista a través de otros preceptos de nuestro ordenamiento. En concreto, la referencia que ese apartado hace en términos genéricos a los elementos tributarios objeto de transmisión debe interpretarse a la luz del requisito de congruencia establecido por el artículo 253 LSA (requisito de unidad económica) y, en lo que se refiere a las escisiones cualificadas, por el artículo 83.4 TRLIS (requisito de rama de actividad). Matizado de esta forma, el artículo 90 TRLIS no dispone la transmisión de todos los derechos, obligaciones y posiciones tributarias ligadas a beneficios fiscales de que era titular la entidad parcialmente escindida, sino únicamente la de aquellos que guarden relación con cada fracción patrimonial segregada. Esta relación puede venir dada por la vinculación con concretos elementos patrimoniales integrados en la correspondiente fracción, pero también por un criterio de proporcionalidad razonable en términos económicos⁴⁴. De este modo, la sociedad beneficiaria se subrogaría, por ejemplo, en la deuda por el IS o, con los límites previstos en el artículo 90.3 TRLIS, en la expectativa de derecho a la compensación de bases imponibles negativas en la proporción en que la correspondiente unidad económica haya contribuido a la generación de rentas (positivas en el caso de la deuda, negativas en el caso de la expectativa) o con arreglo a otro criterio proporcional que resulte razonable⁴⁵.

⁴³ RUIZ GONZÁLEZ, tras observar que el artículo 11 de la Ley 29/1991 no utiliza el término «sucesión universal» en su sentido técnico jurídico-mercantil, concluye subrayando que, no obstante, «sucesión universal» es un término jurídico que como tal debe interpretarse, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.2 LGT (RUIZ GONZÁLEZ, R.: «Régimen fiscal de la escisión», en *Impuestos* 1995-II, pág. 607).

⁴⁴ Esta tesis, además de venir impuesta por la interpretación de la expresión «sucesión a título universal» conforme a su sentido jurídico, resulta aconsejable por varios motivos. En primer lugar, es la solución más respetuosa con la preocupación que nuestra legislación muestra por la congruencia de los componentes de cada fracción patrimonial. En segundo lugar, permite que posiciones tributarias no referidas a concretos elementos patrimoniales resulten parcialmente transmisibles en la escisión parcial, evitando así contradicciones de valoración entre esta especie escisoria y la escisión total. En último lugar, es posible hablar con RAGUCCI de una conexión entre el criterio de imputación proporcional de las posiciones no conectadas a elementos patrimoniales y principios jurídico-tributarios como el de capacidad económica (cfr. RAGUCCI, *La scissione di società nell'imposizione diretta*, cit., págs. 119 y 120 y nota 3). En la normativa italiana se prevé expresamente la distribución prorrateada de las posiciones no conectadas específicamente o en conjunto a los elementos del patrimonio escindido entre la sociedad que se escinde parcialmente y la sociedad o sociedades beneficiarias [apartado 4 del art. 173 del *Testo Unico delle Imposte Sui Redditi*, en la redacción dada por el Decreto Legislativo n. 344, de 12 de diciembre de 2003 (GU n. 291 del 16-12-2003— Suppl. Ordinario n.190)]. *Vid.*, a este respecto, MACCHIONI, R.: *L'operazione di scissione: Un'analisi economico-aziendale*, CEDAM, Padova, 1996, págs. 177-179.

⁴⁵ Prevalece en la doctrina científica la tesis contraria a admitir la transmisión de la expectativa de derecho a la compensación de bases imponibles negativas en las operaciones de reestructuración que no provocan la extinción de la sociedad que generó los resultados negativos. Para una sintética exposición de argumentos a favor y en contra de esa tesis, *vid.* ARAGÓN ARAGÓN, M. (dir.): *Análisis de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades y de su Reglamento*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 804-805. RUIBAL PEREIRA señala que el artículo 104.3 LIS (antecedente del art. 90.3 TRLIS) «parece pensado para las operaciones en las que tiene lugar la desaparición de la entidad transmitente y la aparición de una nueva entidad en su lugar; es decir, en las operaciones de fusión y escisión total». Y esto es así, añade, por la «propia lógica de la figura», vinculada al sujeto que las ha provocado y no a la organización productiva [RUIBAL PEREIRA, L.: «Concepto y régimen jurídico de la operación de aportación de rama de actividad», en YEBRA MARTUL-ORTEGA, GARCÍA NOVOA, y LÓPEZ DÍAZ (coords.), *Estudios sobre el Impuesto de Sociedades*, cit., págs. 487-488]. *Vid.* también en contra LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, «Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores», cit., págs. 809 y 810; y MONTESINOS OLTRÁ, S.: *La compensación de bases imponibles negativas*, Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 191-192.

Si se aplica la tesis que hemos propuesto, la sociedad que se escinde parcialmente dejará de ser titular de las deudas referidas a la explotación económica cedida. Y no sólo de las deudas vinculadas con concretos elementos patrimoniales, sino también, por ejemplo, de la parte correspondiente de la deuda por IS. Siendo esto así, no existirá deuda alguna a la que resulte aplicable el mecanismo de responsabilidad tributaria previsto antes en el artículo 72 LGT 1963 y hoy en el artículo 42.1.c) LGT 2003, por muy ampliamente que se interprete la referencia a las obligaciones tributarias del anterior titular contenida en estos preceptos.

La ubicación del artículo 90 TRLIS en el capítulo VIII del título VII del TRLIS puede llevar a pensar que los efectos descritos sólo se dan en caso de escisión parcial cualificada. En nuestra opinión, esta conclusión no resultaría acertada por varios motivos. En primer lugar, la razón de ser del régimen especial radica, como hemos visto, en el establecimiento de ciertos beneficios fiscales consistentes, en lo que se refiere a las sociedades transmitente y adquirente, en el diferimiento

La Dirección General de Tributos ha seguido generalmente la misma tesis. *Vid.*, por todas, las contestaciones de 16 de enero y de 5 de junio de 1997, y la contestación vinculante V0042-03, de 25 de junio, ya citada. De acuerdo con esta última contestación, se deduce de los apartados 1 y 2 del artículo 104 LIS (antecedentes de los apartados 1 y 2 del art. 90 TRLIS), «que en los casos de escisión parcial no se transmite a la entidad adquirente el derecho a la compensación de las bases imponibles negativas pendientes de aplicar por la transmitente, por cuanto dicha operación no supone la extinción de la sociedad, la cual conserva el derecho a la compensación en los términos establecidos en el mencionado artículo 23 de la LIS»; «en la medida [en] que con la escisión parcial no se produce una sucesión a título universal, las bases imponibles negativas pendientes de compensar en la entidad escindida no podrán ser compensadas por la entidad adquirente». En cambio, en las contestaciones 680-00, de 23 de marzo, y 1178-00, de 23 de mayo, este órgano directivo ha admitido la transmisión de la expectativa en relación con las bases imponibles negativas pendientes de compensar en el establecimiento permanente de una entidad no residente cuando este establecimiento permanente es objeto de aportación a una entidad residente. En primer término, la Dirección General de Tributos entiende necesario determinar «si la aportación del establecimiento permanente debe seguir el régimen previsto en el apartado 1 ó en el apartado 2 del citado artículo [art. 104 LIS], ya que en el primer caso se transmitirá el derecho a la compensación y en el segundo no». Finalmente, en realidad, resuelve la cuestión a la luz de lo dispuesto en los artículos 6 y 10 de la Directiva 90/434/CEE «y de conformidad con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea». De acuerdo con ello, concluye, «en el supuesto de aportación de un establecimiento permanente situado en España, de una entidad residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, y siempre que se trate de una operación realizada en el ámbito de la citada Directiva, hay que concluir que resultará aplicable lo previsto en el artículo 104.3 LIS, admitiendo que las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente puedan ser compensadas por la entidad adquirente».

Por su parte, la contestación a consulta de 14 de febrero de 1997 de la Hacienda Foral de Bizkaia, aplicando el artículo 97.3 de la Norma Foral 3/1996, de 26 de junio, del Impuesto sobre Sociedades (de idéntica redacción que el art. 104.3 LIS en su versión original), ha admitido la transmisión con ocasión de una aportación de rama de actividad: las bases imponibles negativas pendientes de compensación «y que correspondan a la rama de actividad que se transmite podrán ser compensadas por la sociedad adquirente». Hemos tomado la referencia de esta contestación de ANTÓN, «Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores (Arts.97 a 110 de la LIS)», cit., pág. 1.945.

En el ordenamiento italiano, en que el reconocimiento de esa expectativa está también estrechamente ligado al sujeto que ha generado las pérdidas y no a la actividad económica en cuyo desarrollo se han producido, la Ley (apartados 4 y 10 del art. 173 del *Testo Unico delle Imposte Sui Redditi*, en la redacción dada por el citado Decreto Legislativo n. 344, de 12 de diciembre de 2003) admite su atribución a la sociedad beneficiaria en la escisión parcial, según un criterio proporcional. *Vid.*, a este respecto, SILVESTRI, A.: «Il regime tributario delle operazioni di riorganizzazione transnazionale in ambito Cee», en *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, núm.3/1996, I, págs. 479-480 y en nota 130, y págs. 674 y 675 y en nota 293.

del gravamen en el IS y en la ausencia de gravamen en ciertos impuestos indirectos y en el IIVTNU. La subrogación en las situaciones subjetivas derivadas del tributo no constituye un beneficio fiscal⁴⁶ y guarda relación con el dato lógico-formal, con la propia naturaleza de la escisión parcial.

En segundo lugar, la transmisibilidad de las situaciones jurídico-tributarias en caso de escisión parcial contribuye a la consecución de objetivos que no guardan relación con el carácter cualificado o no cualificado de la operación. Por un lado, esa es la solución más respetuosa con la preocupación que nuestra legislación muestra por la congruencia de los componentes de cada fracción patrimonial, preocupación que queda patente en el artículo 253 LSA (que establece el requisito de la «unidad económica» en relación con la escisión parcial). Por otro lado, permite alcanzar en este punto un tratamiento homogéneo de la escisión total y de la escisión parcial, evitando de este modo contradicciones de valoración dentro del sistema⁴⁷. Por último, puede ayudar a un más justo reparto de la carga tributaria en la medida en que se entienda posible conectar la titularidad de esas posiciones jurídico-tributarias con las exigencias derivadas del principio de capacidad económica.

E) Ámbito de aplicación de la regla sobre imputación fiscal de rentas del artículo 91 TRLIS.

De acuerdo con el artículo 91 TRLIS, que trae causa del artículo 105 LIS 43/1995, «Las rentas de las actividades realizadas por las entidades extinguidas a causa de las operaciones mencionadas en el artículo 83 de esta ley se imputarán de acuerdo con lo previsto en las normas mercantiles».

⁴⁶ En contra, NAVARRO EGEA entiende que el artículo 104 LIS 43/1995 (hoy, art. 90 TRLIS), en lo que se refiere a las operaciones en que no se extingue la sociedad transmitente, no admite una «interpretación extensiva», por cuanto se trata de una norma de favor, cuyo efecto se concreta en la exclusión de la garantía del crédito tributario que conlleva el artículo 72 LGT 1963 cuando la entidad transmitente sobrevive en el tráfico mercantil; esta condición de norma de favor conlleva que su aplicación se vea supeditada a la aplicación del régimen especial (*Fiscalidad de la reestructuración empresarial. La fusión y la escisión*, cit., pág. 250).

En nuestra opinión, no parece que el cambio de titularidad o la exclusión de esa garantía puedan ser calificados como trato «de favor». A este respecto no debe olvidarse, además, que en el ordenamiento privado hay una norma destinada específicamente a garantizar el cumplimiento de todas las deudas transmitidas en la escisión y que resulta aplicable a las deudas tributarias: de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 259 LSA, en defecto de cumplimiento por una sociedad beneficiaria de una deuda asumida por ella en virtud de la escisión, «responderán solidariamente del cumplimiento de la misma las restantes sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas» y, en los casos de escisión parcial, la propia sociedad escindida por la totalidad de la deuda.

⁴⁷ La necesidad de conferir el mismo tratamiento a la escisión total y a la escisión parcial por razones de coherencia del sistema legal ha sido invocada por la doctrina en otros ámbitos. Así, al hilo del comentario del artículo 253.1 LSA, que establece el requisito de la unidad económica sólo para el caso de escisión parcial y no para la escisión total, OLEO BANET ha puesto de relieve la necesidad de salvar la contradicción valorativa derivada de este desigual tratamiento a través de la integración del sistema, «sometiendo a igual trato lo perteneciente a un mismo sentido» (*La escisión de la sociedad anónima*, cit., págs. 178 a 181). En la misma línea se pronuncian URÍA, MENÉNDEZ e IGLESIAS PRADA: «nos parece que, por razones de coherencia del propio sistema legal, el requisito de la unidad económica de las partes en que se divida el patrimonio de la sociedad escindida también deberá reputarse exigible en el caso de la escisión total» (URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; e IGLESIAS PRADA, J.L.: «Capítulo 52. Fusión y escisión de sociedades», en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, Civitas, Madrid, 1999, págs. 1.271-1.272).

La referencia a «lo previsto en las normas mercantiles» dista mucho de ser clara. Precisamente de las normas mercantiles se deduce la ausencia de efectos frente a terceros de la cláusula de retroacción contable. El examen de los precedentes legales y de los trabajos preparatorios de la LIS 43/1995 permite aclarar el alcance de esa referencia: en el Anteproyecto de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de noviembre de 1994, el artículo 105.2 reproducía en su literalidad el contenido del artículo 12.3 de la Ley 29/1991⁴⁸; el cambio de redacción en el texto del Proyecto remitido a las Cortes sólo puede responder a la finalidad de alterar el sentido del precepto para disponer la imputación de los resultados generados tras la fecha de retroactividad contable a la entidad adquirente⁴⁹.

Por lo tanto, desde la fecha de retroactividad contable, las rentas de las actividades realizadas por la entidad «extinguida» se imputarán fiscalmente a las sociedades beneficiarias y los resultados derivados de operaciones realizadas en el ámbito de la unidad económica transmitida entre aquella entidad y la correspondiente sociedad destinataria no serán gravados⁵⁰. De esta forma se logra una mayor aproximación de la base imponible al resultado contable⁵¹, aproximación que constituía uno de los «objetivos primordiales» de la reforma del IS acometida en 1995, según ponía de relieve el apartado I de la exposición de motivos de la LIS 43/1995. Se evita así, además, que la sociedad que se escinde totalmente venga obligada a confeccionar una cuenta de resultados, referida al día anterior a aquél en que se produce la inscripción registral de la operación, a los solos efectos de tributar por el IS⁵².

⁴⁸ De acuerdo con el artículo 12.3 de la Ley 29/1991, «Los resultados de las actividades realizadas por las entidades extinguidas se imputarán a ellas, cualquiera que fuera la fecha a partir de la cual sus operaciones se consideren realizadas a efectos contables por cuenta de la entidad adquirente».

⁴⁹ La doctrina mayoritaria interpreta en los mismos términos el artículo 105 LIS 43/1995 (hoy art. 91 TRLIS). *Vid.*, por todos, LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, «Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores», cit., pág. 812. Muy distinta (y equivocada, en mi opinión) es la interpretación del precepto realizada por MALVÁREZ PASCUAL. A juicio de este autor, las rentas se imputan a la sociedad en que se producen, con independencia de la fecha de retroactividad contable; lo que hace el artículo 105 LIS 43/1995 es admitir la deducibilidad fiscal de la eliminación de ciertas partidas (así, por ejemplo, partidas de activo ficticio, como gastos de constitución y de primer establecimiento) en el proceso de fusión (MALVÁREZ PASCUAL, L.A.: *La nueva regulación del Impuesto sobre Sociedades. Tomo II: Regímenes especiales*, CEF, Madrid, 1996, pág. 279). En contra de la interpretación que defendemos, *vid.* también LARGO GIL, R.: *La fusión de sociedades mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2000, pág. 345 y en nota 187.

⁵⁰ Se rompe en este punto la regla general que vincula la eficacia frente a terceros de la fusión y escisión a la fecha de inscripción en el Registro Mercantil: frente a la Hacienda Pública, en lo que se refiere a la imputación de rentas derivadas de las actividades realizadas por las entidades «extinguidas», la operación surte efectos en la fecha de retroactividad contable.

⁵¹ En este sentido, *vid.* ANTÓN, «Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores (arts. 97 a 110 de la LIS)», cit., pág. 1960.

⁵² Sobre las dificultades prácticas que provocaba la irrelevancia a efectos fiscales de la cláusula de retroactividad contable en el régimen configurado por la Ley 29/1991, *vid.* PÉREZ CRISTÓBAL, J.: «Régimen fiscal de las fusiones y escisiones de empresas y otras fórmulas de concentración empresarial. Régimen de los socios y otras cuestiones fiscales (y III)», en *Actualidad Tributaria* 1993-tomo 1, págs. D-375 y D-376.

Atendiendo al objeto del presente estudio, debemos analizar si la eficacia a efectos fiscales de la cláusula de retroactividad contable es propia de las escisiones cualificadas o si, por el contrario, también se produce cuando tiene aplicación el régimen tributario general.

SÁNCHEZ OLIVÁN niega relevancia alguna al reconocimiento explícito de la significación fiscal de la fecha de retroactividad contable que el precepto comentado efectúa. Según este autor, en ausencia de un precepto que se pronunciara sobre esta cuestión, debería entenderse igualmente que las rentas obtenidas durante el período de retroactividad se deben imputar fiscalmente a la sociedad adquirente. Esta tesis se fundamenta en la configuración de la base imponible a partir del resultado contable y en la ausencia de un precepto que imponga a este respecto la realización de un ajuste extracontable (art.10.3 TRLIS): al integrarse los resultados obtenidos en ese período (o su saldo) en los estados contables de la sociedad adquirente, será ésta la que deba integrarlos en su base imponible; paralelamente, al no integrarse esos resultados en los estados contables de la sociedad transmitente, ésta no deberá tributar por ellos ⁵³. El precepto contenido en el artículo 91 TRLIS vendría a ser así superfluo o, en el mejor de los casos, meramente aclaratorio.

Si se comparte esta opinión, según la cual la eficacia fiscal de la retroactividad contable se deduce del sistema general de determinación de la base imponible configurado en el TRLIS, deberá aceptarse que esta cláusula tiene la misma eficacia en las escisiones protegidas y en las escisiones que no se benefician del régimen tributario especial. El artículo 91 TRLIS se limitaría a hacer explícita una consecuencia que en realidad se deriva para todas las escisiones, cualificadas o no, del conjunto del sistema.

Si no se comparte esa tesis, la decisión sobre el carácter general o especial de la norma contenida en el artículo 91 TRLIS suscita más dificultades. La ubicación sistemática del artículo 91 TRLIS, dentro del capítulo VIII del título VII del TRLIS, parece indicar que esa norma sólo resulta aplicable a operaciones cualificadas. Además, puede encontrarse una cierta relación funcional entre el artículo 91 TRLIS y el régimen de diferimiento del gravamen configurado por los artículos 84.1 y 85.1 TRLIS para ciertas operaciones protegidas, en la medida en que uno y otro provocan que la sociedad adquirente tribute por rentas en principio generadas en la sociedad transmitente ⁵⁴.

Estos argumentos no resultan por sí solos convincentes. No nos parece convincente el argumento referido a la ubicación del artículo 91 TRLIS en el capítulo VIII del título VII del TRLIS, pues, como hemos visto, desconfiamos del criterio sistemático en la delimitación del régimen tri-

⁵³ En este sentido, SÁNCHEZ OLIVÁN, *La fusión y la escisión de sociedades. Aportación de activos y canje de valores...*, cit., pág. 241.

⁵⁴ En efecto, en virtud del régimen de diferimiento articulado por los artículos 84.1 y 85.1 TRLIS, las rentas que se ponen de manifiesto en la operación tributarán más adelante en la sociedad adquirente; en virtud del artículo 91 TRLIS, las rentas derivadas de las operaciones realizadas por la sociedad transmitente en el período de retroactividad contable se imputarán fiscalmente a la sociedad adquirente.

butario especial. No parece tampoco decisivo el argumento referido a la relación funcional entre el artículo 91 TRLIS y el régimen de diferimiento del gravamen configurado por los artículos 84.1 y 85.1 TRLIS, pues no encontramos razones para atribuir significación normativa a esa cierta similitud funcional a los efectos que estamos estudiando.

La aplicación del criterio delimitador antes expuesto puede resultar nuevamente fructífera. La imputación fiscal de rentas de acuerdo con la fecha de retroactividad contable constituye un instrumento más en la aproximación de la base imponible al resultado contable y no un beneficio fiscal. En efecto, no cabe identificar aquí una técnica dirigida a provocar un efecto desgravatorio respecto de ciertas operaciones.

Es cierto que, en ocasiones, la aplicación del artículo 91 TRLIS puede provocar alguna ventaja fiscal a las sociedades involucradas, en términos de un cierto diferimiento del gravamen⁵⁵ o de aprovechamiento de rentas negativas⁵⁶, dentro, claro está, de los límites temporales propios de la cláusula de retroactividad contable. También es cierto que la ausencia en este punto de previsiones en relación con los casos en que la sociedad transmitente y la adquirente están sometidas a regímenes fiscales o tipos de gravamen diversos puede incentivar la utilización y configuración de esta cláusula con fines de planificación fiscal. Pero en todo caso debe tenerse presente que las ventajas fiscales provocadas, cuando existen, son meramente accidentales (y no un efecto buscado por la ley), y que en otras ocasiones la imputación fiscal de acuerdo con la fecha de retroactividad contable provocará ciertas desventajas en términos fiscales⁵⁷.

En nuestra opinión, la posibilidad de que una técnica como la aquí analizada provoque ciertas ventajas fiscales no justifica que se deniegue su aplicación a todas las escisiones no cualificadas. Si se pretende evitar que técnicas como ésta se utilicen para obtener ciertas ventajas fiscales, lo procedente sería articular las pertinentes limitaciones a su aplicación⁵⁸.

⁵⁵ Por lo general, en caso de extinción de la sociedad transmitente, la conclusión del último período impositivo de esta sociedad tendrá lugar antes que la conclusión del período impositivo ordinario de la sociedad adquirente y, como consecuencia, lo mismo sucederá con el término de los respectivos plazos para presentar la declaración por el IS.

⁵⁶ El alcance de esta ventaja dependerá del ámbito de aplicación que se atribuya a la subrogación en el derecho a la compensación de bases imponibles negativas. Si se entiende que esta subrogación sólo se produce en caso de escisiones cualificadas, sólo podrán ser aprovechadas fiscalmente las rentas negativas obtenidas en la fase de retroactividad contable por una sociedad que se extingue como consecuencia de una operación no protegida si esas rentas se imputan fiscalmente a la sociedad adquirente. Ahora bien, nótese que el mismo efecto (aprovechamiento de rentas negativas) se podría obtener, aun negando la eficacia fiscal de la cláusula, con el sencillo mecanismo de alterar la configuración de la operación y hacer que la sociedad con rentas positivas actuara como transmitente.

⁵⁷ Por ejemplo, si la sociedad transmitente tiene «derecho» a compensar bases imponibles negativas de períodos anteriores y en el período de retroactividad contable obtiene rentas positivas, no podrá compensar éstas con aquéllas. Dependiendo de las circunstancias apuntadas en la nota precedente (delimitación de las operaciones en que resulta transmisible esa expectativa), ese crédito puede llegar a extinguirse.

⁵⁸ Y así, por ejemplo, la Ley debería introducir sin demora y con carácter general (tanto para las escisiones cualificadas como para las no cualificadas) cautelas en relación con la aplicación del artículo 91 TRLIS cuando las sociedades transmitente y adquirente están sometidas a regímenes fiscales o tipos de gravamen diversos.

En suma, entendemos que debe reconocerse relevancia fiscal a la cláusula de retroactividad no sólo en las escisiones protegidas, sino también en las no protegidas ⁵⁹. Tanto en unas como en otras, la eficacia fiscal de la cláusula permite alcanzar los fines que explican su reconocimiento, como son el objetivo de procurar una mayor aproximación de la base imponible al resultado contable, así como ciertas ventajas de carácter práctico.

5. CONCLUSIONES

1.^a Cabe distinguir en nuestro ordenamiento dos regímenes tributarios en el tratamiento de la escisión: el régimen «general» y el régimen «especial». Los resultados a que lleva la aplicación de los criterios literal y sistemático en la delimitación de estos regímenes deben ser corregidos en atención a razones basadas en la finalidad de las normas.

2.^a Las normas que integran el «**régimen general**» responden a la propia naturaleza de la escisión y a los principios jurídico-tributarios que subyacen en la configuración del hecho imponible y demás elementos de los impuestos afectados. De acuerdo con esas normas, por un lado, la diferencia de valor que se puede poner de manifiesto en la sociedad que se escinde con ocasión de la operación es objeto de gravamen tanto en el ámbito estatal (IS), como en el local (IIVTNU); por otro lado, la transmisión de la fracción o fracciones patrimoniales está sujeta al IVA; por último, la escisión está sometida al concepto de operaciones societarias del ITPAJD.

3.^a El otro perfil normativo en el tratamiento de la escisión atiende, por el contrario, a finalidades de carácter extrafiscal. Considerada la escisión como una técnica idónea para lograr una mayor flexibilidad y competitividad de las empresas, el legislador ha querido evitar que el sistema tributario suponga un obstáculo para estos objetivos. Con esta finalidad ha configurado un régimen tributario más favorable para ciertas operaciones de escisión que se realicen con una motivación económica válida (no fiscal).

Las normas que evitan en determinadas operaciones de escisión las consecuencias fiscales características del régimen tributario general, bien se encuentran en el capítulo VIII del título VII del TRLIS (que lleva por rúbrica «Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores»), bien supeditan su aplicación a la del «régimen especial regulado» o «régimen

⁵⁹ En la misma línea, NAVARRO EGEA discrepa de la ubicación sistemática del artículo 105 LIS 43/1995 (hoy, art. 91 TRLIS) «en este régimen especial, en la medida en que afecta a las fusiones y escisiones en general» (*Fiscalidad de la reestructuración empresarial. La fusión y la escisión*, cit., pág. 264).

men especial establecido» en este capítulo. Con la expresión «**régimen especial**» cabe hacer referencia al régimen configurado por todas esas normas, estén o no ubicadas en el capítulo VIII del título VII del TRLIS.

En lo que se refiere a la imposición directa, se configura un régimen de diferimiento del gravamen sobre la renta que se puede poner de manifiesto con ocasión de la escisión, tanto en el ámbito del IS, como en el ámbito del IIVTNU. Están claramente vinculados a la aplicación de ese mecanismo de diferimiento otros preceptos del capítulo VIII del título VII del TRLIS. Por otro lado, se prevé la exoneración de la operación en el IVA y en el concepto de operaciones societarias del ITPAJD.

Atendiendo al objetivo de favorecer la flexibilidad y competitividad de las empresas, la ley exige que las operaciones de escisión reúnan determinados requisitos para disfrutar de este régimen especial: limitaciones establecidas en el artículo 83.2 TRLIS en cuanto a la composición de la fracción o fracciones patrimoniales transmitidas en ciertos supuestos; existencia de motivos económicos válidos, ajenos a la «mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal», en la realización de la operación (art. 96.2 TRLIS); opción en favor de la aplicación del «régimen especial» en los términos previstos en el artículo 96.1 TRLIS. Las escisiones que cumplen estas condiciones pueden recibir por ello el calificativo de «protegidas» o «cualificadas».

4.^a Teniendo en cuenta estos criterios de delimitación de ambos regímenes, resulta **problemática la calificación como «especiales»** de otros preceptos ubicados en el capítulo VIII del título VII del TRLIS, en concreto de los arts. 85.2, 89.2, 90 y 91 TRLIS. El análisis de su contenido pone de manifiesto que, pese a su ubicación sistemática, contienen preceptos aplicables con carácter general a todas las escisiones, sean o no cualificadas.

- *Regla de valoración del artículo 85.2 TRLIS.* Debe restringirse su ámbito de aplicación a aquellos casos en que la renta que se pone de manifiesto en la operación no se encuentra sujeta a imposición en España. En estos casos, el criterio de valoración establecido en el artículo 85.2 TRLIS no persigue una finalidad incentivadora de la operación, sino que guarda relación con los criterios vigentes con carácter general en materia de valoración fiscal de elementos no situados en territorio español. El «valor convenido» con el «límite del valor normal de mercado» se aplicará a los elementos adquiridos por una sociedad residente en todas aquellas operaciones en que la entidad transmitente no resida en España y los elementos patrimoniales no estén situados en territorio español, resultando indiferente a estos efectos que se haya optado o no por la aplicación del «régimen especial» (que en estos casos se concreta fundamentalmente en la exención en el gravamen sobre Operaciones Societarias).

- *Regla del artículo 89.2 TRLIS en relación con la determinación de la renta que se pone de manifiesto con ocasión de la anulación de la participación de la sociedad beneficiaria en el capital de la sociedad que se escinde.* El artículo 89.2 TRLIS se limita a ratificar, en relación con aquellos supuestos en que la sociedad beneficiaria participa en el capital de la sociedad que se escinde en un porcentaje inferior al 5 por 100, las reglas derivadas de la interpretación de otros preceptos del TRLIS (apartados 4 y 6 del art. 15), claramente integrados en el régimen tributario general.
- *Reglas sobre subrogación del artículo 90 TRLIS.*

En caso de *escisión total*, la sucesión prevista en el ordenamiento mercantil proyecta sus efectos también sobre las relaciones jurídico-tributarias. No hay ninguna norma escrita o principio jurídico en el ámbito tributario que impida, obstaculice o matice con alcance general la subrogación. No constituye un obstáculo la indisponibilidad de las situaciones jurídicas tributarias y tampoco resultan aplicables el artículo 72 LGT 1963 o el artículo 42.1.c) LGT 2003. Siendo todo esto así, el reconocimiento explícito de la subrogación en las obligaciones tributarias contenido en el artículo 90.1 TRLIS no añade nada al régimen jurídico de la escisión total. No cabe duda, por lo tanto, de que esa subrogación se producirá tanto en caso de escisión cualificada, como en caso de escisión no cualificada. Así se deduce con claridad, por lo demás, del contenido del artículo 40.3 LGT 2003.

La interpretación de la locución «sucesión a título universal» empleada en los dos primeros apartados del artículo 90 TRLIS conforme a su sentido jurídico lleva a aplicar a la *escisión parcial* lo previsto en el artículo 90.1 TRLIS, modulando la consecuencia jurídica en él prevista a través de otros preceptos de nuestro ordenamiento, de tal forma que se producirá la subrogación en aquellos elementos tributarios que guarden relación con cada fracción patrimonial segregada, relación que puede venir dada por la vinculación con concretos elementos patrimoniales integrados en la correspondiente fracción, pero también por un criterio de proporcionalidad razonable en términos económicos. La aplicación del artículo 90.1 TRLIS a la escisión parcial salva las limitaciones a la transmisibilidad derivadas del principio de indisponibilidad e impide la aplicación del mecanismo de responsabilidad previsto en el artículo 72 LGT 1963 y en el artículo 42.1.c) LGT 2003. Pese a su ubicación sistemática, ese precepto debe entenderse aplicable con carácter general a todas las escisiones parciales porque no constituye un beneficio fiscal, sino que guarda relación con la naturaleza propia de la escisión parcial, y porque contribuye a la consecución de objetivos que no están vinculados al carácter protegido de la operación, como son la congruencia de los componentes de las fracciones en que se divide el patrimonio de la sociedad escindida, la homogeneidad en el tratamiento de la escisión total y de la escisión parcial, y un más justo reparto de la carga tributaria.

La transmisión de la expectativa de derecho a la compensación de bases imponibles negativas a que se refiere el artículo 90.3 TRLIS no está vinculada al carácter cualificado de la escisión. Para evitar la realización de operaciones de reestructuración destinadas, con carácter exclusivo o primordial, a la finalidad fiscal de aprovechar el «derecho» a la compensación de bases imponibles negativas generado por otra sociedad deberían arbitrase medidas antiabuso específicas.

- *Regla sobre imputación fiscal de rentas del artículo 91 TRLIS.* Si se entiende que el artículo 91 TRLIS se limita a hacer explícita una consecuencia que se deriva del sistema general de determinación de la base imponible configurado en el TRLIS, es evidente que la cláusula de retroactividad contable tendrá eficacia fiscal tanto en las escisiones cualificadas como en las no cualificadas. Aunque no se comparta esa tesis, la conclusión debe ser la misma, pues tanto en unas como en otras escisiones la eficacia fiscal de esa cláusula permite alcanzar los fines que explican su reconocimiento, como son el objetivo de procurar una mayor aproximación de la base imponible al resultado contable, así como ciertas ventajas de carácter práctico. La posibilidad de que esa disposición provoque en algunos supuestos ventajas fiscales no justifica que se deniegue su aplicación a todas las escisiones no cualificadas y debería evitarse, en su caso, a través del establecimiento de medidas antiabuso específicas.

TRIBUTACIÓN	PRECIOS DE TRANSFERENCIA: LO QUE ESTÁ SUCEDIENDO EN LA UNIÓN EUROPEA *	Núm. 75/2004
-------------	--	-----------------

CARLOS PALAO TABOADA

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad
Autónoma de Madrid*

Extracto:

EL informe de 2001 de la Comisión Europea sobre la imposición de las sociedades en el mercado interior llamó la atención sobre los obstáculos que para éste pueden derivarse de la aplicación por los Estados miembros de las normas en materia de precios de transferencia. Con el fin de estudiar dichos problemas y hacer las oportunas recomendaciones, la Comisión creó un llamado Foro Conjunto sobre los Precios de Transferencia, que inició sus trabajos a finales de 2002. La finalidad de este artículo es informar acerca de los resultados logrados hasta ahora por esa asamblea y el estado actual de sus tareas.

* Este trabajo es, con pequeños retoques de actualización, el texto de la ponencia presentada al Congreso celebrado los días 24 y 25 de septiembre de 2004 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia, bajo la dirección del Prof. Adriano DI PIETRO, sobre el tema «EU Taxation Models and National Tax Experience in the Enlarged Europe».

Sumario:

1. Introducción.

- A) El informe sobre la imposición de sociedades en el mercado interior.
- B) La comunicación de la Comisión «Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales».
- C) El Foro Conjunto sobre los Precios de Transferencia (FCPT).

2. El Convenio de Arbitraje.

- A) Suspensión de la vigencia del Convenio.
- B) Propuestas relativas a la aplicación del Convenio de Arbitraje.
 - a) Fijación del momento inicial de determinados plazos establecidos en el CA.
 - b) Reglas relativas al procedimiento amistoso en el marco del Convenio de Arbitraje.
 - c) Reglas relativas al procedimiento arbitral del Convenio de Arbitraje.
 - d) Suspensión del ingreso de la deuda tributaria.
 - e) Cuestiones cuyo examen fue aplazado por el FCPT.

3. Costes de cumplimiento.

- A) Exigencias de documentación.
- B) Los métodos de determinación de los precios *arm's length* y la búsqueda de elementos de comparación.

4. Cuestiones pendientes.

1. INTRODUCCIÓN

A) El informe sobre la imposición de sociedades en el mercado interior.

La cuestión de los obstáculos al mercado único derivados de la aplicación por los Estados miembros de las normas en materia de precios de transferencia fue claramente planteada por el informe de la Comisión titulado «Company Taxation in the Internal Market» (en adelante «el informe»), publicado en 2001 ¹.

El informe señala desde el principio ² los dos grandes bloques de cuestiones que se plantean en materia de precios de transferencia: los costes de cumplimiento indebidamente elevados y la doble imposición. Sin embargo, algunas de las consideraciones del informe rebasan el ámbito de la aplicación de los precios de transferencia y afectan al principio mismo *arm's length* que se encuentra en la base de la determinación de dichos precios. Observa, por ejemplo, que «el establecimiento de precios de transferencia intra-grupo de acuerdo con el enfoque de entidad separada y el principio *arm's length* no corresponde necesariamente a los precios establecidos por razones de negocios (efectividad, medida del rendimiento, etc.) ... [R]epresentantes de las empresas sostienen que el concepto mismo del principio *arm's length* perderá en el futuro su lógica de negocios subyacente. Esto se debe a que las grandes compañías, teniendo presente su reorganización a escala europea adoptan los llamados "precios europeos" (*Euro-pricing*)... se utiliza un precio de transferencia por producto (intermedio) armonizado del grupo en toda Europa, prescindiendo de cuál es la explotación a la que se compran los bienes. Las empresas argumentan que, desde el punto de vista de la gestión, esto evita disputas intra-grupo sobre niveles de precios y permite una eficiencia óptima en la estructura» ³.

También afecta directamente al principio *arm's length* la dificultad apuntada por el informe ⁴ de encontrar operaciones comparables (en inglés, *comparables*) para determinar los precios de transferencia. La parte del comercio internacional que tiene lugar en el interior de los grupos tiende a cre-

¹ SEC(2001) 1681, Parte III, capítulo 5, págs. 271 a 299.

² Pág. 271.

³ Pág. 276.

⁴ Págs. 279 y sig.

cer, a lo que contribuye la sustitución de estructuras horizontales por otras verticales, con menos centros de producción de mayores dimensiones. En consecuencia, el ámbito de las operaciones entre partes independientes no es demasiado grande y tiende a disminuir. La utilización de la búsqueda de *comparables* en bases de datos plantea algunos problemas.

El informe enumera ⁵ las dificultades a las que se enfrentan las empresas multinacionales con operaciones internacionales:

- exigencias de documentación (a veces pesadas),
- riesgo de sanciones y de doble imposición económica,
- el coste derivado de tener que financiar temporalmente por duplicado la misma carga fiscal,
- inspecciones crecientes de las autoridades fiscales.

A estos problemas se añade el de la incertidumbre: las empresas alegan que existe el riesgo de que de pronto una estructura de negocios que ha existido quizá durante un cierto número de años resulte socavada por las autoridades fiscales, que ya no la aceptan a efectos tributarios por razones de precios de transferencia. Incluso no es raro que una determinada estructura o precio de transferencia sea aceptable para una administración pero no para otra.

En consecuencia, la determinación de los precios de transferencia representa una carga adicional para las operaciones con compañías asociadas de otros Estados miembros y afecta también a la inversión en cuanto, a igualdad de las demás condiciones, una sociedad estará menos inclinada a establecer una filial o una sucursal en un Estado miembro con una política estricta de precios de transferencia que en otro con normas más tolerantes. Estos problemas inciden de manera especial sobre las pequeñas y medianas empresas, que muchas veces carecen de los recursos necesarios para enfrentarse a ellos.

El informe ⁶ cita estudios, que llegan a resultados divergentes, acerca de la cuestión de si los precios de transferencia son utilizados como medio para desplazar beneficios de un Estado a otro con fines fiscales. Por otro lado, la aplicación de reglas estrictas en esta materia puede llevar a una reducción del beneficio imponible en otros Estados con una política menos rigurosa. Esta consideración ha inducido a estos últimos Estados a reforzar sus exigencias, con el riesgo, señala el informe ⁷, de que se entable una carrera hacia arriba entre Estados miembros.

⁵ Págs. 275 y sig.

⁶ Págs. 277 y sigs.

⁷ Pág. 279.

Las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia («Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations») publicadas inicialmente en 1995 y actualizadas en los años siguientes hasta 1999, proporcionan unas reglas comunes aceptadas por todos los Estados miembros, pero no resuelven todos los problemas principalmente porque no son interpretadas por todos ellos de manera uniforme.

En lo que respecta a la doble imposición, el informe ⁸ enumera cuatro mecanismos de resolución de controversias:

- Reclamaciones ante los tribunales nacionales,
- Procedimiento amistoso previsto en los convenios de doble imposición,
- El Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas ⁹ (en adelante «Convenio de Arbitraje», CA),
- Los *Advance Pricing Agreements* (APAs) o acuerdos previos en materia de precios de transferencia.

Según el informe, los litigios sobre precios de transferencia no son adecuados para ser llevados ante los tribunales nacionales, porque los precios de transferencia «no son una disciplina jurídica, ya que principalmente se centra en cuestiones económicas ... y porque los casos tienden a versar sobre hechos específicos con importantes cantidades de material relativo a antecedentes». Por otra parte, los litigios ante los tribunales nacionales contemplan la cuestión desde la perspectiva de uno de los Estados, por lo que no garantizan la eliminación de la doble imposición.

Respecto a los APAs señala el informe que en general no están todavía muy desarrollados en la UE. Los procedimientos amistosos y el CA se basan en mecanismos semejantes; el segundo es, según el informe, el instrumento preferido en el contexto de la UE. El informe ¹⁰ pone de manifiesto algunas deficiencias del CA que, en general, han sido tomadas en consideración en posteriores propuestas de medidas en la UE a las que más adelante nos referiremos.

Por la misma razón, tampoco expondremos aquí las medidas propuestas en materia de precios de transferencia en la Parte IV del informe ¹¹. Es de mencionar que el informe subraya la conveniencia de que las soluciones adoptadas en el seno de la UE respeten los principios y reglas de la OCDE contenidos en las «Guidelines», comenzando por el principio *arm's length*, si bien considera que en ellas hay espacio para ulteriores desarrollos, especialmente respecto a las exigencias de documentación ¹².

⁸ Págs. 290 y sigs.

⁹ 90/436/CEE.

¹⁰ Págs. 295 y sigs.

¹¹ Parte IV.B.8, págs. 360 y sigs.

¹² Págs. 362 y sig.

B) La comunicación de la Comisión «Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales».

El informe sobre «Company Taxation in the Internal Market» sirvió de base a la comunicación de la Comisión titulada «Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales: Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria»¹³, emitida en el mismo año 2001. En este documento se indica que «los obstáculos y problemas respecto a la imposición de las transacciones en el seno de un grupo (precios de transferencia) son variados, aunque cada vez más importantes, y exigen acción urgente». También en él se distinguen los dos conjuntos de problemas mencionados en el informe: los problemas de determinación de los precios de transferencia y la doble imposición. En relación con los primeros, la Comisión anima a los Estados miembros «a que introduzcan o amplíen los programas bilaterales o multilaterales de acuerdos previos sobre determinación de precios» y sugiere que «se establezca entre los Estados miembros una mayor coordinación de los requisitos en materia de documentación y de la aplicación de distintos métodos [para la determinación de los precios de transferencia]. Esta coordinación debería inspirarse en las propuestas de la OCDE en ese ámbito y complementarlas. Todo ello reduciría los costes de cumplimiento y la incertidumbre relativa a los precios de transferencia».

Respecto al CA «la Comisión reconoce que su mejora constituye un problema prioritario. Deben eliminarse sus defectos y sus disposiciones deben someterse a la interpretación del Tribunal, convirtiéndolo si es posible en un instrumento de Derecho comunitario». Añade la comunicación citada que «debería establecerse un marco para que las administraciones fiscales implicadas puedan alcanzar acuerdos previos o al menos consultarse antes de ajustar los precios de transferencia».

La Comisión anuncia que con el fin de examinar todos estos problemas, convocará en la primera mitad de 2002 un «Foro conjunto sobre los precios de transferencia».

C) El Foro Conjunto sobre los Precios de Transferencia (FCPT).

La comunicación «Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales» atribuye al FCPT las siguientes funciones:

- Examinar los problemas que puedan abordarse sin necesidad de adoptar iniciativas legislativas, por ejemplo desarrollando e intercambiando las mejores prácticas en materia de acuerdos previos sobre fijación de precios y requisitos de documentación.
- Considerar en qué medida pueden mejorarse y uniformarse las metodologías para la fijación de precios de transferencia siguiendo las directrices de la OCDE.
- Examinar qué mejoras exige el CA con objeto de presentar una propuesta formal de Directiva en 2003 y convertirlo en un instrumento de Derecho comunitario.

¹³ COM(2001) 582 final.

Otros documentos ¹⁴ describen las funciones del FCPT distinguiendo los dos grandes grupos de cuestiones apuntados en el informe: reducir los altos costes de cumplimiento y eliminar la doble imposición.

En todo caso se trata de competencias de mero examen y propuesta. En la página web del FCPT ¹⁵ se afirma que «reunir a todas las partes implicadas para discutir las cuestiones planteadas llevará a un mejor entendimiento común y permitirá identificar posibles mejoras no legislativas a problemas prácticos con el fin de reducir el coste de cumplimiento y evitar controversias». La Comisión ha aclarado ¹⁶ que «el objetivo de este elemento del mandato es evitar cualquier perjuicio a las competencias respectivas de las instituciones de la UE y de los Estados miembros y que, por tanto, afecte a la legislación comunitaria. De ningún modo debe considerarse que este elemento del mandato impide al Foro identificar mejoras prácticas que puedan implicar modificaciones legislativas en algunos Estados miembros. Dado que el Foro es un mero grupo consultivo de expertos, en cualquier caso la decisión de realizar cambios legislativos sigue siendo competencia exclusiva de los Estados miembros correspondientes».

Como veremos, los objetivos propuestos para el FCPT sólo se han logrado en parte.

La iniciativa de crear el FCPT fue acogida favorablemente por el Consejo de 11 de marzo de 2002.

El FCPT está compuesto por un experto por cada una de las administraciones fiscales de los Estados miembros y 10 expertos del sector empresarial, nombrados por la Comisión de acuerdo con representantes de la Presidencia del Consejo de Ministros de la UE y de la Unión de Confederaciones de la Industria y de los Empleadores de Europa (UNICE) por un periodo renovable de dos años. El FCPT se reunió por primera vez el 3 de octubre de 2002 y desde entonces ha celebrado otras ocho reuniones, la última de las cuales tuvo lugar el 16 de septiembre de 2004.

Los primeros resultados de la actividad del FCPT se recogen en la comunicación de la Comisión de 23 de abril de 2004 relativa a las actividades del Foro ¹⁷, en la que se incluye como anexo un informe sobre dichas actividades desde octubre de 2002 hasta diciembre de 2003. En este periodo el FCPT se dedicó principalmente a examinar los problemas relativos al CA, formulando unas propuestas que expondremos en el apartado siguiente. Ha estudiado también las cuestiones relacionadas con los costes de cumplimiento, aunque todavía no ha alcanzado conclusiones respecto a ellas.

¹⁴ «The EU Joint Transfer Pricing Forum. Issues for Debate», JTPF/OO3/2002/EN, de 2 de agosto de 2002. Véase también la nota de prensa IP/02/1105, de 19 de Julio de 2002.

¹⁵ http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/taxation/company_tax/transfer_pricing.htm. También en el documento JTPF/003/2002/EN.

¹⁶ Comunicación relativa a las actividades del FCPT [COM(2004) 297 final, de 23.04.2004], párrafo 10.

¹⁷ Citada en la nota anterior.

2. EL CONVENIO DE ARBITRAJE

A) Suspensión de la vigencia del Convenio.

El artículo 20 del CA establecía un periodo de vigencia de cinco años, añadiendo que seis meses antes de la expiración de dicho periodo los Estados contratantes se reunirán para tomar una decisión sobre su prórroga. Este período expiró el 1 de enero de 2000, ya que el Convenio entró en vigor el 1 de enero de 1995. Con el fin de evitar la terminación de la vigencia del Convenio, los Estados miembros signatarios firmaron el 25 de mayo de 1999 un Protocolo ¹⁸ que modifica el citado artículo 20, estableciendo que el Convenio se prorrogará cada cinco años siempre que ningún Estado contratante indique su oposición por escrito a la Secretaría General del Consejo de la UE al menos seis meses antes de la expiración del periodo en curso. El artículo 3, apartado 1, del Protocolo dispone que éste entrará en vigor el primer día del tercer mes siguiente al depósito del instrumento de ratificación, aceptación o aprobación del Estado signatario que cumplimente en último lugar esta formalidad, y añade que surtirá efecto a partir del 1 de enero de 2000 (apartado 2). Al no haber sido ratificado a tiempo el Protocolo de prórroga por Italia y Portugal, el CA dejó de estar en vigor en esa fecha. El último Estado signatario depositó el instrumento de ratificación del Protocolo el 4 de agosto de 2004, por lo que el CA ha vuelto a entrar en vigor el 1 de noviembre de 2004, aplicándose retroactivamente desde el 1 de enero de 2000, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.2 del Protocolo ¹⁹. El apartado 3 del artículo 3 del Protocolo dispone que «el periodo que comienza el 1 de enero de 2000 y termina en la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo no se tendrá en cuenta para determinar si un caso ha sido presentado dentro del plazo a que hace referencia el apartado 1 del artículo 6 del Convenio de Arbitraje».

El FCPT estudió los problemas derivados del estado de vigencia del Convenio ²⁰, especialmente con relación a los casos presentados con posterioridad al 1 de enero de 2000 y las soluciones adoptadas por los Estados miembros ²¹, que se pueden resumir de la manera siguiente:

- En cuanto a la primera fase del procedimiento del Convenio (procedimiento amistoso) los Estados admiten su tramitación aplicando sea el Convenio, si el otro Estado lo acepta (ésta es la postura de España), sea la norma del correspondiente convenio de doble imposición.

¹⁸ DO n° C 202 de 16.07.1999, pág. 1.

¹⁹ Cfr. el documento titulado «Secretariat discussion paper on the re-entry into force of the Arbitration Convention», JTPF/019/2004/EN.

²⁰ La Comisión «lamenta que el Foro haya dedicado gran parte de su tiempo» a estas cuestiones [COM(2004) 297 final, párrafo 8].

²¹ Se exponen en el apartado 2.1 del informe sobre las actividades del FCPT, anexo III de la comunicación COM(2004) 297 final. Véase también MEMO/04/96, de 27 de abril de 2004 y el documento JTPF/019/2004/EN. Este último fue debatido en la última sesión del FCPT, celebrada el 16 de septiembre de 2004.

- En cuanto a la segunda fase (procedimiento arbitral), que es la específica del CA, algunos Estados prefieren esperar para su tramitación a que el Convenio recupere su vigencia, mientras que otros aceptan continuar el procedimiento si el otro Estado está conforme.

La Comisión se lamenta de que la naturaleza de tratado internacional entre los Estados miembros, fuera del Derecho comunitario, dé lugar a estos problemas: «Es obvio –afirma– que esta situación no se hubiera producido si el Consejo hubiera seguido la propuesta inicial de la Comisión de adoptar un instrumento de Derecho comunitario en lugar de un convenio multilateral» ²². «La preferencia de la Comisión ha sido siempre convertir el Convenio de Arbitraje en un instrumento de Derecho comunitario, a fin de que sus disposiciones estuviesen sometidas a la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, fortaleciéndose así la posición de los contribuyentes. Sin embargo, hasta el presente esto ha resultado imposible por razones políticas» ²³.

Por otra parte, Grecia aún no ratificó el convenio relativo a la adhesión de Austria, Finlandia y Suecia al CA firmado el 21 de diciembre de 1995 ²⁴, si bien cuando este último vuelva a estar en vigor, esa ausencia únicamente afectará a los casos de doble imposición que medien entre Grecia y los tres nuevos signatarios ²⁵.

En vista de la experiencia de la anterior ampliación de la UE, la Comisión ha expresado su preocupación ante el problema que puede plantear la adhesión de los nuevos Estados miembros de la UE al CA: «el tiempo que llevaría a los futuros veinticinco Estados miembros ratificar este instrumento podría poner en serio peligro su valor añadido para los nuevos Estados miembros y para las empresas en general en esa zona geográfica. Además, la red de tratados bilaterales de doble imposición entre los nuevos Estados miembros de la UE y entre dichos Estados y los actuales Estados miembros no está terminada... Por tanto, la Comisión respalda totalmente la recomendación del Foro de que los Estados miembros deben comprometerse a ratificar el Convenio de Adhesión para los nuevos Estados miembros antes del final del primer semestre de 2006. Además el Convenio de Adhesión debe contener una disposición que permita la aplicación bilateral inmediata entre los Estados miembros que lo hayan ratificado. La Comisión está a favor asimismo de incluir en el Convenio de Arbitraje una disposición que evite la repetición del largo proceso de ratificación después de cada ampliación de la UE, por ejemplo, estableciendo la adhesión automática o la adhesión mediante declaración unilateral» ²⁶.

²² COM(2004) 297 final, párrafo 8.

²³ MEMO/04/96.

²⁴ DO n° C 26, de 31.01.1996, pág. 1.

²⁵ *Cfr.* MEMO/04/96.

²⁶ COM(2004) 297 final, párrafo 9.

B) Propuestas relativas a la aplicación del Convenio de Arbitraje.

Durante los dos primeros años de trabajos del FCPT éste concedió atención preferente a los problemas planteados por la aplicación del CA. Sus conclusiones quedan plasmadas en un Proyecto de Código de Conducta (PCC) relativo a dicha aplicación ²⁷. La Comisión invita al Consejo a que apruebe «lo antes posible» dicho Proyecto, si bien lo considera solamente una «solución intermedia», cuya puesta en práctica «podría llevar a avanzar considerablemente en la consecución de un instrumento adecuado para solucionar la cuestión de la doble imposición vinculada a los precios de transferencia en la UE», y añade que «según la respuesta que dé el Consejo a la propuesta de la Comisión, la Comisión valorará si es necesario proponer un instrumento de Derecho comunitario en una fase posterior» ²⁸.

El preámbulo del PCC afirma que éste «es un compromiso político y no afecta a los derechos ni a las obligaciones de los Estados miembros ni a los respectivos ámbitos de competencia de los Estados miembros y de la Comunidad resultantes del Tratado». Se trata, pues, de un típico ejemplo de la llamada *soft law*. Sus disposiciones tienen un carácter muy técnico, que hace imposible describir las aquí con detalle. Una síntesis muy breve podría ser la siguiente:

a) Fijación del momento inicial de determinados plazos establecidos en el CA.

El artículo 6(1) del CA establece que la primera fase del procedimiento regulado en el CA (procedimiento amistoso) comienza con la presentación, por el contribuyente que se considere sometido a doble imposición contraria al principio *arm's length*, de su caso (su demanda) a la autoridad competente del Estado contratante del que fuere un residente o en el que esté situado su establecimiento permanente, y añade que la presentación debe tener lugar antes de transcurridos tres años a partir de la primera notificación de la medida que ocasione o pueda ocasionar una doble imposición. El PCC prevé que dicha medida es el acto de liquidación o equivalente. Recomienda asimismo que este criterio se adopte para la aplicación de la norma paralela contenida en el artículo 25(1) del Modelo de convenio de doble imposición sobre la renta y el patrimonio de la OCDE.

El artículo 7(1) del CA concede a las autoridades interesadas un plazo de dos años para llegar a un acuerdo en el procedimiento amistoso, transcurrido el cual comienza la fase arbitral. Dicho plazo se cuenta «a partir de la primera fecha en que se presente el caso a una de las autoridades competentes de conformidad con el apartado 1 del artículo 6». Para que se considere que un caso ha sido

²⁷ Anexo II a la comunicación COM(2004) 297 final.

²⁸ COM(2004) 297 final, párrafos 12 y 13.

«presentado» a la autoridad competente es necesario que el contribuyente facilite a la administración una información que permita a ésta enjuiciar si una reclamación está fundada ²⁹. El apartado 2 del PCC enumera la información necesaria para este fin y establece que el periodo de dos años empezará en la última de las siguientes fechas: a) fecha de la notificación del acto de liquidación o equivalente; b) fecha en que la autoridad competente recibe la solicitud y la información mínima mencionada.

b) Reglas relativas al procedimiento amistoso en el marco del Convenio de Arbitraje.

Las reglas sobre el procedimiento amistoso contenidas en el apartado 3 del PCC tienden en resumen a hacer dicho procedimiento más ágil y eficaz. Disponen, por ejemplo, que los procedimientos se resolverán lo más rápidamente posible, teniendo en cuenta todos los medios apropiados para este fin, sin imponer costes de cumplimiento indebidos ni excesivos. El procedimiento deberá realizarse en una lengua de trabajo común o con un método de efecto equivalente.

La autoridad competente a la que se ha dirigido el contribuyente debe acusar recibo en el plazo de un mes. Si considera que no ha presentado la información mínima necesaria para considerar iniciado un procedimiento amistoso debe solicitar la información adicional en el plazo de dos meses.

La autoridad competente del Estado en que se haya dictado el acto de liquidación debe enviar a los Estados contratantes afectados, en el plazo máximo de cuatro meses, un informe en el que indique su posición. La autoridad competente de estos Estados debe, a su vez, remitir a aquélla un informe de respuesta en el plazo máximo de seis meses a partir de la recepción del informe de posición. En caso de discrepancia entre ambas autoridades, debe celebrarse una reunión entre ellas en el plazo máximo de 18 meses a partir de la fecha inicial del plazo de dos años del artículo 7(1) del CA.

Se recomienda a los Estados miembros aplicar las normas del PCC sobre la fase de procedimiento amistoso en el marco del CA también a los procedimientos iniciados por aplicación de la correspondiente norma de los convenios de doble imposición.

c) Reglas relativas al procedimiento arbitral del Convenio de Arbitraje.

Cuando no se ha logrado un acuerdo en el procedimiento amistoso en el plazo de dos años, el artículo 7 del CA dispone que se constituirá una comisión consultiva, que emitirá un dictamen sobre la forma de suprimir la doble imposición en cuestión. Dicha comisión se compone, según el artícu-

²⁹ Informe de las actividades del FCPT, COM(2004) 297 final, Anexo III, 2.2.2.

lo 9 del CA, de representantes de las autoridades competentes afectadas y personalidades independientes designadas a partir de una lista formada con las personas nombradas por los Estados contratantes. El PCC contiene algunas reglas acerca de este nombramiento y de la constitución de la comisión consultiva en cada caso planteado. Los Estados contratantes se comprometen a informar sin dilación al Secretario General del Consejo de la UE de los nombres de las cinco personalidades independientes, así como cualquier modificación de la lista ³⁰. Corresponde al Estado contratante que haya dictado el acto de liquidación tomar la iniciativa de crear la comisión y organizar sus reuniones. La comisión se compondrá, en principio, de dos personalidades independientes, de un presidente y de los representantes de las autoridades competentes.

Se considera que la fecha de presentación de un caso a la comisión consultiva es la fecha en que el presidente confirme que sus miembros han recibido toda la documentación del caso. En relación con el procedimiento, el PCC dispone, entre otras cosas, que la comisión consultiva puede pedir a los Estados contratantes que comparezcan ante ella. Los costes del procedimiento se repartirán por igual entre los Estados contratantes afectados.

El PCC especifica el contenido del dictamen de la comisión consultiva, que incluye, entre otras menciones, un breve resumen del procedimiento y los fundamentos y métodos en que se basa la decisión que figura en el dictamen. Se determina también la forma de notificación del dictamen, que puede también ser publicado con el consentimiento escrito de las empresas afectadas.

d) Suspensión del ingreso de la deuda tributaria.

El PCC (apartado 5) recomienda a los Estados miembros que garanticen la suspensión del ingreso del importe objeto del litigio durante la tramitación de los procedimientos transfronterizos de resolución de conflictos en aplicación del CA, en las mismas condiciones aplicables a los recursos internos, aunque dichas medidas puedan suponer modificaciones legislativas en algunos Estados miembros. Y añade que sería conveniente que los Estados miembros extendieran esas medidas también a los procedimientos de resolución de conflictos derivados de la aplicación de los convenios de doble imposición.

e) Cuestiones cuyo examen fue aplazado por el FCPT.

En las deliberaciones del FCPT se suscitaron algunas otras cuestiones –algunas mencionadas en el informe «Company Taxation in the Internal Market»–, cuyo estudio en profundidad el Foro decidió, en vista de su complejidad, aplazar a un momento posterior. Son las siguientes:

³⁰ El informe de las actividades del FCPT, apartado 2.4, indica que en septiembre de 2003 cinco Estados contratantes (Grecia, Finlandia, Irlanda, Portugal y Suecia) no habían designado aún a sus personalidades independientes para su elección como miembros de la comisión consultiva y observa que algunas listas de personalidades designadas por los Estados contratantes son anteriores a la aprobación del CA de 1990, lo que pone en duda su vigencia.

- *Interacción de los procedimientos amistoso y arbitral con los recursos administrativos y judiciales internos.*

Se trata de los problemas derivados de lo dispuesto en los apartados 1, párrafo 2º, y 3 del artículo 7 del CA. De acuerdo con el primero, cuando se interponga recurso ante un tribunal interno, el plazo de dos años para que las autoridades lleguen a un acuerdo en el procedimiento amistoso comienza a contarse a partir de la fecha en que sea firme la resolución dictada en última instancia en dicho recurso. La aplicación de esta norma puede dilatar excesivamente la duración de los procedimientos del CA.

Con arreglo al artículo 7(3) del CA, «cuando la legislación interna de un Estado contratante no permitiere a las autoridades competentes de ese Estado aplicar excepciones a las resoluciones de sus instancias judiciales, el apartado 1 sólo será de aplicación si la empresa asociada de dicho Estado hubiere dejado transcurrir el plazo de presentación del recurso o hubiere desistido de dicho recurso antes de haberse dictado una resolución». Los miembros del Foro representantes del sector empresarial alegaron que esta disposición induce a los contribuyentes a desistir de sus recursos internos, teniendo que acudir entonces únicamente a los procedimientos del CA, los cuales entrañan considerables cargas financieras.

- *Compensación de los intereses activos y pasivos derivados de los ajustes correlativos resultantes de los procedimientos de resolución de conflictos.*

El informe del FCPT señala que ninguno de los países, excepto los Países Bajos, ofrece la posibilidad de acordar, en el marco de un procedimiento amistoso, que los intereses a favor de las empresas correspondientes al exceso de impuestos pagados tengan en cuenta los intereses que debe la empresa satisfacer en el otro Estado contratante por el retraso (y viceversa), de modo que se compensen los intereses pagados y los intereses recibidos.

- *Sanciones.*

El informe del FCPT se limita a hacer una descripción general sobre el régimen sancionador de las infracciones en materia de precios de transferencia, sin indicar expresamente donde radican los problemas en este aspecto, que cabe entender que consistirían en la heterogeneidad de dichos regímenes.

3. COSTES DE CUMPLIMIENTO

A) Exigencias de documentación.

El segundo gran bloque de problemas detectados en relación con los precios de transferencia es la existencia de costes de cumplimiento excesivos. Estos costes se originan en gran parte, aunque no exclusivamente, por la documentación exigida por las legislaciones de los distintos Estados miembros

para justificar los precios de transferencia. El informe «Company Taxation in the Internal Market»³¹ recoge las quejas en este sentido de los representantes de las empresas, quienes aducen que las exigencias de documentación a menudo exceden de las que pueden ser satisfechas por la contabilidad de gestión. Señalan también que algunos Estados miembros no siguen las «Guidelines» de la OCDE y que existen importantes diferencias entre los requisitos de documentación entre los Estados miembros. Estas exigencias tienden a aumentar y representan una carga importante no sólo para los contribuyentes sino también para las administraciones fiscales.

El FCPT no ha alcanzado todavía conclusiones en esta materia, si bien desde su quinta reunión (11 de septiembre de 2003) ha comenzado a examinar algunos estudios y documentos preparatorios. Entre estos destaca el titulado «Discussion paper on Documentation Requirements»³². Comienza este documento por hacer una exposición de los problemas planteados en esta materia, a los que ya se ha hecho alusión, señalando la tendencia entre los Estados miembros a imponer exigencias cada vez más onerosas de documentación en materia de precios de transferencia, por temor a la manipulación de éstos y a la doble no-imposición. La mera existencia –indica– de diferentes conjuntos de exigencias de documentación en el mercado interior y su potencial extensión a más de 25 representa una carga adicional para una sociedad que se proponga realizar negocios con una sociedad vinculada en otro Estado miembro y favorece, por el contrario, la inversión y las operaciones interiores. La preparación de un gran número de paquetes documentales distintos y singulares es una propuesta anti-económica, que afecta particularmente a las pequeñas y medianas empresas³³.

Si bien las «Guidelines» de la OCDE, especialmente en relación con la documentación su capítulo V, constituyen un marco muy útil, se considera a veces que son demasiado generales y vagas, dando lugar a diferentes interpretaciones³⁴. No obstante, dado que las empresas multinacionales realizan a menudo actividades tanto en la UE como en otros Estados miembros de la OCDE, es importante que las exigencias comunes de documentación no se interfieran con las Guidelines de la OCDE. Por ello las propuestas que se formulan en este documento de trabajo están basadas en dichas Guidelines, a las que tratan de complementar, no a obstaculizar soluciones más globales en el marco de la OCDE³⁵.

El documento³⁶ adopta como criterio orientador de las exigencias de documentación el concepto de «administrador prudente» (*prudent business manager*), que toma de las Guidelines de la OCDE. En éstas se afirma que «la actividad del contribuyente de considerar si los precios de transferencia son adecuados a efectos fiscales debería ajustarse a los mismos principios de administra-

³¹ Págs. 282 y sig.

³² La última versión es JTPF/019/REV3/2003/EN, de 31 de agosto de 2004.

³³ Párrafo 4.

³⁴ Párrafo 12.

³⁵ Párrafo 31. Véase también el documento JTPF/003/2002/EN.

³⁶ Párrafos 27 y sigs.

ción prudente por los que se rige la actividad de evaluar una decisión de negocios de un nivel similar de complejidad e importancia. Cabría esperar que la aplicación de estos principios requeriría que el contribuyente preparase o remitiese a materiales escritos que puedan servir para documentar los esfuerzos realizados para cumplir el principio *arm's length*»³⁷. De este principio se deduce, según las empresas, que las administraciones fiscales no pueden esperar que los contribuyentes dediquen más recursos a la fijación de los precios al nivel *arm's length* que a otros aspectos de los negocios. Las administraciones hacen hincapié, por su parte, en las exigencias que el principio impone a la calidad de la documentación y al tiempo en que esta debe ser preparada.

El documento de trabajo³⁸ expone tres posibles planteamientos o enfoques para la adopción de reglas comunes en materia de documentación de los precios de transferencia: la mejor práctica (*best practice*), la documentación estándar (*standardised documentation*) y la documentación centralizada o archivo central (*masterfile concept*).

El enfoque de la mejor práctica consistiría en tomar de la legislación y prácticas administrativas de distintos países los aspectos más adecuados y recomendar su adopción por los Estados miembros. Éste es el método menos restrictivo para los Estados, pero, a cambio, no impide que los contribuyentes tengan que preparar un gran número de paquetes de documentación distintos y singulares.

El enfoque de la documentación estándar persigue la elaboración de documentación descentralizada pero estandarizada, de manera que las empresas continuarían preparando paquetes de documentación distintos y singulares, pero con arreglo a un único conjunto de reglas.

Por último, el enfoque del archivo central significa que un grupo multinacional prepararía una única documentación («archivo central» o *masterfile*) que serviría de base para elaborar documentación específica para cada país a partir de fuentes tanto centrales como locales. El archivo central suministraría un plano o guía de la sociedad y de su sistema de precios de transferencia válido para todos los Estados interesados. En este planteamiento el contribuyente se comprometería a proporcionar, en un tiempo razonable, a solicitud de la administración fiscal de un Estado miembro, la información necesaria para la aplicación de la CA, de un convenio de doble imposición o de las leyes internas de dicho Estado. Este planteamiento entrañaría una reducción considerable de los costes de cumplimiento y, desde el punto de vista de la administración, mejoraría la calidad de la documentación, ya que ésta sería preparada normalmente por personas más expertas en precios de transferencia y con más información que si se elaborase en el ámbito nacional.

El archivo central no necesariamente satisfaría las exigencias de documentación de cada Estado miembro, por lo que la administración correspondiente estaría facultada para requerir del contribuyente información adicional relativa al país u operación en cuestión. Por otro lado, la documenta-

³⁷ Párrafo 5.4.

³⁸ Apartado D, párrafos 90 y sigs.

ción centralizada plantea más problemas que la descentralizada respecto a su ámbito de aplicación; por ejemplo, si deben incluirse en la documentación central de la UE las filiales no comunitarias o en qué medida podrían aplicarse las reglas comunitarias en esta materia a los socios no comunitarios. Por ello –observa el documento de trabajo– es posible que un enfoque centralizado requiera una solución más global en el marco de la OCDE ³⁹.

El documento de trabajo concluye con una propuesta de recomendaciones relativas a las reglas en materia de documentación ⁴⁰, que no es posible resumir aquí. Únicamente mencionaremos que en ellas se contemplan simplificaciones para empresas pequeñas y medianas ⁴¹. Se sugiere aplicar un «test de razonabilidad» para determinar los estándares de documentación adecuados para distintos tipos y tamaños de empresas estableciendo una menor carga de cumplimiento para las pequeñas y medianas en comparación con las filiales de las grandes empresas multinacionales, lo cual no infrinjería las directrices de la OCDE. Se propone también que las recomendaciones se apliquen a las operaciones en las que participen establecimientos permanentes ⁴².

B) Los métodos de determinación de los precios *arm's length* y la búsqueda de elementos de comparación.

Los métodos para determinar los precios de transferencia que satisfacen el principio *arm's length* son bien conocidos. Limitándonos únicamente a las Guidelines de la OCDE, recordemos brevemente que éstas distinguen entre los que denominan «métodos tradicionales basados en las operaciones» (*traditional transaction methods*) y «métodos basados en el beneficio de las operaciones» (*transactional profit methods*). Los primeros son el «método del precio comparable no controlado» (*comparable uncontrolled price, CUP*), el del «precio de reventa» (*resale price method, RPM*) y el del «coste incrementado» (*cost plus method, CP*). Entre los «métodos basados en el beneficio de las operaciones», las Guidelines incluyen el de la «división del beneficio» (*profit split method, PSM*) y el del «margen neto de la operación» (*transactional net margin method, TNMM*).

Este último se describe por las Guidelines ⁴³ diciendo que «examina el margen de beneficio neto correspondiente a una base adecuada (p. e., costes, ventas, activos) que un contribuyente obtiene de una operación controlada... Así el método del margen neto de la operación funciona de manera similar a los del coste incrementado y el precio de reventa... Esto significa en particular que el margen neto del contribuyente derivado de la operación controlada ... debe establecerse idealmen-

³⁹ El método de la documentación centralizada o del archivo central está analizado con más detalle en otro documento de trabajo: «Discussion paper on the masterfile concept», JTPF/003/REV3/2004/EN, de 30 de agosto de 2004.

⁴⁰ Apartado E, párrafos 148 y siguientes.

⁴¹ Párrafo 164.

⁴² Párrafo 171.

⁴³ Apartado 3.26.

te por referencia al margen neto que el mismo contribuyente gana en operaciones comparables no controladas. Cuando esto no es posible, puede servir de guía el margen neto que habría sido ganado en operaciones comparables por una empresa independiente». Por consiguiente, tanto los métodos tradicionales como el TNMM se basan en la comparación con operaciones no controladas (designadas habitualmente con el término inglés *comparables*); no, en cambio, el PSM.

La búsqueda de *comparables* es, pues, un elemento capital en la metodología de los precios de transferencia y de ella se ocupan los documentos de trabajo de la UE, incluidos los del FCPT. El informe «Company Taxation in the Internal Market» menciona los resultados de un estudio realizado por Ernst & Young, según los cuales en la UE en la práctica los métodos basados en las operaciones –especialmente el CUP y el CP– son los más utilizados, por lo que –comenta el informe– «al parecer las empresas en general se las ha arreglado hasta ahora para superar los problemas teóricos de encontrar y aplicar operaciones comparables internas (o externas) para fijar los precios de transferencia ⁴⁴.

El documento de trabajo del FCPT sobre exigencias de documentación ⁴⁵ examina la cuestión del uso de búsquedas de *comparables* en bases de datos ⁴⁶. El documento hace una valoración general de las bases de datos y observa que las particulares de un país pueden contener datos más detallados pero ser más limitadas en cuanto al número de sociedades incluidas, mientras que lo contrario sucede en el caso de las bases pan-europeas (éste es el término adoptado en este debate). Señala el documento que en los Estados miembros de la UE la búsqueda de *comparables* no es una exigencia legal, pero se considera un instrumento altamente recomendable. Se otorga preferencia a las búsquedas locales, pero se aceptan también las regionales o las pan-europeas siempre que respeten los factores de comparabilidad ⁴⁷ y sus resultados no muestren diferencias significativas respecto al resto de un conjunto de *comparables*.

Las empresas, por su parte, sostienen que en los casos en los que los métodos tradicionales no pueden ser empleados y, por tanto, hay que utilizar el TNMM, las autoridades nacionales deben aceptar búsquedas de comparabilidad fuera del país. Alegan en apoyo de esta opinión, por un lado, que los datos estadísticos demuestran que los intervalos de precios *arms's length* son iguales por lo general en el ámbito europeo y en el nacional; por otro lado, que la búsqueda en bases de datos locales incrementa los costes de cumplimiento.

⁴⁴ Pág. 281.

⁴⁵ JTPF/019/REV3/2003/EN, apartado C, párrafos 60 y sigs.

⁴⁶ Un estudio más detenido se encuentra en el borrador de documento de trabajo «on Database Searches for Comparables», JTPF/005/2004/EN, de 1 de marzo de 2004.

⁴⁷ Alude a los enumerados en los párrafos 1.19 a 1.35 de las Guidelines de la OCDE. Son los siguientes: 1. Características de los bienes o servicios. 2. Análisis funcional. 3. Términos contractuales. 4. Circunstancias económicas. 5. Estrategias de negocios.

El documento de trabajo formula también algunas consideraciones sobre los métodos de determinación de los precios *arm's length* ⁴⁸, acerca de los cuales señala que existe una cierta indeterminación en la UE ⁴⁹. Sostiene que a fin de ajustarse a la posición de la OCDE debe darse preferencia a los métodos tradicionales basados en las operaciones y que los contribuyentes deberían demostrar que han hecho un esfuerzo razonable para usar esos métodos, pero las dificultades prácticas para su aplicación pueden requerir cierta flexibilidad respecto a la admisión de los métodos basados en el beneficio de las operaciones, en particular el TNMM, sin alterar, sin embargo el orden propugnado por la OCDE. Propone, en consecuencia, que el FCPT reconozca que el TNMM sigue siendo un método utilizable como último recurso.

Propone también este documento que el FCPT declare que las búsquedas de *comparables* en bases de datos cuando se aplican los métodos tradicionales o el TNMM son con frecuencia en la práctica un importante instrumento para determinar el carácter *arm's length* de los operaciones intra-grupo. Acepta, por otra parte, la opinión de las empresas en el sentido de que los análisis de comparabilidad pan-europeos o no nacionales arrojan intervalos de resultados fiables, semejantes a los específicos de cada país. Por ello propone el documento que el FCPT recomiende a las administraciones fiscales que no rechacen automáticamente los *comparables* hallados en bases de datos pan-europeas, sino que las evalúen en vista de las circunstancias de caso concreto.

Por último, recomienda a las autoridades fiscales nacionales que cuando el contribuyente demuestre que ha hecho esfuerzos razonables para aplicar en primer lugar los métodos tradicionales basados en las operaciones recomendados por la OCDE, y documente sólidamente sus búsquedas de comparabilidad, especialmente el cumplimiento de los cinco factores de comparabilidad de la OCDE ⁵⁰, la utilización de *comparables* no nacionales no determine por sí misma la imposición de sanciones.

4. CUESTIONES PENDIENTES

En sus dos años de reuniones el FCPT no ha conseguido cumplir totalmente con su programa inicial de trabajo. En vista de ello, la Comisión manifestó en su comunicación sobre las actividades del Foro de 23 de abril de 2004 ⁵¹ su propósito de prorrogar hasta final de 2004 el periodo inicial de dos años previsto para sus actividades. Efectivamente estaban previstas dos reuniones en este tiempo, los días 16 de septiembre y 14 de diciembre de 2004 ⁵². Los temas que se preveía tratar en ellas

⁴⁸ Párrafos 81 y sigs.

⁴⁹ Párrafo 12.

⁵⁰ Cfr. nota 46.

⁵¹ COM(2004) 297 final, párrafo 11.

⁵² MEMO/04/96, de 27 de abril de 2004.

son el de las exigencias de documentación y su posible estandarización en la UE, asunto incluido en el orden del día de la primera de dichas reuniones, y el de los acuerdos previos en materia de precios de transferencia (*Advance Pricing Agreements*, APAs), este último no abordado en las reuniones anteriores del FCPT ⁵³. La comunicación añade que en vista de los resultados generales y otras cuestiones que identifique y proponga el foro para su debate, la Comisión podrá decidir prorrogar el mandato del Foro durante dos años más.

Ante esta posibilidad de ampliación de la duración del mandato del FCPT se están tratando de determinar las cuestiones pendientes de estudio por esta asamblea. Un borrador de documento sobre el programa de trabajo del Foro ⁵⁴ menciona como cuestiones pendientes del programa de trabajo de 2002 el examen de posibles medidas preventivas para evitar la doble imposición y la aceptabilidad de los precios de transferencia para las administraciones fiscales (incluidos los APAs). Entre las primeras se incluyen ⁵⁵ la transparencia entre las administraciones fiscales y las empresas y las consultas entre administraciones antes de hacer ajustes. Como cuestiones nuevas, el borrador enumera algunas relacionadas con los procedimientos de resolución de controversias que se pusieron de manifiesto en el primer informe del Foro, a las que ya hemos aludido más atrás:

- Intereses de demora.
- Sanciones impuestas con ocasión de los ajustes de los precios de transferencia.
- Interacción entre los procedimientos amistoso y arbitral y los recursos administrativos y jurisdiccionales.

Según el calendario propuesto, las medidas preventivas de la doble imposición, la aceptabilidad de los precios de transferencia por las administraciones (incluidos los APAs) y los intereses serán examinados en las reuniones que se celebren en 2005 y las sanciones y las relaciones entre los procedimientos internacionales y los recursos internos en las de 2006. En este último año se estudiará también la influencia de los sistemas contables sobre los precios de transferencia. Se trata de una cuestión suscitada por las empresas ⁵⁶, con referencia a las reglas de los IAS (p.e. en las búsquedas pan-europeas de *comparables*).

Durante los dos años adicionales se hará también un seguimiento de la puesta en práctica del Código de Conducta sobre la CA y del proceso de ratificación por los nuevos Estados miembros.

⁵³ Algunos de los principales problemas que plantean los APAs se enuncian en el documento «Issues for debate» (JTPF/003/2002/EN).

⁵⁴ JTPF/008/REV1/2004/EN («Draft Revised Secretariat working document for the EU Joint Transfer Pricing Forum on its Work program»), de 2 de junio de 2004.

⁵⁵ Draft working programme 2002-2004 (JTPF006/2002/EN/REV), aprobado en la segunda reunión del FCPT de 4 de diciembre de 2002.

⁵⁶ Contribution from business to the possible extension of the Forum's two years mandate, JTPF/011/BACK/2004/EN.

El borrador de programa del Secretariado no menciona otras diversas cuestiones cuya inclusión había sido propuesta por las empresas ⁵⁷ o por las administraciones ⁵⁸. Tiene especial relevancia la relacionada con los métodos de determinación de los precios de transferencia, sugerida, con unos u otros matices, tanto por aquéllas como por éstas. Las empresas proponen la armonización de las metodologías, sin perjuicio de las Guidelines de la OCDE, en vista de las discrepancias que perciben en la aplicación del principio *arm's length* entre los Estados miembros. Las administraciones sugieren la elaboración de un sistema o jerarquía de los métodos, en particular en los casos en los que se realizan funciones y operaciones complejas y no hay *comparables* disponibles, como en los de operaciones singulares o sobre intangibles, y apuntan la posibilidad de recomendar en tales casos a las empresas y las administraciones un «planteamiento residual» uniforme, es decir, aplicar diferentes métodos de determinación de precios de transferencia en varios pasos consecutivos.

Una cuestión de interés propuesta por las empresas y no recogida en el borrador de programa del Secretariado es la de las metodologías para empresas reguladas (banca y seguros y empresas en las que el precio al consumidor u otros aspectos está regulado de manera distinta en los diversos países).

⁵⁷ Doc. cit. en la nota anterior.

⁵⁸ Contribution from Member States on the possible extension of the Forum's two years mandate, JTPF/014/BACK/2004/EN.

TRIBUTACIÓN	PATRIMONIOS FINANCIEROS SIN PERSONALIDAD. NATURALEZA JURÍDICA Y RÉGIMEN TRIBUTARIO	Núm. 76/2004
-------------	--	-----------------

SERGIO NASARRE AZNAR

Profesor de Derecho Civil. Universidad Rovira i Virgili

ESTELA RIVAS NIETO

*Profesora de Derecho Financiero y Tributario. Universidad
Rovira i Virgili*

sergio.nasarre@urv.net

estela.rivas@urv.net

Extracto:

LA presencia en España de vehículos financieros basados en agrupaciones de activos sin personalidad jurídica y su disperso régimen jurídico comporta una serie de inconvenientes (como la inseguridad jurídica, la desprotección de los inversores, la falta de coherencia con el resto del ordenamiento jurídico) que bien podrían solucionarse adoptando un régimen general de la fiducia que siguiese los parámetros del *trust* anglosajón, que como figura del *common law* flexible es utilizada en todos los ámbitos de la vida (no son *inter vivos* sino también *mortis causa*) y que da una coherencia y estabilidad al sistema del que carecemos en los países de *civil law*, donde hemos ido adoptando dicha institución de manera parcial y desordenada. Aparte de su estructura jurídico-económica, los fondos (de pensiones, de inversión o de titulización) basan su éxito en su tratamiento fiscal. Así, se presenta en este trabajo el gravoso tratamiento fiscal de algunos de estos vehículos que, en ocasiones, conlleva ineficiencia en su funcionamiento, especialmente si los comparamos con sus correspondientes en derecho comparado (REITs, FREITs, CMOs, etc.), que también se analizan.

Sumario:

Abreviaturas.

1. Los vehículos financieros sin personalidad.
2. Problemática jurídica de los vehículos financieros. Aspectos generales.
3. Los dos tipos de patrimonios financieros sin personalidad en España.
 - 3.1. Los fondos en copropiedad.
 - 3.1.1. Características.
 - 3.1.2. Problemática.
 - 3.2. Los fondos tipo deuda.
 - 3.2.1. Características.
 - 3.2.2. Problemática.
4. Los originales de nuestros vehículos financieros y su estructura fiduciaria en derecho anglosajón.
5. La fiducia como herramienta de eficacia financiera.
 - 5.1. Posición actual de la jurisprudencia de nuestros tribunales.
 - 5.2. La fiducia como solución global. Características de una adecuada fiducia financiera.
6. Régimen impositivo de los fondos financieros sin personalidad jurídica.
 - 6.1. Primera etapa: la constitución del fondo.
 - 6.2. Segunda etapa: el inversor.
 - 6.3. Tributación directa de los fondos.
 - 6.4. Sumario de la tributación directa de los fondos.
7. Nuestra propuesta de un nuevo régimen impositivo para los fondos financieros.
8. Conclusión final.

Bibliografía.

ABREVIATURAS

ABS	<i>Asset-backed securities</i>
art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil 1889
CCom.	Código de Comercio 1885
CE	Constitución Española
CMOs	<i>Collateralized mortgage obligations</i>
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
EEUU	Estados Unidos
FICF	Fondo de Inversión Colectiva de Carácter Financiero
FII	Fondo de Inversión Inmobiliaria
FIMF	Fondo de Inversión Mobiliaria
FJ	Fundamento Jurídico
FREITs	<i>French Real Estate Investment Trusts</i>
FTA	Fondo de Titulización de Activos
FTH	Fondo de Titulización Hipotecaria
IAE	Impuesto sobre Actividades Económicas
IBI	Impuesto sobre Bienes Inmuebles
IIC	Instituciones de Inversión Colectiva
IICI	Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliaria (sociedades y fondos)
IRNR	Impuesto sobre la Renta de no Residentes
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
ITPAJD	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LIVA	Ley Reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido, Ley 37/1992, de 28 de diciembre (BOE 29 diciembre 1992, núm. 312, págs. 44.247)

LGT	Ley General Tributaria, Ley 58/2003, de 17 de diciembre (BOE 18 diciembre 2003, núm. 302, pág. 44.987) que deroga la Ley General Tributaria anterior (Ley 230/1963 de 28 de diciembre, BOE 31 de diciembre 1963, núm. 313, pág. 18.248)
LMH	Ley del Mercado Hipotecario (1981)
MBS	<i>Mortgage-backed securities</i>
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Legislativo
REITs	<i>Real Estate Investment Trusts</i>
RMH	Reglamento del Mercado Hipotecario (1982)
SG	Sociedad Gestora
SGFT	Sociedad Gestora de Fondo de Titulización de Activos
SGFTH	Sociedad Gestora de Fondo de Titulización Hipotecaria
SII	Sociedades de Inversión Inmobiliaria
SPV	<i>Special purpose vehicle</i>
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo
UK	Reino Unido

1. LOS VEHÍCULOS FINANCIEROS SIN PERSONALIDAD

En las dos últimas décadas, el derecho español ha venido admitiendo de manera creciente la creación de estructuras financieras que incorporan patrimonios separados que carecen de personalidad jurídica y que, por una u otra causa, no pueden englobarse dentro de los patrimonios clásicos del derecho civil. En consecuencia, se han necesitado leyes especiales para poderse desarrollar, dado que las normas del Código Civil (incluido el art. 1.255 CC) resultaban **insuficientes**.

Este proceso comenzó con los fondos de inversión mobiliaria (Ley 46/1984, de 26 de diciembre ¹, derogada por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva ² y regulados en forma de Fondos de Inversión Colectiva de carácter Financiero (FICF) en los arts. 29 a 31) y se fue extendiendo posteriormente a los fondos de inversión inmobiliaria (Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de septiembre de 1993 ³, hoy también regulados en la Ley 35/2003, arts. 35 a 38), los fondos de titulización hipotecaria (FTH) ⁴, los fondos de pensiones ⁵ y los fondos de titulización de activos (FTA) ⁶. Su culminación como entidades con cierta autonomía jurídica y participantes en el tráfico económico-jurídico la representaron dos normas que, por primera vez, les daban una *personalidad* diferenciada: la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ⁷ y la Ley del Impuesto de Sociedades (Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo) ⁸, en sus artículos 6.1 y 7.1, respectivamente.

Se trata de conjuntos de bienes agrupados que gozan de cierta autonomía y en los que, a menudo, las funciones de goce, titularidad y administración están permanentemente separados desde su creación. La importancia de su existencia radica en el conjunto (o *pool*, utilizando la terminología anglosajona) de bienes y no tanto en las personas que adquieren derechos sobre el mismo. A menu-

¹ BOE 27 de diciembre 1984, núm. 310, pág. 37.270, sobre Instituciones de Inversión Colectiva.

² BOE 5 de noviembre 2003, núm. 265, pág. 39.220.

³ BOE 5 de octubre 1993, núm. 238, pág. 28.390, rectificaciones en BOE de 16 de octubre 1993, núm. 248, pág. 29.255). No obstante, estos fondos habían nacido con la Ley 19/1992.

⁴ Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria (BOE 14 de julio 1992, núm. 168, pág. 24.123; corrección de errores en BOE núm. 186, de 4 de agosto).

⁵ RDL 1/2002, de 29 noviembre, BOE 13 de diciembre 2002, núm. 298, pág. 43.361.

⁶ RD 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización (BOE núm. 116, 15 mayo 1998, pág. 16.279).

⁷ BOE 8 de enero 2000, núm. 7, pág. 575.

⁸ Es el texto refundido (BOE 11 diciembre 2004, núm.61, pág. 10.951) de la ley anterior, Ley 43/1995, de 27 de diciembre.

do son patrimonios afectos a una determinada finalidad y que deben ser administrados y disfrutados conforme a la misma. A diferencia de lo que ocurre con las fundaciones ⁹, dichos patrimonios tienen *entidad propia* pero no tienen personalidad jurídica ¹⁰.

La importancia económica ¹¹ de estos vehículos radica en hacer posibles las inversiones de los pequeños ahorradores que han visto cómo se han ido convirtiendo en condueños o han ido adquiriendo otro tipo de derechos sobre un determinado número de viviendas en alquiler, propiedades comerciales, inversiones en multitud de valores, etc. Además, dichos vehículos representan una buena alternativa a los depósitos a plazo en las instituciones de crédito. Por su parte, los inversores institucionales, gracias a la desintermediación bancaria, tienen con estos vehículos la posibilidad de acceder directamente a los mercados de capitales e inmobiliario sin necesidad de intermediarios (bancos, cajas u otros).

No obstante, la calidad de su regulación jurídica y su potencial de eficiencia económica teórica en base a ésta no son acordes con su importancia económica.

2. PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LOS VEHÍCULOS FINANCIEROS. ASPECTOS GENERALES

De todos es sabido que el origen de estos vehículos financieros capaces de aglutinar un conjunto de cosas bajo un mismo patrimonio que es administrado por un gestor en beneficio de otros es anglosajón: el *trust* ¹². De hecho, estamos ante de una multitud de *trusts* diferentes ¹³ que no pueden

⁹ Artículo 4 Ley 50/2002, de 26 diciembre, de Fundaciones (BOE 27 diciembre de 2002, núm. 310, pág. 45.504).

¹⁰ Artículo 11.1 RDL 1/2002, que aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones; artículo 3.1 Ley 35/2003, artículo 18.1 Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de septiembre de 1993, artículo 5.1 Ley 19/1992 y artículo 1 RD 926/1998.

¹¹ Siguiendo los datos que ofrece la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) en su *Informe anual sobre los mercados de valores 2001*, CNMV, Madrid, 2002 (www.cnmv.es), fecha de consulta 15 de julio de 2003, el capital gestionado por los 2.400 fondos de inversión mobiliaria en 2001 ascendían a 137.500 millones €, con un total de 5,8 millones de partícipes (inversores) (pág. 84). Por su parte, el patrimonio de los fondos de inversión inmobiliaria en ese mismo año ascendió a 1,5 billones € y el número de partícipes estaba en 53.000, aunque solamente existían 5 fondos de este tipo, encontrándose uno de ellos en liquidación (pág. 91). Por su parte, también en 2001 se emitieron 5.074 millones € en bonos de titulización hipotecaria y otros 6.726 millones € en bonos de titulización de activos (pág. 41). Atendiendo, por otra parte, al *Informe 2002. Seguros y Fondos de pensiones* del Ministerio de Economía, Secretaría de Estado de Economía. Dirección general de seguros y fondos de pensiones (www.dgsfp.mineco.es), fecha de consulta 15 de julio de 2003, el volumen acumulado en los 2.775 planes de pensiones existentes en 2002 (pág. 205), era de 49.373 millones € (pág. 202) en los que participaron (invertieron) 6.447.898 partícipes (cifra con duplicidades) (pág. 212).

¹² HAYTON, David, *Twentieth century continental developments in wealth generation and preservation*, «Trusts and their commercial counterparts in continental Europe», The Association of Corporate Trustees, Enero 2002, págs. 38-43; ver también BORRÁS, A y GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *National report for Spain*, en HAYTON, D.J., KORTMANN, S.C.J.J. y VERHAGEN, H.L.E., (eds.) «Principles of European trust law», 1999, Kluwer Law International and W.E.J. Tjeenk WILLINK, págs. 162 y 163; ORTÍ VALLEJO, Antonio, *Las nuevas formas de movilización de la propiedad inmueble: especial consideración de los Fondos de Inversión Inmobiliaria*, Conferencia realizada el 15 de diciembre de 1996 en la Academia Granadina del Notariado, pág. 9.

¹³ De la misma opinión son CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español», *RCDI*, núm. 654, septiembre-octubre 1999, págs. 1.839-1.843, que se refiere a los Fondos de Inversión Inmobiliaria y a los Fondos de Pensiones. También apoya nuestra opinión BADOSA COLL, Ferran, *Examen de tres «esquemas fiduciarios en*

serlo porque dicha institución no está admitida en nuestro ordenamiento jurídico y que han sido, en cierto modo, «disfrazados». Fuera del ámbito financiero, se han legislado en España (y, por lo tanto, «civilizado») *trusts* como el de la multipropiedad ¹⁴ y el reciente patrimonio protegido de las personas con discapacidad creado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre ¹⁵.

De hecho, la fórmula del *trust* anglosajón se ha ido exportando a diversas jurisdicciones que, con mayor o menor éxito, los han ido adaptando a su normativa interna. Naturalmente, los ordenamientos de *common law* han tenido relativamente pocos problemas a la hora de utilizar la flexible figura del *trust* con finalidades financieras ¹⁶. Han sido los ordenamientos de derecho civil los que han tenido que afrontar mayores dificultades para recoger una figura fiduciaria con las funciones del *trust* anglosajón ¹⁷, aunque algunos ya contaban con instituciones similares al *trust* (o que buscan su misma finalidad), como son la fiducia romana, la *Bewind* ¹⁸ o la *Treuhand* ¹⁹.

Tanto el legislador español como nuestros tribunales ²⁰ han sido siempre muy reacios a los negocios de naturaleza fiduciaria, pero sorprendentemente los han ido introduciendo veladamente en sus normas y resoluciones. Para nosotros es peor el remedio que la enfermedad ²¹. Es decir, por un lado se ha rechazado de pleno la conveniencia de admitir la institución fiduciaria más extendida

el Derecho español (La venta en garantía, la legitimación dispositiva sobre bienes con titular y la gestión de patrimonios sin titular), «Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo», Tomo I, Madrid, 2003, Thomson-Civitas, quien se refiere a ellos como «esquemas fiduciarios», a los que diferencia del negocio fiduciario propiamente dicho (STS 26 de abril 2001, referida a la venta en garantía) (págs. 221 y 222).

¹⁴ Del que nos habla CÁMARA LAPUENTE, *Operaciones fiduciarias...*, pág. 1.839.

¹⁵ De protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE 19 de noviembre 2003, núm. 277, pág. 40.852). Este patrimonio está destinado a cubrir las necesidades del incapaz (que es el beneficiario de esta fiducia) (arts. 2.1 y 5.4 Ley 41/2003). Viene definido en la ley (Exposición de Motivos II) como conjunto de bienes y derechos, sin personalidad jurídica que se somete «a un régimen de administración y supervisión específico»; es un patrimonio de destino (*Zweckvermögen*). Así, este «patrimonio» tiene las tres figuras típicas del *trust* o de la *fiducia*: el beneficiario es el incapaz; el constituyente (*settlor*) puede serlo él mismo, sus padres o tutores o el guardador de hecho (art. 3.1 Ley 41/2003); y el administrador (*trustee*) será el propio beneficiario o el que se designe en el documento público de creación del patrimonio o la resolución judicial de constitución (art. 5.1 y 6 Ley 41/2003).

¹⁶ Hablamos de Canadá (excepto Québec), Irlanda, Estados Unidos (excepto Louisiana), Australia, Nueva Zelanda, entre otros. También podríamos incluir aquí los sistemas mixtos de Derecho civil y *common law*, como son el escocés (REID, K. G. C., *National report for Scotland*, en Hayton, D.J., Kortmann, S.C.J.J. y Verhagen, H.L.E., (eds.) «Principles of European trust law», 1999, Kluwer Law International y W.E.J. Tjeenk Willink, , pag. 68), el maltés (Trust Act 1988) o el de las islas Mauricio (Trusts Act 1989, s. 2).

¹⁷ Tenemos los ejemplos de Argentina (arts. 1 y 14 Ley 24.441 de 1995), México (LGTOC), Honduras (art. 1.048 Código de Comercio), Colombia (art. 1.233 Código de Comercio), Costa Rica (art. 634 Código de Comercio), Chile (arts. 132, 136 y 138 Ley 19.301), Venezuela (art. 1 Ley 23 de julio 1956), Rusia (Decreto 2.296, 24 de diciembre 1993), Japón (Ley de *trusts* 1922), Liechtenstein (art. 897 Personen- und Gesellschaftsrecht 1926), Luxemburgo (art. 2 Decreto Granducal 19 Julio 1983), Louisiana (art. 1731 Louisiana *Trust Code* 1964, insertado en el Código Civil), Israel (Código del *Trust* 1980), Québec (arts. 1260-1298 Código Civil del Québec) y Etiopía (art. 516 Código Civil de Etiopía 1960).

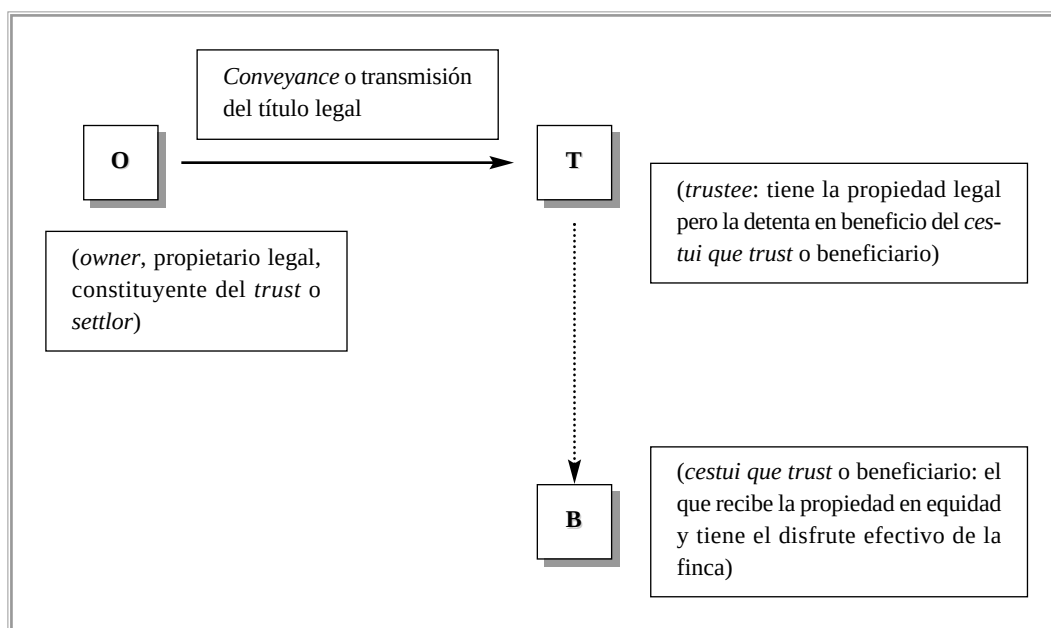
¹⁸ Institución fruto del derecho romano-holandés, está vigente en Holanda (art. 3:126-165 BNW) y fue exportada a Sudáfrica en la figura del *Bewindhebber* (LUPOI, Maurizio, *Trusts: a comparative study*, traduc. Simon Dix, Cambridge, 2000, Cambridge University Press. pág. 298).

¹⁹ Institución creada jurisprudencialmente en Alemania.

²⁰ *Vid. Infra*.

²¹ De esto parecen ser más conscientes en el extranjero que en nuestro país (HAYTON, *Twentieth...*, pág. 31).

en el mundo, el *trust* (ni tan siquiera se ha ratificado el Convenio de La Haya de 1985), y, por otro, se han ido creando instituciones parafiduciarias, como los vehículos financieros objeto de este estudio, que actualmente mueven millones de euros. La estructura de un *trust* anglosajón es la siguiente:



Comparando esta estructura con los vehículos financieros objeto de este estudio, tenemos ²²:

Participante en la estructura fiduciaria	Descripción	Trust del Common law	Fondos financieros españoles
Constituyente	Es quien constituye la fiducia	<i>Owner</i> o <i>settlor</i>. Puede ser: 1) un tercero distinto del fiduciario y del beneficiario; 2) o puede ser, al tiempo, también el <i>trustee</i> (uno que detenta la plena titularidad de un derecho se declara él mismo fiduciario y la pasa a gestionar en beneficio de otro)	1) Puede ser una <i>entidad de crédito madre</i> de la que depende, de una u otra manera, el vehículo financiero; 2) o bien puede ser el <i>fiduciario</i> mismo quien organice un fondo para gestionarlo en beneficio de otros.

²² Una mayor explicación puede encontrarse en NASARRE AZNAR, Sergio, «Seis temas de *common law*», *La Notaria*, febrero 2003 y en los escritos que allí se citan.

Participante en la estructura fiduciaria	Descripción	Trust del Common law	Fondos financieros españoles
Constituyente (cont.)		3) O puede pasar a ser el beneficiario: uno declara a otro <i>trustee</i> de un derecho propio del que pasa a ser mero beneficiario	
Fiduciario	Es quien tiene facultades para gestionar los bienes colocados en fiducia	<i>Trustee</i> . El <i>trustee</i> en <i>common law</i> tiene la propiedad legal (meramente para gestión) en beneficio de los <i>beneficiaries</i> . Para operaciones financieras el <i>trustee</i> suele ser corporativo, dada la administración profesional que conlleva un <i>trust</i> de estas características ²³ y tiene derecho a cobrar una comisión por sus servicios.	<i>Sociedad gestora</i> . Desempeña las mismas funciones que el <i>trustee</i> anglosajón, aunque sin detentar ningún derecho dominical sobre los bienes que gestiona. A cambio, tiene derecho a cobrar una comisión por sus servicios.
Beneficiario	Es quien recibe los beneficios derivados de los bienes colocados en fiducia	<i>Beneficiary</i> . Detenta la propiedad en equidad que le faculta a recibir los beneficios/rendimientos de las cosas colocadas en <i>trust</i> .	Los inversores en los fondos. Éstos, sea cual sea su posición jurídica (copropietarios o coacreedores), siempre tienen derecho a los rendimientos que se derivan de las cosas colocadas en el fondo (tipo dominio) o que se generen por causa de éstos (tipo crédito).

Por lo tanto, en esencia, nuestros vehículos financieros son *trusts*, en tanto que cumplen perfectamente con la estructura de sus referentes en derecho comparado, aunque no pueden ni denominarse así ni están amparados por una institución conocida en nuestro derecho que cumpla sus requisitos. Y esto conlleva una serie de riesgos que no siempre son valorados en toda su amplitud ni por el propio legislador ni por los agentes jurídicos ni económicos:

²³ Datos sobre los *trustees* corporativos en EUROPE ECONOMICS, «Economic and financial analysis of commercial and private trusts in the United Kingdom», *The Association of corporate trustees*, enero 2002, págs. 16 y 17.

- a) Inseguridad jurídica. Dicha inseguridad jurídica para los participantes en este tipo de negocios proviene de que no sólo no existe una normativa común que dé cobertura a estas instituciones fiduciarias, sino que además dicha normativa es vacilante respecto a los efectos que pretende provocar a lo largo de la jurisprudencia del TS y en ocasiones es descartada abiertamente por éste ²⁴.
- b) Rigidez. Dada la ausencia de una normativa fiduciaria común, el legislador se ve necesitado de una ley especial que prevea las características para cada institución (y sus participantes) siempre que pretenda importar un exitoso vehículo financiero de un ordenamiento extranjero. Así acaba de volver a suceder con la introducción en España de la titulización sintética a través de la Ley 62/2003.
- c) Incoherencias dentro del ordenamiento jurídico. Dado que cada institución parafiduciaria tiene su propia regulación y problemática, desamparada de normativa general y diferente respecto a otras instituciones parafiduciarias, en caso de darse alguna problemática jurídica no puede acogerse a ninguna normativa por analogía y, si lo hace, desvirtuará a la institución (ej. los patrimonios tipo deuda poco tienen que ver con los de tipo copropiedad), como veremos.
- d) Problemática en su tributación. De hecho, la eficacia de todos estos vehículos se ha visto mermada, en cierta manera, por su tratamiento impositivo. Así, el legislador ha decidido que sin ser empresas deben tributar como empresas, desconociendo que, en su raíz y origen, un *trust* es la antítesis y alternativa a una empresa en los ordenamientos anglosajones. De este modo, ni los REITs, ni los *pools* de las *pass-throughs* ni de las REMICs estadounidenses ²⁵ tributan a nivel de entidad. No obstante, debemos advertir que excesivas ventajas fiscales podrían convertir a España en un paraíso fiscal como Liechtenstein o las Islas Caimán, lugar por cierto, donde se realizan muchas operaciones financieras provenientes de la Gran Bretaña (*off-shore trusts*) ²⁶.

Todo el volumen de negocio ²⁷ que generan estas instituciones parafiduciarias tiene débiles bases jurídicas que amenazan con desmoronar el sistema en caso de que empiecen a aparecer problemas (impagos de valores, concursos de fondos o sociedades gestoras, etc.).

De la naturaleza jurídica de estos vehículos en España, de su optimización jurídico-financiera y de su problemática tributaria hablaremos en el presente estudio.

²⁴ Vid. *infra*.

²⁵ Vid. *infra*. la explicación de estas figuras.

²⁶ También ver más adelante.

²⁷ Vid. *supr*. los datos que hemos aportado.

3. LOS DOS TIPOS DE PATRIMONIOS FINANCIEROS SIN PERSONALIDAD EN ESPAÑA

Los diferentes tipos de fondos de cosas pueden ser clasificados en dos, desde el punto de vista del inversor ²⁸:

- Los patrimonios tipo copropiedad.
- Los patrimonios tipo deuda.

Los **primeros** se caracterizan, esencialmente, porque sus inversores son copropietarios del fondo y la obtención de rendimientos está justificada con ese título dominical. Ejemplos de este tipo son los fondos de inversión colectiva de carácter financiero (arts. 29 a 31 Ley 35/2003), los fondos de inversión inmobiliaria (arts. 35 a 38 Ley 35/2003 y art. 15 Orden 24 de septiembre 1993) y los fondos de pensiones ²⁹ (art. 8.4 RDL 1/2002) ³⁰.

En los **patrimonios tipo deuda**, los inversores son acreedores del fondo (y en base a ese derecho de crédito obtienen los rendimientos), como sucede en los fondos de titulización hipotecaria ³¹ y en los fondos de titulización de activos ³².

Cada uno de estos tipos tiene sus propias características, que vemos a continuación.

²⁸ El punto de vista de la clasificación no es baladí, sino que resulta esencial para luego entender cada una de las estructuras, derechos y obligaciones de las partes y la naturaleza jurídica de los fondos.

²⁹ A diferencia de lo que ocurre con el resto de fondos tipo dominio, la legislación de los fondos de pensiones no especifican claramente que los partícipes tengan un derecho dominical sobre el fondo. Salvo algunas particularidades, lo esencial en estos fondos para clasificarlos donde lo hemos hecho es que no se trata de que una Sociedad Gestora organice un fondo mediante unos activos que le facilita otra entidad con el dinero obtenido de los inversores, sino que su finalidad es la de recolectar las inversiones a través de los planes de pensiones, que serán colocadas (integradas) en un fondo que puede ser compartido por más de un plan (aunque más del 50% tenían vinculado sólo un plan, según el *Informe 2002* del Ministerio de Economía, pág. 201). Según el artículo 8.4 RDL 1/2002 está claro que los partícipes son copropietarios de lo que aportan al plan y, por extensión, de la parte del fondo en la que se integra su inversión. Por último, aunque este tipo de fondos tienen algunas particularidades respecto a los fondos dominicales ortodoxos (ej. la preexistencia del fondo) su naturaleza jurídica y económica es más próxima a una inversión (cuyos rendimientos se obtendrán a la jubilación, baja laboral o defunción) que a los fondos de titulización (fondos tipo deuda).

³⁰ Este artículo dispone que los recursos patrimoniales afectos a cada plan de pensiones pertenecerán a los partícipes y beneficiarios en dicho plan y, según los artículos 2 y 11.8 y 9 RDL 1/2002, los fondos de pensiones son patrimonios creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a los planes de pensiones, de manera que a un mismo fondo pueden vincularse varios planes, cosa que no quita que lo invertido en cada plan por los partícipes les siga perteneciendo a ellos aunque, naturalmente, ya gestionados por otro, la sociedad gestora (art. 13 RDL 1/2002).

³¹ Artículo 5 Ley 19/1992.

³² Artículo 1 RD 926/1998.

3.1. Los fondos en copropiedad.

3.1.1. Características.

Todos los fondos tipo copropiedad tienen una serie de características comunes ³³:

- a) Los inversores se convierten, por ley, en copropietarios del fondo (partícipes). Es decir, adquieren un certificado ³⁴ de cotitularidad indivisa (participaciones) sobre un *pool* de bienes que el gestor se encargará de ir adquiriendo ³⁵. Las participaciones no tienen un valor nominativo (a diferencia de los valores emitidos en estructuras tipo deuda) sino que su valor depende del valor de los bienes que componen el fondo en cada momento dividido por el número total de participaciones ³⁶ y son consideradas valores negociables (art. 7.1 Ley 35/2003).
- b) Los beneficios de los inversores provienen de los rendimientos generados por los bienes colocados en el *pool*. El gestor se encarga de invertir las cuantías desembolsadas por los inversores en activos que den rendimientos: todo tipo de valores negociables en caso de fondos de inversión colectiva de carácter financiero (art. 30 Ley 35/2003), en fincas, mayoritariamente, en caso de fondos de inversión inmobiliaria ³⁷ o, en caso de Fondos de Pensiones, en valores negociables, depósitos bancarios, fincas o en créditos hipotecarios (art. 16.1.2 RDL 1/2002). La calidad, riesgo y naturaleza de los activos en los que se invierte dependerán de las características que tenga o se le quiera dar al fondo. Así, no será lo mismo un fondo compuesto por letras del tesoro y cédulas hipotecarias, cuya ponderación de riesgo es del 0% y del 10% respectivamente atendiendo al artículo 69 de la Directiva 2000/12/CE ³⁸, que un fondo compuesto mayoritariamente por opciones y créditos sin garantizar cuya ponderación del riesgo puede llegar hasta el 100% (art. 30.2 Ley 35/2003). Por lo tanto, el riesgo de las inversiones es asumido directamente por los partícipes en los fondos ³⁹, los cuales pueden ver cómo la cantidad que han invertido se ha visto disminuida a causa de las fluctuaciones económicas y del riesgo asumido.

³³ Pueden irse comparando con las características de los de tipo deuda en el apartado 3.2.1.

³⁴ Representado en un certificado nominativo o por anotación contable (art. 12.2 Reglamento).

³⁵ Artículos 3.1 y 7.1 Ley 35/2003, artículo 18.1 Orden 24 de septiembre 1993 y artículo 16.1 RDL 1/2002.

³⁶ Artículos 7.1 y 2 Ley 35/2003 y 19.1 Orden 24 de septiembre 1993.

³⁷ Artículo 36 Ley 35/2003 y artículo 4.1 Orden 24 de septiembre 1993.

³⁸ Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de marzo de 2000 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (DOCE L 126 de 26-5-2000, pág. 1).

³⁹ Para los Fondos de Pensiones se establecen porcentajes mínimos de inversión segura (art. 16.1.2 RDL 1/2002) y topes en inversiones más arriesgadas (arts. 16.2 y 4 RDL 1/2002), lo que también se establecía para los Fondos de Inversión Mobiliaria en la Ley 46/1984 además de determinados beneficios [arts. 4.1 b) y 4.2], pero que se deja ahora para desarrollo reglamentario en el artículo 30.3 Ley 35/2003.

- c) Los inversores son propietarios sólo nominalmente ⁴⁰ puesto que su «derecho de propiedad» consiste, esencialmente, en el derecho a obtener el reembolso del valor (liquidativo) de sus participaciones y obtener información sobre el fondo (art. 5.2 Ley 35/2003, art. 19.5 Orden, art. 8.5 y 6 RDL 1/2002) ⁴¹. En cambio el fondo está administrado por un gestor que no es propietario de las cosas del fondo pero que tiene por ley todas las facultades dominicales para administrar el *pool* y realizar las inversiones necesarias (arts. 40 y 46.2 Ley 35/2003 y art. 13 RDL 1/2002 en contra del art. 348 CC). O sea, que los inversores, aun siendo copropietarios del fondo ni lo pueden disolver, ni gestionar, ni realizar las inversiones que ellos consideren. Todas estas facultades están atribuidas necesariamente a un tercero: la sociedad gestora (SG). Por ley, además, la SG deberá actuar siempre en interés de los partícipes (art. 46.2 Ley 35/2003) y tiene derecho a cobrar comisión por sus servicios. De que la SG cumpla con sus obligaciones para los inversores, debe encargarse el depositario, que tiene funciones de vigilancia y de garantía de los activos del fondo (arts. 57 y 60 Ley 35/2003 y 21 RDL 1/2002) ⁴². SG y depositario están obligados a exigirse responsabilidad mutuamente si incumplen sus obligaciones hacia los partícipes, pero esta acción deben realizarla siempre en nombre (y en beneficio) de los partícipes (arts. 46.4 y 62.2 Ley 35/2003 y art. 22 RDL 1/2002). Si es el depositario quien incumple, los partícipes pueden iniciar la acción de responsabilidad contra él (art. 62.2 Ley 35/2003), y, naturalmente, y en base al artículo 46.4 Ley 35/2003 y 22 RDL 1/2002 también podrán los inversores dirigirse contra la SG, que debe cumplir sus obligaciones con la diligencia «de un ordenado empresario y de un representante leal» (art. 40.4 Ley 35/2003).
- d) Normalmente, los inversores preexisten a los FICF, a lo que parecía obligar el derogado artículo 17.3 Ley 46/1984, pero que ha flexibilizado el artículo 4 Ley 35/2003, que señala que se constituirá cuando se documente por contrato la existencia de una o varias aportaciones iniciales aunque la suscripción pública de participaciones puede realizarse con anterioridad a la constitución. Por su parte los fondos de pensiones pueden ser preexistentes a la existencia de inversores (partícipes) ya que puede ser que los planes de pensiones (a través de los cuales se vehiculan las aportaciones de los partícipes) les queden vinculados posteriormente [art. 6.1 d) RDL 1/2002] ⁴³. Lo que sí tienen en común todos los fondos tipo copropiedad es que son fondos abiertos, puesto que el gestor puede ir comprando y vendiendo los activos del fondo para así aumentar la rentabilidad y equilibrar el riesgo (arts. 1.1 y 3.1 Ley 35/2003 y art. 16 RDL 1/2002).

⁴⁰ Artículo 3.1 Ley 35/2003 y artículo 18.1 Orden 24 de septiembre 1993.

⁴¹ El derecho de reembolso de los FICF se determinará reglamentariamente aunque la SG podrá pedir comisión por reembolso (arts. 7.3 y 8 Ley 35/2003). El derecho de reembolso de los fondos de inversión inmobiliaria es más restringido teóricamente debido a la iliquidez de los activos que los componen, aunque ello puede provocar una menor competitividad frente a fondos extranjeros más flexibles, en los que el reembolso es automático y diario (art. 38.2 Ley 35/2003); y en los fondos de pensiones las prestaciones se realizarán sólo en caso de jubilación, incapacidad laboral o muerte del partícipe o beneficiario.

⁴² En los fondos de pensiones existe también la figura de la comisión de control, que supervisa la actuación de la sociedad gestora (arts. 13 y 14 RDL 1/2002).

⁴³ No obstante, a finales de 2002 el 11% de los fondos existentes no tenían ningún plan vinculado según el *Informe 2002* del Ministerio de Economía, pág. 201.

- e) En caso de concurso de la SG, el fondo no se extingue automáticamente (art. 53.2 Ley 35/2003), pero deberá cesar en la gestión del fondo. Para los FICF se deja para desarrollo reglamentario que sucede con el fondo, aunque hasta ahora se hacía cargo el depositario y si en un año no se encontraba SG sustituta, el fondo quedaba liquidado, el mismo régimen que se prevé aún para los Fondos de Pensiones (art. 23.3 RDL 1/2002). El fondo se extingue según lo dispuesto en el Reglamento de gestión del fondo y las causas establecidas legalmente [art. 24 Ley 35/2003 y art. 11.2.e) RDL 1/2002]. En cualquier caso, parece que la tendencia es que el fondo no puede subsistir sin gestor ⁴⁴.

3.1.2. Problemática.

- a) Naturalmente, lo más importante es cómo puede ser alguien propietario sin tener ningún derecho más que el de beneficiarse de la cosa (fondo); ello es más propio de un usufructuario que de un propietario. Además, si los bienes incluidos en el fondo perteneciesen realmente a los partícipes, estos bienes aportados deberían responder por las deudas contraídas personalmente por éstos, como los bienes de la sociedad de gananciales responden por las obligaciones contraídas por los cónyuges (art. 1.367 CC) o la comunidad hereditaria por las deudas contraídas por los herederos (art. 1.083 CC) y no es así (art. 6.2 Ley 35/2003) ⁴⁵.
- b) Personificación del fondo. Estos fondos, aunque carezcan de personalidad jurídica (art. 3.1 Ley 35/2003) pueden (o deben, en algunos casos) inscribirse en el Registro Mercantil (arts. 10.6 Ley 35/2003 y art. 11.1 RDL 1/2002); reciben tratamiento en la Ley 35/2003 de «Instituciones de Inversión Colectiva» (de carácter financiero o no) incluyendo tanto a fondos como a sociedades con tratamiento idéntico en muchos casos (arts. 29 y 35); es el fondo quien responde por él mismo por sus deudas (art. 6 Ley 35/2003 a *sensu contrario* y art. 12 RDL 1/2002); se practican algunas anotaciones sobre el fondo en sí en el Registro de la CNMV [art. 25.3 c) Ley 35/2003], etc. Los fondos actúan, en definitiva, como una entidad más en el tráfico jurídico ⁴⁶.
- c) El derecho de gestión que la SG tiene sobre el fondo pretende emular la posibilidad que tiene un *trustee* anglosajón de administrar un fondo sin que sus propios acreedores puedan dirigirse contra el fondo. Las leyes de los fondos de inversión colectiva y de pensiones recogen este aspecto expresamente (art. 12.2 RDL 1/2002 y art. 6.2 Ley 35/2003), porque tal protección no se puede extraer de los principios del derecho civil, a diferencia del *trust* que se sustenta por los principios del *common law* y es una de sus características esenciales ⁴⁷.

⁴⁴ Aunque sigan existiendo muchos «copropietarios» del mismo (los inversores), lo que denota la debilidad de esa «copropiedad»; en los *trusts* ingleses se suele permitir que los beneficiarios gestionen ellos mismos los bienes colocados en el fondo fiduciario, lo que no parece ser posible en este caso nuestro (posibilidad de interponer el *breach of trust* y ejercitar el *tracing* o simplemente removerlo y sustituirlo sin causa; ver MARTIN, Jill E., *Hanbury & Martin. Modern Equity*, 15ª Edición, Londres, 1997, Ed. Sweet & Maxwell Ltd., págs. 611 y 659).

⁴⁵ En el mismo sentido ORTI VALLEJO, *Las nuevas formas...*, pág. 12.

⁴⁶ Ver también en este sentido a ORTI VALLEJO, *Las nuevas formas...*, pág. 15 sobre los fondos de inversión inmobiliaria.

⁴⁷ HANSMANN, Henri y MATTEI, Ugo, «The functions of the trust law: a comparative legal and economic analysis», *New York University Law Review*, Mayo, 1998, pág. 438.

En conclusión, estos instrumentos financieros tienen aceptación en el tráfico económico pero desde el punto de vista jurídico tienen una serie de incoherencias que los hacen estructuralmente débiles: no tienen personalidad pero están personificados, los propietarios no tienen facultades dominicales, las cuales están transferidas al único que por ley no es propietario (gestor), sin gestor el fondo apenas puede subsistir un año, etc. Parece claro que estamos ante una institución fiduciaria, al estilo *trustee* anglosajón ⁴⁸ ya que se trata de unos patrimonios separados, constituidos por una entidad, gestionados por esa u otra entidad en beneficio exclusivo de unos terceros. Desde nuestro punto de vista, para esclarecer las relaciones jurídicas que se dan dentro de cada estructura es necesario acudir a la fiducia, ya que ninguna institución presente hoy en nuestro ordenamiento ⁴⁹ puede dar respuesta a estas incertidumbres.

3.2. Los fondos tipo deuda.

3.2.1. Características.

Los fondos de este tipo comparten una serie de características comunes que pasamos a detallar a continuación:

- a) Los inversores en el fondo son acreedores del mismo. Es decir, tienen un derecho distinto del de propiedad sobre el fondo que les faculta a recibir los rendimientos que éste genera; este derecho es un derecho de crédito legalmente no garantizado ⁵⁰, aunque puede tener cierta prelación según la escritura de constitución del fondo. Los inversores reciben valores que representan dicho derecho de crédito a la percepción periódica de intereses y a la devolución del principal invertido. Estos valores son los bonos de titulización hipotecaria, emitidos por los FTH (art. 5.1 Ley 19/1992 y Exposición Motivos RD 926/1998), y los bonos de titulización de activos, emitidos por los FTA (art. 2.3 RD 926/1998).
- b) Los fondos deben estar constituidos por una serie de activos que generan unos rendimientos periódicos (en forma de principal e intereses) para así poder hacer frente a los pagos debidos a los inversores. Estos activos pueden ser participaciones hipotecarias, créditos o valores que conlleven un derecho de crédito.

⁴⁸ O al menos una estructura fiduciaria (tal y como concluye BADOSA COLL en *Examen de tres...*, pág. 221 para los Fondos de Titulización). Además, *vid. infra*. el papel del *trustee* anglosajón en los *unit trusts*.

⁴⁹ El mandato, insistimos, es insuficiente: los beneficiarios no pueden remover a la SG y sustituirla por otra (art. 1.735 CC), ni darle instrucciones (art. 1.719 CC), ni revocar el mandato (art. 1.732 CC). Además, los beneficiarios carecen de cualquier facultad de disponer de los bienes de los fondos (en contra de los arts. 1.733 y 1.713.2 CC), mientras que la SG tiene amplias facultades que van más allá del mandato general (art. 1.713 CC) puesto que puede enajenar los activos de los fondos sin necesidad de mandato expreso y además sus acreedores personales no pueden dirigirse contra el patrimonio que administra.

⁵⁰ Artículos 5.6 y 8 Ley 19/1992 para los FTH y artículo 2.3 RD 926/1998.

Los activos a incluir en los *pool* dependen de la naturaleza del mismo. Así, si se trata de un FTH, deben ser participaciones hipotecarias (art. 15 LMH) sobre créditos hipotecarios retenidos por la entidad que los originó (art. 5.4 Ley 19/1992) y con determinadas características y requisitos de calidad (art. 5 LMH). Desde la reforma de la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero ⁵¹ también pueden titulizarse créditos hipotecarios de «peor calidad» (segundas hipotecas, etc.) mediante los FTH y la emisión de certificados de transmisión de hipotecas, cosa que ya hemos criticado en otro lugar puesto que puede dar lugar a confusiones entre los inversores ⁵². Si son FTA, deben tratarse de créditos (distintos de los hipotecarios, si no sería un FTH) o valores (créditos al consumo, obligaciones con o sin garantía, cédulas territoriales, etc.) que den un flujo de capital estable ⁵³.

- c) Existe un gestor (SG) que se encarga, precisamente, de administrar el fondo. Este gestor está dotado de unas facultades que le permiten cobrar los rendimientos de los créditos y pagar con ellos a los inversores. El gestor nunca puede actuar en su propio beneficio, sino que siempre debe hacerlo en beneficio de los inversores (art. 6 Ley 19/1992 y art. 12 RD 926/1998).

La titularidad y la naturaleza de estos fondos están poco definidas en las leyes, que se limitan a decir que son patrimonios (cerrados (FTH) o cerrados y abiertos (FTA)) separados sin personalidad jurídica (arts. 5.1 Ley 19/1992 y art. 1 RD 926/1998). Nada se explica al respecto de quién es el propietario/titular de estos fondos mientras legalmente se definen como «separados».

- d) Los fondos preexisten a los inversores. Como normalmente la entidad gestora que constituye el fondo es una entidad dependiente de la originadora de los activos (empresa hija), ésta le concede un préstamo para iniciar la constitución del fondo para posteriormente gestionar la emisión de los valores de los que obtendrá el rendimiento definitivo para devolver el préstamo a la empresa madre. No obstante, es muy corriente en la práctica bancaria que los inversores ya estén buscados antes de realizar la emisión, para evitar sorpresas. Los fondos no son tan abiertos como los de tipo copropiedad (art. 5.3 Ley 19/1992).

⁵¹ Ley 44/2002, 22 noviembre (BOE 23 de noviembre de 2002, núm. 281).

⁵² Véase NASARRE AZNAR, Sergio, *El Anteproyecto de ley financiera y la refinanciación crediticia: una reforma inadecuada e innecesaria*, «Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña», núm. 98, 2002.

⁵³ Los valores emitidos a cargo de los FTA, los bonos de titulización de activos, conllevan, según la Orden Ministerial 13 de abril 2000 (BOE 26 de abril 2000, núm. 100), el mismo riesgo que el que tenga el activo más arriesgado del *pool* de cobertura (art. 1). Cuestionamos desde aquí la legalidad de esta disposición, dado que carece de apoyo legal de ningún tipo ni tampoco en la Directiva 2000/12/CE (arts. 43 a 45); dudamos de la competencia del Ministerio de Economía y Hacienda para valorar el riesgo de unos valores. Como ejemplo, apuntamos la ponderación de riesgo que les corresponde a los BTA que se emiten sobre *pools* de cédulas hipotecarias (valga como ejemplo la emisión de AyT cédulas cajas V, de noviembre de 2003): siguiendo a la Orden Ministerial, a dichos BTA les corresponde una ponderación del 10%, igual que las cédulas hipotecarias por ellas mismas. Pero el riesgo real de impago de los BTA es mayor que el de las cédulas puesto que éstos ni tienen la garantía general de aquéllas de un patrimonio más allá del *pool*, ni la garantía específica: un derecho de crédito privilegiado y la consideración de créditos contra la masa en caso de concurso de la entidad, atendiendo a la Ley Concursal (disposición final 19.^a). Sólo tienen una acción por daños contra la SG y acciones muy diluidas y en ningún caso garantizadas contra el fondo; deben irse amortizando cuando no hay bienes suficientes respaldando al fondo (a diferencia de las cédulas, para las que existen diversos mecanismos). La decisión del Ministerio parece haber sido realizada en base a política económica y es, en cualquier caso, cuestionable su legitimidad.

- e) En caso de concurso de una SG de FTH o de un FTA ⁵⁴ se aplicará el artículo 19 RD 926/1998 (por analogía en caso de tratarse de un FTH). Este precepto dispone la sustitución de la SG en concurso en el plazo de 4 meses; de lo contrario, el fondo deberá extinguirse, cobrando los bonistas según lo estipulado en la escritura de constitución del fondo (art. 5.6 Ley 19/1992).

La utilización de estas estructuras por parte de cualquier entidad de crédito que tenga en su balance créditos conlleva una consecuencia inmediata: los créditos son borrados de su balance y pasan a pertenecer al fondo. Esto le comporta una serie de ventajas:

- La remoción de créditos del balance de la entidad de crédito conlleva también la remoción del riesgo que éstos comportan (50% para la mayoría de los hipotecarios y del 100% para los no garantizados, atendiendo a los criterios de Basilea I de 1988), traspasándolo al fondo. Este riesgo es, esencialmente, el riesgo de impago por parte del deudor hipotecario, de manera que no debe preocuparse más por él (lo asumen, desde entonces, los inversores en los valores titulizados).
- Con la remoción del riesgo se reduce también la cantidad de recursos propios que debe conservar la entidad emisora (en base al coeficiente del 8% de recursos propios para contrarrestar el riesgo).
- Para las entidades que participan en la titulización hipotecaria, esto supone una diversificación en las fuentes para su refinanciación de hipotecas, disminuyendo, con ello el riesgo de los tipos de interés que supone una refinanciación simplemente por depósitos (como, de todas formas, sucede en la mayoría de casos ⁵⁵).
- Para las entidades que participan en la titulización de activos, la creación de estos fondos les supone un acceso inmediato al mercado de valores adquiriendo una financiación más barata y rápida que el clásico préstamo obtenido de las entidades de crédito. Esto es especialmente interesante para las sociedades que tengan una baja valoración por parte de las agencias de *rating* y que difícilmente podrían obtener un préstamo con buenas condiciones. Creando un *pool* de activos que generen unos rendimientos periódicos aislados de su propio patrimonio general se aseguran que determinados inversores coloquen su dinero y puedan con ello financiar así su actividad. Lo mismo sucede con las entidades de crédito que quieran financiar sus préstamos hipotecarios: en lugar de recurrir a los poco fiables depósitos o de demandar un préstamo interbancario cuando el volumen sea muy considerable, puede recurrir a la titulización ⁵⁶.

⁵⁴ Puede verse una explicación más extensa, comparándola con los supuestos de concurso de una SG de un fondo de inversión colectiva, NASARRE AZNAR, *La garantía de los valores hipotecarios*, Madrid y Barcelona, 2003, Ed. Marcial Pons, págs. 938 a 944.

⁵⁵ Según datos de la Asociación Hipotecaria Española 2003, www.ahe.es los valores hipotecarios (incluyendo cédulas hipotecarias y BTH) sólo refinancian el 9,1% del total de créditos hipotecarios.

⁵⁶ Que junto a las cédulas hipotecarias son los dos grandes sistemas de refinanciación hipotecaria específica que existe no sólo en España sino también en Europa y a nivel mundial.

f) Tanto en la estructura de los FTH⁵⁷ como en la de los FTA existen dos relaciones fiduciarias que truncan con el ordenamiento civil:

1. **Por un lado**, en los FTH los créditos hipotecarios titulizados son simplemente «participados» (sobre ellos es emitida una participación hipotecaria) y son retenidos por quien los originó (el acreedor hipotecario/entidad de crédito), el cual sigue administrándolos respecto a los deudores hipotecarios (arts. 65 y 66 RMH), aunque el partícipe/cesionario (el FTH) adquiere una serie de derechos sobre dichos créditos (entre ellos el de recibir los flujos de capital que generan y el ejercicio de la acción hipotecaria en determinados casos, art. 66 RMH) sin ser el auténtico «nuevo» acreedor hipotecario⁵⁸.

Vemos, por lo tanto, aquí la primera relación fiduciaria en un FTH: el «gestor» del crédito hipotecario es la entidad de crédito que lo concedió (*servicer*⁵⁹ o *trustee*⁶⁰), la cual recoge los beneficios del crédito hipotecario y los pasa al FTH que es quien tiene participado el crédito y quien se beneficia de él (en derecho anglosajón sería el *beneficiary*). Con el fin de que la entidad de crédito tenga algún derecho para continuar gestionando los créditos hipotecarios, sigue siendo formalmente la titular de los créditos (cosa que, como veremos, ni siquiera se respeta en los FTA).

Por otro lado, la **segunda** relación fiduciaria en un FTH es la que se establece entre la SG del FTH y los titulares de los bonos de titulización hipotecaria (BTH). El fondo separado que constituye el FTH es gestionado por la SG (*trustee*) en beneficio exclusivo de los titulares de los BTH (*beneficiaries*) (art. 6.1 Ley 19/1992), siendo el creador de esta fiducia la entidad de crédito (ésta separa de su patrimonio una serie de créditos hipotecarios para que sean gestionados por la SG en beneficio exclusivo de los bonistas).

2. En un FTA también se dan ambas relaciones fiduciarias. **La primera**, no obstante, es incluso más evidente que en los FTH. En éstos, el legislador se ha preocupado por lo menos de darle algún derecho o título a la entidad de crédito para que tenga la facultad de continuar gestionando los créditos hipotecarios (es todavía acreedora hipotecaria a todos los efectos menos en el de recibir los beneficios de los créditos).

⁵⁷ Para un análisis de su estructura y su crítica, véase NASARRE AZNAR, Sergio, «The funding of the mortgage loans in Spain by the issue of mortgage securities. Their legal structure», *Housing construction. An interdisciplinary task*, Vol. 1, Coimbra, 2002, International Association for Housing Science y Universidad de Coimbra, pág. 349 a 353.

⁵⁸ De hecho, las participaciones hipotecarias del artículo 15 LMH cumplen la misión de extraer del patrimonio de la entidad de crédito que ha originado los créditos hipotecarios titulizados sin tener que recurrir al artículo 149 LH con los gastos que ello conllevaría (a título de ejemplo, la titulización de 22.956 créditos hipotecarios (600 millones €) –como fue la emisión de Foncaixa Hipotecario 1. Fondo de titulización hipotecaria (julio 1999)– si tuviese que hacerse mediante cesión ordinaria de créditos hipotecarios conllevaría unos gastos de 6,89 millones €, teniendo en cuenta la reducción de la disposición adicional 2.ª RD 926/1998, circunstancia que convertiría en antieconómica la operación).

⁵⁹ Es lo que sería en una emisión de *mortgage-backed securities* (MBS) anglosajona.

⁶⁰ Es lo que sería desde el punto de vista del *law of trusts* anglosajón; en concreto en Inglaterra estaríamos ante un *Re Rose trust* (vid. *infra*). En este *trust*, pensemos que la entidad de crédito o *servicer* sería también la constituyente (*settlor*) del *trust* (porque antes de participar los créditos hipotecarios era titular de los mismos en pleno derecho y ahora sigue siendo solamente la titular formal, siendo el nuevo titular útil el FTH).

Así, en los FTA el artículo 2.2 *in fine* RD 926/1998 señala que la cesión de los activos deberá ser completa pero que la entidad que ha creado el crédito (valor, etc.) debe por ley continuar «gestionando y administrando» el crédito cedido a no ser que exista pacto en contrario. Este pacto, de hecho, es difícil que se dé, porque el FTA, a través de la SG, carece del personal, experiencia y recursos para poder gestionar todos los créditos y valores que tituliza; por lo tanto, será la entidad de crédito que los creó, la que continuará normalmente gestionado estos créditos.

La pregunta es: ¿de qué derecho es titular la entidad de crédito originadora de los créditos titulizados para poder continuar gestionándolos una vez los ha cedido «plena e incondicionalmente» tal y como requiere el RD 926/1998 en su artículo 2.2? de ninguno. Naturalmente si ha cedido los créditos, no puede tener ningún derecho sobre ellos, a no ser que la ley, como en este caso, haga una «excepción» y determine que ella continuará gestionándolos en nombre propio y por cuenta ajena. Al igual que sucedía con el caso de los FTH, el lector podrá argüir que estamos ante un supuesto de cesión de crédito con mandato legal subyacente ⁶¹, pero ello no deja de ser más que una solución alambicada ⁶² para un problema más que extendido, como estamos comprobando en este estudio; por esta vía tampoco es explicable que los titulares de los BTH no se vean afectados por el concurso de la entidad de crédito y el legislador haya tenido que volver a «inventar» (algo tarde) el artículo 15 *in fine* LMH ⁶³. Estamos ante una relación fiduciaria *ex lege*, donde el fiduciario es la entidad de crédito (que gestiona unos créditos) y el beneficiario es el FTA (que recibe sus rendimientos).

La segunda relación fiduciaria es la misma que en los FTH; se establece entre la SGFT (art. 12 RD 926/1998) y los titulares de los BTA, siendo el FTA el «patrimonio separado» gestionado por la primera en interés exclusivo de los segundos.

En ambas segundas relaciones fiduciarias también podrá argüirse que, a diferencia de lo que sucede en un *trust* anglosajón, donde el fiduciario (*trustee*) tiene un derecho dominical formal sobre el fondo (*trust*) que lo legitima para administrarlo, nuestros fiduciarios (las Sociedades Gestoras de FTH o de FT) no tienen ningún derecho de propiedad. Y es que esto debe ser necesariamente así, puesto que nuestro ordenamiento no admite ⁶⁴ la división de la propiedad entre formal y equidad (como el derecho anglosajón) ⁶⁵.

⁶¹ A esta conclusión tuvimos que llegar para las participaciones incluidas en un FTH en NASARRE AZNAR, *La garantía ...*, pág. 772.

⁶² De hecho, la descarta para los fondos de inversión inmobiliaria ORTI VALLEJO, *Las nuevas formas ...*, págs. 10 y 11 porque no puede revocarse el mandato a la sociedad gestora ni aún con la unanimidad de los partícipes ni estos participan en la elección de una nueva sociedad gestora si la anterior resulta insolvente.

⁶³ *Vid. infra*. una mayor explicación del porqué de este artículo.

⁶⁴ Lo corroboran al compararlo con el sistema legal y de equidad anglosajón HANSMANN y MATTEI, *The functions of ...*, págs. 441 y 442.

⁶⁵ Salvando, no obstante, el censo enfiteútico del artículo 1.605 CC, por el cual el enfiteuta hace suyos los productos de la finca y de sus accesiones (art. 1.632 CC) y se convierte en el titular del «dominio útil de la finca», mientras que el dueño directo se limita a recibir una pensión en reconocimiento de su derecho dominical. Sobre las coincidencias entre la enfiteusis y el *trust* anglosajón, véase NASARRE AZNAR, Sergio, *Estudi del trust anglosaxó en relació amb el dret immobiliari, «L'exercici de les competències sobre Dret Civil de Catalunya»*, Tirant lo Blanch y Universitat de Girona, págs. 566 a 568.

Parece claro que la propiedad en equidad la tendrían los titulares de los valores emitidos con cargo a los fondos (significa que se benefician de sus rendimientos) pero, ¿quién tendría la titularidad formal equivalente a la legal en derecho anglosajón? Desde nuestro punto de vista, la SG no la tiene legalmente pero sí que la tiene indirectamente, dado que ella es en quien quedan depositadas todas las facultades inherentes al auténtico titular formal del fondo: el fondo en sí mismo. Es el fondo quien es titular de los valores allí incluidos, es el fondo quien responde por sus propias deudas, es él quien es responsable frente a los titulares de los valores emitidos a su cargo, es el fondo quien adquiere los valores para incluirlos; y todo ello lo hace a través de la SG, quien, a su vez, es la «titular formal» de los bienes incluidos en el fondo, queriendo decir que no puede beneficiarse de ellos sino que simplemente los gestiona en beneficio de los titulares de los valores emitidos a cargo del fondo, como legalmente está estipulado. Esta argumentación es la única que permite responder a la pregunta relativa a las participaciones hipotecarias y a los certificados de transmisión de hipotecas: ¿quién es el partícipe del que hablan los artículos 15.1 LMH, los artículos 61 a 68 RMH y, por extensión, el que nace del artículo 18 Ley 44/2002 y el cesionario del artículo 2.2 RD 926/1998? La única respuesta posible es el fondo en sí mismo.

3.2.2. Problemática.

Parece claro que los FTH y los FTA son económicamente rentables ⁶⁶ y están estructurados para refinanciar los créditos hipotecarios de las entidades de crédito (FTH) y financiar las actividades de las sociedades en general (FTA). Además consiguen liberar a las primeras de la necesidad de mantener recursos propios para compensar el riesgo que supone tener activos en cartera y diversificar las fuentes de financiación. Pero jurídicamente son estructuras que, como hemos visto, no siguen los principios de nuestro derecho civil. Para posibilitar este tipo de estructuras y para dar cobertura a operaciones de financiación de este estilo, algunos ordenamientos de derecho civil (entendidos como aquellos que no son de *common law*) se han ido dotando de la fiducia como institución jurídica.

Los problemas jurídicos que plantean las estructuras de los FTA y de los FTH son diversos:

- a) El primario y esencial es quién es el titular del fondo y cuál es su naturaleza jurídica. ¿Debemos admitir simplemente la existencia de este tipo de fondos aunque no vengán previstos en nuestra normativa civil y, por lo tanto, carezcan de una adecuada regulación? Parece que ésta es la tendencia y así están funcionando.
- b) Es incierta la relación que une a la entidad originadora de los créditos con el fondo. Aunque las normas de titulización señalen que son «patrimonios separados», en ningún punto de nuestra normativa civil se establecen cuáles son las características de esta clase de patrimonios. Hasta ahora un patrimonio era el conjunto universal de cosas pertenecientes a una persona: ¿de quién es un patrimonio separado?

⁶⁶ Los FTH españoles han emitido el 12% de los BTH en Europa entre 1997 y 2002 (MERRILL LYNCH, 2003).

- c) Tampoco es satisfactoriamente explicable, con nuestras actuales instituciones, la relación existente entre entidad originadora de los activos titulizados y el administrador o gestor del fondo. Es, naturalmente, una relación fiduciaria.
- d) Está claro en beneficio de quién actúa la SG pero no está claro en nombre de quién actúa. Entendemos que actúa en nombre ajeno, es decir, en nombre del fondo.
- e) No se establece legalmente cuáles son los derechos que amparan a los inversores en caso de impago. No se sabe si pueden o en qué casos pueden dirigirse contra el fondo, contra el gestor, contra la entidad originadora de los créditos o contra los deudores últimos. Una cosa es que económicamente les corresponda cargar con las pérdidas de los activos (art. 5.8 Ley 19/1992) y otra es que no se respeten las condiciones de emisión o de gestión. Tampoco se establecen qué garantías tienen las acciones, que, en su caso podrían entablar. En otro lugar ⁶⁷ ya concluimos que para su mayor protección se les debería conceder una acción indirecta (pauliana del 1.111 CC) contra la entidad de crédito (si es su responsabilidad el impago de los BTH) e incluso, en caso, por lo menos, de los FTH, también contra los deudores hipotecarios (si éstos impagan). En caso de los FTA no está previsto, en principio, que el fondo (a través de la SGFT) se pueda dirigir contra los deudores de los créditos titulizados si éstos impagan, aunque podría concedérsela por analogía con los FTH.
- f) Por último, tampoco queda claro cuál es la postura de los inversores ante un supuesto de concurso de la entidad gestora, del fondo o de la entidad originadora:
- En caso de concurso de la entidad de crédito originadora. En este supuesto, el artículo 15 LMH *in fine* es claro separando los derechos de los titulares de BTH de cualquier riesgo de impago o de prepago debido al concurso de la entidad de crédito que participó los créditos hipotecarios. Pero este precepto legal carece de todo fundamento jurídico y debe existir simplemente porque es la piedra angular de todo el sistema de titulación en España. Lo que pretende «emular» este artículo 15 *in fine* LMH es la capacidad que tienen los *trusts* anglosajones por sí mismos de aislar del patrimonio del constituyente (*settlor*) una serie de bienes, de manera que no queden afectados por su concurso.
 - Si el fondo es incapaz de generar los flujos de capital necesarios para la satisfacción de los titulares de los valores titulizados, el fondo debe extinguirse (art. 11 RD 926/1998).
 - En caso de concurso de la SG, hay 4 meses para encontrarle sustituta; de lo contrario, el fondo deberá extinguirse (art. 19 RD 926/1998).
- g) Personificación del fondo. En las estructuras de deuda, el fondo está completamente personificado, ya que adquiere las características jurídicas que la SG, como teórica titular formal del mismo y real detentadora de las facultades necesarias para su gestión, no puede adquirir a causa de la ausencia de la fiducia en nuestro ordenamiento jurídico y que es esencial para que estas estructuras funcionen en derecho anglosajón, donde esta personificación

⁶⁷ NASARRE AZNAR, *La garantía ...*, págs. 934 a 937.

la encarna el *trustee* (que bien puede ser una sociedad). Como ya hemos visto es el fondo quien adquiere los activos para ser titulizados y, además, deben tributar por el Impuesto de Sociedades (art. 5.10 Ley 19/1992).

Al igual que sucedía con los fondos de inversión colectiva, los problemas jurídicos que aparecen en los FTH y en los FTA no pueden resolverse ni satisfactoria ni completamente con sus leyes especiales o con la normativa general del Código Civil. Nuestra propuesta para la solución global de estas cuestiones relativas a todo este tipo de estructuras pasa por la regulación de la fiducia en derecho español ⁶⁸.

4. LOS ORIGINALES DE NUESTROS VEHÍCULOS FINANCIEROS Y SU ESTRUCTURA FIDUCIARIA EN DERECHO ANGLOSAJÓN

La utilización del *trust* en las finanzas a nivel mundial es masiva ⁶⁹. Por su flexibilidad y bajo coste ⁷⁰, allí donde está presente, se ha convertido en una perfecta alternativa a las sociedades ⁷¹. Estas ventajas respecto a la sociedad se observan en:

- Ausencia de restricciones a la hora de aumentar los beneficiarios, a diferencia de la emisión de acciones en una sociedad.
- Inexistencia de una Junta Directiva, sólo un *trustee* colocado por el *settlor*.
- Innecesariedad de convocar asamblea de accionistas periódicamente.
- Se pueden establecer diferentes clases de participación en él (*notes*, *certificates*) que conlleven diferentes tipos de derechos e incluso diferentes prioridades y características (ej. en el ámbito de la titulización, las CMOs ⁷²).

⁶⁸ Igualmente propusimos en NASARRE AZNAR, *Estudi del trust ...*, pág. 600 que sería muy conveniente regularla en el Código Civil de Cataluña. Parte de la doctrina catalana ha estudiado la cuestión (véase ARROYO, Esther, «La regulación quebequesa del trust», *La Notaria*, noviembre-diciembre 2001) y actualmente hay un proyecto de fiducia (arts. 514-1 a 514-13 Proyecto de Código Civil de Cataluña, estado en 2003) que está siendo tratado por la Comisión de Codificación de Cataluña.

⁶⁹ Leído a *sensu contrario* quiere decir que los ordenamientos que no dispongan de él están asumiendo un alto coste de oportunidad, ya que operan con desventaja a nivel mundial.

⁷⁰ HANSMANN y MATTEI, *The functions of ...*, pág. 472. Ver también LANGBEINN, John H., *The secret life of the trust: the trust as an instrument of commerce*, «Yale Law Journal», Octubre, 1997, pág. 184.

⁷¹ Así, HAYTON, David, PIGOTT, Hugh and BENJAMIN, Joanna, «The use of trusts in international financial transactions», *Butterworths Journal of International Banking and Financial law*, January 2002, págs. 25 and 27. Ver también PLENDER, John, *Trust law and competitive advantage in international financial markets*, en David Hayton «Trusts and their commercial counterparts in Continental Europe», *The Association of Corporate Trustees*, Enero, 2002, pág. 4.

⁷² Para sus ventajas, véase NASARRE AZNAR, *La garantía ...*, págs. 893 a 898.

- Los *trusts* ofrecen mejor régimen concursal que las sociedades ya que aunque el *trust* sea insolvente, se garantiza que sus copropietarios (los beneficiarios) puedan seguir teniendo su derecho sobre los bienes que lo componen, incluso frente a los acreedores del *trustee* ⁷³; este aspecto es esencial tanto en los *trusts* de titulización como en los de pensiones.

Coincidimos con los autores que opinan que el *trust* se ha convertido en una ventaja comparativa para Inglaterra en el ámbito económico europeo ⁷⁴ y, por extensión, para los ordenamientos de *common law*. El *trust* recoge aspectos del derecho de obligaciones y de los derechos reales. Los primeros, posiblemente vendrían en su mayor parte cubiertos por el mandato, pero los segundos, es decir, los aspectos que relacionan la estructura del *trust* y a sus participantes con terceras personas, no pueden alcanzarse con las instituciones vigentes en derecho civil ⁷⁵. El *trust* consigue reorganizar esas relaciones, reconociendo personalidad al *trustee* como tal (gestor de un patrimonio separado) respecto a terceras personas y reconociendo al *trust* (*pool* de activos gestionados en beneficio de terceros) cierta **entidad** frente a terceros (puede entrar en negocios, no se ve afectado por acreedores del *trustee*, etc.) ⁷⁶. Vemos que todas las construcciones alambicadas de nuestros vehículos financieros tienden precisamente a conseguir este efecto: el fondo como entidad separada y distinta frente a terceros de la personalidad de la SG y la de los beneficiarios (inversores).

Según un informe elaborado para *The Association of Corporate Trustees* por *Europe Economics* ⁷⁷, los *trusts* ingleses más numerosos según el valor de los activos gestionados del *trust* son los denominados *loan capital trusts* que comprenden los *trusts* gestionados en garantía de bonos, los *trusts* de préstamos sindicados y los *trusts* de titulización que comprenden un 81% del valor total de los activos gestionados mediante un *trust*; mientras que los más numerosos según el número de beneficiarios son los *pension trusts* (96% del total).

Veamos, pues, la estructura que en derecho anglosajón tienen los fondos financieros objeto de este estudio ⁷⁸:

I. Trusts en pensiones (*Pensions for employees* (UK) y *pension trusts* (EEUU))

Son los equivalentes a nuestros fondos de pensiones y existen en Estados Unidos desde 1921.

⁷³ LANGBEINN, *The secret life ...*, pág. 179 y 189.

⁷⁴ PLENDER, *Trust law...*, pág. 5.

⁷⁵ HANSMANN y MATTEI, *The functions of ...*, págs. 469 a 472.

⁷⁶ HANSMANN y MATTEI, *The functions of ...*, pág. 472.

⁷⁷ EUROPE ECONOMICS, *Economic and ...*, págs. 20 y 22.

⁷⁸ Éstos y otros tipos de *trust* comerciales pueden verse en HAYTON, David, *Trusts and their commercial counterparts in continental Europe*, Report for the Association of Corporate Trustees, enero 2002, págs. 18 a 22, para los tipos de *trusts* comerciales ingleses; y para los norteamericanos, ver SCHWARCZ, Steven L., *Commercial trusts as business organizations: unraveling the mystery*, «Business lawyer», febrero 2003, págs. 563 a 573; LANGBEINN, *The secret life ...*, págs. 168 a 178; y HANSMANN y MATTEI, *The functions of ...*, págs. 466 a 470.

Para asegurar la existencia de fondos para el pago de los empleados jubilados, se paga una cantidad de dinero a un *trustee* para que lo administre como un patrimonio separado ⁷⁹. En EEUU este *trust* surge del propio contrato de trabajo ⁸⁰ y el fondo está gestionado por la propia empresa que contrata al trabajador. ERISA ⁸¹ previó que los fondos de pensiones en EEUU fuesen *trusts* con la principal finalidad de que dichas reservas, que se utilizarán en la jubilación de los trabajadores para pagarles la pensión, no se vieses afectadas por el procedimiento concursal en el que podría incurrir la empresa del trabajador o por reclamaciones de los acreedores de ésta ⁸².

Cuando el trabajador se jubila, recibe de ese patrimonio el sustento durante su jubilación ⁸³.

II. *Trusts* en la titulización

De este modo, en cualquier titulización hipotecaria o de otros activos anglosajona, el *trust* puede llegar a aparecer hasta en tres ocasiones ⁸⁴ estructurando la emisión, con la finalidad de reducir el riesgo de liquidez y de tipo de interés de las entidades originadoras de las hipotecas, para diversificar el riesgo de los inversores en MBS y para aumentar sus garantías ⁸⁵. Todo ello se intenta (que no se consigue) hacer con el artículo 15 LMH y con los artículos 5 y 6 de la Ley 19/1992.

Así, en una típica titulización inglesa, aparece un primer *Re Rose trust* ⁸⁶ entre la entidad originadora de los préstamos hipotecarios y el vehículo financiador (*special-purpose vehicle* o SPV) ya que la cesión de los créditos se deja incompleta (*equitable transfer*) para evitar gastos y dilaciones, así como para evitar tener que dar conocimiento de la cesión al deudor hipotecario. El segundo *trust* aparece entre el vehículo titulizador y los inversores. Los créditos hipotecarios colocados en el *pool* titulizador son gravados (subhipotecados) en beneficio de los inversores, detentando dicha garantía el *trustee* de la emisión en beneficio y nombre de los beneficiarios. Un tercer *trust* aparece en las transacciones titulizadoras *off-shore* (en titulizaciones organizadas en Jersey, las Islas Caimán y otras jurisdicciones *tax-friendly*); en este caso un *trustee* a cargo de un *non-charitable trust* adquiere las acciones del vehículo titulizador para evitar que originador y SPV sean considerados una misma entidad y que las *mortgage-backed securities* (MBS) emitidas por el SPV se vean afectadas por el concurso de la entidad originadora. Por último, comentar que una reciente y novedosa estructura titulizadora inglesa, el *master trust*, está organizada mediante un *trust* que es adquirido en parte por la entidad originadora y en parte por la entidad financiadora de las emisiones de MBS.

⁷⁹ HAYTON, *Trusts and...*, pág. 18 y LANGBEINN, *The secret life ...*, pág. 169.

⁸⁰ LANGBEINN, *The secret life ...*, pág. 169.

⁸¹ The Employee Retirement Income Security Act of 1974 (ERISA) (Pub. L. No. 93-406, 88 Stat. 829 (1974), con modificaciones posteriores).

⁸² HANSMANN y MATTEI, *The functions of ...*, pág. 467.

⁸³ HAYTON, *Trusts and...*, pág. 18.

⁸⁴ Véase NASARRE-AZNAR, Sergio, *Securitisation and mortgage bonds. Legal aspects and harmonisation in Europe*, Saffron Walden, 2004, Ed. Gostick Hall.

⁸⁵ Una comparativa entre las MBS inglesas, las pass-throughs estadounidenses y los bonos de titulización hipotecaria españoles puede verse en NASARRE AZNAR, *La garantía...*, pág. 916.

⁸⁶ Creado por los casos *Re Rose* [1949] Ch. 78 y *Re Rose* [1952] Ch. 499. Se trata de un tipo de *trust* constructivo, es decir, que aparece automáticamente en caso de que se deje incompleto el proceso de creación o transmisión de un derecho.

En el mercado de titulización hipotecaria en EEUU (con un valor de 5,1 billones de \$), las MBS emitidas con más frecuencia, las *pass-through securities*, se organizan completamente mediante un *trust*, ya que el propio SPV es un *trust*. Muchas de las operaciones de titulización de activos en EEUU son realizadas mediante vehículos-*trust* a los que se les aportan los activos para ser titulizados y sobre ellos se emiten las *asset-backed securities* (ABS)⁸⁷. También las REMICs [un tipo de *collateralised mortgage obligations* (CMOs), clases ambos de MBS] se organizan mediante *trusts*. La figura del *trust* en estos valores evita que la legislación impositiva de Estados Unidos grave al *trust* como tal (*entity-level tax*) y que sólo se graven los beneficios de los inversores⁸⁸, al tiempo que intenta (aunque a veces con no demasiado éxito) crear un vehículo *bankruptcy-remote* que no se vea afectado por el concurso del originador de los activos⁸⁹.

III. Trusts en los esquemas de inversión colectiva (*unit trusts* en UK, *mutual funds* en EEUU para los fondos de inversión mobiliaria y REITS en EEUU para los fondos de inversión inmobiliaria).

En ellos están inspirados nuestros fondos de inversión colectiva, dado que los inversores también detentan un derecho de copropiedad sobre los fondos. En EEUU (regulados por la *Investment Company Act of 1940*⁹⁰) la mitad de los fondos de inversión mobiliaria (*mutual funds*) están estructurados como *trusts*⁹¹ con la finalidad, precisamente, de evitar que el fondo se vea afectado por el concurso del que lo gestiona (*trustee*)⁹².

Por su parte, en los *Real Estate Investment Trusts* (REITs) estadounidenses (similares en filosofía a nuestros fondos de inversión inmobiliaria pero impositivamente más eficientes), fueron creados en 1960 por el *Internal Revenue Code*. Pueden ser constituidos como sociedades, asociaciones o *trusts*. Los REITs son de dos tipos⁹³: *equity* y *mortgage* REITs. Los primeros invierten en propiedades inmobiliarias (pueden o no estar especializados en algún tipo de propiedad, como centros comerciales, cines, almacenes, etc.), mientras que los segundos invierten en créditos hipotecarios, en otros tipos de créditos (con más o menos garantías) y en valores hipotecarios. La idea es que los activos en los que el REIT invierta generen un flujo suficiente de capital (sea por el alquiler de los inmuebles, sea por la venta de los mismos) para ir pagando a los inversores.

⁸⁷ SCHWARCZ, *Commercial trusts* ..., pág. 565.

⁸⁸ SCHWARCZ, *Commercial trusts* ..., pág. 565.

⁸⁹ Véase las críticas en NASARRE, *Securitisation and* ..., págs. 39 a 50.

⁹⁰ 15 U.S.C. §§ 80a-1 to 80b-21.

⁹¹ SCHWARCZ, *Commercial trusts* ..., pág. 571.

⁹² HANSMANN y MATTEI, *The functions of* ..., págs. 467 y 468. Dado que este efecto se consigue también en forma corporativa (si resulta insolvente personalmente el manager de una sociedad, ésta no se verá afectada) y dado que la ley que regula los fondos de inversión impone obligaciones fiduciarias también a las empresas, la mitad de fondos de pensiones en EEUU son sociedades.

⁹³ MCCALL, Jack H., *A primer on real estate trusts: the legal basics of REITS*, «Transactions: the Tennessee Journal of Business Law», Primavera 2001, pág. 3. Ambos tipos de activos pueden encontrarse en un mismo REIT (*hybrid REITs*.)

La característica esencial es que el REIT no está gravado a nivel de entidad (*entity-tax level*) en sus operaciones financieras, siempre que 1) sean vehículos completamente pasivos ⁹⁴, que 2) se limiten a tener fincas o hipotecas (*income and asset tests*) ⁹⁵, 3) que pasen el rendimiento que generen [al menos un 90% según una última modificación del *Internal Revenue Code*, s. 857 (a) (1) IRC] a los inversores (*distribution test*), que son los propietarios del REIT ⁹⁶, sea cual sea la naturaleza de éste ⁹⁷, y 4) que sus acciones (empresa) o certificados de cotitularidad (*trust, certificates of beneficial interest*) estén ampliamente extendidos (*ownership test*) ⁹⁸. Son éstos los que deben cotizar por lo que se benefician del REIT ⁹⁹. Ello ha provocado una enorme proliferación de estas estructuras en Estados Unidos, de manera que los REITs son los primeros dinamizadores del crédito territorial en aquél país. De hecho, el 35% de los centros comerciales estadounidenses son propiedad de REITs y, en Australia el 65% de la propiedad comercial la tienen los *listed property trusts* (LPT), una especie de REIT ¹⁰⁰.

De hecho, Francia aprobó a finales de 2002 (entró en vigor en septiembre de 2003) una nueva legislación que admite los REITS ¹⁰¹. El gobierno francés ha aceptado la introducción de los REITs (llamados FREITs ¹⁰² por ser vehículos similares a los USA REITs pero franceses) por dos motivos: son un excelente dinamizador del mercado inmobiliario y por la necesidad del propio gobierno de recaudar dinero rápidamente. La clave estuvo en que las compañías inmobiliarias aceptaron pagar un impuesto extra en el momento en que queden autorizadas a ser un FREIT (*exit tax*), es decir, una entidad que negocia con fincas pero que no paga el equivalente al impuesto de sociedades. Los FREITs deben repartir –en dividendos de las acciones que emitan– el 85% de los rendimientos que las fincas generen y el 50% de los beneficios obtenidos de las ventas de las mismas. Dado que el índice de fincas comerciales en propiedad en Francia es del 70% (a diferencia del 30% en Estados Unidos) el segundo de los aspectos (la venta de las fincas) será esencial. Dado que las compañías serán más eficientes impositivamente, que deben repartir un determinado tanto por ciento como mínimo en dividendos y que el riesgo queda mejor distribuido entre una multitud de fincas, les será más fácil emitir acciones, que serán bien recibidas por los inversores (sobretudo institucionales). Es más, los vendedores de fincas encontrarán más atractivo venderlas a un REIT a cambio de acciones en el mismo por ser más rentable ¹⁰³. Vemos como en Francia son las compañías inmobiliarias las que

⁹⁴ SCHWARCZ, *Commercial trusts ...*, pág. 572. Que sean pasivos quiere decir que no deben gestionar ellos mismos sus propiedades (p. ej. no pueden llevar una tienda o un hotel).

⁹⁵ MCCALL, *A primer on ...*, pág. 3.

⁹⁶ BREALEY, Richard y MYERS, Stewart, *Principles of Corporate Finance*, 7.^a Edición, McGraw-Hill, 2003, pág. 389.

⁹⁷ En un REIT que sea una sociedad, serán accionistas y si es un trust, serán los titulares de los certificados de copropiedad del trust.

⁹⁸ MCCALL, *A primer on ...*, pág. 3.

⁹⁹ MCCALL, *A primer on ...*, pág. 5.

¹⁰⁰ ALLEN, Martin, *Europe wants FREITs on the Menu*, Morgan Stanley, 23-12-02, pág. 3.

¹⁰¹ Por su parte, el gobierno británico en abril 2003 anunció que es posible que admita la introducción de los REITs en el Reino Unido (ANAGNOS, Jeremy et al., *Gordon's TREIT?*, Deutsche Bank, 29-5-03) e incluso en Italia se está valorando (ALLEN, *Europe wants...*, pág. 5).

¹⁰² No confundir con los USA finite life REITs, que se constituyen por un tiempo limitado, normalmente de 7 a 15 años (MCCALL, *A primer on ...*, pág. 7).

¹⁰³ ALLEN, *Europe wants...*, pág. 3.

podrán transformarse en REITs, pero en EEUU existe la posibilidad de que sean *trusts* los vehículos que posibiliten estas operaciones y que, en lugar de acciones, se emitan participaciones en los *trusts*.

Como hemos visto, la regulación general del *trust* da cobertura a todo este tipo de vehículos y operaciones financieras, aunque algunas de ellas también se desarrollan en las jurisdicciones de *common law* con la fórmula de la empresa. La elección entre una de las dos formas depende esencialmente de **motivos impositivos**. Así, los *trusts* estadounidenses, al carecer de personalidad, no son, en principio, sujetos pasivos impositivos (especialmente los que nacen de un contrato). No obstante, algunos de ellos (los que están hechos conforme a la ley de *trusts*) toman una forma más próxima a la corporativa y no tienen esas ventajas fiscales ¹⁰⁴. Los que se estructuran de este último modo es debido a que los primeros corren el riesgo de ser afectados por el procedimiento concursal que se abra al constituyente de ese *trust*, de manera que cuando el aislamiento del *trust* del concurso del *settlor* sea esencial, deberá constituirse un *trust* que, aunque no tenga beneficio fiscal, sí que quede aislado.

Dejando aparte el aspecto fiscal, el segundo aspecto más importante son las **obligaciones que nazcan del negocio a favor de que tengan derechos subordinados**, es decir, aquellos que cobran después los primeros acreedores. Así, en una compañía, los acreedores principales son los que prestan a la empresa (ej. obligacionistas) y los subordinados son los accionistas, puesto que sólo cobrarán cuando los primeros estén plenamente satisfechos y si quedan restos. Los accionistas de una empresa, pues, siempre demandarán del administrador de la empresa que se arriesgue para aumentar sus beneficios, mientras que esto siempre es perjudicial para los obligacionistas que cobran el principal y los intereses estipulados en la emisión. En un *trust*, los acreedores principales son los beneficiarios, mientras que el *settlor* es el secundario: sólo si quedan restos de activos en el *trust*, podrá beneficiarse, aunque no está especialmente interesado en ellos porque su beneficio lo ha obtenido desde la transmisión de activos al *trust* y mediante otras tasas (ej. en la titulización es por *servicing*). Por lo tanto, será más eficiente crear una empresa si los residuos que quedan tras pagar a los obligacionistas son muchos (ej. el negocio es muy arriesgado o poco claro y se requiere más *overcollateralisation* y sobrarán más), mientras que si el negocio es más claro o conservador deberemos decantarnos por el *trust*, puesto que el *settlor* se conforma con poco y el *trustee* no entra en conflicto de intereses (*trustee* y beneficiarios quieren que se conserve el *pool*; en una empresa el *mánager* debe encontrarse con intereses contrapuestos entre obligacionistas y accionistas) ¹⁰⁵.

Un **límite** que asiste al *trust* y que debe ser considerado a la hora de escoger entre *trust* y sociedad es que, en ocasiones, a los beneficiarios del *trust* no se les reconoce responsabilidad limitada en sus inversiones, de manera que deben responder con su patrimonio personal por las deudas del *trust*. Aunque algunos estados de Estados Unidos han clarificado esta cuestión (ej. Massachusetts y Delaware), en otros los tribunales de equidad pueden recharacterizar el *trust* y catalogarlo como una *partnership* y, por lo tanto, con responsabilidad ilimitada para los beneficiarios ¹⁰⁶.

¹⁰⁴ La dispersión en el aspecto impositivo de los *trusts* en EEUU puede verse en HANSMANN y MATTEI, *The functions of ...*, pág. 478.

¹⁰⁵ SCHWARCZ, *Commercial trusts ...*, p. 585. Véase también HANSMANN y MATTEI, *The functions of ...*, pág. 473.

¹⁰⁶ HANSMANN y MATTEI, *The functions of ...*, pág. 474.

Con una única figura flexible, el *trust*, en las jurisdicciones de *common law* es posible realizar todos estos negocios cuando nosotros necesitamos diversas leyes. Ello no sería un problema si éstas fuesen al menos tan eficaces como el *trust*. Pero la cuestión está en las rigideces que ya hemos mostrado en los vehículos financieros y en las incoherencias que supone tener en funcionamiento y legalmente amparadas instituciones fiduciarias y que la fiducia esté vetada en nuestro ordenamiento. El colchón que representa el *trust* para todos los negocios fiduciarios en el *common law* no existe en nuestro ordenamiento, sino que más bien están encorsetados.

5. LA FIDUCIA COMO HERRAMIENTA DE EFICACIA FINANCIERA

5.1. Posición actual de la jurisprudencia de nuestros tribunales.

La fiducia no tiene por qué ser una institución que favorezca, *per se*, el fraude ¹⁰⁷, el abuso de derecho, eludir la interdicción del pacto comisorio ¹⁰⁸ o la concesión de préstamos usurarios, que son, como señala CÁMARA LAPUENTE ¹⁰⁹ importantes límites a la *fiducia cum creditore* ¹¹⁰. Como cualquier otra institución es neutra y es el marco jurídico la que marca los límites de su utilización. Cualquier institución puede ser potencialmente peligrosa en dos casos: si es desconocida en un ordenamiento jurídico pero es utilizada de todas formas (lo que viene sucediendo en España) o si su regulación es tan inconcreta o deficiente que permite el fraude (lo que sucede en algunos paraísos fiscales).

La jurisprudencia suele admitir el negocio fiduciario, excepto si éste encubre un fin ilícito o se ha realizado en fraude de ley (art. 6.3 y 4 CC), casos en los que será radicalmente nulo ¹¹¹ y, en ocasiones, será catalogado como negocio simulado (art. 1.276 CC) ¹¹². Actualmente, los efectos que la jurisprudencia atribuye a la fiducia, ya superado ¹¹³ el que se venía utilizando desde los años 40 del «doble efecto» (real y *erga omnes*, por transmitir la propiedad, y obligacional, por tenerla que

¹⁰⁷ STSJ Navarra 22 de enero 1994.

¹⁰⁸ STS 22 de diciembre 1988.

¹⁰⁹ CÁMARA LAPUENTE, *Operaciones fiduciarias* ..., pág. 1.790.

¹¹⁰ Es la fiducia romana que más se aproxima a algunos de los supuestos que aquí planteamos (p. ej. la garantía que podría detentar un fiduciario a favor de los inversores en bonos de titulización). La *cum amico* se acercaría más a la gestión ordinaria de los patrimonios fiduciarios en beneficio de los inversores.

¹¹¹ Así lo concluye CÁMARA LAPUENTE, *Operaciones fiduciarias* ..., pág. 1.789 después de un exhaustivo estudio jurisprudencial (desde la STS 10 de marzo 1944 a la de 22 de enero 1998).

¹¹² Véase la venta de cosa ajena para que el «comparador» pareciese como titular de determinados bienes para obtener un préstamo, lo que es catalogado por el Tribunal como negocio simulado y diferenciado del negocio fiduciario (SAP Valencia 148/2003, 11 de marzo 2003, FJ 4.º). Las diferencias entre el negocio simulado y el negocio fiduciario pueden hallarse en la STS 89/2003, de 13 de febrero, FJ 5.º y se concretan en que el negocio simulado es un negocio ficticio (mientras que el fiduciario es querido así por las partes), es un negocio simple (el fiduciario es complejo), el simulado es nulo (el fiduciario es válido), el simulado carece de causa (y el fiduciario tiene la *causa fiduciae*).

¹¹³ STS 7 de marzo 1990 (FJ 4.º).

devolver si así se ha pactado en el contrato)¹¹⁴, son de crear la denominada «titularidad fiduciaria»¹¹⁵ (entendida como «titularidad formal», STS 89/2003, de 13 de febrero, FJ 5.º) a la que se le da limitados efectos reales frente a terceros (porque es aparente ante ellos y por lo tanto válida ante ellos), como la protección de los terceros onerosos de buena fe que hayan confiado en la apariencia creada por el negocio fiduciario (no así a los terceros de mala fe o adquirentes a título gratuito) frente a la reclamación del creador de la fiducia (fiduciante). Pero entre las partes no puede haber una auténtica transmisión de la propiedad, porque saben que la transmisión ha sido incompleta (de ahí los «efectos reales limitados») y no se les puede aplicar la apariencia que se aplica a los terceros, de manera que la propiedad real la sigue manteniendo el fiduciante («vendedor»). En la línea de este argumento el TS entiende que el fiduciante tiene derecho a separar los bienes dados en fiducia de la masa de la quiebra del fiduciario concursado (art. 908 CCom. y desde la Ley Concursal, art. 80 LC)¹¹⁶, como también podrían tener derecho sus acreedores (los del fiduciante) en base al artículo 1.111 CC.

Pero aunque no exista tal doble efecto, en supuestos de *fiducia cum creditore* el TS suele acogerse al cumplimiento de lo estipulado por las partes en el contrato en base a los artículos 1.255 y 1.286 CC, provocando que el contrato fiduciario sea eficaz entre ellas, otorgando un *ius retinendi* al que recibe la «venta en garantía» (fiduciario) hasta que el «vendedor en garantía» (fiduciante) satisfaga la obligación subyacente la cual queda «garantizada por dicha venta» y, en caso de que llegado el plazo previsto incumpliese, la compra-venta se consolidaría y el «comprador» (fiduciario) adquiriría la propiedad completamente¹¹⁷.

Pero sólo con efectos obligacionales (los establecidos en el contrato) y no con efectos reales (transmisión de la propiedad) puesto que dicha apariencia (no deja de ser más que una apariencia y no una auténtica transmisión del derecho de propiedad) sólo se aplicará a los terceros de buena fe, con la posibilidad incluso de que, en caso de concurso del fiduciario y como hemos visto, el fiduciante (y sus acreedores) puedan reclamar los bienes «dados en fiducia» que tenga el concursado porque realmente no son de él sino que pertenecen al fiduciante (*settlor*). De ahí se puede deducir a *sensu contrario* que en caso de concurso del fiduciante (*settlor*) los bienes dados en fiducia deberían incorporarse en su propia masa concursal porque realmente son suyos, salvaguardando los derechos que terceros de buena fe y onerosos hayan obtenido sobre ellos pero no respetando la «apariencia de titularidad» que detenta el fiduciario. Todo ello también puede predicarse de la fiducia *cum amico*¹¹⁸.

A pesar de la admisión jurisprudencial (que no legal) de este esquema de fiducia *cum creditore*, más complicado parece que la jurisprudencia admita la gestión fiduciaria de negocios ajenos, de manera que el fiduciario no adquiriese la titularidad de la cosa del constituyente (el cual la pier-

¹¹⁴ La STS genuina fue la de 25 de abril 1944. No obstante, recientemente aún encontramos sentencias que se refieren a la teoría del doble efecto para explicar el negocio fiduciario (SAP Badajoz 66/2003, 24 febrero, FJ 1.º).

¹¹⁵ STS 6 de julio 1992.

¹¹⁶ Sobre esta relación entre fiduciante y fiduciario ver las SSTs de 28 de diciembre 1973, 2 de junio de 1982, 9 de octubre de 1987, 8 de marzo de 1988, 19 de marzo de 1989, 5 de julio de 1989, 30 de enero de 1991, 30 de abril de 1992 y 5 de julio de 1993.

¹¹⁷ STS 7 de marzo 1990 (FJ 4.º).

¹¹⁸ STS 2 de diciembre 1996 (FJ 4.º) y 16 de julio 2001 (FJ 4.º).

de) para gestionarla para sí mismo sino en beneficio de terceros, pero que dicha propiedad no formase parte de su patrimonio. Entendemos que la doctrina sobre «negocios fiduciarios» del TS es insuficiente para amparar la «legalidad» de los negocios «parafiduciarios» de los fondos financieros más allá de sus respectivas leyes especiales y, por lo tanto, no se les puede dar cobertura judicial más allá de estas normas hoy por hoy por los siguientes motivos:

- a) Los vehículos financieros que estamos tratando en este trabajo son más complejos que la fiducia *cum creditore* o la *cum amico* y poco tienen que ver con ellos ¹¹⁹ tal y como los entiende el TS: no se trata de que otro (el fiduciario) detente la propiedad (en beneficio de un tercero) sino que, según el TS, no hay auténtica transmisión de la titularidad del bien (sólo se respetan los derechos de los terceros onerosos de buena fe por la apariencia creada) ¹²⁰ y la única potestad de fiduciario es retener la cosa hasta que se la tenga que devolver al fiduciante por darse las circunstancias de otra obligación que quedaba garantizada con la fiducia (*cum creditore*) o si el fiduciario, actuando parecido a un mandatario, cumple o incumple lo que le había encomendado el fiduciante en confianza (*cum amico*).
- b) Según la explicación propuesta por el TS, no hay auténtica cesión de la propiedad del fiduciante al fiduciario y, por lo tanto, esta propiedad siempre estará en riesgo de entrar en la masa concursal del fiduciante, incorporándose en su masa activa concursal, como un activo más (arts. 76 y 80 LC), de manera que esta estructura imposibilita el buen funcionamiento de estructuras financieras fiduciarias que requieren un aislamiento del *pool* respecto al ataque de los acreedores del fiduciante.
- c) La jurisprudencia siempre condiciona la validez y la eficacia de los negocios fiduciarios a que éstos no sean fraudulentos ¹²¹. Eso nos lleva a que hay que acudir al caso por caso para ver si cada negocio fiduciario es o no fraudulento (provoca el temido «fraude de ley»), lo que comporta mucha incertidumbre a todos los negocios fiduciarios, puesto que en cualquier momento pueden ser catalogados como fraudulentos, dado que su única regulación se halla en cada contrato y no en las normas. Entendemos que acudir, como norma general, a criterios más objetivos, al igual que el resto de negocios jurídicos (ej. acciones rescisorias, sean en caso de concurso o por haber sido hechas en fraude de acreedores fuera de situaciones concursales, artículos 76.1 y 71.2 a 6 y artículo 1.291.3 CC, respectivamente) sería lo ideal. Pero ello pasa, naturalmente por la regulación de la fiducia (con tintes de *trust* anglosajón para las operaciones financieras), que permitiría darle mayor certeza.

¹¹⁹ Cuando los tribunales españoles se encuentran ante un *trust* constituido en una jurisdicción donde es admitido lo consideran como derecho extranjero y no le aplican las normas de la fiducia, tal y como lo indica la reiterada jurisprudencia del TS citada en la SAP 23 de noviembre 2000, la cual recurre a dicha doctrina en un caso de *trust* norteamericano.

¹²⁰ Incluso en algunas sentencias se habla de la «transmisión formal» de la propiedad y la retención de la «propiedad material» en manos del fiduciante, si bien dejando claro que la «auténtica» propiedad es la que detenta este segundo (STS 31 de octubre 2003, FJ 3.º).

¹²¹ STS 2 de diciembre 1996 (FJ 3.º).

- d) Los bienes dados en fiducia siempre se encuentran bajo la espada de Damocles que suponen cualquier tercero oneroso de buena fe que adquiriera derechos sobre dichos bienes (sujeto a, posiblemente, las malas intenciones del fiduciario), de manera que, de aplicarse esta doctrina para los vehículos financieros, los activos incluidos en los *pools* estarían en permanente peligro de ser atacados por terceros que hayan negociado de buena fe con el fiduciario.

En definitiva, la jurisprudencia de los tribunales españoles reconociendo, en algunos supuestos, la fiducia, es insuficiente para dar seguridad jurídica a los negocios fiduciarios ¹²².

5.2. La fiducia como solución global. Características de una adecuada fiducia financiera.

Una fiducia adecuadamente regulada puede resultar muy útil a todo el sistema jurídico, pues puede dar cobertura a los problemas que hemos planteado, seguridad jurídica y flexibilidad para así poder adaptar correctamente las estructuras económico-financieras anglosajonas y crear nuevas.

La fiducia tiene su origen en el Derecho romano, aunque su posible regulación debería adaptarse para que desarrollase la misma función jurídico-económica que el *trust* en los países anglosajones ¹²³. Ella permite la gestión de negocios ajenos sin necesidad de la división de la propiedad (como requiere el *trust*). No obstante, las fiducias en derecho civil no son uniformes, sino que cada una se ha ido adaptando a cada ordenamiento jurídico. Así, algunas de ellas son solamente financieras (Liechtestein o Argentina) o hereditarias (Cataluña) y otras más generales; unas incorporadas en los Códigos Civiles (Québec o Louisiana) o en los Códigos de Comercio (Honduras, Colombia y Costa Rica) y otras en leyes especiales (Japón o Israel); unas imbricadas en los sistemas mixtos de Derecho civil (Malta, Islas Mauricio o Escocia) y otras en ordenamientos con raigambre civil pura (México o Luxemburgo) ¹²⁴.

Pero la diferencia esencial, al tiempo que la clave para regular una fiducia (concretamente una «fiducia atrustada» ¹²⁵ para que sirva a fines financieros) en los ordenamientos de Derecho civil está en quién adquiere la propiedad de las cosas dadas en fiducia. Tradicionalmente, y así lo han recogido

¹²² Un problema similar se encuentran los alemanes con su *Treuhand* jurisprudencial (KÖTZ, H., *National report for Germany*, en Hayton, D.J., Kortmann, S.C.J.J. y Verhagen, H.L.E., (eds.) «Principles of European trust law», 1999, Kluwer Law International y W.E.J. Tjeenk Willink).

¹²³ Sobre las diferencias entre el *trust* anglosajón y la fiducia que están utilizando diversos ordenamientos de derecho civil, véase CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización europea*, «Derecho Privado Europeo», Sergio CÁMARA LAPUENTE (coord.), Madrid, 2003, Ed. Colex, págs. 1.131 a 1.136.

¹²⁴ Muchos de ellos, junto a sus normas y explicación, pueden hallarse en LUPOL, *Trusts*.

¹²⁵ Desafortunada expresión pero que viene a coincidir con la que utiliza CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, pág. 1.167 y de la que es partidario: «fiducia pura romana "corregida"». Otra cuestión es hasta dónde debe ser corregida; desde nuestro punto de vista, y con la finalidad de que la fiducia sea una herramienta útil en el ámbito financiero, debe descartarse que la titularidad de los bienes pase al fiduciario (solución por la que parece decantarse el autor, pág. 1.160), sino que debería constituirse como patrimonio de afectación, al estilo quebequés. Lo explicamos a continuación.

do la gran mayoría de ordenamientos civiles, los *Principles of European Trust Law* ¹²⁶ e, incluso, la fiducia romana, la debía adquirir el fiduciario ¹²⁷. No obstante, tanto el CC del Québec (arts. 1.260-1.298) ¹²⁸, como el de Etiopía (art. 516 CC 1960) y el borrador de Proyecto de Código Civil Catalán (art. 514-2 CC) siguen meridianamente las teorías de LEPAULLE ¹²⁹ sobre el patrimonio de afectación: los bienes dados en fiducia constituyen un patrimonio separado y afecto a una finalidad. Del mismo modo, el Convenio de La Haya de 1985 sobre el *trust* evita dar la propiedad de los bienes dados en fiducia al fiduciario ¹³⁰.

Desde nuestro punto de vista, este último es el modelo básico del que debe partir una fiducia que pueda tener utilidad financiera, por los siguientes motivos:

- a) Si hacemos que la propiedad de los bienes dados en fiducia sea del fiduciario, estamos haciendo de la titularidad de los bienes por parte del fiduciario un elemento esencial, requisito *sine qua non*, sin el que la fiducia no puede existir. De hecho, la traslación del dominio de los bienes al fiduciario será el momento de la perfección del contrato de fiducia (art. 609.2 CC). De manera que éste no podrá enajenar dichos bienes sin destruir la fiducia. Es decir, cuando enajene estos bienes a terceros, dichos bienes ya no pertenecerán a la fiducia. Pero cuando interese (p.ej. en las fiducias de inversión colectiva o en las fiducias tituladoras) que la titularidad de los bienes, mejor dicho, la cotitularidad de los bienes, pase a los beneficiarios, el fiduciario deberá dejar de serlo (ha perdido la propiedad fiduciaria de los bienes y, por lo tanto, ya no tiene ningún título que lo legitime a gestionarlos) y, en cualquier caso, necesitará de otra fiducia, mandato u otro derecho para que le legitime para continuar gestionando en beneficio de los beneficiarios de dichos bienes, porque la fiducia habrá desaparecido ya que el fiduciario carecerá de título.

¹²⁶ Trabajo doctrinal recogido en HAYTON, D.J., KORTMANN, S.C.J.J. y VERHAGEN, H.L.E., (eds.), *Principles of European trust law*, 1999, Kluwer Law International and W.E.J. TJEENK WILLINK, págs. 13 a 38.

¹²⁷ Otras posibilidades en CÁMARA LAPUENTE, *El trust...*, págs. 1.153 a 1.156. No obstante, todas ellas debemos descartarlas para regular una fiducia financiera. Algunas por imposibles en nuestro ordenamiento (doble propiedad), otras por débiles (propiedad del fiduciario y derecho personal del beneficiario), por no conseguir que el patrimonio quede completamente separado del del constituyente, cosa que no permitiría realizar todas las operaciones financieras que requiriesen dicho aislamiento (*vid. sup.*) (propiedad del fiduciante y pura legitimación del fiduciario), por incurrir en el mismo problema que la que atribuye la propiedad al fiduciario (*vid. infra.*; es la que le pasa la propiedad a los beneficiarios) o porque no responde a la idea esencial de la fiducia, que es que el fondo no tenga personalidad jurídica (aquellas teorías que le atribuyen personalidad jurídica). La duda, por lo tanto está entre el modelo del patrimonio de afectación y el modelo de patrimonio separado propiedad del fiduciario, que los comentamos a continuación.

¹²⁸ CANTIN CUMYN, Madeleine, «The Quebec Trust: A Civilian Institution with English Law Roots», in *Trusts in Mixed Legal System*, eds. Milo & J.M. Smiths, Privaatrecht, Nijmegen, 2001, *Ars Aequi Libri*, pág. 76.

¹²⁹ LEPAULLE, Pierre, *Traité Théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, París, 1932, Rosseau & Cie Éditeurs, págs. 31 a 50.

¹³⁰ Éste elude conceder la propiedad de los bienes dados en *trust* al *trustee* y utiliza la ambigua fórmula de «assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of beneficiary or for a special purpose» (art. 2 Convenio de La Haya) (*cursiva propia*). Aunque la doctrina mayoritaria critica esta ambigüedad y apostaría por la transmisión de la propiedad al fiduciario (LUPOI, *Trusts...*, pág. 333), el hecho es que el Convenio de La Haya admite otros tipos de fiducia que no concedan la propiedad al fiduciario.

- b) En cambio, un patrimonio de afectación no gira en torno a la titularidad de los bienes. Esto quiere decir que si el fiduciario quiere distribuir una multitud de certificados de cotitularidad sobre el fondo (ej. fiducia de inversión) podrá hacerlo sin poner en peligro la existencia de la estructura fiduciaria. Para que esto sea posible, las fiducias deberán poderse constituir mediante negocios unilaterales recepticios, como las donaciones (art. 618 CC) ¹³¹, y no por contrato, generando obligaciones desde que el fiduciario acepta (art. 629 CC) y perfeccionándose desde que el constituyente conoce la aceptación (art. 623 CC). Esto permite, si así se quiere, que el constituyente se declare él mismo fiduciario a favor de un tercero (como es posible en el derecho anglosajón), cosa que no sería posible si fuese un contrato (arts. 1.254 y 1.262 CC).
- c) La titularidad de los bienes debe corresponder al fondo. Con la fiducia, las dos propiedades características del *trust* deben distribuirse en forma de dominio único (más otros derechos) entre los diversos participantes del negocio. El dominio deberá corresponder, en nuestra opinión, al fondo en sí mismo. Además, ésta es la filosofía intrínseca de los *trusts* anglosajones: que los *trusts* sean patrimonios autónomos aislados de los riesgos de los que lo rodean (*settlor*, *trustee* y beneficiarios). La atribución de la titularidad a cualquiera de los intervinientes (constituyente, fiduciario y beneficiarios) pervertiría a la institución y no la haría tan flexible: si se atribuye al constituyente, hay riesgo de que el *trust* se vea afectado por la insolvencia de éste; si se atribuye al fiduciario o a los beneficiarios, éstos no podrán enajenar los bienes sin destruir la fiducia y ni las fiducias de inversión colectiva, ni las de pensiones ni las nuevas modalidades de titulizadoras (aquellas que permitan que los certificados hipotecarios representativos del fondo representen una cotitularidad sobre el mismo) podrían realizarse sin destruir la fiducia.
- d) Estamos de acuerdo en que optar por esta opción conlleva cierta «personificación» del fondo. Pero esto no es ninguna novedad en nuestro derecho, en tanto que ya actualmente tienen por ley atribuidos derechos procesales y obligaciones tributarias ¹³². Además, esta teoría está en plena armonía con el artículo 1.911 CC, ya que el fondo responde con todo su patrimonio presente y futuro por las deudas que él mismo contraiga; en cambio, con la teoría de la propiedad transferida al fiduciario, no queda claro cómo una persona puede tener dos patrimonios comunicados. El artículo 1.911 CC no necesita una persona sujeta a responsabilidad (¡atrás quedaron los tiempos de la prisión o esclavitud por deudas!), sino un patrimonio; y con esta teoría lo tiene.

¹³¹ De hecho, los *charitable trusts* se basan en este efecto gratuito a favor de alguien o de una finalidad (HANSMANN y MATTEI, *The functions of...*, pág. 437).

¹³² Vid. *supr.* y *vid. infra*.

6. RÉGIMEN IMPOSITIVO DE LOS FONDOS FINANCIEROS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

A continuación, vamos a examinar la tributación real y efectiva de los patrimonios financieros que carecen de personalidad jurídica. La cuestión radica en el deber de tributar de las entidades sin personalidad jurídica. Según el artículo 35.4 de la LGT, «tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición»¹³³. Este artículo reconoce que una unión económica, aun careciendo de personalidad jurídica, tiene una autonomía patrimonial y organizativa que le permite actuar en el tráfico jurídico como un verdadero ente tributario.

En este precepto no se establece que los patrimonios financieros sin personalidad jurídica sean obligados tributarios, sino que se señala que tendrán esta consideración cuando una ley expresamente lo reconozca. Según SAINZ DE BUJANDA, esta disposición¹³⁴ posee una finalidad «puramente didáctica y orientadora, se limita a recordar al legislador la posibilidad de que en futuras leyes atribuya la consideración de sujetos pasivos del tributo a las entidades que reúnan las características»¹³⁵. Por lo que será necesario acudir a la ley reguladora de cada tributo en concreto para ver si se sujetan a gravamen los patrimonios sin personalidad jurídica.

Si no existiera ningún precepto específico, estos fondos no estarían sujetos a ningún impuesto, sino que se regirían por el sistema de atribución de rentas, según el cual las rentas derivadas del Fondo se imputan directamente a cada uno de los partícipes e inversores (art. 10 RDL 3/2004¹³⁶). Sin embargo, el artículo 7 del RDL 4/2004¹³⁷, que regula el IS, establece que son «sujetos pasivos del impuesto, cuando tengan su residencia en territorio español:

- Los fondos de inversión, regulados en la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva.
- Los fondos de pensiones, regulados en el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el RDL 1/2002, de 29 de noviembre¹³⁸.

¹³³ En similares términos el artículo 33 de la derogada LGT.

¹³⁴ Hace referencia al originario artículo 33 de la LGT.

¹³⁵ SAINZ DE BUJANDA, Fernando, «La capacidad jurídica tributaria de los entes colectivos no dotados de personalidad», *Hacienda y Derecho*, vol. V, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, pág. 447.

¹³⁶ RDL 3/2004, de 5 de marzo (BOE 10 marzo 2004, núm. 60, pág. 10.670), que es el texto refundido de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre que regula el IRPF.

¹³⁷ RDL 4/2004, de 5 marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley del IS (BOE 11 de marzo de 2004, núm. 61, pág. 10.951) y que sustituye a la anterior Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del IS. Piénsese que la originaria Ley del IS (Ley 61/1978, de 27 de diciembre) no sujetaba este impuesto a dichos Fondos, sino que se regulaban por la atribución de rentas.

¹³⁸ El artículo 30 del RDL 1/2002 (BOE 13 de diciembre de 2002, núm. 298, pág. 43.361) establece que «Los fondos de pensiones constituidos e inscritos según lo requerido por la presente Ley, estarán sujetos al IS a un tipo de gravamen cero teniendo, en consecuencia, derecho a la devolución de las retenciones que se les practiquen sobre los rendimientos del capital mobiliario. 2. La constitución, disolución y las modificaciones consistentes en aumentos y disminuciones de los fondos de pensiones regulados por esta Ley, gozarán de exención en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.»

- Los fondos de titulización hipotecaria, regulados en la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria ¹³⁹.
- Los fondos de titulización de activos a que se refiere la disposición adicional quinta.2 de la Ley 3/1994, de 14 de abril, sobre adaptación de la legislación española en materia de crédito a la segunda directiva de coordinación bancaria y otras modificaciones relativas al sistema financiero.» ¹⁴⁰

Es decir, la consideración como sujeto pasivo del IS y su correlativa obligación de tributar se trata de una sujeción derivada de la mera voluntad del legislador, sin que el artículo 35.4 de la LGT implique un mandato expreso al legislador. En consecuencia, la voluntad del legislador podría perfectamente cambiar y llegar a establecer una tributación menor o, incluso, la no tributación.

La obligación de tributar de estos fondos sin personalidad jurídica responde a la aplicación del principio de capacidad económica del artículo 31.1 de la CE ¹⁴¹. En este artículo se establece el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, de acuerdo con la capacidad económica de los ciudadanos, y mediante un sistema tributario justo que se inspire en diversos principios, como son el de igualdad y progresividad. Como señala la jurisprudencia constitucional, la «capacidad económica, a efectos de contribuir a los gastos públicos, significa la incorporación de una exigencia lógica que obliga a buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra» ¹⁴².

Es decir, como los Fondos obtienen una serie de ingresos o rentas, es decir, beneficios económicos ¹⁴³ (que son un índice de capacidad económica directa) deberán satisfacer unos tributos con la finalidad básica y esencial de contribuir a financiar los gastos públicos. Así es como lo entiende el artículo 7 del RDL 4/2004 que regula el texto refundido de la LIS.

Es necesario tener en cuenta que en todo momento estamos hablando del régimen fiscal del Fondo, de la entidad sin personalidad jurídica y no de la sociedad gestora del mismo, que como está constituida como sociedad deberá tributar a efectos del IS, al igual que toda sociedad persona jurídica, y en función de su actividad también deberá satisfacer los impuestos, tasas o contribuciones especiales que deriven de su actividad económica (en esencia, el cobro de una comisión por la gestión del fondo).

Antes de entrar a estudiar la tributación real y efectiva de los Fondos de Inversión, de los Fondos de Pensiones y de los Fondos de Titulización, vamos a diferenciar, de forma resumida, las diferentes etapas que existen en el régimen fiscal de los Fondos.

¹³⁹ BOE 14 de julio de 1992, núm. 168, pág. 24.123.

¹⁴⁰ BOE 15 de abril de 1994, núm. 90, pág. 11.514.

¹⁴¹ También reconocida en el artículo 3 de la nueva LGT.

¹⁴² SSTC 27/1981, de 20 de julio (FJ 4.º), 150/1990, de 4 de octubre (FJ 9.º) y 221/1992, de 11 de diciembre (FJ 4.º).

¹⁴³ El hecho imponible del IS es la obtención de renta, cualquiera que sea su origen (art. 4.1 RDL 4/2004).

6.1. Primera etapa: la constitución del fondo.

En referencia a la tributación indirecta, están exentas del ITPAJD las siguientes operaciones que realicen los fondos de pensiones: la constitución, la disolución y las modificaciones consistentes en aumentos y disminuciones de los fondos, en la actividad de operaciones societarias (art. 30.2 RDL 1/2002).

Sobre los Fondos de Inversión Colectiva, a efectos del ITPAJD, todas las operaciones societarias que realice la sociedad gestora del Fondo de Inversión, como son la constitución, el aumento de capital y la fusión, estarán exentas de satisfacer este impuesto en la actividad de operaciones societarias [art. 45.I.B.10) RDL 1/1993], aunque no lo estarían, en cambio, las operaciones de reducción de capital ni la disolución. Este beneficio fiscal tiene la finalidad de incentivar la creación, desarrollo o integración de los fondos que estamos tratando.

Además, los Fondos de Inversión Inmobiliaria que, con el carácter de instituciones de inversión colectiva no financieras, tengan por objeto social exclusivo la inversión en cualquier tipo de inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento y en los que, además, las viviendas, las residencias estudiantiles y las residencias de la tercera edad, en los términos que reglamentariamente se establezcan, representen conjuntamente, al menos, el 50% del total del activo gozan de las siguientes bonificaciones, a efectos del ITPAJD:

- Las operaciones de constitución, aumento de capital, fusión y escisión del fondo, así como las aportaciones no dinerarias a dicho fondo, quedarán exentas en la modalidad de operaciones societarias (art. 45.I.B.19 RDL 1/1993 sobre el ITPAJD, en la nueva redacción dada por la Ley 35/2003).
- Y gozarán de una bonificación del 95% por la adquisición de viviendas destinadas al arrendamiento ¹⁴⁴.

La constitución de un Fondo de Titulización se centra en la agrupación de los activos cedidos por el originador (créditos) y la emisión por parte del Fondo de los correspondientes bonos de titulización hipotecaria y de activos. Y la constitución del Fondo de Titulización Hipotecaria y del Fondo de Titulización de Activos, así como la emisión, la transmisión, cancelación y el reembolso de los títulos están exentos del concepto operaciones societarias del ITPAJD ¹⁴⁵. Ahora bien, tributará por actos jurídicos documentados, cuando se formaliza en escritura pública (art. 28 RDL 1/1993).

¹⁴⁴ La aplicación del régimen fiscal contemplado en este apartado requerirá que los bienes inmuebles que integren el activo de las sociedades y fondos de inversión inmobiliaria no se enajenen hasta que no hayan transcurrido tres años desde su adquisición, salvo que, con carácter excepcional, medie autorización expresa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Disposición final primera de la Ley 35/2003 que modifica el del RDL 1/1993, de 24 de septiembre, que aprueba el texto refundido de la Ley del ITPAJD (BOE 20 de octubre de 1993, núm. 251, pág. 29.545).

¹⁴⁵ En referencia a los Fondos de Titulización Hipotecaria, véase el artículo 5 de la Ley 19/1992, de 7 de julio, y en referencia a los Fondos de Titulización de Activos, se aplica supletoriamente la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre el Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria (art. 1.2 RD 926/1998, de 14 mayo, que regula los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras).

6.2. Segunda etapa: el inversor.

El inversor en los valores emitidos por los diferentes fondos puede ser una persona física, jurídica, o entidades sin personalidad jurídica ¹⁴⁶. Esta inversión se remunera a través de un determinado interés periódico (FTH y FTA) o por el reparto de los rendimientos obtenidos por el fondo por sus operaciones (FICF).

En este caso vamos a diferenciar, por un lado, las rentas obtenidas por invertir en un Fondo de Titulización o de Inversiones y, por otro, las rentas obtenidas de un Fondo de Pensiones, puesto que su tributación es sustancialmente diferente.

En referencia a la tributación directa pueden darse tres casos:

- Si es una persona física residente en España, el inversor del Fondo de Titulización o de Inversiones es sujeto pasivo del IRPF y debe integrar en su base imponible las rentas obtenidas en el apartado de rendimientos de capital mobiliario por la cesión a terceros de capitales propios (art. 23 RDL 3/2004).

Aunque el artículo 84 del Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del IRPF, nos dice que están sujetos a una retención del 15% todos los rendimientos de capital mobiliario, el artículo 73 f) del mismo texto establece que no existe la obligación de practicar retención ni ingreso a cuenta sobre los rendimientos derivados de la transmisión o reembolso de activos financieros con rendimientos explícitos, representados en anotaciones en cuenta y que se negocian en un mercado secundario oficial de valores español ¹⁴⁷.

Asimismo, la venta, transmisión, reembolso o amortización de las participaciones del fondo tendrán consideración de ganancias o pérdidas generadas a efectos del IRPF (art. 31 RDL 3/2004).

En el supuesto de rentas obtenidas por la participación en un Fondo de Pensiones, solamente aparece el supuesto que el inversor sea una persona física (no una persona jurídica). Los planes de pensiones se pueden recuperar en forma de capital (en un solo pago) o de renta (varios pagos en distintos años) o combinando las dos fórmulas. De una u otra forma, estas rentas tributan como rendimientos de trabajo a efectos del IRPF y no tienen retención (art. 16.2.3.ª RDL 3/2004) y ambos capitales tienen una reducción del 40% porque es renta irregular (obtenida en un período superior a dos años).

¹⁴⁶ Por ejemplo el Fondo de Garantía en una Titulización sintética (art. 97 Ley 62/2003, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 2004, BOE 31 de diciembre de 2003, núm. 313, pág. 46.874).

¹⁴⁷ Además, los rendimientos obtenidos se pueden reducir en un 40%, si su período de generación es superior a dos años (art. 30 RDL 3/2004).

- Si se trata de una persona jurídica residente en España, el inversor institucional que obtenga rentas del Fondo de Titulización o del Fondo de Inversiones, tendrá la consideración de sujeto pasivo del IS [art. 7.1 a) RDL 4/2004], y deberá integrar en la base imponible del impuesto los rendimientos de los bonos de titulización y las participaciones en el Fondo de Inversiones. Se declaran dentro del apartado de ingresos en la contabilidad de la sociedad y se integran en la base imponible del IS: ya sean beneficios, ya sean ventas, transmisión, reembolso o amortización de las participaciones (plusvalías o pérdidas) (art. 10.3 RDL 4/2004).

Asimismo, estos rendimientos están sujetos a retención en cuenta del 15% (Capítulo II del Título IV RD 537/1997), salvo los supuestos del artículo 57 k) del Real Decreto 537/1997 que establece la excepción de retener e ingresar a cuenta de los rendimientos de participaciones hipotecarias, préstamos u otros derechos de crédito que constituyan ingreso de los Fondos de Titulización, cuando estén representados en anotaciones en cuenta y negociados en un mercado secundario oficial de valores español ¹⁴⁸.

- Si la persona física o jurídica es no residente en territorio español. Los rendimientos obtenidos por los titulares de los bonos y participaciones emitidos por el Fondo de Titulización o el Fondo de Inversiones tienen la condición de renta obtenida en España [art. 13.1 f) RDL 5/2004 ¹⁴⁹] y, por lo tanto, tributarán a efectos del IRNR. En este caso, en concepto de intereses, o bien con motivo de la transmisión, reembolso o amortización de los mismos, equiparándose a la cesión a terceros de capitales propios del artículo 23.2 de la Ley del IRPF. Es decir, se encuadran bajo el concepto de rendimientos de capital mobiliario [art. 13.1 f) RDL 5/2004] o bien como ganancias patrimoniales en el caso de las ventas, transmisión, reembolso o amortización de las participaciones y bonos [art. 13.1 i) RDL 5/2004].

La tributación es diferente si se trata de rentas obtenidas con o sin establecimiento permanente. En el primer caso, cuando son rentas obtenidas mediante establecimiento permanente tributan según el Capítulo III del RDL 5/2004, sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios para evitar la doble imposición suscritos por España, en los cuales pueden determinar la no tributación de la renta o la tributación de tipos de gravámenes reducidos. De esta forma, la base imponible se determinará de acuerdo con las normas del IS.

Y en el segundo supuesto, si son rentas obtenidas sin establecimiento permanente, pueden darse diversas situaciones: a) si el preceptor del rendimiento es residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, las rentas están exentas de tributación [art. 14.1 c) RDL 5/2004]. b) si el preceptor del rendimiento es residente en un país sin convenio para evitar la doble imposición tributa según el capítulo IV del RDL 5/2004, básicamente el tipo de gravamen será del 15 por 100. c) si el preceptor del rendimiento es residente en un país con convenio de doble imposición, habrá que estar a lo dispuesto por el convenio.

¹⁴⁸ Estos requisitos se precisan para las emisiones realizadas a partir de 1 de enero de 1999.

¹⁴⁹ RDL 5/2004, de 5 de marzo (BOE 12 de marzo de 2004, núm. 62, pág. 11.176), texto refundido de la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, de normas reguladoras del IRNR y otras normas tributarias.

6.3. Tributación directa de los fondos.

Ahora vamos a estudiar la tributación directa real y efectiva de los fondos, es decir, de los patrimonios financieros sin personalidad jurídica. Como ya hemos expuesto con anterioridad, todo fondo debe tributar a efectos del IS, independientemente de que posteriormente, los inversores que reciben los ingresos de estos fondos también los declaren en su correspondiente IRPF (si se trata de una persona física), en el IS (si se trata de una sociedad) o en el IRNR (si se trata de una persona física o jurídica que no reside en el Estado español).

Tal y como está hoy por hoy legalmente configurada la tributación de los fondos, la doctrina no encuentra particularidades significativas ni controversias especiales. Por un lado, deberá tributar por la obtención de una serie de beneficios a efectos del IS y, por otro lado, respecto las restantes actividades deberá tributar por los correspondientes impuestos, en función de que los actos que desarrollen estén gravados, es decir, siempre que realicen de forma autónoma el presupuesto de hecho previsto en cada uno de ellos.

A título de ejemplo, tributarán por los siguientes impuestos:

- a) Por el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana que grava el incremento de valor de estos terrenos que se pone de manifiesto por la transmisión de la propiedad de los mismos o por la constitución o transmisión de derechos reales (arts. 104 y 106 RDL 2/2004 ¹⁵⁰). Esto afectaría a los Fondos de Inversión Inmobiliaria que detentan y negocian con inmuebles.
- b) Por el IBI si estas entidades sin personalidad jurídica son titulares de bienes inmuebles rústicos y urbanos, concesiones administrativas sobre los mismos, o bien son titulares de derechos reales de superficie o de usufructo (arts. 61 y 63 RDL 2/2004).
- c) Por el IVA cuando realicen entrega de bienes, prestaciones de servicios, adquisiciones intracomunitarias de bienes e importaciones de bienes ¹⁵¹.
- d) Por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (art. 7.1 RDL 1/1993), cuando realicen transmisiones onerosas por actos *inter vivos* de toda clase de bienes y derechos que integran el patrimonio de las personas físicas o jurídicas, o la constitución de derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones y concesiones administrativas.

¹⁵⁰ RDL 2/2004 de 5 de marzo (BOE 9 de marzo de 2004, núm. 59, pág. 10.284), que deroga la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas locales.

¹⁵¹ Regulado por la Ley 37/1992, de 28 de diciembre (BOE 29 de diciembre de 1992, núm. 312, pág. 44.247). En la Consulta de 8 de julio de 1993, la Administración tributaria entiende que están sujetas a IVA las entregas de bienes y servicios realizados por los Fondos de Titulización Hipotecaria en el desarrollo de su actividad empresarial y se consideran prestados en el territorio de aplicación del impuesto cuando el destinatario sea un empresario profesional y radique en dicho territorio la sede de su actividad económica o tenga en el mismo un establecimiento permanente o, en su defecto, el lugar de su domicilio.

- e) Por el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica, si los patrimonios sin personalidad jurídica tienen algún vehículo que se encuentra sujeto a este impuesto (art. 94 RDL 2/2004).
- f) Por el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, si estas entidades realizan cualquier construcción, instalación u obra en la cual se exija una licencia de obras urbanística (arts. 100 y 101 RDL 2/2004).

Si bien destacar que estas entidades sin personalidad jurídica no están sujetas al Impuesto sobre el Patrimonio, puesto que éste únicamente grava el patrimonio de las personas físicas (art. 1 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, que regula el Impuesto sobre el Patrimonio ¹⁵²), ni tampoco al IAE. Piénsese que el IAE grava el ejercicio de actividades económicas, y una actividad se ejerce con carácter económico, cuando es empresarial, profesional o artístico y suponga una ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos (o bien de ambos), con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios. En consecuencia, ninguno de estos patrimonios financieros (que en realidad se dedican a la compraventa de valores mobiliarios, etc.) realizan una actividad económica ni empresarial ni profesional ¹⁵³. Y en referencia a las tasas y a las contribuciones especiales, siempre que estos patrimonios financieros sin personalidad jurídica realicen su hecho imponible, deberán satisfacerlas ¹⁵⁴.

La tributación de estos Fondos sin personalidad jurídica no presenta ninguna especialidad a la hora de determinar la base imponible del IS; en el lado del activo aparecen los ingresos principales que provendrán de las participaciones de los inversores y, en el lado del pasivo, los gastos ordinarios de la actividad ¹⁵⁵. Sin embargo, sí que presentan una serie de particularidades a la hora de establecer el tipo de gravamen. Vamos a estudiar las diferentes especialidades que tiene cada tipo de fondo:

¹⁵² BOE 7 de junio de 1991, núm. 136, pág. 18.692.

¹⁵³ Resolución de 16 de diciembre de 1993, de la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales. Véase el artículo 79 del RDL 2/2004. Y la STSJ de Madrid de 15 abril de 1998 y en referencia a los Fondos de Pensiones establece que «si bien no hay una exención expresa en la Ley que lo regula, ni cabe entender la no sujeción al mismo de los Fondos de Pensiones, dada su naturaleza, y por aplicación excluyente de lo dispuesto en los artículos 79 y 80 de la Ley 39/1988. Tampoco cabe entender que están comprendidos en ninguno de los Epígrafes de las Tarifas e Instrucción del Impuesto, pues no cabe entender que se comprendan en el epígrafe 819.9 que se refiere a "otras actividades financieras n.c.o.p." (no comprendidas en otras partes), porque los Fondos de Pensiones, como hemos expuesto no son entidades financieras, sino patrimonios sin personalidad jurídica; ni en el epígrafe 831.9 sobre "otros servicios financieros", ya que la entidad financiera que realiza actividades y servicios financieros es la Entidad Gestora de los Fondos de Pensiones, y como tal contribuye por el IAE».

¹⁵⁴ Así, el artículo 23.1 del RDL 2/2004 establece que «Son sujetos pasivos de las tasas, en concepto de contribuyentes, las personas físicas y jurídicas así como las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria: a) Que disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular, conforme a alguno de los supuestos previstos en el artículo 20.3 de esta Ley. b) Que soliciten o resulten beneficiadas o afectadas por los servicios o actividades locales que presten o realicen las entidades locales, conforme a alguno de los supuestos previstos en el artículo 20.4 de esta Ley». Y el artículo 30.1 del mismo texto legal: «Son sujetos pasivos de las contribuciones especiales las personas físicas y jurídicas y las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, especialmente beneficiadas por la realización de las obras o por el establecimiento o ampliación de los servicios locales que originen la obligación de contribuir».

¹⁵⁵ Por ejemplo, en la Consulta de 8 de julio de 1993, la Administración tributaria establece en referencia a los Fondos de Titulización Hipotecaria que, a falta de precepto expreso, los pagos de intereses a favor de los tenedores de bonos y los gastos conexos con las coberturas contratadas a favor del fondo son declarados sujetos y exentos del IVA por asimilación con las operaciones financieras del artículo 20.1.18 de la LIVA.

A) LOS FONDOS DE PENSIONES. Recordemos que son un conjunto de bienes y derechos económicos, sin personalidad jurídica, creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a los planes de pensiones, cuya finalidad básica es la de permitir la instrumentación de uno o varios planes de pensiones, canalizando las inversiones de los recursos provenientes de éstos ¹⁵⁶.

Al igual que en los supuestos anteriores, las rentas que generen los fondos de pensiones no serán atribuibles a los partícipes, quedando, en consecuencia, sin aplicación del régimen de atribución de renta (art. 29 RDL 1/2002, de 29 noviembre ¹⁵⁷). Por lo que los beneficios obtenidos por el Fondo tributan a efectos del IS, pero el tipo de gravamen es cero (a diferencia del tipo de gravamen general del IS que es del 35%). Por lo tanto, los fondos tienen derecho a la devolución de las retenciones practicadas sobre los rendimientos del capital mobiliario (art. 30 RDL 1/2002, de 29 noviembre ¹⁵⁸).

Como ya hemos adelantado con anterioridad, perfectamente el legislador podía haber optado por otro tipo de tributación como es la exención total de los fondos de pensiones en el IS o la vía de la no sujeción y, sin embargo, ha optado por la vía de la tributación al 0%. Más adelante estudiaremos las diferentes consecuencias jurídicas de optar por una vía u otra.

Y el Fondo de Pensiones también es sujeto pasivo del IVA, de la misma forma que otras entidades carentes de personalidad jurídica que constituyen una unidad económica susceptible de imposición y que efectúan operaciones sujetas al impuesto, tales como las herencias yacentes o las comunidades de bienes. Sin embargo, las operaciones de la gestión y depósito del Fondo de Pensiones están exentas a efectos del IVA [art. 20.18 n)].

B) LOS FONDOS DE INVERSIÓN COLECTIVA. Los Fondos de Inversión son Instituciones de Inversión Colectiva configuradas como patrimonios separados sin personalidad jurídica, que pertenecen a una pluralidad de inversores (incluidos, entre ellos, otras Instituciones de Inversión Colectiva), cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora (que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo), con el concurso de un depositario, y cuyo objeto básico y esencial es la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos (art. 3.1 de la Ley 35/2003 ¹⁵⁹).

¹⁵⁶ Véase MONEREO PÉREZ, José Luis, «Instrumentación jurídica e institucional de los Planes y Fondos de Pensiones», *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 40, octubre-diciembre, 1989, pág. 591. Y MATEO GUERRERO Y RUIZ, Rafael, «Planes y Fondos de Pensiones», *Revista Técnico Laboral*, núm. 40, 1989, pág. 234. Y la STC 206/1997, de 27 noviembre. Véase el artículo 3 del Real Decreto 304/2004, de 20 febrero, que aprueba el Reglamento de Planes y fondos de pensiones (BOE 25 febrero 2004, núm. 48, pág. 8.859).

¹⁵⁷ Que aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (BOE de 13 de diciembre de 2002, núm. 298).

¹⁵⁸ Este régimen ya se reconocía en el mismo artículo de la Ley anterior 8/1987, de 8 de junio.

¹⁵⁹ En este mismo sentido se pronuncia la STSJ de Madrid de 30 noviembre de 2000.

Está claro que son entidades sin personalidad jurídica, puesto que únicamente existe un patrimonio integrado por las participaciones de los inversores y gestionados por una sociedad que no tiene la propiedad del Fondo. Por lo que la sociedad que gestiona este fondo (SG) será quien deba liquidar el correspondiente IS por los rendimientos obtenidos por el Fondo, puesto que se trata de una sociedad anónima cuya única particularidad es su objeto social.

Los siguientes Fondos de Inversión tributan a un tipo impositivo del 1% a efectos del IS (art. 28.5 RDL 4/2004):

- Los fondos de inversión mobiliaria.
- Los fondos de inversión en activos del mercado monetario.
- Los fondos de inversión inmobiliaria (siempre que el número de partícipes sea más de 100 ¹⁶⁰ y que, con el carácter de instituciones de inversión colectiva no financieras, tengan por objeto exclusivo la inversión en cualquier tipo de inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento, y, además, las viviendas, las residencias estudiantiles y las residencias de la tercera edad, que representen conjuntamente, al menos, el 50% del total del activo ¹⁶¹.
- Los fondos de inversión de carácter financiero (siempre que el número de partícipes sea como mínimo de 100 personas) ¹⁶².

La justificación de esta tributación atenuada (recordemos que la tarifa general del IS es del 35%) radica en la naturaleza intrínseca de unas entidades que tienen por finalidad esencial encauzar y promover el ahorro colectivo y la mayor obtención de rendimientos mediante la inversión (atenuando el riesgo) por parte de particulares e instituciones ¹⁶³.

Pero todas estas instituciones que tienen un tipo de gravamen especial del 1% a efectos del IS no podrán practicar la deducción por doble imposición internacional (art. 71.1 RDL 4/2004), pero sí la devolución de las retenciones a cuenta y los pagos fraccionados si superan la cuota (art. 71.2

¹⁶⁰ La exigencia de ser más de 100 socios o partícipes es una novedad introducida por la Ley 35/2003 y se aplicará a los períodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2004. Esta nueva normativa mantiene el régimen vigente, si bien precisa de un número mínimo de accionistas y partícipes con el que han de contar dichas Instituciones de Inversión Colectiva para beneficiarse del trato fiscal favorable.

¹⁶¹ La aplicación de este tipo de gravamen inferior precisa que los bienes inmuebles que integran el activo de las instituciones de inversión colectiva no se enajenen hasta que no hayan transcurrido tres años desde su adquisición, salvo que, con carácter excepcional, medie autorización expresa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (art. 28 del RDL 4/2004).

¹⁶² La exigencia de ser más de 100 socios o partícipes es una novedad introducida por la Ley 35/2003 y se aplicará a los períodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2004.

¹⁶³ Véase FERRER PEDROLA, Ramón, «Acerca de las instituciones de inversión colectiva y su trascendencia en la calificación tributaria», *Carta Mercantil*, núm. 13, 2000, págs. 27 y 28. Y RICO ARÉVALO, Belén, «Las sociedades de inversión mobiliaria de capital variable como sociedades anónimas especiales», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, octubre, 1998, págs. 255 y 256.

RDL 4/2004). Las restantes entidades de inversión colectiva tributan, por el contrario, al tipo de gravamen general del 35% y sí que pueden practicar deducciones para evitar la doble imposición internacional ¹⁶⁴.

Cabe destacar que con la nueva Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (aplicable a los períodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2004), se añade formalmente que cuando el importe de los pagos fraccionados, retenciones e ingresos a cuenta practicados sobre los ingresos supere la cuantía de la cuota íntegra, la Administración tributaria procederá a devolver, de oficio, el exceso ¹⁶⁵.

Y, a efectos del IVA, la gestión y administración del fondo también está exenta de pagar este impuesto.

C) LOS FONDOS DE TITULIZACIÓN HIPOTECARIA. Su configuración jurídica y financiera debe distinguirse de la de los Fondos de Inversión Mobiliaria, puesto que no son Instituciones de Inversión Colectiva. Los Fondos de Titulización Hipotecaria están sujetos al IS, por los beneficios del fondo, al tipo general, que es el 35% (art. 5 de la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre el Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria).

La administración del Fondo de Titulización Hipotecaria por la sociedad gestora quedará exenta del IVA [art. 20.18 n) de la LIVA].

D) LOS FONDOS DE TITULIZACIÓN DE ACTIVOS están sujetos al IS, por los beneficios del fondo, al tipo general, que es el 35% ¹⁶⁶. Es decir, observamos que no se aplica ningún tipo impositivo reducido. Asimismo, todos los rendimientos de participaciones hipotecarias, préstamos u otros derechos de crédito que constituyan ingreso de los Fondos de Titulización (hipotecaria y de activos), están exentos de la obligación de retener y de ingresar a cuenta [art. 57 k) RD 597/1994, que aprueba el reglamento del IS]. Esta exención se extiende a los rendimientos derivados de activos financieros o depósitos bancarios ¹⁶⁷.

Y la gestión y depósito del Fondo de titulización de activos por las sociedades gestoras quedará exento a efectos del IVA [art. 20.18 n) LIVA].

¹⁶⁴ Además, en los Fondos de Inversión no existe la obligación de retener ni de ingresar a cuenta, a efectos del IS, respecto las rentas derivadas de la transmisión a reembolso de acciones o participaciones representativas del capital o patrimonio de las instituciones de inversión colectiva obtenidas por los fondos de inversión mobiliaria [art. 59 t) del Reglamento del IS, RD 1777/2004].

¹⁶⁵ Mención que aparece expresamente en la Ley y que en la práctica ya se realizaba. Y añade que, en ningún caso, se les podrá aplicar el régimen de sociedades patrimoniales de los artículos 75 a 77 RDL 4/2004 (art. 71 RDL 4/2004 LIS).

¹⁶⁶ Puesto que supletoriamente se aplica la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre el Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria, artículo 1.2 del Real Decreto 926/1998, de 14 mayo, que regula los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras.

¹⁶⁷ Así lo ha puesto de manifiesto la Consulta de 30 de marzo de 1993 de la Dirección General de Tributos.

6.4. Sumario de la tributación directa de los fondos.

En conclusión, los Fondos de Inversiones, los Fondos de Pensiones y los Fondos de Titulización son patrimonios separados susceptibles de imposición, en la terminología utilizada por el artículo 35.4 de la LGT. De aquí que aunque deberían someterse al régimen de atribución de rentas del artículo 10 LIRPF (como el régimen tributario más razonable, lógico y coherente con la finalidad de los mismos), sin embargo, la LIS nos dice, de forma expresa, que son sujetos pasivos por dicho impuesto.

Del estudio anterior observamos que, a efectos del IS:

- Determinados Fondos de Inversión Colectiva tributan al 1% y el resto al tipo general del 35%.
- Los Fondos de Titulización (hipotecaria y de activos) tributan al 35%.
- Los Fondos de Pensiones tributan al 0%.

7. NUESTRA PROPUESTA DE UN NUEVO RÉGIMEN IMPOSITIVO PARA LOS FONDOS FINANCIEROS

Atendiendo a la auténtica naturaleza de los fondos (fiducia «atrastada») y al tratamiento fiscal de figuras similares a nivel internacional ¹⁶⁸, debemos reconocer la ineficiencia tributaria de nuestros vehículos financieros y su pérdida de competitividad respecto a sus homólogos extranjeros ¹⁶⁹. De manera que entendemos que es necesaria en España una reforma del trato tributario de los patrimonios financieros sin personalidad jurídica al estilo de los REITs y FREITs y de algunas MBS estadounidenses.

¹⁶⁸ *Vid. suprà*. Lo que hemos comentado sobre el trato fiscal de las MBS en Estados Unidos, de los nuevos REITs franceses. En el ordenamiento jurídico italiano, los Fondos de Inversión carecen de personalidad jurídica, por lo tanto no están gravados por los impuestos directos que gravan la renta (art. 11.1 de la LEGGE 14 agosto 1993, n. 344 de Istituzione e disciplina dei fondi comuni di investimento mobiliare chiusi (GU n. 205 del 1-9-1993) establece que «1. I fondi di cui all'articolo 1 non sono soggetti all'imposta sul reddito delle persone fisiche, all'imposta sul reddito delle persone giuridiche e all'imposta locale sui redditi. Le ritenute operate sui redditi di capitale percepiti dai fondi sono a titolo di imposta». Tributan en base a un impuesto específico que grava el patrimonio del Fondo.

¹⁶⁹ Así, mientras que los bonos de titulización hipotecaria emitidos por los FTH representan únicamente un 5% del total de créditos hipotecarios en vigor, el número de FII y de FIM censados por la CNMV y el Banco de España es ínfimo, así como también el volumen de su emisión (*vid. infra*. datos más concretos).

A título de ejemplo, en Francia los Fondos de Inversión (*Fonds común de placement* ¹⁷⁰) no tributan en el impuesto sobre sociedades francés ¹⁷¹, sino que tributa la sociedad gestora del Fondo (*Sociétés d'investissements immobiliers* ¹⁷²). La normativa francesa obliga a tributar por los dividendos obtenidos por esta sociedad, siempre teniendo en cuenta que hay que deducir una serie de beneficios que están exentos (*exonerés*) a efectos del pago del impuesto.

Las sociedades de inversión inmobiliaria francesas, según el artículo 208 c) del Código General de Impuestos, deben tener un capital social superior a 15 millones de euros y su finalidad principal es la adquisición o la construcción de inmuebles con la finalidad de arrendarlos ¹⁷³. Estas sociedades de inversión inmobiliaria ¹⁷⁴, pueden optar por la exoneración del impuesto sobre sociedades en la fracción de sus beneficios provenientes:

- Del alquiler de los inmuebles y de las plusvalías sobre la cesión a personas no vinculadas ¹⁷⁵,
- De la participación en las sociedades del artículo 8 del Código General de Impuestos francés
- O de la participación en las filiales sometidas a este régimen.

Una vez expuesto todo lo anterior, observamos como toda nuestra legislación tributaria sobre fondos impide su eficiencia fiscal (*tax-efficiency*), excepto, quizás, los Fondos de Pensiones. Así, proponer la no tributación del fondo iría en contra del artículo 35.4 de la LGT que establece que los fondos tienen la consideración de sujeto pasivo pero que constituyen una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición. Además, como sujeto pasivo que es y porque obtiene rentas (son un índice de capacidad económica) tiene la obligación *ex lege* de contribuir a los gastos públicos.

¹⁷⁰ Se trata de un fondo sin personalidad jurídica formada por una copropiedad de instrumentos financieros y de depósitos (art. L214-20 del Código Monetario y Financiero francés).

¹⁷¹ Según el artículo 205 del Código General de Impuestos francés: «Il est établi un impôt sur l'ensemble des bénéfices ou revenus réalisés par les sociétés et autres personnes morales désignées à l'article 206. Cet impôt est désigné sous le nom d'impôt sur les sociétés.»

¹⁷² Artículo 206.5 e) del Código General de Impuestos francés.

¹⁷³ Y también con la participación de las personas mencionadas en los artículos 8 y 206 apartados 1 a 3 del Código General de Impuestos francés, puesto que el objeto social de estas sociedades es el mismo que el de las sociedades de inversión inmobiliaria.

¹⁷⁴ Y sus filiales, participadas en un 95% o menos, de forma directa o indirecta, durante todo el ejercicio económico, y con un objeto social idéntico.

¹⁷⁵ El artículo 39.12 del Código General de Impuestos francés establece qué son personas vinculadas de la siguiente forma: «Lorsqu'il existe des liens de dépendance entre l'entreprise concédante et l'entreprise concessionnaire, le montant des redevances prises en compte pour le calcul du résultat net imposable selon le régime mentionné au 1 de l'article 39 terdecies n'est déductible du résultat imposable de l'entreprise concessionnaire que dans le rapport existant entre le taux réduit d'imposition applicable à ce résultat net et le taux normal prévu au deuxième alinéa du I de l'article 219. Des liens de dépendance sont réputés exister entre deux entreprises:

- a. lorsque l'une détient directement ou par personne interposée la majorité du capital social de l'autre ou y exerce en fait le pouvoir de décision ;
- b. lorsqu'elles sont placées l'une et l'autre, dans les conditions définies au a, sous le contrôle d'une même tierce entreprise.»

Pero tenemos que tener en cuenta que, en su origen, todos estos fondos vehiculan los rendimientos obtenidos por los activos que posteriormente son redistribuidos entre los inversores, mientras que las SG se quedan una comisión por los servicios de organización y *servicing*. Dado que los fondos carecen de personalidad jurídica, no parece demasiado correcto aceptar que «un conjunto de cosas» se enriquezca, más cuando lo que van obteniendo lo van, a su vez, distribuyendo entre los acreedores (fondos tipo deuda) o los copropietarios (fondos tipo copropiedad). Precisamente son éstos los que obtienen un rendimiento y la SG por el *servicing* y, por lo tanto, son ellos los únicos que deberían tributar por el IS o el IRPF, según su condición. Por lo tanto, defendemos una tributación cero de todos los fondos financieros (FTA, FTA e FICF) a efectos únicamente del IS, como ya ocurre, por ejemplo, en la actual regulación de los Fondos de Pensiones, puesto que éstos tienen, como hemos visto, una similar estructura jurídico-económica con el resto de fondos fiduciarios así como beneficios para la generalidad similares ¹⁷⁶.

La finalidad última del legislador en la LIS era que los Fondos de Pensiones no tributasen. Si la LIS hubiera reconocido la sujeción expresa de los fondos de pensiones y seguidamente declarara su exención, hubiera incurrido en una contradicción ¹⁷⁷; en consecuencia, y para eludir esta situación, eligió la figura del tipo cero de gravamen como mecanismo válido para la sujeción de los fondos de pensiones al IS, de tal forma que la devolución de las retenciones se considera aplicable automáticamente sin que sea necesaria su inclusión expresa en la norma ¹⁷⁸.

Es decir, el tipo impositivo cero de los Fondos de Pensiones y de su correlativa aplicación a los Fondos de Titulización y Fondos de Pensiones, por la cual abogamos, implica: en primer lugar, la ausencia de tributación por los rendimientos obtenidos; en segundo lugar, la devolución de las retenciones practicadas; y en tercer lugar, que los impuestos pagados por los Fondos en el extranjero no les serán devueltos, puesto que únicamente se devuelven las cantidades retenidas en concepto de IS español (arts. 46 y 139 RDL 4/2004), salvo que lo dispusiera así un convenio internacional para evitar la doble imposición.

Es necesario mencionar que la utilización de la técnica de la sujeción y del posterior reconocimiento de la exención tuvo su reflejo en la legislación foral ¹⁷⁹. Por ejemplo, Navarra aprobó la Ley Foral 3/1988, de 12 de mayo, sobre Presupuestos Generales de Navarra para 1988, y en su artículo 76 establecía: «Los Fondos de Pensiones estarán sujetos y exentos del IS, teniendo derecho a la devolución de las retenciones, que se les practiquen sobre los rendimientos del capital mobiliario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6.º de la Ley Foral 15/1985, de 14 de junio, sobre régi-

¹⁷⁶ La primera opción sería defender la no tributación del fondo a efectos del IS, sino por la existencia de un régimen de atribución de rentas a cada uno de los partícipes. Esta opción implica cambiar la normativa del IS. En consecuencia, una segunda opción es abogar por la tributación cero.

¹⁷⁷ Véase HERRERA MOLINA, Pedro Manuel, *La exención tributaria*, ed. Colex, Madrid, 1990, pág. 272. Sería una contradicción, porque las entidades sin personalidad jurídica, como son los fondos de pensiones, son entidades recogidas en el artículo 35.4 de la LGT.

¹⁷⁸ A diferencia de si se hubiera establecido una exención, la norma tendría que haber contenido una disposición expresa sobre la devolución de las retenciones practicadas.

¹⁷⁹ En referencia al IS, únicamente recordar que los territorios forales del País Vasco y Navarra tienen su legislación propia.

men tributario de determinados activos financieros». Si bien la actual LIS de la Comunidad Foral de Navarra reconoce a los Fondos de Pensiones como sujeto pasivo del IS, les somete a un tipo de gravamen cero ¹⁸⁰.

El tipo cero en realidad no es una exención total (no significa que estos Fondos se encuentren exentos del pago del IS), pese a que se llega a una misma solución que la exención: se produce la exoneración del gravamen. La exención y el tipo de gravamen cero son dos categorías tributarias diferentes que inciden en la relación jurídica tributaria de forma muy diferente: mientras que la exención actúa sobre el hecho imponible, el tipo de gravamen cero es un elemento de cuantificación de la obligación tributaria, de tal forma que si existe una exención nunca se puede llegar a la cuantificación del tributo, porque en realidad ya no se realiza el hecho imponible originario.

Existen otras diferencias entre la exención y la tributación cero a efectos del IS. Entre otras:

- Que las entidades que tienen un tipo de gravamen cero tienen derecho a la devolución de las retenciones practicadas, mientras que las entidades que están totalmente exentas no tienen la obligación de practicar retención ¹⁸¹.
- Que las entidades que tienen un tipo de gravamen cero tienen que cumplir con sus obligaciones contables y registrales y con las obligaciones formales de realización de las liquidaciones a cuenta y la declaración-liquidación del IS, mientras que las entidades que están totalmente exentas no tienen la obligación de presentar la declaración del IS.

Además, esta tributación cero ya existe en nuestro ordenamiento jurídico. A título de ejemplo, en los impuestos especiales aparecen dos supuestos: en el Impuesto sobre el Vino y Bebidas Fermentadas, en el cual se establece un tipo impositivo cero sin hacer distinciones entre los vinos y las demás bebidas fermentadas ni, dentro de cada una de estas categorías, entre espumosas y tranquilas, con lo cual el establecimiento del tributo es meramente instrumental con objeto de posibilitar la utilización por los productores de vino y demás bebidas fermentadas del sistema intracomunitario de circulación (Exposición de motivos de la Ley 38/1992, de 28 diciembre, reguladora de los Impuestos Especiales, y arts. 26.1 y 30 ¹⁸²). Y en el Impuesto especial sobre Determinados medios de Transporte [art. 70.1 c) de la Ley 38/1992, de 28 diciembre, reguladora de los Impuestos Especiales] establece que el tipo impositivo a aplicar en Ceuta y Melilla es cero; en este caso la justificación radica en las especialidades del régimen fiscal aplicable en estos dos territorios.

¹⁸⁰ Artículos 11.1 c') y 50.7 de la Ley Foral de Navarra 24/1996, de 30 diciembre (BOE 30 de enero de 1997, núm. 26, pág. 2.897). En el mismo sentido se pronuncian las normas forales del País Vasco: de Álava 24/1996, de 5 de julio, de Guipúzcoa 7/1996, de 4 de julio, y de Vizcaya 3/1996, de 26 de junio.

¹⁸¹ Y como único problema es que en el Fondo de Pensiones las retenciones son devueltas con posterioridad, una vez liquidado el IS. Muchas de las inversiones que realiza canalizando los activos financieros que generan los rendimientos de capital mobiliario, así como las ganancias patrimoniales que obtenga derivadas de la transmisión o reembolso de las acciones y participaciones de las IIC están sujetos a una retención del 15%. Es decir, se produce un retraso en la devolución que implica un perjuicio financiero para la entidad. Situación que no existe en las entidades totalmente exentas a efectos del IS, en las cuales no existe la obligación de retener ni de ingresar a cuenta.

¹⁸² BOE 29 de diciembre de 1992, núm. 312, pág. 44.305.

Otro ejemplo lo encontramos en el IAE. En el RDL 1175/1982, de 28 de septiembre ¹⁸³, que aprueba las tarifas y la instrucción del IAE:

- En primer lugar, el Grupo 508 de la Sección 1.^a sobre agrupaciones y uniones temporales de empresas establece que éstas «se darán de alta en la matrícula del impuesto por este grupo, sin pago de cuota alguna. Lo anterior se entiende sin perjuicio de la tributación que corresponda a las empresas integrantes de la Agrupación o Unión de que se trate.» De esta forma no tributan a efectos el IAE, porque si no existiría una doble tributación.
- Un segundo supuesto es el Grupo 646 de la Sección 1.^a de Comercio al por menor de labores de tabaco y artículos de fumador; en las «notas comunes» se establece que «quienes no estando matriculados en este Grupo expidan sellos de correos y efectos timbrados, tributarán por esta actividad en régimen de cuota cero». La justificación de este tipo impositivo se basa en que el rendimiento económico obtenido en estos casos es mínimo.
- Un tercer supuesto es el Grupo 665 de la Sección 1.^a sobre comercio al por menor por correo o por catálogo de productos diversos. La nota 2.^a manifiesta que «Quienes colaboren con el sujeto pasivo de la actividad de venta por catálogo, mediante la prestación de sus locales abiertos al público, recibiendo pedidos, entregando mercancías, devolviendo mercancías, recibiendo el precio de los productos o exhibiendo muestrarios de éstos, así como los catálogos, tributarán por este Grupo satisfaciendo el 25 por 100 de la cuota correspondiente. Si el importe de tal tributación fuera inferior a 6.000 pesetas, el sujeto pasivo tributará por cuota cero». La justificación vuelve a ser el escaso rendimiento económico obtenido.
- Finalmente está la Agrupación 86 de la Sección 1.^a sobre el alquiler de bienes inmuebles. Se prevé que si «Los sujetos pasivos cuyas cuotas por esta actividad sean inferiores a 100.000 pesetas tributarán por cuota cero». Siendo el escaso beneficio la justificación del mismo.

Es decir, se propugna que la tributación de los beneficios que obtengan los patrimonios financieros sin personalidad tengan el tipo de gravamen cero a efectos del IS, como el más acorde con el derecho comparado, con la finalidad de estos instrumentos (promover el ahorro y la inversión colectivas y la promoción inmobiliaria) y para favorecer su competencia internacional. A efectos de los demás impuestos, tales como el IBI, ITPAJD, IVA, Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, etc., se defiende mantener su tributación: siempre que exista el hecho imponible se deberá tributar por el impuesto, porque en este caso se trata de una persona que opera en el tráfico jurídico, a pesar de no tener personalidad jurídica. Todos ellos son relativos a la constitución o negociación de los activos del fondo pero no relativos al fondo en sí.

Esta posibilidad también la recoge la nueva LGT, en su artículo 55.3 establece que la ley podrá prever la aplicación de un tipo cero, así como de tipos reducidos o bonificados. Entendemos que debería aplicarse este supuesto a los fondos objeto de este estudio en base a su auténtica naturaleza jurídica, al derecho comparado y a la razón de su existencia y funcionamiento: tienen como principal objetivo dinamizar el desarrollo inmobiliario (motor esencial de la economía) tanto el de los

¹⁸³ BOE 29 de septiembre de 1990, núm. 234, pág. 28.318.

inmuebles en propiedad (más eficiente refinanciación hipotecaria) como los dados en arrendamiento (los FII), así como también posibilitan el acceso de los pequeños ahorradores al mercado de capitales sin necesidad de intermediarios (FIM) ¹⁸⁴.

Además, el beneficio social que otorgan los Fondos de Titulización y de Inversiones es equiparable al beneficio social que provocan los Fondos de Pensiones, y si éstos tienen un tipo de gravamen cero a efectos del IS, los otros también deberían tenerlo atendiendo a su finalidad.

Este cambio por el cual nos decantamos no atenta contra nuestro ordenamiento jurídico, puesto que el artículo 35.4 de la LGT únicamente permite al legislador que configure a las entidades sin personalidad jurídica como sujetos pasivos de los tributos, pero no obliga a ello. Y es más, nuestra opinión está apoyada por las nuevas leyes, ya sea sobre los Fondos de Pensiones, ya sea la nueva Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de institución de inversión colectiva, ya sea la nueva LGT. La tendencia, pues, parece ser la que nosotros apuntamos, aunque todavía no se ha concretado para los FTH, los FTA y los Fondos de Inversión.

8. CONCLUSIÓN FINAL

A lo largo de este trabajo hemos expuesto los dos elementos esenciales que perjudican la eficiencia de nuestros vehículos financieros sin personalidad de naturaleza fiduciaria: su débil e inseguro marco jurídico-legal basado en «fiducias» no reconocidas por nuestro derecho y su deficiente sistema impositivo que afecta a su competitividad internacional y que no facilita la atracción del capital extranjero.

Así, nuestros sistemas de dinamización del crédito territorial o de la inversión colectiva en valores mobiliarios no es, hoy por hoy, eficiente ni jurídica (se desconoce cuál es su verdadera naturaleza jurídica) ni, en ocasiones, económicamente, siendo el caso más evidente el de los IIC. Actualmente, está registrada en la CNMV una sola SII ¹⁸⁵, aunque exista otra en activo ¹⁸⁶ y sólo constan registrados cinco FII ¹⁸⁷ que representan únicamente un 1% del patrimonio invertido en el total de IIC. La doctrina económica achaca este escaso éxito de las IICI a la estricta regulación que los gobierna ¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Naturalmente entendemos que podría ser necesario el establecimiento de una «cláusula/tasa de salida» al estilo francés para aquellos fondos que desearan beneficiarse del mejor tratamiento fiscal, para compensar así las pérdidas en ingresos que podrían experimentar las arcas públicas.

¹⁸⁵ Nos referimos a Promociones Lladero, SII, SA (fecha de registro 11-12-2002), creada por el BSCH. Fecha de consulta CNMV 23-10-2003 (www.cnmv.es).

¹⁸⁶ Es el caso de Vallehermoso Patrimonio, SII, dependiente de la inmobiliaria Vallehermoso (www.vallehermoso.es).

¹⁸⁷ Que son: Agrupación Fondo Inmobiliario, FII (fecha registro CNMV 7-3-2003); BBVA Propiedad, FII (fecha registro CNMV 21-2-1995); Madrid Patrimonio Inmobiliario, FII (fecha registro CNMV 14-3-2003); Santander Central Hispano Banif Inmobiliario, FII (fecha registro CNMV 21-2-1995); y Segurfondo Inversión, FII (fecha registro CNMV 21-2-1995). Fecha consulta CNMV 23-10-2003 (www.cnmv.es).

¹⁸⁸ RODRIGO BARGUES, Eva, *La inversión indirecta en inmuebles a través de fondos de inversión inmobiliaria*, Trabajo de Investigación del Programa de Doctorado en Finanzas Cuantitativas (www.uv.es/qf/), 2003 (el texto se encuentra en <http://etpx22.bs.ehu.es/>), pág. 5, y LÓPEZ PENABAD, Celia y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Loreto, «Los Fondos de Inversión Inmobiliaria: nuevas posibilidades de desarrollo», *Actualidad Financiera*, año IV, núm. 10, octubre 1999, pág. 51.

Creemos, por una parte, que la potenciación de los FICF en España debe pasar necesariamente por la utilización de vehículos financieros similares a los REITs con la cobertura legal de una fiducia debidamente adaptada a las necesidades financieras y con un tratamiento tributario similar a éstos. Por otra parte, esa misma fiducia financiera plurifuncional podría adaptarse para dar cobertura a los existentes (y crear nuevas estructuras de) Fondos de Titulización Hipotecaria y de Activos, para poder admitir estructuras como las *pass-throughs* estadounidenses y las CMOs (hoy no posibles en nuestro contexto jurídico) que pudiesen beneficiarse también de un tratamiento tributario acorde con su finalidad: la dinamización del mercado hipotecario y, en consecuencia, del inmobiliario, así como a la financiación de proyectos empresariales en mejores condiciones.

Bajo estas dos reformas (fiducia y rebaja de tributación a nivel de entidad) podría generalizarse la utilización de estos instrumentos para la consecución de proyectos de iniciativa privada y políticas públicas (ej. de promoción de la vivienda en alquiler), dado que este mejor tratamiento (jurídico-privado y fiscal) comportaría mayor atracción de inversores institucionales (nacionales y extranjeros) y de inversores y ahorradores particulares.

Abogamos por el deseo de impulsar un cambio normativo específico en la tributación de estos patrimonios sin personalidad jurídica, para obtener los efectos económicos más favorables, considerando más adecuada la tributación tipo cero, juntamente con, en su caso, una «cláusula o tasa de salida» para compensar las pérdidas por ingresos al Estado.

Un régimen tributario favorable de los patrimonios que no tienen personalidad jurídica constituye el pilar fundamental sobre el que cual se asienta la creación y el desarrollo de estas instituciones que tan favorables podrían resultar, y no resultan, para la colectividad: ahorro, inversión, financiación y promoción.

BIBLIOGRAFÍA

Además de la bibliografía referenciada en las notas a pie de página, los autores han consultado:

MARCOS CARDONA, Marta, *Tributación de los planes y fondos de pensiones*, ed. Universidad de Murcia, Murcia, 2003.

TRIBUTACIÓN	LA DEPRECIACIÓN DEL FONDO DE COMERCIO FINANCIERO Y SU INCIDENCIA EN LA DEDUCCIÓN POR DOBLE IMPOSICIÓN INTERNA DE DIVIDENDOS	Núm. 77/2004
-------------	--	-----------------

ROCÍO REYERO FOLGADO

Abogada. Socia de Ernst & Young Abogados

ADRIANA OJEDA GARCÍA

*Licenciada en Ciencias Económicas y Empresariales. Asociada
de Ernst & Young Abogados*

Extracto:

El propósito del presente análisis es considerar la aplicabilidad de la deducción por doble imposición de dividendos cuando su distribución provoca una depreciación de la participación derivada de la amortización del fondo de comercio financiero inherente en la adquisición de la citada participación. En particular, el problema técnico objeto de análisis se plantea en aquellos supuestos en los que el fondo de comercio financiero se ha originado en una previa transmisión que no ha quedado sujeta a gravamen en España.

En opinión de las autoras, la literalidad del artículo 30 del Real Decreto Legislativo 4/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS), ampara una interpretación favorable a la aplicación de la limitación a la deducción por doble imposición interna de dividendos establecida por la letra e) del apartado 4 del citado artículo cuando la sociedad que percibe dichos dividendos haya dotado una provisión por depreciación de cartera derivada de la amortización de un fondo de comercio financiero, aun cuando dicha provisión no haya sido fiscalmente deducible.

Ahora bien, su análisis pone de relieve que esta interpretación conduce en algunos casos a situaciones de doble imposición. Por otro lado, una interpretación contraria daría lugar a supuestos de desimposición en determinadas ocasiones.

La conclusión es que este problema no está resuelto por la normativa del IS de forma técnicamente correcta. La solución más apropiada hubiera sido optar por el modelo del artículo 21 de la LIS (doble imposición internacional) que, a diferencia del artículo 30.4.e) de la LIS, no limita la aplicación del crédito fiscal (exención) sobre los dividendos sino que limita la deducibilidad de la depreciación de la participación hasta el importe de los dividendos que hayan quedado exentos.

Sumario:

1. Introducción y normativa aplicable.
2. Análisis de la cuestión.
3. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

Con el fin de evitar situaciones de desimposición, el artículo 30.4.e) del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS) limita la compatibilidad de la deducción por doble imposición de dividendos y la depreciación de la participación de la sociedad que los distribuye.

El caso más claro de aplicación del artículo 30.4.e) de la LIS es aquel en que se distribuyen reservas existentes antes de la adquisición de la participación, cuyo reparto suele ocasionar una depreciación de la cartera fiscalmente deducible.

La literalidad de la norma no se refiere a la distribución de reservas existentes a la fecha de adquisición de la participación, y simplemente menciona que si el dividendo produce una depreciación del valor de la participación, el crédito fiscal de los artículos 30.1 y 30.2 de la LIS no se aplicará.

El propósito de este análisis es considerar la aplicabilidad de la deducción por doble imposición de dividendos cuando su distribución provoca una depreciación de la participación derivada de la amortización del fondo de comercio financiero inherente en la adquisición de la citada participación. En particular, el problema técnico objeto de análisis se plantea en aquellos supuestos en los que el fondo de comercio financiero se ha originado en una previa transmisión que no ha quedado sujeta a gravamen en España (por ejemplo, transmisión de las acciones o participaciones de una sociedad española por una entidad no residente quedando la plusvalía obtenida sujeta a tributación exclusivamente en el país de residencia de la transmitente al ser de aplicación un Convenio para evitar la Doble Imposición).

Con objeto de ilustrar este análisis, vamos a partir de una situación de hecho concreta. Una sociedad residente en el Reino Unido (Sociedad RU) transmite el 100 por 100 de las acciones de una compañía española (Sociedad B) a otra compañía española (Sociedad A). El valor teórico de la sociedad adquirida asciende a 80 u.m. y su valor de mercado a 150 u.m., correspondiendo la diferencia a un fondo de comercio financiero de 70 u.m. La Sociedad B espera obtener unos beneficios anuales después del IS de 9 u.m. en los próximos diez años, que descontados a un valor presente equivalen al pago de 70 u.m. realizado por la Sociedad A a la Sociedad RU en concepto de fondo de comercio.

La Sociedad RU no tributó en España por la plusvalía que se originó en la transmisión.

La Sociedad B distribuye anualmente todo su beneficio, acordando un dividendo anual por importe de 9 u.m. En aplicación de la Consulta n.º 4 del BOICAC n.º 17, de julio de 1994 (*Normacef Fiscal*, NFC002615), la Sociedad A considera que debe proceder a amortizar el fondo de comercio financiero por décimas partes, dotando anualmente una provisión por depreciación de cartera de 7 u.m. (70 u.m. / 10 años). Conforme a lo establecido en el artículo 12.3 de la LIS, esta provisión no puede considerarse fiscalmente deducible pues el valor teórico de la Sociedad B permanece invariable.

El artículo 30.4.e) de la LIS establece que la deducción prevista en los artículos 30.1 y 30.2 de la LIS no se practicará cuando la distribución del dividendo no determine la integración de renta en la base imponible o cuando dicha distribución haya producido una depreciación en el valor de la participación:

«La deducción prevista en los apartados anteriores no se aplicará respecto de las siguientes rentas:

- e) Cuando la distribución del dividendo o la participación en beneficios no determine la integración de renta en la base imponible o cuando dicha distribución haya producido una depreciación en el valor de la participación. En este caso, la recuperación del valor de la participación no se integrará en la base imponible.»*

No obstante lo anterior, la letra a') del artículo 30.4.e) de la LIS permite la aplicación de la deducción si el vendedor tributó en España por la renta generada en la transmisión sin haber aplicado deducción por doble imposición interna de plusvalías. Esta excepción no sería de aplicación a la situación de hecho planteada al no haber tributado la Sociedad RU en España por la plusvalía derivada de la transmisión de las acciones de la Sociedad B.

«Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará cuando:

- 1.º El sujeto pasivo pruebe que un importe equivalente a la depreciación del valor de la participación se ha integrado en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades tributando a alguno de los tipos de gravamen previstos en los apartados 1,2 y 7 del artículo 28 o en el artículo 114 de esta ley, en concepto de renta obtenida por las sucesivas entidades propietarias de la participación con ocasión de su transmisión, y que dicha renta no haya tenido derecho a la deducción por doble imposición interna de plusvalías.»*

La cuestión objeto de análisis es si debe interpretarse que una parte del dividendo repartido anualmente por importe de 9 u.m. no tiene derecho a la deducción de los artículos 30.1 y 30.2 de la LIS al producir su distribución una depreciación de la participación aunque ésta no hubiera sido deducible fiscalmente.

2. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

La actual redacción literal del artículo 30.4.e) de la LIS no condiciona la aplicación de la limitación a la deducción por doble imposición de dividendos al hecho de que sea fiscalmente deducible la depreciación del valor de la participación derivada del reparto del dividendo.

En contestación a una consulta de 30-09-1999 (*Normacef Fiscal*, NFC010283), la Dirección General de Tributos (DGT) manifestó que la exclusión de la deducción por doble imposición 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:

«(...) 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 concurren el resto de condiciones establecidas en el artículo 28 de la LIS.»

Ahora bien, aunque la DGT expone los argumentos que fundamentan su contestación de forma genérica, lo cierto es que la contestación emitida se refiere a un supuesto de hecho muy concreto en el que la provisión por depreciación de cartera no era fiscalmente deducible porque, habiendo sido las participaciones adquiridas a través de un canje de valores acogido al régimen de neutralidad, el valor de las mismas a efectos fiscales era inferior a su valor contable.

Por tanto, el criterio sostenido por la DGT no puede, en nuestra opinión, extrapolarse de forma genérica a otros supuestos de hecho ¹. En consecuencia, desde nuestro punto de vista, con carácter general la aplicación de la deducción por doble imposición de dividendos no dependerá del carác-

¹ El supuesto de hecho al que se refiere la contestación de la DGT de 30-09-1999 es el siguiente: la sociedad consultante (C) ha adquirido el 100 por 100 de las acciones de una sociedad española (por ejemplo, sociedad X) mediante un canje de valores que se acogió al régimen de neutralidad. Tras el canje, la sociedad X distribuye dividendos con cargo a unas reservas generadas con anterioridad al canje.

La sociedad C contabilizó las acciones de X recibidas por su valor teórico (es decir, por el importe del capital y las reservas acumuladas en la sociedad X en la fecha del canje). Sin embargo, por aplicación del régimen de neutralidad, el valor fiscal de las acciones de X en sede de la sociedad C es el valor que dichas acciones tenían en sede de los socios que acudieron al canje.

El reparto del dividendo conlleva la dotación contable de una provisión por depreciación de cartera. Esta provisión no es fiscalmente deducible porque el importe de las reservas distribuidas no se tuvo en cuenta a la hora de fijar el valor fiscal de las acciones de X en sede de la sociedad C.

Tras el reparto del dividendo, el valor neto contable de las acciones de X en sede de la sociedad C coincide con el valor teórico y el valor fiscal de las mismas. Si en ese momento, la sociedad C vendiese a un tercero las acciones de X por su valor teórico, no se obtendría ningún resultado contable ni tampoco fiscal.

Teniendo en cuenta que la venta de la participación por su valor teórico no genera una pérdida fiscal en la sociedad C, si esta sociedad no hubiese tenido derecho a la deducción por doble imposición sobre el dividendo percibido de X, se produciría una doble imposición que no llegaría a corregirse nunca (el beneficio que dio lugar a la distribución del dividendo habría tributado en la sociedad X y, posteriormente, en la sociedad C al no reconocérsele a esta sociedad la deducción por doble imposición). En consecuencia, el criterio manifestado por la DGT tiene sentido para este supuesto concreto.

ter deducible o no deducible de la provisión. Esta opinión se fundamenta en primer lugar en el propio tenor literal de la norma que únicamente hace referencia a la existencia de una depreciación del valor de la participación, sin especificar que constituya gasto deducible. En segundo lugar, cabe señalar que una conclusión distinta conduciría a supuestos de desimposición si en ejercicios posteriores se produjera la disolución o venta de la sociedad que distribuyó el dividendo y dicha operación diera lugar a una pérdida fiscal, bien porque la anterior depreciación de la participación no hubiera sido dotada o bien porque no hubiera sido fiscalmente deducible.

En el caso planteado, la provisión por depreciación de cartera ligada a la amortización del fondo de comercio no es deducible, ya que no se ha producido en el ejercicio una disminución del valor teórico de la sociedad participada.

Aunque se trata de una cuestión controvertida y aunque, como veremos, podrían esgrimirse argumentos para defender una postura diferente, a priori la no deducibilidad de la provisión por amortización del fondo de comercio financiero no impide que sea de aplicación el límite establecido en el artículo 30.4.e) de la LIS. Por tanto, en el ejemplo planteado, la Sociedad A no podrá aplicar la deducción por doble imposición sobre la parte del dividendo anual distribuido equivalente a la depreciación de la participación producida por el reparto del dividendo, depreciación que en el caso planteado asciende a 7 u.m.

Piénsese que en realidad la compra de un fondo de comercio no es más que un derecho a obtener unas reservas futuras. Por tanto, si está claro que la limitación establecida por el artículo 30.4.e) de la LIS es aplicable cuando se distribuyen reservas existentes a la fecha de la compra de una participación, cabría argumentar que el tratamiento fiscal no debería ser diferente cuando lo que se distribuyen son reservas generadas con posterioridad a la adquisición pero cuyo importe ha sido tomado en consideración para fijar el precio de adquisición.

Ahora bien, esta conclusión [la limitación del artículo 30.4.e) de la LIS se aplica cuando se produce una depreciación derivada de la amortización de un fondo de comercio financiero] no está exenta de problemas técnicos ya que puede conducir a situaciones de doble imposición: los dividendos distribuidos anualmente por la Sociedad B proceden de un beneficio que habrá tributado en sede de esta sociedad y, a su vez, una parte de dichos dividendos tributarán de nuevo en sede de la Sociedad A al no tener derecho al crédito fiscal del artículo 30 de la LIS, todo ello sin que sea deducible la depreciación de la participación por un importe equivalente.

Esta doble imposición podrá ser temporal o definitiva:

- a) Será temporal si el fondo de comercio efectivamente se deprecia y la Sociedad A materializa la depreciación transmitiendo su participación en la Sociedad B con la consiguiente pérdida.

Volvamos al ejemplo que ilustra este análisis.

Durante los 10 años siguientes a la adquisición, la Sociedad B habrá repartido anualmente un dividendo de 9 y la Sociedad A habrá dotado anualmente una provisión de 7 (no deducible fiscalmente). Por tanto, en el año 10 el valor teórico de la Sociedad B ascenderá a 80 y la valoración de la inversión en sede de la Sociedad A será la siguiente:

	Contable	Fiscal
Valor de adquisición	150	150
Provisión	(70)	
Valor neto	80	150

Si el fondo de comercio ha sufrido una depreciación efectiva la participación en la Sociedad B será vendida a un tercero por su valor teórico:

	Contable	Fiscal
Precio de venta	80	80
Valor neto	80	150
Minusvalía/Plusvalía	0	(70)

En este escenario, la Sociedad B ha obtenido beneficios después del Impuesto sobre Sociedades por un importe total de 90 (9 u.m. anuales).

La Sociedad A ha obtenido una renta económica neta de 20: dividendos por importe de 90 y una depreciación por importe de 70. Esta renta neta de 20 no debe estar sometida a tributación ya que se deriva de una renta que ya ha tributado en sede de la Sociedad B.

En efecto, en este caso, la tributación global soportada por la Sociedad A es nula:

Dividendos	90
Minusvalía deducible	(70)
Deducción por doble imposición (*)	(20)
Tributación final	0

(*) La Sociedad A recibe anualmente dividendos por importe de 9. La parte de dichos dividendos equivalente a la depreciación que sufre anualmente la participación de la Sociedad A en la Sociedad B por importe de 7, no tiene derecho a la deducción por doble imposición. El resto (2 u.m.) sí disfrutará de dicha deducción.

- b) La doble imposición será indefinida o definitiva, respectivamente, si la Sociedad A no transmite su participación en la Sociedad B o si aun transmitiéndola, no se genera una minusvalía en la venta, al no haberse depreciado efectivamente el fondo de comercio.

Volvemos nuevamente al ejemplo:

Durante los 10 años siguientes a la adquisición, la Sociedad B habrá repartido anualmente un dividendo de 9 y la Sociedad A habrá dotado anualmente una provisión de 7 (no deducible fiscalmente). Por tanto, el valor teórico de la Sociedad B ascenderá a 80 y la valoración de la inversión en sede de la Sociedad A será la siguiente:

	Contable	Fiscal
Valor de adquisición	150	150
Provisión	(70)	
Valor neto	80	150

Si el fondo de comercio de la Sociedad B no ha sufrido una depreciación efectiva, y se transmite la participación en esta sociedad, el precio de venta de la participación será superior al valor teórico de la misma (por ejemplo, el precio de venta asciende a 150):

	Contable	Fiscal
Precio de venta	150	150
Valor neto	80	150
Plusvalía	70	0

La Sociedad A habrá obtenido una renta económica neta de 90 durante el período en que mantuvo la inversión (dividendos – provisión + plusvalía). Esta renta no debería tributar en sede de la Sociedad A ya que se corresponde con rentas que han estado sujetas a tributación en sede de la Sociedad B. No obstante, si aceptamos la conclusión de que el crédito fiscal del artículo 30.1 de la LIS no es aplicable respecto de la parte de los dividendos percibidos que no excede de la depreciación de la participación computada anualmente a través de la provisión de cartera (siendo indiferente su deducibilidad fiscal), habrá doble imposición sobre un importe de 70:

Dividendos	90
Plusvalía fiscal	0
Deducción por doble imposición	(20)
Tributación final	70

Sin embargo, aun en el supuesto en el que no se deprecie efectivamente el fondo de comercio, no existirá doble imposición en los siguientes casos:

- Si se demuestra que el fondo de comercio no se ha depreciado y la compañía mantiene intacta la capacidad de generar beneficios futuros, podría considerarse aceptable desde un punto de vista contable no dotar provisión por la amortización del fondo de comercio, incluso si no se acumulan reservas en la sociedad participada porque ésta distribuye anualmente un dividendo.

Si se siguiera este criterio contable, y siempre según nuestro ejemplo, la Sociedad A no dotaría provisión de cartera en los diez años durante los que la Sociedad B distribuye los dividendos y, en ese caso, la totalidad de estos dividendos se beneficiarían del crédito fiscal establecido en el artículo 30.1 de la LIS, con lo que no se produciría doble imposición:

Dividendos	90
Plusvalía fiscal (y contable)	0
Deducción por doble imposición	(90)
Tributación final	0

- Tampoco se produciría doble imposición si la Sociedad B no distribuyese dividendos hasta que las reservas acumuladas alcanzasen el importe del fondo de comercio y ello porque contablemente no se dotaría provisión durante este tiempo. Esto sería así porque, conforme al criterio mantenido por el ICAC, contablemente la matriz no está obligada a amortizar el fondo de comercio financiero si las reservas acumuladas por la filial tras la adquisición alcanzan el importe de la depreciación acumulada del fondo de comercio.

Siguiendo nuestro ejemplo, transcurridos diez años desde la adquisición de la participación en la Sociedad B, la valoración de esta inversión en sede de la Sociedad A será la siguiente:

	Contable	Fiscal
Valor de adquisición	150	150
Provisión		
Valor neto	150	150

Si antes de la finalización del décimo año, la Sociedad B distribuyese a la Sociedad A la totalidad de las reservas acumuladas (90), el valor teórico de la Sociedad B disminuiría, pasando de 170 a 80. En consecuencia, la Sociedad A registraría un ingreso por dividendos de 90 y una provisión por depreciación de cartera de 70 (diferencia entre el valor de adquisición de la participación –150– y el valor teórico de la Sociedad B al final

del ejercicio –8–). Esta provisión sería deducible conforme al artículo 12.3 de la LIS, ya que sí habría en este caso una diferencia entre el valor teórico inicial y final en ese ejercicio de la sociedad participada.

La tributación global de la Sociedad A como resultado de todo lo anterior sería nula:

Dividendos	90
Provisión deducible	(70)
Deducción por doble imposición (*)	(20)
Tributación final	0

(*) Únicamente tienen derecho a la deducción por doble imposición los dividendos recibidos que exceden de la depreciación derivada del reparto de los mismos.

Tal y como ha puesto de manifiesto el análisis realizado, la aplicación de la limitación del artículo 30.4.e) de la LIS conduce en algunos casos a situaciones de doble imposición. Ahora bien, si se sostuviese la postura contraria, esto es, la procedencia de la deducción por doble imposición sin limitación alguna, se generarían situaciones de desimposición.

Así, se llegaría a una situación de desimposición en España en el siguiente caso. Una sociedad adquiere una participación con fondo de comercio financiero a una sociedad no residente que no ha tributado en España por la plusvalía derivada de la venta. La filial distribuye anualmente un dividendo que, si seguimos esta interpretación, no tributará en sede de la matriz por aplicación del crédito fiscal del artículo 30.1 de la LIS. Si se transmitiese la participación una vez que el fondo de comercio se hubiera depreciado, se generaría una pérdida deducible fiscalmente. El resultado final sería que nos encontraríamos ante un fondo de comercio que no tributó en España cuando se transmitió, pero que da lugar a una depreciación deducible cuando se procede a la transmisión de las acciones. Este resultado parece incoherente con la finalidad del artículo 30.4.e) de la LIS.

Siguiendo nuestro ejemplo, si en una situación como la descrita en el apartado a) anterior se hubiese aplicado la deducción por doble imposición sobre la totalidad del dividendo anual, se produciría una desimposición en España por importe de 70:

Dividendos	90
Minusvalía deducible	(70)
Deducción por doble imposición	(90)
Tributación final	(70)

Llegados a este punto, debemos resaltar que el resultado anómalo de doble imposición que puede llegar a derivarse de la aplicación de la limitación establecida por el artículo 30.4.e) de la LIS se produce debido a la forma, a nuestro parecer técnicamente incorrecta, en que el artículo 30

afronta el problema de la desimposición que se produce en los casos en que, no habiendo tributado el transmitente por la plusvalía derivada de la existencia de un fondo de comercio, este fondo de comercio sufre una depreciación efectiva debido a la distribución de dividendos por parte de la sociedad participada con cargo a los beneficios obtenidos en los años posteriores a la adquisición.

Con el fin de evitar estas situaciones de desimposición, el artículo 30.4.e) de la LIS establece que el crédito fiscal (deducción) no será aplicable cuando la distribución de beneficios por la sociedad participada produzca una depreciación de la participación. A nuestro parecer, lo técnicamente correcto hubiese sido no limitar la aplicabilidad de la deducción sino limitar la deducibilidad de la depreciación a los supuestos en que ésta se ponga de manifiesto «fiscalmente».

La depreciación de la participación derivada de la depreciación de un fondo de comercio financiero no se pone de manifiesto «fiscalmente» cuando se dota la provisión de cartera [la cual no es fiscalmente deducible salvo en el escenario en que se reparten en un solo año la totalidad de las reservas acumuladas después de la adquisición de la participación –escenario b) anterior–]. No obstante, esta depreciación se manifiesta cuando se transmite la participación dando lugar a una pérdida (deducible, bajo la regulación actual). La solución correcta desde el punto de vista técnico sería negar la deducibilidad de esta pérdida habiendo previamente permitido la plena aplicación de la deducción por doble imposición de dividendos cuando éstos se distribuyen.

En este sentido, cabe destacar que, a diferencia del artículo 30 de la LIS, el artículo 21 de la LIS (doble imposición internacional) sí afronta correctamente este problema técnico. En contraposición con el artículo 30, el artículo 21 de la LIS no limita la aplicación del crédito fiscal (exención) sobre los dividendos sino que en su apartado 4 limita la deducibilidad de la depreciación de la participación:

«En cualquier caso, si se hubiera aplicado la exención a los dividendos de fuente extranjera, no se podrá integrar en la base imponible la depreciación de la participación, cualquiera que sea la forma y el período impositivo en que se ponga de manifiesto, hasta el importe de dichos dividendos.»

Finalmente, cabe hacer una matización adicional en aquellos supuestos en que la sociedad transmitente de la participación con fondo de comercio financiero, pese a no haber tributado en España, haya tributado en algún país de la Unión Europea por la plusvalía derivada de la transmisión de dicha participación.

La Comisión Europea consideró que la redacción original de la limitación establecida en el artículo 103.a).a') de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, vulneraba los principios comunitarios de libertad de establecimiento y de circulación de capitales. Como consecuencia de lo anterior, el legislador español se vio obligado a ampliar el derecho a la amorti-

zación del fondo de comercio de fusión a aquellos casos en que la participación de la sociedad absorbente en la sociedad absorbida hubiera sido adquirida a no residentes que hubieran tributado efectivamente en otro Estado miembro de la Unión Europea por la plusvalía obtenida en la transmisión de la participación (modificación introducida por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre).

Por tanto, teniendo en cuenta que la finalidad del artículo 103.3 de la Ley 43/1995 (actualmente, artículo 89 de la LIS) es, al igual que la del artículo 30 de la LIS, evitar la doble imposición, podría llegar a argumentarse que la actual limitación establecida en el artículo 30.4.e) de la LIS no debería ser aplicable en aquellos casos en que el transmitente de la participación hubiese tributado efectivamente por la plusvalía derivada de la venta de la misma en algún país de la Unión Europea, al igual que no es aplicable en aquellos casos en que el vendedor tributó en España por la citada plusvalía.

3. CONCLUSIÓN

La literalidad del artículo 30 de la LIS ampara una interpretación favorable a la aplicación de la limitación a la deducción por doble imposición interna de dividendos establecida por la letra e) del apartado 4 del artículo 30 de la LIS cuando la sociedad que percibe dichos dividendos haya dotado una provisión por depreciación de cartera derivada de la amortización de un fondo de comercio financiero. El artículo 30.4.e) de la LIS no exige que la depreciación haya sido fiscalmente deducible para que sea de aplicación la mencionada limitación.

Ahora bien, como ha sido puesto de manifiesto en este análisis, esta interpretación conduce en algunos casos a situaciones de doble imposición. Por otro lado, cabe señalar que una interpretación contraria da lugar a supuestos de desimposición en determinadas ocasiones.

La conclusión es que este problema no está resuelto por la LIS de forma técnicamente correcta. La solución más apropiada hubiera sido optar por el modelo del artículo 21 de la LIS (doble imposición internacional) que, a diferencia del artículo 30.4.e) de la LIS, no limita la aplicación del crédito fiscal (exención) sobre los dividendos sino que limita la deducibilidad de la depreciación de la participación hasta el importe de los dividendos que hayan quedado exentos.

CONTABILIDAD	LAS PRÁCTICAS DE BUEN GOBIERNO EN LAS EMPRESAS ESPAÑOLAS COTIZADAS: EFECTOS SOBRE LA CALIDAD DE LOS ESTADOS FINANCIEROS	Núm. 78/2004
--------------	--	-------------------------

BEATRIZ GARCÍA OSMA

Research Assistant Dpto. de Accounting & Finance (Lancaster University)

BELÉN GILL DE ALBORNOZ NOGUER

Profesora Ayudante de Facultad. Universitat Jaume I de Castellón

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2004** en la Modalidad de **CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**.

El Jurado ha estado compuesto por: don José Luis CEA GARCÍA, don Álvaro CUERVO GARCÍA, don Prosper LAMOTHE FERNÁNDEZ, don Ignacio MARTÍNEZ CHURIAQUE, doña Clara MUÑOZ COLOMINA y don Jorge TUA PEREDA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de las autoras.

Extracto:

La separación entre la propiedad y el control de la empresa genera asimetrías entre los intereses de accionistas y gerentes que pueden dar lugar a prácticas manipuladoras del resultado por parte de la gerencia. El buen gobierno corporativo establece mecanismos e instrumentos que limitan estas prácticas. El objetivo de este trabajo es analizar la relación existente entre el diseño del gobierno corporativo de las empresas españolas y su propensión a llevar a cabo prácticas manipuladoras del resultado. De forma consistente con la evidencia presentada en el contexto anglosajón, los resultados sugieren que los consejeros dominicales, representantes de los inversores institucionales, constituyen un freno a las prácticas manipuladoras. Sin embargo, al contrario que en el contexto anglosajón, observamos que la presencia de consejeros independientes, que teóricamente representan los intereses de los pequeños accionistas, está positiva y significativamente relacionada con el nivel de manipulación, excepto cuando estos consejeros son elegidos por miembros dominicales. Por otra parte, la evidencia empírica incluida en este trabajo pone de manifiesto que la contratación con el auditor de servicios de consultoría está positivamente relacionada con el nivel de manipulación mientras que éste disminuye conforme aumenta el tamaño de la compañía.

PALABRAS CLAVES: Gobierno corporativo, *earnings management*, Códigos de Buen Gobierno, ajustes por devengo discrecionales.

Sumario:

1. Introducción.
2. Literatura previa: el gobierno corporativo y la calidad de la información financiera.
 - 2.1. La teoría de la firma y el problema de agencia.
 - 2.2. El buen gobierno corporativo como factor de control de las prácticas manipuladoras.
3. Los Códigos de Buen Gobierno.
 - 3.1. Los Códigos de Buen Gobierno: antecedentes internacionales.
 - 3.2. Los Códigos de Buen Gobierno en España.
 - 3.2.1. El Informe Olivencia.
 - 3.2.2. El Informe Aldama y legislación posterior.
4. Hipótesis.
 - 4.1. La composición del Consejo de Administración.
 - 4.2. El papel de las comisiones delegadas del Consejo: el comité de auditoría.
 - 4.3. El nombramiento de los consejeros independientes.
5. Selección de la muestra.
6. Metodología.
 - 6.1. Los ajustes por devengo como instrumento de manipulación del resultado.
 - 6.2. Medida del nivel de manipulación.
 - 6.3. Contraste de las hipótesis.
7. Resultados.
8. Resumen y conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas que mayor discusión ha generado entre la comunidad contable internacional¹ en los últimos años es el relativo al buen gobierno corporativo y su eficacia como factor constrictor de prácticas contables fraudulentas o «creativas»². Dos circunstancias recientes han despertado un interés público extraordinario por la fiabilidad y transparencia de la información financiera y reactivado el debate entre académicos, profesionales y organismos reguladores sobre el papel del gobierno corporativo en garantizar las mismas: por una parte, la espiral de escándalos financieros recientemente acaecidos tanto en América como en Europa, con el caso del gigante americano Enron y la multinacional italiana Parmalat como máximos exponentes de los mismos; por otra, el compromiso de adopción por parte de los países miembros de la Unión Europea de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) para los grupos de sociedades cotizados a partir de 2005, que resultará en un incremento de la relevancia de la información financiera, pero a cambio de sacrificar parte de su fiabilidad (GONZALO, 2003). Si cabe, la conjunción de estos elementos ha realzado la importancia del buen gobierno corporativo como factor restrictivo de las prácticas oportunistas y poco éticas de la gerencia y, por tanto, como garante de la fiabilidad de la información reportada por la empresa³. Prueba de ello son los códigos de buen gobierno, como el propuesto por la Comisión Olivencia (1998) en España, que durante la última década han surgido en numerosos países y que, en líneas generales, basándose en la experiencia internacional previa, han promulgado un modelo de gobierno corporativo de corte anglosajón⁴, tomando como referencia el Informe Cadbury publicado en el Reino Unido en 1992.

¹ El interés por el gobierno corporativo no se limita a la comunidad contable sino que el debate se ha extendido también al ámbito jurídico y a otras ciencias económicas, especialmente en lo relativo a: (1) el tipo o naturaleza de las normas que deben regular esta materia, y (2) el contenido de dicha ordenación (véase RECALDE, 2003).

² Como señala ILLUECA (2004), las prácticas de contabilidad creativa son en esencia fraudulentas en tanto que atentan contra el espíritu de la norma, que no es otro que el de reflejar la imagen fiel del patrimonio y los resultados de la empresa. Cuestión distinta es que para alterar las cifras contables la gerencia: (1) lleve a cabo prácticas que no están siquiera permitidas por la normativa; o (2) se aproveche de las opciones y flexibilidad que la propia normativa ofrece. Cuando se implementa el segundo tipo de prácticas, algunos autores consideran que las prácticas de contabilidad creativa son «legales».

³ Citando a GONZALO (2003: 11): «las tendencias sobre el buen gobierno de las empresas han puesto sobre todo su atención en la característica de fiabilidad de las cifras que salen de los procesos contables de las empresas, ya que intentan neutralizar la posible manipulación de las mismas por parte de los administradores responsables de su formulación».

⁴ La principal diferencia entre el contexto americano y el europeo respecto a las medidas de gobierno corporativo recogidas en estos códigos es que en Europa se ha optado mayoritariamente por la adopción voluntaria de sus recomendaciones, mientras que en Estados Unidos muchas de ellas son de obligado cumplimiento para las empresas cotizadas.

El debate sobre la influencia del buen gobierno corporativo en la calidad de la información financiera hay que situarlo en el contexto del problema de agencia derivado de la separación entre la propiedad y el control de la empresa, inherente a la propia concepción de la empresa moderna, y que genera la aparición de asimetrías entre los intereses de gerentes y accionistas (JENSEN y MECKLING, 1976). Este problema de agencia se resuelve estableciendo contratos entre las partes cuyos extremos contribuyen a alinear de nuevo los intereses de la gerencia (agente) y los accionistas (principal). Sin embargo, y dado que habitualmente la información contable juega un papel fundamental en estos contratos, la propia solución al problema genera incentivos para que la gerencia cree cifras contables ficticias, distintas de las reales, que se ajusten a las cláusulas contractuales en lugar de reflejar la imagen fiel de la empresa (WATTS y ZIMMERMAN, 1986).

La literatura previa en la línea de investigación sobre gobierno corporativo se ha centrado fundamentalmente en estudiar: (1) la composición óptima del Consejo de Administración y, en particular, en analizar el papel desempeñado por los consejeros no ejecutivos que velan por los intereses de los accionistas minoritarios (FAMA, 1980; FAMA y JENSEN, 1983); y (2) el papel de las comisiones delegadas del Consejo, especialmente del comité de auditoría. Estos estudios ofrecen evidencia de que los consejeros externos (no ejecutivos) influyen en las decisiones de negocio tomadas por la gerencia (WEISBACH, 1988; BYRD y HICKMAN, 1992), así como en el proceso de elaboración de la información financiera. En particular, diversos estudios han documentado el papel constrictor de consejeros independientes (ej: BEASLEY, 1996; DECHOW *et al.*, 1996; PEASNELL *et al.*, 2001) y comités de auditoría independientes (KLEIN, 2002; XIE *et al.*, 2003) sobre las prácticas contables manipuladoras y fraudulentas. También los códigos de buen gobierno surgidos en distintos países han hecho hincapié en el papel de estos dos aspectos del gobierno corporativo como garantes de la calidad de la información proporcionada por las empresas y, por ello, este trabajo se centra en los mismos.

Una cuestión que surge en este contexto es si la aplicación de las medidas de gobierno corporativo promovidas por los códigos de buen gobierno en entornos empresariales con características diferentes de aquellos en los que se han mostrado efectivas, fundamentalmente Estados Unidos y Reino Unido, producen resultados similares. En esta línea, este trabajo presenta evidencia empírica de la relación entre el buen gobierno corporativo y la calidad de la información financiera elaborada por una muestra de empresas cotizadas españolas que voluntariamente hizo públicas sus prácticas de gobierno corporativo en los años 1999, 2000 y 2001 a través del cuestionario de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) sobre el grado de cumplimiento de las recomendaciones del Código Olivencia. La discrecionalidad contable que la gerencia incorpora al resultado declarado, medida a través del valor absoluto de los ajustes por devengo discrecionales (Abs[ADD]) estimados mediante el modelo propuesto por JONES (1991), se emplea como *proxy* de la calidad de la información financiera. Posteriormente, se examina a través de un análisis de regresión multivariante si diversos factores del gobierno corporativo de la empresa están relacionados con sus prácticas contables discrecionales.

De forma consistente con la literatura que en esta línea se ha desarrollado en el contexto anglosajón, los resultados obtenidos en el análisis empírico muestran que la presencia de consejeros dominicales, representantes de inversores institucionales, está negativa y significativamente relacionada con el nivel de manipulación. Sin embargo, por otro lado, la relación encontrada entre el nivel de manipulación y la presencia de consejeros independientes, que en teoría representan los intereses del pequeño accionista, es positiva y significativa, excepto cuando existe un comité de nombramientos formado por mayoría de miembros dominicales. También se observa que la ratio que relaciona la retribución al auditor externo por servicios de consultoría con la retribución por el servicio de auditoría está positivamente relacionada con el nivel de manipulación mientras que éste disminuye conforme aumenta el tamaño de la compañía.

Este trabajo contribuye a la literatura relacionada con el buen gobierno corporativo y su efecto sobre la fiabilidad y transparencia de la información financiera, aportando evidencia empírica en un contexto europeo no anglosajón donde las características de la estructura de propiedad y de gobierno de las compañías así como de la normativa relacionada con este último difieren sustancialmente de las de los países anglosajones, con Estados Unidos y Reino Unido como principales referentes. Algunos de los resultados obtenidos sugieren la existencia de factores restrictivos de las prácticas manipuladoras comunes a los identificados en el contexto anglosajón. Así, los consejeros dominicales restringen dichas prácticas y la contratación de servicios de consultoría con el auditor externo está positivamente relacionada con las mismas. Sin embargo, por otro lado, las divergencias entre los resultados presentados para el contexto español y los obtenidos en trabajos previos realizados en muestras de empresas norteamericanas y del Reino Unido, fundamentalmente en lo que se refiere al papel de los consejeros independientes, apoyan las tesis de quienes opinan que la mera importación del modelo anglosajón de gobierno corporativo no es adecuada en nuestro país (ej.: RECALDE, 2003), simplemente porque la cultura empresarial, la estructura de propiedad de nuestras empresas y las características institucionales son diferentes. La evidencia presentada es relevante tanto para los reguladores como para los inversores y, por supuesto, para las propias empresas que en el futuro consideren la posibilidad de adoptar las recomendaciones de buen gobierno.

En adelante, el trabajo se estructura de la siguiente forma. El siguiente epígrafe plantea el problema de agencia que surge en la empresa moderna ante la separación de propiedad y control, del que a su vez se derivan los incentivos para que la gerencia lleve a cabo prácticas contables manipuladoras, y ofrece una revisión de la literatura que ha estudiado el papel del gobierno corporativo como factor constrictor de dichas prácticas. Seguidamente, en el tercer epígrafe se ofrece un panorama de los diversos códigos de buen gobierno que han surgido en los últimos años, con especial atención al caso español. En el epígrafe cuarto se plantean las hipótesis a contrastar. El proceso de selección y las características de la muestra analizada se presentan en el quinto epígrafe. La metodología implementada para contrastar las predicciones empíricamente se desarrolla en el epígrafe sexto. El epígrafe séptimo incluye los resultados del análisis empírico. Y, finalmente, en el epígrafe octavo se lleva a cabo una síntesis del trabajo y se exponen las principales conclusiones obtenidas.

2. LITERATURA PREVIA: EL GOBIERNO CORPORATIVO Y LA CALIDAD DE LA INFORMACIÓN FINANCIERA

2.1. La teoría de la firma y el problema de agencia.

La investigación sobre la relación entre el gobierno corporativo y la calidad de la información financiera tiene su origen en la moderna teoría de la firma, que concibe la empresa como un conjunto de contratos de agencia. Dentro de ese marco contractual, la separación entre la propiedad y la gestión genera la aparición de asimetrías entre los intereses de gerentes y accionistas. Cuando los gerentes no son propietarios de la firma su comportamiento se ve afectado por incentivos particulares que alejan sus objetivos del de la maximización del valor de la empresa y, en consecuencia, de los intereses de los accionistas (BERLE y MEANS, 1932; COASE, 1937; JENSEN y MECKLING, 1976; FAMA, 1980; FAMA y JENSEN, 1983).

Con la intención de dar solución al problema de agencia mencionado, los contratos que se establecen entre ambas partes, gerente (agente) y accionistas (principal), contienen cláusulas cuya finalidad es precisamente evitar el alejamiento de sus objetivos. A menudo, la información contable juega un papel fundamental en estos contratos, como es el caso del establecimiento de una retribución variable para el gerente ligada al beneficio empresarial. En principio, como decimos, la finalidad de estos contratos es reducir las discrepancias entre los intereses del principal y del agente, puesto que se supedita la remuneración del agente a la consecución de los objetivos del principal. Sin embargo, como señalan WARTFIELD *et al.* (1995) y DYE (1988), el establecimiento de este tipo de cláusulas también genera incentivos a la gerencia para llevar a cabo prácticas manipuladoras del beneficio (o *earnings management*) que les permitan declarar cifras contables acordes con los requisitos establecidos en el contrato, aunque no reflejen la realidad económica de la compañía ⁵.

FAMA (1980) afirma que la existencia de un mercado laboral competitivo, en el que consejeros y gerentes tratan de crearse una reputación como expertos, hace converger los intereses de gerentes y accionistas, puesto que una mala gestión puede ser penalizada por los accionistas contratando a otro gestor que se estime más competente. En esta línea, estudios posteriores realizados por WEISBACH (1988), GIBBONS y MURPHY (1990) y JENSEN y MURPHY (1990) demuestran que el cese gerencial está asociado a la mala gestión y a la incapacidad de aumentar la riqueza de los accionistas. Sin embargo, este mercado no es suficiente para hacer desaparecer los comportamientos oportunistas, ya que cuando los contratos gerenciales previamente referidos condicionan la fortuna de los directivos a la obtención de beneficios persisten los incentivos para acelerar el reconocimiento de los mismos (WATTS y ZIMMERMAN, 1986). Por ello, FAMA (1980) y FAMA y JENSEN (1983) proponen el buen gobierno corporativo, y particularmente el Consejo de Administración como pieza fundamental del mismo, como factor que establezca una disciplina que monitorice a la gerencia y la reconduzca hacia prácticas éticas y eficientes.

⁵ Algunas definiciones de *earnings management* pueden encontrarse en SCHIPPER (1989), HEALY y WAHLEN (1999) o APELLÁNIZ y LABRADOR (1995).

Dentro del Consejo de Administración es de singular relevancia el papel de los consejeros independientes. Estos expertos independientes, que representan los intereses de los accionistas minoritarios, garantizan la persecución de objetivos que maximizan el valor de la empresa y promueven prácticas contables transparentes en detrimento de las prácticas manipuladoras, conduciendo a la elaboración de información financiera de calidad. Este papel fundamental de los consejeros independientes en el gobierno corporativo y en la minimización de las prácticas manipuladoras ha sido ampliamente corroborado por la evidencia empírica presentada en diversos estudios (ej.: BEASLEY, 1996; DECHOW *et al.*, 1996; PEASNELL *et al.*, 2000 y 2001; XIE *et al.*, 2003).

Como puede deducirse de la discusión previa, un aspecto clave del problema de agencia al que nos venimos refiriendo se encuentra en la estructura de propiedad de la empresa. Los propietarios (accionistas) son quienes corren con el riesgo inherente a las decisiones de la gerencia. Al objeto de minimizar dicho riesgo, los accionistas tienden a diversificar sus carteras de inversión, distribuyendo su riqueza entre un número elevado de títulos. Esta estrategia reduce el riesgo asumido pero, al mismo tiempo, reduce la probabilidad de que los accionistas estén interesados en el control de la empresa dando así mayor libertad de acción a los gerentes (BERLE y MEANS, 1932; FAMA, 1980; SHLEIFER y VISHNY, 1986). Resulta por tanto evidente que la estructura de propiedad de la empresa juega un papel relevante en el control de la calidad de la información financiera y que la regulación de las prácticas de gobierno es más imperiosa para las sociedades cotizadas en mercados de valores, cuyo capital se encuentra más disperso, particularmente en aquellas que tienen un mayor porcentaje de acciones de libre circulación (*free float*)⁶.

2.2. El buen gobierno corporativo como factor de control de las prácticas manipuladoras.

Los escándalos financiero-contables ocurridos en los últimos años han provocado la proliferación de iniciativas en numerosos países para elaborar Códigos de Buen Gobierno que proporcionen a las empresas cotizadas una guía sobre la creación, composición y tareas de sus órganos de gobierno. El principal objetivo del buen gobierno corporativo es establecer mecanismos que garanticen la supervivencia de la empresa a largo plazo y la transparencia en todos los ámbitos de actuación de la misma. De esta forma, se genera «...el clima de confianza que requieren la eficiencia de la empresa y el progreso social» (Informe Aldama: 26). En particular, respecto a la calidad de la información financiera proporcionada por la empresa, los factores de buen gobierno corporativo que contribuyen a mejorar la misma son aquellos que limitan la libre actuación de los gerentes, reduciendo las prácticas manipuladoras. Entre dichos factores se encuentran la creación de comisiones delegadas del Consejo de Administración para el control interno, como los comités de auditoría o comités de nombramientos y retribuciones, formadas fundamentalmente por consejeros independientes.

⁶ Dentro de la estructura de propiedad de la empresa, la existencia de inversores institucionales tiene gran importancia puesto que éstos sí asumen el papel de propietarios tradicionales de la empresa y ejercen un control más directo sobre los gerentes, reduciendo el problema de agencia (SHLEIFER y VISHNY, 1986).

Aunque la relación entre el buen gobierno corporativo y las prácticas de manipulación del resultado parece evidente, la literatura empírica sobre la misma es relativamente escasa. Probablemente, la reticencia de las empresas a proporcionar información respecto a su sistema de gobierno ha contribuido en buena medida al retraso de la investigación empírica en esta línea. Ha sido precisamente la proliferación de los Códigos de Buen Gobierno el factor que ha empujado a las empresas a facilitar a los usuarios este tipo de información. En la **tabla 1** se han sintetizado las predicciones, metodología y resultados de los trabajos más relevantes en esta línea de investigación.

Algunos de los trabajos revisados se centran en muestras de empresas que manifiestamente han llevado a cabo prácticas manipuladoras de sus cifras contables. Así, DEFOND y JIAMBALVO (1991) analizan la decisión de un grupo de empresas americanas de corregir a la baja su cifra de beneficios *a posteriori* (esto es, empresas que reportan una cifra de resultados y la corrigen a la baja en ejercicios posteriores), y encuentran que las compañías que inflan ficticiamente su cifra de resultados suelen no tener un comité de auditoría. Por su parte, DECHOW *et al.* (1996) estudian empresas que la *Securities and Exchange Commission* (SEC) investigó por llevar a cabo prácticas contables fraudulentas y encuentran que dichas empresas suelen: (1) carecer de comité de auditoría y (2) concentrar en una sola persona las figuras de presidente y primer ejecutivo. Finalmente, BEASLEY (1996) estudia empresas que cometen fraudes financieros y destaca el papel de los consejeros externos (no ejecutivos) en la limitación de las prácticas manipuladoras. Este trabajo encuentra que algunas características de los consejeros externos, como su participación en la propiedad de la empresa o su antigüedad en el Consejo, contribuyen a reducir las prácticas contables fraudulentas.

Otros trabajos revisados se decantan por analizar la relación entre el buen gobierno corporativo y las prácticas manipuladoras del resultado en muestras de empresas que, *a priori*, no es posible calificar de «manipuladoras». Para llevar a cabo este tipo de análisis es necesario disponer de alguna medida indicativa de la manipulación incorporada al resultado de esas empresas. Como en muchos otros trabajos dentro de la línea de investigación sobre *earnings management*, la medida considerada por estos estudios para tal fin es una estimación de los denominados ajustes por devengo discrecionales (ADD) proporcionada por alguno de los modelos propuestos hasta la fecha en la literatura ⁷. Por ejemplo, utilizando esta medida de manipulación para analizar los efectos de la introducción de los Códigos de Buen Gobierno en las prácticas de *earnings management*, PEASNELL *et al.* (2000) encuentran que los cambios introducidos por el Informe Cadbury en la estructura de gobierno de las sociedades del Reino Unido reducen significativamente las prácticas de manipulación del resultado. De forma similar, PEASNELL *et al.* (2001) para el Reino Unido y KLEIN (2002) para Estados Unidos presentan evidencia de que los consejeros externos reducen significativamente las prácticas de manipulación del resultado. Además, estos últimos trabajos muestran que el efecto positivo de los consejeros externos se ve acentuado si existe un comité de auditoría y si el mismo está compuesto mayoritariamente por consejeros externos ⁸.

⁷ En la sección 4.2. ofrecemos una breve síntesis de esta literatura y presentamos detalladamente el modelo de JONES STANDARD, utilizado en el análisis empírico aquí presentado para estimar los ADD. Una revisión más amplia de los modelos de ajustes por devengo alternativos propuestos en la literatura puede encontrarse en POVEDA (2001).

⁸ También en esta línea se encuentran los trabajos de ABBOTT *et al.* (2000), CHTOUROU *et al.* (2001), De ANDRÉS *et al.* (2001) y XIE *et al.* (2003).

En definitiva, los resultados de esta línea de investigación sugieren una relación directa entre el buen gobierno corporativo y la calidad de los estados financieros. En síntesis, los trabajos recogidos en la **tabla 1** destacan la importancia de dos elementos clave para garantizar la calidad de la información financiera:

- Los consejeros independientes, como expertos imparciales que monitorizan al Consejo de Administración y garantizan prácticas éticas y eficientes.
- El comité de auditoría, como órgano delegado del Consejo de Administración que garantiza la independencia de los auditores: encargándose de su contratación y de la revisión de su labor y actuando como su intermediario ante el Consejo de Administración ⁹.

Estos dos elementos han sido también considerados como piezas fundamentales del buen gobierno corporativo por los diversos Códigos de Buen Gobierno surgidos en los últimos años y que revisamos en el siguiente epígrafe.

TABLA 1. Estudios sobre el efecto de las prácticas de gobierno en la calidad de los estados financieros.

Trabajo	Predicciones/hipótesis	Muestra	Medida de calidad financiera	Resultados
DeFOND y JIAMBALVO (1991)	Las empresas que manipulan al alza sus beneficios (para luego corregirlos) suelen tener un mayor porcentaje de acciones en circulación y carecer de comité de auditoría.	41 empresas que corrigen <i>a posteriori</i> la cifra original de beneficios reportada y 41 de control Período 1977-1988.	Modelo <i>logit</i> estimando la probabilidad de que la firma corrija la cifra de beneficios a la baja en ejercicios posteriores.	Sus resultados muestran que las empresas que corrigen a la baja la cifra de beneficios (habían aumentado ficticiamente dicha cifra) suelen no tener comité de auditoría y tener un mayor porcentaje de acciones en circulación.

⁹ La reciente crisis de Enron y la posterior debacle de Arthur-Andersen han dado lugar a una creciente literatura que relaciona la independencia del auditor con las prácticas de *earnings management*. En general, estos estudios consideran que cuando la independencia del auditor se ve comprometida, la calidad de los estados financieros empeora. La independencia del auditor suele medirse bien considerando la inclusión de salvedades en el informe del auditor (claro signo de independencia), bien midiendo los importes pagados al auditor por servicios de consultoría (en teoría, cuanto más se le pague por estos servicios, más comprometida estará su independencia). Algunos estudios destacados en esta línea son los de FRANCIS *et al.* (1999), FRANKEL *et al.* (2002), DeFOND *et al.* (2002), IRELAND (2003), ASHBAUGH *et al.* (2003) y CHUNG y KALLAPUR (2003).

Trabajo	Predicciones/hipótesis	Muestra	Medida de calidad financiera	Resultados
WARTFIELD <i>et al.</i> (1995)	Contrasta directamente la teoría de los costes de la separación entre la gestión y la propiedad de la empresa. Proponen que la manipulación de las cifras contables aumenta cuando los gerentes no son accionistas de la empresa.	Muestra de 4.778 observaciones (empresa-año) Período 1988-1990.	Ajustes por devengo absolutos empleando el modelo de HEALY (1985) y DEANGELO (1986).	La cantidad absoluta de ajustes por devengo discrecionales aumenta cuando disminuye el porcentaje de acciones en manos de los gerentes. Consistente con que la manipulación trata de mitigar las restricciones impuestas por los contratos de agencia.
DECHOW <i>et al.</i> (1996)	Predice que las firmas con (1) mayor porcentaje de consejeros independientes, (2) menos consejeros en el consejo, (3) comité de auditoría y (4) fuerte presencia de inversores institucionales manipulan menos los beneficios.	92 empresas investigadas por la SEC por manipular el beneficio y 92 de control. Período 1982-1992	Ajustes por devengo empleando el modelo de JONES modificado (DECHOW <i>et al.</i> , 1995). Modelo <i>logit</i> estimando la probabilidad de ser investigada por la SEC.	De forma consistente con sus predicciones encuentran que la carencia de estructuras y mecanismos que garanticen un buen gobierno corporativo facilita las prácticas de <i>earnings management</i> .
BEASLEY (1996)	Predice que las empresas que cometen fraudes financieros tenderán a (1) tener un número reducido de consejeros independientes y a (2) no tener comité de auditoría.	75 empresas que han cometido fraudes financieros y 75 empresas que no los han cometido. Período 1980-1991.	Modelo <i>logit</i> estimando la probabilidad de que una empresa cometa fraude financiero.	Los Consejos de Administración con un mayor porcentaje de miembros independientes cometen menos fraudes fiscales. No encuentra evidencia de que el comité de auditoría impacte en la probabilidad de cometer fraude.
PEASNELL <i>et al.</i> (2000)	La efectividad de los consejeros independientes en limitar las prácticas manipuladoras del resultado aumenta tras la introducción de las recomendaciones del Informe Cadbury.	Muestra de 1.260 observaciones (empresa-año): 630 pre-Cadbury, y 630 post-Cadbury. Período 1990-1996.	Ajustes por devengo empleando el modelo de JONES modificado (DECHOW <i>et al.</i> , 1995).	De forma consistente con su hipótesis, encuentran que la adopción de las recomendaciones del informe Cadbury supone una mayor efectividad de los consejeros independientes como factor limitante de la manipulación contable.

Trabajo	Predicciones/hipótesis	Muestra	Medida de calidad financiera	Resultados
PEASNELL <i>et al.</i> (2001)	Los consejeros independientes y comités de auditoría reducen las prácticas de manipulación de los beneficios, particularmente cuando hay incentivos para manipular.	Muestra de 1.271 observaciones (empresa-año) Período 1993-1996.	Ajustes por devengo empleando el modelo de JONES modificado (DECHOW <i>et al.</i> , 1995).	Sus resultados son consistentes con que los consejeros independientes contribuyen a una mayor integridad (menos manipulación). Tener un comité de auditoría no parece afectar directamente a la manipulación, pero los consejeros independientes son más eficientes cuando la empresa tiene comité de auditoría.
KLEIN (2002)	La independencia del comité de auditoría y del Consejo de Administración, así como la presencia de inversores institucionales contribuyen a reducir las prácticas de <i>earnings management</i> .	Muestra de 692 observaciones (empresa-año) Período 1991-1993.	Ajustes por devengo absolutos empleando el modelo de JONES STANDARD (1991)	Encuentra evidencia de que tanto consejeros como comités de auditoría independientes reducen la manipulación, particularmente cuando la mayoría de los miembros son independientes (aunque no necesariamente la totalidad de los mismos).
XIE <i>et al.</i> (2003)	Proponen que la actividad y la composición del Consejo de Administración y del comité de auditoría determinan el nivel de incidencia de las prácticas de <i>earnings management</i> .	Muestra de 282 observaciones (empresa-año) Período 1992-1996.	Ajustes por devengo empleando los modelos de TEOH <i>et al.</i> (1998) y de JONES STANDARD (1991)	Los Consejos de Administración más independientes, que se reúnen con mayor frecuencia y de mayor tamaño, y los comités de auditoría más activos reducen significativamente el nivel de manipulación. No encuentra evidencia de que la independencia del comité de auditoría reduzca significativamente la manipulación.

3. LOS CÓDIGOS DE BUEN GOBIERNO

3.1. Los Códigos de Buen Gobierno: antecedentes internacionales.

En la última década los países miembros de la Unión Europea han asumido la necesidad de elaborar Códigos o Recomendaciones de Buen Gobierno Corporativo, particularmente para las empresas cotizadas. La iniciativa parte del Reino Unido, donde ya en 1991 se elabora la Declaración de Mejor Práctica del *Institutional Shareholders Committee* (ISC) y el Código del *Institute of Chartered Secretaries & Administrators* (ICSA), ambas de cumplimiento voluntario. No tardaría en llegar el Informe Cadbury, también británico y ya de obligado cumplimiento, auténtico pionero de los Códigos de Buen Gobierno.

El Informe Cadbury, formado por un código y una serie de comentarios y recomendaciones se centra en dos aspectos fundamentales: la labor del Consejo de Administración y la de los auditores, puesto que dentro del gobierno corporativo éstos son los dos elementos fundamentales de los que depende la calidad de la información financiera. En particular, el Informe Cadbury destaca el papel de: (1) los consejeros independientes (no ejecutivos) para monitorizar la actuación del Consejo y para resolver conflictos de intereses; y (2) los auditores, que deben dar fe de la veracidad de la información reportada, por lo que es fundamental que se garantice su independencia, tanto real como aparente, para que puedan desempeñar su labor con credibilidad (LEVITT, 2000) ¹⁰.

Iniciativas similares surgen rápidamente en el resto de países europeos. A principios de la presente década tan sólo Austria y Luxemburgo carecían de recomendaciones de buen gobierno corporativo. La **tabla 2** recoge un resumen de los códigos elaborados en los últimos años en Europa. De entre todos ellos, únicamente los de Alemania, Reino Unido e Italia exigen el cumplimiento de sus recomendaciones (Informe Cromme, Código Combinado e Informe Preda, respectivamente). El resto de países ha optado por la adopción voluntaria, mediante dos vías fundamentales: (1) «respuesta (o cumplimiento) recomendados» y (2) «cumplimiento o justificación» (*comply or explain/disclose*). La primera opción, preferida por la mayoría de países, supedita el cumplimiento y la divulgación de información a la demanda del propio mercado de conocer el grado de aplicación de las recomendaciones de buen gobierno. De no existir dicha demanda, es de esperar que el cumplimiento voluntario y la divulgación de información adicional será escaso. La segunda opción, *comply or explain/disclose*, aun siendo también voluntaria, es más exigente puesto que requiere justificar el no cumplimiento.

Otros antecedentes internacionales de Códigos de Buen Gobierno incluyen el Informe Bosch (1991) de Australia, el Informe DEY (1994) de Canadá, los Principios de Gobierno Corporativo (1998) de Japón y los Informes NACD (1996) y BRT (1997) en Estados Unidos ¹¹. En definitiva, la nece-

¹⁰ Según el expresidente de la *Securities and Exchange Commission*, Arthur LEVITT, los auditores no sólo deben ser independientes sino también parecerlo, por lo que las precauciones que aportan una mayor apariencia de independencia también contribuyen en cierto modo a la percepción de la calidad de la auditoría.

¹¹ Las recomendaciones de la Comisión Treadway (1987) son un claro antecedente, pero como Códigos de Buen Gobierno en sí mismos, éstos son los primeros en aparecer en Estados Unidos.

sidad de dar mayor transparencia al proceso de producción de la información financiera proviene claramente de un consenso internacional y ha generado un esfuerzo mancomunado por desarrollar Códigos de Buen Gobierno que contribuyan a mejorar las estructuras de gobierno de nuestras empresas en aras de minimizar las prácticas manipuladoras y poco éticas.

3.2. Los Códigos de Buen Gobierno en España.

3.2.1. El Informe Olivencia.

A finales de la década de los noventa surge la iniciativa gubernamental de abordar el funcionamiento de los Consejos de Administración de las empresas españolas cotizadas como parte de una serie de medidas de liberalización y reactivación económica de nuestro país. Dentro de este marco, el Consejo de Ministros acordó en su reunión de 28 de febrero de 1997 la creación de una Comisión de Expertos para la elaboración de un Código Ético sobre el funcionamiento de los Consejos de Administración de las Sociedades cotizadas (CECECA). El acuerdo del Consejo de Ministros encargaba a la CECECA la elaboración de un Código de Buen Gobierno de adopción voluntaria con el objetivo de «...*garantizar un comportamiento más transparente y una mejor defensa de los intereses de todos los accionistas*»¹².

La CECECA hizo público el 26 de febrero de 1998 el conocido como Informe Olivencia, que comienza con un preámbulo en el que se hace eco del problema de agencia detallado en el apartado 2.1. de este trabajo. En particular, el Informe considera que el problema de agencia derivado de la separación entre propiedad y gestión genera falta de transparencia y fluidez, cuando no da lugar a ocultación o falseamiento directo de la información (Informe Olivencia: 9). Por lo tanto, el Informe establece un lazo directo entre la falta de prácticas de buen gobierno y la proliferación de prácticas de *earnings management*, tal y como corrobora la evidencia empírica previamente discutida. En su parte final, el Informe Olivencia incluye un Código de Buen Gobierno con veintitrés recomendaciones de asunción voluntaria¹³.

Al objeto de limitar las prácticas manipuladoras, el Informe Olivencia considera el Consejo de Administración como órgano fundamental de gobierno, atribuyéndole la función de supervisión

¹² El acuerdo del Consejo de Ministros emplea el término «Código Ético» en lugar de «Código de Buen Gobierno», este último fue preferido por la CECECA puesto que se consideró que, si bien en sentido amplio el vocablo «ético» hace referencia a reglas, principios y modelos de conducta, también tiene connotaciones morales de las que se estimó oportuno alejarse (Informe Olivencia: 13).

¹³ A pesar del carácter voluntario del Código, el acuerdo del Consejo de Ministros establecía la posibilidad de que la CNMV recabase información de las sociedades cotizadas sobre la asunción o no del Código. A tal efecto, en carta circular del 30 de marzo de 2000, la CNMV envió a las sociedades cotizadas el «Modelo de informe sobre el gobierno de las entidades cotizadas en Bolsas de Valores 1999» en el que se solicitaba información sobre: (1) los principios que rigen el gobierno de la sociedad, (2) el sistema de gobierno de la sociedad y del reglamento del consejo, (3) la composición, actividad y comisiones delegadas del Consejo de Administración, y (4) el grado de asunción de veintidós de las veintitrés recomendaciones del Código de Buen Gobierno.

y control de la gestión de la compañía. En lo referente al Consejo, el Informe Olivencia hace recomendaciones sobre su: (1) composición, (2) estructura, y (3) funcionamiento. Nos referimos a estos tres aspectos de forma somera a continuación.

a) Composición del Consejo de Administración (*Recomendaciones 1, 2, 3 y 4*).

En línea con los antecedentes internacionales, y especialmente el Informe Cadbury del Reino Unido, el Informe Olivencia concede especial importancia a la figura del consejero independiente dentro del Consejo de Administración. Son independientes «*aquellos consejeros que no están vinculados con el equipo de gestión ni con los núcleos accionariales de control que más influyen sobre éste*» (Informe Olivencia: 20). Estos consejeros independientes son más eficientes en la labor de supervisión al ser expertos imparciales que pueden representar los intereses del capital flotante, pero al tiempo tienen un conocimiento menos específico de la realidad empresarial concreta de la firma, por lo que resulta necesario un equilibrio dentro del Consejo entre estos consejeros, los consejeros gestores o ejecutivos, y los consejeros representantes de núcleos accionariales (denominados consejeros dominicales). Asimismo, se recomienda que los Consejos no estén sobredimensionados, estimándose que el tamaño adecuado ronda entre los cinco y quince consejeros.

b) Estructura del Consejo de Administración (*Recomendaciones 5, 6, 7, 8 y 11*).

Las comisiones delegadas son órganos que controlan y supervisan al propio Consejo de Administración. El Código no aconseja la existencia de una Comisión Ejecutiva, que sustituya al Consejo en sus funciones. Sin embargo, sí aboga claramente por la creación de comisiones de control para determinadas áreas tales como auditoría, selección de consejeros, revisión de la política de retribuciones o evaluación del sistema de gobierno. La existencia de un comité de auditoría es recomendable puesto que, particularmente cuando está compuesto por mayoría de independientes, contribuye a incrementar notablemente la transparencia y la calidad de la información financiera proporcionada por la empresa ¹⁴. En relación con las demás comisiones delegadas, la recomendación del Informe Olivencia es vaga: disponer de dos comisiones, particularmente una de auditoría y otra de nombramientos y retribuciones.

c) Funcionamiento del Consejo de Administración.

El Informe Olivencia incluye también ciertas recomendaciones sobre el buen funcionamiento del Consejo, relativas a la actividad del mismo, como: el control de la retribución de los consejeros (*Recomendación 15*); un límite de edad para los consejeros ejecutivos (*Recomendación 13*); el derecho a la información de los consejeros (*Recomendaciones 9 y 14*); la transparencia y diligencia en la elaboración y publicación de información (*Recomendaciones 19, 20 y 23*); o la independencia y trato con el auditor externo (*Recomendaciones 21 y 22*).

¹⁴ La evidencia empírica reciente es consistente con esta recomendación del Informe Olivencia en el sentido de que la existencia de un comité de auditoría contribuye a reducir notablemente las prácticas de *earnings management* (DeFOND y JIAMBALVO, 1991; KLEIN, 2002; XIE *et al.*, 2003).

3.2.2. El Informe Aldama y legislación posterior.

Continuando la labor iniciada por la CECECA, y en línea con esta preocupación por el gobierno de las sociedades cotizadas, recientemente se ha optado por regular ciertos aspectos del gobierno corporativo, al considerarse insuficiente la adopción voluntaria de las recomendaciones. Así, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, establece la obligatoriedad de tener un comité de auditoría para las sociedades cotizadas, y que dicho comité esté integrado mayoritariamente por consejeros independientes (art. 47), al tiempo que introduce medidas para garantizar la independencia de los auditores, estableciendo incompatibilidades y medidas de rotación (art. 51). Asimismo, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de julio de 2002 se creó la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y Sociedades Cotizadas, presidida por don Enrique Aldama y Miñón, para que elaborase un informe sobre la vigencia y el grado de asunción del Código de Buen Gobierno. El 8 de enero de 2003 esta Comisión publicó el ya conocido como Informe Aldama, que pone de manifiesto la conveniencia de un soporte normativo en el ámbito de fomento de la transparencia para que el cumplimiento de ciertos mandatos no dependa de la voluntad de las empresas cotizadas. Siguiendo esta recomendación, la Ley 26/2003, de 17 de julio, revisa la Ley del Mercado de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas para reforzar la transparencia de las sociedades, en particular imponiendo la «obligación de dotarse de un conjunto de mecanismos en materia de gobierno corporativo que comprendan entre otros, un reglamento del consejo de administración, así como de la junta general» (Ley 26/2003, Exposición de Motivos).

TABLA 2. Códigos de Buen Gobierno en los países miembros de la Unión Europea.

País	Código de Buen Gobierno	Organismo emisor	Ámbito de aplicación	Carácter
Alemania	Código de Berlín (junio 2000)	Comisión ligada a asociaciones profesionales	Cotizadas (recomendado a todas)	Voluntario (respuesta recomendada)
	Reglas Panel Alemán (julio 2000)	Comisión ligada a asociaciones profesionales	Cotizadas	Voluntario (respuesta recomendada)
	Informe Cromme (diciembre 2001)	Comisión creada por el Gobierno	Cotizadas (recomendado a todas)	Obligatorio (« <i>comply or explain</i> »)
Bélgica	Recomendaciones de la Comisión de Banca & Finanzas (enero 1998)	Gobierno	Cotizadas	Voluntario (respuesta recomendada)
	Recomendaciones de la Federación de empresas Belgas (enero 1998)	Comisión ligada a asociaciones profesionales	Todas	Voluntaria (respuesta recomendada)

País	Código de Buen Gobierno	Organismo emisor	Ámbito de aplicación	Carácter
Bélgica (cont.)	Informe Cardon (diciembre 1998)	Comisión ligada al mercado de valores	Cotizadas (recomendado a todas)	Voluntario (respuesta recomendada)
	Capítulo directivo (enero 2000)	Asociación de directores	Todas	Voluntaria (cumplimiento recomendado)
Dinamarca	Directrices de la Asociación Danesa de Accionistas (febrero 2000)	Asociación de inversores	Cotizadas	Voluntario (respuesta recomendada)
	Informe & Recomendaciones Norby (diciembre 2001)	Comisión creada por el Gobierno	Cotizadas (recomendado a todas)	Voluntario (« <i>comply or explain</i> »)
Finlandia	Código de la Cámara de Comercio (febrero 1997)	Comisión ligada a asociaciones profesionales	Cotizadas	Voluntario (respuesta recomendada)
	Recomendaciones del Ministerio de Comercio e Industria (noviembre 2000)	Gobierno	Cotizadas y ciertas privadas	Voluntario (respuesta recomendada)
Francia	Informe Vienot I (julio 1995)	Comisión ligada a asociaciones profesionales	Cotizadas	Voluntario
	Informe Vienot II (julio 1999)	Comisión ligada a asociaciones profesionales	Cotizadas	Voluntario (respuesta recomendada)
	Recomendaciones comisión Hellebuyck (junio 1998; actualizado octubre 2001)	Asociación de accionistas	Cotizadas	Voluntario (recomendado a miembros)
Holanda	Informe Peters (junio 1997)	Comisión ligada al mercado de valores y a asociaciones profesionales	Cotizadas	Voluntario (respuesta recomendada)
	Recomendaciones VEB (1997)	Asociación de inversores	Cotizadas	Voluntario (recomendado a miembros)
	Directrices & Libro blanco SCGOP (agosto 2001)	Asociación de inversores	Cotizadas	Voluntario (respuesta recomendada)

País	Código de Buen Gobierno	Organismo emisor	Ámbito de aplicación	Carácter
Grecia	Informe Mertzanis (octubre 1999)	Comisión creada por el Gobierno	Cotizadas	Voluntario (« <i>comply or disclose</i> »)
	Principios de la Federación Griega de Industrias (agosto 2001)	Comisión ligada a asociaciones profesionales	Cotizadas (recomendado a todas)	Voluntario (respuesta recomendada)
Irlanda	Directrices IAIM (marzo 1999)	Asociación de inversores	Cotizadas	Voluntario (recomendaciones Código Combinado)
Italia	Informe Preda (octubre 1999)	Comisión ligada al mercado de valores	Cotizadas	Obligado (« <i>comply or explain</i> »)
Portugal	Recomendaciones de la Comisión del Mercado de Valores (noviembre 1999)	Gobierno	Cotizadas (recomendado a todas)	Voluntario (respuesta recomendada)
Reino Unido	Código del ICSA (febrero 1991)	Comisión ligada a asociaciones profesionales	Cotizadas (recomendado a todas)	Voluntario
	Declaración de Mejor Práctica del ISC (abril 1991)	Asociación de inversores	Cotizadas	Voluntario (recomendado a miembros)
	Informe Cadbury (diciembre 1992)	Comisión ligada al mercado de valores y a asociaciones profesionales	Cotizadas (recomendado a todas)	Obligado (« <i>comply or explain</i> »)
	Directrices de voto PIRC (abril 1994; actualizado marzo 2001)	Consejero de inversión	Cotizadas	Voluntario (recomendado a miembros)
	Informe Greenbury (julio 1995)	Comisión ligada a asociaciones profesionales	Cotizadas (recomendado a todas)	Obligado (« <i>comply or explain</i> »)
	Declaración Hermes (marzo 1997; actualizado enero 2001)	Grupos de inversión	Cotizadas	Voluntario
	Informe Hampel (enero 1998)	Comisión ligada al mercado de valores y a asociaciones profesionales	Cotizadas	Obligado (« <i>comply or explain</i> »)

País	Código de Buen Gobierno	Organismo emisor	Ámbito de aplicación	Carácter
Reino Unido (cont.)	Código Combinado (julio 1998)	Comisión ligada al mercado de valores y a asociaciones profesionales	Cotizadas	Obligado (« <i>comply or explain</i> »)
	Informe Turnbull (septiembre 1999)	Comisión ligada al mercado de valores y a asociaciones profesionales	Cotizadas	Voluntario (recomendaciones sobre el Código Combinado)
	Código de Gobierno Corporativo NAPF (junio 2000)	Asociación de inversores	Cotizadas	Voluntario (recomendado a miembros)
	Código AUTIF (enero 2001)	Asociación de inversores	Cotizadas	Voluntario (respuesta recomendada)
Suecia	Políticas de la Asociación Sueca de Accionistas (noviembre 1999)	Asociación de inversores	Cotizadas	Voluntario (recomendado aplicar a los miembros)

FUENTE: WEIL, GOTSHAL & MANGES (2002).

4. HIPÓTESIS

4.1. La composición del Consejo de Administración.

A diferencia de los trabajos desarrollados en el contexto anglosajón, donde suele distinguirse únicamente entre consejeros internos y externos, las especificidades del sistema de propiedad de las empresas españolas, caracterizado por una elevada concentración accionarial, nos permiten identificar tres tipos de miembros en los Consejos de nuestras empresas: ejecutivos, dominicales e independientes. Los primeros son aquellos que detentan un cargo directivo en la compañía y, por tanto, están implicados en la gestión de la misma. Por su parte, los consejeros dominicales representan los intereses de grupos accionariales con capacidad de influir en el control de la sociedad. Y, finalmente, son consejeros independientes los que no están vinculados con el equipo de gestión ni con los grupos accionariales de control, sino que, teóricamente, son designados por su alta capacitación profesional, al margen de que sean o no accionistas. Los dos últimos tipos de consejeros mencionados, dominicales e independientes, frente a los consejeros ejecutivos o internos, podrían asimilarse a lo que la literatura anglosajona denomina *external directors* o *non-executive directors* (consejeros externos).

Como se ha expuesto previamente, la literatura sugiere que la presencia de miembros no ejecutivos en el Consejo de Administración constituye un freno para las prácticas manipuladoras. Estos consejeros representan los intereses de los accionistas: los dominicales de los grupos accionariales importantes y los independientes de los pequeños accionistas (*free float*). El hecho de pertenecer al Consejo de la compañía proporciona a estos grupos la oportunidad de ejercer un control directo sobre el proceso de elaboración de la información financiera. Por tanto, las hipótesis que se plantean respecto a la composición cualitativa del Consejo de Administración son las siguientes:

H1: la proporción de miembros dominicales en el Consejo está inversamente relacionada con el nivel de manipulación del resultado contable

H2: la proporción de miembros independientes en el Consejo está inversamente relacionada con el nivel de manipulación del resultado contable

4.2. El papel de las comisiones delegadas del Consejo: el comité de auditoría.

Las comisiones delegadas son órganos que controlan y supervisan al Consejo de Administración. El Informe Olivencia abogaba por la creación de comisiones delegadas que se ocupen de áreas tales como auditoría, selección de consejeros, revisión de la política de retribuciones o evaluación del sistema de gobierno. En particular, en el Informe se recomendaba disponer al menos de dos comisiones, particularmente una de auditoría y otra de nombramientos y retribuciones.

Las recomendaciones del Informe Olivencia se apoyaron en la investigación existente en esta línea, que ha prestado especial atención al papel del comité de auditoría. La evidencia empírica sugiere que la existencia de este comité contribuye a reducir las prácticas contables manipuladoras, en mayor medida cuanto mayor es el porcentaje de miembros no ejecutivos que lo componen, (DEFOND y JIAMBALVO, 1991; KLEIN, 2002; XIE *et al.*, 2003). Por otra parte, la evidencia empírica también ha puesto de manifiesto que el papel de los consejeros no ejecutivos se ve reforzado cuando existe un comité de auditoría (PEASNELL *et al.*, 2001). Sobre la base de esta evidencia se plantea la siguiente hipótesis:

H3: la existencia de un comité de auditoría independiente está inversamente relacionada con el nivel de manipulación del resultado contable

4.3. El nombramiento de los consejeros independientes.

En su informe sobre el Consejo de Administración, basado en las conclusiones extraídas de una encuesta realizada entre expertos y accionistas, la comisión de expertos que elaboró el Informe Olivencia se hacía eco de las reservas existentes respecto a la figura del denominado consejero independiente. En particular, los informantes consideraban que «...puede faltarles motivación para el

ejercicio del cargo y abrigan dudas sobre la posibilidad de ser verdaderamente independientes de quienes procuran su nombramiento». Cuatro años después, una segunda Comisión Olivencia, promovió dos encuestas entre una muestra estratégica de unos 200 expertos y una muestra representativa de 800 accionistas respectivamente. El conocido como Informe Aldama, publicado en enero de 2003 ¹⁵, se hizo eco de los resultados de estas encuestas poniendo de manifiesto que la «desconfianza» hacia la figura del consejero independiente todavía existe. Como señala dicho informe, los encuestados «Ven con cierto interés la figura del consejero independiente, pero dudan de que, en realidad, tales consejeros sean realmente independientes...» (Informe Aldama: 11).

La literatura también se ha referido a la posible falta de independencia real de los llamados consejeros independientes, señalando que si hay intervención de los gerentes en el proceso de contratación la independencia de estos consejeros queda en tela de juicio, e incluso suponiendo que no haya intromisión por parte de la gerencia, cabe la posibilidad de que crearse una reputación de no dar problemas sea tan beneficioso en el mercado laboral como una reputación de experto independiente (HERMALIN y WEISBACH, 2003). También LIN *et al.* (2003) y BYRD y HICKMAN (1992) cuestionan la eficacia de los consejeros independientes, particularmente cuando su presencia es proporcionalmente superior a la óptima.

En línea con la primera de las causas señaladas por HERMALIN y WEISBACH, el Informe Olivencia se refería a la importancia de la existencia de un proceso de selección adecuado de este tipo de consejeros. En particular, el informe señalaba que *«Las sociedades han de arbitrar las garantías necesarias para asegurar que el proceso de selección se realiza adecuadamente y que los candidatos elegidos se adaptan al perfil del puesto... Nuestra impresión es que en los medios financieros se está extendiendo una interpretación un tanto ligera de lo que es el consejero independiente, más atenta a la letra que al espíritu de la denominación»* (Informe Olivencia: 21). Al objeto de fortalecer el papel de control que debe jugar el consejero independiente el propio Informe recomendaba la existencia de comisiones delegadas a las que, entre otras, correspondiera la función de nombrar a los consejeros independientes. De otro modo, éstos serían nombrados por la gerencia y quedarían supeditados en gran medida a los intereses de la misma. Por tanto, la existencia y composición de la comisión de nombramientos juega un papel fundamental. Si, en línea con las predicciones anteriores, suponemos que los consejeros dominicales e independientes constituyen un freno a las prácticas manipuladoras, la proporción de este tipo de consejeros en el comité de nombramientos debería reforzar el papel de los consejeros independientes, mientras que la proporción de miembros ejecutivos la debilitaría. La hipótesis que planteamos en este sentido es la siguiente:

H4: la existencia y composición del comité de nombramientos afecta al papel que los consejeros independientes juegan como elemento restrictivo de las prácticas manipuladoras del resultado

¹⁵ La Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y Sociedades Cotizadas, también conocida como Comisión Aldama, fue creada para elaborar un informe sobre la vigencia y el grado de asunción del Código de Buen Gobierno. El 8 de enero de 2003 fue publicado el ya conocido como Informe Aldama.

5. SELECCIÓN DE LA MUESTRA

Tras la publicación del Informe Olivencia, la CNMV elaboró un cuestionario sobre el grado de cumplimiento de las recomendaciones del Código de Buen Gobierno incluido en el mismo para que las empresas cotizadas lo remitiesen anualmente con carácter voluntario. La información relativa a la estructura de gobierno de las empresas de la muestra utilizada en el análisis fue recogida manualmente a partir de los cuestionarios que la CNMV ha hecho públicos en su página web, correspondientes a los ejercicios 1999, 2000 y 2001. Las entidades financieras fueron excluidas debido a las características específicas que presentan en su proceso de generación de ajustes por devengo, en cuya manipulación se centra el análisis empírico llevado a cabo. En principio, se disponía de 156 cuestionarios anuales, de los que se eliminó uno al no contener información sobre la composición cualitativa del Consejo. Los 155 cuestionarios que componen la muestra final corresponden a 78 empresas individuales no financieras de las que 24 presentaron el cuestionario en un año, 31 en dos años y 23 en los tres años analizados ¹⁶.

TABLA 3. Distribución de la muestra final por año y sector.

Sector	1999	2000	2001	Total
Alimentación bebidas y tabaco	4	7	5	16
Cementos y material de construcción	1	–	2	3
Comercio y servicios	10	10	8	28
Construcción	3	4	3	10
Energía eléctrica	4	4	3	11
Industria química y metal	7	5	2	14
Inmobiliarias	8	5	4	17
Maquinaria automóviles y nuevas tecnologías	8	8	7	23
Otras empresas de energía y aguas	2	4	3	9
Otras industrias manufactureras	–	1	2	3
Papel y madera	1	1	2	4
Transportes y comunicaciones	5	4	8	17
Total	53	53	49	155

¹⁶ En el análisis de los resultados del cuestionario sobre el Código de Buen Gobierno del ejercicio 2000 elaborado por la CNMV, se hacía referencia a la representatividad de esta muestra en los siguientes términos: «Las 67 sociedades que han remitido a la CNMV el cuestionario relativo al grado de cumplimiento del Código de Buen Gobierno respecto al año 2000 (en el año 1999 la muestra ascendió a 61), son suficientemente representativas del conjunto de emisores, si atendemos a su capitalización bursátil (73%). De hecho, han respondido 27 entidades del IBEX, entre las cuales se encuentran las de mayor tamaño económico y las que cuentan con mayor capital flotante». Las cifras de este informe de la CNMV incluyen las entidades financieras, que han sido excluidas de la muestra en este trabajo.

La distribución de las observaciones de la muestra por año y sector se presenta en la **tabla 3**. Los sectores de comercio y servicios y de maquinaria, automóviles y nuevas tecnologías son los que tienen mayor representación, con 28 y 23 observaciones anuales respectivamente, mientras que los sectores de cementos y material de construcción, papel y madera y otras industrias manufactureras presentan el menor número de cuestionarios, con 3, 4 y 3 observaciones anuales, respectivamente.

Por su parte, la información contable de estas empresas necesaria para llevar a cabo el análisis se recopiló a partir de sus Cuentas Anuales, también disponibles en las bases de datos de la CNMV. La **tabla 4** presenta una serie de estadísticas descriptivas, tanto de las variables representativas de la estructura de gobierno como de las características económico-financieras de la muestra. De estas estadísticas se deduce que, en general, las compañías analizadas siguen las recomendaciones que el Código Olivencia establecía en cuanto a la creación de comisiones delegadas. Así, de las 155 observaciones de la muestra, 111 tienen un comité de auditoría (un 71%) y 105 tienen un comité de nombramientos (un 67%). Por otra parte, se ha comprobado que en un 65% de los casos existen ambos comités ¹⁷. También la composición cualitativa media del Consejo se adecua a las recomendaciones del Código de Buen Gobierno, ya que la proporción de consejeros no ejecutivos es considerable. En media, los Consejos de las empresas analizadas están compuestos por 11 miembros, de los que el 23% son ejecutivos, el 40% son dominicales y el 36% son independientes. Además, tan sólo 7 observaciones (el 4,5%) tienen un Consejo con mayoría de miembros ejecutivos mientras que en 43 casos (el 27,7%) hay mayoría de dominicales y en 32 de independientes (el 20,6%). Respecto a la composición de las comisiones delegadas, siguiendo de nuevo las recomendaciones del Código Olivencia, sus miembros son fundamentalmente no ejecutivos. Los ejecutivos tienen una representación media del 13,1% y del 7,1% en los comités de nombramientos y auditoría respectivamente. Asimismo, a diferencia del Consejo, en que la media de consejeros dominicales supera ligeramente la de los independientes, en los comités de auditoría y nombramientos los consejeros independientes son mayoría, con un 56% y un 53% de representación media respectivamente. Por otro lado, el porcentaje de observaciones que tienen comité de auditoría con mayoría de miembros ejecutivos y dominicales es el mismo que en el Consejo, el 4,5% y el 27% respectivamente, mientras que dicho porcentaje aumenta en el caso de los independientes hasta el 43,2%. Por su parte, para el comité de nombramientos el porcentaje de observaciones en las que este comité está formado por mayoría de ejecutivos asciende al 5,7%, para los dominicales dicho porcentaje es menor que en el comité de auditoría, un 21,9%, y para los independientes es del 35,2%.

Las variables económico-financieras, presentadas en la parte inferior de la **tabla 4**, ponen de manifiesto que se trata de compañías grandes y rentables. Así, el activo total medio asciende a 5.229,5 millones de euros y, para las 144 observaciones de las que se dispone de esta información, la rentabilidad económica (ROA) media es del 6,1% y la rentabilidad financiera (ROE) media del 12,4%.

Finalmente, se han incluido dos variables representativas del grado de independencia del auditor externo: la ratio de la cantidad pagada por la empresa al auditor externo en concepto de servicios de consultoría sobre la cantidad pagada por el servicio de auditoría y sobre la cantidad total pagada al auditor. Para las 138 observaciones de las que se dispone de esta información, la retribución al auditor por servicios distintos al de auditoría representa en media el 57% de la retribución por el trabajo de auditoría propiamente dicho y el 20% del total de la retribución al auditor.

¹⁷ Son nueve las observaciones de la muestra que tienen comité de auditoría pero no de nombramientos y tan sólo una tiene comité de nombramientos pero no comité de auditoría. Este resultado nos lleva a concluir que estos dos comités se establecen en las empresas prácticamente de forma simultánea.

TABLA 4. Estadísticas descriptivas. Variables de gobierno corporativo y económico-financieras.

Composición del Consejo de Administración (N = 155)						
Variable	N	Media	Mediana	Desv. Tip.	Mín.	Máx.
Número de consejeros	155	11,0	10,0	4,3	3,0	24,0
% consejeros ejecutivos	155	22,9%	20,0%	19,1%	0,0%	100,0%
% consejeros dominicales	155	40,5%	40,0%	23,2%	0,0%	100,0%
% consejeros independientes	155	36,4%	36,4%	21,0%	0,0%	82,4%
				N	%	
Observaciones con % ejecutivos >50%				7	4,5%	
Observaciones con % dominicales >50%				43	27,7%	
Observaciones con % independientes > 50%				32	20,6%	
Composición del comité de auditoría (N = 111) (71%)						
Variable	N	Media	Mediana	Desv. Tip.	Mín.	Máx.
% ejecutivos en comité auditoría	111	7,1%	0,0%	16,8%	0,0%	66,7%
% dominicales en comité auditoría	111	36,8%	33,3%	27,3%	0,0%	100,0%
% independientes en comité auditoría ...	111	56,0%	50,0%	28,6%	0,0%	100,0%
				N	%	
Observaciones con % ejecutivos >50%				5	4,5%	
Observaciones con % dominicales >50%				30	27,0%	
Observaciones con % independientes > 50%				48	43,2%	
Composición del Comité de Nombramientos (N = 105) (67%)						
Variable	N	Media	Mediana	Desv. Tip.	Mín.	Máx.
% ejecutivos en comité nombramientos	105	13,1%	0,0%	19,2%	0,0%	66,7%
% dominicales en comité nombramientos .	105	34,4%	33,3%	28,5%	0,0%	100,0%
% independientes en comité nombramientos.	105	52,5%	50,0%	28,9%	0,0%	100,0%
				N	%	
Observaciones con % ejecutivos >50%				6	5,7%	
Observaciones con % dominicales >50%				23	21,9%	
Observaciones con % independientes > 50%				37	35,2%	
Variables económico-financieras						
Variable	N	Media	Mediana	Desv. Tip.	Mín.	Máx.
Total Activo (millones de euros)	155	5.229,5	491,3	14.667,5	3,7	92.377,3
ROA	144	6,1%	5,5%	5,1%	-11,9%	33,0%
ROE	144	12,4%	11,8%	9,4%	-37,0%	55,4%
Variables representativas de la independencia del auditor externo						
Variable	N	Media	Mediana	Desv. Tip.	Mín.	Máx.
% pago consultoría sobre pago auditoría	138	57,4%	10,0%	110,5%	0,0%	748,2%
% pago consultoría sobre pago total	138	20,8%	9,0%	26,0%	0,0%	88,2%

6. METODOLOGÍA

6.1. Los ajustes por devengo como instrumento de manipulación del resultado.

Para contrastar las hipótesis planteadas en la sección tercera es necesario definir una medida de la discrecionalidad contable que la gerencia incorpora al resultado. En línea con buena parte de la literatura sobre *earnings management*, en este trabajo nos centramos en los ajustes por devengo como instrumento de manipulación del resultado declarado, esto es, el componente del resultado que no genera flujo de tesorería o *cash-flow* ¹⁸.

En la literatura encontramos dos enfoques desde los que se ha estudiado la manipulación de los ajustes por devengo: (1) analizar por separado ajustes por devengo específicos, tanto de corto como de largo plazo; y (2) analizar los ajustes por devengo agregados. La primera aproximación permite obtener una estimación más precisa del ajuste discrecional puesto que es más fácil identificar los factores de los que depende el comportamiento de un componente específico de los ajustes por devengo en ausencia de manipulación que del agregado (McNICHOLS, 2000). Los trabajos que utilizan este enfoque se centran o bien en sectores concretos donde existen determinadas partidas claramente susceptibles de ser manipuladas y que tienen un efecto material sobre el resultado, como por ejemplo la provisión de morosidad en el sector bancario (Ej.: BEAVER y ENGEL, 1996; AHMED *et al.*, 1999, o SAURINA, 1999), o bien en muestras de empresas en las que la partida manipuladora que se pretende analizar es significativa, como por ejemplo ELLIOTT y HANNA (1996) o MOEHRLE (2002) que estudian el uso de los gastos de reestructuración para ajustar el beneficio a los objetivos contables. Sin embargo, cuando se analizan muestras heterogéneas donde no es posible identificar *a priori* una partida que concentre la manipulación, el segundo enfoque constituye la mejor alternativa ¹⁹. Dadas las características del análisis planteado, en este trabajo también se ha empleado la segunda de las aproximaciones mencionadas, consistente en estimar el componente anormal de los ajustes por devengo agregados.

Los ajustes por devengo no son discrecionales en su totalidad, sino que parte de los mismos depende de una serie de factores ajenos al control de la gerencia, como la propia normativa contable o los cambios en el entorno económico de la empresa (HEALY, 1985; KAPLAN, 1985). En un trabajo que se ha convertido en referente para la línea de investigación sobre *earnings management*, JONES (1991) propone un modelo de expectativas para separar los componentes discrecional y no

¹⁸ La literatura distingue básicamente dos mecanismos de naturaleza contable para alterar el resultado declarado: los cambios en los procedimientos de reconocimiento y valoración de los elementos patrimoniales; y los ajustes por devengo, derivados de las decisiones de imputación de determinados gastos e ingresos al resultado a lo largo del tiempo. El primer mecanismo resulta más transparente para el usuario, ya que existe obligación de justificar los cambios contables en la Memoria. Por ello, suele considerarse que la gerencia estimará más atractiva la manipulación de los ajustes por devengo.

¹⁹ Otra ventaja de analizar los ajustes por devengo de forma agregada es que permite resumir en una única cifra el efecto sobre el resultado de numerosas políticas contables (WATTS y ZIMMERMAN, 1990: 144).

discrecional ²⁰ de los ajustes por devengo agregados que tiene en cuenta los cambios en las condiciones económicas de la empresa. A pesar de que a lo largo de la literatura se han planteado diversos modelos alternativos, el modelo de JONES original, también denominado de *Jones Standard*, ha sido, y sigue siendo, el más utilizado en esta línea de investigación. Éste es también el modelo implementado en el análisis desarrollado en este trabajo.

El modelo de expectativas propuesto por JONES, que se presenta en la expresión [1], regresa los ajustes por devengo observados (*ADT*) sobre dos variables: el cambio en las ventas ($\Delta VTAS$), que controla el componente normal de los ajustes por devengo de circulante, o ajustes por devengo a corto plazo; y el nivel de inmovilizado material bruto (*INMOV*), que modeliza el componente no discrecional del gasto por depreciación y amortización del periodo, principal componente de los ajustes por devengo a largo plazo. Ambas variables, así como la constante del modelo, se dividen por el activo total inicial al objeto de evitar problemas de heterocedasticidad ²¹. Los ajustes por devengo no discrecionales (*ADND*) son las predicciones de la estimación mínimo cuadrática de la regresión [1], mientras que los ajustes por devengo discrecionales (*ADD*) son los residuos de la misma.

$$\frac{ADT_{it}}{A_{it-1}} = \frac{\beta_0}{A_{it-1}} + \beta_1 \frac{\Delta VTAS_{it}}{A_{it-1}} + \beta_2 \frac{INMOV_{it}}{A_{it-1}} + e_{it} \quad [1]$$

Donde: *ADT* son los ajustes por devengo totales observados, definidos como el cambio en activo circulante (ΔAC), excepto el cambio en tesorería e inversiones financieras temporales (ΔTES), menos el cambio en pasivo circulante (ΔPC), excepto el cambio en la deuda a largo plazo con vencimiento a corto plazo ($\Delta DEBT$), y menos el gasto de amortización y depreciación a largo plazo del periodo (*AMORT*); *A* representa el activo total; *e* es el término de error del modelo; *i* y *t* son los subíndices representativos de la empresa y el año, respectivamente.

En su propuesta inicial JONES (1991) estima los coeficientes de la regresión [1] para cada empresa utilizando la serie temporal de datos más larga disponible. Como señalan DEFOND y JIAMBALVO (1994), una limitación de la estimación en serie temporal es que obliga a excluir de la muestra a las empresas para las que no se dispone de un número suficiente de observaciones que permita obtener estimaciones fiables, lo que introduce un sesgo de supervivencia. Además, en la estimación en serie

²⁰ Algunos autores prefieren la denominación de ajustes por devengo normales o esperados y anormales o inesperados en lugar de ajustes por devengo no discrecionales y discrecionales argumentando que las estimaciones de estos modelos son realmente estimaciones de los ajustes por devengo esperados o normales, no pudiendo afirmarse que esos ajustes por devengo normales (anormales) sean no discrecionales (discrecionales), ya que el concepto de discrecionalidad está relacionado con la existencia de intencionalidad por parte de la gerencia, cuya presencia es prácticamente imposible de determinar (HEALY, 1996). En cualquier caso, independientemente de la denominación elegida, el hecho de utilizar los residuos de estos modelos como *proxy* de la manipulación contable incorporada por la gerencia en el resultado declarado supone asumir que el componente anormal de los ajustes por devengo tiene carácter discrecional. Por esta razón, los términos son utilizados en el trabajo indistintamente.

²¹ Trabajos posteriores han utilizado el modelo de Jones original sin deflactar la constante argumentando que no hay razón teórica alguna para forzar una regresión por el origen (PEASNELL *et al.*, 2000a). Los resultados de este trabajo no varían sensiblemente al utilizar este planteamiento alternativo.

temporal se asume que los coeficientes de las variables son constantes a lo largo del tiempo o estacionarios. Para superar estas limitaciones, DEFOND y JIAMBALVO proponen estimar el modelo [1] con datos de corte transversal, esto es, para cada año con los datos de empresas del mismo sector. Varios trabajos posteriores han proporcionado evidencia de que los modelos de corte transversal producen mejores estimaciones de los ajustes discrecionales que sus respectivas versiones en serie temporal (ej.: SHIVAKUMAR, 1996; SUBRAMANYAM, 1996; DEFOND y SUBRAMANYAM, 1998), por lo que los trabajos más recientes en la línea de investigación sobre *earnings management* se decantan por este tipo de estimación (Ej.: GAVER *et al.*, 1995; TEOH *et al.*, 1998a y 1998b; BENEISH, 1997; y PEASNELL *et al.*, 2000b). La estimación *cross-section* es también el procedimiento implementado en este trabajo.

Por otro lado, algunos autores han argumentado que la discrecionalidad contable se produce fundamentalmente en el componente a corto plazo de los ajustes por devengo (*working capital accruals*), ya que los ajustes por devengo a largo plazo están compuestos básicamente por la depreciación del inmovilizado, difícilmente manipulable sin incurrir en cambios contables de los que necesariamente debe informarse en la Memoria (PEASNELL, *et al.*, 2000a: 315) y, por tanto, más fácilmente observable por terceros. Por ello, el análisis empírico se ha llevado a cabo utilizando también como medida de la manipulación contable los ajustes por devengo discrecionales producidos por el modelo de *Jones Standard* de ajustes a corto plazo, en el que, como muestra la expresión [2] la variable dependiente son los ajustes por devengo a corto plazo (ADCP) ²² y el inmovilizado se elimina como variable independiente.

$$\frac{ADCP_{it}}{A_{it-1}} = \frac{\beta_0^c}{A_{it-1}} + \beta_1^c \frac{\Delta VTAS_{it}}{A_{it-1}} + e_{it} \quad [2]$$

6.2. Medida del nivel de manipulación.

El primer paso para calcular la medida del nivel de manipulación que se va a utilizar en el análisis empírico requiere la estimación de los ajustes por devengo discrecionales. Para llevar a cabo la estimación *cross-section* del modelo de Jones presentado previamente es necesaria la información de las variables contables que intervienen en el mismo para el mayor número de empresas posible en cada año y sector de actividad. Esta información se recopiló a partir de las Cuentas Anuales de todas las empresas disponibles en las bases de datos oficiales de la CNMV, exigiendo disponer de al menos 6 observaciones para cada sector y año ²³, criterio que no supuso la eliminación de ninguna observación de la muestra inicial. El número de observaciones por sector y año utilizado para estimar los ajustes por devengo discrecionales se presenta en la **tabla 5**. El número medio de observaciones disponible para estimar los modelos por año y sector es de 13,6.

²² ADCP se obtiene sumando a los ajustes por devengo totales (ADT) su componente a largo plazo (AMORT).

²³ Ésta es la regla habitual en la literatura previa. Otros trabajos que requieren al menos 6 observaciones por sector y año para estimar los modelos de ajustes por devengo de corte transversal son por ejemplo DEFOND y JIAMBALVO (1994), YOUNG (1999) y AZOFRA *et al.* (2000).

TABLA 5. Muestra utilizada en la estimación de los ADD por año y sector.

Sector	1999	2000	2001	Total
Alimentación bebidas y tabaco	23	19	19	61
Cementos y material de construcción	10	9	8	27
Comercio y servicios	19	17	16	52
Construcción	9	8	8	25
Energía eléctrica	6	6	6	18
Industria química y metal	14	11	9	34
Inmobiliarias	30	27	26	83
Maquinaria automóviles y nuevas tecnologías	19	17	17	53
Otras empresas de energía y aguas	8	8	8	24
Otras industrias manufactureras	11	10	11	32
Papel y madera	8	7	8	23
Transportes y comunicaciones	21	17	19	57
Total	178	156	155	489

Por su parte, la **tabla 6** muestra una síntesis de los resultados de la estimación de los modelos. Para cada modelo y cada año se estimaron 12 regresiones, una por sector. En particular, en la **tabla 6** aparece para cada año del período analizado la mediana de las estimaciones del coeficiente correspondiente así como del estadístico *t* asociado y del coeficiente de determinación ajustado de las doce regresiones sectoriales. En ambas versiones del modelo *Jones Standard* el signo de la variable cambio en ventas ($\Delta VTAS$) es positivo. Este resultado es consistente con la literatura previa (Ej.: JONES, 1991; JETER y SHIVAKUMAR, 1999; PEASNELL *et al.*, 2000a) ²⁴. Del mismo modo, en la versión de ajustes totales, el signo de la variable *INMOV* es negativo, de acuerdo con lo esperado, puesto que un aumento del inmovilizado bruto supondría un aumento del gasto por amortización, que es un componente negativo de los ajustes por devengo (JONES, 1991: 213).

²⁴ En principio, el signo esperado de esta variable no está claro ya que un cambio dado en el nivel de ventas puede provocar cambios en partidas que afectan tanto positiva como negativamente al capital circulante, como las cuentas a cobrar y las cuentas a pagar, respectivamente.

TABLA 6. Resultados de la estimación del modelo de Jones de ajustes totales y a corto plazo.

Modelo de Jones de ajustes totales $\frac{ADT_{it}}{A_{it-1}} = \frac{\beta_0}{A_{it-1}} + \beta_1 \frac{\Delta VTAS_{it}}{A_{it-1}} + \beta_2 \frac{INMOV_{it}}{A_{it-1}} + e_{it}$						
Coeficiente	1999		2000		2001	
	Estimación	t ¹	Estimación	t ¹	Estimación	t ¹
β_0	10,159	0,102	6,445	0,026	56,304	0,372
β_1	0,043	0,161	0,066	0,578	0,079	0,509
β_2	-0,043	-1,042	-0,046	-1,562	-0,068	-1,640
R² Ajustado	26,4%		22,9%		40,5%	
Modelo de Jones de ajustes corto plazo $\frac{ADCP_{it}}{A_{it-1}} = \frac{\beta_0^c}{A_{it-1}} + \beta_1^c \frac{\Delta VTAS_{it}}{A_{it-1}} + e_{it}$						
Coeficiente	1999		2000		2001	
	Estimación	t ¹	Estimación	t ¹	Estimación	t ¹
β_0^c	-13,417	-0,039	29,287	0,149	-3,554	-0,038
β_1^c	0,084	0,433	0,077	1,509	0,059	0,625
R² Ajustado	17,9%		21,7%		0,4%	

Notas:

La tabla muestra la mediana de los coeficientes estimados, de sus correspondientes estadísticos y del coeficiente de determinación ajustado de las regresiones.

¹ Estadístico t de Student asociado a cada coeficiente.

Finalmente, en la **tabla 7** aparecen las estadísticas descriptivas de los *ADD* estimados para la muestra objeto de análisis en este trabajo. Tanto la media como la mediana de los ajustes por devengo discrecionales estimados con los dos modelos para las observaciones de la muestra está próxima a cero. Utilizando para la media el test de *t* y para la mediana el test de signos y rangos de Wilcoxon, en ningún caso se rechaza con niveles de significatividad estándar la hipótesis nula de que la media y la mediana de los *ADD* son iguales a cero. Este resultado sugiere que no existe manipulación sistemática al alza o a la baja en las observaciones de la muestra, por lo que, al igual que otros trabajos en esta línea de investigación (Ej.: WARFIELD *et al.*, 1995; BECKER *et al.*, 1998; BARTOV *et al.*,

2000; KLEIN, 2002), se considera el valor absoluto de los ajustes por devengo discrecionales ($Abs[ADD]$) como medida del nivel de manipulación, para captar la manipulación del resultado tanto al alza como a la baja ²⁵.

TABLA 7. Ajustes por devengo discrecionales estimados con los modelos de JONES STANDARD de ajustes totales y a corto plazo (N = 155 observaciones año-empresa).

	Media	Mediana	Desv. tip	Q1	Q3
Jones total	0,000	0,001	0,127	-0,041	0,037
Jones corto plazo	0,014	0,009	0,128	-0,029	0,043

6.3. Contraste de las hipótesis.

Una vez estimada la medida de manipulación contable, el contraste de las hipótesis planteadas en el epígrafe tercero se lleva a cabo mediante un análisis de regresión, estimado con el *pool* de datos disponible, en el que la medida del nivel de manipulación, el valor absoluto de los ajustes por devengo discrecionales ($Abs[ADD]$), es la variable dependiente y como variables independientes se incluyen las relacionadas con la estructura de gobierno de la empresa. Por un lado, se lleva a cabo un análisis de regresión simple relacionando el nivel de manipulación con cada una de las variables representativas de la estructura de gobierno que, debido a la elevada correlación existente entre ellas, no pueden ser incluidas dentro del mismo modelo. Y, por otro lado, se realiza un análisis de regresión múltiple en el que además de la variable de gobierno corporativo correspondiente se incluyen dos variables que representan sendos factores relacionados con el nivel de manipulación por la literatura previa: la independencia del auditor externo y el tamaño de la compañía.

²⁵ Si bien tiende a pensarse que la manipulación del resultado se produce fundamentalmente al alza, también se han identificado incentivos en la literatura para manipular el resultado declarado a la baja, como la existencia de los costes políticos para la empresa o los ejercicios previos a la realización de una operación de *Management Buy Out*. Ejemplos de trabajos que presentan evidencia de manipulación del resultado a la baja son: JONES (1991); CAHAN (1992); PERRY y WILLIAMS (1994); KEY (1997); MAKAR y ALAM (1998); o GILL DE ALBORNOZ e ILLUECA (2004).

TABLA 8. Definición de las variables del análisis.

<i>Panel A: Composición del Consejo de Administración</i>		
Variable	Definición	Signo esperado
DOM	Proporción de dominicales en el Consejo	– (H1)
DOM51	Variable dicotómica que toma valor 1 si la empresa tiene mayoría de miembros dominicales en el Consejo y 0 en otro caso	– (H1)
INDEP	Proporción de independientes en el Consejo	– (H2)
INDEP51	Variable dicotómica que toma valor 1 si la empresa tiene mayoría de miembros independientes en el Consejo y 0 en otro caso	– (H2)
<i>Panel B: Comisión de auditoría</i>		
Variable	Definición	Signo esperado
CADOM51	Variable dicotómica que toma valor 1 si la empresa tiene comité de auditoría con mayoría de dominicales y 0 en otro caso	– (H3)
CAINDEP51	Variable dicotómica que toma valor 1 si la empresa tiene comité de auditoría con mayoría de independientes y 0 en otro caso	– (H3)
<i>Panel C: Nombramiento de los consejeros independientes</i>		
Variable	Definición	Signo esperado
INDEP_CNDOM51	Producto de la variable INDEP por una variable dicotómica que toma valor 1 cuando existe un comité de nombramientos compuesto por mayoría de dominicales y 0 en otro caso	– (H4)
INDEP_CNINDEP51	Producto de la variable INDEP por una variable dicotómica que toma valor 1 cuando existe un comité de nombramientos compuesto por mayoría de independientes y 0 en otro caso	– (H4)
INDEP_CNEJEC51	Producto de la variable INDEP por una variable dicotómica que toma valor 1 cuando existe un comité de nombramientos compuesto por mayoría de ejecutivos y 0 en otro caso	+ (H4)
<i>Panel D: Variables de control</i>		
Variable	Definición	Signo esperado
NAF_AF	Cantidad pagada al auditor en concepto de servicios distintos de la auditoría dividida por la remuneración correspondiente al servicio de auditoría	+
LOG_VTAS	Logaritmo de las ventas	–

La definición de las variables independientes utilizadas se detalla en la **tabla 8**. En la última columna de la tabla, se ha incluido el signo esperado de la relación de cada una de las variables con el nivel de manipulación. Los signos esperados de las variables representativas de la composición del Consejo de Administración y de la existencia de un comité de auditoría independiente, así como de la interacción de la variable *INDEP* con la composición del comité de nombramientos, se desprenden de las hipótesis planteadas en el epígrafe tercero. Respecto a las variables de control, en primer lugar, la ratio de la retribución al auditor por servicios de consultoría respecto a su retribución por el servicio de auditoría (*NAF_AF*) se considera una medida de la propensión del mismo a «pasar por alto» las prácticas manipuladoras, puesto que cuanto mayor sea dicha ratio menor importancia tendrá para la supervivencia de la firma de auditoría su trabajo de auditoría propiamente dicho y su independencia se verá comprometida en mayor medida (DEANGELO, 1981; BECK *et al.*, 1988; FRANKEL *et al.*, 2002). El signo esperado para esta variable es por tanto positivo ²⁶. Y, en segundo lugar, se ha incluido una variable de control adicional, representativa del tamaño de la compañía: el logaritmo de las ventas (*LOG_VTAS*). El signo esperado para esta variable es negativo, ya que las empresas más grandes, al estar sometidas a un mayor seguimiento de inversores y analistas, tienen unos costes potenciales derivados de un posible descubrimiento de prácticas manipuladoras superior que las empresas más pequeñas.

7. RESULTADOS

Los resultados del análisis de regresión simple utilizando como medida del nivel de manipulación el valor absoluto de los ajustes por devengo discrecionales producidos por los modelos de JONES STANDARD de ajustes totales y de ajustes a corto plazo se presentan respectivamente en las **tablas 9 y 10**. Las regresiones simples se han estimado con la muestra inicial completa de 155 observaciones año empresa. Por su parte, las **tablas 11 y 12** muestran los resultados correspondientes al análisis de regresión múltiple, en el que se incorporan las variables de control *NAF_AF* y *LOG_VTAS*, lo que conlleva perder información de 27 observaciones, por lo que las estimaciones de estos modelos se han realizado con 128 observaciones año empresa. Puesto que se ha planteado una predicción de signo para todas las variables, los tests de contraste de la significatividad de los coeficientes son de una cola.

De forma consistente con la evidencia presentada en el contexto americano, los resultados obtenidos confirman la primera de las hipótesis planteadas (*H1*), que predecía una relación negativa entre el nivel de manipulación y la proporción de miembros dominicales en el Consejo. En este sentido, el signo de las variables *DOM* y *DOM51* es en todos los casos negativo. La primera de estas variables es significativa a niveles estándar sólo en el modelo de ajustes a corto plazo, mientras que la segunda lo es tanto en el modelo de ajustes totales como en el de ajustes a corto plazo. Este resultado es indicativo de la importancia de los inversores institucionales como factor constrictor de las prácticas manipuladoras. Como señalan SHLEIFER y VISHNY (1986), estos inversores asumen el papel

²⁶ Los resultados del análisis presentado posteriormente no varían al utilizar como *proxy* de la independencia del auditor la variable *NAF_TOTAL*, que expresa el porcentaje que representa el pago al auditor por servicios de consultoría sobre el pago total al mismo.

de propietarios tradicionales de la empresa y ejercen un control más directo sobre la gerencia, reduciendo el problema de agencia. Sin embargo, en contra de lo que se ha observado previamente en el contexto anglosajón, que sirvió de base para establecer las recomendaciones del Informe Olivencia, nuestros resultados no confirman la hipótesis *H2*, según la que se esperaba que los consejeros independientes contribuyan a disminuir el nivel de manipulación. Por el contrario, los resultados indican que la proporción de estos consejeros está positiva y significativamente relacionada con el nivel de manipulación. Así, el coeficiente de las variables *INDEP* e *INDEP51* es positivo y significativo en todos los casos. Estos resultados corroboran las reservas manifestadas por inversores y expertos respecto a la figura del consejero independiente en las compañías españolas, recogidas por las Comisiones Olivencia y Aldama.

Por lo que respecta a la relación negativa esperada entre el nivel de manipulación y la existencia de un comité de auditoría independiente, que se establecía en la hipótesis *H3*, los resultados de los modelos 5 y 6 no la confirman. La variable *CADOM51* no es significativa en ningún caso y, por otro lado, la variable *CAINDEP51* es en todo caso positiva y significativa. Este último resultado es consistente con el encontrado para las variables *INDEP* e *INDEP51*, indicando que los consejeros independientes tampoco restringen las prácticas manipuladoras cuando forman parte del comité de auditoría.

La hipótesis *H4* se establecía al objeto de conocer cómo afecta la composición del comité de nombramientos a la relación entre la proporción de miembros independientes en el Consejo y el nivel de manipulación. Efectivamente, los resultados confirman la predicción de que la composición del comité de nombramientos afecta al papel que desempeñan los consejeros independientes, indicando que la independencia real de los mismos depende de quien los designe. El signo negativo observado en todos los casos para la variable *INDEP_CNDOM51* indica que la relación entre el nivel de manipulación y la proporción de miembros independientes en el Consejo se convierte en negativa cuando la empresa tiene un comité de nombramientos formado por mayoría de miembros dominicales. Por el contrario, como sugiere el signo positivo de la variable *INDEP_CNINDEP51* en el modelo 8, cuando el comité de nombramientos está compuesto por mayoría de independientes, la relación entre el nivel de manipulación y el porcentaje de miembros independientes en el Consejo es positiva y significativa. Este resultado es consistente con los resultados obtenidos para las variables *INDEP* e *INDEP51*. Por su parte, la variable *INDEP_CNEJEC51* no es significativa en ningún caso.

El hecho de que el nombramiento de los consejeros independientes por miembros también independientes no constituya un freno a las prácticas manipuladoras sugiere que estos consejeros tampoco son realmente independientes en el comité de nombramientos, para lo que pueden plantearse varias explicaciones alternativas, no necesariamente excluyentes: en primer lugar, que la incorporación de estos consejeros en el comité de nombramientos sea decisión de la propia gerencia y, en definitiva, no sean más que meros representantes de ésta; en segundo lugar, que, como señalan HERMALIN y WEISBACH (2003), el hecho de no dar problemas sea tan beneficioso en el mercado laboral como una reputación de experto independiente; y, en tercer lugar, que, a diferencia de lo que ocurre en los países de tradición anglosajona, ni las características del sistema de propiedad empresarial ni la regulación relacionada con la responsabilidad de estos consejeros en España han propiciado la creación de un mercado de expertos independientes amplio y competitivo que inviertan tiempo y esfuerzo en el desempeño de la labor que ser consejero independiente conlleva. En línea con este

último argumento, como se ha mencionado previamente, el propio Informe Olivencia exponía su preocupación ante lo que consideraba una mala interpretación de la figura del consejero independiente, haciendo más hincapié en la forma que en el fondo ²⁷.

Finalmente, respecto a las variables de control, de acuerdo con las predicciones, la variable *NAF_AF* tiene en todo caso un coeficiente estimado positivo y significativo. Este resultado es similar al obtenido en trabajos previos en el contexto anglosajón, sugiriendo que el hecho de que las empresas contraten con el auditor servicios de consultoría supone una reducción de la independencia de este último en el desempeño de su labor de auditoría y, en consecuencia, sea más permisivo ante las prácticas manipuladoras implementadas por la gerencia. Por otro lado, de forma consistente con lo esperado, la variable representativa del tamaño de la compañía (*LOG_VTAS*) está negativa y significativamente relacionada con el nivel de manipulación. Este resultado puede ser interpretado como indicativo de que las empresas de mayor tamaño manipulan en menor medida sus resultados, tanto al alza como a la baja, puesto que la probabilidad de que dichas prácticas sean descubiertas y tengan un impacto negativo en la imagen de la compañía y sus directivos es mayor que en empresas de menor dimensión, sujetas a un menor grado de escrutinio por parte de inversores y analistas.

TABLA 9. Resultados del análisis de regresión simple utilizando como medida de manipulación el valor absoluto de los ADD producidos por el modelo de JONES STANDARD de ajustes totales (N = 155).

VARIABLE	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3	Modelo 4	Modelo 5	Modelo 6	Modelo 7	Modelo 8	Modelo 9
Constante	0,083 (4,83)***	0,039 (2,30)**	0,078 (7,82)***	0,062 (6,50)***	0,070 (7,34)***	0,059 (5,80)***	0,073 (8,10)***	0,056 (6,00)***	0,069 (7,94)***
DOM	-0,033 (-0,90)	-	-	-	-	-	-	-	-
INDEP	-	0,084 (2,09)**	-	-	-	-	-	-	-
DOM51	-	-	-0,030 (-1,59)*	-	-	-	-	-	-
INDEP51	-	-	-	0,038 (1,84)**	-	-	-	-	-
CADOM51	-	-	-	-	-0,002 (-0,08)	-	-	-	-
CAINDEP51	-	-	-	-	-	0,034 (1,87)**	-	-	-
INDEP_CNDOM51	-	-	-	-	-	-	-0,099 (-1,22)	-	-
INDEP_CNINDEP51..	-	-	-	-	-	-	-	0,105 (3,09)***	-
INDEP_CNEJEC51 ...	-	-	-	-	-	-	-	-	0,039 (0,33)
R ²	0,53%	2,78%	1,63%	2,16%	0,00%	2,24%	0,96%	5,88%	0,07%

Nota:

*, ** y *** indican que el coeficiente de la variable correspondiente es significativo al 10%, 5% y 1%, respectivamente. La significatividad asociada a los coeficientes corresponde a tests de una cola.

²⁷ También resulta ilustrativo en este sentido lo señalado por RICART *et al.* (1999: 267) respecto a la imagen que en nuestro país se tiene de los componentes del Consejo de Administración de las compañías: *...son vistos como un grupo de gente privilegiada presente en muchos Consejos de Administración, que hacen y obtienen favores, reciben una compensación considerable, pero que no trabajan duro.*

TABLA 10. Resultados del análisis de regresión simple utilizando como medida de manipulación el valor absoluto de los ADD producidos por el modelo de JONES STANDARD de ajustes de corto plazo (N = 155).

VARIABLE	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3	Modelo 4	Modelo 5	Modelo 6	Modelo 7	Modelo 8	Modelo 9
Constante	0,097 (5,52)***	0,027 (1,54)	0,079 (7,81)***	0,056 (5,84)***	0,069 (7,08)***	0,057 (5,48)***	0,072 (7,65)***	0,051 (5,44)***	0,068 (7,62)***
DOM	-0,070 (-1,88)**	-	-	-	-	-	-	-	-
INDEP	-	0,115 (2,81)***	-	-	-	-	-	-	-
DOM51	-	-	-0,040 (-2,07)**	-	-	-	-	-	-
INDEP51	-	-	-	0,059 (2,81)***	-	-	-	-	-
CADOM51	-	-	-	-	-0,004 (-0,19)	-	-	-	-
CAINDEP51	-	-	-	-	-	0,036 (1,92)**	-	-	-
INDEP_CNDOM51	-	-	-	-	-	-	-0,076 (-0,91)	-	-
INDEP_CNINDEP51..	-	-	-	-	-	-	-	0,134 (3,90)***	-
INDEP_CNEJEC51 ...	-	-	-	-	-	-	-	-	0,021 (0,18)
R ²	2,26%	4,92%	2,74%	4,91%	0,02%	2,35%	0,54%	9,05%	0,02%

Nota:

*, ** y *** indican que el coeficiente de la variable correspondiente es significativo al 10%, 5% y 1%, respectivamente. La significatividad asociada a los coeficientes corresponde a tests de una cola.

TABLA 11. Resultados del análisis de regresión múltiple utilizando como medida de manipulación el valor absoluto de los ADD producidos por el modelo de JONES STANDARD de ajustes totales (N = 128).

VARIABLE	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3	Modelo 4	Modelo 5	Modelo 6	Modelo 7	Modelo 8	Modelo 9
Constante	0,217 (3,89)***	0,174 (3,56)***	0,205 (4,04)***	0,193 (3,92)***	0,187 (3,75)***	0,190 (3,86)***	0,189 (3,79)***	0,197 (4,13)***	0,186 (3,72)***
DOM	-0,051 (-1,20)	-	-	-	-	-	-	-	-
INDEP	-	0,128 (2,64)**	-	-	-	-	-	-	-
DOM51	-	-	-0,034 (-1,57)*	-	-	-	-	-	-
INDEP51	-	-	-	0,059 (2,16)**	-	-	-	-	-
CADOM51	-	-	-	-	0,012 (0,46)	-	-	-	-
CAINDEP51	-	-	-	-	-	0,041 (2,07)**	-	-	-
INDEP_CNDOM51	-	-	-	-	-	-	-0,083 (-0,96)	-	-
INDEP_CNINDEP51..	-	-	-	-	-	-	-	0,143 (3,60)***	-

VARIABLE	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3	Modelo 4	Modelo 5	Modelo 6	Modelo 7	Modelo 8	Modelo 9
INDEP_CNEJEC51 ...	–	–	–	–	–	–	–	–	0,016 (0,13)
NAF_AF	0,014 (1,61)*	0,014 (1,69)*	0,012 (1,46)**	0,015 (1,78)**	0,040 (1,64)*	0,014 (1,72)**	0,013 (1,56)*	0,013 (1,58)*	0,014 (1,62)*
LOG_VTAS	–0,012 (–2,66)***	–0,014 (–3,17)***	–0,012 (–2,69)***	–0,013 (–2,85)***	–0,011 (–2,52)***	–0,013 (–2,84)***	–0,011 (–2,46)**	–0,013 (–3,15)***	–0,011 (–2,48)**
R ²	6,99%	10,69%	7,69%	9,16%	6,13%	8,92%	6,62%	14,40%	5,99%

Nota:

*, ** y *** indican que el coeficiente de la variable correspondiente es significativo al 10%, 5% y 1%, respectivamente. La significatividad asociada a los coeficientes corresponde a tests de una cola.

TABLA 12. Resultados del análisis de regresión múltiple utilizando como medida de manipulación el valor absoluto de los ADD producidos por el modelo de JONES STANDARD de ajustes de corto plazo (N = 128).

VARIABLE	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3	Modelo 4	Modelo 5	Modelo 6	Modelo 7	Modelo 8	Modelo 9
Constante	0,249 (4,42)***	0,177 (3,60)***	0,218 (4,20)***	0,203 (4,10)***	0,194 (3,79)***	0,197 (3,90)***	0,195 (3,81)***	0,207 (4,33)***	0,194 (3,77)***
DOM	–0,094 (–2,19)**	–	–	–	–	–	–	–	–
INDEP	–	0,168 (3,43)***	–	–	–	–	–	–	–
DOM51	–	–	–0,045 (–2,01)**	–	–	–	–	–	–
INDEP51	–	–	–	0,074 (3,18)***	–	–	–	–	–
CADOM51	–	–	–	–	0,014 (0,55)	–	–	–	–
CAINDEP51	–	–	–	–	–	0,042 (2,06)**	–	–	–
INDEP_CNDOM51 ...	–	–	–	–	–	–	–0,065 (–0,74)	–	–
INDEP_CNINDEP51..	–	–	–	–	–	–	–	0,179 (4,52)***	–
INDEP_CNEJEC51 ...	–	–	–	–	–	–	–	–	–0,005 (–0,04)
NAF_AF	0,015 (1,78)**	0,016 (1,90)**	0,014 (1,59)*	0,017 (2,04)**	0,016 (1,81)**	0,016 (1,89)**	0,015 (1,74)**	0,014 (1,77)**	0,016 (1,80)**
LOG_VTAS	–0,013 (–2,95)***	–0,016 (–3,53)***	–0,013 (–2,86)***	–0,014 (–3,17)***	–0,012 (–2,64)***	–0,013 (2,95)***	–0,012 (–2,57)***	–0,014 (–3,47)***	–0,012 (–2,59)**
R ²	9,93%	14,29%	9,42%	13,30%	6,87%	9,57%	7,04%	19,18%	6,66%

Nota:

*, ** y *** indican que el coeficiente de la variable correspondiente es significativo al 10%, 5% y 1%, respectivamente. La significatividad asociada a los coeficientes corresponde a tests de una cola.

8. RESUMEN Y CONCLUSIONES

La información contable juega un papel fundamental en el diseño de determinados contratos que se establecen para controlar la actuación de la gerencia por parte de los propietarios de la empresa cuando gestión y propiedad se separan (WATTS y ZIMMERMAN, 1986). Con el fin de conseguir que los objetivos de la gerencia se alineen con los de los accionistas, en muchos de esos contratos se establecen cláusulas que supeditan la riqueza de la primera a la consecución de los objetivos de los segundos, expresados en función de variables contables como el beneficio. Sin embargo, el establecimiento de este tipo de cláusulas también da lugar a conductas oportunistas por parte de la gerencia, que puede manipular las cifras contables para alcanzar artificialmente los objetivos marcados en el contrato, aunque no se refleje la imagen fiel de la empresa. En este contexto, el buen gobierno corporativo proporciona mecanismos para controlar las prácticas manipuladoras, contribuyendo a mejorar la calidad y transparencia de la información financiera proporcionada por la empresa y, en definitiva, velando por los intereses de los accionistas, cuya implicación en tareas de supervisión y control de la gerencia disminuye conforme aumenta el grado de dispersión del capital.

Este trabajo presenta evidencia empírica sobre la relación entre el gobierno corporativo y las prácticas de manipulación contable en un conjunto de empresas españolas que voluntariamente presentaron a la CNMV, durante los ejercicios 1999, 2000 y 2001, información sobre el grado de implantación en sus organizaciones de las recomendaciones de buen gobierno incluidas en el Informe Olivencia, que tomó como modelo de referencia el Informe Cadbury del Reino Unido. El análisis se ha centrado en dos aspectos clave de la estructura de gobierno de la empresa: la composición cualitativa del Consejo de Administración; y la existencia y composición de comisiones delegadas del Consejo, en particular, los comités de auditoría y nombramientos. La evidencia aportada es especialmente relevante por cuanto que se refiere a un contexto europeo continental cuyas características difieren sustancialmente de las de los países anglosajones, fundamentalmente Estados Unidos y Reino Unido, donde la evidencia empírica ha puesto de manifiesto la efectividad de los mecanismos de buen gobierno mencionados para restringir las prácticas manipuladoras.

Algunos de los resultados obtenidos corroboran la evidencia previamente presentada en el contexto anglosajón. Así, la presencia de consejeros dominicales, representantes de grupos accionariales importantes, está negativa y significativamente relacionada con el nivel de manipulación, medido a través del valor absoluto de los ajustes por devengo discrecionales. Estos consejeros, cuya presencia en las compañías europeas es muy significativa, constituyen por tanto el mecanismo de control fundamental de las prácticas manipuladoras en España. También se observa que la ratio que relaciona la retribución al auditor externo por servicios de consultoría con la retribución por el servicio de auditoría está positivamente relacionada con el nivel de manipulación, lo que sugiere que el hecho de que las empresas contraten con el auditor servicios de consultoría supone una reducción de la independencia de este último en el desempeño de su labor de auditoría, lo que resulta en una mayor flexibilidad ante las prácticas manipuladoras. Sin embargo, a diferencia del contexto anglosajón, la relación encontrada entre el nivel de manipulación y la presencia de consejeros independientes es positiva y significativa, excepto cuando existe un comité de nombramientos formado por mayoría de miembros dominicales.

La evidencia presentada pone de manifiesto que el éxito de los mecanismos de buen gobierno en la restricción de las prácticas contables manipuladoras depende en gran medida del contexto en el que los mismos son implementados, apoyando los argumentos de quienes opinan que la mera importación del modelo anglosajón de gobierno corporativo, en el que la figura del consejero independiente es fundamental, no es adecuada en nuestro país, ni en otros de similares características. Como señala RECALDE (2003), las sociedades españolas tienen estructuras de gobierno sustancialmente distintas de las de las compañías norteamericanas, con importantes participaciones familiares e institucionales que ejercen por sí mismas un papel de control sobre la gerencia. Por otro lado, el propio Informe Aldama (2003) señalaba que las reservas que la figura del consejero independiente suscita entre inversores y expertos en el mercado español son fiel reflejo de la escasa experiencia real acumulada sobre este particular en el mundo de los negocios y en la sociedad en España. En efecto, en España ni la cultura empresarial ni la regulación existente han propiciado la creación de un mercado de expertos independientes abierto y competitivo que proporcione a las empresas personas con el perfil adecuado para desempeñar la labor que en el contexto anglosajón tiene atribuida la figura del consejero independiente. De hecho, en el tercer informe anual sobre las prácticas de gobierno corporativo de las principales compañías europeas realizado por la firma especializada Heidrick & Struggles en 2003, España aparece en el último lugar del *ranking* respecto al grado de información proporcionada sobre muchos aspectos relacionados con el Consejo de Administración. Como señala este mismo informe, en España la escasa transparencia sobre la remuneración de los consejeros, su *background* y la forma de selección de los mismos, hace difícil para los inversores evaluar los conflictos de intereses potenciales y la verdadera independencia y competencia de los mismos.

Como reflexión final, en cualquier caso, si se pretende que el modelo de gobierno corporativo que ha tenido éxito en otros países proporcione resultados similares, será necesario tomar medidas que hagan converger las características del entorno, no sólo en la forma sino también en el fondo. Para ello, como sugiere el informe de Heidrick & Struggles debe promoverse un cambio en la cultura empresarial que, entre otras cuestiones, traiga consigo una mayor difusión, transparencia y homogeneidad de la información presentada por las compañías sobre sus mecanismos de gobierno. Asimismo, algunas medidas que potencien la creación de un mercado de expertos realmente independientes incentivados a llevar a cabo su labor en representación de los intereses del pequeño accionista serán también deseables. Extensiones del análisis planteado a otros países ayudarían a identificar los factores del entorno que contribuyen al éxito de los mecanismos de gobierno corporativo como elementos de control de las prácticas manipuladoras.

BIBLIOGRAFÍA

- ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS, de 28 de febrero de 1997, Economía y Hacienda:
(<http://www.la-moncloa.es/web/asp/gob05.asp>).
- ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS, de 19 de julio de 2002, Economía y Hacienda:
(<http://www.la-moncloa.es/web/asp/gob05.asp>).

- AHMED, A.S., TAKEDA, C. y THOMAS, S. [1999]: «Bank loan loss provisions: a re-examination of capital management, earnings management and signalling effects», *Journal of Accounting and Economics*, vol. 28, núm. 1: 1-25.
- APELLÁNIZ, P. y LABRADOR, M. [1995]: «El impacto de la regulación contable en la manipulación del beneficio. Estudio empírico de los efectos del PGC de 1990», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. 24, núm. 82: 13-40.
- ASHBAUGH, H., LAFOND, R. y MAYHEW, B.W. [2003]: «Do nonaudit services compromise auditor independence? Further evidence», *The Accounting Review*, vol. 78, núm. 3: 611-639.
- AZOFRA, V., CASTRILLO, L. y M. DELGADO [2000]: «Detecting Earnings Management in a Spanish Context», *23rd Annual Congress of the European Accounting Association*, Munich, March 2000.
- BEAVER, W.H. y ENGEL, E.E. [1996]: «Discretionary behaviour with respect to allowances for loan losses and the behaviour of security prices», *Journal of Accounting and Economics*, vol. 22, núm. 1-3: 177-206.
- BASLEY, M.S. [1996]: «An empirical analysis of the relation between the board of directors and financial statement fraud», *The Accounting Review*, vol. 71, núm. 4: 443-465.
- BECK, P.J., FRECKA T.J., y SOLOMON, I. [1988]: «Model of the market for MAS and audit services: knowledge spillovers and audit-auditee bonding», *Journal of Accounting Literature*, vol. 7: 50-64.
- BENEISH, M.D. [1997]: «Detecting GAAP violation: implications for assessing earnings management among firms with extreme financial performance», *Journal of Accounting and Public Policy*, vol. 16, núm. 3: 271-309.
- BERLE, A.A., y MEANS, G.C. [1932]: *The modern corporation and private property*, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey.
- BYRD, J.W., y HICKMAN, K.A. [1992]: «Do outside directors monitor managers? Evidence from tender offer bids», *Journal of Financial Economics*, vol. 32, núm. 2: 195-221.
- CHUNG, H., y KALLAPUR, S. [2003]: «Client importance, non-audit services and abnormal accruals», *Working Paper*, Purdue University.
- COASE, R.H. [1937]: «The nature of the firm», *Económica*, vol. 4, (noviembre): 386-405.
- COMISIÓN ESPECIAL PARA EL ESTUDIO DE UN CÓDIGO ÉTICO DE LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES [1998]: «El gobierno de las sociedades cotizadas», *Informe Olivencia* (febrero), Madrid.
- COMISIÓN ESPECIAL PARA EL FOMENTO DE LA TRANSPARENCIA Y SEGURIDAD EN LOS MERCADOS Y EN LAS SOCIEDADES COTIZADAS [2003]: *Informe Aldama* (enero), Madrid.
- DEANGELO, L. [1981]: «Auditor size and audit quality», *Journal of Accounting and Economics*, vol. 3, núm. 3: 183-199.
- DECHOW, P.M., SLOAN, R.G. y SWEENEY, A.P. [1995]: «Detecting earnings management», *The Accounting Review*, vol. 70, núm. 2: 193-225.
- DECHOW, P.M., SLOAN, R.G. y SWEENEY, A.P. [1996]: «Causes and consequences of earnings manipulation: An analysis of firms subject to enforcement actions by the SEC», *Contemporary Accounting Review*, vol. 13, núm. 1: 1-36.
- DEFOND, M.L. y JIAMBALVO, J. [1991]: «Incidence and circumstances of accounting errors», *The Accounting Review*, vol. 66, núm. 3: 643-655.
- DEFOND, M.L. y JIAMBALVO, J. [1994]: «Debt covenant violation and manipulation of accruals: accounting choice in troubled companies», *Journal of Accounting and Economics*, vol. 18, núm. 2: 145-176.
- DEFOND, M.L. y SUBRAMANYAM, K.R. [1998]: «Auditor changes and discretionary accruals», *Journal of Accounting and Economics*, vol. 25, núm. 1: 35-68.
- DEFOND, M.L., RAGHUMANDAN, K. y SUBRAMANYAN K.R. [2002]: «Do non-audit service fees impair auditor independence? Evidence from going concern audit opinions», *Journal of Accounting Research*, vol. 40, núm. 4: 1.247-1.274.
- DYE, R.A. [1988]: «Earnings management in an overlapping generations model», *Journal of Accounting Research*, vol. 26, núm. 2: 195-235.

- ELLIOTT, J.A., y HANNA, J.D. [1996]: «Repeated accounting write-offs and the information content of earnings», *Journal of Accounting Research*, vol. 34, núm. 3 (supplement): 135-155.
- FAMA, E.F. [1980]: «Agency problems and the Theory of the Firm», *Journal of Political Economy*, vol. 88, núm. 2: 288-307.
- FAMA, E.F. y JENSEN, M.C. [1983]: «Separation of ownership and control», *Journal of Law and Economics*, vol. 26: 301-325.
- FRANCIS, J.R., MAYDEW, E.L. y SPARKS, H.C. [1999]: «The role of Big6 auditors in the credible reporting of accruals», *Auditing*, vol. 18, núm. 2: 17-34.
- FRANKEL, R.M., JOHNSON, M.F. y NELSON, K.K. [2002]: «The relation between auditors' fees for nonaudit services and earnings management», *The Accounting Review*, vol. 77 (Suplemento): 71-105.
- GARCÍA-BENAU, M.A., PUCHETA, M.C. y ZORIO, A. [2003]: «Los comités de auditoría, ¿Útiles y necesarios?», *Revista de Contabilidad*, vol. 6, núm. 11: 87-121.
- GAVER, J.J., GAVER, K. y AUSTIN, J. [1995]: «Additional evidence on bonus plans and income management», *Journal of Accounting and Economics*, vol. 19, núm. 1: 3-28.
- GIBBONS, R., y MURPHY, K.J. [1990]: «Relative performance evaluations for chief executive office». *Industrial & Labor Relations Review*, vol. 43, núm. 3: 30-51.
- GILL DE ALBORNOZ, B. e ILLUECA, M. [2004]: «Comparing abnormal accruals models: A non-parametric approach», *Applied Economics*, en prensa.
- GONZALO, J.A. [2003]: «Libro blanco para la reforma de la contabilidad en España y gobernanza empresarial», *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 7: 9-23.
- HEALY, J. [1985]: «The effect of bonus schemes on accounting decisions», *Journal of Accounting and Economics*, vol. 7, núm. 1-3: 85-107.
- HEALY, P.M. y WAHLEN, M.W. [1999]: «A review of the earnings management literature and its implications for standard setting», *Accounting Horizons*, vol. 13, núm. 4: 365-383.
- HEIDRICK & STRUGGLES [2003]: «Is your board fit for the global challenge?: Corporate governance in Europe», <http://www.heidrick.com>
- HERMALIN, B.E., y WEISBACH, M.S. [2003]: «Boards of directors as an endogenously determined institution: A survey of the economic literature», *Economic Policy Review*, vol. 9, núm. 1: 7-26.
- IRELAND, J.C. [2003]: «An empirical investigation of determinants of audit reports in the UK», *Journal of Business, Finance and Accounting*, vol. 30, núm. 7-8: 975-1.015.
- ILLUECA, M. [2004]: Ejercicio sobre «Contabilidad Creativa» presentado en el concurso oposición al cuerpo de Titulares de Universidad celebrado en la Universitat Jaume I el 18 de Febrero de 2004.
- JENSEN, M.C. y MECKLING, W.H. [1976]: «Theory of the firm: Managerial behaviour, agency costs and ownership structure», *Journal of Financial Economics*, vol. 3, núm. 4: 305-360.
- JENSEN, M.C. y MURPHY, K.J. [1990]: «Performance pay and top-management incentives», *Journal of Political Economy*, vol. 98, núm. 2: 225-264.
- JETER, D.C. y L. SHIVAKUMAR [1999]: «Cross-sectional estimation of abnormal accruals using quarterly and annual data: Effectiveness in detecting event-specific earnings management», *Journal of Accounting and Business Research*, vol. 29, núm. 4: 299-319.
- JONES, J. [1991]: «Earnings management during import relief investigations», *Journal of Accounting Research*, vol. 29, núm. 2: 193-228.
- KLEIN, A. [2002]: «Audit committee, board of director characteristics, and earnings management», *Journal of Accounting and Economics*, vol. 33, núm. 3: 375-400.
- LENNOX, C.S. [1999]: «Non-audit fees, disclosure and audit quality», *The European Accounting Review*, vol. 8, núm. 2: 239-252.
- LEY 26/2003 de 17 de julio, modificación de la Ley 24/1988, y del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (BOE n.º 171)

- LEY 44/2002 de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (BOE n.º 281).
- LEVITT, A. [2000]: «Testimony concerning: Commission's auditor independence proposal», Nueva York, EE.UU. (<http://www.sec.gov/news/testimony/ts152000.htm>).
- LIN, S., POPE, P.F. y YOUNG, S. [2003]: «Stock market reaction to the appointment of outside directors», *Journal of Business Finance and Accounting*, vol. 30, núm. 3-4: 351-382.
- MCNICHOLS, M.F. [2000]: «Research design issues in earnings management studies», *Journal of Accounting and Public Policy*, vol. 19, núm. 4-5: 313-345.
- MOEHRLE, S.R. [2002]: «Do firms use restructuring charge reversals to meet earnings targets?», *The Accounting Review*, vol. 77, núm. 2: 397-413.
- PEASNELL, K.V., POPE, P.F. y YOUNG, S. [2000a]: «Detecting earnings management using cross-sectional abnormal accruals models», *Accounting and Business Research*, vol. 30, núm. 4: 313-326.
- PEASNELL, K.V., POPE, P.F. y YOUNG, S. [2000b]: «Accrual management to meet earnings targets: UK evidence Pre- and Post- Cadbury», *British Accounting Review*, vol. 32, núm. 4: 415-445.
- PEASNELL, K.V., POPE, P.F. y YOUNG, S. [2001]: «Board monitoring and earnings management: Do outside directors influence abnormal accruals?», *Working Paper*, Lancaster University (LUMSWP2001/016).
- POVEDA, F. [2001]: «Cuestiones estadísticas sobre modelos y contrastes de ajustes por devengo anormales», *Working Paper* del Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas (IVIE), Serie EC. 2001-16.
- RECALDE, A. [2003]: «Los administradores de las sociedades anónimas en un entorno de Buen Gobierno», *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 7: 51-77.
- RICART, J.E., J.L. ÁLVAREZ y M.A. GALLO [1999]: «Governance mechanisms for effective leadership: The case of Spain», *Corporate Governance: An international journal*, vol. 7, núm. 3: 266-287.
- SAURINA, J. [1999]: «¿Existe Alisamiento de Beneficios en las Cajas de Ahorro Españolas?», *Moneda y Crédito*, núm. 209: 161-193.
- SCHIPPER, K. [1989]: «Commentary on Earnings Management», *Accounting Horizons*, vol. 3, núm. 4: 91-102.
- SHIVAKUMAR, L.L. [1996]: «Estimating abnormal accruals for detection of earnings management», *Working Paper* Vanderbilt University, marzo.
- SHLEIFER, A. y VISHNY, R.W. [1986]: «Large shareholders and corporate control», *Journal of Political Economy*, vol. 94, núm. 3: 461-488.
- SUBRAMANYAM, K.R. [1996]: «The pricing of discretionary accruals», *Journal of Accounting and Economics*, vol. 22, núm. 1-3: 249-281.
- TEOH, S.H., WELCH, I. y WONG, T.J. [1998a]: «Earnings management and the underperformance of seasoned equity offerings», *Journal of Financial Economics*, vol. 50, núm. 1: 63-99.
- TEOH, S.H., WELCH, I. y WONG, T.J. [1998b]: «Earnings management and the long term market performance of initial public offerings », *Journal of Finance*, vol. 53, núm. 6: 1935-1974.
- WARTFIELD, T.D., WILD, J.J. y WILD, K.L. [1995]: «Managerial ownership, accounting choices, and informativeness of earnings», *Journal of Accounting and Economics*, vol. 20, núm. 1: 61-91.
- WATTS, R.L. y ZIMMERMAN, J.L. [1986]: *Positive accounting theory*, Ed. Prentice Hall, New York.
- WATTS, R.L. y ZIMMERMAN, J.L. [1990]: «Positive accounting theory: A ten year perspective», *The Accounting Review*, vol. 65, núm. 1: 131-156.
- WEIL, GOTSHAL y MANGES [2002]: *Comparative study of Corporate Governance Codes relevant to the European Union and its member states*, European Comisión, Internal Market Directorate General.
- WEISBACH, M.S. [1988]: «Outside directors and CEO turnover», *Journal of Financial Economics*, vol. 20, núm. 1-2: 431-460.
- XIE, B., DAVIDSON III, W.N. y DADALT, P.J. [2003]: «Earnings management and corporate governance: the roles of the board and the audit committee», *Journal of Corporate Finance*, vol. 9, núm. 3: 295-316.
- YOUNG, S. [1999]: «Systematic measurement error in the estimation of discretionary accruals: An evaluation of alternative modeling procedures», *Journal of Business, Finance and Accounting*, vol. 26, núm. 7-8: 833-863.

M.^a ISABEL CANDELARIO MACÍAS*Profesora de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III**Profesora de la Escuela Europea de Negocios***LUISA RODRÍGUEZ GRILLO***Profesora de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III***Extracto:**

RESULTA inevitable que en cualquier economía, por sólida y desarrollada que se encuentre, surjan los casos de insolvencia, derivados de las leyes propias del mercado capitalista. Luego, del adecuado tratamiento de estos supuestos, dependerán, en gran medida, los costes económicos que estas situaciones acarreen.

En nuestro país ha entrado en vigor recientemente la Ley 22/2003, de 9 de julio, Ley de Concurso, como respuesta a un reclamo durante años proclamado por distintos sectores, no sólo los abogados sino también los economistas, dada la arcaicidad de la legislación existente y su inadaptación a los problemas que plantea la economía moderna.

Son muchas las cuestiones novedosas e interesantes que se pueden encontrar en la nueva Ley, pero en este estudio nos hemos centrado en un elemento de especial significación y trascendencia: la administración del concurso. Anticipemos aquí que la nueva Ley de Concurso ofrece un estatus jurídico a la administración concursal, concibiéndola como órgano independiente que colabora con el órgano jurisdiccional, lo que representa un paso de avance respecto a la legislación anterior en cuanto que ésta se limitaba a representar los intereses de los acreedores y del deudor. Hoy día podemos afirmar –y así lo examinamos y ponemos de manifiesto en este artículo– que la legislación concreta con gran rigor técnico las cuestiones relativas a los requisitos, estructura y funcionamiento de la administración concursal.

Sumario:

1. Introducción.
2. Breve referencia a la normativa existente con anterioridad a la nueva Ley.
3. La administración concursal en la nueva Ley de Concurso (Ley 22/2003).
 - 3.1. Cualidades que deben exigirse a los miembros del órgano de administración concursal. Su designación.
 - 3.2. La aceptación del cargo de administrador judicial.
 - 3.3. La recusación de los miembros de la administración concursal.
 - 3.4. Integrantes de la administración concursal.
 - 3.5. Incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones.
 - 3.6. Los auxiliares delegados.
 - 3.7. Forma en que funcionará la administración concursal.
 - 3.8. La retribución de los administradores.
 - 3.9. Funciones que desempeñan los administradores.
 - 3.10. El informe de la administración.
 - 3.11. El inventario de la masa activa.
 - 3.12. La masa pasiva y los créditos concursales.
 - 3.13. Plan de continuación.
 - 3.14. Plan de liquidación.
 - 3.15. Responsabilidad de los administradores concursales.
4. Conclusiones generales.

Anexos: la administración concursal y el concurso.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Para la economía de un país, el desarrollo empresarial tanto de las pequeñas y medianas empresas como de las grandes empresas y los grupos empresariales constituye un elemento de base para su auge sostenido. La existencia de empresas sanas proporciona aumento de puestos de trabajo estable, recursos financieros seguros, aumento del comercio interior y exterior, entre otras consecuencias.

Sin embargo, resulta inevitable que en cualquier economía, por sólida y desarrollada que se encuentre, surjan los casos de insolvencia, derivados de las leyes propias del mercado capitalista. Luego del adecuado tratamiento de estos supuestos, dependerá, en gran medida, los costes económicos que estas situaciones acarreen.

En el tráfico mercantil, la desaparición de una empresa es un fenómeno natural, cuyas consecuencias corresponde atenuar al Derecho; cuestión compleja ya que se trata de satisfacer a los acreedores, salvaguardar la empresa— siempre que ello sea viable— y mantener los puestos de trabajo ¹.

Para el deudor que solicita la apertura del procedimiento supone, por un lado, la posibilidad de detener las ejecuciones individuales y disponer de una regulación legal que le permitirá ir tomando las medidas necesarias, tanto para la continuación de la actividad empresarial como para la liquidación de la empresa; a esto último habrá que añadir los gastos que conllevan los costes judiciales y los honorarios que deben pagarse a las personas que intervienen en la administración concursal, expertos independientes, etc. ².

Según CANTERA SOJO, J.M. ³, el coste económico del concurso comprende dos aspectos, uno de ellos es «el coste de la solicitud y tramitación del procedimiento, en general alto y más para la situación actual de insolvencia de la empresa», y el otro «el coste adicional que para sus compras y

¹ CANDELARIO MACÍAS, M.I y RODRÍGUEZ GRILLO, L. *La Empresa en Crisis. Derecho Actual*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1998, pág. 33.

² En 1987, cuando se anunció la quiebra de TEXACO, las acciones perdieron más de 1,500 millones de dólares en pocos días. <http://www.cema.edu>

³ CANTERA SOJO, J.M. «Reconducción de Empresas en Crisis», en *Crisis Económica y Derecho Concursal, II Jornadas de Estudio de las Crisis Empresariales y su Tratamiento Jurídico y Procesal desde el punto de vista de la Eficacia Económica*, Consejo General de Colegios de Economistas de España. Ediciones Gráficas Ortega, Madrid 1989.

financiación externa va a tener la reacción negativa de los acreedores». Señala además que la solicitud del concurso, al «hacer pública la crisis de la empresa, con la consiguiente pérdida de imagen frente a sus trabajadores y al mercado», determina consecuencias serias a corto plazo por el «serio revés a sus ingresos por la vía de la productividad y de las ventas y a sus cobros» ⁴.

Para los acreedores, representa la posibilidad de cobrar sus créditos, aun cuando tengan que ser objeto de quitas o esperas o, peor aún, en algunos casos no cobrarlos. Por su parte, para los trabajadores, la quiebra significa desempleo.

En nuestro país se ha promulgado recientemente la Ley 22/2003, de 9 de julio, Ley de Concurso, como respuesta a un reclamo durante años proclamado por distintos sectores, no sólo los abogados sino también los economistas, dada la arcaicidad de la legislación existente y su inadaptación a los problemas que plantea la economía moderna.

Son muchas las cuestiones novedosas e interesantes que se pueden encontrar en la nueva Ley, pero hemos de centrar el estudio en un elemento de especial significación y trascendencia: la administración del concurso.

2. BREVE REFERENCIA A LA NORMATIVA EXISTENTE CON ANTERIORIDAD A LA NUEVA LEY

La principal característica de esta normativa era no sólo su obsolescencia sino también su dispersión. Así, nos encontramos con el siguiente panorama:

El Código de Comercio regulaba en sus artículos 870 a 873 lo relativo a la suspensión de pagos, remitiendo a la Ley especial la tramitación del expediente de suspensión de pagos. Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922, que concibe la suspensión de pagos como un procedimiento encaminado a alcanzar un convenio entre el deudor y sus acreedores a fin de evitar la quiebra. La administración en la suspensión de pagos correspondía a los interventores. Esta Ley regula el nombramiento de éstos así como sus atribuciones, intervención en las actividades del suspenso, la forma de retribución, la elaboración del dictamen y la lista de acreedores, los asuntos relativos a la Junta de acreedores y el Convenio, entre otras.

Por su parte, las disposiciones generales sobre la quiebra se encontraban recogidas en los artículos 874 a 929 del Código de Comercio de 1885. La administración de los bienes que integran la masa era ejercida por los síndicos.

⁴ Véase MAIRATA LAVIÑA, J «Los efectos patrimoniales del concurso», *Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español* (7 a 11 octubre 2002) Documento n.º 5 del Registro de Economistas Forenses del Consejo General de Colegios de Economistas de España, Madrid, 2002. Plantea que el concurso representa una situación económica anormal que provoca desconfianza y falta de crédito en el deudor.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 7 de enero de 2000, vigente en la actualidad, se abordan distintas situaciones en las que puede constituirse la administración judicial, tales como ⁵: el embargo de alguna empresa o grupos de empresa así como participaciones o acciones que representen la mayoría del capital social; para la garantía del embargo de frutos y rentas, en los casos previstos en la propia Ley; para pagos del principal, intereses y costas de ejecución; para la administración de finca y bienes hipotecados; administración del caudal hereditario; liquidación del régimen económico matrimonial.

Como se puede advertir, la administración judicial en España viene íntimamente vinculada al embargo de bienes ⁶ como institutos que canalizan la ejecución dineraria o «afección de bienes para la razonable garantía de la satisfacción del ejecutante» ⁷. Un elemento importante contenido en la LEC es la introducción de la administración judicial en el caso de grandes empresas al incluir al grupo, si bien sólo en línea de carácter programático, puesto que no existe un desarrollo posterior de cómo debiera hacerse la administración judicial de un grupo de empresas en el caso de insolvencia de una de ellas. A lo sumo, en el artículo 631 se establece el modo de actuar en caso de administración judicial desde una vertiente procedimental ⁸.

De las disposiciones de la LEC puede observarse la intención del legislador de querer adoptar un acuerdo entre las partes afectadas por la administración judicial en orden a la designación de un administrador, que sea acorde a las circunstancias concretas que la empresa en cuestión presenta. Aunque la no adopción de un acuerdo no será obstáculo para que el juez designe por providencia la existencia de un administrador que, en todo caso, deberá ser inscrito en los Registros públicos pertinentes.

En otro orden de cosas, encontramos que el artículo 632 determina el contenido del cargo de administrador, que viene a traducirse en los mismos derechos, obligaciones, facultades y responsabilidades que tuviese el administrador ordinario sustituido según ordena el precepto referenciado ⁹.

⁵ GÓMEZ MARTÍN, F. *La Administración Concursal*. Estudios de Deusto, Vol. 50772, julio-diciembre 2002.

⁶ *Vid.*, en relación a la anterior LEC: CACHÓN CADENAS, Manuel-Jesús. *El Embargo*. Barcelona: Bosch, 1991. Págs. 505 a 666.

⁷ *Vid.*, la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero.

⁸ Dispone el artículo 631.1 «se citará de comparecencia a las partes y, en su caso, a los administradores de las sociedades, cuando éstas no sean la parte ejecutada, así como a los socios o partícipes cuyas acciones o participaciones no se hayan embargado, a fin de que lleguen a un acuerdo o efectúen las alegaciones y pruebas oportunas sobre el nombramiento de administrador, persona que debe desempeñar tal cargo... En los extremos en que no exista acuerdo o medie oposición de alguna de las partes el tribunal resolverá, mediante providencia, lo que estime procedente sobre la administración judicial. 2. Si el tribunal acuerda la administración judicial de una empresa o grupo de ellas, deberá nombrar un interventor designado por el titular o titulares de la empresa o empresas embargadas...3. El nombramiento de administrador judicial será inscrito, cuando proceda, en el Registro Mercantil. También se anotará la administración judicial en el Registro de la Propiedad cuando afectare a bienes inmuebles».

⁹ En efecto: «cuando no se disponga otra cosa, los derechos, obligaciones, facultades y responsabilidades del administrador judicial serán los que correspondan con carácter ordinario a los sustituidos, pero necesitará autorización judicial para enajenar o gravar participaciones en la empresa o de ésta en otras, bienes inmuebles o cualesquiera otros que por su naturaleza o importancia el órgano judicial hubiere expresamente señalado».

Como puede observarse, el contenido dado a las funciones y límites del administrador ¹⁰ son generales y habrá que estar –o mejor aún– remitirse a la normativa oportuna en cuestión de administración ordinaria de la empresa afectada por la medida de la administración judicial. Todo ello contrasta –por lo general y escueto frente a lo específico y detallista– con lo reglamentado en otros países de la Unión Europea en materia de administración judicial en orden a las funciones y alcance que posee ésta ¹¹.

En este sentido, nótese lo que precisa la LEC en el artículo 633 en cuanto a la forma de actuación del administrador ¹²: «1. Acordada la administración judicial dando posesión al designado, requiriendo al ejecutado para que cese en la administración que hasta entonces llevara. 2. Las discrepancias que surjan sobre los actos del administrador serán resueltas por el tribunal, mediante providencia, tras oír a los afectados y sin perjuicio del derecho de oponerse a la cuenta final que habrá de rendir el administrador. 3. De la cuenta final justificada que presente el administrador se dará vista a las partes y a los interventores, quienes podrán impugnarla... De mediar oposición se resolverá tras citar a los interesados de comparecencia. El auto que se dicte será recurrible en apelación».

¹⁰ Véase, LLADO LEÓN. *Administrador Judicial*. 2.ª edic., 1999.

¹¹ En el Derecho inglés el administrador actúa en *the Administration Order* con su propio *status*, que es el de ser un agente de la empresa, aunque no está vinculado bajo ningún contrato específico (sec. 14 *the Insolvency Act* 1986). La importancia que adquiere el administrador o *insolvency practitioner* en estos procedimientos es relevante al tener que intentar salvaguardar y continuar con los negocios bajo el fenómeno que se ha denominado «rescue culture». Este planteamiento se recoge en la sentencia [1995]2 All ER 65, [1995]WLR 312 que viene a variar la línea de actuación del caso *Paramount Airways* en materia de responsabilidad del administrador, puesto que en la necesidad de continuar con la actividad de la empresa por parte de éste se llegó a los extremos de tener que cubrir con su propio sueldo los gastos derivados, al ser los recursos de la empresa insuficientes para realizar el pago a los trabajadores. Con todo, esta responsabilidad ha sido modificada por la *Insolvency Act* 1994, por lo que se refiere al pago de las sumas correspondientes a los salarios o pensiones de los trabajadores. *Vid.*, BOYLE & BIRDS. *Company Law*. 3.ª edic. London: Jordans, 1995, pág. 590 y ss. También, el administrador tiene una serie de gastos durante la administración. *Cfr.*, CHARLESWORTH & MORSE. *Company Law*. 15.ª edic. London: Sweet & Maxwell, 1995, pág. 706. Desde un punto de vista jurisprudencial, se contienen dichas responsabilidades en *Powdrill v. Watson, Re Paramount Airways Ltd* (N.º 3) [1994] BCC 172, 182, CA. En fin, el administrador dirige los negocios y administra todos los derechos de la empresa bajo la vigilancia del Tribunal. Sobre el particular, GOODE. *Principles of Corporate Insolvency Law*. London: Sweet and Maxwell, CCLS, 1990. Chapter VII; PRETINCE, ODITAH & SEGAL. «Administration: part II of the Insolvency Act 1986». En ZIEGEL. *International and Comparative Corporate Insolvency Law. Chapter 5*; SLORACH, S. & ELLIS, J. *Business Law 1995/1996*. London: Blackstone Press Limited, 1995, pág. 224. En lo que hace al Derecho alemán, el artículo 61 de la InsO dispone que «el administrador está obligado a indemnizar por daños y perjuicios al acreedor de la masa si la obligación, fundada en la actividad del mismo, no puede cumplirse íntegramente. Ello no vale cuando el administrador, al autorizar la obligación, no pudiera conocer que probablemente la masa no sería suficiente para su satisfacción». Conviene hacer notar que, en los términos de un primer proyecto, la responsabilidad de los administradores del procedimiento de insolvencia tenían limitaciones importantes. El nuevo régimen de insolvencia, a diferencia de la *Konkursordnung* prevé que es posible renunciar al nombramiento de administrador del procedimiento. En este caso, el deudor posee el derecho de disponer de su patrimonio, aunque sometido a la supervisión de un «administrador de bienes» (*Sachverwalter*) (art. 270 a 285, InsO). Con todo, el juez no renunciará a nombrar un administrador de la insolvencia, al final si los acreedores no llegan a un acuerdo respecto al nombramiento de aquél, el juez designa, de manera definitiva, al administrador u otra persona que cumpla dichas funciones. En fin, el administrador deberá actuar conforme a la fianza depositada por los acreedores hacia su persona. Como establece HENCKEL, Wolfram. *Deregulierung im Insolvenzverfahren?* KTS, 1992, pág. 487 dice que el administrador puede forzar la continuidad de los contratos de trabajo e incurrir en gastos derivados de la administración del patrimonio y opinar igualmente sobre la pertinencia de liquidar o no la empresa. También, KAMLAH, Klaus. «The new German Insolvency Act: Insolvenzordnung». Vol. 70. N.º 4. *The Amer. Bankr. Law Jour.*, 1996, pág. 428.

¹² CÁMARA RUIZ, J. «La retribución de los depositarios, administradores, interventores judiciales y responsables de bienes o derechos (en el borrador de Anteproyecto de la LEC)». En *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, 7 a 10 octubre, 1997, págs. 305 y ss.

Luego, la designación del administrador judicial es inmediata; las discrepancias vienen a ser resueltas por el tribunal vía providencia *a posteriori* de la audiencia entre las partes afectadas y, por último, el administrador debe rendir cuentas de su actuación al tribunal.

En definitiva, teóricamente el esquema trazado resulta demasiado sencillo y perfecto, no obstante, la práctica dará el verdadero alcance de la «cortedad de miras» con la cual es concebida la nueva administración judicial en España en la Ley 1/2000, que sí presenta como «mérito» el haber concentrado en unos pocos mandatos la filosofía y la reglamentación ¹³—dispersa en los arts. 1.010, 1.447, 1.450 de la vieja Ley de 1881 y Decreto-Ley de 20 octubre de 1969 ¹⁴—, en torno a la administración judicial tanto de embargo de frutos y rentas como de un establecimiento mercantil o industrial cuando lo embargado sea una empresa, grupo de empresas o participaciones/ acciones que representen la mayoría de capital de la empresa embargada.

3. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LA NUEVA LEY DE CONCURSO (LEY 22/2003)

En esta Ley, lo primero que encontramos es una nueva configuración de la administración del concurso.

Existe una diferencia respecto a la legislación anterior en lo relativo a la terminología del órgano de administración: los síndicos en el proceso de quiebra y los interventores en el de suspensión de pagos son sustituidos por los administradores concursales. También desaparecen el comisario y el depositario, colaboradores judiciales en los procedimientos de quiebra.

Según el profesor ÁNGEL ROJO ¹⁵, al exponer sus ideas sobre el Proyecto de Ley concursal, una de las cuestiones que criticaba era precisamente la terminología utilizada «administradores judiciales», y fundamentaba esta discrepancia en los siguientes aspectos: a) «... los lla-

¹³ Para mayor información sobre la anterior normativa sobre administración judicial véase, FENECH NAVARRO, M.ª «La Administración de bienes en el proceso». Discurso de ingreso del Académico de número, 1974. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª. *Derecho Procesal Práctico*. T.IV. Capítulo XII. Madrid, 1995, págs. 359 y 360.

¹⁴ BOE n.º 252, 21 de octubre, 1965. En efecto, la Ley 18/1969 de 20 de octubre sobre administración judicial en caso de embargo de empresas señala en su Exposición de Motivos que esta norma clarifica su génesis y se enmarca en el contexto de la evolución del pensamiento jurídico que se inclina por la conservación de la empresa y por la reforma de nuestras leyes concursales. Comenta la misma, entre otros, VERGEZ SÁNCHEZ, M., «La Administración judicial». *Ibidem*, pág. 301 y ss. GARCÍA VILLAVARDE, R. «Notas sobre la Reforma del régimen jurídico de la crisis de las empresas bancarrotas». N.º 18. *Papeles de Economía Española*, 1984, pág. 141, «esta Ley está prevista para los casos de embargo de empresas o grupos de empresas, acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las mismas o adscritos a su explotación y se decide por el juez de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, atendidas las circunstancias en que puedan encontrarse los titulares de los bienes embargados y la naturaleza de éstos cuando estime su conveniencia en salvaguarda del interés general. El juez podrá decretar que continúe la administración existente, bajo el control de uno o varios interventores, o sustituirla nombrando otros administradores cuya gestión también será intervenida, esta vez por representantes de diversos grupos de intereses que se especifican por la norma».

¹⁵ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. «La Reforma del Derecho Concursal Español», *Il Fallimento* N.º 9/2003, pág. 966.

mados administradores judiciales sólo administran en caso de que el deudor, la persona natural o los administradores de la persona jurídica deudora hayan sido suspendidos en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio»...y la segunda ... «estriba en el hecho de que las personas que entren en relación con esos administradores judiciales no pueden conocer, por el simple nombre de éstos, si han sustituido al deudor al frente del patrimonio o si, por el contrario, se limitan a completar la capacidad de dicho deudor común» y a tal respecto proponía «sustituir esa terminología, de modo tal que esos administradores judiciales pasen a ser designados por la Ley como interventores o síndicos, según que exista intervención o suspensión».

Esta recomendación no fue tomada en cuenta por el legislador al redactar la nueva Ley de Concurso, interpretamos que al unificar en un mismo texto legal los antiguos procesos de suspensión de pagos y de quiebra, en correspondencia con esto, el legislador ha estimado conveniente unificar la denominación de la administración.

Con independencia de la denominación adoptada, coincidimos con la doctrina mayoritaria, que los administradores del concurso al igual que los interventores de las suspensiones de pagos son auxiliares del juez y su naturaleza es análoga a la de los peritos judiciales, aunque con facultades legales más amplias.

Como podrá comprobarse más adelante, los administradores concursales actúan por delegación del juez que es quien los designa y les atribuye tanto facultades de asesoría como también fiscalizadoras, respecto al concursado ¹⁶.

3.1. Cualidades que deben exigirse a los miembros del órgano de administración concursal. Su designación.

Hacemos nuestro el criterio, aplicándolo a los administradores del concurso, de que en un interventor «ideal» deben concurrir las siguientes cualidades: «honorabilidad, profesionalidad y disponibilidad para el juzgado». Esto significa que debe tenerse en cuenta un criterio ético, el de la honorabilidad, que se materializa en cualidades tales como la honradez, la respetabilidad, la conducta digna y correcta; también, y como cuestión fundamental, la formación adecuada para desempeñar el cargo y, por último, un criterio pragmático, como es la posibilidad de poder cumplir con la misión que se le encomiende en el momento en que se le solicite.

¹⁶ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Navarra que confirma el carácter de auxiliares del Juez de los administradores del concurso.

La Ley, al regular este aspecto, sigue el criterio tradicional de la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal que de manera general se utiliza en el Derecho societario y que, entendido en su sentido más amplio, abarca las dos primeras cualidades antes descritas.

3.2. La aceptación del cargo de administrador judicial.

Está regulada en el artículo 29 de la Ley que establece que al administrador concursal se le comunicará su designación por el medio más rápido posible, lo cual significa el uso de las más modernas técnicas de comunicación. Asimismo se establece un plazo de sólo cinco días para que el designado se presente en el juzgado para manifestar si acepta o no el cargo. De no comparecer, el juez deberá designar de forma inmediata a otra persona que reúna las cualidades establecidas. Una vez aceptado el cargo, el designado sólo podrá renunciar por causa grave.

Como se puede advertir en este punto, la Ley refleja la agilidad y celeridad que se quiere alcanzar en estos procesos.

En los casos en que resulte designada una persona jurídica debe, al aceptar el nombramiento, dar a conocer la identidad de la persona física que ocupará el cargo. Como característica de la aceptación, se dispone que tanto el abogado, el auditor, el economista o el titulado mercantil al aceptar el cargo deben señalar un despacho u oficina para el ejercicio de su cargo, en una localidad dentro del ámbito de competencia territorial del juzgado.

Esta disposición, a la vez que garantiza que los designados se encuentren cerca del juzgado en el que se desarrollará el proceso, es lo suficientemente flexible como para no limitarlo a la localidad donde se encuentre ubicado el juzgado.

3.3. La recusación de los miembros de la administración concursal.

Prevé la Ley que cualquier persona que esté legitimada para solicitar la declaración del concurso (deudor y cualquier acreedor) puede recusar a los administradores concursales.

Las causas que pueden dar lugar a la recusación son las siguientes: las constitutivas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición para ocupar el cargo, a la que nos referiremos en breve, así como las establecidas en la LEC para la recusación de peritos.

En aras de una mayor agilidad del procedimiento, se establece que la recusación deberá promoverse tan pronto como el recusante conozca la causa en la que se funde, es decir, que no establece plazo alguno desde que se conoce la posible causa de recusación hasta que se promueve el proceso.

Otro elemento que nos habla a favor de la agilidad del proceso es el hecho de que la recusación no producirá efectos suspensivos y se sustanciará por las causas del incidente concursal ¹⁷, que no suspende el procedimiento en curso. Además se afirma que el recusado seguirá actuando como administrador concursal, sin que la resolución que recaiga afecte a la validez de las actuaciones.

Respecto a lo anterior consideramos que la gestión realizada por el administrador que ha sido objeto de recusación resulta válida hasta el momento en que se produjera una resolución favorable a la recusación.

3.4. Integrantes de la administración concursal.

Será el juez quien los designará y su composición será la siguiente ¹⁸:

- un abogado de experiencia profesional de al menos 5 años;
- un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, con una experiencia profesional de al menos 5 años; y
- un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general, que no esté garantizado (arts. 26 y 27).

En relación con la presencia de un abogado consideramos que, en la experiencia profesional exigida, debe hacerse especial referencia a la materia mercantil en general y en particular a la concursal, lo que no excluye los conocimientos en otras materias como Derecho del Trabajo, Derecho civil, sustantivo y procesal así como el Derecho administrativo.

Hay autores que manifiestan criterios contrarios a la presencia del abogado en el órgano de administración del concurso, los cuales se basan, fundamentalmente, en el hecho de que los asuntos que se presentan y deben ser resueltos tienen un marcado carácter económico y que las cuestiones de índole jurídica deben ser resueltas por el juez del concurso ¹⁹ y, en los casos en que los administradores requieran ayuda legal deben dirigirse a abogados especializados en la materia correspon-

¹⁷ El incidente concursal se encuentra regulado en los artículos 192 y siguientes de la Ley, donde se establece que todas aquellas cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal. De ello se infiere que esta vía puede ser utilizada para resolver cualquier cuestión surgida en cualquiera de las secciones del proceso. Asimismo se empleará en las acciones ejercitadas ante el juez y las acciones contra el patrimonio del deudor.

¹⁸ GÓMEZ MARTÍN, F. *Op. cit.*, plantea que «idéntica unanimidad doctrinal se encuentra en que deben ser personas de la exclusiva confianza del juez que los designa, pues ése es el espíritu de la Ley, precisamente como consecuencia de la colaboración profesional para la que son llamados».

¹⁹ GÓMEZ MARTÍN F. *Op. cit.* pág.389.

diente. Algunos, atendiendo a su experiencia ²⁰, plantean que los órganos judiciales han aceptado y reconocido durante años la actuación de los auditores de cuentas y que el interventor abogado ha sido una figura que no ha funcionado a lo largo de los años. Otros mantienen la misma posición pero por otros motivos tales como el hecho de que a éste se atribuyen «facultades para-judiciales» que se consideran de menor importancia y que no lo son.

Nuestra posición al respecto es que la inclusión de un abogado en la administración concursal resulta beneficiosa ya que, independientemente de que el concurso tiene como base un hecho de carácter económico, al mismo tiempo es un proceso judicial en el cual son necesarios los conocimientos jurídicos para contribuir a garantizar la buena marcha del mismo. Hoy día existen licenciaturas de Estudios Conjuntos de Derecho y de Economía cuyos titulados poseen una magnífica formación para ocupar este cargo.

Recuérdese además que en la Propuesta de Ley Concursal presentada por ROJO FERNÁNDEZ-RÍO ²¹ se preveía en el artículo 29 la presencia entre los síndicos e interventores de un «letrado en ejercicio de reconocida cualificación, que sea Doctor en Derecho o que haya ejercido, al menos, durante quince años ininterrumpidos».

En cuanto al auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, lo primero que se plantea es que se trata de figuras alternativas, cuyas cualidades específicas no se encuentran precisadas en la Ley. El nombramiento de los auditores de cuentas está previsto en la Ley 19/1988, Ley de Auditoría de Cuentas ²² (LAC) que en su disposición adicional cuarta dispone que los peritos mercantiles serán sustituidos por los auditores de cuentas ²³. Asimismo, esta Ley en su artículo 8 regula de forma estricta las incompatibilidades a que están sometidos éstos.

Podrán ser nombradas como administradores concursales las firmas de auditoría de cuentas, tomando como fundamento lo previsto en su artículo 6.1 que dispone la facultad que tienen estas entidades para realizar auditorías a las personas físicas o jurídicas que se encuentren inscritas en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas. En este caso, dichas firmas deberán designar la persona física que actuará como su representante.

Con relación a este punto resulta oportuno recordar que el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por Resolución de 27 de julio de 1992, puso en vigor la Norma de Auditoría sobre la Aplicación del Principio de Empresa en Funcionamiento y aplicable a la primera parte del proceso que culmina con el convenio. En su apartado 5.º dispone esta Resolución lo siguiente:

²⁰ LORA LARA, B. «La Propuesta de Anteproyecto de la Ley Concursal: un comentario de urgencia». *Partida Doble*, n.º 68, junio de 1996.

²¹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. «Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal». *Materiales para la Reforma de la Legislación Concursal*. Boletín n.º 1.768 de 15 de febrero de 1996.

²² Ley 44/2002 de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

²³ Véase artículo 4 de la Ley de Suspensión de Pagos.

«La opinión técnica del auditor de cuentas tiene como objetivo otorgar mayor grado de fiabilidad a las cuentas anuales, no constituyendo de ninguna forma una garantía sobre la viabilidad futura de la entidad. No obstante, el auditor de cuentas debe prestar atención a aquellas situaciones o circunstancias que le puedan hacer dudar sobre la continuidad de la actividad normal de la entidad para decidir si las mismas han de influir en su opinión.»

En relación con los economistas y titulados mercantiles, si estudiamos el Real Decreto 871/1977, de 26 de abril, sobre el Estatuto Profesional de los economistas encontramos que las funciones que están capacitados para ejercitar se corresponde con los conocimientos necesarios para participar en la administración concursal, basta con señalar algunas de ellas para corroborar esta afirmación ²⁴.

Resulta importante lo establecido en el artículo 6, que hace referencia a su actuación «como colaboradores auxiliares de la Administración de Justicia y a los efectos de las Leyes Procesales y sin menoscabo de la libertad que las mismas confieren a las Autoridades Judiciales o a las partes, podrá requerirse la condición de Economista colegiado cuando haya que designar peritos que deban dictaminar sobre materias económicas, financieras, administrativas o contables de las empresas, así como para la administración o intervención judicial de las mismas.»

En el capítulo IV, Título III, se aborda la competencia profesional de los Profesores Mercantiles y de su lectura apreciamos, igualmente, que se trata de profesionales que poseen la formación exigida para formar parte de la administración concursal, en tanto que «conocerán de las funciones profesionales establecidas para el Contador y Administrador en la Clasificación Internacional Uniforme de ocupaciones de la Oficina Internacional del Trabajo» y también están facultados para realizar una serie de funciones muy similares a los Auditores de Cuentas ²⁵ una de las cuales es específicamen-

²⁴ Capítulo III: «Funciones en relación a la economía de la empresa», artículo 4, se establecen entre otras funciones las siguientes: emisión de informes técnico-contables en relación con la situación de la empresa; intervención en suspensiones de pagos, quiebras y liquidación de averías, en cuanto se considere necesaria la presencia de un técnico económico, financiero o administrativo para el mejor esclarecimiento de esta clase de estados; estudio y asesoramiento en problemas financieros, comerciales y de contabilidad; valoración de empresas y colaboración en el planteamiento y asesoramiento de los presupuestos económico-financieros; estudio sobre alternativas estructurales de la empresa, sus políticas, planes y programas, decisiones; mejora de métodos y aplicación de sistemas de incentivos de productividad; dirigir la contabilidad y la administración y el asesoramiento en materia contable; emisión de informes técnico-contables en relación con la situación de la empresa; intervención en suspensiones de pagos y quiebras ...en cuanto se considere necesaria la presencia de un técnico económico, financiero o administrativo; elaboración de estudios o documentos de carácter económico, financiero o contable relativo a la empresa que pueda surtir efecto en cualquier Organismo de la Administración Central, Local o Paraestatal y de otros Entes territoriales, así como en cualquier organismo jurisdiccional; informar sobre la situación económica, financiera, comercial, contable o administrativa de las empresas.

²⁵ Ejemplo de estas funciones son, entre otras, la planificación y dirección de la organización contable; análisis y determinación contable de costes; Certificación, con o sin interpretación, de balances, asientos, cuentas, saldos, estados financieros, cuadros de rendimientos y documentación contable, salvo las funciones que, en su caso, se encuentren atribuidas a los miembros del Instituto de Censores Jurados de Cuentas; intervención en la formación de los inventarios y balances que sirvan de base para la transferencia o para la constitución, transformación, fusión, absorción, disolución y liquida-

te «la Intervención en suspensión de pagos, quiebras y liquidación de averías, en cuanto se considere necesaria la presencia de un técnico económico, financiero o administrativo para el mejor esclarecimiento de esta clase de estados».

Por su parte, el artículo 9 dispone: «Como colaboradores auxiliares de la Administración de Justicia y a los efectos de las Leyes Procesales y sin menoscabo de la libertad que las mismas confieren a las Autoridades Judiciales o a las partes, podrá requerirse la condición de Profesor Mercantil colegiado cuando haya que designar peritos que deban dictaminar sobre materias económicas, financieras, administrativas o contables de las empresas, así como para la administración o intervención judicial de las mismas o de participaciones en ellas, cualquiera que sea su naturaleza, el desempeño de los cargos de Interventores en la suspensión de pagos...».

Formará parte de la administración un acreedor que reúna las siguientes condiciones: debe ser un acreedor ordinario o con privilegio general, cuyo crédito no esté garantizado, además de los requisitos exigidos al resto de los miembros de la administración concursal. Así, el artículo 27 de la Ley 22/2003 dispone las condiciones subjetivas para el nombramiento de los administradores, cuando el acreedor sea una persona jurídica, podrá designar a un profesional que reúna las condiciones previstas para el auditor de cuentas, economista o titulado mercantil.

En aquellos casos en que el acreedor sea una persona jurídica, podrá designar a un profesional que reúna las condiciones previstas para el auditor de cuentas, economista o titulado mercantil. En cuanto a los supuestos en que el acreedor designado administrador sea una persona natural en la que no concurren los requisitos mencionados, dispone la Ley que «podrá participar en la administración concursal o designar un profesional que sí los reúna». Esto significa que existe la posibilidad de que el acreedor no posea los requisitos exigidos para el resto de los miembros del órgano de administración del concurso, lo que no está en correspondencia con la concepción que se mantiene a lo largo del articulado de la Ley acerca de que el órgano de administración esté integrado por personas cualificadas para tan compleja tarea. Pensamos que esta situación de un acreedor que no posea los conocimientos requeridos puede aportar muy poco al ágil desarrollo del proceso.

Desde otro punto de vista, la valoración que hace el profesor ÁNGEL ROJO ²⁶ acerca de los acreedores subordinados es muy positiva al señalar que «permitirá evitar uno de los problemas más graves que en la actualidad se presenta, con demasiada frecuencia, en las quiebras y las suspensiones de pagos; nos referimos a la dominación de la Junta de acreedores por los acreedores especialmente relacionados con el deudor, los cuales, en connivencia con éste, están en condiciones de imponer convenios auténticamente expoliatorios...».

ción de sociedades o empresas mercantiles; como expertos titulados, revisión y verificación de balances, cuenta de resultados y contabilidades de los comerciantes; estudio y asesoramiento en problemas financieros, comerciales y de contabilidad; valoración de empresas y colaboración en el planteamiento y asesoramiento de los presupuestos económico-financieros; organización y administración de empresas; emisión de informes técnico-contables en relación con la situación de la empresa; en general, el estudio, asesoramiento y dirección de los problemas relacionados con la contabilidad y administración de la empresa.

²⁶ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A «La Reforma del Derecho Concursal Español», *Il Fallimento* N.º 9, 2003, pág. 960.

Algunos autores consideran que el acreedor es una figura inoperante y que cabe el riesgo de que defienda sus intereses por encima de los intereses de los demás acreedores,²⁷ en este sentido se pronunciaron los autores de la Propuesta de Ley Concursal (Materiales para la reforma-1995)²⁸ señalando que al conceder al acreedor facultades de síndico peligraba el principio *par conditio creditorum*.

Desde nuestro punto de vista, pensamos que la presencia del acreedor con la cualificación necesaria es conveniente ya que cuenta con una experiencia acumulada en sus relaciones con el deudor que puede ser valiosa a la hora de tomar decisiones y que el peligro que plantean los opositores se salva por el papel que desempeña el juez de lo concursal, dotado de una serie de facultades que le permiten tomar las medidas necesarias si se presenta alguna irregularidad en la actuación de cualquiera de los administradores.

Es más, hubiera sido deseable una mayor actuación de los acreedores dentro de las funciones que tiene asignada la administración judicial, como por ejemplo, el Derecho concursal portugués y norteamericano donde la participación de los acreedores en el procedimiento concursal es decisiva.

La Ley establece unas condiciones diferentes en cuanto a los miembros de la administración concursal cuando el concursado lo sean entidades emisoras de valores admitidos a cotización en la bolsa, integrará dicha administración un técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) u otra persona propuesta por ésta, que tenga una cualificación similar. En estos casos la CNMV deberá comunicar al juez la identidad de aquélla.

De hecho, se sustituye al auditor de cuentas, economista o titulado mercantil por un técnico de las mencionadas entidades. Pensamos que la intención del legislador en este caso ha sido contar dentro de la administración con personas especializadas en materia bursátil, dada las características propias de esta actividad, no obstante esto pudiera dar lugar a un enfoque menos objetivo dado que los criterios corporativistas no se borran fácilmente, de ahí la existencia de criterios contrarios.

También en los supuestos de entidades bancarias o de seguros, existen peculiaridades, ya que en estos casos el acreedor es sustituido por el Fondo de Garantía de Depósitos cuando se trate de una entidad bancaria y por el Consorcio de Compensación de Seguros cuando lo sea una entidad aseguradora.

A modo de conclusión sobre este tópico consideramos oportuno destacar que, independientemente de las objeciones de que pueda ser objeto su regulación en la nueva Ley, ésta ofrece un órgano de administración único, de integración heterogénea, cualificado y en el que se pretende estén representados los dolientes principales en estas situaciones: los acreedores. Aunque aquí cabría preguntarse acerca de la conveniencia de una representación de los trabajadores, sobre todo en la fase de liquidación, donde lo que está en juego es su propio puesto de trabajo.

²⁷ GÓMEZ MARTÍN, F. *Op. cit.*, pág. 27.

²⁸ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. «Propuesta de Anteproyecto de la Ley Concursal». Materiales para la reforma de la Legislación Concursal, Boletín n.º 1768 de 15/2/1996. AGUILERA ANEGÓN, G. «El Anteproyecto de Ley Concursal y el Registro de la Propiedad (Borrador del Anteproyecto de 1995) Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996.

3.5. Incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones.

Resulta amplia la relación que se establece en el artículo 28 de la Ley respecto a estas situaciones que veremos a continuación. En ellas se podrá corroborar la intención del legislador respecto a un órgano de administración, sólido, capaz y transparente.

Incapacidades

No podrán formar parte de la administración concursal aquellas personas que:

No puedan ser administradores de sociedades anónimas o de sociedades de responsabilidad limitada. Los administradores de concurso que hubiesen sido separados de este cargo durante los dos años anteriores, y quienes se encuentren inhabilitados temporalmente como consecuencia de la desaprobación de las cuentas presentadas en un proceso de concurso anterior, en cuyo caso el juez, en la sentencia desaprobatória, establecerá el período de la desaprobación que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años.

Resulta obvio que estas personas no puedan ser miembros de la administración del concurso dadas las circunstancias en que se encuentran y que le hacen perder los requisitos establecidos para ocupar estos cargos.

Incompatibilidades

Será incompatible con el cargo de administrador concursal las siguientes personas:

- a) Las vinculadas al deudor por haberle prestado sus servicios profesionales a éste o a personas vinculadas a él, especialmente en los últimos tres años.
- b) Las que durante dicho plazo hubieren compartido con el deudor el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza.
- c) El acreedor que sea competidor del deudor o forme parte de un grupo de empresas en el que figure entidad competidora. En este caso la Ley no establece plazos, lo que nos inclina a pensar que sería el mismo que para el anterior.

Estas normas tienen como finalidad evitar que la actuación del administrador concursal pueda estar viciada y que, en virtud de ello, pierda la necesaria objetividad e independencia debido a vínculos de carácter subjetivos u objetivos con el deudor. Consideramos importante el plazo de tres años fijado por la Ley pues así lo hace coincidir con los artículos 8.3 de la LAC y el artículo 37.2 de su Reglamento, lo cual simplifica la aplicación de la Ley.

- d) Aquellas que a pesar de reunir las condiciones subjetivas previstas para el nombramiento de los administradores concursales se encuentren, cualquiera que sea su condición o profesión, en algunas de las situaciones previstas en el artículo 51 de la LAC, en relación con el propio deudor, sus directivos o administradores, o con un acreedor que represente más del 10 por 100 de la masa pasiva del concurso.

Prohibiciones

- a) No podrán ser administradores concursales los abogados, auditores, economistas o titulados mercantiles que hubieran sido designados para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores. A estos efectos, los nombramientos efectuados en concurso de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computará como uno solo.

Respecto a esta prohibición consideramos que puede ser interpretada desde dos puntos de vista distintos, uno de ellos positivo en la medida que permite la rotación de las personas que obren en la lista del juzgado para desempeñar este cargo; y otro negativo, ya que ello puede convertirse en un freno respecto a la especialización práctica de estos profesionales.

- b) En un mismo concurso no podrán ser nombrados administradores personas que se encuentren vinculadas entre sí, bien sea de personal o profesionalmente.

Con esta prohibición se reitera la intención del legislador de garantizar la objetividad e independencia en la gestión de los administradores del concurso. Hay que añadir que, en sentido general, estas medidas se aplicarán a los representantes de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a los de los Fondos de Garantía de Depósitos, a los del Consorcio de Compensación de Seguros y de las Administraciones Públicas acreedoras; no obstante se prevén algunas excepciones tales como: las prohibiciones por razón de cargo o función pública; las personas entre las que existan, de hecho o de derecho, relaciones de prestación de servicios, de colaboración o de dependencia, así como los administradores, de hecho o de derecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y de los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

Nos parecen inexplicables las excepciones mencionadas ya que, en estos supuestos, también resulta muy necesaria la objetividad e independencia de los administradores ya que la licencia que se les otorga respecto a una serie de limitaciones impuestas al resto de los participantes en la administración del concurso.

3.6. Los auxiliares delegados.

En aquellos supuestos en que el proceso concursal resulte difícil y complejo, los administradores del concurso pueden solicitar al juez la autorización para el nombramiento de auxiliares en los cuales podrán delegar algunas funciones entre las cuales se incluye las concernientes a la actividad del deudor.

Si la solicitud resulta aceptada será el juez quien nombrará a los auxiliares y especificará las funciones delegadas, también le corresponderá fijar su retribución.

La Ley establece que los auxiliares están sometidos a las normas sobre las prohibiciones, incompatibilidades, incapacidades y recusación de los administradores, sin embargo no se ocupa de establecer los requisitos que deben reunir, lo cual consideramos una omisión importante. Pensamos que dichos requisitos debieron ser previstos toda vez que se trata de un cargo para el cual estos auxiliares requieren de una cualificación específica y superior a la de los administradores.

Otro asunto no previsto por la Ley es el tipo de relaciones que se establecerán entre los delegados auxiliares y los administradores. Al respecto GÓMEZ MARTÍN ²⁹ se pregunta si serán de carácter laboral o profesional o si no existirá esta relación ya que los auxiliares son nombrados por el juez.

3.7. Forma en que funcionará la administración concursal.

Como regla general, la administración funcionará de forma colegiada, tomándose los acuerdos por mayoría. En el supuesto de no lograrse ésta corresponde al juez resolver el asunto.

En lo que concierne al funcionamiento de la administración del concurso, el legislador ha establecido algunas reglas para garantizar tanto la celeridad del proceso como también para que éste se desarrolle dentro de los marcos legales más estrictos. En relación con el primer planteamiento tenemos que las decisiones judiciales –que se expresarán a través de autos– no podrán ser recurridas ni tampoco plantearse incidente concursal respecto a la materia resuelta; con relación al segundo, encontramos que la administración estará sometida a la supervisión del juez del concurso, con lo cual éste podrá requerir la información que estime conveniente a todos o alguno de sus miembros así como también solicitar una memoria sobre el estado del concurso. Por supuesto que para que estas medidas surtan el efecto deseado se necesita una adecuada preparación de los jueces que tendrán a su cargo los procesos concursales.

3.8. La retribución de los administradores.

Las reglas sobre la retribución de los administradores establecen que ésta se hará con cargo a la masa. Asimismo disponen que la reglamentación sobre este tema se hará mediante un arancel y que tendrá que tenerse en cuenta la situación real en que se encuentra el activo y el pasivo de la entidad y también prever la complejidad del proceso. Como se advierte se trata de decisión difícil, de carácter puramente económico-financiero que tiene una gran influencia en el coste del proceso.

²⁹ GÓMEZ MARTÍN, F. *Op. cit.* pág. 30.

Pues bien, la Ley dispone que será el juez quien fijará la cuantía de la retribución, previo informe de la administración concursal. Opinamos que con ello se pretende lograr que la retribución se corresponda con la situación real en que se encuentra la entidad concursada de manera que se garanticen los pagos, así como con las responsabilidades que asumen los administradores según las características del proceso. No obstante, para lograrlo será preciso una especialización en estas materias tanto por parte del juez como de los administradores.

Al respecto existen opiniones de especialistas ³⁰ que consideran que no es correcto que el informe acerca de la retribución lo haga la administración del concurso sino que quienes deben formularlo son los Colegios profesionales correspondientes. Esta opinión resulta de interés por cuanto estos Colegios tienen experiencia acumulada en esta materia y especialistas capaces de realizar esta tarea con rigor y con mayor objetividad.

Por otra parte, resulta acertado que se disponga que la retribución de los profesionales que integren la administración sea idéntica para ambos y superior –el doble– de la que recibirá el acreedor persona natural que no se haga representar por un profesional. Aquí se advierte el interés del legislador en lograr la mayor profesionalidad del órgano de administración del concurso. No obstante, podría darse el caso de que ese acreedor fuera un profesional ¿se merece entonces percibir la mitad de la retribución de sus compañeros? La Ley no contempla este supuesto, por lo que habrá que estar-se a la jurisprudencia que en torno a este asunto se vaya produciendo. De cualquier forma nuestra opinión es que en este caso no se justifica la reducción de la retribución del acreedor.

En cuanto a la retribución de los delegados auxiliares la Ley no se pronuncia, por lo que al reglamentarse los aranceles habrá que tener en cuenta este asunto puesto que partimos del supuesto de que se trata de especialistas de una alta y conocida cualificación y experiencia.

3.9. Funciones que desempeñan los administradores.

Lo primero que se ha de tener en cuenta es si el deudor continuará o no al frente del negocio, pues sólo en este último caso es en el que aquél será sustituido en sus funciones por los administradores concursales ³¹.

Siendo esto así los administradores se harán cargo de continuar la actividad empresarial, para lo cual deben hacerse caso de la administración y disposición de la masa activa, debiendo velar por su conservación, en las condiciones más beneficiosas para los intereses del concurso.

No obstante, también en los casos de concurso voluntario (solicitado por el deudor), el juez podrá suspender al deudor, y los administradores serán los encargados de gestionar su patrimonio.

³⁰ GONZÁLEZ POVEDA, P. «La administración judicial de la masa». Escuela de Verano del Consejo General del Poder Judicial, A Coruña, junio 2001, pág. 11.

³¹ Esto sucede en los casos de concurso necesario, que no ha sido solicitado por el deudor.

Al analizar el clausulado de la Ley se puede encontrar la forma en que se concretan estas funciones, entre las cuales mencionaremos algunas que tienen un especial interés por cuanto reflejan la importancia de este órgano de administración:

- Llevanza de los libros obligatorios así como documentos y registros correspondientes a la actividad empresarial.
- Supervisión de las cuentas anuales durante la tramitación del concurso en el supuesto de intervención.
- Formulación de las cuentas anuales en el caso de suspensión del deudor.
- Solicitud al juez del cierre de la totalidad o parte de las oficinas, explotaciones o establecimientos de que fuera titular el deudor. El juez dictaminará al respecto, previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa.
- Determinación de la cuantía y periodicidad que corresponde al deudor persona natural como derecho de alimentos con carga a la masa activa.
- Asistencia con voz, pero sin voto, a las reuniones de los órganos colegiados de la persona jurídica deudora.
- Ejercicio de las acciones de responsabilidad contra el deudor, establecidas no sólo en esta Ley sino también en otras disposiciones.
- Reclamación, en el momento que estime conveniente, del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento.
- Sustitución del deudor, en caso de suspensión del mismo, en los procedimientos judiciales en trámite.
- Autorizar al deudor, en los casos que éste conserve para la capacidad para actuar en juicio, para allanarse, total o parcialmente y transigir en los casos en que la materia litigiosa pudiera afectar su patrimonio.
- Solicitar al juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado. Esta solicitud puede hacerla también el deudor o los trabajadores de la empresa.
- En los casos en que la solicitud sea hecha por la administración concursal, deberá comunicarse a los trabajadores el inicio del período de consultas durante el cual la administración concursal y los representantes de los trabajadores deberán llevar a cabo las negociaciones para alcanzar un acuerdo.

- Rehabilitar, por iniciativa propia o a instancia del concursado, los contratos de préstamo y demás de créditos a favor de éste, cuyo vencimiento anticipado por impago de cuota de amortización o de intereses devengados, se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración del concurso siempre que se den las condiciones previstas en la Ley ³² (art. 68).
- Rehabilitación de los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado cuya resolución se haya producido dentro de los tres meses anteriores a la declaración del concurso siempre que estén presentes las condiciones previstas en el artículo 69 ³³.
- Enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso y rehabilitar la vigencia del contrato hasta el momento de practicarse el efectivo lanzamiento.
- El reconocimiento de los créditos como privilegiados, ordinarios y subordinados.
- Ejercitar las acciones rescisorias y demás de impugnación.
- De la relación anterior, que como se señaló no agota todas las funciones, es posible advertir la heterogeneidad y complejidad que tiene ante sí este órgano. De ellas merece destacarse el informe que debe realizar y que trataremos a continuación.

3.10. El informe de la administración.

Este documento, como señala GÓMEZ PASCUAL ³⁴, es una pieza clave y de gran importancia en la actuación del órgano de administración del concurso. El análisis de su contenido corrobora esta afirmación.

Comencemos señalando que dicho informe tiene un contenido de carácter patrimonial y financiero ³⁵ y que debe presentarlo la administración concursal dentro de los dos meses siguientes a la aceptación del cargo, plazo prorrogable por el juez por un mes más.

³² Estas condiciones son: a) «que antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de los créditos, notifique la rehabilitación al acreedor, satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa» y b) «no procederá la rehabilitación cuando el acreedor se oponga y con anterioridad a la apertura del concurso, hubiese iniciado el ejercicio de las acciones de reclamación del pago contra el propio deudor, contra algún codeudor solidario o contra cualquier garante.»

³³ Cuando «antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de créditos, notifique la rehabilitación al transmitente, satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas en el momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa».

³⁴ GONZÁLEZ PASCUAL, J. «La Información Contable y los Informes de la Administración Judicial en el Anteproyecto de Ley Concursal». *Revista Técnica del Instituto de Auditores-Censores Jurados de Cuentas*, n.º 20, 2002, págs. 32 a 45.

³⁵ GÓMEZ MARTÍN, F. *Op. cit.* pág. 70.

Su contenido aparece regulado en el artículo 75 de la Ley y, en líneas generales, deberá incluir las circunstancias del deudor, la contabilidad, los estados financieros, así como las decisiones y actuaciones de la administración concursal. Este informe deberá ser acompañado por el inventario de la masa, la lista de acreedores, un escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubieren presentado y deberá concluir con la exposición razonada de los administradores acerca de la situación patrimonial del deudor. Se trata, por tanto de un trabajo que requiere un alto grado de conocimiento y de experiencia en materia financiera y contable, así como de un profundo conocimiento de la situación de la entidad concursada.

Debe señalarse que la regulación del contenido del informe ha sido objeto de críticas desde la fase de Proyecto de la Ley, así, según VAN HEMMEN ³⁶, «la cuestión de qué indicaciones debería dar el legislador sobre la valoración de activos es sumamente compleja. Es obvio que ningún método contable está libre de inconvenientes: por ejemplo, una contabilidad "conservadora" no siempre nos informa adecuadamente de las posibilidades reales de la empresa, mientras que deja un amplio margen a los "ajustes discrecionales" plantea el problema de la credibilidad de quienes realizan el informe. La propuesta planteada en la reforma se orienta fundamentalmente a informarnos sobre el valor de mercado de los activos de la empresa. La solución es muy imprecisa ya que, en ausencia del verdadero valor de mercado a través de la venta o la subasta, existen múltiples fórmulas para determinar este valor. Esta aproximación tiene, además, un claro sentido liquidatorio, ya que se realizará por separado para cada uno de los bienes y derechos que constituyen la masa activa (teniendo en cuenta garantías, embargos...). El inconveniente es que careceremos de referencias sobre el valor conjunto de la empresa, a menos que alguien (deudor o acreedores) proponga un plan de viabilidad».

Con relación a las cuentas ³⁷, se critican algunas cuestiones como son, por ejemplo, el hecho de la ambigüedad de los términos «juicio sobre las cuentas»; la falta de claridad acerca de la diferencia que hay «entre este juicio y el informe de auditoría»; la falta de realismo sobre la posibilidad de que el administrador de concurso pueda formular las cuentas cuando el deudor no las hubiese presentado, entre otras.

A continuación veremos de forma pormenorizada algunos de los aspectos que debe abordar el informe.

3.10.1. La memoria.

Ante todo, es de suponer que este documento, cuyo complejo contenido esbozaremos en el próximo párrafo, sea solicitado a los administradores concursales solamente en el caso en que el deudor no quede al frente del negocio, pues de lo contrario la información sólo debe comprender los actos y decisiones tomadas, con lo cual podrán tener informados a los interesados en el proceso.

³⁶ VAN HEMMEN ALMAZOR, E. «La economía de la reforma y los costes del sistema concursal». *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 4, 2003, págs. 61 y 62.

³⁷ URRUTIA, R. «Análisis de la futura Ley concursal desde el punto de vista del Auditor de Cuentas». N.º 20. *Revista Técnica del Instituto de Auditores-Censores Jurados de Cuentas de España*, 2002. Págs. 46 a 53.

La memoria deberá incluir la historia jurídica y económica del deudor; las actividades a las que se ha dedicado en los últimos tres años; los establecimientos, oficinas y explotaciones de la que sea titular; las causas que motivan su estado de insolvencia ³⁸; las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial; el estado de la contabilidad y, en su caso, un inventario de los bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y lugar en que se encuentren, entre otros; los datos de identificación registral, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual; los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derecho, con expresión de su naturaleza y datos de identificación.

¿Qué elementos deberá contener la información acerca del estado de la contabilidad del deudor?

La respuesta no la encontramos en la Ley, por lo que habrá que acudir a lo dispuesto al respecto en distintos cuerpos legales. Así, el Código de Comercio en su artículo 25 dispone la obligación de «todo empresario a llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios», así como también «un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario»; el 26 prevé que las «sociedades mercantiles llevarán también un libro de actas, en el que conste, al menos, todos los acuerdos tomados por las juntas generales y especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad...»; el 27 determina el deber de los empresarios de presentar los libros cuya llevanza es obligatoria ante el Registro Mercantil correspondiente; el 28 que expresa el contenido que debe tener el libro de Inventarios y Cuentas anuales, así como el Libro Diario; el 30 establece la obligación que tiene todo empresario a conservar «los libros, correspondencia, documentación y justificantes, debidamente ordenados, durante seis años»; el 35 que dispone, de forma general el contenido del balance, de la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria explicativa del contenido del balance y las cuentas; el 37 establece la forma en que deberán estar firmadas las cuentas anuales; el 38 referido a la valoración de los elementos integrantes de las distintas partidas que figuren en las cuentas anuales, lo cual deberá hacerse «conforme a los principios de la contabilidad generalmente aceptados» a lo que agrega un conjunto de reglas específicas; el 39 establece las formas de amortización de los elementos de inmovilizado y circulante «cuya utilización tenga un límite temporal», «las correcciones valorativas necesarias con el fin de atribuir a los elementos del circulante el valor inferior de mercado o cualquier otro valor inferior que le corresponda...»; el 41 que dispone que «para la formulación de sometimiento a auditoría de cuentas y publicación de sus cuentas anuales las sociedades mercantiles estarán a lo dispuesto en sus respectivas normativas».

El Reglamento del Registro Mercantil, Capítulo III, Sección 2.^a en cuyos artículos se regula la forma en que se deben documentar los acuerdos sociales.

³⁸ GÓMEZ MARTÍN, F. *Op. cit.* pág. 23 señala al respecto lo siguiente: «Sobre las causas de la insolvencia (estado en que se encuentre), nunca ha sido fácil decir sí o no (como Cristo nos enseña) a las causas alegadas por el deudor y/o seguirá siendo una tarea comprometida, en determinados casos, debiendo recordar que es causa de calificación del concurso culpable «la inexactitud grave en...los documentos acompañados a la solicitud...».

El Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, Capítulo VII, en el que se regula la formulación de las cuentas anuales, su contenido, la separación y agrupación de partidas, la estructura del balance; las disposiciones especiales sobre ciertas partidas del balance; la estructura de la cuenta de pérdidas y ganancias; las reglas de valoración de las distintas partidas; la memoria: su objeto y contenido; el contenido del informe de gestión; la verificación de las cuentas anuales por los auditores de cuentas, entre otras cuestiones no tan directamente vinculadas al objeto de este trabajo.

Por último, y no por ello menos importante, el Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, y los Principios y Normas de Contabilidad en España, en su edición de 1991.

Como resultado del estudio de los documentos contables y su contrastación con las reglas establecidas en las distintas normas jurídicas que se han apuntado, podrán los administradores concursales elaborar un informe sobre el estado de la contabilidad, que según GÓMEZ MARTÍN «puede concretarse en una exposición sobre los registros contables, el plan de cuentas utilizado por la empresa y los estados financieros presentados, así como de la memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio, etc.».

No obstante lo anterior, no queremos dejar de hacer referencia a la regulación establecida respecto a la información contable en la antigua Ley de Suspensión de pagos en su artículo 2, la cual ha sido criticada por GONZÁLEZ PASCUAL³⁹ que considera que adolecía del defecto de enfocar la empresa desde un punto de vista estático, cuando es conocido que la empresa es un conjunto de bienes (de distinta naturaleza) en funcionamiento, organizado y dirigido por el empresario. Al respecto el mencionado autor, tomando como punto de referencia lo expresado al respecto por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, propone un conjunto de documentos que permitirían enfocar la empresa desde un punto de vista dinámico, los cuales se reproducen a continuación.

- Cambios significativos producidos entre la fecha de elaboración de la memoria y la solicitud de suspensión de pagos.
- Resultado de los cinco últimos ejercicios.

³⁹ GONZÁLEZ PASCUAL, J. «Suspensión de Pagos y Quiebras. Aspectos Contables, Financieros y Jurídicos». Ediciones Estudios Financieros, Madrid, 1995. Pág. 74 a 76. Este autor resume el artículo 2 de la mencionada ley, referido a la información contable requerida en estos casos de la siguiente forma:

1. Balance o, por lo menos, un estado que refleje en lo posible su situación patrimonial, el cual después deberá completarse.
2. Relación completa de los acreedores.
3. Memoria expresiva de las causas que han motivado la suspensión.
4. Proposición para el pago de deudas.
5. Acuerdo del Consejo de Administración que deberá ser ratificado por la Junta General de Accionistas; deberá justificarse la celebración de la Junta.

- Operaciones más significativas realizadas desde el último cierre o en los seis meses últimos; en particular:
 - Gastos desproporcionados en relación con los ejercicios anteriores.
 - Operaciones especulativas con pérdidas.
 - Operaciones de compra y venta con empresas vinculadas.
 - Venta de bienes con pérdidas o por precio inferior al mercado.
- Garantías reales o personales prestadas.
- Conciliación entre acreedores según contabilidad y los presentados al juez.
- Proyección de cobros y pagos futuros.
- Proyección de ingresos y gastos futuros.

Coincidimos con este autor puesto que este enfoque dinámico resulta más objetivo y, por consiguiente, permite arribar a las soluciones más adecuadas en cuanto al convenio y, en su caso, la calificación del concurso.

Lamentablemente la Ley no se ha hecho eco de estas sugerencias y, como se ha apuntado anteriormente, resulta que nos encontramos ante una gran dispersión legal. Tal vez sería oportuno insistir en que, a la luz del nuevo texto legal concursal, los administradores tuviesen muy en cuenta la posición del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas sobre este particular.

Por último, según la nueva Ley, los administradores del concurso deberán presentar las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración del concurso si el deudor no las hubiese presentado y lo harán, según dispone la Ley, con los datos que pueda obtener de los libros y documentos del deudor, de la información que éste le facilite y de cuanta otra obtenga en un plazo no superior a quince días.

La tarea que tienen ante sí los administradores concursales se complica en aquellos supuestos de deudores titulares de grandes empresas, grupos empresariales o simplemente el concurso de la herencia.

Independientemente de los avances en las telecomunicaciones y de que existen datos que es posible obtener en el Registro Mercantil en el que esté inscrito el deudor, el caso se complica cuando existen sucursales, puesto que habrá que acudir a recabar los datos a los Registros correspondientes. Por otra parte, si el deudor lleva menos de tres años en la entidad sujeta a concurso, no siempre será tarea fácil conocer a qué actividades se dedicaba anteriormente. A los efectos de determinar la situación legal de los bienes, deberán ser verificados en los Registros correspondientes (Registro Civil, Registro de la Propiedad Industrial, Registros especiales como sería el caso de algunas entidades como, por ejemplo, las cooperativas) y en cuanto a la valoración actualizada de dichos bienes

es sabido que, según el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, debe ser hecha por peritos, sin embargo, en este caso tan delicado como es el de una entidad concursada se le encomienda también a los administradores.

Pero no sólo se trata de obtener datos sino de analizarlos y procesarlos, lo que resulta indispensable para poder determinar la viabilidad patrimonial del deudor, trabajo este que presupone profundos conocimientos en una serie de materias que, en algunos casos, puede superar los que se requieren para ser administrador ⁴⁰. Pensamos que en estos casos resulta necesaria la participación de los delegados colaboradores que prestarían una importante ayuda a la administración.

Por otra parte, encontramos que la Ley prevé que en el supuesto en que el deudor no hubiese presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso, deberá formularla la administración concursal, con los datos que pueda obtener de los libros y documentos del deudor, de la información que éste le facilite y de cuanta otra obtenga en un plazo no superior a quince días.

Respecto a este último punto cabe preguntarse ¿por qué no se les exige a los administradores de la entidad concursada que formulen las cuentas anuales?, en definitiva éste es un trabajo que corresponde a ellos. Tratando de buscar una respuesta a este interrogante, cabría suponer que el legislador en este caso no se fía de los administradores del concursado que han incurrido en la omisión de no formular las cuentas y prefiere que sean los administradores concursales los encargados de formularlas, con lo cual, es de suponer que se obtenga una información limpia y objetiva ya que, como hemos visto, disponen de los conocimientos necesarios para ello y no están implicados en la actividad de los antiguos administradores.

Respecto a este asunto, opina GÓMEZ MARTÍN ⁴¹ que «sobre la no presentación de cuentas anuales por el deudor, debiera establecerse que la formulación de cuentas anuales es un deber de los administradores sociales, únicos obligados a rendir cuentas de su gestión, sin participación alguna de los administradores judiciales, cuando la declaración de concurso sea posterior al cierre del ejercicio social inmediato anterior...».

Dada la amplitud de la información y la documentación que se les exige a los administradores y el rigor con el que la misma debe ser presentada, deberá tenerse en cuenta las Normas Técnicas dispuestas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y cumplir las normas contables vigentes. En definitiva se trata de un informe de carácter técnico y profesional, que se puede enmarcar dentro de la actividad de auditoría de cuentas (art. 1.1 Ley 18/1988) específicamente en la parte correspondiente a «otros trabajos de verificación contable» ⁴².

⁴⁰ GÓMEZ MARTÍN, F. *Op. cit.* pág. 70.

⁴¹ GÓMEZ MARTÍN, «La Administración judicial del concurso en Empresas en crisis». N.º 144. *Partida Doble*, mayo 2003. págs. 7 y 8.

⁴² Coincidimos con GÓMEZ MARTÍN, «La Administración judicial del concurso». *Op. cit.* pág. 7 cuando plantea que lo anteriormente expuesto «es consecuencia obligada de lo dispuesto en el Reglamento de la LAC, en su disposición adicional 3.ª que dispone que todos los trabajos que, no teniendo la consideración de auditoría de cuentas, estén atribuidos por disposiciones legales a auditores inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuenta habrán de ser realizados aplicando las normas técnicas específicas ...».

Conjuntamente con la presentación del informe, los administradores lo darán a conocer personalmente a cada uno de los interesados, en dicha comunicación se indicará un plazo de diez días, contados desde el día de su recibo, para que formulen las reclamaciones que estimen oportunas.

Si se presentan impugnaciones, una vez analizadas por los administradores, éstos deberán introducir las modificaciones derivadas de las mismas en la documentación presentada.

3.11. El inventario de la masa activa.

La Ley dedica varios preceptos de su Capítulo II a regular este importante aspecto, así, nos la define como el conjunto de bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor en el momento de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o se adquieran hasta la conclusión del procedimiento. En este asunto se parte del principio de universalidad de bienes y derechos con los cuales ha de responder el concursado de sus deudas.⁴³

A este principio de universalidad la ley opone algunas excepciones como son aquellos bienes y derechos que sean legalmente inembargables, así como también algunos bienes específicos como son los buques o las aeronaves, los cuales podrán ser separados del patrimonio si los titulares de créditos privilegiados sobre los mismos los ejerciten mediante el correspondiente procedimiento. Asimismo deberán separarse de la masa las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de seguridad social, llevadas a cabo por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.

La formulación de lo que se entiende por bienes inembargables puede acarrear algunas dudas al momento de su interpretación, ya que la LEC, en su artículo 605 se refiere a bienes «estrictamente inembargables» y el 606 a «bienes inembargables del ejecutado». Al respecto interpretamos que la Ley Concursal se refiere a estos últimos en la medida que se trata de una alternativa más beneficiosa a los fines de la continuidad de la empresa e incluye el derecho de alimentos con cargo a la masa.

El inventario de la masa activa debe ser elaborado a la mayor brevedad posible por la administración concursal⁴⁴. El artículo 82, dedicado a la formación del inventario, dispone que éste debe contener una relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en dicha

⁴³ Respecto a la masa activa, el Informe del Consejo de Estado, de 21 de marzo de 2002, expresaba: «Se concreta ésta en el correspondiente inventario que los administradores judiciales deben unir al informe que han de rendir al juez del concurso en el plazo de tres meses, contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación de dos de ellos o, en su caso, del administrador judicial único, plazo que, a solicitud de la administración judicial, podrá ser prorrogado por el juez por tiempo no superior a un mes».

⁴⁴ GONZÁLEZ PASCUAL, J. «La Información Contable y los Informes de la Administración Judicial en el Anteproyecto de Ley Concursal». *Revista Técnica del Instituto de Auditores-Censores Jurados de Cuentas de España*, págs. 33 a 46. Este autor plantea que el inventario de la masa activa debe elaborarse por la administración concursal partiendo del inventario presentado por el deudor y efectuando sobre el mismo las correcciones oportunas.

masa el día anterior al de emisión de su informe, también precisa los asuntos que deben reflejarse respecto a cada uno de los bienes en los siguientes términos: naturaleza, características, lugar en que se encuentren y, en su caso, datos de identificación registral. Debe indicarse también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, expresando su naturaleza y los datos de identificación.

En el supuesto del deudor casado, la Ley dispone que si existe régimen de gananciales u otro régimen que suponga una comunidad de bienes de la masa activa comprenderá, por un lado, los bienes propios del empresario y por otro los bienes gananciales o comunes. Se prevé la posibilidad de que el cónyuge solicite al juez la división del patrimonio común, que se ejecutará en correspondencia con el resultado del convenio o de la liquidación.

Cuando el empresario esté casado en régimen de separación de bienes o análogo y no se encuentren separados de forma legal o de hecho, la Ley dispone algunas presunciones *iuris tantum* como son las contraprestaciones realizadas por el cónyuge para la adquisición de bienes a título oneroso a costa del patrimonio del deudor, durante el año anterior a la declaración del concurso, en cuyo caso se integrarán a la masa activa en calidad de donaciones. Si no fuese posible determinar el origen de la prestación, se presumirá donada en su mitad por el concursado.

Por otra parte se establece que los bienes adquiridos por ambos cónyuges en pacto de sobrevivencia serán divididos de la misma forma que si se tratara del patrimonio común y se integrará la parte correspondiente al concursado en la masa, salvo que su cónyuge opte por la adquisición por parte del otro.

Si bajo este régimen se encontrase la vivienda conyugal, su valor será actualizado conforme al IPC, excepto que el de mercado fuera inferior y se otorga prioridad a este bien para satisfacer la parte de los bienes gananciales que correspondieran al cónyuge no concursado y, de ser necesario, podrá abonarse el exceso. En caso diferente, el precio se fijará por acuerdo entre cónyuge adquirente y la administración concursal, o en su defecto por el juez, quien oír a las partes y si lo considera necesario reclamará la valoración de un perito.

Muy acertada resulta la regulación de la separación de la masa activa y formación del inventario, la cual resulta sencilla y clara al disponer que los bienes, sobre los que el concursado no tenga derecho de uso, garantía o retención, deben ser devueltos a sus titulares legítimos. En el supuesto de que dichos bienes hubieran sido enajenados a favor de un tercero a quien no resulta posible reclamarle, el titular perjudicado podrá optar entre exigir la cesión del derecho a recibir la contraprestación, sino hubiera sido efectuada, y constituirse en acreedor concursal ordinario, notificando de esta situación a la administración del concurso.

El inventario será elaborado por los administradores después de realizada la separación y exclusión de bienes conforme a lo expuesto y en él se incluirán todos los bienes y derechos que conforman la masa activa; y se incluirán, además, los saldos acreedores de las cuentas en que el concursado aparezca como titular indistinto, a menos que se pruebe la no pertenencia de éstos.

Se explicita en la Ley, que el avalúo de los bienes se hará con arreglo a su valor de mercado y teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que le afecten directamente e influya en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen. La valoración hecha de esta forma resulta muy conveniente ya que favorece tanto al deudor como a los acreedores a la hora de arribar a un convenio o de liquidar la entidad.

Como colofón, debe añadirse al inventario una relación de los litigios cuyo resultado pueda afectar su contenido y otra que contenga todas las acciones que debieran promoverse a juicio de la administración concursal. En ambas relaciones se informará sobre viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales.

Digna de mención es la previsión recogida en la Ley respecto al asesoramiento por expertos independientes sobre el avalúo de los bienes. En este sentido valoramos muy positivamente lo dispuesto en el artículo 83 acerca del asesoramiento por parte de expertos independientes en lo relativo al avalúo de los bienes y a las acciones que proceda ejercitar, asesoramiento este que podrá proponer al juez la administración concursal. El Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas recoge también este asesoramiento respecto a las aportaciones no dinerarias y con ello, aunque sea un elemento encarecedor, se asegura que la valoración sea la que realmente corresponde a dichos bienes.

3.12. La masa pasiva y los créditos concursales.

Se entiende como masa pasiva el conjunto de los créditos contra el deudor común que no tengan la consideración de créditos contra la masa y de los cuales quedan excluidos los créditos contra el cónyuge del deudor concursado.

A los efectos de poder determinar los créditos que conformarán la masa, dentro del mes siguiente a la última publicación del auto de declaración del concurso, cada acreedor comunicará la existencia del crédito a la administración concursal debiendo detallar, además de los datos identificativos del acreedor, los relativos al crédito que pretende se le reconozca, adquisición, cuantía, vencimiento, privilegios de los que pudiera gozar. Si se trata de bienes registrados, los datos correspondientes a su inscripción. Es preciso destacar que cada crédito deberá justificarse con el documento o título original o copia autenticada, excepto cuando el original haya sido entregado en otro procedimiento, judicial o administrativo, en cuyo caso bastará una copia simple y la mención del procedimiento para el que fue entregado el original.

Recibida por la administración del concurso la comunicación de los créditos, ésta determinará la inclusión o exclusión de los acreedores en la lista de acreedores después de realizar un análisis de cada uno de los créditos comunicados como de aquellos que resulten de los libros y documentos del deudor. La Ley dispone con carácter imperativo que sean incluidos en la lista aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o sentencia, aunque no fueran firmes; los que consten en documento de fuerza ejecutiva; los reconocidos por autoridad administrativa; los que se encuentren asegurados con garantía real inscrita en registro público o hayan nacido a favor de los trabajadores, cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor.

Los créditos que integran la masa pasiva son los créditos concursales y los créditos contra la masa, los cuales han sido incrementados en la Ley debido a la continuación de la actividad empresarial. Estos últimos deberán ser ejecutados antes de los concursales, cuestión esta que conlleva una gran importancia en su determinación. La Ley relaciona en su artículo 84 cuáles son estos créditos:

- Los salarios por trabajo realizado en los treinta días anteriores a la declaración del concurso hasta el doble del salario mínimo interprofesional.
- El pago de las costas y gastos judiciales.
- Gastos de representación del deudor o la Administración concursal en los procesos que, en interés de la masa, se continúen o inicien.
- Pago de alimentos al deudor y a las personas a las que éste tenga el deber legal de prestarlos.
- Los generados por el ejercicio de la actividad del deudor tras la declaración del concurso, se incluyen en este caso los créditos laborales hasta tanto el juez acuerde el cese de la actividad empresarial o profesional, apruebe el convenio o declare de otro modo la conclusión del concurso.
- Los derivados de extinciones colectivas de contrato de trabajo ordenados por resolución del juez del concurso.
- Los resultantes de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y que continúen en vigor tras la declaración del concurso.
- Las obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado.
- Las cantidades debidas aun cuando no hayan vencido y se deriven de créditos con privilegio especial o derechos afectos, los de rehabilitación de contratos o los de enervación del desahucio.
- Devolución de las contraprestaciones recibidas por el deudor en los casos de rescisión concursal realizados por éste.
- Los resultantes de obligaciones válidamente contraídas por la administración concursal durante el procedimiento.
- Obligaciones nacidas de la ley o de la responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración del concurso y hasta la eficacia del convenio o conclusión del concurso.
- Cualquier otro al que la Ley atribuya esta cualidad.

Por el contrario, los créditos concursales están regidos por el principio de universalidad por cuanto forman parte de ellos todos los acreedores referidos a la fecha de la solicitud de concurso los cuales deberán figurar en la lista de acreedores. Precisamente, serán estos acreedores los que se convocarán a la junta y, en su caso, los que concurrirán a la liquidación, una vez satisfechos los créditos contra la masa.

Los créditos han de ser notificados adecuadamente a los acreedores de manera que éstos puedan personarse en el proceso. A tales efectos, corresponde al juez realizar un llamamiento individualizado por escrito, que remitirá al domicilio que conste en el título del crédito, además, se le dará publicidad al mismo a través del Boletín Oficial del Estado y en el diario de mayor difusión de la provincia en la que el imputado tenga sus principales intereses y en el de mayor difusión de la provincia en que radique su domicilio.

3.12.1. Clasificación de los créditos.

Ésta es otra importante tarea a la que habrán de hacer frente los administradores del concurso y que deben realizar según las normas establecidas en la Ley de Concurso.

Sobre este punto hay que comenzar señalando que, según lo expuesto en la Exposición de Motivos de la Ley, entre las novedades de ésta se encuentra la simplificación de esta clasificación y la preservación del principio de igualdad entre los acreedores.

Respecto al principio de igualdad consideramos que la Ley no ha logrado su objetivo ⁴⁵: por una parte, las excepciones previstas, menoscaban la igualdad entre los acreedores, por otra, se crea una nueva clase de créditos, los denominados «subordinados» que como su nombre indica, se encuentran en un plano inferior respecto a los ordinarios.

3.13. Plan de continuación.

La posibilidad de la continuación de la actividad empresarial del concursado data de tiempos antiguos en el Derecho estatutario de la Italia medieval y, en nuestro país, en la obra de SALGADO DE SOMOZA, aprobada en Valladolid en 1646. Ambas teorías coinciden en que resulta posible arribar a un arreglo negociado dentro del propio procedimiento concursal ⁴⁶.

El Código de Comercio de 1885 ⁴⁷, recogió, en su Exposición de Motivos, la importancia del convenio y posteriormente la jurisprudencia se ha encargado de conceptuarlo. Así, la sentencia de 30 de mayo de 1959 expresaba: «el convenio se reputa como un negocio jurídico *sui generis*, una

⁴⁵ SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho Mercantil*. 26.ª edición, Volumen II, ed. McGraw-Hill, 2004.

⁴⁶ CANDELARIO, M.I. y RODRÍGUEZ, L. *La Empresa en Crisis. Derecho Actual*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, págs. 182 y ss.

⁴⁷ En la Exposición de Motivos se plantea la gran utilidad que reportan al quebrado y sus acreedores los convenios equitativos y justos que ponen término a los procedimientos, siempre costosos y complicados del juicio de quiebra...

transacción, toda vez que los contrapuestos intereses se sacrifican recíprocamente al convenirse un módulo o esquema de medidas aceptadas y consensuadas, para pacificar precisamente aquella tensión derivada de una imposibilidad patrimonial de realización de la masa acreedora»⁴⁸.

En sentido general podemos hablar de dos tipos de convenios que se reflejan en el esquema siguiente:

Los anteriores a la declaración de la quiebra	Los posteriores a la declaración de la quiebra
Ellos pueden ser: • Extrajudiciales, amigables o amistosos y; • Judiciales, de masa o de mayoría	Su finalidad es poner fin a ésta de modo distinto a la liquidación concursal

Puede afirmarse que en ambos casos se trata de soluciones para resolver la crisis y reflotar la empresa, lo cual determina que su contenido⁴⁹ suele consistir en una remisión parcial de las deudas (quita) o en aplazamientos en el pago (espera) y su finalidad se traduce en:

- Una cesión de bienes en beneficio de sus acreedores.
- Un compromiso por el cual se paga una porción y con ello se satisfacen los acreedores.
- Un acuerdo que confiere al deudor o a los terceros, el poder continuar o liquidar los negocios del deudor.

Concretamente en el Derecho español anterior a la promulgación de la nueva Ley, el convenio tiene lugar en el proceso de suspensión de pagos con el objetivo de solucionar la crisis de la empresa; de no lograrse el convenio o en los supuestos en que su ejecución fracase, se procede a la liquidación.

Pasemos ahora a la nueva Ley en la cual se regula la fase de convenio desde su propuesta hasta su cumplimiento, pasando por toda su tramitación, sus efectos y cumplimiento.

Como ya se ha expuesto, la declaración de concurso no necesariamente conlleva la interrupción de la actividad empresarial ejercida por el deudor. En los casos de suspensión de facultades de éste, es a la administración concursal a quien corresponderá adoptar las medidas necesarias para la continuación de dicha actividad (art. 44), para lo cual deberá promover la suscripción de un convenio entre el deudor y los acreedores.

⁴⁸ FAJARDO GARCÍA, G. «La crisis de la empresa en el Derecho español: medidas alternativas a la quiebra» Dir. FAL. N.º 4 agosto-septiembre, 1994, pág. 693, plantea el convenio, negocio jurídico fundado en el acuerdo de voluntades entre el deudor y los acreedores, y sancionado por la autoridad judicial, supliendo la aprobación judicial, la falta de consenso entre ausentes y disidentes».

⁴⁹ CANDELARIO, M.I. y RODRÍGUEZ GRILLO, L.E. *Op. cit.* pág. 187.

La finalidad de este convenio sigue siendo la misma: permitir la conservación de la empresa y su propuesta debe contener claramente formuladas las proposiciones de quita y/o espera ⁵⁰. Con el convenio puede concluirse la fase común del nuevo proceso concursal; de no poder arribarse a acuerdo respecto al convenio se abrirá, entonces, la fase de liquidación.

El convenio puede ser presentado por el deudor o bien por un acreedor o conjunto de acreedores, estos últimos deberán representar al menos una quinta parte de la masa pasiva, dentro del plazo que transcurre desde la convocatoria de la Asamblea de acreedores hasta los 40 días anteriores a la fecha de su celebración.

La propuesta de convenio debe reunir determinados requisitos de carácter formal, a saber: formularse por escrito; incluir la firma del deudor o de todos los acreedores proponentes o, en su caso, de quien los represente legalmente, por último, las firmas de las propuestas deben estar legitimadas.

En esta propuesta puede formularse más de una alternativa y, para el caso de que los acreedores no opten por alguna de ellas, debe indicarse cuál será la que regirá, asimismo, debe incluirse en la propuesta el plazo de que disponen los acreedores para elegir entre las alternativas propuestas ⁵¹.

La Ley permite que entre las propuestas alternativas pueda plantearse la oferta de conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales y también en créditos participativos. Puede también proponerse la enajenación de una determinada empresa con el compromiso, por parte del adquirente, de continuar la actividad empresarial o profesional y el pago de los créditos a los acreedores en las condiciones fijadas en el convenio, previa audiencia de los trabajadores.

Estas propuestas deben estar dirigidas a las distintas clases de acreedores (ordinarios especiales y subordinados y no a grupos concretos como pueden ser los proveedores, suministradores y otros).

Por otra parte, en relación con la quita y/o espera, la Ley dispone que, para el supuesto de los créditos ordinarios, la quita no puede exceder de la mitad del importe de cada uno y, respecto a la espera, no deberá superar los cinco años contados a partir de la firmeza de la aprobación judicial del convenio.

Las propuestas no podrán comportar la cesión de bienes y derechos en pago ni liquidaciones globales del patrimonio para la satisfacción de las deudas, lo que cierra el paso a las liquidaciones encubiertas ⁵², lo que no impide, a nuestro juicio, que se puedan contemplar cesiones de bienes y derechos concretos. Igualmente, la Ley impide la alteración de la clasificación legal de los créditos ni de la cuantía de los mismos.

⁵⁰ NÚÑEZ LAGOS, A. «El Convenio del concurso: contenido y procedimiento». *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, 2003, págs. 35 a 50. Este autor estima que si se tiene en cuenta la Exposición de Motivos de la Ley así como la no existencia de límites en este sentido para las propuestas alternativas, no resulta estrictamente necesario que se proponga la quita y/o espera, y que basta con proponer soluciones concretas.

⁵¹ Este plazo no podrá exceder los diez días desde la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio.

⁵² En este sentido la Exposición de Motivos afirma que «lo que no admite la ley es que, a través de cesiones de bienes y derechos en pago o para pago de créditos u otras formas de liquidación global del patrimonio del concursado, el convenio se convierta en cobertura de solución distinta de aquella que le es propia».

Por otra parte, se dispone que el convenio debe contener un plan de pagos en el que se detallen los recursos que se prevé que serán los que servirán para el pago de las deudas en el cual deberá incluirse, en su caso, los que se deriven de la enajenación de los bienes.

Asimismo, en el supuesto en que el convenio prevea la continuidad de la actividad empresarial, deberá acompañarse de un plan de viabilidad que refleje la posibilidad objetiva de utilizar los frutos de esta actividad para el pago de las deudas. Este plan deberá especificar los recursos necesarios así como los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros.

La finalidad de este convenio sigue siendo permitir la conservación de la empresa y su propuesta debe contener claramente formuladas las proposiciones de quita y/o espera⁵³. Con el convenio puede concluirse la fase común del nuevo proceso concursal; de no poder arribarse a acuerdo respecto al convenio se abrirá, entonces, la fase de liquidación.

Teniendo en cuenta la envergadura de la propuesta de convenio, la administración concursal desempeña un papel de suma importancia ya que en un plazo que no podrá ser superior a 10 días, deberá proceder a su evaluación una vez admitida a trámite por el juez.

La evaluación favorable se unirá al informe que realizó la propia administración y permitirá continuar la tramitación del convenio; si fuese desfavorable podrá dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada o la continuación de su tramitación. Como se puede apreciar, la decisión del juez respecto al convenio depende, en gran medida, del contenido de la evaluación hecha por la administración concursal.

Desde los distintos puntos de vista, el lograr un convenio viable tiene consecuencias muy favorables, ya que conlleva la continuación de la actividad empresarial, por el contrario, cuando no se logra alcanzarlo, ello repercute negativamente en el ámbito laboral, económico, financiero y otros, como ya se ha dicho.

Será en la Junta de Acreedores, presidida por el juez o por un miembro de la administración del concurso donde tendrá lugar la presentación de la propuesta/s y la votación de las mismas, de lo cual se levantará acta además de grabarse las sesiones en soporte audiovisual.

La propuesta aprobada en la Junta podrá ser objeto de oposición tanto por el juez como de la administración concursal así como también por acreedores que no hubieren votado a favor de la misma, según dispone el artículo 128, apartado 2.º de la Ley, esta oposición sólo tendrá lugar cuando su contenido fuese «objetivamente inviable». Si se tiene en cuenta que la propuesta, que como se

⁵³ NÚÑEZ LAGOS, A. «El Convenio del concurso: contenido y procedimiento». *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, 2003, págs. 35 a 50. Este autor estima que si se tiene en cuenta la Exposición de Motivos de la Ley así como la no existencia de límites en este sentido para las propuestas alternativas, no resulta estrictamente necesario que se proponga la quita y/o espera, y que basta con proponer soluciones concretas.

ha explicado, debe contener un plan de pagos y en su caso, de un plan de viabilidad, ha sido tamizada por la evaluación de los administradores concursales y por la propia Junta de Acreedores que debían haber advertido cualquier tipo de anomalía, y teniendo en cuenta, por otra parte, la limitación a estos efectos de los acreedores que votaron a favor de la propuesta, cabe interpretar, que se trata de una acción en beneficio de minorías, que de esta manera podrían oponerse a una decisión irresponsable de la mayoría de los acreedores, de manera similar a la establecida para las sociedades, en las que están legitimados para impugnar los acuerdos sociales tanto un porcentaje de socios como también el Consejo de Administración ⁵⁴.

Hemos de insistir, a la luz de lo que ha sido expuesto al tratar las funciones de la administración concursal, la presencia de ella se encuentra a todo lo largo de la tramitación del convenio ⁵⁵ máxime si se tiene en cuenta que, aunque la Ley hace referencias puntuales respecto a los asuntos que deben conformar el contenido del convenio, no especifica cuál debe ser el contenido del plan.

Esto nos lleva a pensar en la forma en que la Ley de Insolvencia alemana de 5 de octubre de 1994, que en su artículo 219 dispone que el plan de insolvencia, como medio para la continuación del funcionamiento de la empresa, está integrado por una parte descriptiva y por una parte organizativa. En la parte descriptiva, desarrollada en el artículo 220.I se dispone que se explicarán qué medidas se han adoptado tras la apertura del procedimiento de insolvencia, o que deberán ser adoptadas con la finalidad de procurar los principios exigidos para la planeada configuración de los derechos de los interesados y en el forma de contrarrestarlos.

El plan, en esta legislación, tiene como objetivo preferente la posible rehabilitación de la empresa, por lo que debe permitir una utilización económicamente más eficaz del patrimonio del deudor de la necesaria para un simple convenio. En cuanto a su contenido, debe reflejar los distintos grupos de acreedores, de manera que, conforme a la naturaleza de sus créditos así serán satisfechos. Si bien es cierto que esto hace más flexible el plan puesto que permite arribar a soluciones adecuadas a los distintos tipos de créditos, no es menos cierto que el hecho de que la ley obligue a votar separadamente sobre el plan a cada grupo de acreedores, a lo que se une que si un solo grupo rechaza el plan por mayoría simple éste no se podrá aprobar, ello no facilita la agilidad del proceso, aun cuando en el mismo texto legal se disponen algunas medidas para evitar las obstrucciones que puedan producirse ⁵⁶. Otro aspecto interesante en la ley germana es que en la elaboración del plan cooperan consultivamente con el administrador, entre otros, una representación de los empleados.

⁵⁴ MAESO GARCÍA, A. y GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. *La Nueva Ley Concursal*, Universidad Carlos III, Madrid, 2004, pág. 40.

⁵⁵ Según VAN HEMMEN ALMAZOR, E.. «La economía...». *Op. cit.* pág. 62: «en cuanto a estos planes de viabilidad, la reforma prevé que los operadores concursales emitan su parecer mediante un escrito de evaluación. La dificultad se plantea en caso de que el informe emitido sea desfavorable. Primero, porque se deja abierta la posibilidad de la exclusión judicial de la propuesta de convenio cuando ésta sea anticipada. Y segundo, porque (sea anticipada o no la propuesta de convenio), la probabilidad de éxito de un plan de viabilidad no respaldado por los acreedores será muy reducida si, como parece probado en el contexto de la auditoría, se desencadena el mecanismo de las "profecías autocumplidas" el anuncio del fracaso provoca el fracaso».

⁵⁶ Estas disposiciones son las siguientes: Aun cuando las mayorías requeridas no sean alcanzadas, se considera como otorgada la aceptación de un grupo cuando: a) los acreedores de ese grupo no sean colocados por el plan de insolvencia en peor situación que la que a ellos les correspondería sin el mismo; b) los acreedores de ese grupo sean partícipes con una cuantía económica razonable que, a causa de los principios del plan, debe favorecer a los implicados; la mayoría de los

Del estudio de la legislación de otros países tales como Inglaterra, Francia y Portugal, podemos extraer algunos puntos que pueden formar parte del Plan para la continuación de la empresa ⁵⁷ tales como: la determinación de los recursos financieros necesarios para mantener la actividad empresarial, las formas de financiamiento, que pueden incluir la solicitud de ayudas financieras a terceros, los medios de satisfacción del pasivo, la venta de determinados bienes, la reorganización de la empresa, el nivel y las perspectivas de empleo, plazo de duración del plan y objetivos concretos a alcanzar. Es muy importante tener en cuenta todos los factores que permitan continuar la actividad empresarial pero siempre y cuando existan posibilidades reales para ello y para la satisfacción de los acreedores.

Para terminar este epígrafe decir que nuestra legislación contempla que, a menos que se establezca algo distinto, una vez alcanzado y aprobado el convenio cesará la actuación de los administradores. Con ello se excluye la posibilidad, contemplada en algunas legislaciones extranjeras, como la portuguesa, que regula la denominada «administración controlada» ⁵⁸, como medio de recuperación de la empresa insolvente que se apoya en un plan de actuación global, concertado entre los acreedores y ejecutado a través de una nueva administración, con un régimen propio de control.

Hemos de señalar, pues, que el plan de continuación se integra en nuestra legislación como contenido del convenio, extremo este a nuestro modo de ver desacertado, puesto que el plan va a ser una pieza esencial para el buen éxito del concurso como instrumento complementario de la buena ejecución del concurso y no como un contenido del convenio. Además su escasa reglamentación deja que desear, veremos que sucede en la práctica.

3.14. Plan de liquidación.

La liquidación de los bienes del deudor es la forma en que finaliza el proceso concursal cuando no se ha podido alcanzar un convenio que permita la continuación de la actividad empresarial. La fase de liquidación podrá ser solicitada por el deudor, por un acreedor o de oficio por el juez.

Como es lógico, en esta fase no puede el deudor continuar al frente de la empresa. Así, el artículo 145 dispone la privación al deudor cuyo patrimonio se liquida de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, en cuyo caso el juez repondrá a los administradores concursales o nombrará a otros.

grupos autorizados a votar el plan lo hayan votado con las mayorías necesarias. II. Una participación razonable de los acreedores de un grupo en el sentido del punto I, letra b, concurre cuando de conformidad con el plan: a) Ningún otro acreedor obtiene valores económicos que sobrepasen su pretensión; b) ningún acreedor que sin el plan deba satisfacerse con subordinación a los acreedores del grupo tienen mejor situación que esos acreedores.

⁵⁷ CANDELARIO MACÍAS, M.I. y RODRÍGUEZ GRILLO, L. *Op. cit.* págs. 126, 132-133 y 144-145.

⁵⁸ Artículo 97 del Decreto-Ley sobre Procesos Especiales de Recuperación de Empresas y la Quiebra portuguesa de 1993: La gestión controlada es el medio de recuperación de la empresa.

Dentro de los quince días siguientes a la apertura de la fase de liquidación deberá la administración del concurso presentar al juez un plan detallado para la liquidación de los bienes y derecho integrados en la masa activa del concurso (art.148). En aquellos casos en que el concurso fuese complejo, el plazo podrá ser prorrogado por el juez por otros quince días. Respecto al contenido de este plan quedará a discreción de los administradores establecerlo puesto que la Ley no contempla este particular.

Se recomienda la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos; esta solución, acogida por algunas de las leyes societarias tiene por objetivo facilitar y agilizar la fase de liquidación.

En esta fase del proceso le está vedado a la administradores concursales adquirir para ellos o para otra persona, ni siquiera en la subasta, los bienes y derechos que integran la masa del concurso. Se pretende con ello que el proceso discurra dentro de la mayor transparencia y evitar que los intereses particulares de los administradores se puedan poner por encima de los intereses colectivos.

Otro elemento a destacar y que pone de manifiesto el interés del legislador en alcanzar la mayor rapidez posible en el procedimiento concursal es la posibilidad de separación de los administradores concursales cuando prolonguen indebidamente la liquidación.

Como se puede apreciar, la Ley señala algunas de las cuestiones más importantes a las que deberá ajustarse la actuación de la administración del concurso, pero no establece de forma precisa sus funciones como así lo hace, por ejemplo, la Ley de Sociedades Anónimas respecto a las funciones de los liquidadores.

Al plan propuesto se le dará la publicidad establecida en la propia ley con la finalidad de que las partes en el proceso puedan plantear observaciones y sugerir modificaciones.

Aunque el precepto no especifica los aspectos que deben tratarse en dicho informe, consideramos como fundamentales los datos de carácter patrimonial, principalmente aquellos que permitan reflejar objetivamente la situación real del deudor. Según el Plan General de Contabilidad, existen determinados principios contables como son, entre otros, el principio de prudencia, el de empresa en funcionamiento, de el precio de adquisición; el del devengo; el de uniformidad así como el del precio de adquisición, que en la situación de liquidación se quebrantan⁵⁹ y dan paso a otras prioridades como son el conocimiento de las pérdidas y beneficios a la fecha de la liquidación a los efectos de valorarlos con vista a su enajenación; el principio de continuidad, obviamente deja de tener sentido; la utilización del precio del mercado en lugar del de adquisición, lo que permite obtener mayores beneficios y poder dar mejor satisfacción a los derechos de los acreedores. «Lo relevante ahora, puesto que se va a proceder a la liquidación de la firma, será establecer el valor del mercado del patrimonio puesto que, como fase final del proceso, se deberá liquidar a los acreedores con el dinero procedente de la enajenación de los activos»⁶⁰.

⁵⁹ GONZÁLEZ PASCUAL, J. *Op. cit.* pág. 124.

⁶⁰ GONZÁLEZ PASCUAL, J. *Op. cit.* págs. 122 a 127.

Corresponderá al juez resolver acerca de la aprobación del plan en los mismos términos que fue propuesto o bien aceptar la/s modificaciones sugeridas, para ello deberá tener en cuenta, además y de manera obligatoria, el informe de la representación de los trabajadores. La decisión del juez se basará en lo que «estime conveniente a los intereses del concurso». Es necesario reiterar aquí la necesidad de una adecuada formación de los jueces para decidir, de forma subjetiva, acerca de las valoraciones hechas por los administradores, máxime cuando la ley expresamente no prevé el contenido del plan de liquidación.

Durante el tiempo que dure la liquidación, los administradores están obligados a informar cada tres meses acerca de la evolución de sus funciones como liquidadores.

En cuanto al pago a los acreedores, la Ley establece la siguiente prelación:

- 1.º Los créditos contra la masa, que se pagarán con anterioridad a los créditos concursales. Serán pagados a su vencimiento, con cargo al patrimonio no afecto a créditos con privilegios especiales.
- 2.º Créditos con privilegio especial, que se pagarán con cargo a los bienes afectos, aunque también podrán abonarse con anterioridad a la fase de liquidación.

Cuando la administración concursal lo estime conveniente, ésta puede satisfacerlos como créditos contra la masa.
- 3.º Créditos con privilegio general, los cuales serán satisfechos con el activo que reste después del pago de los créditos contra la masa y los créditos con privilegio especial.
- 4.º Créditos ordinarios, se abonarán bajo el principio de igualdad de crédito, con el remanente de los pagos anteriores. En el supuesto que no existieren recursos para satisfacer a todos los acreedores, se abonarán a prorrata según su importe. La administración concursal abonará estos créditos según la liquidez de que disponga y lo podrá hacer en cuotas no inferiores al 5 por 100 del valor nominal del crédito.
- 5.º Créditos subordinados, sólo se abonarán después de la satisfacción total de los créditos ordinarios, lo que determina la probabilidad de que no sean pagados. El orden para su pago está dispuesto en el artículo 92 de la Ley ⁶¹.

⁶¹ Artículo 92. Son créditos subordinados: 1.º los que habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores o que, no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos en dicha lista por el juez, al resolver sobre la impugnación de ésta, salvo que se trate de créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, o que para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las Administraciones públicas, teniendo en todos estos casos el carácter que les corresponda según su naturaleza; 2.º los que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto a todos los demás créditos contra el deudor; 3.º los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía; 4.º créditos por multas y demás sanciones pecuniarias; 5.º aquellos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor, con algunas excepciones establecidas en la propia Ley; 6.º los que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado.

3.15. Responsabilidad de los administradores concursales.

Lo primero que es necesario señalar es que los presupuestos de la responsabilidad de los administradores son los mismos que los genéricos de la acción de responsabilidad extracontractual y que, como es sabido, son:

- 1.º La producción de un daño patrimonial que se exprese en la disminución de dicho patrimonio, así como también la ganancia dejada de percibir como consecuencia de dicho daño (lucro cesante, perjuicios). Al respecto, la jurisprudencia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en el sentido de que la mera infracción de una norma o las irregularidades de cualquier naturaleza no pueden servir de base a una acción de responsabilidad, si no se ha producido un daño.
- 2.º Que el daño ocasionado sea consecuencia de una conducta culposa, lo que significa una conducta negligente o intencionada.
- 3.º Que el daño y/o perjuicio ocasionado haya sido motivado por la conducta culposa del administrador

¿Ante quién responden los administradores concursales? Pues bien, responden frente al deudor y los acreedores, siempre que estén presentes las circunstancias anteriormente referidas.

¿De qué manera responden? En todos los casos lo harán solidariamente ⁶² (aun cuando se derive del ejercicio mancomunado de competencias) y, como ya se ha apuntado, de manera subjetiva, es decir, que se requiere que el daño o perjuicio producido tenga como causa una conducta culposa. Respecto a esto último, se precisa que debe tratarse de «actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia». No responderán los administradores colegiados que «prueben que no intervinieron en la adopción del acuerdo lesivo, que desconocían su existencia o, conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opuso expresamente a aquél» ⁶³.

Debe apuntarse que la administración concursal puede proponer al juez una distribución de las funciones entre sus miembros, lo que dará lugar en estos casos a una responsabilidad individual, cuando la conducta culposa se haya producido dentro del ámbito de las funciones que, tenga atribuida en concreto algún administrador.

Respecto a los auxiliares se prevé que responden solidariamente, conjuntamente con los administradores, de los actos u omisiones lesivos en que hayan incurrido, con la excepción de que estos últimos prueben haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño.

⁶² Podrá ser requerida a cualesquiera de ellos, independientemente de que con posterioridad éstos concreten cuál o cuáles de ellos son los verdaderos responsables.

⁶³ Resulta interesante, y por ello lo apuntamos, que la Ley alemana antes referida dispone que si el administrador no cumpliera sus obligaciones, el Tribunal puede determinar, previa conminación, una sanción pecuniaria contra él.

No será solidaria la responsabilidad de los administradores en los casos en que los mismos actúen ejerciendo competencias atribuidas individualmente a uno de ellos, en cuyo caso, la responsabilidad corresponderá a éste exclusivamente.

La acción de responsabilidad prescribe a los cuatro años, contados a partir de que el actor tuvo conocimiento de los daños y/o perjuicios ocasionados y, en todo caso, desde que los administradores concursales o los auxiliares hubiesen cesado en su cargo. La acción se ejercitará y sustanciará ante el juez que conozca o haya conocido el concurso.

Por otra parte, el artículo 74.3, relativo al plazo de presentación del informe de la administración concursal, añade a las anteriores medidas de responsabilidad, que cuando se incumpla dicho plazo, se perderá el derecho a la remuneración fijada por el juez del concurso y la devolución a la masa de las cantidades percibidas. Contra la resolución judicial que acuerde imponer esta sanción cabrá recurso de apelación.

3.15.1. Tipos de acciones de responsabilidad.

La Ley prevé dos tipos de acciones:

- A) La acción de responsabilidad en interés de la masa.
- B) La acción de responsabilidad individual.

Respecto a la primera, las personas legitimadas activamente para ejercitarla son el deudor, en su calidad de titular del patrimonio sujeto a concurso, y los acreedores, ya que son éstos los titulares de derechos de crédito contra aquél. Así, de esta manera, ambos podrán reclamar la reparación de los daños y/o perjuicios causados por los administradores concursales o los auxiliares delegados a la masa del concurso.

En este caso esos daños han afectado el patrimonio del deudor y es dicho patrimonio el que deberá ser restituido. Respecto a ello la Ley dispone que si la acción prosperara y se obtuviera una sentencia que condene a indemnizar daños y/o perjuicios, el acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa, tiene derecho a que, con cargo a la cantidad percibida, se le reembolsen los gastos necesarios en que haya incurrido (art. 36.6). El mecanismo es el siguiente: la indemnización se integra a la masa, pero con un crédito a favor del acreedor (que ha ejercitado la acción) y comprenderá los gastos derivados de dicho ejercicio.

Respecto a las acciones individuales, la Ley reconoce las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, acreedores o terceros, por actos u omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados que lesionen directamente los intereses de aquéllos.

Como se advierte aquí la acción no va dirigida en interés de la masa ya que no es ésta la afectada por los actos de los administradores y de los auxiliares. En este caso los perjuicios se han producido directamente sobre el deudor, los acreedores o los terceros.

La nueva Ley es omisa en cuanto a los recursos con los cuales se hará frente a las responsabilidades civiles que puedan derivarse de la actuación de los administradores como sí lo hacía el Anteproyecto de 1983 al establecer la necesidad de que los síndicos, además de reunir las condiciones necesarias debían prever los recursos necesarios para posibles responsabilidades.

4. CONCLUSIONES GENERALES

La nueva Ley de Concurso ofrece un nuevo estatus jurídico a la administración concursal, concibiéndola como órgano independiente que colabora con el órgano jurisdiccional, lo que representa un paso de avance respecto a la legislación anterior en cuanto que ésta se limitaba a representar los intereses de los acreedores y del deudor. Hoy día podemos afirmar que la legislación concreta un reglamento específico respecto a la administración del concurso.

Esta Ley podemos afirmar que regula con gran rigor técnico las cuestiones relativas a los requisitos, estructura y funcionamiento de la administración concursal.

Las funciones de la administración están reglamentadas de manera flexible, no se establece en forma de *numerus clausus*, lo que permite una mejor adecuación a las características del concurso. Sin embargo, independientemente de que en el artículo 35 se expresan una serie de principios de actuación, para conocer cuáles son concretamente estas funciones es necesario revisar toda la Ley. La especialización de la administración concursal, así como la agilidad y brevedad en los plazos para el buen éxito del procedimiento provoca un recorte de los tiempos y, por tanto, un recorte de los costes del procedimiento. Además, la especialización origina no sólo el buen desarrollo sino también que sea factible este recorte de tiempos.

Respecto de los miembros que integran la administración concursal, la nueva Ley ha unificado las diversas figuras existentes en la legislación anterior (comisario, depositario, síndicos e interventores) en un único órgano con una única denominación en consonancia con lo disciplinado no sólo en el ámbito comunitario, Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia comunitaria, sino con relación a las diversas legislaciones concursales de países como Alemania, Inglaterra, Portugal e Italia en sus últimas reformas.

Los requisitos exigidos a los miembros que integran esta administración consideramos que se corresponden con las funciones que deben realizar. Sobre los auditores de cuentas y los economistas o titulados mercantiles, queda demostrado a través de la reglamentación a que están sometidos estos profesionales.

La participación del abogado en la administración es muy útil, pero en este caso debe exigirse una formación y experiencia especializada en cuestiones mercantiles y concursales en particular.

Los administradores concursales son designados por el juez (en lugar de los acreedores como sucede con la legislación anterior) pero ello no constituye un obstáculo para actuar con la necesaria independencia en el ejercicio del cargo, ejemplo de lo cual son múltiples las funciones que les atribuye la nueva Ley de Concurso con carácter exclusivo, es decir, sin que el juez pueda disponer sobre ellas; sin embargo, ello no excluye la facultad del juez para realizar las funciones de supervisión de las actuaciones de la administración dado que a él corresponde ser el rector del proceso.

La función fundamental del órgano de administración es la de intervenir o sustituir al deudor en el ejercicio de sus facultades patrimoniales y también en las actuaciones judiciales.

Es importante la forma en que se regulan en la Ley las cuestiones relativas a la elaboración, programación, desarrollo y ejecución del informe que este órgano proporciona para poder solventar la situación de insolvencia o decidir si lo que procede es su disolución.

No obstante lo anterior, consideramos que en la Ley se podía haber recogido de forma más concreta el contenido de documentos tan importantes como los planes de continuación y de liquidación, al menos debió haberse plasmado su estructura y contenido como pieza que ha de complementar la buena ejecución del convenio y, en definitiva, del concurso.

Por último, coincidimos con el parecer de VAN HEMMEN ⁶⁴ al decir que se «exigirá al juez y a los operadores concursales una gran formación en el análisis financiero-contable de la empresa, así como el dominio de las herramientas del análisis industrial. Asimismo, cuanto mayores sean las atribuciones de los administradores concursales, mayor necesidad habrá de controles internos y/o externos sobre su actuación ya que de lo contrario se producirán elevados costes de agencia. Por último, tras la reforma, los concursos van a plantear importantes riesgos a los gestores y administradores lo que, *ex ante*, puede inducirles a tomar decisiones subóptimas para el valor de las empresas, dificultando la contratación de directivos válidos para la resolución pre-contractual de la crisis».

ANEXOS. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL Y EL CONCURSO

COMPOSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Un abogado	Un auditor de cuentas o Un economista o Un titulado mercantil	Un acreedor
------------	---	-------------

⁶⁴ VAN HEMMEN, E. «La economía de la reforma...». *Op. cit.* pág. 71.

NOMBRAMIENTO, ACEPTACIÓN Y RECUSACIÓN

Nombramiento: son nombrados por el juez del concurso.

Aceptación del cargo: el designado tiene 5 días de plazo para presentarse en el juzgado y manifestar si acepta o no el cargo.

Recusación: cualquier persona legitimada para solicitar la declaración del concurso puede recusar a los administradores concursales. La recusación no produce efectos hasta que se produzca una resolución favorable a ésta.

INCAPACIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES

Incapacidades	Incompatibilidades	Prohibiciones
Quienes no puedan ser administradores de sociedades anónimas. Administradores de concurso separados de este cargo en los 2 años anteriores. Los inhabilitados temporalmente como consecuencia de la desaprobación de las cuentas presentadas en un concurso anterior.	Quienes hubiesen prestado sus servicios profesionales al deudor o a personas vinculadas a éste, especialmente en los últimos 3 años. Quienes durante dicho plazo hubieren compartido con el deudor el ejercicio de actividades profesionales de la misma o distinta naturaleza. El acreedor que sea competidor del deudor o forme parte de un grupo de empresas en el que figure la entidad competidora.	Abogados, auditores, economistas o titulados mercantiles que hubieran sido designados para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos anteriores. En un mismo concurso no pueden ser nombrados administradores personas vinculadas entre sí, personal o profesionalmente

AUXILIARES DELEGADOS

Especialistas solicitados por la administración concursal al juez en los que podrán delegar algunas funciones, entre ellas, las concernientes a la actividad del deudor.

FORMA DE FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Como regla general funcionará de manera colegiada, tomándose los acuerdos por mayoría, de no lograrse ésta resolverá el juez.

RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

Se hará con cargo a la masa.

Se reglamentará mediante un arancel que tendrá en cuenta:

- A) Situación real del activo y el pasivo de la entidad.
- B) La complejidad del proceso.

El juez fijará la cuantía de la retribución previo informe de la administración concursal.

ALGUNAS DE LAS FUNCIONES QUE DESEMPEÑAN

- Llevanza de los libros obligatorios y demás documentos y registros concernientes a la actividad empresarial.
- Supervisión de las cuentas anuales durante la tramitación del concurso en el supuesto de intervención.
- Formulación de la cuentas anuales en caso de suspensión del deudor.
- Solicitud al juez del cierre de la totalidad o parte de las oficinas, explotaciones o establecimientos de que fuera titular el deudor.
- Ejercicio de las acciones de responsabilidad contra el deudor
- Solicitar al juez la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado.
- Reconocimiento de los créditos como privilegiados, ordinarios y subordinados.

INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

- Deberá presentarse dentro de los 2 meses de producirse la aceptación del puesto por parte de 2 de los administradores y podrá prorrogarse 1 mes a solicitud de la administración concursal al juez.

Contenido:

- A) Análisis de los datos y circunstancias del deudor expresados en una memoria.
- B) Estado de la contabilidad del deudor y, en su caso, juicio sobre las cuentas, estados financieros, e informes, entre otros.

Se adjuntarán:

- 1.º Inventario de la masa activa.
- 2.º Lista de acreedores.
- 3.º Escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubieren presentado.

Concluye con:

La exposición motivada de los administradores concursales sobre la situación patrimonial del deudor y cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso.

.../...

.../...

Publicidad del informe

Se hará en igual forma que la publicidad de la solicitud del concurso.

El juez podrá acordar, de oficio o a instancia de interesado, cualquier publicidad complementaria que considere oportuna.

IMPUGNACIÓN DEL INFORME

Podrá hacerla cualquier interesado respecto al inventario y la lista de acreedores.

El juez, de oficio, podrá acumularlas cuando se presenten varias impugnaciones y resolverlas conjuntamente.

La administración concursal, en el plazo de 5 días a partir de la última sentencia resolutoria de las impugnaciones, presentará al juez los textos definitivos así como una relación actualizada de los créditos contra la masa, devengados y pendientes de pago.

LA MEMORIA

Este documento sólo se exige a la administración concursal cuando el deudor no queda al frente del negocio. Debe incluir:

- La historia jurídica y económica de aquél.
- Las actividades realizadas en los últimos 3 años.
- Los establecimientos, oficinas y explotaciones de la que sea titular.
- Las causas que motivan su estado de insolvencia.
- Las valoraciones y propuestas acerca de la viabilidad patrimonial.
- El estado de la contabilidad y, en su caso, un inventario de los bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y lugar en que se encuentren, entre otros aspectos.
- Los datos de identificación registral, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual.

Los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y datos de identificación.

MASA ACTIVA

Son los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento.

Excepciones:

A) Bienes inembargables y

B) Titulares de créditos con privilegios sobre los buques y las aeronaves, los cuales podrán separarlos de la masa activa mediante el ejercicio de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica.

Su inventario

Lo elabora la administración concursal a la mayor brevedad posible y contendrá:

- Relación y avalúo de los bienes y derechos del deudor el día anterior a la emisión del informe.
- Relación de todos los litigios cuyo resultado pueda afectar a su contenido.
- Posibilidad de que la administración concursal pida asesoramiento de expertos independientes.

MASA PASIVA

Constituida por los créditos contra el deudor común que, de conformidad con la ley, no tengan la consideración de créditos contra la masa.

Su formación

Los acreedores deben comunicar por escrito la existencia de sus créditos a la administración concursal. Esta última determinará la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos que le hayan sido comunicados.

Se incluyen necesariamente los créditos que hayan sido reconocidos por laudo o sentencia.

La ley prevé supuestos especiales de reconocimiento como por ejemplo, los créditos sometidos a condición resolutoria, a condición suspensiva, los créditos afianzados por terceros, etc.

CLASES DE CRÉDITOS**• Privilegiados:**

A) Con privilegio especial.

Si afectan a determinados bienes o derechos tales como por ejemplo: los garantizados con hipoteca, con prenda, el arrendamiento financiero, y otros.

B) Con privilegio general.

Si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor, por ejemplo: los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial; las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social; créditos por responsabilidad civil extracontractual y otros.

• Subordinados.

Aquellos comunicados tardíamente pero que son incluidos en la lista de acreedores o los que, no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos por el juez en dicha lista; créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor; los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias, entre otros.

EL CONVENIO: FINAL DE LA FASE COMÚN DEL CONCURSO

La propuesta de convenio se hará por escrito, firmada por el deudor y los acreedores, deberá contener distintas alternativas.

La adhesión de los acreedores a algunas de las alternativas se producirá en la asamblea de acreedores que acepte el convenio o en el plazo que éste señale.

CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

Con carácter preceptivo incluirá la asunción, por el adquirente, de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores.

PLAN DE PAGOS

- Deberá acompañarse un plan de pagos detallado que incluya los recursos previstos para su cumplimiento.
- En los casos en que para cumplir el convenio se prevea contar con los recursos generados por la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá acompañarse de un plan de viabilidad donde se especifiquen los recursos necesarios, medios y condiciones para su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros.
- Salvo excepción, la propuesta de convenio no puede estar sometida a cualquier clase de condición.

ADHESIONES A LA PROPUESTA DE CONVENIO

Los acreedores podrán adherirse a cualquier propuesta de convenio en los plazos establecidos y la adhesión no puede introducir modificaciones ni condicionamiento alguno.

PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO

Puede ser presentada ante el juez por el deudor que no hubiese pedido la liquidación y no se hallare afectado por las prohibiciones del artículo 105, entre las cuales están, por ejemplo: el haber sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la hacienda pública, la seguridad social o contra los derechos de los trabajadores, entre otras.

ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA PROPUESTA ANTICIPADA

Si se presenta junto con la solicitud de concurso voluntario o antes de la declaración judicial de éste, el juez resolverá sobre su admisión en el mismo auto de declaración del concurso.

En los demás casos, el juez, dentro de los 3 días siguientes al de presentación de la propuesta, resolverá mediante auto motivado sobre su admisión a trámite.

Admitida a trámite, el juez dará traslado de ella a la administración concursal para que la evalúe en el plazo de 10 días.

Si la evaluación es favorable, se unirá al informe de la administración concursal.

De ser desfavorable o contuviere reservas, se presentará en el menor plazo al juez, quien podrá dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada o la continuación de su tramitación. Contra el auto dictado por el juez al respecto no cabrá recurso alguno.

Admitida a trámite la propuesta anticipada y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, cualquier acreedor podrá manifestar su adhesión a la propuesta.

APROBACIÓN JUDICIAL DEL CONVENIO

Transcurridos 5 días desde la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, el juez verificará si las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legalmente exigida y, mediante providencia, proclamará el resultado.

Si la alcanza, el juez dictará sentencia aprobatoria, salvo que se haya presentado oposición al convenio o éste sea rechazado por aquél.

Si no la alcanza, dictará auto abriendo la fase de convenio o de liquidación según corresponda.

La sentencia aprobatoria pondrá fin a la fase común del concurso y, sin apertura de la fase de convenio, declarará aprobado éste.

APERTURA DE LA FASE DE CONVENIO (NO ANTICIPADO)**1. Auto de apertura.**

Auto que pone fin a la fase común del concurso; ordenando la formación de la sección quinta y ordenando la convocatoria de la junta de acreedores.

2. Presentación de la propuesta de convenio.

Podrá hacerla el concursado que no hubiere presentado solicitud de convenio anticipado ni tuviere presentada la liquidación, así como los acreedores cuyos créditos superen la 5.ª parte del pasivo.

3. Admisión a trámite de la propuesta.

El juez admitirá a trámite las propuestas de solicitud de convenio si cumplen las condiciones de tiempo y forma, en caso contrario notificará al concursado y, en su caso, a los acreedores para su subsanación. Admitida a trámite no podrá ser revocada ni modificada.

Tramitación de la propuesta.

Traslado a la administración concursal de la propuesta para que la evalúe y emita, dentro de 10 días, un escrito de evaluación que se pondrá de manifiesto en la secretaría del juzgado desde el día de su presentación al juez.

JUNTA DE ACREEDORES

Personas que deben asistir a la junta:

- El juez, que salvo excepciones la presidirá.
- Los miembros de la administración concursal.
- El concursado, personalmente o mediante representación; los acreedores, personalmente o mediante representación.

ASUNTOS OBJETO DE DELIBERACIÓN Y VOTACIÓN

- 1.º La propuesta presentada por el concursado.
- 2.º Las presentadas por los acreedores, cuando no se hubiese aceptado la del concursado.
- 3.º Concluido el debate, el presidente someterá la propuesta a votación nominal y por llamamiento de los acreedores asistentes. Éstos podrán emitir el voto en el sentido que estimen conveniente, aunque hubieren firmado la propuesta o se hubieren adherido a ella.

APROBACIÓN JUDICIAL DEL CONVENIO

El día de conclusión de la junta, o el siguiente día hábil, el secretario presentará al juez el acta y, en su caso, someterá a la aprobación de éste el convenio aceptado.

OPOSICIÓN AL CONVENIO

Se tramitará por los cauces del incidente concursal mediante sentencia que aprobará o rechazará el convenio aceptado. En ningún caso podrá modificarlo, no obstante, en todo caso el juez podrá subsanar errores materiales o de cálculo.

Si se estimase la oposición por infracción legal en la constitución de la junta, el juez convocará una nueva junta con los mismos requisitos de la anterior, que se celebrará dentro del mes siguiente a la fecha de la sentencia.

Si se estimase la oposición por infracción legal en el contenido del convenio o inviabilidad objetiva de su cumplimiento, la sentencia declarará rechazado el convenio. Podrá presentarse recurso de apelación contra dicha sentencia.

MEDIDAS CAUTELARES

Pueden ser tomadas por el juez, al admitir a trámite la oposición y emplazar a las partes para que contesten.

RESOLUCIÓN JUDICIAL

De no existir oposición, el juez dictará sentencia aprobando el convenio aceptado por la junta, con la excepción de que aquél rechazara de oficio el convenio, haya sido formulado o no oposición, si apreciare que infringe algunas de las normas de esta ley sobre el contenido del convenio, entre otras. Adquiere plena eficacia desde la fecha de la sentencia que lo apruebe, salvo que ésta sea recurrida y quede afectado por las consecuencias del acuerdo de suspensión que, en su caso, adopte el juez.

EJECUCIÓN DEL CONVENIO

El deudor no podrá incumplir las medidas de carácter prohibitivo o limitativo establecidas en el convenio. El deudor debe informar al juez semestralmente acerca del cumplimiento del convenio.

CUMPLIMIENTO O INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO

El auto de declaración de cumplimiento y transcurrido el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o, en su caso, rechazadas por resolución judicial firme las que se hubieren ejercitado, el juez dictará auto de conclusión del concurso al que se dará la publicidad prevista para el auto de declaración del concurso.

Fase de liquidación.

La liquidación podrá ser solicitada por:

El deudor: con la solicitud del concurso voluntario y durante el período comprendido desde la declaración del concurso hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores.

Acreedores, en el caso de que el deudor deba pedir la liquidación, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de incumplimiento generalizado de obligaciones tales como el pago de obligaciones tributarias, cuotas de la Seguridad Social y otras.

De oficio por el juez, en los siguientes casos:

- 1.º No presentarse dentro del plazo legal ninguna de las propuestas de convenio o no haber sido admitida a trámite las que hubieren sido presentadas.
- 2.º No haberse aceptado ninguna propuesta de convenio en la junta de acreedores.
- 3.º Haberse rechazado por resolución judicial firme el convenio aceptado en junta de acreedores sin que proceda acordar nueva convocatoria.
- 4.º Haberse declarado por resolución judicial firme la nulidad del convenio aprobado por el juez.
- 5.º Haberse declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio.

A la resolución judicial que declare la apertura de la fase de liquidación se dará igual publicidad que a la declaración del concurso.

El juez tramitará la solicitud y resolverá, mediante auto, si procede o no abrir la liquidación.

PLAN DE LIQUIDACIÓN

Su presentación

Será presentado por la administración concursal en los 15 días posteriores al de la notificación de ésta de la apertura de la fase de liquidación.

El juez podrá ampliar este plazo por un período igual, a petición de la administración concursal.

Su contenido

Deberá contener las medidas para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos.

Publicidad

El juez ordenará poner de manifiesto el plan en la secretaría del juzgado y en los lugares que a este efecto designe a fin de que el deudor y los acreedores puedan formular observaciones o modificaciones.

.../...

.../...

Aprobación del plan.

Dentro de los 15 días siguientes y no habiéndose presentado ninguna observación, el juez dictará auto declarando aprobado el plan: a) en los términos en que se presentó; b) introduciendo modificaciones o; c) conforme a las reglas legales supletorias.

Contra este auto se podrá interponer recurso de apelación.

EFFECTOS DE LA LIQUIDACIÓN**Sobre el concursado:**

Suspensión del ejercicio de las facultades de administración sobre la masa.

Persona natural:

Pérdida del derecho de alimentos con cargo a la masa.

Persona jurídica: cese de los administradores y liquidadores que son sustituidos por la administración concursal.

Sobre los créditos concursales:

Vencimiento anticipado de los créditos aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones.

Efectos generales:

Continúan aplicándose las reglas relativas a los efectos de la declaración del concurso.

INFORMES SOBRE LA LIQUIDACIÓN

- Serán trimestrales y mostrarán el estado de las operaciones. Quedará de manifiesto en la secretaría del juzgado.

PAGO A LOS ACREEDORES**Créditos contra la masa:**

Se satisfarán a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea su naturaleza.

Las deducciones para estos pagos se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial.

Créditos con privilegio especial:

Su pago se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva.

.../...

.../...

En caso de acreedores con garantía real sobre los bienes del concursado o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración del concurso, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de los créditos con privilegio especial, que optan por atender su pago contra la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. La administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa.

Pago de créditos con privilegio general:

Se efectúa después de deducidos de la masa activa:

- A) Los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa.
- B) Los que sean con cargo a los bienes no afectos al privilegio especial, o al remanente que de ellos quede una vez pagados estos créditos.

Pago de créditos ordinarios:

Se efectúa con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados.

Son satisfechos a prorrata, conjuntamente con los créditos con privilegio especial, en la parte en que éstos no hubieren sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos.

Pago de créditos subordinados:

Se efectúa después de que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios.

Pago anticipado: (antes del vencimiento que tuviere a la fecha de apertura de la liquidación)

Se efectúa mediante el descuento correspondiente, calculado al tipo de interés legal.

CONCLUSIÓN DEL CONCURSO Y ARCHIVO DE LAS ACTUACIONES. CAUSAS:

- Cuando es firme el auto de la audiencia provincial que revoque en apelación el auto de declaración del concurso.
- Cuando es firme el auto que declare el cumplimiento. Y sean rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento.
- En cualquier estado del procedimiento, cuando se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos.
- Una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos.

En los 3 últimos casos, la conclusión se acordará mediante auto que se pondrá de manifiesto por 15 días a todas las partes personadas a fin de que puedan oponerse.

Contra el auto que acuerde la conclusión del concurso no cabrá recurso alguno.

Contra la sentencia que resuelva la oposición cabrá recurso de apelación.

EFFECTOS

- 1.º Cesan las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación.
- 2.º Cuando la causa de conclusión sea la inexistencia de bienes y derechos, el deudor responderá del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso.
- 3.º Si se trata de la misma causa anterior siendo el deudor persona jurídica, la resolución judicial que la declare acordará su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda.

REAPERTURA

Tendrá la consideración de reapertura la declaración de concurso de deudor persona natural dentro de los 5 años siguientes a la conclusión de otro anterior por inexistencia de bienes y derechos. La reapertura será declarada en el mismo juzgado que conoció de éste, se tramitará en el mismo procedimiento y se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad.

BIBLIOGRAFÍA

Además de la bibliografía referenciada en las notas a pie de página, las autoras han consultado:

ÁNGEL YAGÜEZ, R. «Responsabilidad del profesional asesor, perito judicial y auditor». Ponencia en el *XII Congreso Nacional de Titulados Mercantiles y Empresariales*, Granada, 3 de mayo de 1995.

GONZÁLEZ AGUADO, G. «Práctica Concursal en Función de los Órganos del Concurso» en *Crisis Económica y Derecho Concursal*, Consejo General de Colegios de Economistas de España», Ediciones Gráficas Ortega, Madrid 1989.

CONTABILIDAD	CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC	Núm. 80/2004
---------------------	-------------------------------------	-------------------------



JOSÉ LUIS ÁLVAREZ CARRIAZO
JAVIER ROMANO APARICIO

Profesores del CEF

BOICAC núm. 56, diciembre de 2003. Consulta 2

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable del régimen simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Respuesta:

El tratamiento contable de los Regímenes Especiales establecidos en el Impuesto sobre el Valor Añadido y en el Impuesto General Indirecto Canario se encuentra recogido en la Resolución de 20 de enero de 1997 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

No obstante, tras las modificaciones sufridas en la regulación específica de ambos tributos, el tratamiento contable contenido en dicha resolución resulta parcialmente inaplicable. En este sentido, para la contabilización de las operaciones sometidas al régimen simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido y del Impuesto General Indirecto Canario resultarán de aplicación los siguientes criterios:

1. El impuesto soportado por las operaciones corrientes relativas a bienes y servicios afectados a la actividad, comprendidas en la normativa del tributo para el régimen simplificado, formará parte del precio de adquisición o coste de producción de las mismas.

El impuesto soportado en operaciones excluidas del régimen simplificado, en cuanto resulte deducible de acuerdo con la normativa del tributo, no formará parte del precio de adquisición o coste de producción de los mismos.

2. El impuesto repercutido con motivo de la realización de las operaciones comprendidas en el régimen simplificado, se registrará conjuntamente con el importe del ingreso derivado de la operación, excepto para las operaciones excluidas de dicho régimen.
3. Se entiende por operaciones excluidas del régimen simplificado aquellas que, estando establecidas taxativamente por ley, incrementan o disminuyen la cuota derivada del régimen simplificado.
4. Al final de cada período de liquidación, la cuota derivada del régimen simplificado se contabilizará como un gasto, para lo que se podrá emplear la cuenta a que se refiere la norma octava de la Resolución de 20 de enero de 1997.
5. Cuando la fecha de cierre del ejercicio no coincida con el final de un período de liquidación, se deberá reflejar el gasto correspondiente hasta la fecha de cierre.

Con objeto de formular las cuentas anuales, el importe que debe figurar en las partidas correspondientes a los ingresos de la cuenta de pérdidas y ganancias, se incluirá neto del impuesto repercutido, ajustándose la cifra de ingresos por dicho importe, pudiéndose emplear como contrapartida la cuenta a que se refiere la norma octava de la Resolución de 20 de enero de 1997.

En cuanto a los movimientos de las subcuentas 6371. Régimen Simplificado, IVA y 6372. Régimen simplificado, IGIC, se cargarán por el importe de la cuota derivada del régimen simplificado con abono a las cuentas 472 y 473.

EJEMPLO:

Don Rafael Romero González desarrolla, desde hace cinco años, la actividad económica de restauración, a través de la dirección y gestión de un restaurante en Madrid capital, ocupando un local que tiene alquilado al efecto.

El importe del gasto del arrendamiento del local asciende a 1.200 euros mensuales, más el 16% de IVA.

El restaurante, según la normativa de la Dirección General de Turismo de la Comunidad de Madrid, está calificado con la categoría de dos tenedores.

Desde el inicio de su actividad, don Rafael está acogido al régimen especial simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido, pues nunca ha renunciado al mismo y cumple todos los requisitos fiscales necesarios para ello, presentando el 1 de enero de 2004, a efectos del mismo, los siguientes valores de sus correspondientes módulos:

Personal empleado:

En el restaurante trabaja el titular y cuatro empleados, los cinco a tiempo completo todo el año.

.../...

.../...

Potencia eléctrica contratada:

50 Kw.

Mesas:

10 mesas para 4 comensales.

4 mesas para 2 comensales.

Máquinas:

Tipo «A» 1 máquina.

Tipo «B» 1 máquina.

Estos módulos se mantienen a lo largo del ejercicio de 2004, incrementándose durante el año solamente el personal empleado de la forma siguiente:

- Desde el 1 de marzo hasta el 31 de diciembre, trabajó otro empleado de 18 años de edad, un total de 450 horas.
- Desde el 1 de octubre hasta el 31 de diciembre, otros dos empleados, 810 horas cada uno de ellos.

Las operaciones corrientes realizadas durante el ejercicio 2004 con trascendencia en el IVA, por estar sujetas y no exentas del mismo, agrupadas por trimestres para abreviar su contabilización, han tenido los siguientes importes, expresados en euros:

	Primer trimestre	Segundo trimestre	Tercer trimestre	Cuarto trimestre
Compras de alimentos	20.000	22.000	24.000	35.000
Arrendamiento local (retención 15%) .	3.600	3.600	3.600	3.600
Gastos gestoría (profesional independiente, retención 15%)	200	200	200	200
Energía eléctrica	400	420	410	390
Ingresos por comidas	100.000	110.000	90.000	120.000

Con objeto de simplificar los cálculos, supongamos que las compras de alimentos y los ingresos por comidas se facturan con un tipo de IVA del 7% y los demás gastos con un tipo del 16%.

Además de las operaciones corrientes antes indicadas, se han realizado las siguientes no corrientes:

- El 15 de marzo de 2004, la empresa adquirió diverso mobiliario por 800 euros.
- El 1 de julio de 2004, se vendió un ordenador electrónico por 1.000 euros, habiendo sido su precio de adquisición de 1.600 euros, y su amortización acumulada hasta ese momento de 700 euros.
- El 12 de septiembre se realizó la adquisición intracomunitaria de una vajilla procedente de Alemania, cuyo proveedor alemán la facturó en 500 euros.
- El 20 de diciembre se llevó a cabo una adquisición intracomunitaria de alimentos procedentes de Francia, cuyo proveedor francés los facturó en 600 euros.

.../...

.../...

El tipo de IVA correspondiente a estas operaciones es del 16%, con excepción de los alimentos que es del 7%.

El restaurante que regenta don Ricardo Romero, a cuya actividad económica es aplicable el régimen simplificado del IVA, ha cumplido durante el año 2003 los requisitos legalmente exigibles para estar acogido en 2004 a dicho régimen, pues:

- El señor Romero, como sujeto pasivo del impuesto, es persona física.
- Solamente realiza la actividad económica de restauración.
- Su volumen de ingresos anuales en el conjunto de sus actividades no superó 450.000 euros.
- Su volumen de compras en bienes y servicios para el conjunto de todas sus actividades no superó los 300.000 euros.
- No tuvo más de 10 personas empleadas.
- No ha quedado excluido de la aplicación del régimen de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

SE PIDE:

- 1.º Contabilizar las operaciones corrientes de la empresa correspondientes a los cuatro trimestres del ejercicio.
- 2.º Cálculo y contabilización de los ingresos a cuenta trimestrales.
- 3.º Contabilización de las operaciones no corrientes.
- 4.º Cálculo de la cuota anual de régimen simplificado.
- 5.º Resultado de la declaración-liquidación final y contabilización de la misma.
- 6.º Ajustar la cuenta de ingresos, para que su saldo quede neto del IVA repercutido.
- 7.º Calcular el beneficio económico que obtiene este empresario en relación con el IVA, al estar acogido al régimen simplificado, en lugar de al régimen general.

NOTAS:

- Supongamos que todas las operaciones del período se efectúan al contado.
- Los módulos del régimen especial simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido, para el ejercicio de 2004, que establece la Orden HAC/3313/2003 de 28 de noviembre, correspondientes a la:

Actividad: Restaurantes de dos tenedores.
Epígrafe IAE: 671.4

son los siguientes:

Módulo	Definición	Unidad	Cuota devengada anual por unidad (€)
1	Personal empleado	Persona	2.128,93
2	Potencia eléctrica	Kw. contratado	107,07
3	Mesas	Mesa	119,67
4	Máquinas tipo «A»	Máquina tipo «A»	170,06
5	Máquinas tipo «B»	Máquina tipo «B»	598,37
6	Importe total de las comisiones por loterías	Euro	0,16
Cuota mínima por operaciones corrientes: 13% de la cuota devengada por operaciones corrientes.			
NOTA: La cuota resultante de la aplicación de los signos o módulos anteriores incluye, en su caso, la derivada de máquinas de recreo tales como billar, fútbolín, dardos, etc..., así como de los expositores de cintas, vídeos, compact-disc, expendedores de bolas, etc..., máquinas de juegos infantiles, máquinas reproductoras de compact-disc y vídeos musicales, loterías y el servicio de uso de teléfono, siempre que se realicen con carácter accesorio a la actividad principal.			

.../...

.../...

Solución:

La Resolución de 20 de enero de 1997, del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas por la que se desarrolla el tratamiento contable de los regímenes especiales establecidos en el Impuesto sobre el Valor Añadido y en el Impuesto General Indirecto Canario, no resulta en la actualidad aplicable en su totalidad en relación con el régimen simplificado del IVA y el del IGIC, según se indica en la respuesta a la consulta comentada.

Su **inaplicabilidad parcial** es debida a que, como resultado de las conclusiones a las que llegó la Comisión interministerial para el estudio y propuesta de medidas sobre la fiscalidad de las pequeñas y medianas empresas, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, estableció a partir de 1998 un nuevo régimen simplificado en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

El Régimen simplificado del IVA trata de **reducir las obligaciones fiscales formales** de ciertos empresarios, personas físicas, que ejercen determinadas actividades y que no rebasan diversas magnitudes económicas.

Actualmente, desde el punto de vista fiscal, el régimen simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido esta regulado por:

- Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor añadido.
TÍTULO IX, Capítulo II, artículos 122 y 123.
- Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido.
TÍTULO VIII, Capítulo II, artículos 34 a 42.

La Orden HAC/3313/2003, de 28 de noviembre, desarrolla para el año 2004 el régimen especial simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido, estableciendo las actividades o sectores de actividad a que es aplicable, siempre que cumplan ciertas condiciones que se fijan expresamente, determinando los índices y módulos correspondientes y dando las instrucciones para su aplicación. A los sujetos pasivos que reúnan dichas circunstancias se les aplicará este régimen simplificado, salvo que renuncien al mismo en la forma y plazos establecidos reglamentariamente.

En la nueva regulación del régimen simplificado, la **deducibilidad de las cuotas soportadas** en las adquisiciones de bienes y servicios prácticamente **se equipara** a la prevista en el régimen general, aplicándose los índices y módulos exclusivamente para calcular de forma estimada la «cuota devengada por operaciones corrientes», equivalente al IVA repercutido por dichas operaciones.

Los sujetos pasivos acogidos al régimen simplificado deberán llevar un libro registro de facturas recibidas, en el que se anotarán las facturas y documentos relativos a las adquisiciones e importaciones de bienes y servicios por los que se haya soportado o satisfecho el IVA, y destinados a su utilización en las actividades por las que resulte de aplicación este régimen especial. Además, deberán conservar durante cuatro años, en general, tanto las facturas recibidas como las emitidas.

La respuesta del ICAC a la consulta que comentamos trata de **actualizar** el tratamiento contable del régimen simplificado, modificando la norma Primera de la Resolución del ICAC anteriormente indicada, relativa a su tratamiento contable.

.../...

.../...

1.º CONTABILIZAR LAS OPERACIONES CORRIENTES DE LA EMPRESA, CORRESPONDIENTES A LOS CUATRO TRIMESTRES DEL EJERCICIO**Por las compras de alimentos:**

Primer trimestre:

21.400	Compras de alimentos (601)		
	(20.000 + 0,07 × 20.000)		
	a Tesorería (57)	21.400	

Según la respuesta a la consulta comentada: «1. El impuesto soportado por las operaciones corrientes relativas a bienes y servicios afectados a la actividad, comprendidas en la normativa del tributo para el régimen simplificado, formará parte del precio de adquisición o coste de producción de la mismas.»

_____ x _____

Segundo trimestre:

23.540	Compras de alimentos (601)		
	(22.000 + 0,07 × 22.000)		
	a Tesorería (57)	23.540	

_____ x _____

Tercer trimestre:

25.680	Compras de alimentos (601)		
	(24.000 + 0,07 × 24.000)		
	a Tesorería (57)	25.680	

_____ x _____

Cuarto trimestre:

37.450	Compras de alimentos (601)		
	(35.000 + 0,07 × 35.000)		
	a Tesorería (57)	37.450	

_____ x _____

Por los gastos del arrendamiento del local:

Primer trimestre:

4.176	Arrendamientos y cánones (621)		
	(3.600 + 0,16 × 3.600)		
	a Hacienda Pública, acreedor por retenciones practicadas (4751)	540	
	(0,15 × 3.600)		
	a Tesorería (57)	3.636	

_____ x _____

.../...

.../...

Segundo trimestre:

4.176	Arrendamientos y cánones (621)		
	(3.600 + 0,16 x 3.600)		
	a Hacienda Pública, acreedor por retenciones practicadas (4751)	540	
	(0,15 x 3.600)		
	a Tesorería (57)	3.636	
	_____ x _____		

Tercer trimestre:

4.176	Arrendamientos y cánones (621)		
	(3.600 + 0,16 x 3.600)		
	a Hacienda Pública, acreedor por retenciones practicadas (4751)	540	
	(0,15 x 3.600)		
	a Tesorería (57)	3.636	
	_____ x _____		

Cuarto trimestre:

4.176	Arrendamientos y cánones (621)		
	(3.600 + 0,16 x 3.600)		
	a Hacienda Pública, acreedor por retenciones practicadas (4751)	540	
	(0,15 x 3.600)		
	a Tesorería (57)	3.636	
	_____ x _____		

Por los servicios de la gestoría:

Primer trimestre:

232	Servicios de profesionales independientes (623)		
	(200 + 0,16 x 200)		
	a Hacienda Pública, acreedor por retenciones practicadas (4751)	30	
	(0,15 x 200)		
	a Tesorería (57)	202	
	_____ x _____		

.../...

.../...			
Segundo trimestre:			
232	Servicios de profesionales independientes (623) (200 + 0,16 × 200)		
	a Hacienda pública, acreedor por retenciones practicadas (4751) (0,15 × 200)	30	
	a Tesorería (57)	202	
	_____ x _____		
Tercer trimestre:			
232	Servicios de profesionales independientes (623) (200 + 0,16 × 200)		
	a Hacienda pública, acreedor por retenciones practicadas (4751) (0,15 × 200)	30	
	a Tesorería (57)	202	
	_____ x _____		
Cuarto trimestre:			
232	Servicios de profesionales independientes (623) (200 + 0,16 × 200)		
	a Hacienda pública, acreedor por retenciones practicadas (4751) (0,15 × 200)	30	
	a Tesorería (57)	202	
	_____ x _____		
Por el consumo de energía eléctrica:			
Primer trimestre:			
464	Suministros (628) (400 + 0,16 × 400)		
	a Tesorería (57)	464	
	_____ x _____		
Segundo trimestre:			
487,20	Suministros (628) (420 + 0,16 × 420)		
	a Tesorería (57)	487,20	
	_____ x _____		.../...

.../...

Tercer trimestre:

475,60	Suministros (628)		
	(410 + 0,16 × 410)		
		a Tesorería (57)	475,60
_____		x _____	

Cuarto trimestre:

452,40	Suministros (628)		
	(390 + 0,16 × 390)		
		a Tesorería (57)	452,40
_____		x _____	

Por los ingresos del restaurante:

Primer trimestre:

107.000	Tesorería (57)		
	(100.000 + 0,07 × 100.000)		
		a Ingresos por comidas (70)	107.000

Según la respuesta a la consulta comentada: «2. El impuesto repercutido con motivo de la realización de las operaciones comprendidas en el régimen simplificado, se registrará conjuntamente con el importe del ingreso derivado de la operación, excepto por las operaciones excluidas de dicho régimen.»

_____		x _____	
-------	--	---------	--

Segundo trimestre:

117.700	Tesorería (57)		
	(110.000 + 0,07 × 110.000)		
		a Ingresos por comidas (70)	117.700
_____		x _____	

Tercer trimestre:

96.300	Tesorería (57)		
	(90.000 + 0,07 × 90.000)		
		a Ingresos por comidas (70)	96.300
_____		x _____	

Cuarto trimestre:

128.400	Tesorería (57)		
	(120.000 + 0,07 × 120.000)		
		a Ingresos por comidas (70)	128.400
_____		x _____	.../...

.../...

2.º CÁLCULO Y CONTABILIZACIÓN DE LOS INGRESOS A CUENTA TRIMESTRALES

Para el cálculo del **ingreso a cuenta**, correspondiente a cada uno de los tres primeros trimestres, los módulos e índices correctores aplicables inicialmente en cada período anual serán los correspondientes a los datos-base del sector de actividad referidos al 1 de enero de cada año, en nuestro caso de 2004.

Datos-base a 1 de enero de 2004 e importes de los módulos correspondientes:

• Personal empleado (1)	5 personas × 2.128,93	=	10.644,65
• Potencia eléctrica	50 Kw × 107,07	=	5.353,50
• Mesas (2).....	12 mesas × 119,67	=	1.436,04
• Máquinas tipo «A» (3).....	1 máquina × 170,06	=	170,06
• Máquinas tipo «B» (3)	1 máquina × 598,37	=	598,37
			18.202,62 €

(1) Se computa como personal empleado tanto el empresario (personal no asalariado), como los cuatro trabajadores (personal asalariado).

(2) La unidad «mesa» se entenderá referida a la susceptible de ser ocupada por cuatro personas. Las mesas de capacidad superior o inferior aumentarán o reducirán la cuantía del módulo aplicable en la proporción correspondiente.

En nuestro caso: $(10 \times 4) + (4 \times 2) = 48$ personas, equivalente a:
 $48 : 4 = 12$ mesas (de cuatro personas).

(3) El Real Decreto 2110 /1998, de 2 de octubre, aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar. Según establece el mismo son:

- *Máquinas de tipo «A»* o recreativas son todas aquellas de mero pasatiempo o recreo que se limitan a conceder al usuario un tiempo de uso o de juego, a cambio del precio de la partida, sin que puedan conceder ningún tipo de premio en metálico, en especie o en forma de puntos canjeables por objetos o dinero.
- *Máquinas tipo «B»* son aquellas que, a cambio del precio de la partida, conceden al usuario un tiempo de juego y, eventualmente, de acuerdo con el programa de juego, un premio en metálico.

El porcentaje del ingreso a cuenta trimestral, correspondiente a esta actividad, Restaurante de dos tenedores, es del 4% calculado sobre la cuota anterior:

$$0,04 \times 18.202,62 = 728,10 \text{ €}$$

Los ingresos a cuenta de los tres primeros trimestres deben realizarse durante los veinte primeros días naturales de los meses de abril, julio y octubre, utilizando el modelo 310 y dando lugar a los correspondientes asientos.

Por los ingresos a cuenta:

Primer trimestre:

728,10	<i>Hacienda pública, ingresos a cuenta régimen simplificado IVA (473X)</i>	728,10
	a Tesorería (57)	
	_____ x _____	.../...

.../...

Segundo trimestre:

728,10	Hacienda pública, ingresos a cuenta régimen simplificado IVA (473X)		
	a Tesorería (57)	728,10	
	_____ x _____		

Tercer trimestre:

728,10	Hacienda pública, ingresos a cuenta régimen simplificado IVA (473X)		
	a Tesorería (57)	728,10	
	_____ x _____		

3.º CONTABILIZACIÓN DE LAS OPERACIONES NO CORRIENTES

_____ 15-03-2004 _____

Compra de mobiliario:

800	Mobiliario		
128	Hacienda pública, IVA soportado (472)		
	(0,16 × 800)		
	a Tesorería (57)	928	

Según la respuesta a la consulta comentada: «1. (segundo párrafo) El impuesto soportado en operaciones **excluidas del régimen simplificado**, en cuanto resulte deducible de acuerdo con la normativa del tributo, no formará parte del precio de adquisición o coste de producción de los mismos».

La compra de activos fijos está excluida del régimen simplificado.

_____ 01-07-2004 _____

Venta de un ordenador:

700	Amortización acumulada del inmovilizado material (282)		
1.160	Tesorería (57)		
	(1.000 + 0,16 × 1.000)		
	a Equipos para procesos de información (227)	1.600	
	a Hacienda pública, IVA repercutido (477)	160	
	(0,16 × 1.000)		
	a Beneficios procedentes del inmovilizado material (771)	100	
	[1.000 – (1.600 – 700)]		
			.../...

.../...

Según la respuesta a la consulta comentada: «2. *El impuesto repercutido con motivo de la realización de las operaciones comprendidas en el régimen simplificado, se registrará conjuntamente con el importe del ingreso derivado de la operación, excepto por las operaciones excluidas de dicho régimen*». La venta de activos fijos está excluida del régimen simplificado.

12-09-2004

Adquisición intracomunitaria de una vajilla (activo fijo):

500	Vajillas (224)		
80	Hacienda pública, IVA soportado (472)		
	a Tesorería (57)	500	
	a Hacienda pública, IVA repercutido (477)	80	

Las adquisiciones intracomunitarias de activos fijos están excluidas del régimen simplificado, tanto en el IVA soportado como en el repercutido.

20-12-2004

Adquisición intracomunitaria de alimentos:

642	Compras de alimentos (600 + 0,07 × 600)		
	a Hacienda pública, IVA repercutido (477)	42	
	a Tesorería (57)	600	

Las adquisiciones intracomunitarias de activos circulantes están excluidas del régimen simplificado en lo relativo al IVA repercutido (devengado), no en el soportado.

x

IVA soportado de difícil justificación.

En el régimen simplificado, de la cuota devengada por operaciones corrientes podrán deducirse las cuotas reales soportadas o satisfechas por la adquisición o importación de bienes y servicios, distintos de los activos fijos, destinados al desarrollo de la actividad.

Además, será deducible el 1 por 100 del importe de la cuota devengada (repercutida) por operaciones corrientes, en concepto de cuotas soportadas de difícil justificación.

Por el importe de estas cuotas de difícil justificación, no efectuaremos asiento, deduciéndolo directamente de las cuotas devengadas por operaciones corrientes, para calcular la cuota derivada del régimen simplificado (cuenta 6371), constituyendo un menor importe de la misma.

.../...

.../...

4.º CÁLCULO DE LA CUOTA ANUAL DEL RÉGIMEN SIMPLIFICADO

El cálculo de la cuota anual a ingresar del régimen simplificado puede resumirse, en términos generales, en el siguiente esquema:

ESQUEMA DE LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN SIMPLIFICADO DE IVA (Art. 123 de la Ley del IVA)	
+	Cuotas devengadas por operaciones corrientes (estimación). (N.º de unidades de módulos × cuota anual por unidad).
-	Cuotas reales soportadas o satisfechas por operaciones corrientes. (no de activos fijos).
-	Cuotas soportadas de difícil justificación. (1% de las cuotas devengadas por operaciones corrientes).
=	CUOTA DERIVADA DEL RÉGIMEN SIMPLIFICADO (o cuota mínima de la actividad, si ésta es mayor).
+	Cuotas devengadas por operaciones establecidas en la Ley del IVA en el artículo 123 Uno B). (1) (adquisiciones intracomunitarias de bienes, adquisiciones con inversión del sujeto pasivo, entregas de activos fijos materiales y las transmisiones de activos fijos inmateriales).
-	cuotas soportadas o satisfechas por la adquisición o importación de activos fijos (menos el porcentaje financiado con subvenciones). (2)
=	CUOTA ANUAL
-	Ingresos a cuenta realizados durante el ejercicio. (los tres primeros trimestres).
=	RESULTADO LIQUIDACIÓN ANUAL A INGRESAR CUARTO TRIMESTRE

- (1) Estas cuotas deberán reflejarse en la declaración-liquidación correspondiente al trimestre en el que se haya devengado el tributo. No obstante, el sujeto pasivo podrá liquidar tales cuotas en la declaración-liquidación correspondiente al último período de liquidación del ejercicio.
- (2) Estas cuotas podrán deducirse en la declaración-liquidación correspondiente al período de liquidación en que se hayan soportado o satisfecho o en las sucesivas. No obstante, cuando el sujeto pasivo liquide en la declaración-liquidación del último período del ejercicio las cuotas de la nota (1) anterior, la deducción de dichas cuotas no podrá efectuarse en una declaración-liquidación anterior a aquella en que se liquiden tales cuotas.

CÁLCULO DE LA CUOTA DERIVADA POR OPERACIONES CORRIENTES DEL RÉGIMEN SIMPLIFICADO

Promedio de los módulos durante el año 2004:

• Personal empleado (1)	6,05 personas × 2.128,93	=	12.880,03
• Potencia eléctrica	50 Kw × 107,07	=	5.353,50
• Mesas	12 mesas × 119,67	=	1.436,04
• Máquinas tipo «A»	1 máquina × 170,06	=	170,06
• Máquina tipo «B»	1 máquina × 598,37	=	598,37
			20.438,00 €

- (1) Se toma una base anual de 1.800 horas de trabajo.
El empleado de 18 años trabajó 450 h, o sea el 25% de la jornada anual de 1.800 h.

.../...

.../...

Además, por tener menos de 19 años se computan sus horas de trabajo al 60%.

Por tanto: $0,25 \times 0,60 = 0,15$

Los empleados que trabajan 810 h, se computan al 45% de la jornada anual de 1.800 h.

Por tanto: 0,45 cada uno de ellos.

El módulo total por personal empleado será:

1 (titular) + 4 (empleados jornada completa) + $1 \times 0,15$ (empleado de 18 años) + $2 \times 0,45$ (dos empleados de 810 h) = 6,05

La cuota derivada del Régimen simplificado será la mayor de las dos siguientes:

A) Cuota devengada por operaciones corrientes	20.438
(según módulos)	
MENOS: Cuotas soportadas por operaciones corrientes:	
• Cuotas soportadas (reales) (1)	9.803,20
• 1% de difícil justificación ($0,01 \times 20.438$)	204,38
	(10.007, 58)
DIFERENCIA	10.430, 42 €
B) Cuota mínima:	
(Para esta actividad la cuota mínima es del 13% de la cuota devengada por operaciones corrientes)	
($0,13 \times 20.438$)	2.656, 94 €

Por ser esta última cuota inferior a la anteriormente calculada, según los módulos y cuotas realmente soportadas, **prevalece la primera de 10.430, 42 euros**, como **cuota derivada del Régimen simplificado**.

(1) $1.400 + 1.540 + 1.680 + 2.450 + 576 \times 4 + 32 \times 4 + 64 + 67,20 + 65,60 + 62,40 + 42 = 9.803,20$.

CÁLCULO DE LA CUOTA ANUAL

Cuota devengada del Régimen simplificado	10.430,42
+ Cuota devengada por adquisiciones intracomunitarias (1):	
($80 + 42$)	122
+ Cuota devengada por entrega de activos fijos (1)	160
MENOS:	
– IVA deducible por la adquisición de activos fijos (1)	
($128 + 80$)	(208)
CUOTA ANUAL	10.504,42 €

(1) El empresario ha optado por liquidar estas cuotas y aplicar esta deducción en la última declaración-liquidación del ejercicio.

.../...

.../...

5.º RESULTADO DE LA DECLARACIÓN-LIQUIDACIÓN FINAL Y CONTABILIZACIÓN DE LA MISMA

Cuota anual	10.504,42
MENOS:	
Ingresos a cuenta del ejercicio, en los tres primeros trimestres (3 × 728,10)	(2.184,30)
RESULTADO DECLARACIÓN CUARTO TRIMESTRE	8.320,12 €

La declaración-liquidación final se presentará durante los treinta primeros días del mes de enero del año siguiente, en nuestro ejemplo de 2005, cumplimentando el modelo 311, debiendo presentarse conjuntamente con ella la declaración resumen anual en el modelo 390.

	31-12-2004	
10.430,42	<i>Régimen simplificado, IVA (6371)</i>	
282	<i>Hacienda pública, IVA repercutido (477)</i> (160 + 80 + 42)	
	<i>a Hacienda Pública, IVA soportado (472)</i> (128 + 80)	208
	<i>a Hacienda pública, Ingresos a cuenta régimen simplificado IVA (473X)</i>	2.184,30
	<i>a Hacienda pública, acreedor por régimen simplificado (475X)</i>	8.320,12

Según la respuesta a la consulta comentada: «4. Al final de cada período de liquidación, la cuota derivada del régimen simplificado se contabilizará como un gasto, para lo que se podrá emplear la cuenta a que se refiere la norma octava de la Resolución de 20 de enero de 1997» (se refiere a la cuenta 6371).

_____ X _____

Por el ingreso del resultado de la declaración:

8.320,12	<i>Hacienda pública, acreedor por régimen simplificado (475)</i>	
	<i>a Tesorería (57)</i>	8.320,12

_____ X _____

.../...

.../...

6.º AJUSTAR LA CUENTA DE INGRESOS, PARA QUE SU SALDO QUEDE NETO DEL IVA REPERCUTIDO

	_____ 31-12-2004 _____	
29.400	Ingresos por comidas (70)	
	a Régimen simplificado, IVA (6371)	29.400

Total de ingresos por comidas:

$$100.000 + 110.000 + 90.000 + 120.000 = 420.000 \text{ €}$$

IVA repercutido sobre ingresos:

$$0,07 \times 420.000 = 29.400 \text{ €}$$

Según la respuesta a la consulta comentada: «5. (segundo párrafo). Con objeto de formular las cuentas anuales, el importe que debe figurar en las partidas correspondientes a los ingresos de la cuenta de pérdidas y ganancias, se incluirá **neto del impuesto repercutido**, ajustándose la cifra de ingresos por dicho importe, pudiéndose emplear como contrapartida la cuenta a que se refiere la norma octava de la Resolución de 20 de enero de 1997» (se refiere a la cuenta 6371).

_____ x _____

7.º CALCULAR EL BENEFICIO ECONÓMICO QUE OBTIENE ESTE EMPRESARIO EN RELACIÓN CON EL IVA, AL ESTAR ACOGIDO AL RÉGIMEN SIMPLIFICADO, EN LUGAR DE AL RÉGIMEN GENERAL

La **diferencia fundamental** en la liquidación del IVA, en ambos regímenes, consiste en que en el régimen general se considera el IVA **realmente repercutido** y en el régimen simplificado una **estimación** del mismo (cuota *devengada por operaciones corrientes*), con un importe mínimo de la *cuota derivada del régimen simplificado*.

En nuestro ejemplo el IVA **repercutido** real asciende a:

$$29.400 \text{ (cuenta 70)} + 282 \text{ (cuenta 477)} = \mathbf{29.682 \text{ €}}$$

y el IVA **estimado** en el régimen simplificado, más el real considerado en la liquidación del mismo:

$$20.438 \text{ (estimado)} + 282 \text{ (real cuenta 477)} = \mathbf{20.720 \text{ €}}$$

El IVA **soportado** se considera por su importe real en ambos regímenes:

$$9.803,20 \text{ (mayor valor de las cuentas de gastos)} + 208 \text{ (cuenta 472)} = \mathbf{10.011,20 \text{ €}}$$

Además, se ha de tener en cuenta que al IVA real soportado en el régimen simplificado se le añade, en concepto de cuotas de difícil justificación (1 por 100), un importe de 204,38.

.../...

.../...

Por tanto, el **beneficio económico** obtenido en el régimen simplificado, al considerar en su liquidación un IVA *repercutido estimado inferior* al IVA *realmente repercutido* es:

$$29.682 - 20.720 + 204,38 = \mathbf{9.166,38 \text{ €}}$$

El IVA a ingresar en el **régimen general** hubiera sido:

$$\begin{aligned} &\text{Repercutido real} - \text{Soportado real} \\ &29.682 - 10.011,20 = 19.670,80 \text{ €} \end{aligned}$$

y el a ingresar en el **régimen simplificado**:

$$\begin{aligned} &\text{Ingresos a cuenta} + \text{Liquidación final} \\ &2.184,30 + 8.320,12 = 10.504,42 \text{ €} \\ &\mathbf{Diferencia} = 19.670,80 - 10.504,42 = \mathbf{9.166,38 \text{ €}} \end{aligned}$$

El efecto del impuesto hubiera sido neutro si el empresario hubiera ingresado la diferencia entre el IVA realmente recaudado (repercutido), 29.682 €, y el realmente soportado, 10.011,20 €, o sea 19.670,80 €.

Con el régimen simplificado solamente se va a ingresar 10.504,42 €, por tanto se ha ahorrado un ingreso de **9.166,38 €**, importe este que constituye su **beneficio económico** por acogerse a este Régimen especial simplificado.

BOICAC núm. 56, diciembre de 2003. Consulta 3

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable de ciertos gastos realizados por una sociedad antes del inicio de su actividad.

Respuesta:

El Plan General de Contabilidad, aprobado mediante Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, define los gastos de primer establecimiento como los «necesarios hasta que la empresa inicie su actividad productiva, al establecerse aquélla o con motivo de ampliaciones de su capacidad». En particular, en la norma de valoración 6.^a contenida en la quinta parte del Plan General de Contabilidad, se detallan una serie de gastos que debe tener la citada calificación, así, se citan: «honorarios, gastos de viaje y otros para estudios previos de naturaleza técnica y económica; publicidad de lanzamiento; capacitación, adiestramiento y distribución de personal, etc., ocasionados con motivo del establecimiento».

De acuerdo con lo anterior, los gastos de primer establecimiento son los originados por operaciones de naturaleza técnica y económica, previas al inicio de la actividad de la empresa o con motivo de ampliaciones de capacidad de la misma, debiéndose cumplir para su activación las siguientes circunstancias:

- Sólo deben figurar en el activo del balance en la medida que tengan una proyección económica futura.
- Deben tener el carácter de necesarios para el inicio de la actividad.
- Su importe no pueda imputarse directa o indirectamente a la producción de bienes o servicios concretos sino que deben estar referidos a la empresa en su totalidad.

Por lo que respecta a la amortización, la normativa contable establece el plazo máximo de cinco años, debiéndose realizar ésta de manera sistemática. Por tanto, una vez que se ha producido la contabilización de dichos gastos, que dada su naturaleza se producirá en el ejercicio de inicio de la actividad, y al amparo del principio de correlación entre ingresos y gastos, deberán sanearse a medida que contribuyan a la obtención de ingresos en un plazo no superior a cinco años.

EJEMPLO:

Un grupo de inversores decide la constitución de una sociedad cuya actividad será la adquisición y posterior explotación de un campo de golf. El importe de la operación se cifra en 3.000.000 de euros, cuantía que compone la cifra de capital social (3.000 acciones de 1.000 euros de valor nominal). Los accionistas entregan todo el importe suscrito en la cuenta bancaria al efecto en los primeros días del mes de mayo del año 20X4. El 10 de mayo del mismo año se hace entrega al notario de 70.000 euros en concepto de anticipo de los gastos de constitución.

A primeros del mes junio del año 20X4 se adquiere el campo de golf por valor de 2.600.000 euros. Las construcciones accesorias al mismo (incluidas en el precio anterior) tienen un valor de 200.000 euros. La vida útil de las construcciones y del campo de golf se estima en 40 años, con respecto a este último se calcula un valor residual de 400.000 euros.

El día 15 de junio de 20X4 se inscribe en el Registro Mercantil la escritura de constitución de la sociedad y unos días más tarde se recibe la liquidación del Notario que presenta el siguiente detalle y se adjunta un talón a favor de la sociedad por importe de 11.000 euros.

Liquidación ITP	30.000
Honorarios Notaría	20.000
Gastos de Registro	5.000
Gastos de Gestoría	4.000
TOTAL	59.000

En la misma fecha se contratan los servicios de una empresa, la cual se encarga de la selección y formación del personal necesario. El importe que factura esta empresa es de 8.000 euros que se abonan con talón bancario.

SE PIDE: Principales anotaciones y comentarios sobre las operaciones anteriores si la sociedad comienza su actividad regular el 1 de julio. .../...

.../...

Solución:**Inicio del mes de mayo**

Las aportaciones que se reciben antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil se contabilizan como una deuda con los accionistas en tanto la sociedad por analogía a lo establecido en la Consulta 7 del BOICAC núm. 37 sobre la fecha en que debe contabilizarse una ampliación del capital:

3.000.000	Bancos, c/c a la vista (572)	
	a Deudas a corto plazo con accionistas (521)	3.000.000
_____	x _____	

10 de mayo

Por la entrega al notario de la provisión de fondos para atender los diferentes gastos relacionados con la constitución de la sociedad:

70.000	Anticipos a acreedores por prestación de servicios (417)	
	a Bancos, c/c a la vista (572)	70.000
_____	x _____	

Inicio del mes de junio

Por la adquisición del campo de golf y de las construcciones anejas al mismo:

2.400.000	Terrenos y bienes naturales, campo de golf (220)	
200.000	Construcciones (221)	
	a Bancos, c/c a la vista (572)	2.600.000
_____	x _____	

15 de junio

Por la liquidación recibida del notario:

59.000	Servicios exteriores (62)	
11.000	Bancos, c/c a la vista (572)	
	a Anticipos a acreedores por prestaciones de servicios (417)	70.000
_____	x _____	

Por la campaña de selección y formación de personal necesario para la actividad de la empresa:

8.000	Servicios exteriores (62)	
	a Bancos, c/c a la vista (572)	8.000
_____	x _____	

.../...

.../...

31 de diciembre

En cuanto al tratamiento de los Gastos de primer establecimiento (Subgrupo 20 del PGC), el Plan General de Contabilidad parece inclinarse por su amortización en varios ejercicios, con un máximo de cinco años, para cumplir el principio de correlación de gastos e ingresos, aunque también cabe la posibilidad de dejarlo como gastos de el año actual, en cuyo caso no hay que hacer ningún asiento.

Sin embargo, si se opta por la alternativa de su amortización en varios ejercicios –supongamos cinco años– en primer lugar procede la activación de estos gastos teniendo en cuenta que aquellos que son de naturaleza jurídica irán a la cuenta *Gastos de constitución* (200) y los de naturaleza económica a la cuenta *Gastos de primer establecimiento* (201).

59.000	<i>Gastos de constitución (200)</i>		
		a Incorporación al activo de gastos de establecimiento (730)	59.000
		_____ x _____	
8.000	<i>Gastos de primer establecimiento (201)</i>		
		a Incorporación al activo de gastos de establecimiento (730)	8.000
		_____ x _____	

Por la amortización del ejercicio actual (6 meses):

6.700	<i>Amortización de gastos de establecimiento (680)</i>		
		a Gastos de constitución (200)	5.900
		(59.000/5 × 6/12)	
		a Gastos de primer establecimiento (201)	800
		(8.000/5 × 6/12)	
		_____ x _____	

Por la amortización del inmovilizado material:

	Campo de golf [(2.400.000 – 400.000) / 40 × 6/12]	50.000
	Construcciones (200.000/40 × 6/12)	2.500
	TOTAL	52.500
52.500	<i>Amortización del inmoviliza-</i>	
	<i>do material (682)</i>	
	<i>a Amortización acumula-</i>	
	<i>da del inmovilizado ma-</i>	
	<i>terial (282)</i>	52.500
	_____ x _____	

CONTABILIDAD	SUPUESTO PROPUESTO PARA EL INGRESO EN EL CUERPO DE GESTIÓN, ESCALA ECONÓMICO- FINANCIERA, DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN	Núm. 81/2004
---------------------	--	-------------------------



FRANCISCO JAVIER JIMENO DE LA MAZA
MERCEDES REDONDO CRISTÓBAL

Departamento de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Valladolid

Sumario:

ENUNCIADO.

SOLUCIÓN:

- Operaciones societarias.
- Inversiones financieras.
- Arrendamiento financiero.
- Operaciones en moneda extranjera.
- Absorción.

[Segundo ejercicio del turno libre de las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Gestión, Escala Económico-Financiera, de la Administración de la Comunidad de Castilla y León (Orden 328/2003, de 20 de marzo)].

ENUNCIADO

La sociedad anónima «MAR», fundada en el año 1990, ofrece a 31-12-2002 la siguiente información sobre su situación patrimonial.

1. Se constituyó con un capital de 150.000 € (acciones de 100 € nominales).

En el año 2000 realizó una ampliación de capital emitiendo, al 110%, 1.000 nuevas acciones del mismo valor nominal que la serie anterior, solicitando el desembolso mínimo legal. Recientemente reclamó a los accionistas un dividendo pasivo por la tercera parte de la deuda pendiente, que se hará efectivo en enero de 2003.

2. Entre sus inversiones financieras cuenta con 200 acciones de «RÍO, S.A.» de 10 € nominales, adquiridas por 3.000 €.

3. Por otra parte, tiene 300 obligaciones de 50 € nominales de la misma sociedad, por las que desembolsó 16.000 € el 1 de octubre del presente ejercicio. Estos títulos fueron emitidos el 1 de mayo de 2001 al 95% para ser reembolsados a la par, fijando los intereses en un 4% anual, pagaderos por vencido.

Al cierre del ejercicio el valor de cotización de los títulos era del 106% y la cotización media del último trimestre del 107%.

4. En noviembre, y cumpliendo escrupulosamente los requisitos que se establecen en el artículo 216 del TRLSA repartió un dividendo a cuenta de 2.500 €.

5. Posee una autocartera por el importe máximo legal, teniendo en cuenta que «MAR» no cotiza en ningún mercado. El importe total de las sucesivas adquisiciones asciende a 36.000 €, cumpliendo la sociedad en todo momento los requisitos establecidos en el artículo 75 del TRLSA.

6. «MAR» contrató el 1-2-2000 por un período de 3 años en régimen de arrendamiento financiero unos equipos valorados en 15.000 €, siendo el valor de la opción de compra 2.000, las cuotas mensuales pagaderas por vencido y los intereses totales de 1.800 €. Se conoce que los intereses se imputan linealmente a resultados. La vida útil de los equipos es de 5 años.

7. «MAR» tiene una deuda con proveedores en moneda extranjera por la compra de mercancías en 1.500 u.m., al cambio de 1,30 € el día de la operación. Al cierre del ejercicio el cambio estaba a 1,25 €.

8. Otros elementos que completan su situación patrimonial a la fecha antes mencionada: Construcciones, 40.000; Reserva legal, 46.000; Terrenos, 80.000; Remuneraciones pendientes de pago, 700; Amortización acumulada de inmovilizado material, 3.500; Existencias, 50.000; Maquinaria, 35.000; Gastos anticipados, 200; Clientes, 11.000; Gastos I+D, 1.500; Hacienda pública, acreedor por conceptos fiscales, 8.000; Amortización acumulada inmovilizado inmaterial (Gastos I+D), 350; Mobiliario, 13.000; Reservas voluntarias, 20.000; Proveedores, 12.000; Pérdidas y ganancias (acreedor), 42.000; Efectos a cobrar, 16.000; Tesorería... (por diferencia).

1s. Por su parte, la Sociedad Anónima «SALADA», que comenzó a funcionar en 1996 con un capital de 600.000 € (nominal 60 €), muestra a 31-12-2002 la siguiente situación patrimonial:

Instalaciones, 80.000; Equipos para el proceso de información, 40.000; Fianzas constituidas, 8.500; Construcciones, 180.000; Clientes, 25.000; Proveedores, 14.000; Efectos a pagar, 19.000; Reserva voluntaria, 3.000; Maquinaria, 75.000; Existencias, 55.000; Deudores, 15.000; Mobiliario, 20.000; Elementos de transporte, 60.000; Otro inmovilizado material, 120.000; Créditos a l/p, 30.000; Amortización acumulada inmovilizado material, 65.000; Hacienda Pública, acreedor por conceptos fiscales, 6.200; Pérdidas y ganancias (acreedor), 70.000; Tesorería (por diferencia).

2s. «SALADA» tiene el capital totalmente desembolsado y la reserva legal en la mitad del mínimo legal exigido.

3s. Posee una participación en «MAR, S.A.» que inicialmente fue de un 1%, por la que desembolsó en su día 1.800 €. En la ampliación de capital que realizó aquella aplicó totalmente sus derechos de suscripción y aumentó además su participación hasta un 1,8%, pagando por cada derecho necesario el doble de su valor de coste.

Operaciones realizadas en el ejercicio 2003:

- Los accionistas desembolsan íntegramente el dividendo pasivo exigido.
- El 1 de febrero ejerce la opción de compra.
- Reparte el beneficio del ejercicio teniendo en cuenta las normas legales y estatutarias, acordando 10.000 € para reserva estatutaria y el resto a partes iguales a reserva voluntaria y remanente.
- Cancela la deuda con el proveedor extranjero estando el cambio a 1,20 €.

En el mes de junio y después de largas conversaciones entre «MAR» y «SALADA», las juntas de accionistas de ambas sociedades acuerdan la disolución de «MAR», para pasar a formar parte de «SALADA», quien valora el patrimonio adquirido en 500.000 €. (Previamente se habían solicitado los desembolsos pendientes en «MAR»).

SE PIDE:

- Balance de situación de «MAR» a 31-12-2002 con las aclaraciones oportunas.
- Balance de situación de «SALADA» a 31-12-2002 con las aclaraciones oportunas.
- Operaciones que se deducen del enunciado en 2003.
- Cálculo del neto patrimonial de «MAR».
- Disolución de «MAR».
- Anotaciones contables de la compra de «MAR» por «SALADA».

SOLUCIÓN

NOTA PREVIA. No se han tenido en cuenta las incidencias tributarias en la resolución. Tampoco se ha diferenciado entre el corto y el largo plazo, al no aportar información suficiente el enunciado para delimitar correctamente esta cuestión.

I. BALANCE DE SITUACIÓN DE «MAR, S.A.» A 31-12-2002

1. El capital de la constitución de «MAR, S.A.» fue de 150.000 €, formado por 1.500 acciones de 100 € de valor nominal. Como en el año 2000 ha aumentado su capital emitiendo 1.000 nuevas acciones con el mismo valor nominal de 100 €, el capital de la sociedad después de la ampliación ascenderá a:

$$\text{Capital social} = 150.000 + 1.000 \text{ acc.} \times 100 \text{ v. n.} = 250.000$$

Puesto que la ampliación se realizó con un valor de emisión del 110%, en el pasivo tiene que aparecer la cuenta que recoja la correspondiente prima de emisión del 10%:

$$\text{Prima de emisión de acciones} = 10\% \times 1.000 \text{ acc.} \times 100 \text{ v. n.} = 10.000$$

En la ampliación de capital se solicitó el desembolso mínimo legal. La normativa de sociedades anónimas establece que el capital debe desembolsarse al menos en un 25% del nominal de cada una de las acciones (art. 12 del TRLSA) y que la prima debe satisfacerse íntegramente en el momento de la constitución (art. 47.3 del TRLSA), con lo cual tras el aumento de capital quedaba pendiente de exigir un 75% del valor nominal. Como posteriormente al aumento de capital, y antes del cierre del ejercicio 2002, se ha solicitado una tercera parte de esa deuda pendiente para que se haga efectiva en enero de 2003, en el balance a 31 de diciembre de 2002 debe figurar la rúbrica «Accionistas por desembolsos exigidos» recogiendo un 25% del valor nominal de los títulos de la ampliación. El resto del desembolso puede deducirse que continúa pendiente de exigir al cierre del ejercicio 2002, luego debe aparecer consignada en el activo como «Accionistas por desembolsos no exigidos» una cantidad que suponga 2/3 del dividendo pasivo pendiente o, lo que es lo mismo, un 50% del nominal de la ampliación.

$$\text{Accionistas por desembolsos exigidos} = 1.000 \text{ acc.} \times 100 \text{ v.n.} \times 75\% \times 1/3 = 25.000$$

$$\text{Accionistas por desembolsos no exigidos} = 1.000 \text{ acc.} \times 100 \text{ v.n.} \times 75\% \times 2/3 = 50.000$$

Al haberse efectuado la ampliación de capital con la contrapartida de aportaciones dinerarias, no pueden existir dividendos pasivos correspondientes al capital emitido en la constitución (el art. 154.2 del TRLSA permite una cantidad pendiente de desembolso que no exceda del 3%).

2. Por la adquisición de la participación en el capital de la sociedad «RÍO, S.A.», en el activo figurará la cuenta correspondiente valorada al precio de adquisición de las 200 acciones (Norma de Valoración 8.^a del PGC).

$$\text{Inversiones financieras acciones «RÍO»} = 3.000$$

3. De acuerdo con la Norma de Valoración 8.^a del PGC, para determinar el precio de adquisición de los títulos de renta fija que ha adquirido del importe satisfecho, 16.000 €, habrá que minorar los intereses explícitos devengados y no vencidos existentes en la fecha de adquisición, el 1 de octubre de 2002. Dichos intereses han de corresponder a un período de 5 meses, que es el tiempo transcurrido desde el último pago de intereses, realizado el 1 de mayo de 2002, hasta la fecha de adquisición. Por lo tanto, conociendo que el tipo de interés aplicable es de un 4% anual:

$$\text{Inversiones financieras VRF «RÍO»} = 16.000 - 300 \text{ títulos} \times 50 \text{ v. n.} \times 4\% \times 5/12 = 15.750$$

Asimismo, a cierre de ejercicio, figurarán en el Balance de Situación los intereses explícitos devengados y no vencidos desde el 1 de mayo hasta el 31 de diciembre, es decir, de 8 meses.

$$\text{Intereses a c/p VRF} = 300 \text{ títulos} \times 50 \text{ v. n.} \times 4\% \times 8/12 = 400$$

Puesto que el enunciado no facilita información en el sentido de que pueda conocerse con certeza la fecha de reembolso de las obligaciones, no se ha procedido a periodificar los intereses implícitos.

En consonancia con la Norma de Valoración 8.^a del PGC, el valor de mercado a cierre del ejercicio de estos títulos es del 106% del valor nominal, ya que éste es el menor valor entre la cotización del día de cierre y la cotización media del último trimestre. Como puede observarse a la luz de los datos que hemos obtenido, la cifra resultante de sumar el precio de adquisición de la inversión en valores de renta fija más los intereses devengados y no vencidos a cierre de ejercicio de dicha inversión, ofrece una cifra que excede del valor de mercado de los títulos en la misma fecha, motivo por el cual se habrá tenido que dotar la oportuna provisión por depreciación por la diferencia.

$$\text{Provisión por depreciación inversiones financieras VRF «RÍO»} = (15.750 + 400) - 106\% \times 300 \times 50 = 250$$

4. De acuerdo con esta información, a cierre de ejercicio luce en el pasivo, minorando los fondos propios, el dividendo a cuenta que se ha repartido, por el importe de 2.500 €, que se entiende que habrá sido oportunamente satisfecho antes de cerrar el ejercicio.

$$\text{Dividendo activo a cuenta} = 2.500$$

5. Las acciones de «MAR» no cotizan en ningún mercado, y todas tienen igual valor nominal. Por ello, y teniendo en cuenta el importe máximo legal de la autocartera que establece el artículo 75 del TRLSA, el número de acciones propias que ha adquirido asciende al 10% de las acciones que integran el capital, entendiendo que debemos considerar la cifra posterior a la ampliación, ante la ausencia en el supuesto de datos sobre fechas de adquisición. Como se ha indicado anteriormente, el número de acciones que conforman el capital de «MAR» es de 2.500, todas ellas de 100 € de valor nominal, por lo que la autocartera estará formada por 250 títulos de 100 € nominales. Aplicando la Norma de Valoración 10.^a del PGC, estas acciones propias se encuentran valoradas por el precio de adquisición, 36.000 €, dato facilitado por el enunciado. Puesto que se cumplen todos los requisitos del TRLSA, en el pasivo aparecerá la oportuna reserva indisponible por el mismo importe.

$$\text{Acciones propias en situaciones especiales} = 36.000$$

$$\text{Reserva para acciones propias} = 36.000$$

Hay que mencionar que las acciones que forman parte de esta autocartera han de pertenecer a la serie de títulos emitida en la constitución de la sociedad, puesto que uno de los requisitos legales para la adquisición derivativa es que las acciones se encuentren íntegramente desembolsadas.

6. Ciertamente, el hecho de que la operación no siga un criterio financiero dificulta la interpretación de este apartado, puesto que atendiendo al literal podría entenderse que las cuotas del contrato de arrendamiento financiero son iguales y que la carga financiera de cada cuota es siempre la misma (y como consecuencia, la amortización del principal es invariante en cada cuota). Entendemos que el enunciado pretende plantear sencillamente una simplificación en los cálculos, aun alejándose de la racionalidad convencional de la operación o de la interpretación ortodoxa de la normativa contable, intentando quizá evitar operaciones matemáticas a la hora de resolver este apartado del supuesto.

En consecuencia, de cara al Balance de Situación, tendremos, en primer término, la cuenta de inmovilizado inmaterial, que recoge el valor de contado del bien, 15.000 €, cumpliendo oportunamente la Norma de Valoración 5.^a del PGC y la Resolución del ICAC de 21-01-1992 sobre valoración del inmovilizado inmaterial.

$$\text{Derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero} = 15.000$$

Puesto que las cuotas son mensuales, y la duración del contrato abarca 3 años, el número de cuotas mensuales será en total de 36, que suponemos de igual importe. La cuota neta de este contrato de arrendamiento financiero puede calcularse a partir de los datos proporcionados por el enunciado. El valor de contado del bien es de 15.000 €, la carga financiera total de la operación asciende a 1.800 € y la opción de compra, que entendemos que se ejerce junto a la última cuota, es de 2.000 €. Por lo tanto, cada una de las 36 cuotas mensuales debe ser del siguiente importe.

$$\text{Cuota mensual} = (15.000 + 1.800 - 2.000) / 36 = 411,11$$

A cierre del ejercicio 2002, la deuda con los acreedores por el contrato de *leasing* corresponderá a 2 cuotas (ya que sí son pospagables, del total de 36 cuotas mensuales se han satisfecho 10 durante el ejercicio 2000, así como una mensual durante cada uno de los ejercicios 2001 y 2002), más el importe de la opción de compra.

$$\text{Acreedores por leasing} = 2 \times 411,11 + 2.000 = 2.822,22$$

Con el «criterio lineal» (y no financiero) de imputación de intereses que aplica esta sociedad, de un total de 36 meses de duración del contrato durante los cuales se ha de distribuir la carga financiera plurianual, han transcurrido 35 meses, por lo cual a cierre del ejercicio 2002 quedará pendiente de imputar a resultados un mes de gasto financiero.

$$\text{Gastos por intereses diferidos} = 1.800 / 36 = 50$$

De cara a la amortización de los derechos sobre bienes en régimen de arrendamiento financiero, la vida útil es de 5 años. Como el contrato de *leasing* se acuerda a partir de 1 de febrero de 2000, a cierre del ejercicio 2002 se han amortizado 35 meses, luego la amortización acumulada será de:

$$\text{Amortización acumulada inmov. inmaterial (leasing)} = 15.000 \times 35 / (5 \times 12) = 8.750$$

7. A cierre de ejercicio, la deuda con proveedores en moneda extranjera (se supone que distinta de la deuda con proveedores en moneda nacional, consignada por 12.000 €, cuyo saldo facilita el ejercicio) asciende a 1.500 unidades en moneda extranjera. Su conversión a euros se realizará en función del tipo de cambio en esa fecha (Norma de Valoración 14.^a), que es de 1,25 €/u.m., por lo cual aparecerá consignado en el pasivo del balance el siguiente resultado:

$$\text{Proveedores, moneda extranjera} = 1.500 \times 1,25 = 1.875$$

Puesto que el tipo de cambio era de 1,30 €/u.m. en el momento de realización de la operación, en la fecha de cierre de ejercicio habrá de figurar en el pasivo del balance, como un ingreso a distribuir en varios ejercicios, una diferencia positiva que recoge la variación entre ambos tipos de cambio, aplicada a la deuda en moneda extranjera existente en dicha fecha.

$$\text{Diferencias positivas en moneda extranjera} = 1.500 \times (1,30 - 1,25) = 75$$

8. Situamos en el Balance de Situación a 31 de diciembre de 2002 el resto de cuentas cuyo saldo proporciona el enunciado. El saldo de tesorería se establece a partir de la diferencia entre el total de saldos acreedores y el total de los restantes saldos deudores.

BALANCE DE SITUACIÓN DE «MAR, S.A.» A 31-12-2002

Activo		Saldo	Pasivo		Saldo
(1)	Acctas. desembolsos no exigidos	50.000	(1)	Capital social	250.000
(8)	Gastos I+D	1.500	(1)	Prima de emisión de acciones	10.000
(8)	(-) AAII – Gastos I+D	(350)	(8)	Reserva legal	46.000
(6)	Dchos. s/bienes rég. arrend. fro.	15.000	(5)	Reserva para acciones propias	36.000
(6)	(-) AAII – <i>leasing</i>	(8.750)	(8)	Reservas voluntarias	20.000
(8)	Construcciones	40.000	(8)	Pérdidas y ganancias (bficio.)	42.000
(8)	Terrenos y bienes naturales	80.000	(4)	(-) Dividendo a. a cuenta	(2.500)
(8)	Maquinaria	35.000	(7)	Diferencias positivas m. e.	75
(8)	Mobiliario	13.000	(8)	Acreedores por <i>leasing</i>	2.822,22
(8)	(-) Amort. acum. inmov. material	(3.500)	(6)	Proveedores	12.000
(6)	Gastos por intereses diferidos	50	(7)	Proveedores, moneda extranjera	1.875

Activo		Saldo	Pasivo		Saldo
(1)	Accionistas desembolsos exigidos	25.000	(8)	Hda. púb., acreedor por c.f.	8.000
(8)	Existencias	50.000	(8)	Remuneraciones ptes. de pago	700
(8)	Clientes	11.000			
(8)	Efectos a cobrar	16.000			
(5)	Acciones propias situaciones esp.	36.000			
(2)	I. F. acciones «RÍO, S.A.»	3.000			
(3)	IFVRF «RÍO, S.A.»	15.750			
(3)	Intereses a c/p VRF	400			
(3)	(-) Prov. deprec. IFVRF «RÍO»	(250)			
	Tesorería	47.922,22			
(8)	Gastos anticipados	200			
Total Activo		426.972,22	Total Pasivo		426.972,22

En el margen se ha indicado el apartado correspondiente del enunciado de donde se deduce el saldo.

II. BALANCE DE SITUACIÓN DE «SALADA, S.A.» A 31-12-2002

1s. El capital social de «SALADA» asciende a 600.000 €, siendo el valor nominal de cada título de 60 €, por lo que dicho capital está formado por 10.000 acciones.

Asimismo, se procede a ubicar en el Balance de Situación las cuentas cuyo saldo nos proporciona el enunciado, calculándose la tesorería por diferencia una vez que se hayan analizado las restantes operaciones con incidencia sobre el balance.

2s. Respecto a este apartado, hay que comentar dos aspectos diferenciados. En primer lugar, no existen dividendos pasivos pendientes y, en segundo término, la reserva legal está en la mitad del mínimo legal (que sería el 20% del capital, art. 214 del TRLSA), luego el saldo de la reserva legal alcanza un 10% de los 600.000 € del capital social.

$$\text{Reserva legal} = 10\% \times 600.000 = 60.000$$

3s. La participación inicial de «SALADA» en «MAR, S.A.» inicialmente fue del 1% del capital que tenía en ese momento, es decir, el 1% de 1.500 acciones, con lo cual en la cartera de valores de «SALADA» figuraban 15 acciones valoradas en 1.800 €.

En la ampliación de capital, «SALADA» aumentó su participación hasta un 1,8% del nuevo capital de «MAR». Como la ampliación fue de 1.000 nuevas acciones del mismo valor nominal, el capital de «MAR» tras la ampliación estará formado por 2.500 acciones, de las cuales «SALADA»

ostentará la titularidad de 45 acciones, cifra que supone el mencionado 1,8%. Esto significa que en la ampliación de capital ha adquirido 30 acciones, puesto que ya contaba con 15 títulos anteriormente a la misma.

Como antiguo accionista de «MAR», la sociedad «SALADA» tenía derecho preferente de suscripción en la ampliación de capital, en proporción a la participación con la que contaba en ese momento. De acuerdo con los datos disponibles, la relación de ampliación de capital ha sido de 1.000 acciones nuevas para 1.500 acciones antiguas, proporción que, simplificando puede establecerse como 2 acciones nuevas (N) por cada 3 antiguas (A). Por lo tanto, «SALADA», con 15 acciones antiguas y aplicando sus 15 derechos de suscripción tenía derecho a suscribir:

$$15 \times 2/3 = 10 \text{ acciones nuevas}$$

Al haber suscrito en la ampliación 30 acciones, la sociedad «SALADA» ha tenido que comprar además derechos de suscripción suficientes para las 20 acciones adicionales que suscribe, lo que significa que los derechos que ha tenido que adquirir serían:

$$20 \times 3/2 = 30 \text{ derechos}$$

De acuerdo con la Norma de Valoración 8.^a del PGC, el importe pagado por los derechos de suscripción se incluye en el precio de adquisición de la inversión financiera, por lo cual es preciso calcular dicho importe, que en el enunciado se indica con referencia a la valoración del coste del derecho, siendo el doble del mismo. Por ello, previamente se deberá determinar esta magnitud.

Para calcular el coste del derecho, establecido como la dilución o rebaja que se produce como consecuencia del aumento de capital, y que puede medirse por la diferencia entre el precio de adquisición de una acción antes de la ampliación (C) y el precio de adquisición de esa acción después de la ampliación (C'), contamos con el dato del valor de emisión (E) de las nuevas acciones por parte de «MAR» (110% sobre el valor nominal de 100 €, es decir, un precio de emisión de 110 €). Asimismo, utilizamos la información relativa a la proporción de incremento de capital, a partir del número de acciones nuevas (N) que se emiten y del número de acciones antiguas (A), que como anteriormente se ha reflejado, corresponde a la relación 2 N/3 A (suponiendo que la adquisición de la totalidad de acciones propias por parte de «MAR» se haya producido en fecha posterior a la ampliación de capital).

$$E = 110\% \times 100 = 110$$

$$N = 2$$

$$A = 3$$

Comenzamos calculando el precio de adquisición de una acción antes de la ampliación para la sociedad inversora, «SALADA», dividiendo el saldo de la inversión financiera (1.800 €) entre las 15 acciones que poseía previamente al aumento de capital.

$$C = 1.800 / 15 = 120$$

A continuación calculamos el valor *ex post* de esa misma acción, que hemos denotado como C'.

$$C' = (A \times C + N \times E) / (A + N) = (3 \times 120 + 2 \times 110) / (3 + 2) = 116$$

$$D = C - C' = 120 - 116 = 4$$

Como por cada derecho adquirido se ha satisfecho el doble del valor de coste, tendremos que el precio pagado ha sido:

$$2 \times 4 = 8 \text{ €}$$

Por tanto, por cada uno de los 30 derechos se ha desembolsado un importe de 8 €.

La valoración resultante para las inversiones financieras en acciones de «MAR» sería el precio de adquisición de la inversión inicial, más el importe pagado por las acciones suscritas más el importe de 8 € pagado por cada uno de los 30 derechos de suscripción adicionales adquiridos.

$$I. F. \text{ acciones «MAR»} = 1.800 + 30 \text{ acc.} \times 110 + 30 \text{ dchos.} \times 8 = 5.340$$

En el pasivo han de figurar los desembolsos exigidos sobre acciones por un importe que asciende a 1/3 del 75% nominal de la ampliación; apareciendo, asimismo, como desembolso pendiente, minorando el saldo de la inversión financiera, los 2/3 restantes del 75% del nominal de las 30 acciones de 100 v. n. suscritas en la ampliación.

$$\text{Desembolsos exigidos sobre acciones} = 30 \text{ acc.} \times (1/3) \times 75\% \times 100 \text{ v. n.} = 750$$

$$\text{Desembolsos pendientes sobre acciones} = 30 \text{ acc.} \times (2/3) \times 75\% \times 100 \text{ v. n.} = 1.500$$

Conforme a la información del enunciado, no hay datos que permitan establecer una provisión para esta inversión a cierre de ejercicio.

BALANCE DE SITUACIÓN DE «SALADA, S.A.» A 31-12-2002

Activo		Saldo	Pasivo		Saldo
(1)	Construcciones	180.000	(1)	Capital social	600.000
(1)	Instalaciones	80.000	(2)	Reserva legal	60.000
(1)	Maquinaria	75.000	(1)	Reserva voluntaria	3.000
(1)	Equipos para proc. de información	40.000	(1)	Pérdidas y ganancias (bficio.)	70.000
(1)	Mobiliario	20.000	(1)	Proveedores	14.000
(1)	Elementos de transporte	60.000	(1)	Efectos a pagar	19.000
(1)	Otro inmovilizado material	120.000	(1)	Hda. púb., acreed. conceptos fiscales	6.200
(1)	(-) Amort. acum. inmov. material	(65.000)	(3)	Desembolsos exigidos sobre acciones	750
(1)	Créditos a l/p	30.000			
(1)	Fianzas constituidas	8.500			
(1)	Existencias	55.000			
(1)	Clientes	25.000			
(1)	Deudores	15.000			
(3)	I. F. acciones «MAR»	5.340			
(3)	(-) Desemb. ptes. sobre acciones	(1.500)			
	Tesorería	125.610			
Total Activo		772.950	Total Pasivo		772.950

En el margen se ha indicado el apartado correspondiente del enunciado de donde se deduce el saldo.

III. OPERACIONES QUE REALIZAN «MAR, S.A.» Y «SALADA, S.A.» EN EL AÑO 2003**• Operaciones realizadas en «MAR, S.A.»**

En enero de 2003, por el desembolso del dividendo pasivo exigido:

25.000	Tesorería		a	Accionistas por desembolsos exigidos	25.000
		x			

Por el pago de las cuotas del arrendamiento financiero y por el ejercicio de la opción de compra:

411,11	Acreeedores por leasing	1-01	a	Tesorería	411,11
		x			

		1-02	
2.411,11	<i>Acreedores por leasing</i>		
		a	<i>Tesorería</i> 2.411,11
		x	
250	<i>Amortización inmovilizado inmaterial</i> [15.000 × 1 / (5 × 12)]		
		a	<i>Amortización acumulada inmovilizado inmaterial – leasing</i> 250
		x	
15.000	<i>Maquinaria</i>		
9.000	<i>Amortización acumulada inmovilizado inmaterial – leasing</i> (15.000 × 3/5)		
		a	<i>Derechos s/bienes en régimen de arrendamiento financiero</i> 15.000
		a	<i>Amortización acumulada inmovilizado material</i> 9.000
		x	
50	<i>Gastos financieros</i>		
		a	<i>Gastos por intereses diferidos</i> 50
		x	

Respecto al reparto del beneficio, teniendo en cuenta que el artículo 214 del TRLSA señala que el 10% del beneficio se destina a reserva legal, hasta que ésta alcance al menos el 20% del capital, y como el capital asciende a 250.000 €, sería preciso dotar la reserva legal con el 10% del beneficio de este ejercicio en tanto no se encuentre dotada en la cifra de 50.000 € (es decir, el 20% de 250.000). Como a cierre del ejercicio 2002 el importe de la reserva legal era de 46.000 €, habría que destinar únicamente 4.000 € de pérdidas y ganancias (cifra inferior al 10% de los beneficios, que han sido de 42.000 €) para cumplir con la obligación legal. Asimismo, se acuerdan 10.000 € para reserva estatutaria, y el resto, una vez deducido el dividendo a cuenta, a partes iguales entre reserva voluntaria y remanente.

42.000	<i>Pérdidas y ganancias</i>		
		a	<i>Reserva legal</i> 4.000
		a	<i>Reserva estatutaria</i> 10.000
		a	<i>Dividendo activo a cuenta</i> 2.500
		a	<i>Reserva voluntaria</i> 12.750
		a	<i>Remanente</i> 12.750
		x	

Cancela la deuda de 1.500 u.m. con el proveedor extranjero, cuando cotiza a 1,20 €.

1.875	Proveedores, m. e.		
75	Diferencias positivas en m. e.		
		a Tesorería	1.800
		(1.500 × 1,20)	
		a Diferencias positivas de cambio	150
		x	

Asimismo, previamente a la absorción por parte de «SALADA», cobra los intereses de los valores de renta fija en mayo.

600	Tesorería		
		a Intereses a c/p VRF	400
		a Ingresos VRF	200
		(300 × 50 × 4% × 4/12)	
		x	

• Operaciones realizadas en «SALADA»

Por el desembolso del dividendo pasivo exigido de «MAR», en enero.

750	Desembolsos exigidos sobre acciones		
		a Tesorería	750
		x	

IV. OPERACIONES REALIZADAS CON LA ABSORCIÓN DE «MAR» POR PARTE DE «SALADA»

Solicitud en «MAR» de los desembolsos pendientes.

50.000	Accionistas por desembolsos exigidos		
		a Accionistas por desembolsos no exigidos	50.000
		x	

50.000	Tesorería		
		a Accionistas por desembolsos exigidos	50.000
		_____ x _____	

En la sociedad «SALADA» se habrá realizado también la anotación correspondiente.

1.500	Desembolsos pendientes sobre acciones		
		a Desembolsos exigidos sobre acciones	1.500
		_____ x _____	
1.500	Desembolsos exigidos sobre acciones		
		a Tesorería	1.500
		_____ x _____	

Para la elaboración de los balances previos a la fusión, se va a tener en cuenta la repercusión sobre los resultados de las operaciones que se conocen y se han reflejado contablemente. Lógicamente, tiene que haber otras modificaciones en el resultado del ejercicio antes de la fecha de la fusión, pero al no disponer de información suficiente sobre tales cuestiones, hemos optado por desarrollar la resolución de esta parte del supuesto como si tales hechos no se hubiesen contabilizado.

Para el cálculo del patrimonio neto de «MAR» antes de calcular los resultados originados por el proceso de fusión, se ha elaborado el siguiente cuadro de apoyo.

	Saldo a 31 de diciembre de 2002	Variaciones 2003	Saldo previo a la fusión
Capital social	250.000		250.000
Prima emisión acciones	10.000		10.000
Reserva legal	46.000	4.000	50.000
Reserva para acciones propias	36.000		36.000
Reservas voluntarias	20.000	12.750	32.750
Pérdidas y ganancias (bfco.)	42.000	(42.000)	
(-) Dividendo activo a cuenta	(2.500)	2.500	
Diferencias positivas m. e.	75	(75)	
Reserva estatutaria		10.000	10.000
Remanente		12.750	12.750
(-) Acciones propias sit. esp.	(36.000)		(36.000)
Resultados 2003		50	50
Total Pasivo	365.575	-25	365.550

Desglose de los resultados producidos en 2003:

Diferencias positivas de cambio	150
Ingresos de VRF	200
Gastos financieros	-50
Amortiz. inmov. inmaterial	-250
Resultado negativo 2003	50

La valoración de la sociedad «MAR, S.A.», según dato del enunciado, es de 500.000 €, por lo cual se reconoce un fondo de comercio que figurará en la sociedad absorbente por la diferencia.

$$\text{Fondo de comercio} = 500.000 - 365.550 = 134.450$$

$$\text{Valor teórico de «MAR»} = 500.000 / (2.500 - 250) \text{ acc.} = 222,22$$

Patrimonio neto de «SALADA» a efectos de fusión.

Pasivo	Saldo
Capital social	600.000
Reserva legal	60.000
Reserva voluntaria	3.000
Pérdidas y ganancias (bficio.)	70.000
Resultados de fusión	4.660
Total	737.660

$$\text{Valor teórico} = 737.660 / 10.000 \text{ acc.} = 73,76$$

4.660 I. F. acciones

a Resultados de fusión 4.660
(45 acc. × 222,22 – 5.340)

_____ x _____

Deuda = Patrimonio transferido – I. F. acciones en absorbida

Deuda = 500.000 – 10.000 = 490.000

N.º acciones a emitir = 490.000 / 73,76 = 6.643,16

Para simplificar podemos considerar que emite 6.643 acciones y que paga por tesorería 12,32 €.

Asientos a realizar en la sociedad «MAR»

Por el reconocimiento de un fondo de comercio:

134.450	<i>Sociedad absorbente</i>		
		a	<i>Resultados de fusión</i>
			134.550
		x	

Por el traspaso de activos reales y pasivos exigibles ¹:

350	<i>AAII Gastos I+D</i>		
12.500	<i>Amortización acumulada inmovilizado material</i>		
250	<i>Provisión por depreciación IF VRF «RÍO»</i>		
12.000	<i>Proveedores</i>		
8.000	<i>Hacienda pública, acreedora conceptos fiscales</i>		
700	<i>Remuneración pendientes pago</i>		
365.450	<i>Sociedad absorbente</i>		
		a	<i>Gastos I+D</i>
			1.500
		a	<i>Construcciones</i>
			40.000

¹ El traspaso de estos elementos patrimoniales se ha realizado con la información disponible de acuerdo con lo facilitado por el enunciado, aunque existen partidas que han de haberse visto afectadas por la operativa normal de la empresa (a modo de ejemplo: los gastos anticipados, Hacienda pública, acreedor por conceptos fiscales o remuneraciones pendientes de pago).

		a Terrenos y bienes naturales	80.000
		a Maquinaria	50.000
		a Mobiliario	13.000
		a Existencias	50.000
		a Clientes	11.000
		a Efectos a cobrar	16.000
		a IF acciones «RÍO»	3.000
		a IF VRF «RÍO»	15.750
		a Tesorería	118.900
		a Gastos anticipados	200
		X	
250.000	Capital social		
10.000	Prima de emisión acciones		
50.000	Reserva legal		
36.000	Reserva para acciones propias		
32.750	Reserva voluntaria		
10.000	Reserva estatutaria		
12.750	Remanente		
134.550	Resultados de fusión		
50	Resultado ejercicio 2003		
		a Acciones propias situación especial	36.000
		a Accionistas cuenta fusión (2.205 acc. × 222,22)	490.000
		a Sociedad absorbente «SALADA» (45 acc. × 222,22)	10.000
		X	
489.987,68	I. F. acciones «SALADA» (6.643 acc. × 73,76)		
12,32	Tesorería		
		a Sociedad absorbente «SALADA»	490.000
		X	
490.000	Accionistas, cuenta de fusión		
		a I. F. acciones «SALADA»	489.987,68
		a Tesorería	12,32
		X	

Anotaciones en la sociedad absorbida «SALADA»

489.987,68	<i>Acciones emitidas</i>		
	(6.643 acc. × 73,76)		
		<i>a Capital social</i>	398.580
		(6.643 acc. × 60)	
		<i>a Prima de emisión de accio-</i>	
		<i>nistas</i>	91.407,68
		(6.643 acc. × 13,76)	
		_____ x _____	

Recibe el activo real y el pasivo exigible de «MAR» y retribuye a los socios de esta sociedad con las acciones emitidas.

1.500	<i>Gastos I+D</i>		
40.000	<i>Construcciones</i>		
80.000	<i>Terrenos y bienes naturales</i>		
50.000	<i>Maquinaria</i>		
13.000	<i>Mobiliario</i>		
50.000	<i>Existencias</i>		
11.000	<i>Clientes</i>		
16.000	<i>Efectos a cobrar</i>		
3.000	<i>IF acciones «RÍO»</i>		
15.750	<i>IF VRF «RÍO»</i>		
118.900	<i>Tesorería</i>		
200	<i>Gastos anticipados</i>		
134.450	<i>Fondo de comercio</i>		
		<i>a AAI Gastos I+D</i>	350
		<i>a Amortización acumulada inmo-</i>	
		<i>vilizado material</i>	12.500
		<i>a Provisión por depreciación</i>	
		<i>IF VRF «RÍO»</i>	250
		<i>a Proveedores</i>	12.000
		<i>a Hacienda Pública acreedora</i>	
		<i>conceptos fiscales</i>	8.000
		<i>a Remuneración pendientes</i>	
		<i>pago</i>	700
		<i>a Sociedad absorbida</i>	500.000
		_____ x _____	

500.000	Sociedad absorbida		
		a Acciones emitidas	489.987,68
		a IF acciones «MAR»	10.000
		(45 acc. × 222,22)	
		a Tesorería	12,32
		_____ x _____	