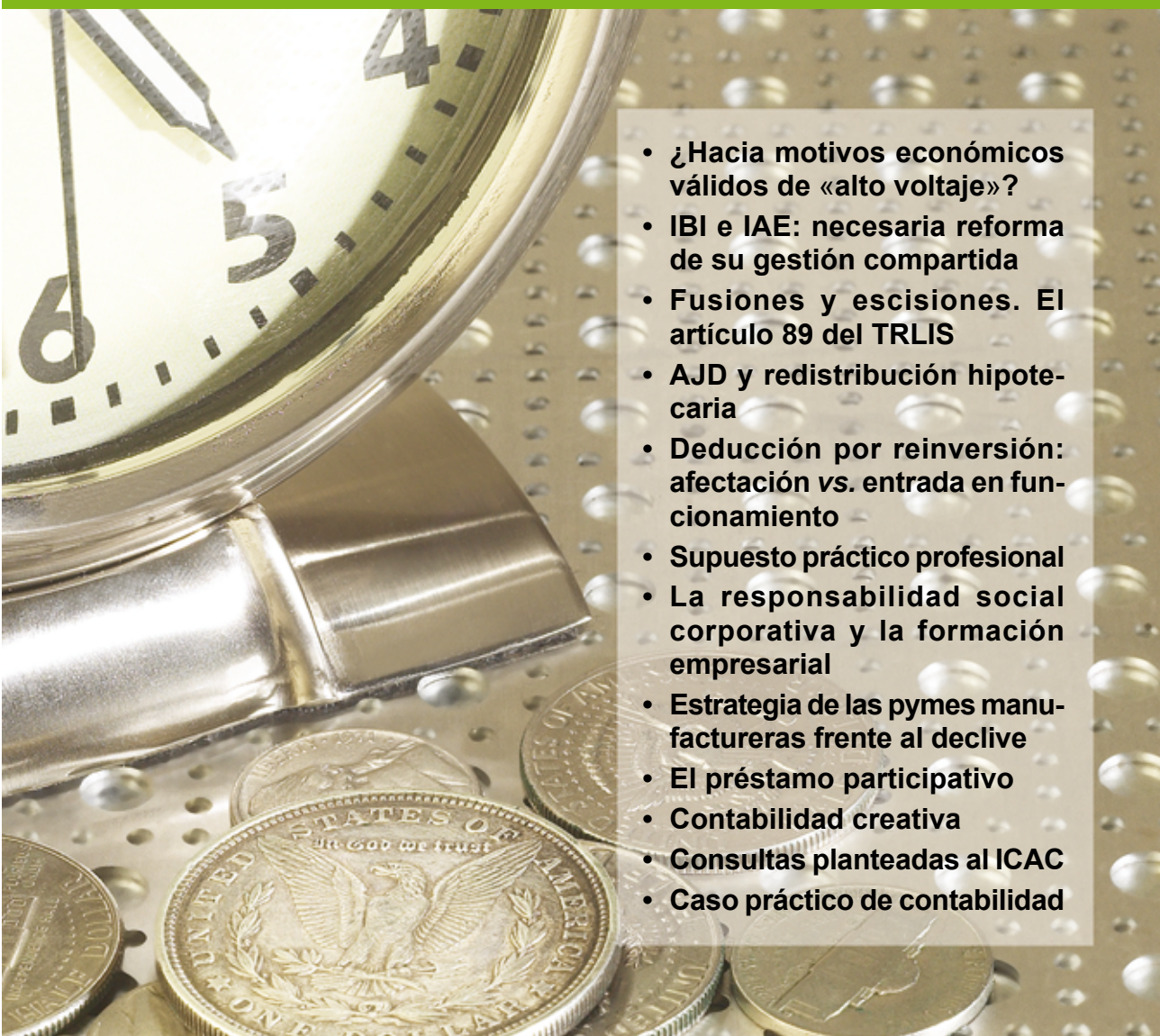




- ¿Hacia motivos económicos válidos de «alto voltaje»?
- IBI e IAE: necesaria reforma de su gestión compartida
- Fusiones y escisiones. El artículo 89 del TRLIS
- AJD y redistribución hipotecaria
- Deducción por reinversión: afectación vs. entrada en funcionamiento
- Supuesto práctico profesional
- La responsabilidad social corporativa y la formación empresarial
- Estrategia de las pymes manufactureras frente al declive
- El préstamo participativo
- Contabilidad creativa
- Consultas planteadas al ICAC
- Caso práctico de contabilidad

CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

P.º Gral. Martínez Campos, 5
Gran de Gràcia, 171
Alboraya, 23
Ponzano, 15
www.cef.es

28010 MADRID
08012 BARCELONA
46010 VALENCIA
28010 MADRID
902 88 89 90

Tel. 914 444 920
Tel. 934 150 988
Tel. 963 614 199
Tel. 914 444 920
info@cef.es

FEBRERO 2012 – NÚMERO 347

DIRECTOR

Roque de las Heras Miguel (*Presidente del CEF*)

COORDINADORES

M.ª José Leza Angulo (*Profesora del Área Tributaria del CEF*)

Javier Romano Aparicio (*Profesor del Área Contable del CEF*)

CONSEJO ASESOR

Sotero Amador Fernández
Profesor de Contabilidad del CEF

Mario Alonso Ayala
Presidente de AUREN-ESPAÑA

Diego Marín Barnuevo Fabo
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid

Alejandro Blázquez Lidoy
Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Rey Juan Carlos

José Manuel Calderón Carrero
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de A Coruña

César Camisón Zornoza
Catedrático de Organización de Empresas. Universidad Jaume I de Castellón

Inocencio Carazo González
Socio Director de INSESA & Abogados

Gabriel Casado Ollero
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Complutense de Madrid

José Luis Cea García
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Autónoma de Madrid

Lorenzo de las Heras Miguel
Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España

José Luis Gallizo Larraz
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Lleida

José Antonio Gonzalo Angulo
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Alcalá. Presidente del ICAC

Alejandro Larriba Díaz-Zorita
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

Miguel Ángel Martínez Lago
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Complutense de Madrid

Juan Manuel Moral Calvo
Socio Sector Financiero de KPMG Abogados

Enrique Ortega Carballo
Socio Área Fiscal Gómez Acebo & Pombo Abogados

Valentín Pich Rosell
Presidente del Consejo General de Colegios de Economistas de España

Eduardo Ramírez Medina
Socio de Cuatrecasas Abogados

José Andrés Sánchez Pedroche
Profesor de Derecho Financiero y Tributario. Rector de la UDIMA

Eduardo Sanz Gadea
Inspector de Hacienda del Estado. Ministerio de Economía y Hacienda

Correo electrónico: revistacef@cef.es
Edición electrónica: www.ceflegal.com

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

- REDACCIÓN, ADMINISTRACIÓN Y SUSCRIPCIONES:

P.º Gral. Martínez Campos, 5 - 28010 MADRID

Tel. 914 444 920

Fax 915 938 861

Correo electrónico: info@cef.es

- EDITA:

Centro de Estudios Financieros, S.L.

- IMPRIME:

Artes Gráficas Coyve, S.A.

C/ Destreza, 7

Polígono Industrial «Los Olivos»

28906 Getafe (Madrid)

- DEPÓSITO LEGAL: M-1947-1981

- SUSCRIPCIÓN ANUAL A LOS DOS VOLUMENES (2012) ... 139,43 € (IVA no incluido)

1.º Comentarios y Casos prácticos (en papel e Internet)

2.º Legislación, Consultas, Jurisprudencia (en papel).

- SUSCRIPCIÓN ANUAL A UN SOLO VOLUMEN (2012) 79,81 € (IVA no incluido)

- NÚMEROS SUELTOS (cada volumen):

– Suscriptores 10,00 € (IVA no incluido)

– No suscriptores 15,00 € (IVA no incluido)

En la página www.ceflegal.com encontrará publicados todos los artículos de la *Revista de Contabilidad y Tributación* desde el número 100. Aquellos artículos que se correspondan con su periodo de suscripción los podrá obtener de forma gratuita; los anteriores a su fecha de alta en el producto tendrán un descuento del 50%.

© 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.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

SUMARIO

Página

TRIBUTACIÓN

10/2012	Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula antiabuso de la «Directiva de Fusiones»: ¿hacia motivos económicos válidos de «alto voltaje»? (José Manuel Calderón Carrero)	5
11/2012	La necesaria reforma de la gestión compartida en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles y en el Impuesto sobre Actividades Económicas. (Miguel Alonso Gil)	41
12/2012	La aplicación del artículo 89 del TRLIS en el régimen especial de fusiones y escisiones. En torno a la participación en el capital de la entidad transmitente y de la entidad adquirente. (Juan Calvo Vérguez)	81
13/2012	La base imponible de las operaciones de redistribución de las garantías hipotecarias en supuestos de ampliación del préstamo original. (Héctor Pérez Tapia)	113
14/2012	La deducción por reinversión de beneficios extraordinarios: afectación vs. entrada en funcionamiento. (Francisco Caverio de Pedro)	119
15/2012	Supuesto práctico profesional (ejercicio propuesto para el ingreso al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado). (Eva Martín, Alfonso García, Fernando Salazar y José Barrio)	123

CONTABILIDAD

16/2012	Buscando nuevos caminos para la implantación de la Responsabilidad Social Corporativa. Un análisis desde la formación empresarial. (Ramiro Cea Moure, Pedro Aceituno Aceituno y José Luis Casado Sánchez)	125
17/2012	Determinantes y resultado de la respuesta estratégica de las PYMES manufactureras tradicionales frente al declive. (Francisco Puig Blanco y Ana Debón Aucejo)	163
18/2012	Formas alternativas a la financiación bancaria tradicional. El préstamo participativo. (María Teresa Cano Fernández y Pedro Loma Pardo)	185
19/2012	Contabilidad creativa. (Sotero Amador Fernández)	209
20/2012	Consultas planteadas al ICAC. (Inmaculada de Benito Cámara)	227
21/2012	Supuestos propuestos en la oposición para Gestores de Hacienda del Gobierno de Navarra (2.ª parte). (Fernando Vallejo Torrecilla)	235

Solo disponible en versión digital

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.

SUMMARY

Page

TAXATION

10/2012	A twist to the european interpretation of the anti-abuse clause of the «merger directive»: towards «high voltage» valid economic reasons? (José Manuel Calderón Carrero)	5
11/2012	The necessary reform of shared management of Property Tax and Business Activity Tax. (Miguel Alonso Gil)	41
12/2012	The application of article 89 TRLIS in mergers and divisions of corporations. Around the participation in the capital of the transferor and the acquirer. (Juan Calvo Vérguez)	81
13/2012	Taxable base of stamp duty in the operations of reallocation of responsibility in mortgage-secured loans connected to the increase of the amount of such loans. (Héctor Pérez Tapia)	113
14/2012	Deduction by reinvestment of excess profits: imputation <i>versus</i> put into use. (Francisco Caverio de Pedro)	119
15/2012	Exercise of professional practice (proposed to enter the Corps of Revenue Agents in Spain). (Eva Martín, Alfonso García, Fernando Salazar y José Barrio)	123

ACCOUNTING

16/2012	Searching for new routes for CSR implementation. An analysis from the business training. (Ramiro Cea Moure, Pedro Aceituno Aceituno y José Luis Casado Sánchez)	125
17/2012	Determinants and performance of traditional manufacturing SMES facing decline. (Francisco Puig Blanco y Ana Debón Aucejo)	163
18/2012	The alternative to the traditional banking financial system. The participating loan. (María Teresa Cano Fernández y Pedro Loma Pardo)	185
19/2012	Creative accounting. (Sotero Amador Fernández)	209
20/2012	Questions formulated to ICAC. (Inmaculada de Benito Cámara)	227
21/2012	Exercises proposed in the competitive examination of Government of Navarra for Finance Managers (second part). (Fernando Vallejo Torrecilla)	235

Available only in digital

UNA VUELTA DE TUERCA A LA INTERPRETACIÓN EUROPEA DE LA CLÁUSULA ANTIABUSO DE LA «DIRECTIVA DE FUSIONES»: ¿HACIA MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS DE «ALTO VOLTAJE»?

JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de La Coruña*

Extracto:

EL presente trabajo analiza las principales implicaciones derivadas de la Sentencia del TJUE (Sala Quinta) de 10 de noviembre de 2011, C-126/10, *Foggia-SGPS*, sobre la cláusula antiabuso [art. 11.1 a)] de la Directiva 90/434/CEE de fusiones, escisiones, aportaciones y canjes de activos. A través de este pronunciamiento, el TJUE revisita la interpretación del alcance del test de motivo económico válido en el contexto de la referida cláusula antiabuso, llegando a mantener que el ahorro de los costes estructurales resultantes de los gastos administrativos y de gestión derivados de una reestructuración o una racionalización de un grupo no constituye en todo caso un motivo económico válido que excluya la presunción de fraude o evasión fiscal recogida en el artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones, considerando las circunstancias del caso (el carácter marginal de los motivos económicos, la presencia de significativas ventajas fiscales e indicios de fraude o evasión fiscal). El TJUE adopta una posición de tendencia «sustancialista» que le lleva a ponderar los efectos jurídico-económicos de la reestructuración con otros objetivos de la reorganización (aprovechamiento de ventajas fiscales), en un contexto donde existen indicios de fraude o evasión fiscal.

Palabras clave: Directiva de Fusiones, reorganizaciones empresariales, motivo económico válido, cláusulas antiabuso y Derecho de la UE.

A TWIST TO THE EUROPEAN INTERPRETATION OF THE ANTI-ABUSE CLAUSE OF THE «MERGER DIRECTIVE»: TOWARDS «HIGH VOLTAGE» VALID ECONOMIC REASONS?

JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de La Coruña*

Abstract:

THIS paper examines the main implications arising from the decision of the ECJ (Fifth Chamber) of 10 November 2011, C-126/10, Foggia, SGPS, on the anti-abuse clause [art.11.1 a)] of Directive 90/434/EEC of mergers, divisions, transfers and exchanges of assets. Through this ruling the ECJ revisits the interpretation of the valid commercial reasons test in the context of that anti-abuse clause, holding that the structural cost savings resulting from the restructuring or rationalization of a group in any case is not a valid commercial reason to exclude the presumption of fraud or tax evasion contained in article 11.1 a) of the Merger Directive, considering the circumstances (the marginal nature of the economic purposes invoked by the taxpayer, and the presence of significant tax savings and indications of fraud or tax avoidance).

Keywords: Mergers Directive, business reorganizations, business purpose, valid commercial reasons, anti-abuse clauses and EU Law.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Antecedentes y cuestión planteada.
- III. Exposición de la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Foggia*, y comentarios en relación con la misma.
 1. Sobre la competencia del TJUE para enjuiciar una cuestión prejudicial relativa a una operación de fusión no transfronteriza.
 2. Doctrina del TJUE sobre el fondo del asunto: la interpretación del test de motivos económicos válidos.
 3. Sobre el concepto de abuso empleado por el TJUE.
 4. La clarificación de la sentencia *Foggia* sobre el test de motivos económicos válidos.
 5. El problema del motivo fiscal y la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones.
 6. Alcance de la «regla» de ponderación relativa entre el motivo económico válido y la ventaja fiscal.
- IV. Una reflexión final sobre la jurisprudencia del TJUE en el caso *Foggia* en el marco de la normativa española que transpone la Directiva de Fusiones.
 1. La interpretación europea de la normativa española que transpone la Directiva de Fusiones.
 2. Un apunte sobre la doctrina administrativa en torno al artículo 96.2 del TRLIS.
 3. Ideas finales: sobre la necesidad de mejorar los niveles de seguridad jurídica en la aplicación de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo posee un objetivo muy modesto consistente en comentar las que pensamos podrían ser las principales implicaciones de un reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) sobre la Directiva 90/434/CEE, de régimen común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones y canjes realizados entre sociedades de distintos Estados miembros (en adelante, Directiva de Fusiones)¹. En concreto se trata de la Sentencia del TJUE (Sala Quinta) de 10 de noviembre de 2011, C-126/10, *Foggia-SGPS*, sobre la cláusula antiabuso [art. 11.1 a)] de la referida Directiva.

A través de este pronunciamiento el TJUE revisita la interpretación del alcance del test de motivo económico válido en el contexto de la referida cláusula antiabuso, llegando a mantener que el ahorro de los costes estructurales resultantes de los gastos administrativos y de gestión derivados de una reestructuración o una racionalización de un grupo no constituye en todo caso un motivo económico válido que excluya la presunción de fraude o evasión fiscal recogida en el artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones, considerando las circunstancias del caso (el carácter marginal de los moti-

¹ Existe una versión consolidada de la Directiva 90/434/CEE representada por la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009; la cláusula antiabuso del artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE se recoge en idénticos términos en el artículo 15.1 a) de la Directiva 2009/133/CE. A la hora de elaborar este comentario nos hemos servido fundamentalmente de las siguientes obras que versan sobre la interpretación de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones: LÓPEZ-SANTACRUZ: *Operaciones de Reestructuración Empresarial*, Francis Lefebvre, 2000; LÓPEZ-SANTACRUZ, *Fusiones*, F. Lefebvre, Madrid, 2004; LÓPEZ-SANTACRUZ y ORTEGA CARBALLO: *Reorganización Empresarial (Fusiones)*, F. Lefebvre, Madrid, 2011; LOZEV: «Survey of Implementation of the EC Merger Directive», *European Taxation*, February/March 2010; PALAO TABOADA: «Los "motivos económicos válidos" en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *RCyT*, CEF, n.º 235, 2002; LÓPEZ TELLO, J.: «La cláusula antiabuso del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n.º 16; MENÉNDEZ GARCÍA, G.: «Realización de operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria y canje de valores con fines de fraude o evasión fiscal: cláusula antiabuso comunitaria y artículo 110.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades», *JT Aranzadi*, 2000, vol. II; FALCÓN Y TELL: «La nueva redacción de la cláusula antiabuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS», *Quincena Fiscal*, n.º 4/2001; DURAN-SINDREU: «El artículo 110.2 de la Ley 43/1995: análisis y propuesta de reforma», *RTT*, n.º 55, 2001; SANZ GADEA: «Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000», *RCyT*, CEF, n.º 215, 2001; BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C.: «La importancia de la motivación económica de la operaciones de concentración y reestructuración empresarial y su incidencia fiscal», *RCyT*, CEF, n.º 224, 2001; RUIZ ALMENDRAL, ¿Tiene futuro el test de los motivos económicos válidos en las normas antiabuso?, *RCyT*, CEF, n.º 329-330, 2010, págs. 5 y ss.; SCHINDLER, C.P.: «EU Report», *Tax Treatment of International acquisitions of businesses*, IFA CDFI, vol. 90b, Kluwer, 2005; TOMSETT (2004): «The Merger Directive» en AA.VV.: *Mergers & Acquisitions*, IBFD, Ámsterdam (actualizaciones periódicas), VV.AA.: *EC Corporate Tax*, IBFD, Ámsterdam, 2005; ENGLISH, J.: *National Measures to Counter Tax Avoidance under the Merger Directive*, Oxford University Centre for Business Taxation, WP 11/13; y CALDERÓN y MARTÍN JIMÉNEZ: «La Directiva de Fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canjes de acciones entre sociedades de distintos Estados miembros» en CARMONA FERNÁNDEZ (dir.): *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, CISS, Valencia, 2011, págs. 1.275 y ss.

vos económicos, la presencia de significativas ventajas fiscales e indicios de fraude o evasión fiscal). El TJUE adopta una posición de tendencia «sustancialista» que le lleva a ponderar los efectos jurídico-económicos de la reestructuración con otros objetivos de la reorganización (aprovechamiento de ventajas fiscales), en un contexto donde existen indicios de fraude o evasión fiscal.

En realidad no puede decirse que estemos ante una jurisprudencia completamente novedosa, sino más bien ante otro importante (aunque oscuro) pronunciamiento que aborda la controvertida cuestión del test de relevancia de los motivos no fiscales en el contexto de la determinación del elemento subjetivo del principio de prohibición de abuso de Derecho de la Unión Europea (UE). Este aspecto ya fue abordado por el Tribunal de Justicia en anteriores sentencias-guía (como *Emlands-Stärke*², *Halifax*³ o *Part Service*⁴) y ahora se examina en el marco de la Directiva de Fusiones. Podría afirmarse, por tanto, que estamos ante una clarificación de uno de los aspectos más oscuros del principio europeo de prohibición de abuso, en su formulación general expuesta en la sentencia *Halifax*, que reside en el alcance y la configuración de su elemento subjetivo⁵ y que en la Directiva de Fusiones tiene carácter central: ¿cuándo el motivo de obtención o disfrute de una ventaja fiscal neutraliza la concurrencia de otras eventuales finalidades económicas válidas (no fiscales) y hace aplicable la presunción de fraude o evasión fiscal?

En este mismo sentido, cabe preguntarse si esta sentencia del TJUE supone un giro hacia una exigencia generalizada de «motivos económicos de alto voltaje»⁶ (un nuevo test de sustancialidad

² C-110/99 (NFJ045382).

³ C-255/02 (NFJ021677), véanse los párrafos 74 y 75 donde el TJUE se aparta de la posición más estricta sobre la prohibición de abuso que defendió en este mismo caso el Abogado General Poiras Maduro en el párrafo 89 de sus conclusiones en el sentido de que la concurrencia de otros motivos económicos válidos junto a objetivos fiscales (aunque fueran principales) excluiría la aplicación de tal principio.

⁴ C-425/06 (NFJ027402), véase el párrafo 81.

⁵ Destacados autores han enfatizado la ambigüedad con la que el TJUE ha configurado el elemento subjetivo del principio de prohibición de abuso. Así, por ejemplo, LYAL considera que ello posiblemente obedezca a una posición intencionada del Tribunal de Justicia tendente a dejar un amplio margen de maniobra a las autoridades fiscales nacionales (LYAL: «Cadbury Schweppes and Abuse: Comments», en DE LA FEIRA y VOGENAUER (editors), *Prohibition of Abuse of Law*, Hart, Oxford, 2011, págs. 429 y ss.). Otros autores, como LANG, consideran que en gran medida el enfoque del TJUE sobre las prácticas abusivas es predominantemente objetivo y pivota sobre la interpretación del objeto y fines de la norma comunitaria de cobertura, de manera que el elemento subjetivo (objetivos perseguidos por el contribuyente e intenciones subjetivas) carecen de verdadera relevancia (LANG: «Cadbury Schweppes' Line of Case Law from the Member States' perspective» en DE LA FEIRA y VOGENAUER (editors), *Prohibition of Abuse of Law*, op. cit., pág. 458). A nuestro juicio, en el test antiabuso dual objetivo-subjetivo que emplea el TJUE el elemento subjetivo (la determinación de que el objetivo esencial de la operación o negocio es la búsqueda de una ventaja fiscal) opera al servicio del elemento objetivo (determinar si se contraviene o no la finalidad de la norma de cobertura de la operación), de manera que este último solo puede enjuiciarse verdaderamente a la luz de los indicios objetivos obtenidos en relación con el primero; esta idea está expuesta con bastante claridad en los párrafos 44 y ss. de la sentencia *Weald Leasing*, C-103/09 (NFJ041103). En relación con este estado de cosas donde no resulta del todo clara la posición del TJUE sobre la configuración del elemento subjetivo de la prohibición de abuso, algunos autores como Sinfield han destacado los problemas de seguridad jurídica que resultan para los contribuyentes (SINFELD: «The Halifax Principle as a universal GAAR for tax in the EU», *British Tax Review*, n.º 3, 2011, págs. 236 y ss.).

⁶ La expresión la tomamos de NELSON que se refiere a los supuestos donde la exigencia del *business purpose* es más rigurosa (NELSON: «The Limits of Literalism: the Effect of Substance Over Form, Clear reflection and business purpose consideration on the proper interpretation of Subchapter K», *Taxes*, vol. 73, 1995, págs. 641 y ss.; llegamos a este autor a través del inigualable y clásico trabajo del profesor PALAO TABOADA: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», en *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 229 (publicado originariamente en RCyT, CEF, n.º 235, 2002, págs. 63 y ss.).

de los motivos económicos en relación con los objetivos fiscales de la operación) o, por el contrario, hay que entender esta jurisprudencia en su contexto fáctico más allá del cual no desplegaría efectos. Precisamente, lo que pretendemos con este trabajo es analizar este pronunciamiento y extraer conclusiones de cara a la interpretación de la cláusula antiabuso prevista en el artículo 96.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS).

En último análisis, pensamos que el TJUE adopta una posición de corte «sustancialista» exigiendo, cuando menos en ciertos casos, cierta materialidad de los objetivos no fiscales (que resulten «genuinos» y no «aparentes», y no sean completamente marginales o incidentales) en presencia de ventajas fiscales significativas, sin llegar a establecer la necesidad de que concurran motivos económicos de «alto voltaje» con carácter general.

II. ANTECEDENTES Y CUESTIÓN PLANTEADA

Como ya hemos indicado, el asunto *Foggia-SGPS* se refiere a la interpretación del alcance de la cláusula antiabuso del artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE de fusiones, escisiones, aportaciones y canjes de activos.

Los hechos se refieren a una operación de fusión realizada por una entidad portuguesa (Foggia) con forma de SGPS cuya actividad es la gestión de participaciones. Tal entidad absorbió a otras tres sociedades de gestión de participaciones (SGPS) que pertenecían al mismo grupo. El día anterior a la fusión, Foggia solicitó autorización al Secretario de Estado de Portugal para deducir de sus eventuales beneficios imponible las pérdidas fiscales constatadas, pero aún no compensadas, de las sociedades absorbidas durante los ejercicios 1997-2002.

El Secretario de Estado portugués accedió a dicha solicitud por lo que respecta a dos de las tres sociedades, pero desestimó la transferencia de pérdidas de una de ellas (Riguadiana SGPS), basándose en que la operación de fusión de esta con Foggia no presentaba ningún interés económico para esta última. Asimismo, se indicó que, en los años de que se trata, Riguadiana había dejado de tener una cartera de participaciones, que prácticamente no había obtenido ingresos de su actividad y que únicamente había invertido en títulos. También se apunta que no estaba claro el origen de las pérdidas fiscales de dicha entidad que ascendían a 2 millones de euros.

Atendiendo a tales antecedentes, el Secretario de Estado consideró que la reducción de costes administrativos y de gestión de Riguadiana no representaba en términos estructurales un interés económico para Foggia. Es decir, consideró que no existía motivo económico válido, en la medida en que la reducción de costes administrativos resultaba marginal en relación con la ventaja fiscal derivada de las bases imponibles negativas a compensar.

Foggia recurrió la resolución del Secretario de Estado, conociendo en apelación el Tribunal Supremo que planteó cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE.

III. EXPOSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN EL ASUNTO *FOGGIA*, Y COMENTARIOS EN RELACIÓN CON LA MISMA

1. Sobre la competencia del TJUE para enjuiciar una cuestión prejudicial relativa a una operación de fusión no transfronteriza

En primer lugar, debe ponerse de relieve cómo el TJUE se manifestó a favor sobre su competencia para pronunciarse sobre una «fusión interna», allí donde la legislación nacional sigue la normativa comunitaria sobre fusiones (jurisprudencia *Dzodzi*, C-297/88 y C-187/89, que ha sido reiterada en numerosas ocasiones)⁷, en cuyo caso las autoridades nacionales deben interpretar la norma fiscal nacional de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE (aunque estemos ante reorganizaciones no transfronterizas). Cabe observar que la interpretación de la normativa nacional que transpone la Directiva de Fusiones a la luz de la jurisprudencia europea en un contexto puramente doméstico (operación no transfronteriza) suscita la problemática derivada de la aplicación de una norma (europea) cuya finalidad esencial consiste en eliminar obstáculos fiscales a las reorganizaciones empresariales *transfronterizas*. Tal problemática se plantea particularmente en el contexto de la aplicación de la cláusula antiabuso del artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones, dado que el elemento objetivo del abuso atiende a la finalidad de la norma europea de cobertura. De alguna forma, el TJUE termina forzando una reinterpretación de los fines de la Directiva de Fusiones cuando el legislador ha extendido tal regulación a operaciones internas, lo cual debe tenerse en cuenta cuando se realiza el test de abuso en el ámbito nacional.

En el caso que nos ocupa, lo cierto es que el Gobierno portugués alegó, no sin cierto fundamento, que la petición de decisión prejudicial era inadmisibile debido a que no existía ninguna relación entre la interpretación solicitada del artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones y la normativa nacional controvertida que se refería a la posibilidad de transferir pérdidas fiscales en el marco de una operación de fusión. Sin embargo, el TJUE adoptó una posición expansiva de su propia competencia y, con ello, de los efectos del Derecho de la UE, declarando que la cuestión prejudicial planteada atañe a una cuestión regulada por la Directiva de Fusiones cual es el concepto de motivos económicos válidos.

Ciertamente, tal posición resulta un tanto forzada ya que en realidad la cuestión se refiere a una materia extramuros de la Directiva de Fusiones como es la relativa a las condiciones establecidas por

⁷ La doctrina del TJUE sobre la extensión de efectos de la interpretación europea de una norma en un contexto nacional donde el legislador toma tal norma europea como modelo y la sigue sustancialmente para regular otras situaciones (v. gr., internas) más allá de lo requerido por la norma europea, posee incidencia en otros ámbitos como el relativo a la normativa contable. Esta doctrina de la extensión de efectos resulta muy controvertida y de hecho varios Abogados Generales se han posicionado en contra de la misma, considerando que supone una intromisión ilegítima del Derecho de la UE en materias competencia de los Estados miembros. Con todo, existen pronunciamientos del TJUE donde este ha autolimitado esta doctrina en casos donde el legislador nacional ha tomado elementos del Derecho de la UE pero lo ha hecho de forma fragmentaria e introduciendo elementos dirigidos a desviarse de tal modelo europeo (véase la STJUE de 28 de marzo de 1995, *Kleimwort Benson*, C-346/93). Esta segunda línea de jurisprudencia, además de haber sido muy criticada, resulta difusa en cuanto a su alcance y minoritaria. En torno a estas cuestiones en el contexto de la reforma (2007) de la normativa contable española, *vid.* CALDERÓN y BÁEZ: «La armonización contable europea, las NIC/NIFF y su influencia en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades», en SANFRUTOS GAMBIN y CARBAJO VASCO (coordinadores), *Impuestos sobre Sociedades, Régimen General*, Thomson, Pamplona, 2010, págs. 99 y ss.

los Estados miembros para permitir una compensación de pérdidas fiscales en el contexto de una reorganización empresarial, cuestión cuya ordenación es competencia de los Estados miembros, con el límite de la no discriminación. El TJUE se aferró a que tal «ventaja fiscal» estaba ligada a la autorización de la fusión por parte de las autoridades fiscales y que tal autorización dependía de un test de motivos económicos válidos en línea con lo establecido en el artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE para fundamentar su competencia. La principal consecuencia de la posición adoptada por el Tribunal de Justicia radica en la aplicación de la jurisprudencia europea sobre la prohibición de abuso en la interpretación de una cláusula antiabuso nacional que adopta la fórmula establecida en el artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones para determinar la procedencia de la aplicación de una ventaja fiscal creada por el legislador nacional en tal contexto ⁸.

2. Doctrina del TJUE sobre el fondo del asunto: la interpretación del test de motivos económicos válidos

En cuanto al fondo del asunto, el TJUE realizó una serie de pronunciamientos que pasamos a exponer.

- 1.^a La cláusula antiabuso solo es aplicable cuando el principal objetivo de la operación sea el fraude o la evasión fiscal.
- 2.^a El hecho de que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene tal objetivo fraudulento o de evasión fiscal.
- 3.^a El concepto de motivos económicos válidos va más allá de la búsqueda de una ventaja puramente fiscal: una operación de canje con pura motivación fiscal, en principio, podría ser excluida del ámbito de aplicación del régimen establecido en la Directiva por las autoridades nacionales con arreglo a una cláusula antiabuso nacional. En gran medida el TJUE, siguiendo su jurisprudencia *Leur-Bloem* ⁹, anuda la ausencia de presencia del objetivo (único) de obtención de una ventaja fiscal con la falta de motivo económico y con la presunción de fraude y evasión fiscal.
- 4.^a Puede constituir un motivo económico válido una operación de fusión basada en varios objetivos, entre los que pueden también figurar consideraciones de naturaleza fiscal, a condición de que estas últimas no sean preponderantes en el marco de la operación proyectada.
- 5.^a Allí donde se probara que la operación tiene como único objetivo obtener una ventaja fiscal cabe presumir la finalidad de fraude o evasión y por tanto inaplicar la Directiva de Fusiones.

⁸ El TJUE ya se había pronunciado a favor de la aplicación del principio europeo de prohibición para interpretar una cláusula general antiabuso en la sentencia *Kefalas* (C-367/96). La legislación española (art. 90 TRLIS) incluye la ventaja fiscal relativa a la compensación horizontal de pérdidas en el régimen especial de reorganizaciones empresariales que transpone la Directiva 90/434/CEE quedando su aplicación supeditada al test general antiabuso previsto en el artículo 96.2 del TRLIS, cuya superación determina la aplicación del régimen establecido en el Capítulo VIII.

⁹ STJUE de 17 de julio de 1997, C-28/95 (NFJ005725).

- 6.^a Las autoridades nacionales, a la hora de comprobar si la operación contemplada persigue un objetivo puramente fiscal, no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder caso por caso a un examen global de la operación de reorganización empresarial.

Es decir, el TJUE aboga por una interpretación intensivamente fáctica de la cláusula antiabuso que requiere un análisis casuístico de cada reorganización empresarial por parte de las autoridades fiscales nacionales. En este sentido, parece deducirse de ello que la Administración tributaria tiene la carga de probar la existencia de una operación con objetivo puramente fiscal a la luz de los hechos y circunstancias, no pudiendo limitarse a excluir la aplicación de las ventajas fiscales del régimen especial de fusiones invocando presunciones de fraude o evasión desconectadas de los hechos, ni tampoco argumentando que el contribuyente no ha probado los propósitos no fiscales de la operación. No obstante, el contribuyente también debe desplegar prueba de los propósitos no fiscales de la reorganización, no debiendo limitar tal prueba a la mera alegación de motivos no fiscales, requiriéndose igualmente que despliegue una demostración de los mismos a través de elementos objetivos (v. gr., su sustancia económica en términos de medios humanos y materiales, la actividad realizada tras la reorganización, los contratos y operativa post-reorganización, la durabilidad y funcionamiento de la estructura post-reorganización, la funcionalidad efectiva de la nueva estructura desde una perspectiva societaria, organizativa o empresarial no solo considerando su racionalidad económica sino la propia discrecionalidad empresarial, etc.) que acrediten o sean consistentes con tal motivo no fiscal ¹⁰.

- 7.^a El TJUE insiste en la necesidad del examen global de la transacción, indicando que el juicio de la concurrencia de un motivo económico válido (no puramente fiscal) no debe hacerse a partir de elementos aislados tomándolos como decisivos o determinantes a nivel individual. Así, en el caso de *Foggia-SGPS* se indica que el hecho de que en la fecha de la operación de fusión, la sociedad absorbida ya no ejercía ninguna actividad de gestión propia, que ya no tenía ninguna participación financiera y que la sociedad absorbente pretendía asumir las pérdidas de la sociedad absorbida (no compensadas), constituyen elementos que en sí mismos o individualmente no pueden considerarse decisivos, pudiendo existir motivos económicos válidos en un caso como este que expliquen o motiven la fusión más allá de la búsqueda de una ventaja fiscal.

Ahora bien, el TJUE realiza una importante precisión en el párrafo 42 de la sentencia cuando establece que el hecho de que las pérdidas sean de importe elevado (2 millones de euros) y su origen no esté claramente determinado sí puede constituir *un indicio de fraude o de evasión*, toda vez que la operación de fusión por absorción de una sociedad sin aportación de activo solo tiene como objetivo obtener un beneficio puramente fiscal ¹¹. Esta posición está

¹⁰ En parecidos términos, RODRÍGUEZ-BEREJO LEÓN: «La carga de la prueba en el Derecho Tributario: su aplicación en las normas tributarias antiabuso y en la doctrina del TJUE», *RCyT*, CEF, n.º 344, 2011, págs. 5 y ss.

¹¹ Esta última afirmación relativa al indicio de fraude o evasión fiscal derivado de que las pérdidas fiscales sean de un importe elevado y que su origen no esté claramente determinado, «toda vez que la operación de fusión por absorción de una sociedad sin aportación de activo solo tiene como objetivo obtener un beneficio puramente fiscal», a nuestro entender, debe ser puesta en conexión con otras afirmaciones recogidas en esta misma sentencia. Por ejemplo, en los párrafos 35, 38 a 41 y 50 de la sentencia *Foggia* el TJUE se posiciona en el sentido de que ninguno de los elementos resulta

alineada con la jurisprudencia precedente. Así, en *Leur-Bloem*¹² consideró como indicios de fraude o evasión fiscal como la intervención de una sociedad de nueva creación con motivo de la reestructuración o la creación de una estructura societaria para un periodo limitado y no de forma duradera, aunque entendió que ninguno de ellos en sí mismos era decisivo para calificar la operación como fraudulenta en la medida en que concurrieran motivos económicos válidos. También en *Halifax* [C-255/02 (NFJ021677)] el TJUE consideró casos de fraude fiscal la emisión de declaraciones falsas o facturas irregulares (para. 59), pero a efectos de determinar la concurrencia del elemento subjetivo del abuso (finalidad esencial de obtención de ventaja fiscal) consideró que hay que atender a un conjunto de elementos objetivos como «el carácter puramente artificial de estas operaciones, así como los vínculos de carácter jurídico, económico y/o personal entre los operadores implicados en el plan de reducción de la carga fiscal» (para. 81, siguiendo la jurisprudencia *Emsland-Stärke*). En otros casos como en *Weald Leasing*¹³ se toma en consideración el carácter artificialmente escalonado de las operaciones así como la existencia o inexistencia de negocios en condiciones normales de mercado. En *Cadbury Schweppes* el TJUE indicó que el hecho de que la sociedad fuera constituida en un territorio de baja tributación y realizara operaciones vinculadas con su matriz no constituyen indicios que por sí mismos sean constitutivos de fraude o evasión fiscal.

- 8.^a En un contexto donde la fusión por absorción se realiza en el marco de una reestructuración donde se produce racionalización de actividades del grupo y reducción de costes estructurales (reducción de los gastos administrativos y de gestión del grupo a raíz de la fusión por absorción), pero existen indicios de fraude fiscal como los indicados, el TJUE trata de adoptar una posición de equilibrio sobre la forma de aplicar la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones. Es decir, qué acontece en casos donde la reorganización posee cierto grado de sustancia económica (presencia de motivos económicos válidos: reducción de costes estructurales o racionalización de actividades/organizativas) y concurre una ventaja fiscal significativa (pérdidas de 2 millones de euros de la sociedad absorbida a compensar por la absorbente) en combinación con indicios de fraude o evasión (pérdidas fiscales de elevada cuantía y dudoso origen).

A este respecto, el TJUE razona que:

- a) La cláusula antiabuso del artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE articula una excepción a la aplicación de las ventajas de tal disposición europea y en tal sentido debe ser objeto de interpretación estricta, teniendo en cuenta su tenor, finalidad y contexto;
- b) Las operaciones de reestructuración o la racionalización o simplificación de estructuras empresariales son ejemplos de operaciones con motivo económico válido; y

determinante. En particular, el TJUE se muestra partidario de un examen de conjunto de los antecedentes del caso para determinar si concurren motivos económicos válidos, llegando a mantener que «puede constituir un motivo económico válido una operación de fusión basada en varios objetivos, entre los que pueden también figurar consideraciones de naturaleza fiscal, a condición no obstante de que estas últimas no sean preponderantes en el marco de la operación proyectada» (para. 35). Y en el párrafo 50 se declara que la aplicación del artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones «no puede extenderse hasta llegar a cubrir prácticas abusivas, esto es, operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en dicho Derecho».

¹² C-28/95 (NFJ005725), párrafos 41 y ss.

¹³ C-103/09 (NFJ041103).

- c) Los conceptos de reestructuración y de racionalización son más amplios que la búsqueda de una ventaja meramente fiscal, de suerte que las operaciones de reestructuración y de racionalización que solo persiguieran tal objetivo no pueden ser consideradas realizadas al amparo de un motivo económico válido.

El TJUE, a nuestro juicio, termina posicionándose a favor de la aplicación de un juicio de valoración global y casuístico que pondere el peso relativo de todos los objetivos de la operación, esto es, tanto el motivo económico válido (racionalización de costes de estructura) como la ventaja fiscal (intrínseca o derivada de la Directiva de Fusiones):

«47. Por tanto, nada se opone, en principio, a que una operación de fusión que lleve a cabo una reestructuración o una racionalización de un grupo que permita reducir los gastos administrativos y de gestión de este pueda tener motivos económicos válidos. No obstante, ese no es el caso de una operación de absorción, como la controvertida en el litigio principal, en el que parece resultar que, habida cuenta de la ventaja fiscal que se pretende obtener, a saber más de 2 millones de euros, el ahorro realizado por el grupo de que se trata en términos de costes estructurales es *completamente marginal*».

El TJUE fundamenta su posición argumentando que el ahorro de costes resultante de la reducción de los gastos administrativos y de gestión mediante la desaparición de la sociedad absorbida es inherente a toda operación de fusión por absorción, ya que conlleva una simplificación de la estructura del grupo, e insiste en la idea de que si se admite sistemáticamente que el ahorro de los costes estructurales resultantes de la reducción de gastos administrativos y de gestión constituye un motivo económico válido, sin tener en cuenta los otros objetivos de la operación proyectada (en particular las ventajas fiscales), la cláusula antiabuso del artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones se vería privada completamente de su finalidad, que consiste en salvaguardar los intereses financieros de los Estados miembros al establecer la facultad de que estos últimos puedan denegar la aplicación de la misma en casos de fraude o de evasión fiscal.

- 9.^a Por otro lado, el TJUE indica que la referida cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones refleja el principio general del Derecho de la UE consistente en la prohibición de abuso, que excluye las prácticas abusivas, esto es, operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino para únicamente beneficiarse abusivamente de las ventajas concedidas por el Derecho de la UE (jurisprudencia *Halifax*¹⁴, *Kofoed*¹⁵, *Centros*¹⁶, etc.).

3. Sobre el concepto de abuso empleado por el TJUE

A la vista de este y otros pronunciamientos, parece claro que el TJUE está decidido a defender la existencia de un principio general de prohibición de abuso de Derecho de la UE (o de prácticas

¹⁴ STJUE de 21 de febrero de 2002, C-255/02 (NFJ021677).

¹⁵ STJUE de 5 de julio de 2007, C-321/05 (NFJ026003).

¹⁶ STJUE de 9 de marzo de 1999, C-212/97 (NFJ044265).

abusivas) con perfiles estructurales uniformes en el ámbito tributario, al margen de las diferencias que pueden existir entre el contexto de los impuestos directos e indirectos o un marco armonizado o no armonizado ¹⁷. No obstante, cabe observar que el TJUE, a nuestro juicio, viene adaptando la aplicación de tal prohibición general de abuso al contexto concreto, esto es, a la finalidad de la norma comunitaria de cobertura o que es objeto de interpretación ¹⁸. Tal fórmula constituye una consecuencia del propio método de armonización jurisprudencial, la cual constituye una técnica asistemática y fragmentaria que abre un cierto ámbito de asimetrías nada despreciable, aunque en todo caso se debería ganar en uniformidad en la aplicación europea de cláusulas antiabuso nacionales basadas en principios, tradiciones y enfoques jurídicos diferenciados ¹⁹.

A este respecto, se viene manteniendo que el concepto de abuso que maneja el TJUE, a partir de su formulación en las sentencias *Emlands-Stärke* y *Halifax*, pivota fundamentalmente en torno a la concurrencia de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo ²⁰. El primer elemento atiende a los fines y objetivos de la norma europea de cobertura, esto es, la regulación que pretende ser aplicada por el contribuyente, y sobre la que se está analizando la eventual existencia de un uso abusivo de la misma a través de una práctica, actividad u operativa que contraviene su finalidad esencial. Concorre este elemento (objetivo) del abuso cuando de las operaciones realizadas por el contribuyente se obtiene una ventaja fiscal, de manera tal que la aplicación o disfrute de la misma resulta contraria a los fines de tal norma. El elemento subjetivo, por su parte, se refiere a los propósitos y objetivos (finalidad esencial) de las actividades o negocios realizados por el contribuyente en el marco de una transacción que se sirve de una norma europea de cobertura. El propósito u objetivo perseguido por el contribuyente debe distinguirse de la intención subjetiva de los participantes en la actividad, y en tal sentido tal propósito debe ser determinado a través de elementos objetivos. Este elemento subjetivo del abuso concurre cuando resulta evidente, a partir de varios elementos objetivos, que el objetivo o finalidad esencial de la transacción realizada radica en la mera obtención de una ventaja fiscal a través de montajes o condiciones artificiales ²¹; la artificiosidad debe inferirse del examen de un conjunto de elementos objetivos (indicios de fraude o evasión fiscal) que rodean la realización del negocio o la actividad, y muy en particular de la no concurrencia de otros propósitos no fiscales

¹⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* DE LA FEIRA: «Prohibition of Abuse of (Community) Law: the Creation of a New General Principle of EC Law through tax», *CMLR*, vol. 45, 2008, págs. 395 y ss.; y más recientemente la obra colectiva: DE LA FEIRA y VÖGENAUER (editors), *Prohibition of Abuse of Law*, *op. cit.*

¹⁸ En el mismo sentido: ENGLISH, J.: *National Measures to Counter Tax Avoidance under the Merger Directive*, *op. cit.*, págs. 27 y ss.

¹⁹ Sobre este aspecto y los problemas que se generan para el ejercicio efectivo de las libertades europeas ya alertó en su día el profesor RÄDLER: «Do national antiabuse clauses distort the internal market?», *European Taxation*, September 1994, págs. 312 y ss. Con posterioridad, también SINFIELD ha destacado los problemas que para la inversión y el comercio transfronterizo en el mercado interior posee el actual estado de cosas donde los Estados miembros operan con conceptos y umbrales antiabuso muy diferentes (una auténtica Torre de Babel de enfoques antiabuso nacionales), sin que las instituciones europeas hayan logrado establecer mecanismos o principios uniformes y consistentes que aporten la necesaria seguridad jurídica que neutralice tales distorsiones (SINFIELD: «The Halifax Principle as a universal GAAR for tax in the EU», *op. cit.*, págs. 236 y ss.). En parecidos términos RONFELT: «Antiabuse Clauses or Harmonization?», *Intertax*, vol. 39, n.º 1, 2011, págs. 12-18.

²⁰ *Vid.*, por ejemplo, la brillante exposición de MARTÍN JIMÉNEZ: «Towards a Homogeneous theory of Abuse of (EU) Direct Tax Law», en *Sharing Information Across Borders in Indirect and Direct Tax-2010 and the Permanent Establishment in International Tax Law-2011*, CFE Forum Reports on EU Taxation-4, Datev & CFE, Brussels, 2011 (durante el 2012 se publicará una versión ampliada en castellano en *Quincena Fiscal*).

²¹ Parágrafos 51-53 de la sentencia *Emlands-Stärke*.

que expliquen o den sentido a la transacción ²². No existiría abuso, al no concurrir este elemento subjetivo, cuando la actividad, transacción o negocio realizado posea otra explicación o finalidad diferente a la mera obtención de una ventaja fiscal, lo cual puede consistir en la realización de una actividad económica de forma consistente con la finalidad de la norma europea de cobertura; en este tipo de casos no se habrían creado condiciones artificiales para aplicar una ventaja fiscal derivada de una norma europea de cobertura, a pesar de que la obtención de esta constituyera un objetivo relevante o principal.

La conjunción de ambos elementos (objetivo y subjetivo) es lo que termina desencadenando la aplicabilidad de la prohibición de abuso a montajes puramente artificiales cuyo único objetivo sea la obtención de una ventaja fiscal de manera que la concesión o aplicación de la misma resulte contraria a la finalidad de la norma europea de cobertura, debido precisamente a los indicios de artificiosidad detectados a partir de elementos objetivos y la ausencia de otros motivos económicos válidos. En este sentido, podría afirmarse que el elemento subjetivo resulta totalmente instrumental respecto de la determinación de la concurrencia del elemento objetivo: únicamente puede determinarse que la obtención y disfrute de la ventaja fiscal es contraria a los fines de la norma de cobertura considerando todos los antecedentes del caso y en particular la conducta del contribuyente. El test subjetivo es el que determina la existencia de artificiosidad que es el elemento clave para establecer el abuso (o su inexistencia), de suerte que tal elemento no atiende únicamente a la búsqueda de una ventaja fiscal, sino a su obtención por medios artificiosos en relación con la finalidad de la norma de cobertura (o de la que derive la ventaja fiscal). El TJUE sitúa la artificiosidad en el plano de montajes puramente ficticios que no reflejan «realidad económica» y cuyo único fin es eludir el impuesto normalmente aplicable, es decir, situaciones, operaciones o negocios que no conllevan la realización de actividad económica alguna, o que no tienen otra finalidad que la de evitar el impuesto normalmente aplicable. Así, la apreciación de otros objetivos (lícitos) perseguidos y derivados de la operación realizada por el contribuyente excluye la existencia de abuso, cuando menos, allí donde tales objetivos están alineados con la finalidad que persigue la norma europea de cobertura ²³.

Así las cosas, la elección por un contribuyente de la forma menos gravosa de organizar un negocio o realizar una actividad económica (*rule shopping* legítima, o *forum shopping*) caería fuera de la prohibición de abuso ²⁴. Igualmente, la realización de una operación –constitución de una sociedad en un Estado miembro de baja tributación– con el fin de disfrutar de una ventaja fiscal no constituye una práctica abusiva si, junto a la motivación fiscal, concurren otros objetivos lícitos (como la realización de una actividad económica genuina desde tal territorio) que son compatibles con la norma europea de cobertura, dado que no existe montaje puramente artificial ²⁵.

²² FREEDMAN: «The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction: Abuse of Law in a Tax Context at Member State and EU Level», en DE LA FEIRA y VOGENAUER (editors), *Prohibition of Abuse of Law*, *op. cit.*, págs. 374 y ss.

²³ Véanse las sentencias *Halifax* y *Cadbury Schweppes*.

²⁴ En este sentido se ha pronunciado el TJUE en *Halifax* y *Gemeente Leusden* (C-255/02 y C-7/02), en línea con la propia jurisprudencia de otros altos tribunales nacionales como los de EE.UU. (*Gregory v. Helvering*), del Reino Unido (*Duke of Westminster v Commissioner of Inland Revenue*) o de España (SSTS de 2 de noviembre de 2002, 11 de mayo de 2004 y 21 de marzo de 2005). *Vid.*, LYAL: «Cadbury Schweppes and Abuse: Comments», en DE LA FEIRA y VOGENAUER (editors), *Prohibition of Abuse of Law*, *op. cit.*, págs. 430-431; y FREEDMAN: «The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction: Abuse of Law in a Tax Context at Member State and EU Level», *op. cit.*, págs. 374 y ss.

²⁵ STJUE *Cadbury Schweppes*, C-196/04 (NFJ023535).

Esta definición de abuso ha sido confirmada por el TJUE a través de su jurisprudencia hasta el momento presente, aunque con ciertas variaciones terminológicas que han causado gran controversia doctrinal sobre la existencia de un concepto unívoco de abuso de Derecho de la UE en materia fiscal ²⁶; tal falta de certidumbre sobre los perfiles y configuración del principio europeo de prohibición de abuso de derecho en materia fiscal viene generando graves problemas de seguridad jurídica y distorsiones económicas a los flujos de inversión y transacciones transfronterizas en el mercado interior, en la medida en que los contribuyentes no disponen de un marco claro y previsible para planificar su actividad frente a una auténtica Torre de Babel de enfoques antiabuso nacionales que pueden restringir el ejercicio de las libertades europeas ²⁷.

A pesar de la referida controversia y de la falta de una plena consistencia terminológica en la jurisprudencia del TJUE, pensamos que puede defenderse la existencia de una única formulación básica del principio de prohibición de abuso de Derecho de la UE en materia tributaria que coincidiría a grandes rasgos con lo expuesto en la sentencia *Halifax*, de manera que no habría nociones autónomas de abuso en materia de impuestos directos e indirectos o en sede de ámbitos armonizados o no armonizados. Y de hecho, la sentencia *Foggia* en gran medida puede leerse como una confirmación de una posición del TJUE tendente a construir un principio europeo de prohibición de abuso de validez general. Ahora bien, debe matizarse que la construcción del concepto de prohibición de abuso o de prácticas fiscales abusivas se ha realizado por vía de sentencia creando un auténtico mosaico jurisprudencial donde se suceden sentencias que aportan matices relevantes o enfatizan elementos o aspectos que no aparecen en otros pronunciamientos debido a los hechos del caso ²⁸, a la forma en que se plantea la cuestión prejudicial, o al propio enfoque que adopta el TJUE (basado en los hechos o en la norma nacional controvertida o en la norma europea de cobertura); el diferente lenguaje del procedimiento y las distintas versiones lingüísticas han aportado igualmente su dosis de matices ²⁹.

Nótese que las consecuencias derivadas del establecimiento de un principio europeo de prohibición de abuso no resultan despreciables, toda vez que la existencia de tal principio obliga a interpretar las cláusulas nacionales antiabuso (implementen o no Directivas europeas) a la luz de tal principio, siempre y cuando se proyecten sobre situaciones cubiertas por el Derecho de la UE. La

²⁶ Entre los que han defendido la existencia de un único principio europeo de prohibición de abuso en materia fiscal cabría citar a DE LA FEIRA, MARTÍN JIMÉNEZ y LYAL, en tanto que otros autores, como LANG, FREEDMAN o VANISTENDAEL, mantienen que de la jurisprudencia del TJUE no cabe extraer una configuración uniforme de la prohibición de abuso en materia fiscal, en la medida en que existen varias líneas de jurisprudencia en materia de imposición directa e indirecta así como en ámbitos armonizados y no armonizados. Las posiciones de DE LA FEIRA, LYAL, VANISTENDAEL y FREEDMAN se encuentran recogidas en los correspondientes capítulos de la obra DE LA FEIRA y VOGENAUER (editors), *Prohibition of Abuse of Law*, *op. cit.*, en tanto que la tesis del profesor MARTÍN JIMÉNEZ se encuentra ampliamente desarrollada en su trabajo MARTÍN JIMÉNEZ: «Towards a Homogeneous theory of Abuse of (EU) Direct Tax Law», *op. cit.*

²⁷ STJUE *Halifax* [C-255/02 (NFJ021677)], párrafos 72 y ss.

²⁸ A nuestro juicio, la jurisprudencia del TJUE en los casos *Marks & Spencer*, *Test Claimants in the Thin Cap o SGI*, aporta matices relevantes en relación con normas nacionales que poseen una finalidad dual consistente en articular el principio de territorialidad impositiva salvaguardando el reparto internacional del poder tributario y la prevención de maniobras abusivas o fraudulentas. Aquí el TJUE acepta la restricción al ejercicio de las libertades fundamentales sobre la base de una justificación dual que incluye la prevención de la evasión y el fraude fiscal, pero sin llevar hasta sus últimas consecuencias la aplicación del principio europeo de prohibición de abuso.

²⁹ En el mismo sentido: ENGLISH, J.: *National Measures to Counter Tax Avoidance under the Merger Directive*, *op. cit.*, págs. 27 y ss.

consecuencia de tal función interpretativa del principio europeo de prohibición de abuso no es pequeña pudiendo alterar el umbral antiabuso existente en los distintos Estados miembros en relación con la aplicación de sus normas antiabuso nacionales en un contexto cubierto por el Derecho de la UE ³⁰, de suerte que el referido principio UE operaría fundamentalmente como límite aunque no obligaría en todo caso a su implementación allí donde el legislador nacional ostentara la competencia para regular la materia en cuestión ³¹. La normativa antiabuso nacional, por tanto, debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia del TJUE y debe quedar inaplicada cuando resulte contraria al Derecho de la UE, aunque pensamos, siguiendo a FARMER ³², que una norma nacional cuya configuración no resulte ajustada plenamente al Derecho de la UE pero que permite una interpretación conforme con parámetros europeos puede seguir siendo aplicada sobre situaciones que conformen prácticas abusivas de acuerdo con tales parámetros (siendo inaplicada en los restantes casos) ³³. Otra consecuencia derivada la aplicación general de prohibición de abuso de Derecho de la UE consiste en la irrelevancia de las cláusulas antiabuso generales que contienen las Directivas europeas; de hecho, podría afirmarse que el artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones ha sido superado en cierta medida por la jurisprudencia del TJUE creativa del principio (interpretativo) de prohibición de abuso, quedando limitada la función de tal cláusula a clarificar la posibilidad de que las autoridades nacionales puedan aplicar normas o principios nacionales antiabuso para evitar prácticas abusivas en el sentido definido por el Tribunal de Justicia ³⁴. Sin duda, desde una perspectiva de seguridad jurídica y legalidad tal funcionalidad en modo alguno puede considerarse menor ³⁵.

Volviendo al contexto de la Directiva de Fusiones y a la sentencia *Foggia*, a nuestro modo de ver, nos encontramos ante un caso donde, a diferencia de otras sentencias guía como *Halifax* o *Cadbury Schweppes*, la propia norma europea de cobertura prevé una cláusula antiabuso [art. 11.1 a)] que autoriza a los Estados miembros a excluir la aplicación del régimen especial establecido por la

³⁰ STJUE *Marleasing*, C-106/89.

³¹ LANG considera que la prohibición de prácticas abusivas opera únicamente cuando existe una norma o principio nacional que capture el montaje realizado por el contribuyente (LANG: «Cadbury Schweppes' Line of Case Law From the Member States' Perspective», DE LA FEIRA y VOGENAUER (editors), *Prohibition of Abuse of Law*, op. cit., págs. 451 y ss. En *Halifax* (paras. 90-98) y *Weald* [C-103/09 (NFJ041103)], el TJUE ha incidido en los efectos derivados de aplicar la prohibición de abuso en el sentido de redefinir la operación restableciendo la situación que hubiera prevalecido en ausencia de transacciones abusivas. Vid., FREEDMAN: «The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction: Abuse of Law in a Tax Context at Member State and EU Level», op. cit., pág. 377; y SINFIELD: «The Halifax Principle as a universal GAAR for tax in the EU», op. cit., págs. 238.

³² FARMER: «Prohibition of Abuse of (European) Law: The Creation of a New General Principle of EU Law through Tax: a Response», en DE LA FEIRA y VOGENAUER (editors): *Prohibition of Abuse of Law*, op. cit., págs. 5-6. Vid. también FREEDMAN: «The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction: Abuse of Law in a Tax Context at Member State and EU Level», op. cit., pág. 377, que considera que la jurisprudencia del TJUE obliga a las autoridades nacionales a interpretar las cláusulas antiabuso domésticas de acuerdo con tal jurisprudencia pero no de forma contraria o incompatible con su objeto y finalidad o *contra legem*.

³³ Esta es la posición adoptada por los tribunales nacionales que aplicaron la sentencia del TJUE en el caso *Test Claimants in the Thin Cap*, C-524/04 (NFJ024996). Vid., MULLAN: «Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v. HMRC: what amounts to commercial justification in considering issues of proportionality?», *British Tax Review*, n.º 3, 2011, págs. 295 y ss.; y WHITEHEAD: «Practical implications arising from the European's Court's Recent Decisions Concerning CFC Legislation and Dividend Taxation», *EC Tax Review*, 2007, vol. 16, págs. 176 y ss.

³⁴ ENGLISH, J.: *National Measures to Counter Tax Avoidance under the Merger Directive*, op. cit., págs. 2 y ss., ha criticado este posicionamiento del TJUE considerando que debería ser el artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones el que ejerciera una influencia dominante sobre la jurisprudencia del TJUE y no viceversa.

³⁵ COOPER, G.: «The design and structure of general anti-tax avoidance regimes», *BIFD*, vol. 63, 2009, págs. 26 y ss.

misma. Esta cláusula antiabuso está configurada formalmente (especialmente la presunción *iuris tantum* de fraude/evasión fiscal) poniendo el énfasis en el elemento subjetivo —en particular, en los propósitos u objetivos de la operación de reorganización—, como fórmula para excluir el carácter artificioso de la operación ³⁶; así, la mera acreditación de un motivo económico válido (finalidad de negocios o societaria, objetivos jurídico-económicos perseguidos con la operación) permite excluir la aplicación de la cláusula antiabuso, aunque la presencia y búsqueda de una ventaja fiscal no equivale a fraude o evasión fiscal ³⁷.

En otros contextos, como, por ejemplo, en relación con la normativa de Transparencia Fiscal Internacional, nos encontramos que la prohibición de abuso opera en el plano interpretativo sobre las disposiciones del TFEU reguladoras de la libertad de establecimiento, a los efectos de determinar la compatibilidad con el Derecho de la UE de tal cláusula nacional antiabuso. Aunque pensamos que el TJUE emplea un enfoque antiabuso uniforme con carácter general, cabe observar una cierta modulación de su doctrina dependiendo del contexto de cada pronunciamiento que se traduce en enfoques antiabuso matizados dependiendo de los hechos del caso, la existencia de una materia armonizada, la presencia o ausencia de una cláusula antiabuso europea, etc. Así, siguiendo con el caso representado por la sentencia guía *Cadbury Schweppes* ³⁸, consideramos que aquí el centro de gravedad del enfoque del TJUE pivota igualmente sobre el elemento subjetivo del abuso pero, en lugar de determinar su concurrencia a partir de un análisis de los motivos económicos válidos, atiende a la existencia/inexistencia de un montaje puramente artificial a partir del criterio de la realización de una actividad económica «genuina» ³⁹ en el territorio del Estado de acogida. Mientras que en la sentencia *Foggia* el test de motivos económicos se erige como central para determinar la concurrencia del elemento subjetivo, en *Cadbury Schweppes* la cuestión clave radica en determinar si media una creación artificial de condiciones dirigidas a la obtención de una ventaja fiscal, de forma que su disfrute resulte contrario a la finalidad de la norma europea de cobertura (la libertad de establecimiento).

³⁶ En parecidos términos *vid.* RÄDLER, LAUSTERER y BLUMENBERG: «Tax Abuse and EC Law», *EC Tax Review*, n.º 2, 1997, págs. 97 y ss.

³⁷ Un posicionamiento similar ha sido defendido por GARCÍA PRATS: «The abuse of tax law: prospects and analysis» en *Essays in International and European Tax Law*, Jovene Editore, Napoli, 2010, págs. 108 y ss.

³⁸ STJUE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04 (NFJ023535).

³⁹ El profesor MARTÍN JIMÉNEZ defiende una interpretación de la sentencia de *Cadbury Schweppes* en el sentido de que requiere que la actividad económica realizada en el Estado de acogida sea «genuina», lo cual solo se cumple cuando concurren elementos objetivos (instalaciones, personal y equipos/activos) adecuados en relación con la actividad desarrollada, de manera que no estemos ante una mera fachada de actividad; ello requiere que tal entidad cuente con medios y personal cualificado adecuado a la actividad que aporten valor añadido (auténtica sustancia económica y no mera apariencia de sustancia), pues de otro modo o bien estamos ante un caso de simulación o en un caso de elusión fiscal. Esta interpretación neutraliza tanto operaciones simulatorias como en fraude de ley al crearse condiciones artificiosas que quedan extramuros de los objetivos perseguidos por la libertad de establecimiento (MARTÍN JIMÉNEZ: «Towards a Homogeneous theory of Abuse of (EU) Direct Tax Law», *op. cit.*). No obstante, en un contexto de operaciones intragrupo tales estructuras se atacan en gran medida a través de la normativa de precios de transferencia. LYAL mantiene una posición más matizada considerando que una cosa es el abuso de la libertad de establecimiento y otra la adecuación del establecimiento. Con esta idea enfatiza que el debate de la sustancia adecuada al ejercicio de la libertad de establecimiento puede moverse en un plano distinto al del abuso, en el sentido de que los beneficios obtenidos por la CFC deben corresponderse con su sustancia económica (LYAL: «Cadbury Schweppes and Abuse: Comments», *op. cit.*, págs. 432-433). LANG por su parte considera que el test de los montajes puramente artificiales de la sentencia *Cadbury* debe ser ignorado, entendiendo que lo que resulta decisivo es la interpretación teleológica de la norma cobertura y el análisis de los hechos y negocios efectivamente realizados (LANG: «Cadbury Schweppes' Line of Case Law From the Member States' Perspective», *op. cit.*, pág. 450).

En el fondo, estamos ante dos fórmulas para llegar a determinar la misma cuestión: si se ha producido una creación de condiciones artificiales a través de una operación cuya finalidad esencial es la obtención de una ventaja fiscal de forma contraria a los objetivos perseguidos por la norma europea de cobertura, lo cual no solo requiere considerar la presencia de un objetivo fiscal sino también la existencia de indicios de artificiosidad a través del examen de elementos objetivos, así como considerar la finalidad de la norma de cobertura ⁴⁰. El elemento subjetivo nos lleva al análisis de la sustancia económica de la operación realizada, en el sentido de verificar si existe un motivo no puramente fiscal que justifique el negocio y tal motivo se determina a través de cualquier elemento objetivo que pruebe una finalidad de negocios, empresarial, jurídico-societaria, etc., o la propia realización efectiva de una actividad económica a través de la estructura creada. Concurriendo objetivos económicos (*lato sensu*) puede defenderse la inexistencia de abuso, dado que, como regla, estos estarán alineados con la finalidad perseguida por la norma europea de cobertura. El test de motivos económicos válidos y el test de realidad económica o actividad económica genuina son dos caminos para llegar al mismo destino (la determinación de la existencia de condiciones artificiales a través del análisis del cómo o en qué condiciones se pretende obtener la ventaja fiscal), lo cual es clave o determinante para analizar la concurrencia del elemento objetivo: si las condiciones en que se pretende obtener la ventaja fiscal son compatibles con la finalidad o los objetivos perseguidos por la norma europea de cobertura ⁴¹. En el fondo la interpretación finalista de corte sustancialista de la norma europea de cobertura constituye la clave de bóveda de la prohibición de abuso, en el sentido de que la determinación o análisis del elemento subjetivo viene operando de forma instrumental en relación con el elemento objetivo ⁴².

Lo que no está del todo definido es el umbral antiabuso con el que opera el TJUE, lo cual dependerá en gran medida de sus pronunciamientos sobre el elemento subjetivo, esto es, sobre el nivel de artificiosidad que resulta inaceptable por falta de realidad económica o por la insuficiencia de los motivos no fiscales concurrentes. A este respecto, la sentencia *Foggia*, en línea con *Halifax*, *Part-Service* o *Cadbury Schweppes*, se mueve en una dirección de tendencia sustancialista.

4. La clarificación de la sentencia *Foggia* sobre el test de motivos económicos válidos

Una vez expuesto el enfoque y marco general de la jurisprudencia del TJUE en materia de prohibición de abuso en materia tributaria, procede dar un paso más a efectos de explicar las aportaciones de la sentencia *Foggia*.

A nuestro entender, la principal aportación reside en la posición adoptada por el TJUE en relación con la interpretación de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones en el marco de

⁴⁰ En parecidos términos LYAL: «Cadbury Schweppes and Abuse: Comments», *op. cit.*, págs. 431-434.

⁴¹ ENGLISH, J.: *National Measures to Counter Tax Avoidance under the Merger Directive*, *op. cit.*, pág. 43, comparte esta idea, aunque observa que en algunos casos que la noción de motivos económicos válidos pueda ir más allá que la noción de montaje puramente abusivo. Pone el ejemplo de una reorganización empresarial que posee efectos económicos pero en la práctica conlleva consecuencias comerciales perjudiciales que son compensadas con la ventaja fiscal que se pretende obtener.

⁴² SINFIELD: «The Halifax Principle as a universal GAAR for tax in the EU», *op. cit.*, pág. 237; y ENGLISH, J.: *National Measures to Counter Tax Avoidance under the Merger Directive*, *op. cit.*, págs. 9 y ss.

un caso donde concurren motivos económicos válidos y una ventaja fiscal significativa en un contexto fáctico donde existen indicios de fraude o evasión fiscal. Se plantearía aquí de nuevo si la prohibición de abuso pivota sobre un *sole tax purpose test* o un *principal/essential tax purpose test*, de suerte que dependiendo de la posición estaríamos ante una noción de abuso más o menos estricta. La cuestión de fondo, por tanto, remite a la fijación del umbral de abuso que debe emplearse en este tipo de casos.

Así las cosas, podría mantenerse que lo que vendría a clarificar la sentencia *Foggia* es que pueden darse casos donde los motivos económicos válidos alegados por el contribuyente, cuya concurrencia hubiera sido verificada, resulten de tan escaso peso o limitada relevancia —«completamente marginales» en expresión del TJUE— en comparación con la ventaja fiscal (intrínseca) que se deriva de la reorganización amparada por el régimen especial que no superen el umbral de suficiencia que los hagan merecedores de admisibilidad a los efectos de excluir la aplicación de la presunción de fraude o evasión fiscal. Podría defenderse que el TJUE más que a establecer un test de ponderación relativa entre el objetivo fiscal y el motivo económico válido podría estar sometiendo a este último a un análisis para determinar su sustancia, esto es, para vislumbrar si estamos ante un auténtico motivo económico válido o por el contrario ante una invocación formal de un «objetivo aparente». No estaríamos ante un auténtico motivo económico válido cuando el objetivo alegado en realidad constituye una consecuencia inherentemente accesorio y marginal a la forma jurídica empleada y, además, no posee relevancia cualitativa o cuantitativa para fundamentar o explicar la reorganización incluso considerando el margen de apreciación discrecional de un empresario diligente.

Esta doctrina que priva de auténtica relevancia a los motivos económicos válidos alegados por el contribuyente (reducción de gastos administrativos y de gestión) a los efectos de excluir la aplicación de la presunción de fraude o evasión fiscal, ha sido construida por el TJUE de manera que, en principio, solo parece que opera en el marco de un análisis de segundo nivel que pondere de forma global el peso relativo de una serie de elementos objetivos presentes en un determinado tipo de reorganizaciones empresariales. No puede perderse de vista que el TJUE, desde *Leur-Bloem* hasta *Foggia*, ha configurado el test de los motivos económicos válidos como un test casuístico e intensivamente fáctico. De esta forma, la jurisprudencia *Foggia* que establece este umbral de materialidad/sustancialidad de los motivos económicos válidos en presencia de ventajas fiscales significativas operaría en un determinado tipo de casos, donde concurrirían una serie de circunstancias, a saber:

- a) Concurrencia de ciertos motivos económicos válidos que justifican la reorganización empresarial.
- b) Presencia de una (o varias) ventaja/s fiscal/es (intrínseca/s)⁴³ de cuantía significativa derivada de la reorganización.
- c) Existencia de indicios de fraude o evasión fiscal inferidos a partir de elementos de hechos probados.

⁴³ Por ventaja intrínseca nos referimos a exenciones tributarias y diferimiento de impuestos resultantes del régimen especial establecido por la Directiva de Fusiones. Nótese que la compensación de pérdidas es considerada por el TJUE como una ventaja fiscal intrínseca, aunque a nuestro juicio tal posición es discutible.

Es en el marco de este análisis global de segundo nivel donde el TJUE parece exigir la presencia de un motivo económico válido no marginal o incidental para excluir la aplicación de la presunción cuando la ventaja fiscal intrínseca resulta cuantitativamente significativa y concurren indicios de fraude o evasión fiscal.

Por tanto, a nuestro juicio, la jurisprudencia derivada de la sentencia *Foggia* no debería entenderse como el establecimiento de un nuevo test de ponderación relativa de los motivos económicos válidos en presencia de ventajas fiscales cuantitativamente relevantes, sino como una aplicación específica de la jurisprudencia *Halifax* y *Part-Service* en un determinado contexto fáctico. Como se ha indicado, no existe base para aplicar un test de ponderación cuantitativo y cualitativo de motivos fiscales y no fiscales, de suerte que su aplicación resultaría extraordinariamente complejo por su subjetividad y podría obstaculizar seriamente la aplicación del régimen especial debido a la falta de previsibilidad en la aplicación del mismo, lo cual resulta contrario al fin principal perseguido por la Directiva de Fusiones ⁴⁴.

Entendemos que el test de no preponderancia esencial del objetivo fiscal (ventaja fiscal intrínseca anudada a la reorganización) que establece el TJUE se cumpliría cuando el objetivo no fiscal (el motivo económico válido), globalmente considerado, no resulta *completamente marginal* respecto del objetivo fiscal, esto es, cuando existe un auténtico motivo económico válido (y no uno aparente, condición que resulta de su marginalidad o incidentalidad en el sentido indicado) ⁴⁵. A la hora de valorar el peso relativo del objetivo no fiscal (el motivo económico válido) habría que tener en cuenta su dimensión material (naturaleza e implicaciones jurídico-económicas) y cuantitativa (v. gr., ahorro de costes, economías de escala, sinergias, potencial estratégico y de negocio, implicaciones financieras y de captación de recursos, etc.). Nótese que en el caso *Foggia*, el TJUE razonó que no se cumplía el test de no preponderancia del objetivo fiscal, considerando el conjunto de elementos de hecho, y en particular la limitada relevancia material y cuantitativa del motivo económico válido invocando que lo convertía en «completamente marginal» habida cuenta de la amplitud de la ventaja fiscal ⁴⁶. En realidad lo que acontece aquí es que la operación objeto de enjuiciamiento en el caso *Foggia* constituye una liquidación y no tanto una reorganización, lo cual evidencia que está fuera del ámbito de aplicación de la Directiva de Fusiones, aunque el propio TJUE ha trasladado en gran medida este debate al ámbito de la cláusula antiabuso.

Esta jurisprudencia enlaza e incluso clarifica el alcance de otros pronunciamientos precedentes. Fundamentalmente, esta misma cuestión se planteó, aunque más veladamente, en el marco del caso *Halifax* ⁴⁷. El Abogado General señor Poiares Maduro abogó a favor de un *sole tax purpose* en sus conclusiones:

«89. *The prohibition of abuse, as a principle of interpretation, is no longer relevant where the economic activity carried out may have some explanation other than the mere attainment of tax*

⁴⁴ *Vid.*, entre otros, ENGLISH, J.: *National Measures to Counter Tax Avoidance under the Merger Directive*, *op. cit.*, pág. 40.

⁴⁵ Tal posición se fundamenta en una interpretación del párrafo 35 de la sentencia *Foggia* en conexión con los párrafos posteriores (paras. 36 a 50).

⁴⁶ Párrafo 47 de la STJUE *Foggia*.

⁴⁷ VANISTENDAEL: «Cadbury Schweppes and Abuse from EU Tax Law Perspective», en DE LA FEIRA y VOGENAUER (editors), *Prohibition of Abuse of Law*, *op. cit.*, págs. 419 y ss.

advantages against the tax authorities. In such circumstances, to interpret a legal provision as not conferring such an advantage on the basis of an unwritten general principle would grant an *excessively broad discretion to the tax authorities in deciding which of the purposes of a given transaction ought to be considered predominant*» (cursiva añadida).

Sin embargo, el TJUE adoptó una posición mucho más matizada cuando declaró que ⁴⁸:

«In the sphere of VAT, an abusive practice can be found to exist only if first, the transactions concerned, notwithstanding formal application of the conditions laid down by the relevant provisions of the Sixth Directive and the national legislation transposing it, result in the accrual of a tax advantage the grant of which would be contrary to the purpose of those provisions. Second, it must also be apparent from a number of objective factors that the *essential aim of the transaction* concerned is to obtain a tax advantage. As the Advocate-General observed in point 89 of his Opinion, *the prohibition of abuse is not relevant where the economic activity carried out may have some explanation other than the attainment of tax advantages*» (cursiva añadida).

Da la impresión de que la posición del TJUE no coincide plenamente con la del Abogado General señor Poiares Maduro, de manera que allí donde concurren motivos o finalidades fiscales y no fiscales, no habría abuso cuando la finalidad fiscal no resultara claramente predominante o dicho de otro modo cuando el objetivo no fiscal no fuera marginal ⁴⁹. En esta misma línea se mueve la sentencia *Part-Service*, que vuelve a insistir en la idea de que los motivos no fiscales no pueden ser marginales en un contexto donde existen indicios indicativos de la esencial finalidad fiscal de los negocios realizados, aunque en esta sentencia parece mostrarse más exigente que en la que comentamos posiblemente considerando el diferente contexto y fines de la norma europea de cobertura ⁵⁰.

Así las cosas, la sentencia *Foggia* entraña en cierta medida una vuelta de tuerca sobre la interpretación del test de motivos económicos válidos de la Directiva de Fusiones, alineándolo con la referida línea de jurisprudencia general, para resolver hipótesis extremas donde la verdadera finalidad esencial de la operación radica en la búsqueda de una ventaja fiscal, de suerte que los otros efectos que se derivan de la operación son «incidentales» o «marginales» (ahorro de costes de estructura) y no entrañan en realidad auténticos objetivos de la operación (motivos aparentes). De esta forma, el TJUE deja claro que cabe aplicar la presunción de abuso de la Directiva de Fusiones cuando los motivos no fiscales sean claramente marginales en presencia de significativas ventajas fiscales e indicios de fraude y evasión fiscal.

5. El problema del motivo fiscal y la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones

La sentencia *Foggia*, en línea con los anteriores pronunciamientos del TJUE, a nuestro entender, no permite identificar ausencia de motivo económico válido con la presencia de fraude o evasión

⁴⁸ Parágrafos 74 y 75 de la sentencia *Halifax*.

⁴⁹ En parecidos términos LYAL: «Cadbury Schweppes and Abuse: Comments», *op. cit.*, págs. 429-430.

⁵⁰ Parágrafos 40, 45 y 62 de la sentencia *Part Service*.

fiscal, sino que la falta de prueba de tal motivo económico válido desencadena la presunción de fraude o evasión fiscal e implica que el contribuyente debe probar que la operación de reorganización no es fraudulenta o constitutiva de elusión fiscal ⁵¹.

Es cierto que esta sentencia sigue en gran medida la senda argumentativa iniciada a través del caso-guía *Leur-Bloem* en el sentido de que el concepto de motivo económico válido es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja fiscal. No obstante, no puede perderse de vista que la sentencia *Foggia* únicamente anuda la ausencia de un motivo económico válido a la presunción de fraude o evasión fiscal, presunción *iuris tantum* que únicamente invierte la carga de la prueba correspondiendo al contribuyente acreditar que no estamos ante una operación fraudulenta o en fraude de ley. En este sentido, nos alineamos con los comentaristas que han rechazado la tesis autonomista en torno a la interpretación de la cláusula antiabuso de la normativa española que implementa el artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones ⁵², en el sentido de equiparar la falta de concurrencia de los motivos económicos válidos con la presencia de fraude y evasión fiscal ⁵³.

Ahora bien, no podemos menos que reconocer que el TJUE viene rechazando un concepto de motivo económico válido que consista en la mera búsqueda una ventaja fiscal. No obstante, pensamos que tal objetivo (aprovechamiento de una ventaja fiscal) es compatible con la presencia de otros motivos económicos válidos no fiscales, a la hora de excluir la aplicación de la presunción de fraude o evasión fiscal. Y de hecho la sentencia *Foggia* clarifica la compatibilidad entre la apreciación de un motivo económico válido que excluye la aplicación de la presunción de fraude o evasión fiscal, y la existencia de ventajas fiscales (intrínsecas) derivadas de la reorganización, siempre que el primero (motivo económico válido) no resulte completamente marginal.

A este respecto, consideramos que el TJUE cuando ha indicado que el objetivo de obtener una ventaja fiscal no constituye un motivo económico válido a los efectos del artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones, tal declaración, a nuestro entender, quedaría circunscrita a las ventajas fiscales intrínsecas a la referida Directiva (v. gr. diferimiento de la tributación de los activos transferidos) pero cabría defender que una reorganización con el objetivo principal de obtener o disfrutar de una ventaja fiscal (*lícita*) extrínseca (o no regulada o establecida por la Directiva 90/434/CEE como por ejemplo el acceso al régimen de consolidación fiscal, reducir el ámbito de aplicación de la normativa

⁵¹ Nótese que el párrafo 52 y el fallo de la STJUE *Foggia* se refieren a la aplicación de la presunción de fraude o evasión fiscal en el marco de una operación donde a la vista de los antecedentes no concurren motivos económicos válidos, correspondiéndole al tribunal remitente comprobar si concurren los elementos de la presunción de fraude o evasión fiscal.

⁵² *Vid.*, entre otros: PALAO TABOADA: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», en *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, op. cit., págs. 220 y ss.; LÓPEZ TELLO, J.: «La cláusula antiabuso del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores», Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, n.º 16, págs. 267 y ss.; MENÉNDEZ GARCÍA, G.: «Realización de operaciones de fusión, escisión, aportación o dineraria y canje de valores con fines de fraude o evasión fiscal: cláusula antiabuso comunitaria y artículo 110.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades», *JT Aranzadi*, 2000, vol. II, págs. 2.186 y ss.; FALCÓN Y TELLA: «La nueva redacción de la cláusula antiabuso en el régimen de fusiones, escisiones y aportaciones de activos: artículo 110.2 LIS», *Quincena Fiscal*, n.º 4/2001, pág. 8; y DURAN-SINDREU: «El artículo 110.2 de la Ley 43/1995: análisis y propuesta de reforma», *RTT*, n.º 55, 2001, pág. 34.

⁵³ Entre los destacados autores que han defendido la «tesis autonomista» cabría mencionar a SANZ GADEA: «Novedades introducidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades por las Leyes 13/2000 y 14/2000», *RCyT. CEF*, n.º 215, 2001, págs. 99 y ss.; y BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C.: «La importancia de la motivación económica de la operaciones de concentración y reestructuración empresarial y su incidencia fiscal», *RCyT. CEF*, n.º 224, 2001, págs. 3 y ss.

de operaciones vinculadas, articular una estructura que permita disfrutar del *patent box* del art. 23 TRLIS, etc.)⁵⁴ no puede considerarse realizada con un objetivo de fraude o evasión fiscal. Tal posición podría fundamentarse, a nuestro juicio, sobre la base de varios argumentos. Por un lado, el propio TJUE ha establecido que el artículo 11.1 a) de la Directiva constituye una excepción a las normas fiscales que establece tal norma comunitaria⁵⁵. Por otro lado, la sentencia *Zwijnenburg*⁵⁶ parece evidenciar que la elección de una fusión para realizar una reorganización empresarial debido a la ventaja fiscal extrínseca a la Directiva que conllevaba (la exención del ITP), no resulta contraria a los fines de tal normativa europea ni puede excluirse la aplicación del régimen especial aplicando el artículo 11.1 a) de la Directiva cuya finalidad es otra. De hecho, se ha llegado a argumentar que el régimen especial de reorganizaciones, de acuerdo con tal pronunciamiento del TJUE, podría servir de instrumento para eludir impuestos no cubiertos por la Directiva de Fusiones como por ejemplo el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados o el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones⁵⁷, aunque a nuestro juicio tal enfoque no puede compartirse sin matices⁵⁸. La interpretación que defendemos en relación con las ventajas fiscales extrínsecas también podría fundamentarse en la jurisprudencia general del TJUE en materia de abuso, en la medida en que reconoce el derecho de los contribuyentes a estructurar sus negocios de la forma que le resulte más conveniente fiscalmente, esto es, dotando de legitimidad al motivo o propósito fiscal, siempre y cuando la obtención de la ventaja fiscal no se realice a través de la creación de condiciones artificiosas y se trate de una auténtica reestructuración o racionalización empresarial⁵⁹.

Por tanto, el hecho de que un objetivo fiscal no constituya un motivo económico válido en la discutible interpretación que ha realizado el TJUE –fundamentalmente en *Leur-Bloem* y *Foggia*– no significa que la reorganización sea constitutiva de fraude o evasión fiscal y, por tanto, que la Administración tributaria esté facultada *eo ipso* para excluir la aplicación del régimen especial derivado de la Directiva de Fusiones. En este mismo sentido, como ha destacado ENGLISH, pueden existir varias categorías de planificación fiscal legítima que no constituirían práctica abusiva de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE⁶⁰, de manera que podría defenderse la aplicación del régimen especial

⁵⁴ Cabría defender que la ventaja fiscal derivada de las posibilidades de compensación de pérdidas fiscales que resultan de una reorganización empresarial constituye una ventaja fiscal extrínseca a la Directiva de Fusiones, aunque el TJUE en el caso *Foggia* parece considerar que estamos ante una ventaja intrínseca.

⁵⁵ SSTJUE *Foggia* (para. 44 y ss.) y *Zwijnenburg* (para. 46).

⁵⁶ STJUE de 20 de mayo de 2010, C-352/08 (NFJ038357).

⁵⁷ PETROSOVITCH, K.: «Abuse under Merger Directive», *European Taxation*, December 2010, pág. 5.601.

⁵⁸ No puede perderse de vista que en el referido asunto, la operación realizada por el contribuyente constituía una auténtica reorganización empresarial con finalidad principal no fiscal, a pesar de que existía un «motivo fiscal» en la elección de la forma para llevarla a cabo (la fusión). Asimismo, también debe tenerse en cuenta que la normativa nacional controvertida no contemplaba una cláusula antiabuso específica aplicable al caso y las autoridades neerlandesas invocaron la aplicación de la cláusula general del artículo 11.1 a) de la Directiva, a lo que el TJUE respondió negativamente en línea con su sentencia *Kofoed* que sigue la jurisprudencia general sobre los efectos de determinadas disposiciones penalizadoras de las Directivas.

⁵⁹ SSTJUE *Halifax*, *Cadbury*, *Gemeente Leusden* [C-487/01 (NFJ016698) y 7/02] y *Herma* [C-23/98 (NFJ008485)]. *Vid.*, LYAL: «Cadbury Schweppes and Abuse: Comments», *op. cit.*, págs. 430 y ss.; MARTÍN JIMÉNEZ: «Towards a Homogeneous theory of Abuse of (EU) Direct Tax Law», *op. cit.*

⁶⁰ ENGLISH se refiere en particular a las siguientes categorías de planificación fiscal legítima: a) una laguna (*tax law vacuum*) que se ha dejado o insertado en la legislación fiscal; b) excepciones configuradas como incentivos fiscales que recompensan el cumplimiento de objetivos extrafiscales, en la medida en que estos se cumplan sustancialmente; c) inconsistencias dentro del sistema o régimen especial que permiten el arbitraje fiscal; d) opciones otorgadas por el legislador cuya

de la Directiva de Fusiones en tales casos, aunque en algunos supuestos tal posición ofrece dudas (especialmente si la finalidad esencial es obtener una ventaja intrínseca al régimen especial) ⁶¹.

Ahora bien, el contribuyente debe probar que la reorganización no constituye una operación fraudulenta o de elusión fiscal. Ciertamente, tal prueba en gran medida puede tener carácter negativo, aunque insistimos en que cuando se acreditara que estamos ante una reorganización empresarial o societaria real y no ante una operación simulada o en fraude de ley (considerando la duración de la estructura y los hechos posteriores) ⁶² cabría defender que la reorganización cae dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de Fusiones y no cabe aplicar la cláusula antiabuso ⁶³. Las formas u operaciones cubiertas por la Directiva de Fusiones no pueden constituir un medio para eludir artificialmente un impuesto de forma contraria a su finalidad, pero la elección de tales formas societarias sí puede constituir una elección del contribuyente considerando las ventajas fiscales que se derivan del mismo con el fin de llevar a cabo una reorganización o reestructuración empresarial, es decir, el objetivo *ex ante* es la reorganización empresarial y la forma (operaciones cubiertas por la Directiva) es elegida *ex post* considerando las ventajas fiscales derivadas de la misma ⁶⁴.

Cabría matizar, sin embargo, que el motivo fiscal (extrínseco) como objetivo principal de la reorganización resultará, como regla, aceptable a estos efectos —opuesto al fraude o evasión fiscal— siempre que fuera *compatible* con una finalidad corporativa o de negocios, esto es, con la continuidad de la empresa; la forma o estructura societaria modificada debería situarse intramuros del margen discrecional de un empresario a la hora de organizar su negocio, lo cual parece excluir estructuras fugaces ⁶⁵ o disfuncionales con el negocio globalmente considerado dado que resultaría contrario a la finalidad de la Directiva de Fusiones proteger tales operaciones. Se trataría de casos donde la aplicación del régimen fiscal especial resultaría contrario a la finalidad de la Directiva de Fusiones, ya que no se trata de auténticas reorganizaciones empresariales ⁶⁶. Es decir, en último análisis el test

única finalidad es permitir al contribuyente minimizar su carga fiscal (ENGLISH, J.: *National Measures to Counter Tax Avoidance under the Merger Directive*, *op. cit.*, págs. 18 y ss.).

⁶¹ *Vid.*, ENGLISH, J.: *National Measures to Counter Tax Avoidance under the Merger Directive*, *op. cit.*, págs. 44 y ss.

⁶² La normativa norteamericana reguladora del régimen fiscal especial de reorganizaciones empresariales emplea criterios para determinar cuándo estamos ante una reorganización genuina con propósito corporativo o de negocios y cuándo ante una reorganización que constituye un disfraz o máscara para esconder su verdadera naturaleza, y cuyo objeto y realización es la consumación de un plan preconcebido carente de propósito corporativo o de negocios que no es un plan de reorganización. En particular, la Sec. 1368-1 de las *Treasury Regulations del Internal Revenue Code* se refieren, en particular, a los requisitos de continuidad empresarial: la continuidad de la empresa bajo la forma modificada.

⁶³ Cfr. PALAO TABOADA: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *op. cit.*, págs. 229 y ss.

⁶⁴ Ahora bien, no puede perderse de vista que el propio TJUE ha considerado que es perfectamente legítimo para un contribuyente tener en cuenta las implicaciones fiscales a la hora de estructurar sus negocios, de suerte que cuando este posea la opción entre dos diferentes tipos de transacciones para alcanzar un resultado, no existe obligación de elegir la que conlleve la mayor carga fiscal. *Vid.*, las SSTJUE *Halifax*, *Cadbury*, *Gemeente Leusden* [C-487/01 (NFJ016698) y 7/02] y *Herma* [(C-23/98 (NFJ008485))]. *Vid.* LYAL: «Cadbury Schweppes and Abuse: Comments», *op. cit.*, págs. 430 y ss.

⁶⁵ El TJUE en *Leur-Bloem* reconoció que el requisito de «integración duradera» establecido por el legislador neerlandés puede tener cierto sentido si se configura de manera que permite al contribuyente probar que, a pesar de no cumplirse tal condicionante, la operación no tiene como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. Véase el párrafo 42 de la sentencia *Leur-Bloem* (C-28/95).

⁶⁶ Esta posición se ajusta al concepto general de abuso establecido por el TJUE en *Halifax* [C-255/02 (NFJ021677)], como ha puesto de relieve PETROSOVITCH, K.: «Abuse under Merger Directive», *op. cit.*, pág. 560.

clave radica en considerar la finalidad de la Directiva de Fusiones a la hora de aplicar la cláusula antiabuso (su elemento objetivo), sin perder de vista que esta se ha configurado en gran medida como una cláusula de cierre de uso excepcional para excluir de su ámbito de aplicación única y exclusivamente una serie de operaciones de fraude o evasión fiscal que no constituyen auténticas reorganizaciones societarias-empresariales sino una «creación artificial de condiciones»⁶⁷.

Esta interpretación de la cláusula antiabuso del artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones, además de adecuarse a su tenor literal, vendría reforzada por la propia jurisprudencia europea (*Kofoed y Foggia*), en la medida en que en estas dos sentencias el TJUE conecta la referida cláusula antiabuso con el principio europeo de prohibición de abuso de derecho, de suerte que este solo afecta a montajes con pura finalidad fiscal (elemento subjetivo) que sean contrarios a la finalidad de las normas europeas de cobertura (elemento objetivo)⁶⁸. De esta forma, una reorganización empresarial cuyo objetivo principal sea la aplicación de una ventaja fiscal no constituirá un montaje abusivo si el contribuyente puede fundamentar que la operación se ajusta a la finalidad de la Directiva de Fusiones⁶⁹. En la mayoría de las ocasiones, este segundo elemento objetivo se explica más fácilmente a través de la concurrencia de un motivo económico válido, pero, como ya hemos indicado en varias ocasiones, no cabe excluir reorganizaciones que tengan como principal objetivo la obtención de una ventaja fiscal (extrínseca a la Directiva de Fusiones) que sean compatibles con los objetivos y fines de la Directiva.

6. Alcance de la «regla» de ponderación relativa entre el motivo económico válido y la ventaja fiscal

Como ya hemos ido indicando a lo largo de este trabajo, consideramos que, a través de la sentencia *Foggia*, el TJUE podría haber clarificado o por lo menos completado su jurisprudencia precedente sobre la Directiva de Fusiones articulando, en línea con las sentencias *Halifax* y *Part-Service*, una suerte de regla de ponderación relativa entre el motivo económico y la ventaja fiscal, de manera que los primeros no pueden ser «motivos/objetivos aparentes» en el sentido de completamente mar-

⁶⁷ El test de artificiosidad viene siendo empleado por el TJUE en un buen número de casos a partir de la sentencia *Emland-Stärke* (C-110/99). *Vid.*, DE BROE: *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, IBFD, Ámsterdam, 2008, págs. 763 y ss.; y SSTJUE *Halifax*, *Cadbury*, *Gemeente Leusden* [C-487/01 (NFJ016698) y 7/02] y *Herma* [C-23/98 (NFJ008485)]. *Vid.*, LYAL: *Cadbury Schweppes and Abuse: Comments*, *op. cit.*, págs. 431-434.

⁶⁸ En parecidos términos, *vid.* E&Y, *Survey of the Implementation of Council Directive 90/434/EEC*, EU Commission, 2009, págs. 19-21.

⁶⁹ La finalidad de la Directiva de Fusiones se deduce de su preámbulo, y el TJUE se ha referido a la finalidad de la Directiva en las sentencias *Leur-Bloem* (para. 45) y *Zwijnenburg* (paras. 38 y 39) estableciendo en esta última que «Respecto al objetivo perseguido por dicha Directiva, el Tribunal de Justicia ya ha precisado que, según su primer considerando, esta tiene como objetivo establecer normas fiscales neutras respecto a la competencia, con el fin de permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado común, aumenten su productividad y refuerzen su posición de competitividad en el plano internacional. Este mismo considerando señala también que las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros no deben verse obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros. (...). Más concretamente, la Directiva 90/434 tiene por objeto eliminar los obstáculos fiscales para las reestructuraciones transfronterizas de sociedades al garantizar que los posibles aumentos de valor de las participaciones sociales no sean gravados antes de que sean llevados a cabo efectivamente (...)».

ginales o incidentales en relación con la segunda, especialmente allí donde la ventaja fiscal es cuantitativamente significativa y median indicios de fraude o evasión ⁷⁰. Así, la mera invocación de una reducción de costes de estructura ya no constituye en todo caso un motivo económico válido de una reorganización empresarial cuando concurren ventajas fiscales cuantitativamente relevantes e indicios de fraude o evasión fiscal, de suerte que solo cuando mediaran objetivos jurídico-económicos no marginales material y cuantitativamente (v. gr., la racionalización de actividades) que fueran implementados efectivamente (con sustancia económica real) podrá defenderse que la fusión/reorganización posee motivo económico válido, a pesar de que concurren ventajas fiscales relevantes (v. gr., pérdidas fiscalmente compensables, etc.).

Por tanto, a nuestro juicio, el TJUE a través de esta sentencia podría haber sustancializado el concepto de motivo económico válido excluyendo del mismo aquellos que en realidad no lo son, esto es, los de carácter puramente incidental o completamente marginales en el sentido que indicamos más arriba.

De esta forma, el TJUE se muestra partidario de un enfoque más analítico-sustancial y menos formalista (en particular respecto del test de concurrencia de motivos económicos válidos) que tenga en cuenta el conjunto de elementos que concurren en la transacción (ventajas fiscales, indicios de fraude y motivos económicos válidos) y su peso relativo. Ahora bien, seguimos pensando que no cabe identificar la concurrencia de una ventaja fiscal (aunque sea sustantiva) con la concurrencia del presupuesto de la cláusula antiabuso, el cual concurre cuando el objetivo principal de la operación sea el fraude o la evasión fiscal ⁷¹. Tal identificación se aprecia en algunos pronunciamientos de nuestros tribunales ⁷², en tanto que la DGT, en varias resoluciones, se ha mostrado partidaria de una interpretación más flexible aceptando la aplicación del régimen especial concurriendo una ven-

⁷⁰ Este posicionamiento, en gran medida, ya venía siendo aplicado por las autoridades fiscales de algunos Estados miembros como Bélgica que ponderaban el peso relativo del motivo económico con la ventaja fiscal derivada de la reorganización empresarial. *Vid.* CLAES y VAN GILS: «(Further) Implementation of the EU Merger Directive in Belgian Domestic Tax Legislation Opens New Opportunities for Tax Neutral Cross-Border Corporate Reorganizations», *Intertax*, vol. 37, n.º 10, 2009, pág. 558.

⁷¹ El propio fallo de la sentencia *Foggia*, tras establecer la no concurrencia de un motivo económico válido, remite al tribunal que planteó la cuestión prejudicial para que determine si concurren en el marco del litigio planteado los elementos constitutivos de la presunción de fraude o evasión fiscal. De esta forma, el contribuyente, además de poder probar en contrario sobre la existencia de otros motivos económicos válidos, podría acreditar que la operación no es abusiva en el marco del procedimiento judicial, a pesar de que no se haya apreciado un motivo económico válido por parte del TJUE. En esta misma línea ya se han posicionado destacados autores como PALAO TABOADA: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *op. cit.*, págs. 220 y ss.; WEBER: «The First Step of the ECJ concerning antiabuse doctrine in the field of Harmonized direct tax», *EC Tax Review*, n.º 1, 1997, págs. 22 y ss.; HOENJET: «The Leur-Bloem Judgement: the Jurisdiction of the ECJ and the interpretation of the Antiabuse Clause in the Merger Directive», *EC Tax Review*, n.º 4, 1997, págs. 206 y ss.; MENÉNDEZ GARCÍA: «Realización de operaciones de fusión, escisión, aportación no dineraria y canje de valores con fines de fraude y/o evasión fiscal», *JT*, n.º 14, 2000; DURAN-SINDREU: «En torno al concepto de motivo económico válido, el artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE y el artículo 110 de la LIS», *Noticias UE*, n.º 239, 2004, págs. 125 y ss.; GARCÍA NOVOA: «La modificación de la cláusula antiabuso del art. 110.2 de la LIS», *RTT*, n.º 54, 2001, págs. 47 y ss.; CALDERÓN y MARTÍN JIMÉNEZ: «La Directiva de fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canjes de acciones entre sociedades de distintos Estados miembros», en CARMONA (dir.): *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la UE*, Ciss, Valencia, 2011, pág. 1.280; y MARTÍN JIMÉNEZ: «Towards a Homogeneous theory of Abuse of (EU) Direct Tax Law», *op. cit.*

⁷² Tal identificación se aprecia en algunos pronunciamientos de nuestros tribunales, a saber: la SAN de 7 de mayo de 2007 (NFJ025984).

taja fiscal significativa y otros motivos económicos válidos (no fiscales), en ausencia de indicios de artificiosidad ⁷³.

Podría argumentarse que la doctrina del caso *Foggia* –ponderación del peso relativo del motivo económico válido alegado (reducción de gastos de administración y de gestión del grupo) en relación con la ventaja fiscal anudada a la reestructuración amparada por el régimen especial– es extensible o aplicable con carácter general, esto es, en relación con todo tipo de motivos económicos válidos y con independencia de que existan indicios de fraude o evasión fiscal (ventajas fiscales significativas, dudoso origen de las pérdidas, entidad absorbida sin actividad y activos).

Sin embargo, a nuestro juicio, es dudoso que la jurisprudencia *Foggia* pueda y deba ser aplicada en un contexto jurídico-fáctico distinto. En primer lugar, no puede perderse de vista que la cautela que adopta el TJUE en esta sentencia –la doctrina del peso relativo motivo económico-ventaja fiscal– tiene mucho que ver con el limitado alcance del propósito económico que fue invocado para justificar la operación, toda vez que, como bien indica el TJUE en el párrafo 49 de esta sentencia: «si se admite sistemáticamente que el ahorro de costes estructurales de la reducción de los gastos administrativos y de gestión constituye un motivo económico válido, sin tener en cuenta otros objetivos de la operación proyectada, y más en particular las ventajas fiscales, la regla enunciada en el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 se vería privada completamente de su finalidad, que consiste en salvaguardar los intereses financieros de los Estados miembros al establecer, con arreglo al noveno considerando de dicha Directiva, la facultad de estos últimos de denegar la aplicación de las disposiciones previstas por la Directiva en caso de fraude o de evasión fiscal». En segundo lugar, en el fallo de la sentencia *Foggia* se hace especial mención a las circunstancias del caso (los indicios de fraude o evasión fiscal, y el escaso peso (completamente marginal e intrínseco a toda fusión por absorción) del motivo económico válido invocado por el contribuyente) para fundamentar esta doctrina. En tercer lugar, si se generalizara el ámbito de aplicación de esta jurisprudencia, de manera que la aplicación del régimen especial derivado de la Directiva de Fusiones quedara supeditado a un test de ponderación cualitativo y cuantitativo entre los motivos económicos válidos invocados y la ventaja fiscal derivada de la reorganización, exigiendo en todo caso que las ventajas fiscales no fueran preponderantes (o los motivos económicos no marginales), se complicaría y subjetivizaría enormemente la aplicación de este régimen y podría acontecer que un buen número de reorganizaciones que poseen motivos económicos válidos (aunque no fueran de «alto voltaje») quedarían excluidas del referido régimen, lo cual no se ajusta ni a la finalidad de la Directiva de Fusiones ni a la de su cláusula antiabuso. Por tanto, no mediando indicios de fraude o evasión fiscal, no cabe exigir una preponderancia cuantitativa/cualitativa del motivo económico válido sobre el objetivo fiscal, esto es, no es necesario que concurran motivos económicos de alto voltaje (aunque tampoco deben ser completamente marginales).

⁷³ RRDGT de 25 de enero de 2006 [V0143/2006 (NFC021747), V0146/2006 (NFC021749)], de 28 de marzo de 2006 [V0518/2006 (NFC022064)], de 21 de abril de 2006 [V0789/2006 (NFC022473)], de 21 de octubre de 2010 [V2270/2010 (NFC039496)] y 29 de octubre de 2010 [V2371/2010 (NFC039582), V2369/2010 (NFC039580), V2368/2010 (NFC039578)], entre otras. Esta ponderación de los motivos económicos válidos (objetivos de reestructuración, racionalización de gestión empresarial, creaciones de grupos o estructuras *holding*, reordenación de las estructuras de accionistas y actividades, etc.) con la presencia de ventajas e incluso motivos fiscales, se aprecia en la doctrina de la DGT especialmente a partir de 2005 y 2006, de suerte que con anterioridad la doctrina es más confusa. Vid. ALGUACIL MARI: *La doctrina administrativa sobre el motivo económico válido en las reestructuraciones societarias*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 122 y ss.; y LÓPEZ-SANTACRUZ y ORTEGA CARBALLO, *Reorganización Empresarial (Fusiones)*, F. Lefebvre, Madrid, 2011, págs. 483 y ss.

Otra de las posibles implicaciones de este pronunciamiento del TJUE atañe a la interpretación del artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones en relación con el debate sobre la procedencia de un *sole objective test* (aplicado en Francia, Bulgaria, Hungría, por ejemplo) frente a un *principal objectives test* (aplicado en Reino Unido, España o Finlandia) ⁷⁴. De acuerdo con el primero, la exclusión de la aplicación de la Directiva (a través de la aplicación de la presunción *iuris tantum*) solo se produciría cuando el fraude o la evasión fiscal constituye el único objetivo de la reorganización, en tanto que el segundo atiende a que el fraude o la evasión fiscal constituya el principal objetivo o uno de los principales objetivos de la operación. El tenor de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones favorece claramente este segundo test. La jurisprudencia *Leur-Bloem* de alguna forma trasladó igualmente este test al contexto del análisis de los motivos económicos válidos abogando a favor del *sole objective test* ⁷⁵ (no hay motivo económico válido si la operación tiene como único objetivo obtener una ventaja fiscal); esta posición ha sido reiterada en al menos un pronunciamiento posterior ⁷⁶. Sin embargo, la jurisprudencia *Foggia* ⁷⁷ –más en línea con la jurisprudencia *Halifax* ⁷⁸ y *Part Service*– parece matizar esta posición inicial del TJUE estableciendo un test de no marginalidad/incidentalidad de los motivos económicos válidos en relación con los objetivos fiscales ⁷⁹.

Es decir, el TJUE opta por una posición intermedia, por tanto, no plenamente coincidente con el *principal objectives test*, de manera que solo cuando el objetivo consistente en el aprovechamiento o aplicación de una ventaja fiscal fuera desproporcionadamente preponderante frente a los demás objetivos o motivos económicos válidos (no fiscales) –evidenciando que no son auténticos objetivos o fines de la operación (motivos aparentes)– y existieran indicios de fraude o evasión fiscal, cabría

⁷⁴ Sobre esta cuestión *vid.* E&Y, *Survey of the Implementation of Council Directive 90/434/EEC*, EU Commission, 2009, págs. 437, 563 y I.122; y PETROSOVITCH, K.: «Abuse under Merger Directive», *European Taxation*, December, 2010, pág. 562.

⁷⁵ Así, en *Leur-Bloem* se afirma: «45. (...) *El único supuesto en que los Estados miembros pueden denegar la aplicación de la Directiva, según su artículo 11 y según su último considerando, es cuando la operación contemplada tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal*»; «47. Del tenor y de los objetivos del artículo 11, así como de los de la Directiva se deduce que el concepto de motivos económicos válidos es más amplio que la mera búsqueda de una ventaja puramente fiscal. Por consiguiente, una operación de fusión por canje de acciones que *solo persiguiera tal objetivo no puede constituir un motivo económico válido en el sentido de este artículo*» (la cursiva es nuestra). Tales afirmaciones contrastan con la posición adoptada en *Foggia* donde se llega a afirmar que «35. (...), puede constituir un motivo económico válido una operación de fusión basada en varios objetivos, entre los que pueden también figurar consideraciones de naturaleza fiscal, a condición no obstante de que estas últimas **no sean preponderantes en el marco de la operación proyectada**». Curiosamente, tal afirmación no resulta del todo coherente con otra realizada en el párrafo posterior que resulta más próxima a *Leur-Bloem*, a saber: «36. En efectos, con arreglo al artículo 11, apartado 1, letra a) de la Directiva 90/434, la constatación de que una operación de fusión tiene como *único objetivo obtener una ventaja fiscal* y, por tanto, no se efectúa por motivos económicos válidos, puede constituir una presunción de que dicha operación tiene como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude o la evasión fiscal».

⁷⁶ Así en la sentencia *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* [C-524/04 (NFJ024996)], el TJUE se refirió a un «montaje puramente artificial carente de motivos comerciales reales» (para. 83).

⁷⁷ Véase el párrafo 35 y el fallo de la sentencia *Foggia*. La doctrina de los *essential aims* (objetivo fiscal principal o uno de los principales) también resulta recogida en otras sentencias del TJUE como *Part Service* [C-425/06 (NFJ027402)] y *Halifax* [C-255/02 (NFJ021677)], mientras que en *Amplisientifica* (C-162/02) se emplea el *sole objective test*.

⁷⁸ Párrafo 86 de la sentencia *Halifax* [C-255/02 (NFJ021677)].

⁷⁹ Las diferencias terminológicas entre las distintas sentencias en las que el TJUE se ha referido al elemento subjetivo del abuso posiblemente tengan una importancia menor. En este sentido, LYAL ha explicado, por ejemplo, cómo las diferencias en los términos empleados en *Halifax* y *Part Service* obedecen a cuestiones de traducción a las diferentes lenguas oficiales (LYAL: «Cadbury Schweppes and Abuse: Comments», *op. cit.*, pág. 429).

aplicar la presunción de abuso. La clarificación posee gran relevancia práctica en el marco de la Directiva de Fusiones, toda vez que en este contexto resulta intrínseco a la reorganización la obtención de ventajas fiscales derivadas de la propia aplicación del régimen especial ⁸⁰. Con esta precisión del TJUE en la sentencia *Foggia*, lo que resulta más claro es que el debate terminológico (*sole tax purpose test* de *Cadbury vs principal/essential tax purpose test* de *Halifax/Part Service*) se resuelve, cuando menos, en el contexto de la Directiva de Fusiones a favor de un test de no marginalidad de los motivos económicos válidos (especialmente cuando concurren indicios de fraude o evasión fiscal), en el sentido de que tal test solo se supera cuando estamos ante auténticos motivos económicos válidos y no cuando sean aparentes, marginales o incidentales sin entidad suficiente para explicar, causalizar o fundamentar la operación.

Una segunda consecuencia resultante de esta clarificación podría consistir en un mayor acercamiento de la interpretación de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones a las cláusulas antiabuso nacionales de corte sustancialista que pivotan sobre un *principal business purpose test* donde los motivos no fiscales deben ser «relevantes» o sustantivos, tal y como acontece en el caso del artículo 15.1 b) de nuestra Ley General Tributaria (LGT) ⁸¹ o de la Sección 7701 del *Internal Revenue Code* norteamericano.

En suma, estamos ante un pronunciamiento de considerable relevancia que debería tenerse en cuenta en todas las reorganizaciones empresariales que pretendan acogerse al régimen fiscal especial del Capítulo VIII del Título VII del TRLIS. La posición del TJUE constituye otra muestra de la tendencia hacia un mayor «sustancialismo» como paradigma en la aplicación de las cláusulas antiabuso nacionales, aunque no puede entenderse como una re-interpretación de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones estableciendo la necesidad de que concurren motivos económicos de «alto voltaje» con carácter general ⁸².

Con todo, sí cabe apreciar una progresiva deriva de la jurisprudencia del TJUE maximizando la aplicación de la cláusula antiabuso del artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones, limitando su originaria excepcionalidad operativa, a través de pronunciamientos como *Leur-Bloem* y *Foggia* que reducen el ámbito de aplicación de los motivos económicos válidos, realizando una interpretación de la cláusula antiabuso escasamente conectada con los fines que persigue la Directiva. Precisamente, el escaso énfasis puesto por el TJUE sobre esta última circunstancia (el elemento objetivo del abuso en el sentido de la vulneración de los fines de la norma europea de cobertura) y la falta de un reconocimiento explícito y claro de que la motivación fiscal de una operación de reorganización en sí misma no constituye abuso –salvo cuando no estuviéramos ante una auténtica reorganización sino ante un montaje artificial carente de finalidad de negocios o efectos económicos– no evidencia suficientemente la aplicación de la jurisprudencia europea general sobre el abuso en materia tributaria en el contexto de la Directiva de Fusiones.

⁸⁰ PETROSOVITCH, K.: «Abuse under Merger Directive», *op. cit.*, pág. 562.

⁸¹ *Vid.* PALAO: «Los instrumentos normativos contra la elusión fiscal», en *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, *op. cit.*, págs. 175 y ss.; DELGADO PACHECO, *Las normas antielusión en la jurisprudencia española*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, págs. 41 y ss.; GARCÍA NOVOA, *La cláusula elusiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, Madrid, 2004; y RUIZ ALMENDRAL: *El Fraude a la Ley Tributaria a Examen*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 85 y ss.

⁸² Existen pronunciamientos de la DGT en este sentido: RRDGT de 27 de mayo de 2011 [V1349/2011 (NFC041533)] y de 28 de octubre de 2011 [V2587/2011 (NFC042857)].

Con todo, resulta dudoso que la sentencia *Foggia* represente una evolución de la jurisprudencia precedente a efectos de matizar la excepcionalidad de la aplicación de la cláusula antiabuso considerando el propio tenor del artículo 11.1 a) de la Directiva como sus fines, aspectos que fueron destacados en *Leur-Bloem*⁸³ y *Zwijnenburg*⁸⁴, a pesar de que, a nuestro juicio, tales aspectos aparecen diluidos en *Foggia* sin que el TJUE haya explicado suficientemente su posición. En este sentido, se echa de menos una posición del TJUE más equilibrada en lo que se refiere al análisis de los elementos objetivo y subjetivo, en particular desarrollando la potencialidad interpretativa de los verdaderos objetivos sustantivos perseguidos a través de la Directiva de Fusiones y el alcance del elemento subjetivo que no consiste únicamente en la búsqueda de una ventaja fiscal. De hecho en *Foggia* el TJUE tan solo incide en el objetivo perseguido por el artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones, obviando la contextualización de tal cláusula considerando los restantes objetivos perseguidos a través de tal norma europea⁸⁵, aunque también es cierto que, como ya indicamos más arriba, tales objetivos pueden encajar con dificultad en un contexto de reorganizaciones puramente internas.

IV. UNA REFLEXIÓN FINAL SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN EL CASO *FOGGIA* EN EL MARCO DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA QUE TRANSPONE LA DIRECTIVA DE FUSIONES

1. La interpretación europea de la normativa española que transpone la Directiva de Fusiones

Como se sabe, las sentencias del TJUE dictadas en relación con una «materia europeizada», como es el caso de la regulación del régimen especial de reorganizaciones empresariales establecido en los artículos 83 a 96 del TRLIS, despliegan efectos jurídicos de cara a la interpretación de la normativa nacional, incluso en aquellos casos en los que el legislador nacional haya extendido a operaciones internas lo establecido en la norma comunitaria de que se trate (en nuestro caso la Directiva de Fusiones). El TJUE ha declarado en reiterada jurisprudencia que la interpretación europea de la Directiva de Fusiones despliega efectos en el marco de una regulación nacional que haya implementado tal normativa comunitaria extendiéndola más allá de su ámbito de aplicación (operaciones transfronterizas) de manera que opera en el marco de reorganizaciones empresariales nacionales, siempre que el legislador nacional haya tomado como modelo la regulación comunitaria sin establecer desviaciones sustanciales destinadas a producir divergencias entre la legislación nacional y la europea⁸⁶.

⁸³ Véase el párrafo 45 de la sentencia *Leur-Bloem*.

⁸⁴ Véanse los párrafos 39 y 45 de esta sentencia.

⁸⁵ En relación con los objetivos sustantivos de la Directiva de Fusiones, como la contribución a la eficiente asignación de recursos en el mercado interior, *vid.* ENGLISH, J.: *National Measures to Counter Tax Avoidance under the Merger Directive*, *op. cit.*, págs. 34 y ss.

⁸⁶ Véase por ejemplo el párrafo 45 de la STJUE *Kofoed* donde se enfatiza el principio de la interpretación conforme de las normas nacionales que transponen la Directiva de Fusiones con esta última. *Vid.*, sobre la interpretación conforme/ extensión de efectos casos donde el legislador nacional ha extendido la solución europea a otros supuestos no transfronterizos: CALDERÓN y BAEZ: «La armonización contable europea, las NIC/NIIF y su influencia en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades», en SANFRUTOS GAMBIN y CARBAJO VASCO (coordinadores): *Impuesto sobre Sociedades, Régimen General*, *op. cit.*, págs. 99 y ss.

Esta interpretación (mandatoria) de la normativa del Capítulo VIII del TRLIS a la luz de la jurisprudencia del TJUE sobre la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones posee gran alcance, hasta el punto de que fija los principios del marco interpretativo aplicable que supera y desplaza la eventual aplicación de otros principios y cláusulas antiabuso generales o especiales fiscales o contables distintas a la que implementa el artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434/CEE ⁸⁷, aunque ello no excluye que en determinados casos excepcionales una operación de reestructuración cubierta por esta normativa pueda ser objeto de una recalificación en aplicación de una norma antiabuso general considerando hechos previos y posteriores que evidenciaran que tal operación formaba parte (*step-transaction*) de un montaje abusivo ⁸⁸.

Lógicamente, la interpretación de la jurisprudencia *Foggia* que hemos defendido podría desplegar ciertos efectos de cara a la aplicación del test de motivos económicos válidos del artículo 96.2 del TRLIS, en la medida en que establece una serie de principios relevantes respecto de casos donde concurren motivos fiscales y no fiscales y median indicios de fraude o evasión fiscal. La práctica ha puesto de relieve como esta casuística es muy frecuente en este contexto. Y de hecho, no han faltado supuestos en los que la Administración tributaria (y el propio TEAC ⁸⁹) se ha mostrado poco proclive a aceptar la concurrencia del motivo económico válido en reorganizaciones empresariales amparadas, con carácter principal, en el propósito de la reducción de costes y simplificación de estructuras societarias allí donde concurrían ventajas fiscales significativas intrínsecas a la aplicación del régimen especial. Los tribunales de justicia han revelado la existencia de un elevado nivel de conflictividad sobre esta cuestión y no han faltado pronunciamientos de los tribunales de justicia que han estimado las pretensiones de los contribuyentes aceptando la aplicación del régimen especial en casos donde concurrían ventajas fiscales significativas y se acreditaron motivos económicos de cierta relevancia ⁹⁰; de hecho, resulta reseñable la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2008 [rec. 197/2006 (NFJ028306)], donde se establece que allí donde se acredita la presencia de motivos económicos válidos relevantes (en este caso acreditados a través de informe pericial), la presencia de ventajas fiscales deviene accesoria a los efectos de la aplicación del régimen especial.

Asimismo, cabría igualmente destacar la existencia de sentencias donde los tribunales españoles aceptan formalmente la interpretación europea –y más flexible– del requisito del motivo económico válido, sin llevarla a sus últimas consecuencias cuando proceden a su aplicación a los hechos del caso concreto enjuiciado ⁹¹, lo cual no puede considerarse como una interpretación alineada y

⁸⁷ Los tribunales españoles en gran número de ocasiones se han manifestado a favor de la interpretación de la normativa nacional a la luz de la jurisprudencia del TJUE. Con carácter general véanse, por ejemplo, las SSAN de 30 de abril y 18 de junio de 2008, de 5 de noviembre de 2009, de 31 de marzo de 2010; SSTs de 20 abril de 2007 y 12 de julio de 2010; RTEAC de 2 de julio de 2006, de 24 de noviembre de 2009. En el marco de la normativa reguladora del Capítulo VIII del TRLIS, véanse por ejemplo las SSTs de 16 de junio y 5 de julio de 2010, 13 de enero de 2011 y 7 de abril de 2011 (NFJ042890); SSAN de 13 de octubre de 2009, y de 17 febrero, 9 de marzo (NFJ042449), 5 de mayo (NFJ042962) y 22 de septiembre de 2011 (NFJ045255).

⁸⁸ Véanse, por ejemplo, las RRDGT de 7 de mayo de 2001 [V0025/2001 (NFC012626)], de 21 de mayo de 2002 [V0015/2002 (NFC016588)] y de 3 de diciembre de 2001 [2120/2001 (NFC043112)], donde se acepta la aplicación del régimen especial de reorganizaciones en supuestos donde concurren ventajas fiscales sustantivas y motivos económicos válidos de baja intensidad.

⁸⁹ Véase, por ejemplo, la RTEAC de 11 de septiembre de 2008 (NFJ030613).

⁹⁰ Véase, por ejemplo, la SAN de 22 de septiembre de 2011 (NFJ045255).

⁹¹ Véase, por ejemplo, la SAN de 5 de mayo de 2011 (NFJ043075), donde se afirma: «Fj. Sexto (...). En suma con arreglo a la doctrina que se ha expuesto ampliamente (en referencia a la jurisprudencia del TJUE en *Kofoed*), incumbe a la sociedad

conforme con el Derecho de la UE. Así, en no pocas ocasiones la falta de una contundente acreditación por parte de los contribuyentes de un objetivo o interés económico que fundamentara claramente las operaciones de reorganización empresarial, concurriendo ventajas fiscales significativas derivadas de la misma e intrínsecas al régimen especial, termina asimilándose a la concurrencia de fraude o evasión fiscal como principal objetivo de la operación ⁹², lo cual, a nuestro juicio, no resulta correcto material y procedimentalmente. Desde una perspectiva material ya hemos visto como tal concepción no se ajusta a la jurisprudencia del TJUE sobre el artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones, y desde un plano procedimental tal posicionamiento supone una asignación de la carga de la prueba al contribuyente en relación con el presupuesto del artículo 96.2 del TRLIS cuando más bien parece que estemos ante un supuesto de carga de la prueba compartida ⁹³.

2. Un apunte sobre la doctrina administrativa en torno al artículo 96.2 del TRLIS

Por lo que se refiere a la posición de la Dirección General de Tributos (DGT) sobre el test de motivos económicos válidos, lo cierto es que resulta difícil hacer una valoración global de la doctrina sobre la interpretación del artículo 96.2 del TRLIS, considerando el gran número de resoluciones dictadas durante los últimos diez años ⁹⁴. En este sentido, no podemos menos que reconocer que las conclusiones que hemos alcanzado de la lectura de un cierto número de ellas podrían no reflejar con toda fidelidad la riqueza de esta interesante y valiosa doctrina. Las principales ideas que hemos inferido de la referida doctrina administrativa en torno a la cláusula antiabuso del régimen especial de fusiones, en lo que afecta al tema que nos ocupa, vendrían a ser, a grandes rasgos, las siguientes, a saber:

- 1.^a La consideración de que una operación tiene como finalidad conseguir una ventaja fiscal al margen de cualquier razón económica diferente (no apreciación de la concurrencia de un motivo económico válido) excluye la aplicación del régimen especial, sin que resulte necesario apreciar que el fraude o la evasión fiscal constituye el objetivo principal de la operación ⁹⁵. De alguna forma, se sigue la posición autonomista donde la no acreditación de un motivo económico válido por parte del contribuyente e incluso una valoración sobre la insuficiencia del mismo se asimila al presupuesto de la cláusula antiabuso (y no a la presunción *iuris tantum*).

recurrente acreditar que la operación que se enjuicia se llevó a cabo por motivos económicos válidos, lo que exige un esfuerzo argumental, por mínimo que sea, de que dicha operación no tuvo como objetivo único o principal el ahorro fiscal, sino que obedece a dar cumplimiento a una necesidad empresarial sentida, en los términos ya vistos, sea en el orden organizativo, comercial, financiero, de ahorro de costes, de distribución o del orden que sea preciso, pues en la definición de los motivos válidos hay gran amplitud, potencialmente indefinida de posibilidades. Pero lo que no sería admisible, desde un punto de vista conceptual, es que la operación de aportación de acciones hubiera tenido como única finalidad la de proporcionar un ahorro fiscal a la empresa con ocasión de una operación de la que naturalmente se deriva la generación de unas plusvalías».

⁹² SSTs de 5 de julio de 2010 y 7 de abril de 2011 (NFJ042890).

⁹³ Véase en este sentido las SSAN de 16 de febrero (NFJ042088) y 9 de marzo de 2011 (NFJ042449).

⁹⁴ Existen varios estudios que ofrecen una valiosa panorámica de esta doctrina administrativa, a saber: PALAO TABOADA: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *op. cit.*, págs. 231 y ss.; ALGUACIL MARI: *La doctrina administrativa sobre el motivo económico válido en las reestructuraciones societarias*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 122 y ss.; y LÓPEZ-SANTACRUZ y ORTEGA CARBALLO: *Reorganización Empresarial (Fusiones)*, F. Lefebvre, Madrid, 2011, págs. 483 y ss.

⁹⁵ Por ejemplo, RRDGT de 19 y 20 de septiembre de 2011 [V2134/2011 (NFC042397) y V2145/2011 (NFC042434)].

- 2.^a Tendencia a aceptar la aplicación del régimen especial por concurrencia de motivo económico válido cuando no se aprecia que resulten o se generen ventajas fiscales relevantes como consecuencia de la reorganización empresarial amparada en el régimen especial ⁹⁶.
- 3.^a Tendencia a cuestionar la aplicación del régimen especial, en particular la validez y suficiencia del motivo económico cuando se aprecia que resultan ventajas fiscales significativas como consecuencia de la reorganización empresarial amparada por el régimen especial. Tal afirmación debe ser matizada teniendo en cuenta las siguientes consideraciones, a saber:
- a) Cuanto más significativa sea la ventaja fiscal derivada de la aplicación del régimen especial, mayor es el umbral de sustancialidad del motivo económico y más estricta resulta su apreciación por parte de la DGT.
 - b) La invocación de motivos económicos válidos de «bajo voltaje», como en la sentencia *Foggia*, en presencia de ventajas fiscales relevantes (v. gr., bases imponibles negativas a compensar, créditos fiscales, fondo de comercio, acceso al régimen de consolidación o a otras ventajas fiscales extrínsecas), en la mayoría de las ocasiones, termina con un pronunciamiento negativo sobre la existencia de tales motivos económicos, sin realizarse un análisis detallado, ni una ponderación cualitativa-cuantitativa ventaja fiscal/motivo económico válido. Una apariencia de predominio de la ventaja fiscal sobre el motivo económico alegado con frecuencia sirve para fundamentar la no superación del test de motivo económico válido ⁹⁷.
 - c) La DGT, como regla, toma en consideración los hechos y circunstancias del caso consultado y se muestra claramente contraria a apreciar la concurrencia de motivo económico válido cuando, además de la ventaja fiscal relevante, existen indicios de fraude o evasión fiscal (v. gr., sociedades inactivas, sin activos relevantes, etc.) ⁹⁸. Sin embargo, también se rechaza la aplicación del régimen especial en situaciones donde la entidad absorbida está activa, realiza una cierta actividad y está en una situación de difícil continuidad, en la medida en que concurre una ventaja fiscal (BIN) y los motivos económicos no son de alto voltaje ⁹⁹. Por el contrario, se acepta una fusión por absorción de sociedades inactivas sin BIN ni créditos fiscales, sin presencia de motivos económicos sustantivos ¹⁰⁰.
 - d) En determinadas ocasiones, la DGT ha validado la aplicación del régimen especial en supuestos donde mediaban motivos económicos válidos de cierta entidad (no de bajo voltaje), no existían indicios de fraude o evasión fiscal (sociedades con sustancia económica), y las ventajas fiscales derivadas de la reorganización eran extrínsecas al régimen especial. Por ejemplo, se han aceptado escisiones de rama de actividad que permitían la aplicación del *Patent Box* del artículo 23 del TRLIS ¹⁰¹, una fusión inver-

⁹⁶ RRDGT de 25 de junio de 2010 [V1453/2010 (NFC038581), V1454/2010 (NFC038585), V1455/2010 (NFC038587)].

⁹⁷ RRDGT de 7 de abril de 2009 [V0731/2009 (NFC032533)] y 12 de abril de 2010 [V0690/2010 (NFC037893)].

⁹⁸ RRDGT de 12 de mayo de 2010 [V0989/2010 (NFC038379)], 30 de abril de 2009 [V0948/2009 (NFC032632)].

⁹⁹ RDGT de 12 de abril de 2010 [V0690/2010 (NFC037893)].

¹⁰⁰ RDGT de 12 de marzo de 2010 [V0689/2010 (NFC037892)].

¹⁰¹ RDGT de 26 de octubre de 2011 (V2587/2011).

sa de una SL por una SICAV ¹⁰², una fusión por absorción de entidades activas con BIN ¹⁰³, un canje de valores con una sociedad *holding* europea que permite la aplicación de una red de convenios fiscales ¹⁰⁴, o un canje a una nueva sociedad que después puede aplicarse el régimen de consolidación fiscal ¹⁰⁵. Da la impresión de que en estos casos, la DGT es consciente de que la obtención de una ventaja fiscal constituye un objetivo principal de la reorganización, pero la presencia de motivos económicos válidos que no son completamente marginales y la ausencia de indicios de fraude o evasión fiscal terminan inclinando la balanza a favor de la superación del test de motivo económico válido. Es decir, el hecho de alcanzar una mejor eficiencia fiscal no es impedimento para aplicar el régimen especial siempre que concurren motivos económicos relevantes y no existan indicios de fraude o evasión fiscal ¹⁰⁶. No puede decirse que la DGT realice *stricto sensu* una ponderación del peso relativo cuantitativo-cualitativo ventaja fiscal/motivo económico válido, tal y como establece el TJUE en la sentencia *Foggia*, pero tal enfoque resulta compatible con esta jurisprudencia europea, a pesar de que el ámbito de aplicación del test de no marginalidad de motivos económicos válidos establecido en la referida sentencia europea procede únicamente cuando median indicios de fraude o evasión fiscal.

- 4.^a La DGT ha rechazado la aplicación del régimen especial cuando, no constando motivos económicos válidos de cierta relevancia, considera que el principal objetivo de la reorganización consiste en la obtención o aprovechamiento de una «ventaja fiscal extrínseca» a tal régimen, como la aplicación del régimen de consolidación fiscal, o del régimen especial de arrendamiento de viviendas ¹⁰⁷.

A la vista de estas conclusiones que hemos extraído de un conjunto de pronunciamientos de la DGT en torno a la interpretación de la cláusula nacional antiabuso que transpone el artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones, no podemos menos que reconocer que algunos de sus pronunciamientos están alineados con la jurisprudencia *Foggia*. En particular, la exigencia de motivos económicos de cierta relevancia (medio voltaje) cuando concurren ventajas fiscales significativas e indicios de fraude o evasión fiscal se ajusta a tal jurisprudencia europea. No podemos, sin embargo, compartir otros posicionamientos como la exclusión de la aplicación del régimen especial cuando media una ventaja fiscal, se invocan (y acreditan) motivos económicos válidos y no median indicios de fraude o evasión fiscal. Tal y como ya hemos argumentado más arriba, tampoco consideramos correcta la exigencia de motivos económicos válidos de «alto voltaje» en presencia de ventajas fiscales significativas, en ausencia de indicios de fraude o evasión fiscal. Como ha puesto de relieve el TJUE, el test de no marginalidad de los motivos económicos válidos concurriendo una ventaja fiscal debería quedar circunscrito a casos donde existen indicios de fraude o evasión fiscal. A su vez, la exclusión de la aplicación del régimen especial solo debería tener lugar cuando la búsqueda de la ventaja fiscal

¹⁰² RDGT de 29 de octubre de 2010 [V2371/2010 (NFC039582)].

¹⁰³ RDGT de 29 de octubre de 2010 [V2368/2010 (NFC039578)].

¹⁰⁴ RDGT de 27 de mayo de 2011 [V1349/2011 (NFC041533)].

¹⁰⁵ RRDGT de 17 de septiembre de 2008 y 19 de febrero de 2009.

¹⁰⁶ RDGT de 15 de julio de 2005.

¹⁰⁷ RDGT de 10 de junio de 2005.

constituye la única finalidad real de la operación, de manera que no estamos ante auténticas reorganizaciones o reestructuraciones empresariales o de negocios sino que tales operaciones se utilizan únicamente para eludir impuestos, esto es, estamos ante operaciones artificiales desprovistas de otros efectos y objetivos al margen de los estrictamente fiscales.

3. Ideas finales: sobre la necesidad de mejorar los niveles de seguridad jurídica en la aplicación de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones

Como reflexión final, cabría apuntar como, en último análisis, lo cierto es que tanto el examen de la jurisprudencia del TJUE como de los pronunciamientos administrativos y judiciales nacionales sobre esta materia no permiten dibujar un retrato preciso y perfectamente perfilado de la configuración e implicaciones de la cláusula antiabuso del artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones (y de su cláusula gemela nacional: el art. 96.2 TRLIS). Esta situación resulta inadecuada desde todo punto de vista, especialmente desde una perspectiva de política legislativa y de seguridad jurídica¹⁰⁸ en el tráfico mercantil y en la aplicación del ordenamiento tributario.

En un contexto económico como el actual donde las reorganizaciones empresariales pueden resultar frecuentes y necesarias, la existencia de estos altos niveles de inseguridad jurídica en la aplicación del régimen de neutralidad fiscal de las reorganizaciones empresariales se nos antoja inadecuado e incluso cabría calificarlo como una disfuncionalidad del sistema que resulta particularmente grave por las distorsiones y riesgos que genera¹⁰⁹.

En gran medida estos altos niveles de inseguridad jurídica derivan de la propia configuración de esta cláusula antiabuso de forma excesivamente abierta o indeterminada, así como de una delimitación de su alcance por vía de jurisprudencia europea, esto es, a golpe de sentencia del TJUE y no de manera sistemática y a través de canales legislativos. Esta delimitación del alcance de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones a través un modelo de «mosaico jurisprudencial» (inacabado), por tanto, no deja de plantear serios problemas de seguridad jurídica y de carácter económico que convendría resolver o cuando menos mitigar, a pesar de que estamos ante un problema que deriva de la propia configuración técnica de la Directiva de Fusiones y, en último análisis, tiene su raíz en la forma de producción normativa del Derecho tributario de la UE¹¹⁰. No se pierda de vista que el TJUE

¹⁰⁸ La propia jurisprudencia europea demanda la configuración de cláusulas antiabuso que proporcionen adecuados niveles de seguridad jurídica, de manera que su alcance y significado sea previsible para los contribuyentes (en caso contrario no pueden ser sancionados). Véase por ejemplo la STJUE *Halifax* C-255/02 (NFJ021677) (paras. 41, 42 y 72) donde se afirma: «72. (...) Este imperativo de seguridad jurídica se impone con especial rigor cuando se trata de una normativa que puede implicar consecuencias financieras, a fin de permitir que los interesados conozcan con exactitud el alcance de las obligaciones que se les imponen»). *Vid.* SCHWARZ: «Abuse and EU Law», *BIFD*, July 2008, pág. 294.

¹⁰⁹ De hecho, en el estudio realizado por E&Y sobre la aplicación práctica de la Directiva de Fusiones, los altos niveles de inseguridad jurídica en la aplicación de su cláusula antiabuso fue destacada como una de las principales causas que obstaculizan la aplicación de este régimen. E&Y, *Survey of the Implementation of Council Directive 90/434/EEC*, EU Commission, 2009, pág. 16.

¹¹⁰ Sobre este tema, *vid.* MARTÍN JIMÉNEZ: *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community*, Kluwer, The Hague, 1999; y CALDERÓN: «Una introducción al Derecho Comunitario como fuente del Derecho Financiero y Tributario», *REDF*, n.º 132/2006.

ha optado por una colaboración con los órganos jurisdiccionales nacionales –mecanismo de reenvío– que implica que sean estos los que concreten la aplicación de su doctrina que, en la práctica, puede complicar todavía más el panorama tanto para los contribuyentes como para las administraciones fiscales de los diferentes Estados miembros de la UE.

Una fórmula que podría contribuir a mitigar estos problemas pasaría por la codificación de la doctrina establecida por el TJUE en relación con el artículo 11.1 a) de la Directiva de Fusiones. Una medida similar se ha adoptado en los EE.UU., codificando a nivel legislativo la doctrina sobre la sustancia económica ¹¹¹, para evitar los problemas de inseguridad jurídica generados por las heterogéneas posiciones adoptadas por los distintos tribunales nacionales ¹¹². En nuestro caso, podría tener sentido que, a falta de una acción legislativa en la materia, la Comisión UE o el ECOFIN codificaran los principios deducidos de la jurisprudencia europea y aportaran ejemplos de situaciones que quedan intramuros y extramuros de la Directiva de Fusiones ¹¹³; de hecho, el propio Parlamento UE ha instado a las instituciones europeas a adoptar un enfoque común sobre la aplicación de las medidas antiabuso que resulte efectivo, justo y alineado con el concepto de montajes puramente artificiales establecido por el TJUE ¹¹⁴. Una variante de esta fórmula, ensayada en su día por los Países Bajos ¹¹⁵, vendría dada por una circular administrativa que llevara a cabo la indicada codificación; sería recomendable que tal circular interpretativa se elaborase en el marco de alguno de los foros que la Agencia Estatal de Administración Tributaria ha creado para instrumentar el modelo de relación cooperativa entre la Administración y los obligados tributarios.

A nuestro juicio, sería recomendable que tal mecanismo de clarificación interpretativa fuera combinado con una segunda medida de corte procedimental consistente en exigir un informe preceptivo para la exclusión del régimen especial de reorganizaciones empresariales del Capítulo VIII del Título VII del TRLIS cuando la Inspección tributaria considerara preliminarmente que la operación realizada tiene como esencial objetivo el fraude o la evasión fiscal de acuerdo con lo establecido en el artículo 96.2 del TRLIS. Tal requisito procedimental podría estar configurado en los términos establecidos en el artículo 159 de la LGT en relación con el conflicto en la aplicación de la norma tributaria (art. 15 LGT). Pensamos que, de esta forma, la aplicación del artículo 96.2 del TRLIS resultaría

¹¹¹ La heterogénea doctrina sobre la sustancia económica se codificó en la Sec. 7701 IRC a través de la *US Health Care and Education Reconciliation Act of 2010*. Véase al respecto: CALDERÓN y RUIZ ALMENDRAL: «La Codificación de la doctrina de la sustancia económica en EE.UU. como nuevo modelo de norma general antiabuso: la tendencia hacia el sustancialismo», *Quincena Fiscal*, n.º 15-16, 2010, págs. 37 y ss.

¹¹² McMAHON, *Living with (and Dying by) the Codified Economic Substance Doctrine*, University of Florida Legal Studies, Research Paper N.º 2013-13, 2010; y L'HEUREUX, B.: «Why Common Law Calculus Failed: An Analysis of the Economic Substance Doctrine in *Klamath Strategic Investment Fund v. United States*», *The Tax Lawyer*, vol. 64, n.º 2, Winter 2011, pág. 471 y ss.

¹¹³ Un precedente en este sentido lo encontramos en la Comunicación de la Comisión, *The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation-within the EU and in relation to third countries*, COM(2007)785 final. También el ECOFIN dictó una Resolución de 2 de julio de 2010 sobre la coordinación de políticas antiabuso. Vid. CALDERÓN: «La coordinación europea de las normas de transparencia fiscal internacional y de subcapitalización», *RCyT. CEF*, n.º 328, 2010, págs. 5 y ss.

¹¹⁴ *Promoting Good Governance in Tax Matters*-EU Parliament resolution of February 10, 2010 (2009/2174 (INI)), 2010 DOUE C 341/E/29. Vid. SINFIELD: «The Halifax Principle as a universal GAAR for tax in the EU», *op. cit.*, págs. 235 y ss., que se muestra partidario de la articulación de una *universal EU GAAR* por razones de seguridad jurídica y uniformidad en la aplicación de las cláusulas antiabuso nacionales en un contexto europeo.

¹¹⁵ Circular del Secretario de Estado, VN 1991/1490. Vid. E&Y, *Survey of the Implementation of Council Directive 90/434/EEC*, EU Commission, 2009, págs. 904-905.

más uniforme y cualificada. La extensión del procedimiento del artículo 159 de la LGT al ámbito del artículo 96.2 del TRLIS posee un segundo efecto colateral, en el sentido de desactivar cualquier alegación de vulneración del principio europeo de no discriminación (en su dimensión procedimental) por contraste entre lo establecido en el artículo 15 de la LGT y lo previsto en el artículo 96.2 del TRLIS.

Otras fórmulas que se vienen empleando para dotar de seguridad jurídica la aplicación del régimen fiscal de reorganizaciones empresariales consisten en establecer un sistema de autorización ¹¹⁶. Pensamos que este modelo de autorización, cuando menos en apariencia, podría resultar menos flexible, y en este sentido nos parece más adecuado el mecanismo de codificación interpretativa combinado con un sistema de resoluciones a consultas tributarias ¹¹⁷ alineado con tal codificación. Con todo, no podemos menos que reconocer que la interpretación y aplicación al caso de una cláusula antibuso por naturaleza constituye una operación compleja que lleva aparejada un cierto grado de subjetividad en la apreciación de los elementos objetivos, de manera que ninguno de los modelos que se articulen resolverá completamente esta problemática. Como bien indicó el profesor HENSEL, «Solo a través de una inteligente coordinación y cooperación entre la legislación, interpretación de la ley y aplicación de la misma podemos aproximarnos al ideal (inalcanzable) de una imposición justa» ¹¹⁸.

¹¹⁶ El sistema de autorización para determinado tipo de reorganizaciones empresariales se emplea en Francia, Dinamarca y Eslovenia. *Vid. E&Y, Survey of the Implementation of Council Directive 90/434/EEC*, EU Commission, 2009, págs. 215, 518-519, 610 y 1.026. El TJUE no se ha pronunciado sobre la compatibilidad con el Derecho de la UE de tal modelo, aunque en los casos *Andersen* [C-43/00 (NFJ011450)] y *Foggia* la cuestión prejudicial se planteó en el marco de legislaciones que establecían este modelo.

¹¹⁷ A la vista de la jurisprudencia europea expuesta, los contribuyentes deben plantear las consultas ante la DGT con la mayor exposición fáctica o de antecedentes del caso posible, a efectos de que tal mecanismo pueda operar correctamente. Sería recomendable que existiera una unidad específica encargada de resolver con unidad de criterio las consultas sobre la aplicación del régimen especial de reorganizaciones empresariales.

¹¹⁸ HENSEL, A.: *Steuerecht*, Berlín, 1924, Julius Springer, pág. 152.

LA NECESARIA REFORMA DE LA GESTIÓN COMPARTIDA EN EL IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES Y EN EL IMPUESTO SOBRE ACTIVIDADES ECONÓMICAS

MIGUEL ALONSO GIL

*Vocal-Secretario Tribunal Económico-Administrativo
del Ayuntamiento de Móstoles
Profesor Asociado Derecho Financiero y Tributario UC3M*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Gabriel CASADO OLLERO, don José Manuel CALDERÓN CARRERO, don Diego MARÍN BARNUEVO FABO, don Juan Manuel MORAL CALVO y don Eduardo RAMÍREZ MEDINA.

Extracto:

LAS Entidades locales han demandado tradicionalmente mayores recursos y también reformas en las normas de gestión de sus tributos más relevantes, sin embargo el legislador ha relegado desacertadamente a un segundo plano la reforma de las normas aplicativas de los tributos locales.

Por ello, en el presente estudio se analizan los procedimientos de gestión compartida en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles y en el Impuesto sobre Actividades Económicas, dado que desde su configuración han dado lugar a importantes disfunciones puestas de manifiesto por todos los sujetos que tienen relación con su aplicación, y se propone reformar la distribución competencial vigente con la finalidad de contribuir a materializar los principios constitucionales de autonomía local y suficiencia financiera reconocidos en el artículo 142 de la Constitución Española.

Palabras clave: aplicación de los tributos, gestión compartida, Impuesto sobre Bienes Inmuebles e Impuesto sobre Actividades Económicas.

THE NECESSARY REFORM OF SHARED MANAGEMENT OF PROPERTY TAX AND BUSINESS ACTIVITY TAX

MIGUEL ALONSO GIL

*Vocal-Secretario Tribunal Económico-Administrativo
del Ayuntamiento de Móstoles
Profesor Asociado Derecho Financiero y Tributario UC3M*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Gabriel CASADO OLLERO, don José Manuel CALDERÓN CARRERO, don Diego MARÍN BARNUEVO FABO, don Juan Manuel MORAL CALVO y don Eduardo RAMÍREZ MEDINA.

Abstract:

TRADITIONALLY, local governments have demanded greater resources and reforms in the regulations managing their most important taxes. However, the legislator has wrongly relegated the reform of the laws applicable to local taxes to a second place.

Thus, this study analyzes the shared management procedures of Property Tax and Business Activity Tax since their configuration has led to great dysfunctions, as revealed by the subjects related to their application, and proposes a reform of the current distribution of powers to assist in the materialization of the local autonomy and financial self-sufficiency principles contained in article 142 of the Spanish Constitution.

Keywords: application of taxes, shared management, Property Tax and Business Activity Tax.

Sumario

I. Introducción.

II. La aplicación de los tributos locales.

- A. Consideraciones generales sobre la organización de la Administración tributaria local.
- B. Los procedimientos de aplicación de los tributos locales.

III. La aplicación de los tributos locales de «gestión compartida».

- A. Concepto de «gestión compartida».
- B. Fundamentos de la gestión compartida.

IV. Estudio particular de la gestión compartida en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles y en el Impuesto sobre Actividades Económicas.

- A. Consideraciones generales.
- B. La gestión compartida en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles.
- C. La gestión compartida en el Impuesto sobre Actividades Económicas.

V. Conclusiones.

Bibliografía.

NOTA: El presente trabajo tiene su base en la tesis doctoral que presenté y defendí en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en el mes de diciembre de 2010 y que con el título «Los procedimientos de comprobación en los tributos locales» se encuentra en proceso de edición por *El Consultor de los Ayuntamientos*, La Ley grupo Wolters Kluwer.

I. INTRODUCCIÓN

El tránsito de una Hacienda local patrimonial a una Hacienda local tributaria, es decir, la evolución de una Hacienda basada en los ingresos de sus bienes a una Hacienda conformada por sus propios tributos tuvo un hito importante con la aprobación de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas locales (en adelante, LRHL). Como es sabido, esta ley ha sido objeto de importantes modificaciones normativas, entre las que destacan las llevadas a cabo por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y, sobre todo, por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, antecedente del vigente Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales (en adelante, TRLRHL) ¹. Las citadas reformas normativas han pretendido dotar de contenido a los principios constitucionales de autonomía local y suficiencia financiera, aunque debemos reconocer, de inmediato, los múltiples obstáculos con los que se enfrentan las Entidades locales para su puesta en práctica ².

Estas dificultades se han intensificado en la actual coyuntura de crisis económica que también ha arrastrado a la Hacienda pública, en general, y a la Hacienda local, en particular. En este contexto el legislador estatal ha impulsado en los últimos años reformas legales con el fin de dinamizar la actividad económica y que han afectado directamente a las Haciendas territoriales.

En el ámbito local y desde la perspectiva del gasto público debemos diferenciar dos etapas con sustantividad propia. La primera se ha caracterizado por el aumento de la inversión pública en el ámbito local ³. Ahora bien, en esta fase las medidas adoptadas han afectado a los Ayuntamientos

¹ El texto refundido vigente es el resultante de la delegación legislativa con el alcance más limitado de los previstos en el apartado 5 del artículo 82 de la Constitución, ya que se circunscribe a la mera formulación de un texto único, no incluyendo regularización, aclaración ni armonización alguna de los textos legales que se derogaron con la aprobación del mencionado Real Decreto Legislativo.

² Cfr. SAINZ DE BUJANDA, F. (1954), pág. 241, ya denunció este hecho al comentar la reforma de las Haciendas locales operada por la Ley de 3 de diciembre de 1953 sobre modificación de la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y el Decreto de 18 de diciembre de 1953, al subrayar temprana y certeramente que «no tenía sentido que los textos políticos y administrativos básicos contuvieran una amplia enumeración de fines de las entidades locales y no les reconocieran al propio tiempo los medios económicos indispensables para que esos fines tuvieran el debido cumplimiento».

³ *Vid.* entre otras medidas, el Fondo Estatal de Inversión Local aprobado por el Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre (BOE n.º 290 de 2 de diciembre) y el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local aprobado por el Real Decreto-Ley 13/2009, de 26 de octubre (BOE n.º 259 de 27 de octubre).

más como instrumentos que como verdaderos protagonistas de la reactivación económica⁴. La segunda, con una finalidad radicalmente contrapuesta a la anterior, establece importantes medidas de consolidación fiscal⁵.

En nuestra opinión, el legislador debería haber acometido simultáneamente medidas de carácter tributario. Sin embargo, en este ámbito se ha ocupado exclusivamente de la Hacienda autonómica, primero en el marco de las reformas estatutarias, iniciadas con la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, operada a través de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio,⁶ y, posteriormente, con carácter general, con la aprobación del Acuerdo 6/2009 del Consejo de Política Fiscal y Financiera, antecedente de la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las comunidades autónomas y de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

Así, el legislador estatal ha postergado nuevamente la reforma tributaria de la Hacienda local. Hasta la fecha, la iniciativa parlamentaria en este ámbito se ha limitado a emitir el Informe de la Ponencia de estudio de la financiación local, constituida en el seno de la Comisión de Entidades Locales del Senado (BOCG n.º 849 de 17 de diciembre de 2007), aprobar la enmienda transaccional a la Moción 671/18 sobre financiación local presentada por el Grupo Parlamentario Catalán de Convergencia i Unió, el 11 de noviembre de 2008, a la Mesa del Senado suscrita por la totalidad de los grupos políticos (BOCG n.º 126 Senado de 17 de noviembre de 2008) y recientemente aprobar el

⁴ Cfr. VELASCO CABALLERO, F. (2008) págs. 1-3.

⁵ *Vid.* el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptaron medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (BOE n.º 126 de 24 de mayo), que estableció en el ámbito de las Entidades locales, entre otras medidas, el aplazamiento de la concertación de operaciones de endeudamiento a largo plazo hasta el ejercicio 2012. Si bien en relación con esta medida debemos poner de manifiesto su inmediata rectificación a través de la corrección de errores del citado Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo (BOE n.º 127 de 25 de mayo), que retrasó la fecha de su inicio al 1 de enero de 2011, lo que en nuestra opinión resultó una primera reforma sustantiva del precepto, antecedente de una nueva modificación operada a través de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 que habilitó a aquellas Entidades locales que cumplieran determinados requisitos a concertar en el ejercicio 2011 operaciones de crédito a largo plazo. Por último, la disposición adicional decimocuarta del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (BOE n.º 315 de 31 de diciembre) mantiene para el año 2012 las restricciones aplicadas en el ejercicio 2011 para la concertación de las citadas operaciones de endeudamiento por parte de las Entidades locales, lo que determina que únicamente las Entidades locales y sus entidades clasificadas en el sector Administraciones Públicas que liquiden el ejercicio 2011, con ahorro neto positivo, puedan concertar nuevas operaciones de crédito a largo plazo para la financiación de inversiones, cuando el volumen total de capital vivo no exceda del 75 por 100 de los ingresos corrientes liquidados o devengados, según las cifras deducidas de los estables contables consolidados.

En la misma línea, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE n.º 55 de 5 de marzo), con la finalidad de asegurar la transparencia en materia de disciplina presupuestaria de las Entidades locales, ha habilitado al Ministerio de Economía y Hacienda a que, bajo determinadas condiciones, retenga el importe de las entregas mensuales a cuenta de la participación en los tributos del Estado, cuando las Entidades locales incumplan la obligación de remitir la liquidación de sus respectivos presupuestos de cada año, modificando con este fin el TRLRHL.

⁶ En lo que aquí interesa, que es la Hacienda local, el Tribunal Constitucional en la STC 31/2010, de 28 de junio (FJ 140), con apoyo en la doctrina fijada en la STC 233/1999, de 16 de diciembre (FJ 22), ha declarado inconstitucional el inciso del apartado 2 del artículo 218 del Estatuto de Cataluña, que reconocía a la comunidad autónoma la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales, argumentando que la creación de los tributos locales ha de operarse a través del legislador estatal en aplicación de los artículos 31.3 y 133.1 y 2 de la CE y razonando que al tratarse de una potestad exclusiva y excluyente del legislador estatal está vedada la intervención autonómica.

Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, que en su artículo 8 ha establecido la aplicación transitoria durante los ejercicios 2012 y 2013 para los inmuebles urbanos de un incremento del tipo impositivo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) ⁷, que pretende reducir el déficit público y que las Corporaciones locales no pongan en peligro la consecución del principio de objetivo de estabilidad presupuestaria.

Esta última reforma del IBI constituye una medida tributaria aislada y asistemática. En nuestra opinión hubiera resultado más acertada la aprobación de una Ley de financiación territorial que se ocupara conjuntamente de la atribución y del reparto de la materia imponible entre las Haciendas autonómicas y locales ⁸. Es decir, el legislador estatal debería haber acometido una reforma conjunta y coordinada de la financiación autonómica y local a fin de garantizar un sistema de financiación territorial (comunidades autónomas y Entidades locales) coherente y suficiente. Y, en particular, en el ámbito local debería haber realizado reformas sustantivas en los tres bloques de recursos de las Entidades locales (tributos propios y participación en los del Estado y de las comunidades autónomas) previstos en el texto constitucional.

⁷ *Vid.* el artículo 8 del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público que establece que:

«1. Con efectos para los periodos impositivos que se inicien en los años 2012 y 2013 los tipos de gravamen del Impuesto sobre Bienes Inmuebles aprobados para los bienes inmuebles urbanos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 72 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, resultarán incrementados en los siguientes porcentajes:

- a) El 10 por 100 para los municipios que hayan sido objeto de un procedimiento de valoración colectiva de carácter general para bienes inmuebles urbanos como consecuencia de una ponencia de valores total aprobada con anterioridad al año 2002, no pudiendo resultar el tipo de gravamen mínimo y supletorio inferior al 0,5 por 100 en 2012 y al 0,6 por 100 en 2013.
- b) El 6 por 100 para los municipios que hayan sido objeto de un procedimiento de valoración colectiva de carácter general para bienes inmuebles urbanos como consecuencia de una ponencia de valores total aprobada entre 2002 y 2004, no pudiendo resultar el tipo de gravamen mínimo y supletorio inferior al 0,5 por 100.
- c) El 4 por 100 para los municipios que hayan sido objeto de un procedimiento de valoración colectiva de carácter general para bienes inmuebles urbanos como consecuencia de una ponencia de valores total aprobada entre 2008 y 2011.

Lo dispuesto en el presente apartado únicamente se aplicará en los siguientes términos:

- A los inmuebles de uso no residencial, en todo caso, incluidos los inmuebles gravados con tipos diferenciados a que se refiere el artículo 72.4 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
- A la totalidad de los inmuebles de uso residencial a los que les resulte de aplicación una ponencia de valores total aprobada con anterioridad al año 2002.
- A los inmuebles de uso residencial a los que les resulte de aplicación una ponencia de valores total aprobada en el año 2002 o en un año posterior, y que pertenezcan a la mitad con mayor valor catastral del conjunto de los inmuebles del municipio que tengan dicho uso.

Lo dispuesto en el presente artículo no será de aplicación a los municipios cuyas ponencias de valores hayan sido aprobadas entre los años 2005 y 2007. Tampoco tendrá efectos para el periodo impositivo que se inicie en 2013 para aquellos municipios en los que se apruebe una ponencia de valores total en el año 2012.

2. En el supuesto de que el tipo aprobado por un municipio para 2012 o 2013 fuese inferior al vigente en 2011, en el año en que esto ocurra se aplicará lo dispuesto en este artículo tomando como base el tipo vigente en 2011.

3. El tipo máximo aplicable no podrá ser superior, en ningún caso, al establecido en el artículo 72 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales».

⁸ CASADO OLLERO, G. (2002), págs. 185-187, que ha calificado de «acuciante» la promulgación de una Ley Orgánica de Coordinación Financiera, o al menos de una Ley ordinaria que acometa la regulación de las relaciones jurídico-financieras entre comunidades autónomas y entes locales.

En primer lugar, en el ámbito de la participación de las Entidades locales en los tributos del Estado, la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, ha configurado un modelo de estructura dual: a) los grandes municipios fijan parte de su financiación en función de los rendimientos obtenidos por la Hacienda del Estado en las figuras impositivas de mayor potencialidad recaudatoria y para el resto de los municipios (aquellos que no se encuentran incluidos en el ámbito subjetivo del art. 111 del TRLRHL) se establece un modelo de participación en tributos del Estado definido por variables. Este modelo, al evolucionar al mismo ritmo que los ingresos tributarios del Estado, requiere de una correcta planificación y de su inmediata actualización, de lo contrario puede generar importantes distorsiones en su aplicación, como pone de manifiesto el necesario reembolso por las Entidades locales de los saldos deudores de las liquidaciones definitivas correspondientes a los ejercicios 2008 y 2009 ⁹, y como evidencian los distintos recursos contencioso-administrativos interpuestos por las Entidades locales contra las resoluciones en esta materia de la Dirección General de Coordinación Financiera con las comunidades autónomas y de las Entidades locales, con el argumento de que el desvío de fondos no solo se ha debido a la crisis económica sino también a decisiones unilaterales adoptadas por el Gobierno (como por ejemplo, la reforma del IRPF de 2007, el cheque bebé y la deducción de 400 euros de los contribuyentes) ¹⁰.

En segundo lugar, también se debería hacer acometido conjuntamente con el nuevo modelo de financiación autonómica la participación efectiva de las Entidades locales en los ingresos tributarios de las comunidades autónomas (PICA). Como ha puesto de manifiesto la doctrina, su situación actual constituye un vicio de inconstitucionalidad por omisión, que en sus aspectos esenciales debería resolver el legislador estatal con el fin de asegurar cierta uniformidad en todo el territorio nacional, sin perjuicio de las diferencias de régimen jurídico derivadas del legítimo ejercicio de la autonomía por cada comunidad autónoma ¹¹.

Y, en tercer lugar, por lo que se refiere a los tributos propios –que es lo que aquí interesa–, observamos como las Entidades locales han demandado tradicionalmente mayores recursos y también reformas en las normas de gestión de sus tributos más relevantes, sin embargo el legislador estatal ha relegado desacertadamente a un segundo plano la reforma de las normas aplicativas de los tributos locales ¹².

⁹ Cfr. la Resolución Decimotercera de Economía y Hacienda de la X Asamblea General de la FEMP (2011) en www.femp.es, que sobre esta cuestión señala que «La FEMP exigirá a la Administración General del Estado el mismo tratamiento en el reembolso por las Entidades Locales de los saldos deudores de las liquidaciones definitivas de la participación en los tributos del Estado correspondientes a los años 2008 y 2009 que el regulado para las Comunidades Autónomas en la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican normas tributarias, es decir, que en el ambos casos la cancelación se realice en 60 mensualidades iguales (...)».

¹⁰ Vid. así, por ejemplo, el Ayuntamiento de Madrid calcula que únicamente debe ingresar 268,22 millones de euros de los 434,31 millones que reclama la Administración central en relación con la liquidación de la participación en tributos del Estado del año 2009, en www.munimadrid.es.

¹¹ Vid. por todos, ZORNOZA PÉREZ, J. (2008), págs. 11-46, que con anterioridad a la aprobación del vigente modelo de financiación autonómica adelantó que «si su articulación se produce de nuevo –como parece previsible– prescindiendo de considerar las relaciones de la Hacienda autonómica con las Haciendas locales, la articulación efectiva de las PICA quedará seguramente postergada para mejores momentos, con lo que el modelo constitucional de financiación local se verá nuevamente incumplido y persistirán los problemas de insuficiencia en la financiación de determinados servicios a los que no atiende el modelo del TRLRHL».

¹² Cfr. PRIETO MARTÍN, C. (2003), pág. 8, que evidencia como la última modificación de la LRHL, operada por la Ley 51/2002, soslaya por ejemplo la reforma de la gestión compartida del IBI y del IAE.

Por ello, en el presente estudio se presta especial atención a las normas de aplicación de los tributos locales y, particularmente, a los procedimientos de gestión compartida diseñados por el legislador de 1988 en el IBI y Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE), dado que, sin adelantar valoraciones que deben ser oportunamente razonadas, dificultan su aplicación y asimismo perturban su revisión tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional.

En consecuencia, en el presente estudio reflexionamos sobre la conveniencia de modificar las relaciones interadministrativas en la aplicación de estos impuestos, que prácticamente permanecen inalteradas desde su establecimiento por la LRHL en 1988¹³ y recogemos alguna propuesta de *lege ferenda* ante la próxima e inaplazable reforma de las Haciendas locales. En nuestra opinión, una configuración normativa adecuada de las normas de aplicación de los tributos no solo resulta imprescindible para hacer efectivos los principios de justicia material y de legalidad tributaria, sino que también sirve para materializar los referidos principios de autonomía local y suficiencia financiera.

II. LA APLICACIÓN DE LOS TRIBUTOS LOCALES

A. Consideraciones generales sobre la organización de la Administración tributaria local

Con carácter previo al análisis particular de los procedimientos de gestión compartida resulta obligado recoger algunas ideas generales sobre la organización de la Administración tributaria local, dado que la correcta gestión de los tributos precisa inexcusablemente una Administración tributaria eficiente encargada de su aplicación¹⁴.

En primer lugar, por lo que se refiere a la existencia de diversas Administraciones tributarias territoriales, la regla general en el ámbito del derecho comparado es que coexistan la Administración tributaria central y las Administraciones tributarias territoriales, aunque su conexión no está exenta de dificultades derivadas fundamentalmente de la ausencia de una adecuada coordinación¹⁵. En nuestra opinión, en relación con las Haciendas locales deben descartarse posiciones extremas, es decir, ni resulta operativo por ejemplo que la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) asuma, en todo caso, la aplicación (gestión, inspección y recaudación) de los tributos locales, ni resulta razonable que cualquier Entidad local, con independencia de su dimensión administrativa, asuma obligatoriamente la gestión de sus propios tributos.

¹³ Vid. en el Informe de la Ponencia de estudio de la financiación local, constituida en el seno de la Comisión de Entidades Locales del Senado (BOCG n.º 849 de 17 de diciembre de 2007) que al enunciar las medidas propuestas para la reforma del sistema de financiación recoge en el apartado sexto la necesidad de «establecer los mecanismos necesarios para que en aquellos tributos cuya recaudación dependa de matrículas, censos, padrones, listas cobratorias, etc., actualmente en manos de la Administración central, pasen a ser gestionados directamente por las Entidades locales».

¹⁴ Cfr. CASADO OLLERO, G. (1991), pág. 11.

¹⁵ Cfr. TEJERIZO LÓPEZ, J.M. y otros (2009), págs. 117-132, que analizan las Administraciones Tributarias de Alemania, Australia, Canadá y EE.UU. y, en particular, en relación con el modelo alemán, en el que los *Länder* ocupan un papel predominante en la aplicación de los tributos, observan las debilidades que presenta el modelo de Administración descentralizada.

Desde la perspectiva de la aplicación de los tributos locales, la práctica administrativa evidencia que la única Administración tributaria territorial que muestra interés por gestionar un tributo es la que obtiene su rendimiento –en nuestro caso las Entidades locales–, que el control de los tributos gana en eficacia cuando se residencia en una única Administración tributaria todo el ciclo de aplicación del tributo y, finalmente, que la configuración objetiva y la sencillez de la mayoría de las figuras tributarias locales permite que aquellas Entidades locales que cuenten con una adecuada estructura administrativa puedan gestionar plena y eficazmente sus propios tributos.

Con base en estos argumentos defendemos la atribución originaria a las Entidades locales de las facultades de gestión, liquidación, inspección y recaudación de sus tributos, sin perjuicio del desarrollo efectivo de los mecanismos de delegación y colaboración, previstos con carácter general en los artículos 7 y 8 del TRLRHL, en aquellos casos en los que las citadas entidades carezcan de los medios materiales y personales precisos para su adecuada aplicación. Para estos supuestos defendemos que las Diputaciones Provinciales, como «agrupación de municipios», resultan especialmente legitimadas para el ejercicio de estas competencias¹⁶. Sin embargo, las últimas reformas estatutarias han reforzado el papel de las comunidades autónomas como entidades delegadas¹⁷, al incluir expresamente la posibilidad de que estas entidades territoriales puedan ejercer por delegación las funciones de aplicación de los tributos locales. Esta previsión es una clara expresión del progresivo desplazamiento de lo local a lo autonómico¹⁸ y como pone de manifiesto certeramente el Libro blanco para la reforma del gobierno local (2005) resultaría más conveniente reivindicar no tanto la supramunicipalidad sino la intermunicipalidad¹⁹. Como acabamos de poner de manifiesto las entidades delegadas que presentan en esta materia una *legitimación cualificada* son las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos insulares, dado que la asistencia a los municipios en la aplicación de sus propios tributos es una clara manifestación de la cooperación local, que es la competencia más genuina de estas instituciones. Además, la atribución de la gestión de los tributos locales a estos gobiernos locales intermedios servirá para mantener en el ámbito del poder local²⁰ una función que es una clara expresión del principio de autonomía local en su vertiente financiera²¹.

¹⁶ Vid. el artículo 14 apartados 1 y 2 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía que al regular las competencias propias de las provincias y en relación con la asistencia material de la provincia al municipio dispone que: «1. La provincia prestará los servicios básicos municipales en caso de incapacidad o insuficiencia de un municipio, cuando este así lo solicite. Corresponderá a la provincia la determinación de la forma de gestión del servicio y las potestades inherentes a su ejercicio. 2. Asimismo, en la forma y casos en que lo determine una norma provincial, prestará obligatoriamente, a petición del municipio, al menos los siguientes servicios municipales: a) Inspección, gestión y recaudación de tributos (...)».

¹⁷ Cfr. RAMOS PRIETO, J. (2007), págs. 365-386.

¹⁸ Cfr. CALVO ORTEGA, R. (2009), que en relación con la denominada tutela financiera sobre los gobiernos locales prevista en algunos Estatutos de Autonomía (v. gr. el artículo 218 del Estatuto de Cataluña) concluye que la Constitución ha separado Comunidades Autónomas y Municipios de forma clara y tajante y no cabe invocarla para legitimar una posible intervención en el sistema tributario municipal.

¹⁹ Vid. Libro blanco para la reforma del gobierno local (2005), pág. 20. ZAFRA VÍCTOR, M. (2008), pág. 13.

²⁰ Cfr. la Agenda de Barcelona aprobada en la Cumbre Europea de Gobiernos Locales celebrada en Barcelona los días 23 y 24 de febrero de 2010, en www.femp.es, que subraya el papel vertebrador de los gobiernos locales intermedios que permite mantener las competencias en la esfera local y, al tiempo, acercarlas a la ciudadanía. En la misma línea, «El Libro Verde de los Gobiernos Locales Intermedios» (2011), pág. 194, que configura la provincia (y, en concreto, su órgano representativo y de gobierno, la Diputación Provincial) como el eje vertebrador de la intermunicipalidad.

²¹ Como señala RUBIO DE URQUÍA, J.I. (2001), págs. 12-13, aunque no todas las provincias han puesto el mismo afán en la asunción y ejercicio de las competencias en materia de gestión de los tributos propios de los municipios de su respectiva demarcación territorial, en su conjunto la actividad desarrollada por dichas entidades ha sido y es más que notable. También, ACÍN FERRER, A. (2008), pág. 274, pone de manifiesto como las Diputaciones pueden ayudar a los Ayuntamientos, de forma natural y eficiente, en la gestión de sus ingresos.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la posibilidad de encomendar la aplicación de los tributos locales a entidades privadas debemos poner de manifiesto que el sistema de colaboración de estas entidades en el ejercicio de funciones administrativas de verificación e inspección no es ajeno a nuestro derecho positivo²². Ahora bien, su ejercicio requiere obligatoriamente la oportuna cobertura legal, habilitación legal inexistente en relación con la aplicación de los tributos. Así, el artículo 85 de la Ley reguladora de Bases de Régimen Local (LRBRL) excluye expresamente la gestión indirecta para aquellos servicios públicos que implican ejercicio de autoridad, por lo que, en nuestra opinión, en este ámbito el margen de actuación de las entidades privadas resulta reducido. Por ello, solo resultarán admisibles aquellas actuaciones que tengan mero carácter auxiliar²³ o las de asistencia o informe que, por tener un carácter general, no inciden directamente en la relación jurídico-tributaria²⁴, pero en ningún caso estas empresas podrán realizar funciones de gestión, recaudación e inspección que impliquen ejercicio de autoridad por afectar a la esencia de la relación jurídico-tributaria²⁵ dado que, en estos casos, vulnerarían el artículo 85.3 de la LRBRL, la disposición adicional segunda apartado 1.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y el artículo 251.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público²⁶.

Aclarada nuestra posición sobre estas dos cuestiones y partiendo de la distinción entre tareas de organización y gestión y tareas operativas de aplicación de los tributos²⁷, no podemos concluir este apartado sin realizar una consideración final en relación con la Administración tributaria local, que evidencia la manifiesta desatención del legislador estatal en su regulación básica²⁸, el desentendimien-

²² Vid. por ejemplo: A) Las entidades colaboradoras en materia de seguridad y calidad industrial previstas en el artículo 17 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria y en el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial. B) Las entidades colaboradoras de la Administración hidráulica recogidas en el artículo 101.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y artículo 255 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, modificado por el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo. C) Las entidades colaboradoras en la inspección de buques y embarcaciones de recreo previstas en el artículo 86.5 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y Reales Decretos 1837/2000, de 10 de noviembre, y 90/2003, de 24 de enero.

²³ Cfr. SERRANO ANTÓN, F. (2009), pág. 68. Esta es la interpretación que subyace en la STSJ de Madrid de 23 de abril de 2004 (FJ 3), al considerar que «(...) El hecho de que la ordenación, sistematización y análisis de los datos contenidos en la citada documentación facilitada por el propio interesado a la Administración municipal se encomendara a la sociedad INFAPLIC, SA, que auxilió a la citada corporación en el tratamiento de tales actos tributarios, no priva de validez las actuaciones inspectoras que sucedieron al informe emitido por esta empresa, resultantes de la constatación por la Inspección Tributaria de las irregularidades puestas de manifiesto en aquel informe».

²⁴ En este sentido, coincidimos con GARCÍA MARTÍNEZ, A. (2007), págs. 33-40 y TEJERIZO LÓPEZ, J.M. y otros (2009), pág. 145, que subrayan que únicamente aspectos no esenciales de la gestión de los tributos se pueden encomendar a entidades privadas.

²⁵ Vid. la Consulta Vinculante 2477/2005, de 9 de diciembre de 2005, de la Subdirección General de Tributos Locales.

²⁶ Vid. por ejemplo, «el Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de Badajoz, ejercicios 2006 y 2007», aprobado el 27 de mayo de 2010, en www.tcu.es, que observa como la gestión y recaudación tributaria de la mayoría de los tributos del citado municipio se lleva a cabo por una empresa externa a través de un contrato de «consultoría y asistencia» cuyo objeto está constituido por «la prestación de los servicios de colaboración y asistencia en lo referente a la gestión, liquidación, inspección y recaudación del Ayuntamiento de Badajoz y de procedimientos en general que no impliquen ejercicio de autoridad». En este punto, el Tribunal de Cuentas subraya que «del análisis de la ejecución del contrato, en cuanto a sus prestaciones, así como de la enorme amplitud de las actividades integrantes del objeto del contrato se puede concluir que en la práctica la gestión recaudatoria se presta, de forma indebida, mediante gestión indirecta contraviniendo lo establecido en el artículo 8 del RGR».

²⁷ Vid. HASSELDINE, J. (2010), págs. 339-347.

²⁸ Vid. como excepción cabe citar la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Modernización del Gobierno Local que prevé la creación potestativa para los denominados «municipios de gran población» del Órgano de Gestión Tributaria. Así, el artículo 135

to de las propias Entidades locales que salvo excepciones no han desplegado cumplidamente sus potestades de autoorganización, y el desinterés que ha mostrado la doctrina científica sobre esta cuestión. En nuestra opinión una adecuada configuración de la Administración tributaria local resulta un pilar imprescindible sobre el que asentar la aplicación de los tributos y constituye un presupuesto previo para la planificación, seguimiento y evaluación de sus resultados conforme a los parámetros previstos en «la nueva gestión pública». En este punto, y especialmente en la actual coyuntura económica, las Haciendas locales tienen un largo pero inexcusable camino por recorrer.

B. Los procedimientos de aplicación de los tributos locales

Si analizamos la evolución normativa podemos advertir la existencia de una tendencia a la homologación de la Hacienda local al régimen tributario general ²⁹. Así, el artículo 106 de la LRBRL reconoce a las Entidades locales autonomía para exigir sus propios tributos de acuerdo con lo previsto en las leyes, configura el poder normativo de las Entidades locales a través de la aprobación de las correspondientes Ordenanzas fiscales y reconoce la competencia para la gestión, recaudación e inspección de sus propios tributos, sin perjuicio de las delegaciones y fórmulas de colaboración previstas en las leyes.

También continuó esta senda la redacción originaria del artículo 12 de la LRHL ³⁰. Con la finalidad de afianzar la homologación de la aplicación de los tributos al régimen tributario estatal y también de dotar de cierto contenido material a las Ordenanzas fiscales, el citado artículo 12 de la LRHL resultó modificado por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que incluyó, en el apartado primero del artículo 12, la referencia a la Ley de Derechos y Garantías del Contribuyente y añadió un apartado segundo en el que estableció que «a través de sus Ordenanzas Fiscales las Entidades locales podrán adaptar la normativa a que se refiere el apartado anterior al régimen de organización y funcionamiento interno propio de cada una de ellas, sin que tal adaptación pueda contravenir el contenido material de dicha normativa».

Ahora bien, desde su entrada en vigor ha resultado complejo conseguir una interpretación armónica de ambos preceptos. Así, si bien el artículo 106.2 de la LRBRL reconoce la potestad reglamentaria de las Entidades locales en materia tributaria a través de las correspondientes Ordenanzas fiscales, el artículo 12 de la LRHL establece la aplicación directa a los tributos locales de las normas legales y reglamentarias en materia tributaria, por lo que en cierta medida el artículo 106.2 de la LRBRL queda vacío de contenido ³¹.

La aplicación de los artículos 106.2 de la LRBRL y 12 de la LRHL ha generado dos interpretaciones contrapuestas: la que considera, con la redacción del artículo 12 de la LRHL y su remisión

de la LRBRL establece en su apartado primero que «para la consecución de una gestión integral del sistema tributario municipal, regido por los principios de eficiencia, suficiencia, agilidad y unidad en la gestión, se habilita al Pleno de los Ayuntamientos de los Municipios de gran población para crear un órgano de gestión tributaria, responsable de ejercer como propias las competencias que a la Administración Tributaria Local le atribuye la legislación tributaria», y detalla en su apartado segundo, entre otras competencias, las de «gestión, liquidación, inspección, recaudación y revisión de los actos tributarios municipales».

²⁹ Cfr. CASADO OLLERO, G. (2003), pág. 171.

³⁰ Cfr. RUBIO DE URQUÍA, J.I. (2001), pág. 89.

³¹ *Vid.* RUBIO DE URQUÍA, J.I. (2001), pág. 91 y CASADO OLLERO, G. (2003), pág. 174.

a la normativa estatal legal y reglamentaria, que resultan innecesarias las Ordenanzas fiscales generales de gestión, recaudación e inspección, al estar abocadas a repetir lo dispuesto en las normas estatales ³², y la que, aun reconociendo el escaso margen que permite el citado precepto, ha tratado de dotarle cierto contenido sustantivo ³³. Esta controversia se ha reproducido jurisprudencialmente y aunque el Tribunal Constitucional ³⁴ y el Tribunal Supremo ³⁵ han resaltado la representación democrática de las Ordenanzas municipales, significando que esta cualidad no la ostentan los reglamentos estatales, no es menos cierto que los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas han interpretado de forma restrictiva el ámbito material del artículo 12.2 de la LRHL ³⁶.

La vigente Ley General Tributaria (LGT) no ha resuelto esta cuestión, sino que más bien ahonda en la contradicción de los artículos 106.2 de la LRBRL y 12.2 de la LRHL, al entrar en escena tanto la disposición adicional cuarta apartado 3 de la LGT, que determina que las Entidades locales pueden desarrollar la LGT a través de las correspondientes Ordenanzas fiscales ³⁷, como el artículo 7 e) de la citada Ley que reconoce expresamente a las Ordenanzas fiscales como fuente del ordenamiento tributario. De esta forma, las opiniones doctrinales siguen siendo divergentes.

Un primer sector doctrinal mantiene la aplicación subsidiaria de la Ordenanza fiscal general de gestión, recaudación e inspección, con el fundamento de una interpretación literal del artículo 12.2 del TRLRHL ³⁸. Una segunda posición, que compartimos, considera que la disposición adicional cuarta de la LGT determina que las Entidades locales puedan optar por aplicar, junto con la LGT, los reglamentos de desarrollo, adaptándolos a su régimen de organización y funcionamiento interno, o bien, dictar sus propias Ordenanzas fiscales, que desarrollen directamente las disposiciones legales de necesaria aplicación ³⁹.

³² Vid. GOTA LOSADA, A. (2000), pág. 406 y LAGO MONTERO, J.M. (2004), pág. 13.

³³ Vid. ZORNOZA PÉREZ, J. y ORTIZ CALLE, E. (2010), pág. 909, configuran un doble ámbito para las Ordenanzas Generales de Gestión: de un lado, el relativo a la materia organizativa y de funcionamiento interno y, de otro, el necesario para proceder a la adaptación de la LGT a la estructura y peculiaridades de los tributos locales.

³⁴ Vid. el Auto del Tribunal Constitucional 123/2009, de 30 de abril (FJ 8), que subraya que «el ámbito de colaboración normativa de los municipios, en relación con los tributos locales [es] mayor que el podría relegarse a la normativa reglamentaria estatal, por dos razones: porque las ordenanzas municipales se aprueban por un órgano –el Pleno del Ayuntamiento– de carácter representativo [art. 22.2 d) de la LRBRL] y porque la garantía local de la autonomía local (arts. 137 y 140 de la CE) impide que la Ley contenga una regulación agotadora de una materia como los tributos locales donde está claramente presente el interés local (STC 132/2001, de 8 de junio, FJ. 5)».

³⁵ Entre otras, SSTs de 29 de septiembre de 2003 y de 25 de mayo de 2004.

³⁶ Vid. entre otras, la STSJ de Asturias de 6 de abril de 2004.

³⁷ Así, la disposición adicional cuarta, apartado 3 establece que «las Entidades locales, dentro del ámbito de sus competencias, podrán desarrollar lo dispuesto en esta Ley mediante la aprobación de las correspondientes ordenanzas fiscales». Sobre esta disposición adicional la STS de 13 de mayo de 2010, que resuelve la impugnación sobre la posibilidad de que sea el Alcalde –como en el Estado es el Ministerio de Hacienda– el que pueda determinar los supuestos y condiciones en que los obligados tributarios puedan presentar documentación por medios telemáticos, el citado Tribunal subraya que «la aprobación de las ordenanzas fiscales por el pleno de la corporación con esa cláusula de atribución de competencias al Alcalde para desarrollar los supuestos de presentación telemática de documentación está en la línea con la disposición adicional cuarta, ap. 3, de la LGT 58/2003, de 17 de diciembre, que ofrece a las entidades locales, dentro del ámbito de sus competencias, la posibilidad de desarrollar lo dispuesto en la Ley General Tributaria mediante la aprobación de las correspondientes ordenanzas fiscales».

³⁸ Entre otros, CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M. (2001), pág. 88; *Id.* (2010), pág. 109; MESTRE GARCÍA, E. (2005), pág. 152 y ZAPATA HUIAR, J.C. (2006), pág. 135.

³⁹ Entre otros, FERNÁNDEZ PAVÉS, M.J. (2004), pág. 11; JABALERA RODRÍGUEZ, A. (2005), págs. 27-31; CASADO OLLERO, G. (2003), pág. 192-193; RUBIO DE URQUÍA, J.I. (2004), págs. 7-9 y SOLER ROCH, M.T. y MARTÍNEZ MUÑOZ, Y. (2007), pág. 777.

En todo caso, conviene poner de manifiesto que existe una evidente contradicción entre la disposición adicional cuarta de la LGT y el artículo 12.2 del TRLRHL, con consecuencias muy distintas en la configuración de la potestad normativa de las Entidades locales, y que debe salvarse con la aplicación preferente de la LGT en razón de su condición codificadora y su carácter de eje central de todo el ordenamiento tributario según su propia Exposición de Motivos, también su aplicación directa a «todas» las Administraciones tributarias en virtud de su artículo 1 y, por último, por su entrada en vigor con posterioridad a la entrada en vigor del TRLRHL ⁴⁰.

Por ello consideramos necesario, a la luz de la citada disposición adicional cuarta de la LGT, que el legislador modifique el artículo 12 del TRLRHL reconociendo expresamente que las Ordenanzas fiscales puedan desarrollar directamente la LGT ⁴¹. De lo contrario, las Entidades locales, ante la jurisprudencia recaída en la materia, seguirán optando por unas Ordenanzas fiscales generales meramente repetitivas de las normas reglamentarias estatales. En conclusión, mantenemos que la Ordenanza fiscal general constituye el instrumento normativo idóneo para que la Entidad local anude cada una de sus potestades administrativas de aplicación de los tributos a su cauce procedimental específico, materializando, de esta forma, el principio de seguridad jurídica.

III. LA APLICACIÓN DE LOS TRIBUTOS LOCALES DE «GESTIÓN COMPARTIDA»

A. Concepto de «gestión compartida»

La *gestión compartida* no solo supone la división de la gestión de un tributo y su atribución a distintas Administraciones tributarias. En el ámbito de los tributos locales más relevantes también supone residenciar su «centro de gravedad» en el ámbito estatal ⁴². Gráficamente, el profesor MARTÍN QUERALT ha subrayado como en los principales impuestos municipales el legislador se ha reservado aquellos aspectos que constituyen el soporte o base para su exacción, de tal manera que «cortado ese cordón umbilical» la actividad tributaria municipal queda absolutamente vacía de contenido ⁴³.

Así, en el ámbito del IBI la LRHL de 1988 atribuyó a la Administración catastral la gestión e inspección catastral (disp. adic. cuarta apartado segundo y art. 78.3 LRHL) y residenció en las Entidades locales la gestión tributaria del IBI (art. 78.2 LRHL). Este particular reparto se reproduce en los artículos 77.1 del TRLRHL y 4 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (TRLCI)

⁴⁰ En aplicación de su disposición final única el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales entró en vigor el 10 de marzo de 2004, mientras que la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria entró en vigor en virtud de su disposición final undécima el 1 de julio de 2004, es decir, con posterioridad a la entrada en vigor del citado Texto Refundido.

⁴¹ Cfr. NÚÑEZ PÉREZ, G. (2007), pág. 8.

⁴² Cfr. CAAMAÑO, M.J. (2001) «Situación actual y perspectivas de cambio del sistema tributario local», Ponencia presentada en los Primeros Encuentros Nacionales de Administración Local, celebrados en Lugo en junio de 2001, citado por PRIETO MARTÍN, C. (2003), págs. 90-91.

⁴³ Cfr. MARTÍN QUERALT, J. (2006), pág. 4.

y es consecuencia de la presencia de intereses de dos Administraciones: la estatal que gestiona el Catastro y la local que gestiona el IBI.

En el IAE la gestión compartida tiene su origen en el artículo 92 de la LRHL y se mantiene en el vigente artículo 91 del TRLRHL y supone, en síntesis, que la Administración Tributaria del Estado tiene atribuida originariamente la gestión censal y la inspección del impuesto, así como la gestión tributaria –liquidatoria y recaudatoria– de las cuotas provinciales y nacionales y los Ayuntamientos ostentan la gestión tributaria de las cuotas municipales. También es consecuencia de la existencia de intereses de dos Administraciones (la AEAT y las Entidades locales).

Este peculiar sistema de gestión se complica con la presencia de fórmulas de redistribución competencial, que a su vez pueden resultar coincidentes: unas calificadas como «descendentes» atribuyen el ejercicio de determinadas competencias estatales a otras Administraciones tributarias de ámbito territorial inferior ⁴⁴ y otras «ascendentes» posibilitan que los Ayuntamientos puedan delegar o establecer mecanismos de colaboración en relación con la competencia de gestión tributaria con otras entidades territoriales supramunicipales de acuerdo con lo establecido en los artículos 7 y 8 del TRLRHL.

De esta forma, la gestión compartida se torna en un laberinto que genera importantes problemas para relacionar adecuadamente las obligaciones formales y materiales con sus correspondientes procedimientos y que se traslada al régimen de revisión que, al ser bifronte, también plantea problemas de adecuación de la pretensión con la vía de impugnación elegida ⁴⁵.

Por último, en este apartado introductorio debemos subrayar como la atribución a las Entidades locales de las funciones administrativas de gestión e inspección de sus propios tributos constituye una exigencia constitucional de su autonomía ⁴⁶, por lo que su atribución a otra Administración debe estar suficientemente justificada ⁴⁷. Por ello, en el siguiente apartado nos proponemos identificar los fundamentos en los que se ha apoyado el legislador estatal para desapoderar de estas potestades a los Ayuntamientos en estos impuestos.

B. Fundamentos de la gestión compartida

Tradicionalmente se han utilizado dos razonamientos para justificar la gestión compartida, de un lado, la presencia de intereses supralocales en la gestión de estos tributos, y de otro, el principio de eficacia en la actuación administrativa.

⁴⁴ *Vid.* en el IAE el artículo 91 apartados 1 y 3 del TRLRHL.

⁴⁵ Cfr. entre otros, GONZÁLEZ PÉREZ, J. y TOLEDO JAUDENES, J. (1997), pág. 295; BARQUERO ESTEVAN, J.M. (1999), pág. 220 y DELGADO MERCÉ, A.J. (2010), pág. 189.

⁴⁶ Cfr. BARQUERO ESTEVAN, J.M. (1999), pág. 204, que mantiene que el hecho de que el propio legislador básico tomara la decisión de atribuir las competencias para la gestión tributaria a los propios Entes locales denota que dicha titularidad se consideró por este como un elemento esencial de la autonomía local.

⁴⁷ Cfr. BARQUERO ESTEVAN, J.M. (1999), pág. 290; VARONA ALABERN, J.E. (2001), pág. 111 y TEJERIZO LÓPEZ, J.M. (2003), pág. 19.

1. Fundamentos supralocales como justificación de la gestión compartida

En el IBI el principio de igualdad, unido al título competencial de Hacienda general, es el principal argumento para justificar la competencia estatal en materia catastral ⁴⁸. El Tribunal Constitucional ha avalado este título en la Sentencia 233/1999, de 16 de diciembre, al afirmar que la organización del Catastro, por tratarse de una institución común e indispensable para la gestión de alguno de los impuestos estatales más relevantes, es una competencia que tiene que incardinarse en la Hacienda general, correspondiendo por tanto de manera exclusiva al Estado.

Como contrapunto a la atribución estatal de la institución catastral, el artículo 4 del vigente TRLCI fue objeto de una proposición de ley que no prosperó ⁴⁹, que pretendía que las comunidades autónomas fueran las Administraciones que ostentaran las funciones relativas a la formación, actualización, renovación de los catastros inmobiliarios, manteniendo las competencias de las Entidades locales y reservando, exclusivamente, para la Administración Tributaria del Estado la función de coordinación. Esta propuesta coincidía, en esencia, con la formulada por el parlamento de Cataluña en relación con la modificación del Estatuto de Cataluña, que también resultó modificada en su tramitación parlamentaria en las Cortes Generales ⁵⁰.

En nuestra opinión, estas propuestas resultaban contrarias a la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia 233/1999 (FJ 4 y 25). Esta objeción no significa que las comunidades autónomas no puedan realizar funciones y tareas inherentes al Catastro, sino que las mismas se han de realizar dentro de las fórmulas de coordinación ya descritas en el artículo 4 del TRLCI.

Finalmente, el esquema competencial aprobado por el artículo 4 del TRLCI, con apoyo en los fundamentos señalados, coincide, con mínimas variantes, con el establecido en las reformas de los diferentes Estatutos de Autonomía y que en esta materia pueden clasificarse como sigue: a) un primer grupo

⁴⁸ Cfr. NIETO MONTERO (1997), pág. 83, mantiene que solo el principio de igualdad (conectado con el título competencial de Hacienda General) resulta suficiente para desposeer a las Entidades locales de competencias que por naturaleza les resultan propias. BARQUERO ESTEVAN (1999), págs. 293-294, enumera tres tipos de argumentos: en primer lugar la eficacia en la gestión, en segundo lugar la utilización de los datos catastrales en otras figuras tributarias y, por último, por exigencias del principio de igualdad, que hace imprescindible que la valoración de los bienes inmuebles se realice conforme a criterios uniformes. VARONA ALABERN, J.E. (2001), pág. 119, subraya que el principio que mejor fundamenta la competencia estatal en materia de gestión catastral es el principio de igualdad.

⁴⁹ *Vid.* la proposición de Ley 122/000143, presentada por el Grupo parlamentario mixto, relativa a la modificación del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (BOCG n.º 164-I de 1 de abril de 2005).

⁵⁰ *Vid.* la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña que en el artículo 225 señalaba que correspondía a la Generalitat, en su ámbito territorial, la competencia de ordenación y gestión del Catastro, sin perjuicio de la función coordinadora del Estado (BOCG de 21 de octubre de 2005). Y, finalmente, el artículo 221 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña que determina que «La Administración General del Estado y la Generalitat establecerán los cauces de colaboración necesarios para asegurar la participación de la Generalitat en las decisiones y el intercambio de información que sean precisos para el ejercicio de sus competencias. Asimismo, se establecerán formas de gestión consorciada del Catastro entre el Estado, la Generalitat y los municipios de acuerdo con lo que disponga la normativa del Estado y de manera tal que se garantice la plena disponibilidad de las bases de datos para todas las Administraciones y la unidad de información».

de reformas estatutarias no se ha ocupado de la institución catastral⁵¹, b) un segundo grupo de reformas se han limitado a reconocer la posibilidad de que las comunidades autónomas puedan colaborar en materia catastral con la Administración General del Estado a través de la suscripción de los oportunos convenios de colaboración⁵² y c) un tercer grupo ha convertido la mera posibilidad de colaboración en materia catastral en una obligación y prevé formas de gestión consorciada entre la Administración estatal, la respectiva comunidad autónoma y los municipios de dicha comunidad autónoma⁵³.

Por otra parte, en el IAE la función de control censal ha constituido el principal argumento para fundamentar la competencia estatal en la gestión e inspección tributaria del IAE. Así, se consideró que en la gestión del IAE concurría un interés supralocal que se vinculaba a la función censal, en cuanto que cumplía una función de localización de actividades susceptibles de dar lugar a la realización de hechos impositivos correspondientes a otros tributos del sistema tributario (v. gr. el IRPF, el IS y el IVA)⁵⁴. Sin embargo, tras la implantación del censo estatal comprensivo de las actividades profesionales y empresariales, la virtualidad censal del impuesto para la Hacienda estatal resulta

⁵¹ Vid. la ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, por la que se reforma el Estatuto de la Comunidad Autónoma de Baleares y la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, por la que se reforma el Estatuto de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

⁵² Vid. la reforma de los Estatutos de Autonomía de la Comunidad Valenciana y Aragón:

- La reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana: el artículo 57 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, modifica el artículo 51 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, relativo a la distribución de competencias, y que en su apartado tercero establece que «La Generalitat podrá colaborar con la Administración General del Estado en la gestión del catastro, a través de los pertinentes convenios».
- La reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón: el artículo 77 de la Ley Orgánica 5/2007, de 19 de marzo, establece en relación con las competencias ejecutivas de la Comunidad Autónoma de Aragón en su párrafo décimo «La colaboración con el Estado en la gestión del catastro».

⁵³ Vid. la reforma de los Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía:

- La reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña: el artículo 221 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña señala que «La Administración General del Estado y la Generalitat establecerán los cauces de colaboración necesarios para asegurar la participación de la Generalitat en las decisiones y el intercambio de información que sean precisos para el ejercicio de sus competencias. Asimismo, se establecerán formas de gestión consorciada del Catastro entre el Estado, la Generalitat y los municipios de acuerdo con lo que disponga la normativa del Estado y de manera tal que se garantice la plena disponibilidad de las bases de datos para todas las Administraciones y la unidad de información». En relación con esta última redacción ha señalado PAGÈS I GALTÈS (2006), pág. 41, que este artículo no viene sino a ser una especificación para Cataluña de lo que con carácter general ya prevé el artículo 4 del vigente del TRLCI, y por tanto, la principal virtualidad que advierte en dicho precepto estatutario estriba en que las fórmulas de colaboración que prevé el TRLCI con carácter general, dejan de ser para la Generalitat una mera posibilidad impeliéndose estatutariamente a su celebración.
- La reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía: el artículo 193 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, determina que «La Administración General del Estado y la Junta de Andalucía establecerán los cauces de colaboración necesarios para asegurar la participación de esta en las decisiones y el intercambio de información que sean precisos para el ejercicio de sus competencias. Asimismo, se establecerán formas de gestión consorciada del Catastro entre el Estado, la Junta de Andalucía y los municipios, de acuerdo con lo que disponga la normativa del Estado y de manera tal que se garantice la plena disponibilidad de las bases de datos para todas las Administraciones y la unidad de información». También, sobre esta redacción CHICA PALOMO, M.ª D. y ALCÁZAR MOLINA, M.G. (2008), pág. 14, consideran que estas fórmulas de colaboración han dejado de ser una simple posibilidad para convertirse en un mecanismo exigible.
- La reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura: el artículo 89.1 de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura dispone que «La Comunidad Autónoma, el Estado y las Entidades Locales de Extremadura colaborarán en las actuaciones fiscales respectivas y facilitarán el intercambio de la información precisa para el ejercicio de sus correspondientes competencias en la materia y, especialmente, la gestión consorciada del Catastro que incluya la utilización conjunta de información y de bases de datos».

⁵⁴ Cfr. BARQUERO ESTEVAN, J.M. (1999), págs. 414-419.

irrelevante⁵⁵, dado que ya no resulta necesario que la Administración Tributaria del Estado esté pendiente de los tributos locales como censos de contribuyentes⁵⁶.

Por otra parte, la reforma operada en el IAE por la Ley 51/2002 ha difuminado el carácter censal del impuesto⁵⁷. Por ello, en nuestra opinión, resulta evidente que la función de control censal no puede servir actualmente de fundamento para mantener el reparto competencial diseñado por el legislador de 1988⁵⁸.

2. *El principio de eficacia como justificación de la gestión compartida*

El principio de eficacia constituye un principio de ordenación y aplicación del sistema tributario previsto en el artículo 3.2 de la vigente LGT⁵⁹, que encuentra su anclaje constitucional en el artículo 103.1 de la Constitución Española (CE)⁶⁰. Desde esta línea argumental se ha justificado el desapoderamiento a las Entidades locales de sus competencias gestoras por considerar que un gran número de Entidades locales no estaban dotadas de los medios materiales y personales necesarios para su ejercicio⁶¹. En relación con esta justificación, convenimos con la doctrina que subraya que la limitación de la autonomía local en aras de la eficacia constituye una subversión de la jerarquía de los valores constitucionales, sobre todo, por el gran protagonismo que el principio de autonomía tiene en nuestra Carta Magna⁶². A mayor abundamiento, si analizamos las Memorias de gestión de la Administración tributaria estatal debemos poner de manifiesto como el principio de eficacia no sirve para valorar positivamente algunas de las actuaciones de gestión e inspección más relevantes atribuidas a la Administración tributaria estatal (v. gr. la inspección del IAE o la inspección catastral).

Por todo ello, mantenemos que la falta de medios de algunos Ayuntamientos para la gestión de sus propios tributos debe suplirse con el desarrollo efectivo de las fórmulas de delegación y cola-

⁵⁵ En prueba de esta afirmación resulta revelador analizar los últimos Planes Generales de Control Tributaria de la AEAT. En el primer Plan de Control Tributario de la AEAT aprobado con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma del IAE operada por la Ley 51/2002 (BOE de 5 de febrero de 2004) se señalaba expresamente que en el Área de Gestión se debían potenciar las actuaciones para la formación y el mantenimiento del censo de contribuyentes y obligados tributarios como consecuencia de la aprobación del nuevo Reglamento censal, aprobado por el Real Decreto 1041/2003 y de la supresión parcial del IAE. Y, por ejemplo, el vigente, Plan General de Control Tributario 2011 (BOE n.º 32 de 7 de febrero de 2011), omite cualquier referencia al IAE para el control censal de las actividades económicas.

⁵⁶ Cfr. NIETO MONTERO, J.J. (1997), pág. 97 y COLLADO YURRITA, M.A. (2001), pág. 21.

⁵⁷ Cfr. POVEDA BLANCO, F. (2003), pág. 303.

⁵⁸ Actualmente, las declaraciones censales recogidas en la disposición adicional quinta de la LGT de 2003 han sido objeto de desarrollo reglamentario por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, que se ocupa de las obligaciones tributarias formales en el Título II (arts. 2 a 58) y de la comprobación de estas obligaciones en los artículos 144 a 154 y 192.

⁵⁹ El artículo 3.2 de la LGT establece que «la aplicación del sistema tributario se basará en los principios de proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales y asegurará el respeto de los derechos y garantías de los obligados tributarios».

⁶⁰ El artículo 103.1 de la CE determina que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

⁶¹ Cfr. BARQUERO ESTEVAN, J.M. (1999), pág. 415.

⁶² Cfr. NIETO MONTERO, J.J. (1997), pág. 172.

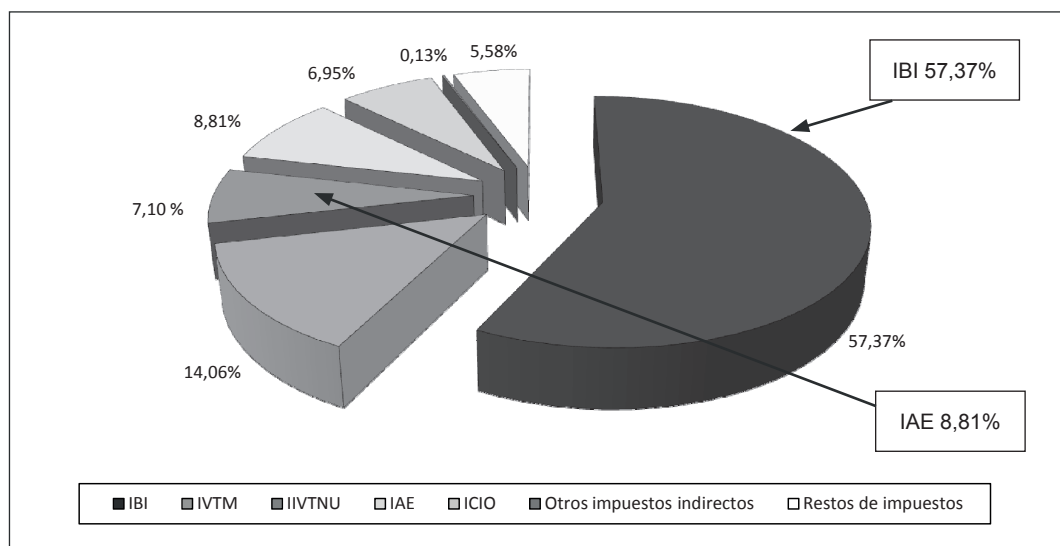
boración interadministrativa previstas por el legislador en el artículo 106.3 de la LRBRL y en los artículos 7 y 8 del TRLRHL y no con el establecimiento de fórmulas de gestión compartida ⁶³.

IV. ESTUDIO PARTICULAR DE LA GESTIÓN COMPARTIDA EN EL IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES Y EN EL IMPUESTO SOBRE ACTIVIDADES ECONÓMICAS

A. Consideraciones generales

La autonomía financiera de los municipios, determinada por la relevancia de sus propios tributos y precios públicos, alcanza el 47,70 por 100 de sus recursos totales. En particular, el IBI y el IAE representan el 66,18 por 100 de la composición de los impuestos locales recogida en los capítulos 1 (impuestos directos) y 2 (impuestos indirectos) de sus presupuestos de ingresos.

Impuestos municipales (capítulos 1 y 2 de ingresos).



FUENTE: *Haciendas Locales en cifras 2009 (diciembre 2011).*
Ministerio de Economía y Hacienda.

La relevancia cuantitativa de los impuestos de gestión compartida que acabamos de poner de manifiesto nos obliga a cuestionarnos si la distribución competencial implantada por el legislador estatal de 1988, y que en la actualidad permanece prácticamente inalterada, constituye la fórmula

⁶³ Cfr. RUBIO DE URQUÍA, J.I. (1991), pág. 28, subraya que con estos mecanismos se pretende que las Entidades locales dotadas de menos medios puedan mantener «su fuero» (titularidad de las competencias) y, a la vez, asegurarse la efectividad de sus recursos tributarios.

más adecuada para hacer efectivos los principios que con carácter general informan la aplicación de los tributos (v. gr. entre otros, los principios de eficacia, limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales) y para respetar los derechos y garantías de los obligados tributarios.

Sobre esta cuestión debemos poner de manifiesto como prácticamente todos los sujetos que tienen relación con estos tributos valoran negativamente esta peculiar forma de gestión.

Las propias Entidades locales han reivindicado históricamente la gestión integral del IBI y del IAE ⁶⁴.

Los Informes anuales del Defensor del Pueblo ponen en evidencia de forma recurrente el elevado número de quejas derivadas de la gestión compartida, ya sea por errores inducidos por confusión de los obligados tributarios o por la falta de coordinación entre Administraciones ⁶⁵.

La mayoría de la doctrina científica pone en evidencia los múltiples errores y retrasos que provoca esta forma de gestión generando costes recaudatorios importantes ⁶⁶.

Los órganos jurisdiccionales han calificado de «forzada y artificiosa» la gestión compartida en el IAE, valoración que en nuestra opinión también resulta trasladable al resto de tributos de gestión compartida (IBI e IVTM) ⁶⁷.

⁶⁴ Cfr. la resolución séptima de la VIII Asamblea general de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), celebrada en Madrid en noviembre de 2003, en www.femp.es. En la misma línea el Informe «La financiación local en España: Radiografía del presente y propuestas de futuro» (2008), pág. 291.

⁶⁵ *Vid.* el Informe Anual del Defensor del Pueblo correspondiente al año 2010, págs. 760 y 770, incluso, pone en evidencia que «el impulso de los convenios de colaboración con entes locales y la utilización de medios electrónicos para mantener actualizados los registros y padrones que ha realizado la Dirección General del Catastro no ha redundado en una mejora de la gestión del impuesto, sino en una disponibilidad más ágil de los datos de estos».

⁶⁶ Cfr. BARQUERO ESTEVAN, J.M. (1999), pág. 407, que en relación con la gestión compartida del IBI (con argumentos que, en nuestra opinión, resultan trasladables a la gestión del IAE) observa como el sistema de gestión del IBI plantea graves problemas de aplicación, en la medida en que este sistema de reparto de competencias exige una intensa colaboración entre las distintas Administraciones implicadas, cuyas posibles insuficiencias se traducen necesariamente en graves deficiencias de eficacia en la aplicación del tributo. ZORNOZA PÉREZ, J. (2001), págs. 297-298, llama la atención en el IBI sobre los problemas que suscita la falta de colaboración del Centro directivo competente con las Corporaciones Locales, lo que produce injustificados retrasos en las preceptivas actualizaciones, con costes recaudatorios nada despreciables. NÚÑEZ PÉREZ, G. (2007), pág. 5, califica de confusa la regulación de la gestión compartida al conducir a cometer reiterados errores en su aplicación tanto por la Administración como por los contribuyentes y propone su revisión urgente. NAVARRO HERAS, R.A. (2008), págs. 65-75, ha puesto de manifiesto como la disociación de las competencias censales y tributarias y su asignación legal a distintas Administraciones territoriales genera dificultades para establecer mecanismos eficaces de lucha contra el fraude. RUBIO DE URQUÍA, J.I. (2008), págs. 8-9, con rotundidad y en relación con el IBI califica de desastroso tanto el régimen de gestión compartida como el régimen de impugnación de los actos de gestión catastral o tributaria. Finalmente, MUÑOZ MERINO, A. (2010), pág. 63, alude a las situaciones de indefensión en las que se puede colocar al contribuyente con estos procedimientos de gestión compartida.

⁶⁷ *Vid.* en relación con el IBI, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2002 pone de manifiesto como «el desconocimiento y preterición del debido respeto del principio de continencia de la causa, como consecuencia del complicadísimo planteamiento de los procedimientos de gestión del IBI, puede originar solapamientos procesales, con grave riesgo de contradicción de las resoluciones jurisdiccionales o su inútil repetición». En relación con el IAE, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2001 califica «de forzada y artificiosa la diferenciación entre las llamadas "gestión censal" y "gestión tributaria"».

Y, finalmente, el Informe de la Ponencia de estudio de la financiación local, constituido en el seno de la Comisión de Entidades Locales del Senado (2007), entre las medidas propuestas para la reforma del sistema de financiación local alude al establecimiento de los mecanismos necesarios para que aquellos tributos cuya recaudación depende de matrículas, censos y padrones, actualmente en manos de la Administración tributaria central, pasen a estar gestionados directamente por las Entidades locales ⁶⁸.

B. La gestión compartida en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles

1. La gestión catastral y la gestión tributaria

La aprobación de la LRHL en 1988 supuso la implantación del IBI y la supresión de la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria, la Contribución Territorial Urbana y el Impuesto Municipal sobre Solares y, en lo que aquí interesa, el establecimiento de un tributo de *gestión compartida* al disociar la gestión catastral y la gestión tributaria.

1.1. La gestión catastral y la gestión tributaria en la redacción originaria de la Ley reguladora de las Haciendas Locales

Con la redacción originaria de la LRHL, el IBI se gestionaba por medio del Padrón que formaba anualmente la Administración tributaria estatal y que incluía por separado los bienes inmuebles de naturaleza rústica y urbana, los sujetos pasivos del impuesto y los respectivos valores catastrales. Asimismo, los sujetos pasivos estaban obligados a comunicar al Catastro las variaciones que pudieran surgir por alteraciones de orden físico, económico o jurídico concernientes a los citados bienes ⁶⁹. El artículo 78.1 de la citada LRHL incluía en *la gestión catastral* la elaboración de las Ponencias de valores, la fijación, revisión y modificación de los valores catastrales y la formación del Padrón del impuesto y atribuía su gestión al Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, aunque estableció la posibilidad de suscribir convenios de colaboración catastral con las Entidades locales, salvo en lo relativo a la superior función de coordinación de valores que debía ejercerse, en todo caso, por el Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria.

El citado precepto en su apartado segundo incluía en *la gestión tributaria* la liquidación y recaudación de este impuesto, así como la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria y atribuía su gestión a los Ayuntamientos, comprendiendo las funciones de concesión y denegación

⁶⁸ Vid. Informe de la Ponencia de estudio de la financiación local, constituida en el seno de la Comisión de Entidades Locales del Senado (BOCG n.º 849 de 17 de diciembre de 2007).

⁶⁹ Vid. el Real Decreto 1448/1989, de 1 de diciembre, por el que se desarrolló el artículo 77 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales y las Resoluciones de 11 de mayo de 1990 y 14 de enero de 1991 por la que se aprobaron los modelos de declaraciones de altas y alteraciones catastrales de bienes inmuebles de naturaleza urbana y de naturaleza rústica. Y, posteriormente, la Orden de 10 de febrero de 1999 por la que se aprobaron nuevos modelos de declaración de alteraciones catastrales.

de exenciones y bonificaciones, realización de las liquidaciones conducentes a la determinación de las deudas tributarias, emisión de los documentos de cobro, resolución de los expedientes de devolución de ingresos debidos, resolución de recursos contra actos de gestión tributaria y actuaciones para la asistencia e información al contribuyente.

Del contenido de la gestión catastral y de la gestión tributaria se deduce que esta separación no afectaba exclusivamente al ámbito de las obligaciones tributarias formales del IBI, que se trasladaron al ámbito catastral, sino que también afectaba nuclearmente al cumplimiento de la obligación tributaria material principal, es decir, al pago de la liquidación del impuesto. Así, de los cuatro elementos estructurales de este impuesto: hecho imponible, base imponible, sujeto pasivo y cuota, la determinación de los tres primeros se atribuyó a la Administración del Estado, mientras que la determinación de la cuota, previa aplicación del tipo de gravamen y la concesión o denegación de beneficios fiscales se atribuyó a los respectivos Ayuntamientos ⁷⁰.

El legislador afianzó esta división con la previsión recogida en el artículo 77.3 de la LRHL que estableció que cualquier modificación en el Padrón del IBI, referida a datos catastrales, requería «inexcusablemente» la previa alteración catastral. De esta forma, en nuestra opinión desacertadamente, el legislador diseñó la relación entre los Ayuntamientos y el Catastro de forma unidireccional, dado que la rectificación catastral precedía, en todo caso, a la modificación del impuesto ⁷¹.

Desde un punto de vista local este marco normativo merecía, al menos, dos consideraciones: en primer lugar, la división entre la gestión catastral y la gestión tributaria supuso la mutilación de las potestades administrativas más relevantes de las Entidades locales para la plena aplicación del impuesto y, en segundo lugar, mostraba una total dependencia del impuesto en relación con los datos contenidos en el Catastro, cuya manifestación más palmaria fue el citado artículo 77.3 de la LRHL.

Los Ayuntamientos trataron de soslayar las dificultades que generaba esta peculiar configuración legal a través de la suscripción de los convenios de colaboración con el Catastro previstos en el artículo 78.1 de la LRHL y desarrollados por el Real Decreto 1390/1990, de 2 de noviembre, sobre colaboración de las Administraciones Públicas en materia de gestión catastral y tributaria e inspección catastral (BOE n.º 274 de 15 de noviembre de 1990). Esta norma reglamentaria estableció que cualquier colaboración en la gestión catastral que excediera del mero intercambio de información debía llevarse a cabo únicamente en el marco de los convenios que al efecto se suscribieran ⁷².

Desde una perspectiva local el contenido material del citado Real Decreto resultaba rechazable, dado que mostraba un desarrollo reglamentario manifiestamente insuficiente en relación con las posibilidades de colaboración en materia catastral reconocidas legalmente a las Entidades locales.

⁷⁰ Como excepción, a esta gestión del IBI realizada por dos Administraciones (Catastral y Entidades locales) la disposición transitoria undécima de la LRHL preveía la posibilidad de que el Catastro, a solicitud del Ayuntamiento interesado, también ejerciera las funciones de gestión tributaria previstas en el artículo 78, por lo que en este último caso, la Administración catastral realizaba íntegramente la gestión del impuesto.

⁷¹ GARCÍA-MONCO MARTÍNEZ, A. (1995), págs. 265-266, ha señalado que los términos imperativos de este precepto determinaban que cualquier actuación tributaria realizada por los Ayuntamientos en función de los datos del padrón no obrantes en el Catastro padecía de un vicio de nulidad que impedía la producción de los efectos jurídicos a dicha actuación.

⁷² *Vid.* artículo 6 del Real Decreto 1390/1990, de 2 de noviembre.

La norma reglamentaria preveía que los convenios pudieran tener dos regímenes jurídicos diferentes: de prestación de servicios o de delegación de funciones. El régimen de prestación de servicios se equiparaba a la encomienda de gestión, en tanto que la delegación de funciones suponía que el ente delegado ejercía las competencias, aunque sometido a las facultades de dirección del ente delegante⁷³. Ahora bien, la citada norma reglamentaria limitaba el objeto de los convenios de delegación de funciones, al excepcionar de este régimen las referidas a la elaboración de ponencias y a la asignación individualizada de valores catastrales. Esta última limitación supuso de facto derivar la tramitación de los expedientes de alteraciones de orden físico y económico y, como veremos en el apartado siguiente, de inspección catastral al régimen de prestación de servicios, de forma que los Ayuntamientos no podían dar de alta catastralmente los inmuebles ni valorarlos, es decir, no podían incorporar nuevos hechos imponibleables ni cuantificar la base imponible de su impuesto más relevante.

1.2. La gestión catastral y la gestión tributaria en la normativa vigente

La normativa vigente en materia catastral y tributaria del IBI deriva tanto de la modificación de la LRHL operada por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, que constituye el antecedente del vigente Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el TRLRHL y que dedica el artículo 77 a la gestión tributaria del IBI, como de la aprobación de la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario antecedente del vigente Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el TRLCI, que recoge en el artículo 4 las competencias catastrales y en el artículo 11 los procedimientos específicos para la formación y mantenimiento del catastro inmobiliario (las declaraciones, las comunicaciones, las solicitudes, el procedimiento de subsanación de discrepancias, la inspección catastral y la valoración). Este régimen jurídico evidencia la singularidad de la normativa catastral y su progresivo alejamiento tanto del régimen tributario general, es decir, de la LGT⁷⁴ y su normativa de desarrollo, como del sistema tributario local representado por el TRLRHL. Y, también, provoca un complejo juego de aplicaciones directas y supletorias y, también, de aplicaciones autónomas y dependientes entre los tres bloques normativos que acabamos de mencionar.

Así, en el ámbito de la gestión tributaria del IBI, la LGT, en virtud de su artículo 1, resulta de aplicación directa a la regulación de los procedimientos de aplicación de los tributos locales de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del TRLRHL. Por el contrario, en el ámbito catastral, la

⁷³ Cfr. FUENTES VALENCIA, P. (2000), pág. 29, que sobre la base de los convenios formalizados hasta esa fecha, señala que sin perjuicio de las competencias, que en la materia objeto de cada convenio corresponde a la Dirección General del Catastro, se delegan las funciones de tramitación y aprobación de los expedientes de transmisiones de dominio. Ello supone que la información relativa a las transmisiones de dominio tramitadas por la Entidad colaboradora y remitidas (en soporte magnético) a la Gerencia Territorial «es incorporada» a la base de datos catastral, sin embargo las funciones de tramitación de los expedientes de alteraciones de orden físico y económico se encomiendan a la Entidad colaboradora en régimen de prestación de servicios, de manera que se entrega la información obtenida a la Gerencia Territorial para que sea el Catastro «el que efectúe» la valoración y alta en la base de datos catastral.

⁷⁴ La disposición adicional decimoquinta de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria determina que: «1. Las infracciones y sanciones en materia catastral, se regirán por su normativa específica. 2. El artículo 27 de esta Ley relativo a los recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo no será aplicable a las declaraciones catastrales. 3. En materia de notificación de valores catastrales, esta ley se aplicará supletoriamente respecto a lo dispuesto en la normativa específica catastral».

LGT, en virtud de su disposición adicional decimoquinta y de conformidad con las referencias a la Ley codificadora realizadas por la Ley catastral, en unos casos resulta de aplicación directa, por ejemplo, al regular los derechos y deberes de los titulares catastrales⁷⁵ o al referirse al régimen impugnatorio de los actos catastrales⁷⁶ y, en otros, resulta de aplicación supletoria, como por ejemplo, en relación con la notificación de los valores catastrales⁷⁷ y, en lo que aquí interesa, en relación con la regulación de los procedimientos de incorporación catastral en virtud del artículo 12 del TRLCI⁷⁸. Por lo que se refiere a las relaciones entre la normativa tributaria local y la normativa catastral, desde la aprobación de la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, la normativa catastral tiene sustantividad propia y se separa de la regulación del IBI. Ahora bien, entre estos dos bloques normativos existe una evidente interrelación en elementos tan esenciales para el IBI como son la determinación del valor catastral y de los obligados tributarios.

La valoración catastral es una competencia atribuida al Catastro de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del TRLCI, si bien el citado precepto permite su ejercicio por las Entidades locales a través de las distintas fórmulas de colaboración. En este punto, el artículo 65 del Reglamento del Catastro Inmobiliario prevé que siempre que el acto que se dicte por la entidad colaboradora incluya la determinación del valor catastral se precisará informe previo y vinculante de la Gerencia, que se entenderá conforme con la propuesta si transcurrido el plazo de un mes no se hubiera emitido. Por otra parte, el artículo 77.3 del TRLRHL residencia en los Ayuntamientos la competencia originaria para la determinación de la base liquidable en los procedimientos de asignación individualizada del valor catastral⁷⁹.

Por lo que se refiere a la determinación del sujeto pasivo del IBI, la modificación del artículo 9 del TRLCI, operada por la disposición adicional trigesimocuarta apartado segundo de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2005, ha quebrado la identidad entre el sujeto pasivo del IBI y el titular catastral, al eliminar el orden de prelación de derechos para la determinación de los titulares catastrales, que continúa vigente en el artículo 61.2 del TRLRHL para los sujetos pasivos del IBI. Así, desde la perspectiva del IBI, tras las últimas reformas legislativas, queda rota la identidad entre el titular catastral y el sujeto pasivo del IBI, pasando el titular catastral a ser un «sujeto pasivo potencial» del IBI⁸⁰. Por ello, proponemos de *lege ferenda* que la próxima reforma de

⁷⁵ Vid. artículo 10.1 del TRLCI que señala que «en sus relaciones con el Catastro Inmobiliario, los titulares catastrales ostentan los derechos reconocidos en el artículo 34 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria».

⁷⁶ Vid. artículo 12.4 del TRLCI que establece que «los actos dictados en el apartado anterior son susceptibles de ser revisados en los términos establecidos en el Título V de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre».

⁷⁷ Vid. artículo 29.4 d) del TRLCI que determina que «lo dispuesto en materia de notificaciones por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, será de aplicación supletoria a la notificación de valores catastrales por medios no electrónicos prevista en este apartado».

⁷⁸ Cfr. MIRANDA HITA, J.J. (2008), pág. 103, califica los procedimientos catastrales como «una superestructura procedimental», independizada de los procedimientos tributarios genéricos, aunque fuertemente emparentada con ellos por razones prácticas y de economía normativa.

⁷⁹ Ahora bien, la disposición transitoria duodécima de LRHL, modificada por la Ley 39/2010, de 31 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 ha ampliado el plazo durante el cual la Dirección General del Catastro tiene atribuida la competencia para determinar la base liquidable del IBI hasta el 31 de diciembre de 2012, salvo que el Ayuntamiento comunique a dicho Centro directivo que la indicada competencia será ejercida por él.

⁸⁰ El propio Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de septiembre de 2001 ya había concluido que el sujeto pasivo del IBI, cuando del derecho de propiedad se trata, se determina por la formalización de la escritura pública con independencia de

las Haciendas locales refleje claramente que la determinación del sujeto pasivo del IBI es una potestad propia de las Entidades locales, que forma parte de la gestión tributaria del impuesto y que no requiere un control *ex ante* del Catastro, y que, en consecuencia, su revisión corresponde a las Entidades locales. Una vez reconocida esta realidad, se deberían reforzar las relaciones interadministrativas entre las Entidades locales y la Dirección General del Catastro, para materializar la deseable concordancia entre el titular catastral y el sujeto pasivo del IBI.

Asimismo, desde la perspectiva de la gestión tributaria del IBI, el régimen normativo descrito resulta criticable dado que dificulta la homologación de los procedimientos de incorporación catastral a los procedimientos de aplicación de los tributos regulados en la LGT. Por ello, discrepamos de alguna posición doctrinal que mantiene que la reforma de 2002 ha facilitado la gestión del impuesto a través de los nuevos procedimientos catastrales de comunicación o subsanación de discrepancias o el procedimiento que permite corregir liquidaciones en supuestos de no coincidencia del sujeto pasivo con el titular catastral ⁸¹. En nuestra opinión, el legislador no ha configurado estos procedimientos correctamente generando nuevos problemas en la aplicación del IBI. A continuación, recogemos algunas de estas disfunciones:

Como acabamos de señalar el artículo 77.7 del TRLRHL permite corregir liquidaciones en supuestos de no coincidencia del sujeto pasivo con el titular catastral. Ahora bien, su redacción mantiene una primacía de la titularidad catastral sobre el sujeto pasivo del IBI, al requerir la confirmación catastral y calificar la liquidación como provisional si no existe convenio de delegación de funciones entre el Catastro y la Entidad local correspondiente ⁸². En nuestra opinión, las liquidaciones en el IBI deben resultar provisionales o definitivas conforme al régimen general previsto en el artículo 101 de la vigente LGT, por lo que su calificación no puede depender de que se haya suscrito convenio de delegación de funciones en materia catastral. Esta subordinación catastral también se manifiesta en el desarrollo reglamentario de este precepto. Así, el artículo 43 del Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, que desarrolla el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (en adelante, RCI) prevé, para los supuestos de discordancia entre el titular catastral y el sujeto pasivo del IBI, la necesaria confirmación de las rectificaciones a los efectos exclusivos de la liquidación de este impuesto. En nuestra opinión, la validez de la rectificación del sujeto pasivo del IBI no debería supeditarse a esta confirmación catastral, aunque pueda ser tácita, sino que esta debería resolverse a través de los procedimientos ordinarios de revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria.

Por otra parte, el procedimiento de subsanación de discrepancias constituye un procedimiento específico de incorporación catastral, que sirve para la actualización del Catastro en aquellos casos

que la transmisión no haya tenido acceso al Catastro. La citada sentencia ha fijado como doctrina legal que «el sujeto pasivo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles es el propietario de los mismos, cuando de dicho derecho se trata y dado que los efectos traslativos del dominio, en caso de otorgarse escritura pública y si otra cosa no se acuerda en ella, se producen desde su formalización, el adquirente asume en ese momento la posición de sujeto pasivo del IBI a quien le será exigible en el siguiente devengo, con independencia de que cumpla o no con su obligación de efectuar la declaración de la variación jurídica por cambio de titular y esta tenga acceso al catastro, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad en que se haya podido incurrir por incumplimiento de dicha obligación». En la misma línea, STS de 6 de octubre de 2010.

⁸¹ Cfr. MIRANDA HITA, J.J. (2008), pág. 105.

⁸² Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, M.^a L. (2010), pág. 151, pone de manifiesto las limitaciones de este procedimiento destinado exclusivamente para la actualización del sujeto pasivo y no para ningún otro tipo de circunstancia relevante.

en los que la Administración tiene conocimiento de la falta de concordancia entre la descripción catastral de los bienes inmuebles y la realidad inmobiliaria y su origen no deriva del incumplimiento de las obligaciones de declaración y comunicación establecidas en el TRLCI ⁸³.

Es un procedimiento que lleva implícita cierta actividad comprobadora, dado que como señala la Circular 05.03/2006, de 27 de abril, de la Dirección General del Catastro, las discrepancias se pondrán de manifiesto, bien en las comprobaciones realizadas sobre el terreno o en los datos y documentos aportados por otras Administraciones Públicas o por los particulares, o bien, en la comprobación y depuración de los propios datos existentes en los documentos catastrales. En nuestra opinión debería modificarse la previsión contenida en el artículo 18.1 del TRLCI que determina que las resoluciones que se dicten solo tendrán eficacia catastral desde el día siguiente a la fecha en que se acordaron. En consecuencia, según dispone el artículo 75.3 del TRLRHL a efectos del IBI, las alteraciones catastrales derivadas de la tramitación de este procedimiento tendrán efectividad en el devengo posterior al momento en que se han producido los efectos catastrales. Efectividad que resulta rechazable y que puede generar consecuencias negativas tanto para el obligado tributario como para la propia Hacienda local. La incorporación en el Catastro de bienes inmuebles o la modificación de su descripción catastral a través de este procedimiento debería surtir efectos, como el procedimiento de inspección catastral, desde el día siguiente al que se produjeron los hechos, actos o negocios a que se refieren dichas actuaciones. En nuestra opinión, la prohibición de la *reformatio in peius* prevista en el artículo 113.3 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) no impide dotar de esta eficacia a un procedimiento iniciado de oficio, que presenta un marcado carácter comprobador, si se tiene conocimiento de la falta de concordancia entre la descripción catastral de los bienes inmuebles que figuran en el Catastro y la realidad inmobiliaria desde una fecha anterior a la adopción del acuerdo.

2. La inspección catastral y ¿la inspección tributaria del Impuesto sobre Bienes Inmuebles?

El legislador de 1988 no hizo referencia expresa a la inspección tributaria del IBI, omisión que, como veremos seguidamente, ha dificultado la aplicación de este impuesto y que persiste en la normativa vigente.

2.1. La inspección catastral y la inspección tributaria en la redacción originaria de la Ley reguladora de las Haciendas locales

El artículo 78.2 de la LRHL, al describir las funciones que llevaban a cabo los Ayuntamientos en relación con el IBI, se refería a la liquidación, recaudación y revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria, y en el apartado tercero del citado precepto se refería a la inspección catastral, que residenciaba en los órganos competentes de la Administración Tributaria del Estado, sin perjuici-

⁸³ Este procedimiento tiene su antecedente en el artículo 77.4 de la LRHL. Actualmente se regula en el artículo 18 del TRLCI, que ha sido objeto de dos recientes modificaciones: en primer lugar, por la disposición final octava de la Ley 40/2010, de 29 de diciembre, de almacenamiento geológico de dióxido de carbono (BOE de 30 de diciembre de 2010), y, en segundo lugar, por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE de 5 de marzo de 2011).

cio de las fórmulas de colaboración que se pudieran establecer con las Entidades locales. Esta redacción dio lugar a interpretaciones contrapuestas sobre la relación existente entre la inspección catastral y la inspección tributaria del IBI ⁸⁴.

El Real Decreto 1390/1990, de 2 de noviembre, sobre colaboración de las Administraciones Públicas en materia de gestión catastral y tributaria e inspección catastral (BOE n.º 274 de 15 de noviembre de 1990) también limitó las actuaciones de las Entidades locales en materia de inspección catastral al derivarlas al ámbito de la prestación de servicios, dado que en la mayor parte de los casos la inspección catastral requería la asignación individualizada de los valores catastrales, lo que suponía que el trabajo preparatorio de inspección catastral realizado por la Entidad local se entregara a las Gerencias Regionales del Catastro para que estas últimas efectuaran la valoración y continuaran el procedimiento de inspección catastral.

En nuestra opinión, esta restricción reglamentaria distorsionó la inspección tributaria del IBI al dividir injustificadamente el procedimiento y establecer relaciones interadministrativas que se han demostrado claramente ineficaces. Para el mismo procedimiento de inspección tributaria del IBI el sujeto pasivo tenía que relacionarse con las Entidades locales en la fase instructora, con las Gerencias Territoriales del Catastro para suscribir la correspondiente acta de inspección y la notificación de los valores catastrales y, finalmente, de nuevo, con la Entidad local que aprobaba y notificaba las liquidaciones tributarias resultantes de las actuaciones de inspección catastral. Este esquema rompía el procedimiento de inspección tributaria del IBI como concatenación lógica de actos administrativos y se tornaba en una sucesión encadenada de relaciones interadministrativas que se ha demostrado claramente ineficaz.

2.2. La inspección catastral y la inspección tributaria en la normativa vigente

El TRLCI dedica los artículos 19 a 21 al procedimiento de inspección catastral, desarrollados reglamentariamente por el Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, que recoge una regulación completa y detallada de las actuaciones de inspección catastral en el Capítulo VI del Título III (arts. 47 a 61) ⁸⁵. En virtud de lo establecido en el artículo 19 del TRLCI el procedimiento de inspección catastral está dotado de naturaleza tributaria. Ahora bien, resulta un procedimiento de inspección distinto del previsto en el Capítulo IV del Título III de la vigente LGT. Y el procedimiento de inspección tributaria del IBI no se regula expresamente en la normativa tributaria local pero se manifiesta, de hecho, como un procedimiento independiente del procedimiento de inspección catastral regulado en TRLCI. Así,

⁸⁴ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA-MONCO, A. (1991), págs. 419-421, considera que en la inspección catastral el legislador no ha conseguido un sistema acabado de delimitación competencial y califica de «confusa» la redacción del artículo 78.3 de la LRHL. RUBIO DE URQUÍA, J.I. y ARNAL SURÍA, S. (1996), ponen de manifiesto como los aspectos relativos a la inspección del IBI son los únicos que no pudieron ser objeto de la correspondiente delimitación competencial entre la Administración del Estado y los Ayuntamientos. TILVE ABILLEIRA, J.L. (1991), págs. 1.345-1.348, observa como en esta cuestión nos movemos en una zona de penumbra.

⁸⁵ El marco normativo de la inspección catastral se completa con la Orden HAC/2318/2003, de 31 de julio, con la citada Resolución de 16 de julio de 2007 de la Dirección General del Catastro y, por último, con la Circular 04.04/10/P, de 10 de junio, sobre el procedimiento de inspección catastral en la que la Dirección General del Catastro dicta instrucciones para interpretar y aplicar el citado marco normativo.

el procedimiento de inspección catastral regulariza la descripción catastral de los bienes inmuebles con una doble finalidad tributaria y extratributaria, mientras que el procedimiento de inspección tributaria del IBI regulariza la situación tributaria del sujeto pasivo en relación con el referido impuesto.

En particular, en el ámbito de la inspección catastral el reglamento catastral distingue tres niveles de actuación: A) El ejercicio de la inspección catastral por la Subdirección General de Valoración e Inspección y por las Gerencias y Subgerencias Territoriales del Catastro. B) El ejercicio de la inspección catastral a través de las «actuaciones de inspección conjunta» con Ayuntamientos y entidades públicas que ejerzan la gestión tributaria del IBI. C) El ejercicio de la inspección catastral a través de los convenios de colaboración y, en particular, la delegación de la inspección catastral a las entidades colaboradoras.

Actualmente, los inspectores locales que ejercen por delegación la inspección catastral, que se corresponde con el nivel máximo de colaboración, pueden llegar a determinar el valor catastral y, por consiguiente, cuantificar la base imponible del IBI, aunque con una última limitación, si actúan en régimen de delegación de funciones sus actuaciones inspectoras solo alcanzarán a las de investigación y no a las de comprobación⁸⁶. En nuestra opinión, esta diferenciación es más aparente que real, dado que ambas son vertientes de una misma actuación inspectora⁸⁷. Así, si un supuesto de hecho ha sido declarado parcialmente se iniciará una comprobación que puede determinar que la declaración haya sido incompleta, para lo que será preciso descubrir y, en consecuencia, investigar algún elemento no declarado⁸⁸.

Por ello, consideramos censurable la limitación contenida en el artículo 64.3 apartado e) del RCI, que restringe la delegación de las actuaciones de inspección catastral exclusivamente a las de investigación y entendemos que el mencionado precepto también debería permitir la delegación de las actuaciones de comprobación.

3. La revisión de los actos catastrales y los actos tributarios

La revisión de los actos catastrales y tributarios en el IBI también se ve afectada por la diferenciación entre actos de gestión catastral y actos de gestión tributaria. El TRLCI, con apoyo en la STC 233/1999, de 16 de diciembre, al incardinar la institución catastral en el seno del Ministerio de Hacienda predetermina la competencia de los Tribunales Económico-Administrativos del Estado para la revisión de los actos resultantes de los procedimientos catastrales. De esta forma, el artículo 12.4 del TRLCI prevé que los actos resultantes de los procedimientos de incorporación catastral sean revisables en los términos establecidos en el Título V de la LGT, es decir, a través del recurso

⁸⁶ El artículo 64.3 apartado e) *in fine* señala que, no obstante, la delegación de funciones inspectoras solo alcanzará a las actuaciones de investigación.

⁸⁷ *Vid.* GARCÍA-OVIES SARANDESES, I. (2004), pág. 486. MARTÍN QUERALT, J.J. y otros (2009), pág. 377.

⁸⁸ Así se deduce, expresamente, en el ámbito catastral del artículo 58.1 del RCI que señala que «si la comprobación de los hechos o actos o negocios recogidos en las declaraciones y comunicaciones a que se refiere el Capítulo II del Título II del TRLCI se dedujera la existencia de datos falsos, incompletos o inexactos, se incoará la correspondiente acta de inspección catastral, que se tramitará conforme a lo dispuesto en el artículo anterior».

de reposición potestativo ante el órgano que dictó el acto y la reclamación económico-administrativa ante los Tribunales Económico-Administrativos del Estado. Este precepto también establece que la interposición de esta reclamación no suspende, salvo casos excepcionales, la ejecutoriedad del acto recurrido.

Por su parte, el artículo 77 del TRLRHL contiene las normas específicas de la gestión tributaria del IBI y determina que contra los actos sobre aplicación y efectividad del IBI se formulará el recurso de reposición específicamente previsto en la LRHL ⁸⁹. En este sentido, el artículo 77.1 del TRLRHL establece que la resolución de los recursos que se interpongan contra los actos de gestión tributaria corresponderá a los Ayuntamientos ⁹⁰, si bien debe ponerse aquí de relieve que el artículo 14.2 letras a) y ñ) del TRLRHL señala, como excepción, que en los supuestos en que la ley prevé la posibilidad de formular reclamaciones económico-administrativas contra actos dictados en vía de gestión de los tributos locales por una Entidad local, el recurso de reposición será previo a la reclamación económico-administrativa.

Este régimen de impugnación bifronte ha planteado múltiples reclamaciones en las que los órganos jurisdiccionales han tenido que resolver previamente la adecuación de la vía impugnatoria elegida con la pretensión objeto de recurso ⁹¹.

El Tribunal Supremo, con el propósito de poner cierto orden en el procedimiento de exacción del IBI y de sus vías impugnatorias, ha subrayado en este ámbito las siguientes particularidades: en primer lugar, el procedimiento administrativo de exacción del IBI debe ser contemplado de forma secuencial, es decir, como una serie de actos administrativos, que si han sido correctamente notificados y no recurridos en plazo por los interesados, devienen *in suo ordine* en firmes y consentidos y por tanto irrecurribles con ocasión de la impugnación de actos posteriores; en segundo lugar, si con ocasión de la impugnación de la liquidación por infracción de las normas que rigen la gestión tributaria, el recurrente aprecia que no se le han notificado correctamente los actos de gestión catastral, es decir, que estos últimos no son firmes ni consentidos, deberá iniciarse la vía impugnatoria propia de estos actos y, por último, es necesario respetar rigurosamente el procedimiento de exacción y las distintas vías impugnatorias y, por ende, las competencias de los distintos órganos administrativos y

⁸⁹ Su nota más relevante es su carácter preceptivo, si bien dicho recurso tendrá carácter potestativo para los municipios a que se refiere el Título X de la LRRL (art. 108 LRRL en su redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre de Medidas de Modernización del Gobierno local) al ser alternativo o primera instancia de las reclamaciones económico-administrativas que los obligados tributarios presenten ante los Tribunales económico-administrativos municipales.

⁹⁰ El artículo 77.1 del TRLRHL establece que «la liquidación y recaudación, así como la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria de este impuesto, serán competencia exclusiva de los Ayuntamientos y comprenderán las funciones de reconocimiento y denegación de exenciones y bonificaciones, realización de las liquidaciones conducentes a la determinación de las deudas tributarias, emisión de los documentos de cobro, resolución de los expedientes de devolución de ingresos indebidos, resolución de los recursos que se interpongan contra dichos actos y actuaciones para la asistencia e información al contribuyente referidas a las materias comprendidas en este apartado».

⁹¹ Como pone de manifiesto atinadamente ARAGONÉS BELTRÁN, E. (2004), págs. 98-99, pocas cuestiones tributarias ocasionan mayores problemas prácticos que esta gestión compartida con resultados francamente escandalosos. En particular, en relación con el IBI califica de *esperpéntico* (la cursiva es nuestra) cuando de valores catastrales elevados se trata, dado que la cuestión de la valoración, tras pasar por el catastro, el TEAR y el TEAC, puede ser vista por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, con lo que el presupuesto de las sucesivas liquidaciones por IBI no se conoce definitivamente hasta varios lustros después.

jurisdiccionales que intervienen ⁹². Con base en estas premisas básicas es criterio reiterado de los diferentes órganos jurisdiccionales que si la liquidación tributaria del impuesto se ajusta a la valoración catastral realizada por la Gerencia Regional del Catastro, el recurrente, con ocasión de la notificación de la liquidación, no podrá oponerse a la base imponible del impuesto, en tanto la misma no sea anulada o suspendida, es decir, los Ayuntamientos carecen de libertad para apartarse de los valores catastrales mientras no sean sustituidos por otros mediante resolución firme ⁹³.

Ahora bien, como también mantiene reiteradamente el Tribunal Supremo, la correcta notificación individual de los valores catastrales por parte del Órgano competente de la Administración General del Estado es un requisito que, por constituir una garantía tributaria, condiciona la validez de las liquidaciones del IBI que han de practicar los Ayuntamientos, por lo que en aquellos casos en los que no se produce la notificación previa de los valores catastrales resulta forzoso permitir la impugnación del valor catastral en el momento en que se notifica la liquidación correspondiente ⁹⁴.

En definitiva, la gestión compartida duplica la litigiosidad de este impuesto, dado que el obligado tributario reproduce respecto de los actos de gestión tributaria sus pretensiones catastrales. Como pone de manifiesto el Jurado Tributario de Valencia en su Memoria de 2010 esta «conflictividad inducida» es un problema generalizado en todos los municipios españoles y coloca a las Haciendas municipales en una situación de notable inseguridad jurídica y financiera ⁹⁵.

C. La gestión compartida en el Impuesto sobre Actividades Económicas

1. Consideraciones generales

La aprobación de la LRHL constituyó un nuevo hito en la imposición local sobre la actividad económica en cuanto que supuso la implantación del IAE y la supresión de las Licencias fiscales de actividades comerciales e industriales y de profesionales y artistas y de los Impuestos sobre la Radiación, sobre la Publicidad y sobre Gastos Suntuarios, con excepción de la modalidad de aprovechamientos de caza y pesca ⁹⁶. Este impuesto ha sido objeto de una trascendente modificación operada por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, que ha eximido del pago del impuesto al 90 por 100 de los sujetos pasivos y que se ha aderezado con el establecimiento de una serie de bonificaciones potestativas que reflejan lo que acertadamente ha sido calificado por la doctrina como «una autonomía diri-

⁹² Vid. entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2002 y de 28 de marzo de 2003.

⁹³ Vid. entre otras, la STSJ de Madrid de 8 de febrero de 2001 y la STSJ de Murcia de 12 de mayo de 2000. El artículo 77.4 del TRLRHL dispone que «no será necesaria la notificación individual de las liquidaciones tributarias en los supuestos, en que, de conformidad con los artículos 65 y siguientes de esta Ley, se hayan practicado previamente las notificaciones del valor catastral y base liquidable previstas en los procedimientos de valoración colectiva. Una vez transcurrido el plazo de impugnación previsto en las citadas notificaciones sin que se hayan utilizado los recursos pertinentes, se entenderán consentidas y firmes las bases imponible y liquidable notificadas, sin que puedan ser objeto de nueva impugnación al procederse a la exacción anual del impuesto».

⁹⁴ Vid. SSTs de 13 de julio de 2000 y de 17 de septiembre de 2003.

⁹⁵ Vid. Memoria de Actividades Jurado Tributario del Ayuntamiento de Valencia (2010), pág. 14, en www.valencia.es.

⁹⁶ Para un análisis particular de los antecedentes históricos de esta figura impositiva pueden consultarse, entre otros, los trabajos de MENÉNDEZ MORENO, A. (1982), págs. 513-554 y GARCÍA-FRESNEDA GEA, F. (2008), págs. 87-108.

gida» (que permite disminuir la carga tributaria pero no aumentarla)⁹⁷ y una muy limitada consideración de las concretas circunstancias económicas del sujeto pasivo a través de la ponderación del importe neto de la cifra de negocio.

En nuestra opinión, las críticas que suscitó la configuración inicial del impuesto se han visto amplificadas tras la Ley 51/2002, por lo que la «contrarreforma» resulta ineludible. Desde una perspectiva de *lege ferenda* de los dos escenarios ideales posibles: supresión o reformulación del impuesto, optamos por el segundo, entendemos que no se debería suprimir un impuesto que también en el derecho comparado grava la actividad económica en el ámbito local⁹⁸, aunque también consideramos que la reforma de su configuración resulta obligada⁹⁹.

Supera el objeto de este trabajo un análisis del contenido de esta reforma, pero queremos subrayar que, en nuestra opinión, el IAE debería aplicarse a la totalidad de los obligados tributarios que ejercen actividades empresariales, profesionales o artísticas, debería recuperar su carácter censal (innecesario para el control de los tributos estatales pero indispensable para la comprobación de diversas tasas locales tras la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006), debería modificarse la exención prevista en el artículo 82.1 c)¹⁰⁰, reformular la exención recogida en el artículo 82.1 b), que no tiene presente su incidencia en las actividades de ciclo económico corto que se agotan en dos o tres periodos impositivos y, en todo caso, integrar una parte de la cuota tributaria en los tributos estatales que gravan los beneficios¹⁰¹.

Por último, en lo que aquí interesa, la reformulación del impuesto no debería olvidar nuevamente las normas de aplicación del tributo y, como veremos a continuación, debería superarse su configuración como tributo de gestión compartida.

2. La gestión censal en el Impuesto sobre Actividades Económicas

La gestión compartida en el IAE, aunque comparte rasgos con la gestión del IBI, presenta singularidades, sobre todo en el ámbito de la inspección, toda vez que en este impuesto el legislador no ha diferenciado entre la inspección censal y la inspección tributaria¹⁰².

⁹⁷ Cfr. ZORNOZA PÉREZ, J.J. (1999), págs. 194-198, que ya evidenciaba esta situación tras la reforma operada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

⁹⁸ Por ejemplo, en Alemania las Haciendas locales gravan las actividades económicas a través del IAE (*Gewerbesteuer*). En Francia, las actividades económicas están sujetas en el ámbito local a la Tasa Profesional (*Taxe professionnelle*). En Italia, en el ámbito regional, las actividades económicas están sujetas al impuesto regional sobre las actividades productivas o económicas (*IRAP*).

⁹⁹ Cfr. CALVO ORTEGA, R. (2009), pág. 46, que considera que la fundamentación fiscal del impuesto es que este tipo de actividades consideradas global y permanentemente constituyen un hecho que, en términos de atención económica, debe ser atendido por los ayuntamientos.

¹⁰⁰ *Vid.* DELGADO MERCÉ, A.J. (2010), pág. 152.

¹⁰¹ Cfr. sobre las diferentes propuestas de reforma pueden consultarse, entre otros, los trabajos de GARCÍA-FRESNEDA GEA, F. (1996); ANÍBARRO PÉREZ, S. (1997); POVEDA BLANCO, F. (2008); ZORNOZA PÉREZ, J. y MARTÍN FERNÁNDEZ, J. (2008); RUBIO GUERRERO, J.J. (2008) y CALVO ORTEGA, R. (2009), págs. 45-46.

¹⁰² Cfr. RUBIO DE URQUÍA, J.J. y ARNAL SURÍA, S. (1996), pág. 548, han puesto de manifiesto como el resultado final de este régimen de gestión es consecuencia directa de una situación análoga a la producida en el ámbito del IBI, concretándose

Este esquema, que tiene su origen en el artículo 92 de la LRHL y que mantiene el vigente artículo 91 del TRLRHL, supone que la Administración Tributaria del Estado tiene atribuida originariamente la gestión censal y la inspección del impuesto, así como la gestión tributaria –liquidatoria y recaudatoria– de las cuotas provinciales y nacionales y los Ayuntamientos ostentan la gestión tributaria de las cuotas municipales.

La gestión censal comprende la formación de la matrícula del impuesto, la calificación de las actividades económicas y el señalamiento de las cuotas correspondientes (arts. 90 y 91.1 TRLRHL) y la gestión tributaria incluye las funciones de concesión y denegación de exenciones y bonificaciones, realización de las liquidaciones conducentes a la determinación de las deudas tributarias, emisión de los instrumentos de cobro, resolución de los expedientes de devolución de ingresos indebidos, resolución de los recursos que se interpongan contra dichos actos y actuaciones para la información y asistencia al contribuyente (art. 91.2 TRLRHL).

Además este régimen normativo presenta dos fórmulas de redistribución competencial, que pueden a su vez resultar concurrentes. En primer lugar, una calificada como «descendente», que opera para las cuotas municipales, tanto en el ámbito de la gestión censal como en el de la inspección tributaria de conformidad con lo establecido en el artículo 91 apartados 1 y 3 del TRLRHL ¹⁰³. En segundo lugar, otra «ascendente» que opera también para las cuotas municipales, en relación con la competencia de gestión tributaria y su posible delegación o el establecimiento de mecanismos de colaboración con otras entidades territoriales supramunicipales de acuerdo con lo establecido en los artículos 7 y 8 del TRLRHL.

En nuestra opinión, esta distribución competencial ha perdido su justificación al desaparecer, como ya hemos puesto de manifiesto en el presente estudio, los fundamentos que amparaban la atribución de la gestión censal e inspección tributaria a la Administración Tributaria del Estado. Por ello, proponemos de *lege ferenda* su transformación en un impuesto municipal en el que la totalidad de las funciones de aplicación del tributo se residencien en las Entidades locales, sin perjuicio de las delegaciones y mecanismos de colaboración previstos en el TRLRHL. Este nuevo esquema competencial también simplificaría su régimen de impugnación que sería el previsto con carácter general en la normativa de Haciendas locales.

Por último, por lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones formales, actualmente solo si el obligado tributario está sujeto y no exento del IAE debe presentar ante la Administración tributaria la declaración de alta en la matrícula del IAE ¹⁰⁴, dado que si resulta exento por todas sus

en una lucha competencial entre el Estado y el sector local. No obstante, observan como la única diferencia respecto a la fórmula de gestión del IBI, se concreta en el ámbito de la inspección, dado que en el caso del IAE el acuerdo sí alcanzó a este aspecto de la gestión, atribuyéndose a la Administración Tributaria del Estado las competencias inherentes a la misma en su totalidad, sin que haya sido necesario distinguir, como ocurre en el IBI, entre inspección catastral e inspección tributaria.

¹⁰³ La gestión censal es objeto de desarrollo reglamentario en los artículos 20 a 25 del Real Decreto 243/1995, de 17 de febrero. Y la inspección tributaria se desarrolla en el artículo 18 del citado Real Decreto que prevé tanto la delegación de la inspección como el establecimiento de fórmulas de colaboración.

¹⁰⁴ Las obligaciones formales en el IAE se regulan en las siguientes normas reglamentarias:

- El Real Decreto 243/1995, de 17 de febrero, por el que se dictan normas para la Gestión del Impuesto sobre Actividades Económicas y se regula la Delegación de Competencias en materia de Gestión Censal de dicho Impuesto.

actividades, únicamente debe comunicar, a través de las correspondientes declaraciones censales, su alta en el Censo de Empresarios, Profesionales y Retenedores (modelo 036) ¹⁰⁵.

3. La inspección tributaria en el Impuesto sobre Actividades Económicas

El esquema de atribución competencial conformado por el artículo 91.3 del TRLRHL y el artículo 18 del Real Decreto 243/1995, de 17 de febrero, atribuye la facultad originaria para la inspección tributaria del IAE a la Administración del Estado a través de la AEAT. En esta misma línea, el artículo 166.3 letra c) del vigente RGAT asigna a los órganos inspectores de la AEAT la inspección del IAE «de acuerdo con lo dispuesto en la normativa reguladora de las Haciendas Locales». En este punto debemos subrayar como la AEAT no realiza ninguna referencia a la inspección tributaria de las cuotas nacionales, provinciales o municipales del IAE en sus Memorias de gestión, lo que manifiesta una evidente desatención de una competencia que el legislador le ha atribuido originariamente ¹⁰⁶.

El examen de la inspección tributaria en este impuesto obliga a tratar separadamente la inspección de las cuotas provinciales y nacionales y la inspección de las cuotas municipales.

Las cuotas nacionales y provinciales representan el 16 por 100 de las actividades incluidas en las Tarifas del impuesto ¹⁰⁷. Desde la perspectiva de la comprobación, su titularidad y ejercicio corres-

- La Orden HAC/2572/2003, de 10 de septiembre, por la que se aprueba el modelo 840 de Declaración del IAE, aplicable tanto si se tributa por cuota municipal como si se tributa por cuota provincial o nacional.
- La Orden HAC/85/2003, de 23 de enero, por la que se determinan los supuestos en los que los pasivos del IAE deben presentar una comunicación en relación con el importe neto de su cifra de negocios y se aprueba el modelo de dicha comunicación (modelo 848).
- Y, la Orden EHA/1274/2007, de 26 de abril, por la que se aprueban los modelos 036 de Declaración censal de alta, modificación y baja en el Censo de empresarios, profesionales y retenedores y 037 Declaración censal simplificada de alta, modificación y baja en el Censo de empresarios, profesionales y retenedores.

¹⁰⁵ La Consulta de la Dirección General de Tributos V0003/2010, de 11 de enero (NFC037126), subraya que «en cuanto a la declaración de alta que corresponde presentar por el inicio de la nueva actividad, se debe distinguir en primer lugar si la sociedad se encuentra exenta o no del Impuesto sobre Actividades Económicas por la totalidad de las actividades económicas que desarrolla. Si la Sociedad consultante no se encuentra exenta del impuesto por la totalidad de sus actividades deberá efectuar la declaración del alta a través de la presentación del modelo 840 (...). Por el contrario, si la Sociedad resulta exenta del impuesto por todas sus actividades económicas, la presentación de las declaraciones censales de alta, modificación o baja sustituye a la presentación de las declaraciones específicas de dicho impuesto, no resultando necesario en este caso la presentación del modelo 840. Todo ello, sin perjuicio de la obligación de presentar declaración de alta en la matrícula (modelo 840) cuando deje de cumplir las condiciones exigidas para la aplicación de la exención. Esta se presentará durante el mes de diciembre inmediato anterior al año en el que el sujeto pasivo resulte obligado a contribuir por el impuesto».

¹⁰⁶ La desidia administrativa, en este caso de la AEAT, en la aplicación de aquellos tributos con duplicidad competencial gestora es un denominador común en todas estas figuras impositivas. Por ejemplo, LAGO MONTERO, J.M. y otros (2010), pág. 413, alude al Impuesto sobre el Patrimonio y observa como algunos autores denunciaron que este impuesto se encontraba en abandono administrativo, dado que la inspección de hacienda del Estado no se tomaba el debido interés en la práctica de comprobaciones exhaustivas al no corresponderle a la AEAT el dinero recaudado y, por su parte, las comunidades autónomas, sabedoras de que la AEAT comprobaba este impuesto al hilo del IRPF, no dedicaron efectivos a su comprobación autónoma.

¹⁰⁷ Convenimos con el profesor CALVO ORTEGA, R. (2009), pág. 46, que la próxima reforma del impuesto tendría que considerar, entre otros aspectos, que toda la estructura actual de las cuotas provinciales y nacionales tiene muy escaso sentido y debería de suprimirse.

ponde en exclusiva a los órganos competentes de la AEAT, es decir, para este tipo de cuotas la normativa del tributo no ha previsto ningún mecanismo de delegación, es decir, solo caben fórmulas de colaboración con las entidades gestoras del tributo.

La inspección de las cuotas municipales puede ser objeto de delegación y colaboración. La regulación de estos dos regímenes se contiene en la Orden de 10 de junio de 1992 que sorprendentemente ha resistido las múltiples reformas sufridas por el impuesto desde su creación ¹⁰⁸. Por lo que se refiere al régimen de delegación, como principal nota distintiva destaca su configuración como delegación interadministrativa en la que el ente delegante retiene la titularidad de la competencia y traspasa el ente delegado su ejercicio ¹⁰⁹. El legislador ha limitado su ámbito objetivo a las cuotas municipales.

Por el contrario, el régimen de colaboración amplía el ámbito objetivo a todas las cuotas (municipales, provinciales y nacionales) ¹¹⁰, pero limita las actuaciones materiales a desarrollar por la entidad colaboradora a las actuaciones de mero trámite o preparatorias de la regularización, dado que esta última se realizará finalmente por la Administración Tributaria del Estado ¹¹¹.

La práctica administrativa evidencia como la Orden de 10 de junio de 1992 ha tenido un desarrollo dispar, dado que si bien el régimen de delegación ha sido solicitado por un número muy considerable de entidades, el régimen de colaboración ha tenido escasa aceptación. En nuestra opinión, esta realidad encuentra su justificación en el hecho de que las Entidades locales han considerado más operativo el régimen de delegación en cuanto que no divide la tramitación del procedimiento de inspección en dos mitades separadas por la formalización del acta de inspección y que son atribuidas a Administraciones tributarias diferentes.

4. *El régimen de impugnación del Impuesto sobre Actividades Económicas*

El régimen de gestión compartida afecta directamente al régimen de impugnación de los actos derivados de actuaciones de gestión censal y tributaria e inspección tributaria en este impuesto.

El régimen de impugnación de los actos de gestión censal es el previsto en el artículo 15 del Real Decreto 243/1995, de 17 de febrero, que establece que previo el potestativo recurso de reposición, corresponderá a los Tribunales Económico-Administrativos Estatales el conocimiento de las reclamaciones que se interpongan contra los actos de la Administración Tributaria del Estado relativos a la calificación de actividades económicas, asignación de grupos o epígrafes y determinación de las cuotas

¹⁰⁸ La citada Orden es consecuencia del mandato legal establecido en el artículo 92.3 de la LRHL y desarrolla las condiciones y efectos de la delegación de la inspección del impuesto así como la colaboración con el Estado en dicha función.

¹⁰⁹ Así lo expresan, entre otros, VELÁZQUEZ CUETO, F.A. (1993), pág. 69; IRLA GALÁN y otros (1996), pág. 396; NIETO MONTERO, J.J. (1997), pág. 132, y SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, V.M. (2006), pág. 357.

¹¹⁰ El artículo 13 a) *in fine* de la Orden de 10 de junio de 1992 determina que el régimen de colaboración puede alcanzar a todas las actividades ejercidas, incluso las que tributen por cuota provincial o nacional.

¹¹¹ Cfr. VELÁZQUEZ CUETO, F.A. (1993), pág. 75, señala que la actividad colaboradora no va más de la fase de instrucción, que además se realiza conforme a planes sometidos a aprobación por el titular de las competencias, manteniendo el Estado las facultades resolutorias. En los mismos términos, IRLA GALÁN, J.A. y otros (1996), pág. 396 y SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, V.M. (2006), pág. 275.

resultantes de aplicar las Tarifas e Instrucción del impuesto. Cuando la gestión censal se lleve a cabo por una Entidad local, se interpondrá previamente el recurso de reposición regulado en el artículo 14.2 del TRLRHL, y contra la resolución de este, reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo del Estado.

Por su parte, los actos de gestión tributaria del impuesto son impugnables a través del recurso de reposición regulado en el artículo 14 del TRLRHL, cuya resolución pone fin a la vía administrativa y abre la posibilidad de interponer recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Como especialidad, en los municipios de gran población, tal y como los define el artículo 121 de la Ley 7/1985, que hayan creado sus propios órganos para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas conforme al artículo 137 de la Ley 7/1985, contra los actos de gestión, liquidación y recaudación que sean de competencia municipal, cabe interponer reclamación económico-administrativa en el plazo de un mes. La resolución que se dicte por dichos órganos pone fin a la vía administrativa. No obstante, los interesados podrán, con carácter potestativo, presentar contra dichos actos y previamente a la reclamación económico-administrativa, el recurso de reposición regulado en el artículo 14 del TRLRHL.

Por último, el régimen de impugnación de las actuaciones de comprobación e investigación en este impuesto se recoge en el artículo 18.4 del Real Decreto 243/1995, de 17 de febrero, que distingue dos supuestos. Los actos derivados de las actuaciones de inspección dictados por la Administración Tributaria del Estado o por las comunidades autónomas, que suponen inclusión, exclusión o alteración de los datos contenidos en los censos, podrán ser objeto de reclamación económico-administrativa ante los Tribunales Económico-Administrativos del Estado, previo el facultativo recurso de reposición ante la entidad autora del acto. Y los actos derivados de las actuaciones de inspección dictados por una Entidad local, que supongan inclusión, exclusión o alteración de los datos contenidos en los censos podrán ser objeto de reclamación económico-administrativa del Estado, previa interposición del recurso de reposición regulado en el artículo 14.4 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales ¹¹².

Este régimen de impugnación deriva del carácter bifronte que la actuación inspectora comporta, que, de una parte, aprueba o modifica una liquidación tributaria (acto de gestión tributaria) y, de otra, incluye, modifica o excluye los datos censales declarados u omitidos por el sujeto pasivo (acto de gestión censal) y genera extraordinarios problemas para adecuar la pretensión con la vía de impugnación ¹¹³.

Por todo ello, desaparecidos los fundamentos supralocales que justificaban la reserva estatal de las competencias de gestión censal, proponemos atribuir en exclusiva a las Entidades locales la gestión del impuesto, sin perjuicio de los mecanismos de delegación o colaboración previstos en los artículos 7 y 8 del TRLRHL, lo que determinaría un único régimen de impugnación, que sería el previsto con carácter general en la LRHL ¹¹⁴ y, sobre todo, posibilitaría una mayor celeridad en la resolución de las pretensiones de los recurrentes ¹¹⁵.

¹¹² Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2001.

¹¹³ Cfr. entre otros, GONZÁLEZ PÉREZ, J. y TOLEDO JAUDENES, J. (1997), pág. 295; BARQUERO ESTEVAN, J.M. (1999), pág. 220 y DELGADO MERCÉ, A.J. (2010), pág. 189.

¹¹⁴ Vid. ALONSO GIL, M. (2008), págs. 219-228.

¹¹⁵ Resulta ilustrativo el ejemplo comentado por ARAGONÉS BELTRÁN, E. (2004), págs. 98-99, sobre una inspección del IAE de «un Ayuntamiento que levanta acta, gira liquidación e impone una sanción tributaria por un error en la superficie decla-

V. CONCLUSIONES

- I. Con carácter preliminar, y desde una perspectiva organizativa, conviene realizar dos consideraciones. En primer lugar, las entidades delegadas que en relación con la aplicación de los tributos locales presentan una legitimación cualificada son las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos insulares. En nuestra opinión sería deseable que el legislador tuviera presente que la autonomía municipal y la autonomía provincial conforman un sistema complementario que debería tomarse en consideración al regular esta materia.
- II. En segundo lugar, algunas Entidades locales están recurriendo a la iniciativa privada para la gestión, recaudación e inspección de sus propios tributos, en una situación que podríamos calificar de progresiva deriva de la aplicación de los tributos locales a la gestión indirecta y que resulta contraria al artículo 85.3 de la LRBRL, que excluye de la gestión indirecta la prestación de aquellos servicios públicos que implican ejercicio de autoridad. En nuestra opinión, únicamente resultarán admisibles aquellas actuaciones de asistencia, informe o asesoramiento que, por tener un carácter auxiliar, no incidan directamente en la relación jurídico-tributaria.
- III. En el IBI hemos puesto de manifiesto como el vigente régimen normativo evidencia la singularidad de la normativa catastral y su progresivo alejamiento tanto del régimen tributario general, es decir, de la LGT y su normativa de desarrollo, como del sistema tributario local representado por el TRLRHL.

El vigente marco normativo catastral aumenta las facultades de las Entidades locales en materia de gestión e inspección catastral, pero mantiene ciertas limitaciones que consideramos censurables. En nuestra opinión, la configuración del valor catastral como base imponible del IBI y de la titularidad catastral como sujeto pasivo potencial del IBI no deberían ser obstáculo para que la relación entre el catastro y el impuesto fuera bidireccional y no requiriera la previa modificación catastral, todo ello, sin perjuicio de la deseable coordinación entre ambas instituciones.
- IV. En particular, en el ámbito de la inspección catastral y tributaria del IBI proponemos una reforma legislativa que, de un lado, configure expresamente la inspección tributaria del IBI como una de las competencias propias de los Ayuntamientos reconocidas en el artículo 77 del TRLRHL y, de otro, que sobre la base de su relación directa con la gestión e inspección catastral, permita que los Entes locales que lo soliciten y que acrediten su capacidad de gestión, puedan obtener la delegación de la gestión catastral integral, incluida la inspección catastral tanto para las actuaciones de comprobación como de investigación.

rada por el obligado tributario. El contribuyente, tras las correspondientes reposiciones, impugna la sanción ante el Juzgado y el acto censal ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional. El Juzgado confirme la sanción (la carreta antes de los bueyes) y, tres años después, el TEAR estima la reclamación económico-administrativa. Pero el ayuntamiento no devuelve la sanción (dice que hay una sentencia firme) ni las liquidaciones pagadas (dice que son firmes y consentidas). Una sola y exclusiva cuestión va ya, entre alegaciones, reposiciones, recursos jurisdiccionales y reclamaciones económico-administrativas por el noveno o décimo escrito de alegaciones».

- V. En el IAE la gestión censal y tributaria se asemeja a un damero en el que se entrecruzan actuaciones de carácter censal y de carácter tributario, y que en la mayor parte de los casos se realizan por diferentes Administraciones tributarias, y dentro de ellas, por distintos órganos administrativos (gestores e inspectores), circunstancias que afectan especialmente a su régimen de impugnación que constituye un laberinto que genera extraordinarios problemas para adecuar la pretensión con la vía de impugnación adecuada. Por ello, en relación con este impuesto cabe concluir que, desaparecidos los fundamentos supralocales que justificaban la reserva estatal de las competencias de gestión censal, el legislador debería atribuir en exclusiva a las Entidades locales la gestión del impuesto, sin perjuicio de los mecanismos de delegación o colaboración previstos con carácter general en los artículos 7 y 8 del TRLRHL.
- VI. En definitiva, y como corolario de todo lo anterior, la próxima reforma de las Haciendas locales no debería poner el acento exclusivamente en la obtención de mayores porcentajes de cesión de los ingresos estatales y autonómicos, convirtiendo la Hacienda local en una Hacienda de transferencias territorializadas sobre la que las Entidades locales no pueden asumir competencias normativas ni de aplicación y revisión, también debería reformar las normas de aplicación de sus tributos con la finalidad de alcanzar su máximo potencial recaudatorio.

Bibliografía

- ACÍN FERRER, A. [2008a]: «Delegación de la gestión tributaria. La experiencia de la Diputación de Barcelona», *Régimen jurídico de los tributos locales. Especial referencia al catastro y a los órganos de revisión locales* (dir. CHAMORRO GONZÁLEZ, Jesús), Estudios de Derecho Judicial, n.º 126, CGPJ, Madrid.
- ALONSO GIL, M. [2008]: «Comentario a la STC 132/2007, de 4 de junio. Impuesto sobre Actividades Económicas. Lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. Aplicación irrazonable del Derecho al producirse una quiebra lógica en el discurso que conduce del razonamiento a la decisión», *Comentarios de Jurisprudencia Constitucional*, años 2006-2007, Estudios Jurídicos, IEF.
- ANÍBARRO PÉREZ, S. [1997]: *La sujeción al Impuesto sobre Actividades Económicas*, Monografía, Ciencias Jurídicas, McGraw-Hill, Madrid.
- ARAGONÉS BELTRÁN, E. [2004]: «La organización económica de los entes locales en la Ley de medidas para la modernización del gobierno local», *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 5, Fundación Democracia y Gobierno Local.
- BARQUERO ESTEVAN, J.M. [1999]: *Gestión tributaria y relaciones interadministrativas en los tributos locales*, Madrid, Editorial Montecorbo SA.
- CAAMAÑO, M.J. [2001]: *Situación actual y perspectivas de cambio del sistema tributario local*, Ponencia presentada en los «Primeros Encuentros Nacionales de Administración local», celebrados en Lugo en junio de 2001.
- CALVO ORTEGA, R. [2009]: «La autonomía tributaria y la suficiencia financiera de los entes locales y, específicamente, de los municipios», *Revista de Estudios Locales*, Editorial Cunal, n.º 125.

- CASADO OLLERO, G. [1991]: Presentación a *La Gestión Tributaria en la Hacienda Local*, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial, Granada.
- [2003]: *Incidencia de la nueva Ley General Tributaria en la Hacienda Local*. Seminario la Nueva Ley General Tributaria y su incidencia en la Hacienda Local, Ayuntamiento de Madrid, diciembre.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M. [2001]: «Algunas notas en relación con la normativa aplicable a la gestión de tributos locales cedida a Entes públicos distintos de quienes son sujetos activos», *Tributos Locales*, n.º 13, Regresa.
- CHICA PALOMO, M.ª D. y ALCÁZAR MOLINA, M.G. [2008]: «El Catastro en el marco del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía», *Cuadernos Críticos del Derecho*, n.º 2, 2008.
- COLLADO YURRITA, M.A. [2001]: «Algunos aspectos en la configuración del IAE y su futuro», *Tributos Locales*, n.º 8, junio, Editorial Regresa, Madrid.
- DELGADO MERCÉ, A.J. [2010]: «Impuesto sobre Actividades Económicas», *Tributos Locales*, Tomo VII (dirs. CHICO DE LA CÁMARA, P.; GALÁN RUIZ, J. y RODRÍGUEZ ONDARZA, J.A. y coord. GOMAR SÁNCHEZ, J.I.), *Fiscalidad Práctica*, Editorial Thomson Reuters. Civitas.
- FERNÁNDEZ PAVÉS, M.ª J. [2004]: Prólogo en *La gestión impositiva municipal*, (aut.) JABALERA DORIGUEZ, A., Editorial Marcial Pons, Madrid.
- FUENTES VALENCIA, P. [2000]: *Convenios de colaboración en materia de gestión catastral*, C.T., abril 2000.
- GARCÍA MARTÍNEZ, A. [2007b]: «La participación de las empresas privadas en la inspección de los tributos locales», *Tributos Locales*, n.º 68, mayo, Editorial Regresa, Madrid.
- GARCÍA-FRESNEDA GEA, F. [1996]: *El Impuesto sobre Actividades Económicas: Régimen jurídico vigente y perspectivas de reforma*, Editorial Comares.
- [2008]: «Los antecedentes históricos del Impuesto sobre Actividades Económicas», *Crónica Tributaria*, n.º 127.
- GARCÍA-MONCO MARTÍNEZ, A. [1991]: «El Impuesto sobre Bienes Inmuebles», en *La reforma de las Haciendas Locales* (dir. CALVO ORTEGA), Editorial Lex Nova.
- [1995]: *Impuesto sobre Bienes Inmuebles y los valores catastrales*, Editorial Lex Nova.
- GARCÍA-OVIES SARANDESES, I. [2004]: «Procedimiento de inspección» en CALVO ORTEGA, R. (dir.), TEJERIZO LOPEZ, J.M. (coord.), *La nueva Ley General Tributaria*, Madrid, Editorial Civitas Thomson.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. y TOLEDO JAUDENES, J. [1997]: *Comentarios al Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones económico-administrativas*, 2.ª edición, Editorial Civitas, Madrid.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, M.L. [2010]: «El impuesto sobre bienes inmuebles», *Los Tributos Locales* (coord. MARÍN-BARNUEVO FABO, D.) 2.ª edición, Editorial Thomson-Civitas.
- GOTA LOSADA, A. [2000]: «Derecho tributario local», *Tributos estatales, autonómicos y locales*, Manuales de Formación Continuada 8, CGPJ.
- HASSELLDINE, J. [2010]: «La administración de los sistemas tributarios», *Claves actuales de la fiscalidad del futuro* en Papeles de Economía Española, n.º 125/126, 2010.
- IRALA GALÁN, J.A.; MUÑIZ GARCÍA, L.; DE JUAN NAVARRO, M. y GARCÍA TORRES, A.L. [1996]: *La gestión, inspección y doctrina administrativa del Impuesto sobre Actividades Económicas*. SUMA Gestión Tributaria, Diputación de Alicante, Editorial Civitas. Madrid.
- JABALERA RODRÍGUEZ, A. [2005]: *La gestión impositiva municipal*, Editorial Marcial Pons. Madrid.
- LAGO MONTERO, J M. [2004]: «Los procedimientos tributarios locales tras la LGT», *Tributos Locales*, n.º 45 Editorial Regresa, Madrid.

- LAGO MONTERO, J.M.^a; GUERVÓS MAÍLLO, M.^a A.; GIL RODRÍGUEZ, I. y ALFONSO GALÁN, R.M.^a [2010]: *El sistema de financiación de las CCAA. Comentario a la Ley 22/2009, de 28 de diciembre, tras la Sentencia del Estatuto catalán*, Editorial Dykinson, Madrid.
- MARTÍN QUERALT, J. [2006]: «Gestión compartida, inactividad de la Administración y prescripción en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles», *Tribuna Fiscal*, n.º 187, Editorial CISS.
- MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; CASADO OLLERO, G. y TEJERIZO LÓPEZ, J.M. [2009]: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 20.ª edición, Editorial Tecnos, Madrid.
- MENÉNDEZ MORENO, A. [1982]: «La imposición de las rentas mixtas en el periodo histórico 1845-1957», Editorial Civitas, *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 36.
- MESTRE GARCÍA, E. [2005]: «La nueva Ley General Tributaria y su aplicación a las Haciendas Locales», *La aplicación de los Tributos en la Nueva Ley General Tributaria*, XLIX Semana de Estudios de Derecho Financiero, Madrid, IEF.
- MIRANDA HITTA, J.S. [2008]: «El Catastro y las Haciendas locales», *Papeles de Economía Española Competencias, financiación y gestión de los Entes Locales*, n.º 115, Fundación de las Cajas de Ahorros.
- MUÑOZ MERINO, A. [2010]: «Cuestiones relativas al IIVTNU», *Los tributos municipales a la luz de la doctrina de los órganos tributarios locales y del Consell Tributari* (Ponencias del Tercer Encuentro de los Órganos Tributarios Locales), Ajuntament de Barcelona. D'estudis autonòmics y locals. Fundació Carles Pi i Sunyer.
- NAVARRO HERAS, R. [2008]: «Problemática en los tributos de gestión compartida: la experiencia del Ayuntamiento de Madrid», *Tributos Locales*, n.º 79, Editorial Regresa.
- NIETO MONTERO, J.J. [1997]: *La Gestión de los Impuestos Municipales*, Editorial Aranzadi, Pamplona.
- NÚÑEZ PÉREZ, G. [2007]: «El nuevo Reglamento General de Gestión e Inspección Tributaria y su incidencia en la Hacienda Local», *Actum Fiscal*, n.º 11.
- PAGÈS I GALTÉS, J. [2006b]: «Las Haciendas Locales en el nuevo Estatuto de Catalunya», *Tributos Locales*, n.º 63, junio 2006.
- POVEDA BLANCO, F. [2003]: *Impuesto sobre Actividades Económicas*, Editorial Deusto.
- [2008]: «¿Es posible resucitar el IAE?», *Competencias, Financiación y Gestión de los Entes Locales*, Papeles de Economía Española, n.º 115, Fundación Cajas de Ahorros.
- PRIETO MARTÍN, C. [2002]: «Las negociaciones para un nuevo marco de Hacienda local», *Papeles de Economía Española*, n.º 92, *Haciendas locales vías de reforma*.
- [2003]: *Jornada sobre la reforma de los tributos locales*, celebrada el 14 de mayo de 2003, Instituto de Estudios Fiscales (Ministerio de Hacienda).
- RAMOS PRIETO, J. [2007]: «La distribución de las competencias de gestión, recaudación, inspección y revisión en materia tributaria y la reforma de los Estatutos de Autonomía», *Revista de estudios regionales*, n.º 78.
- RUBIO DE URQUÍA, J.I. [1991]: «Las competencias de las Entidades Locales en la gestión tributaria: delegación de competencias. Colaboración interadministrativa en la gestión fiscal», *La Gestión Tributaria en la Hacienda Local*, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial, Granada.
- [2001]: «Alcance de la potestad normativa de las Entidades locales en materia de gestión tributaria: algunas puntualizaciones», *Tributos Locales*, n.º 7 mayo, Editorial Regresa.
 - [2004]: «¿Conviene la aprobación de una Ordenanza fiscal general tributaria?», *Tributos Locales*, n.º 39, abril, Editorial Regresa, Madrid.
 - [2008]: «El IBI en la perspectiva reformista de la FEMP», *Tributos Locales*, n.º 82, julio. Editorial Regresa, Madrid.

- RUBIO DE URQUÍA, J.I. y ARNAL SURÍA, S. [1996]: *Ley Reguladora de las Haciendas Locales*, Editorial Abella, El consultor de los ayuntamientos y juzgados.
- RUBIO GUERRERO, J.J. [2008]: «La financiación tributaria de los entes locales en España. Problemas y perspectivas de reforma», *Papeles de Economía Española, Competencias, Financiación y Gestión de los Entes Locales*, n.º 115, Fundación de las Cajas de Ahorros.
- SAINZ DE BUJANDA, F. [1954]: «La reforma de las Haciendas locales», *Revista de Administración Pública*, n.º 13.
- SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, V.M. [2006]: *Relaciones interadministrativas en la aplicación de los tributos locales*, Ca-bildo de Lanzarote.
- SERRANO ANTÓN, F. [2008]: «La externalización de las funciones tributarias», *La externalización de servicios tributarios* (dir.) SERRANO ANTÓN, F., Colección Defensor del Contribuyente, Ayuntamiento de Madrid. Editorial Civitas, Madrid.
- SOLER ROCH, M.T. y MARTÍNEZ MUÑOZ, Y. [2007]: «La revocación en las Haciendas Locales», *El Estado Actual de los Derechos y de las Garantías de los Contribuyentes en las Haciendas Locales*, (dir.) SERRANO ANTÓN, F., Editorial Thomson Civitas, Navarra.
- TEJERIZO LÓPEZ, J.M. [2003]: «Relaciones entre los diferentes niveles del sistema tributario español a la luz de la reforma de las Haciendas Locales», *Tributos Locales*.
- TEJERIZO LÓPEZ, J.M.; CORDERO GONZÁLEZ, E.; MARTÍN DÉGANO, I. y MENÉNDEZ GARCÍA, G. [2009]: *La financiación territorial en los Estados descentralizados: un estudio comparado*, IEF, Madrid.
- TILVE ABILLIERA, J.L. [1991]: «¿Qué es eso de la inspección catastral?», *Impuestos*, agosto, 1991.
- VARONA ALABERN, J.E. [2001]: *El valor catastral: su gestión e impugnación*, Navarra, Editorial Aranzadi, 3.ª ed.
- VELASCO CABALLERO, F. [2008]: «El Fondo de inversión local en el sistema jurídico-territorial español», *Boletín Mensual IDL* n.º 27 en www.idluam.org.
- VELÁZQUEZ CUETO, F.A. [1993]: «La inspección del Impuesto sobre Actividades Económicas por entidades locales», *CT* n.º 66.
- ZAFRA VÍCTOR, M. [2008]: «Autonomía local: competencias propias y financiación incondicionada», *Papeles de Economía Española, Competencias, financiación y gestión de los Entes Locales*, n.º 115, Fundación de las Cajas de Ahorros.
- ZAPATA HIJAR, J.C. [2006]: «Los procedimientos de gestión, recaudación, inspección y sancionador en el ámbito tributario local», *Régimen Jurídico de los Tributos Locales. Especial referencia al Catastro y a los órganos de revisión locales*, (dir.) CHAMORRO GONZÁLEZ, J., *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 126, CFPJ. Madrid.
- ZORNOZA PÉREZ, J. [1999]: «La financiación de las Corporaciones locales durante el quinquenio 1999/2003», *El desarrollo del gobierno local (una aproximación doctrinal)*, INAP, Madrid.
- [2001]: *Corresponsabilidad Fiscal de las Entidades Locales*. Jornadas de Estudio y Debate sobre Financiación local y Corresponsabilidad Fiscal, Ayuntamiento de Madrid.
 - [2008]: «La regulación de las participaciones locales en ingresos de las Comunidades Autónomas: una exigencia constitucional», *Cuadernos de Derecho Local Número*, 33 (enero-abril 2008).
- ZORNOZA PÉREZ, J. y ORTIZ CALLE, E. [2010]: «Las Tasas», *Los Tributos Locales*, (coord. MARÍN-BARNUEVO FABO, D.) 2.ª edición, Editorial Thomson-Civitas.
- ZORNOZA PÉREZ, J. y MARTÍN FERNÁNDEZ, J. [2008]: «Las Haciendas locales: esas grandes olvidadas», *Papeles de Economía Española, Competencias, financiación y gestión de los Entes Locales*, n.º 115. Fundación de las Cajas de Ahorros.

VV.AA. [2006]: *La situación de los Ayuntamientos en España, sus carencias económicas y problemas de gestión: diagnóstico y propuestas en una perspectiva europea*, FEMP, Banco de Crédito Local.

- [2008]: *La financiación local en España: Radiografía del presente y propuestas de futuro*, (coord. SUÁREZ PANDIELLO, J.) FEMP.

OTROS (Informes, memorias, dictámenes y resoluciones)

- [2011]: Haciendas Locales en cifras Año 2009. Dirección General de Coordinación Financiera con las Entidades Locales. Ministerio de Economía y Hacienda en www.minhac.es.
- [2008]: Informe Anual del Defensor del Pueblo, en www.defensordelpueblo.es.
- [2010]: Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de Badajoz, ejercicios 2006 y 2007, Tribunal de Cuentas (mayo), en www.tcu.es.
- [2007]: Informe de la Ponencia de estudio de la financiación local, constituida en el seno de la Comisión de Entidades Locales (543/000015), diciembre, en www.senado.es.
- [2005]: Libro Blanco para la reforma del gobierno local. Secretario de Estado de Cooperación Territorial. Ministerio de Administraciones Públicas.
- [2011]: Libro Verde de los Gobiernos Locales Intermedios en España. Fundación Democracia y Gobierno Local, en www.gobiernolocal.org.
- [2007]: Resoluciones IX Asamblea General de la FEMP. 9, 10 y 11 de noviembre, en www.femp.es.

LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 89 DEL TRLIS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE FUSIONES Y ESCISIONES. EN TORNO A LA PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL DE LA ENTIDAD TRANSMITENTE Y DE LA ENTIDAD ADQUIRENTE

JUAN CALVO VÉRGEZ

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Extremadura*

Extracto:

EL presente trabajo tiene por objeto analizar, dentro del ámbito del régimen especial de fusiones y escisiones previsto al efecto en el TRLIS, la cuestión relativa a las participaciones en el capital de la entidad transmitente y de la entidad adquirente, objeto de regulación en el artículo 89 del citado texto legal. A tal efecto son objeto de estudio, entre otras cuestiones, las relativas al régimen fiscal aplicable tanto a la renta producida por la anulación de la participación que la entidad transmitente tuviese en la entidad adquirente, como a aquella otra renta derivada de la anulación de la participación que la entidad adquirente tuviese en la entidad transmitente. Todo ello sin perjuicio del análisis de otras cuestiones especialmente conflictivas como, por ejemplo, la referente a la compensación de las bases imponibles negativas.

Palabras clave: Impuesto sobre Sociedades, fusiones, escisiones, régimen especial, entidad transmitente, entidad adquirente, participaciones, anulación y porcentaje de participación.

THE APPLICATION OF ARTICLE 89 TRLIS IN MERGERS AND DIVISIONS OF CORPORATIONS. AROUND THE PARTICIPATION IN THE CAPITAL OF THE TRANSFEROR AND THE ACQUIRER

JUAN CALVO VÉRGEZ

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Extremadura*

Abstract:

THIS paper aims to examine, within the scope of the special regime for mergers and divisions for this purpose in the TRLIS, the issue of the shares in the capital of the transferor and the acquirer, subject to regulation in article 89 of that statute. To this effect are being studied, among other issues, relating to the taxation applicable to both the income produced by the cancellation of the share that the transferor had in the acquirer, as that other income from the cancellation of the participation that the acquirer had the transferor. This is without prejudice to the analysis of other contentious issues especially as, for example, regarding the compensation of tax losses.

Keywords: Corporate Income Tax, mergers, special arrangements, transferor, transferee entity, partnership, annulment and percentage of ownership.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Tratamiento fiscal de la renta producida por la anulación de la participación que la entidad transmitente tuviese en la entidad adquirente.
- III. Renta derivada de la anulación de la participación que la entidad adquirente tuviese en la entidad transmitente.
 - 1. Supuestos en los que la participación resulta ser igual o superior al 5 por 100.
 - 2. Supuestos en los que el porcentaje de participación resulta inferior al 5 por 100.
 - 3. Recapitulación.
- IV. Análisis de la sucesión en derechos y obligaciones.
- V. Alcance de la compensación de bases imponibles negativas.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, con motivo de la realización de una operación de fusión o escisión suele suceder que, antes de la realización de dicha operación, aquella entidad que adquiriera los bienes (es decir, la entidad absorbente) posea una participación en la sociedad absorbida o transmitente de dichos bienes. Y, *mutatis mutandis*, cabría igualmente la posibilidad de que la sociedad absorbida o transmitente de los bienes tuviera acciones o participaciones de la sociedad absorbente de dichos bienes.

Como es lógico, con posterioridad a la realización de dicha operación, al haberse extinguido ya la sociedad de cuyo capital eran representativas, dichas acciones o participaciones carecerán de todo valor, debiendo ser eliminadas ¹.

Tal y como tendremos ocasión de analizar a lo largo del presente trabajo, dicha participación habrá de ser anulada contra la parte proporcional de los bienes recibidos. En efecto, con posterioridad a la realización de la operación, al extinguirse sin liquidación la sociedad absorbida o transmitente de los bienes, dichas acciones o participaciones deberán anularse, tanto en el supuesto de que la entidad absorbente tuviera acciones de la absorbida como en el caso de que fuera esta última (la absorbida) la que tuviese acciones o participaciones de la absorbente.

En ambos supuestos la referida anulación de las acciones o participaciones daría lugar al surgimiento de una renta por la diferencia resultante entre el valor atribuido a la participación en ese momento y aquel por el que estuviese contabilizada. No obstante, como ya sabemos, con motivo de la aplicación del régimen especial dichas rentas se diferirían. Y, en el supuesto de que el valor de esa parte de los bienes recibidos difiriese del valor contabilizado de la participación, se generaría una

¹ Concretamente, dicha participación eliminada se corresponde con una parte de los bienes de la sociedad transmitente que se reciben. Y precisamente sobre esa parte no existe obligación por parte de la entidad adquirente de emitir capital, ya que no tiene por qué entregar acciones a cambio a los socios de la entidad transmitente.

renta cuyo tratamiento fiscal será distinto en función de si la entidad adquirente participa en, al menos, un 5 por 100, o en un porcentaje inferior, debiendo tomarse en consideración a este respecto la actual regulación contenida en el artículo 89 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 (TRLIS).

El citado precepto del Real Decreto Legislativo 4/2004, a través de sus cuatro apartados, se encarga de regular este conjunto de cuestiones, estableciendo la valoración de los bienes adquiridos y sus efectos fiscales únicamente en el supuesto de que el porcentaje de participación que tuviera la entidad adquirente en las acciones o participaciones en la entidad transmitente con anterioridad a la realización de la operación societaria fuese igual o superior al 5 por 100.

Concretamente a través de sus cuatro apartados el artículo 89 del TRLIS alude a las siguientes cuestiones: renta derivada de la anulación de las acciones o participaciones que tiene la entidad adquirente en la entidad transmitente cuando el porcentaje resulta ser igual o superior al 5 por 100; renta derivada de la anulación de las acciones o participaciones que tiene la entidad adquirente en la entidad transmitente cuando el porcentaje resulta ser inferior al 5 por 100; valoración de los bienes recibidos en la sociedad adquirente y efectos fiscales derivados del exceso de valor de los bienes adquiridos cuando el precio de adquisición de las acciones de la entidad transmitente resulta ser superior a los fondos propios de la entidad transmitente; y el supuesto en el que la entidad transmitente adquiere acciones o participaciones en la entidad adquirente.

A lo largo del presente trabajo nos proponemos analizar en profundidad cada una de estas situaciones.

II. TRATAMIENTO FISCAL DE LA RENTA PRODUCIDA POR LA ANULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN QUE LA ENTIDAD TRANSMITENTE TUVIESE EN LA ENTIDAD ADQUIRENTE

Ciertamente puede llegar a suceder que la entidad transmitente posea una participación en la entidad adquirente antes de la realización de la operación societaria. Al transmitirse la empresa o una parte de la misma (dentro de la cual habría que incluir dicha participación), esta habría de anularse, suponiendo dicha anulación el surgimiento de una renta para la entidad transmitente por la diferencia resultante entre el valor atribuido a la participación en ese preciso instante y el valor por el que estuviese contabilizada, con independencia de que al amparo del régimen especial aplicable dichas rentas se difiriesen.

Y, a tal efecto, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 89.4 del TRLIS, no se integrará dicha renta con ocasión de la transmisión de la participación en la base de la entidad transmitente, incluso en el supuesto de que la entidad hubiera ejercido la facultad de renuncia al régimen de diferimiento establecido en el artículo 84.2 del citado Texto Refundido. De este modo, con motivo de la realización de la operación societaria esas acciones que adquiere la entidad transmitente de la

entidad adquirente pasarán a ser titularidad de esta última, debiendo computarse a los efectos del número de acciones a emitir para efectuar el canje de acciones con los socios de la entidad transmitente. Y, con motivo de la anulación de dichas acciones o participaciones, no se integrará renta alguna en la sociedad transmitente.

III. RENTA DERIVADA DE LA ANULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN QUE LA ENTIDAD ADQUIRENTE TUVIESE EN LA ENTIDAD TRANSMITENTE

En aquellos supuestos en los que la entidad adquirente tenga acciones o participaciones de la entidad transmitente, efectuándose una operación societaria de fusión por absorción, las acciones o participaciones en poder de la entidad adquirente corresponderán a una parte de los bienes de la sociedad transmitente que se reciben, no teniendo que emitir capital sobre esa parte la entidad adquirente, dado que no tiene que entregar acciones a cambio a los socios de la entidad transmitente. Tal y como ya se ha señalado, dichas acciones o participaciones habrán de anularse, en la medida en que la sociedad transmitente se disuelve sin liquidación.

Pues bien, dicha participación habrá de anularse precisamente contra la parte proporcional de los bienes recibidos. Y, en el hipotético caso de que el valor de dicha parte de los bienes recibidos difiriese del valor contabilizado de la participación, terminaría generándose una renta cuyo tratamiento fiscal, a tenor de lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 89 del TRLIS, presentará un carácter diverso en función de que la entidad adquirente participe en, al menos, un 5 por 100 o bien en un porcentaje inferior.

Con carácter general la norma exige una participación previa de la entidad adquirente en la transmitente de, al menos, un 5 por 100. De este modo, por ejemplo, en el supuesto de una fusión inversa habría que concluir que no se generaría fondo de comercio alguno a efectos de lo dispuesto en el artículo 89.3 del TRLIS, al no contar la entidad absorbente con participación en la entidad absorbida, tal y como se encargó de clarificar la Dirección General de Tributos (DGT), entre otras, en su contestación a Consulta de 30 de junio de 2009 (NFC033765). Y ello al margen de que, desde un punto de vista estrictamente contable, sí que pueda llegar a generarse un fondo de comercio de fusión.

Repárese además en el hecho de que la exigencia de este porcentaje de participación mínimo resulta coincidente con el requisito establecido en los artículos 30.2 y 30.5 del TRLIS de cara a la aplicación de la deducción por doble imposición interna sobre dividendos y plusvalías. Ello conduce a pensar que lo que el legislador del Real Decreto Legislativo 4/2004 introduce a través de su artículo 89.3 no es en definitiva sino un mecanismo de corrección de la doble imposición interna ².

² A este respecto cabe plantearse no obstante si, en la práctica, se encuentra justificada la exigencia de este umbral mínimo de cara a la corrección de aquellas situaciones de doble imposición, ya sea a través de la vía del artículo 89.3 del TRLIS (objeto de nuestro estudio) o del artículo 30.2 y 5 del citado Texto Refundido. No se entiende bien por qué se requiere la concurrencia de un umbral mínimo del 5 por 100 para que se produzcan los efectos fiscales de la imputación de la diferencia de fusión y la generación del fondo de comercio. En este sentido cabría plantearse si dichos efectos fiscales no habrían de reconocerse, cuando menos, en aquellos importes en los que se hubiese producido una integración de renta.

1. Supuestos en los que la participación resulta ser igual o superior al 5 por 100

Siendo la participación igual o superior al 5 por 100 la anulación de la participación podría llegar a generar una renta, consecuencia del hecho de que el valor de la parte proporcional del patrimonio recibido resultase diferente al valor contable de la participación. Pues bien, dada esta situación señala el artículo 89.1 del TRLIS que la renta positiva derivada de la anulación de la participación, siempre que se corresponda con reservas de la entidad transmitente, no se integrará en la base imponible de la entidad adquirente. E idéntico criterio resultará aplicable respecto de la renta negativa. Por otra parte, no se aplicará la deducción por doble imposición que establece el artículo 30 del Real Decreto Legislativo 4/2004.

Adviértase que, a pesar de que la renta no deriva en sentido estricto de la anulación de la participación sino de la valoración por el valor razonable de la participación previa, dicha valoración únicamente resulta admisible en una combinación de negocios por causa de fusión. La correspondencia con reservas de la entidad participada únicamente puede establecerse sin discusión cuando el valor razonable de las inversiones previas no excede del correlativo valor en libros de la entidad transmitente. Y, en el supuesto de que el valor razonable excediese del valor en libros, no parece que pueda establecerse dicha correspondencia a menos que, a consecuencia de la propia transmisión patrimonial inherente a la fusión, surja una nueva reserva.

¿Cuál es la razón de ser de esta no tributación de la renta generada con motivo de la anulación? A nuestro juicio su justificación reside en el hecho de que, si la renta deriva de las reservas de la entidad transmitente, esta ya ha tributado sobre las mismas, con lo que se volvería a someter a gravamen dicha renta. En cambio, su no integración en la base imponible de la entidad adquirente evita el surgimiento de esta doble imposición sin necesidad de tener que aplicarse la deducción prevista al efecto en el citado artículo 30 del TRLIS.

Ahora bien, a pesar de que el tenor literal del artículo 89.1 del citado Texto Refundido nada señala al efecto de manera expresa, considera la DGT ya desde sus Resoluciones de 27 de diciembre de 1996 (NFC004368) y de 20 de mayo de 1998 que por reservas de la entidad transmitente ha de entenderse, tanto las reservas expresas reflejadas en la contabilidad de dicha entidad, como las tácitas que puedan corresponder a la existencia de un fondo de comercio o, en su caso, a un mayor valor de los activos de la misma ³.

³ Mediante Resolución de 24 de julio de 2008 (NFJ030299) analizó el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) la cuestión relativa a la determinación de los gastos deducibles (amortización del inmovilizado inmaterial y fondo de comercio) dentro de este régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores, declarando al efecto que el conjunto de las participaciones existentes en el capital de la entidad transmitente y de la adquirente representan un fondo de comercio financiero resultante de la realización de las operaciones de fusión. Concretamente, y tomando como punto de partida la normativa integrada por la antigua Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades (art. 103.3) y el antiguo Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS) aprobado mediante Real Decreto 537/1997, de 14 de abril (art. 1.4), en los que se disponía que el fondo de comercio de fusión únicamente podía amortizarse desde la fecha de inscripción de la fusión en el Registro Mercantil y no desde la fecha de retroacción contable (ya que no se puede amortizar algo que no se encuentra en el patrimonio de la empresa), estimó el TEAC que no se trataba de una renta de la entidad absorbida, sino que se derivaba y se originaba en el propio proceso de fusión. La eficacia de la fusión queda así supeditada a la inscripción lo que, a contrario sensu, significa que sin su inscripción no hay efectos, constituyendo uno de ellos precisamente el relativo a la adquisición del fondo de comercio.

De cualquier manera en estos supuestos la entidad adquirente habrá de valorar fiscalmente los bienes recibidos por el valor histórico que tuviesen en la sociedad transmitente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 85 del TRLIS, pudiendo llegar a plantearse diversas situaciones que pasamos a analizar ⁴.

En primer lugar, que el valor de la participación que se anula fuese inferior al valor histórico de los bienes recibidos, en cuyo caso se generaría en la entidad adquirente una reserva de fusión. Y, en segundo término, que el valor de la participación anulada fuese superior al valor histórico de los bienes recibidos. En este último supuesto lo que se generaría en la entidad adquirente sería un mayor importe de sus activos originado por la diferencia resultante entre el valor contable de la participación ahora anulada y el valor histórico de los bienes recibidos, el cual podría imputarse a los bienes recibidos o bien, en su caso, ser tratado como un fondo de comercio.

Lo cierto es que en estos supuestos, es decir, cuando la participación que tiene la entidad adquirente de la entidad transmitente alcanzase, al menos, un 5 por 100, habría de aplicarse el artículo 89.3 del TRLIS, ubicado en el citado texto legal dentro del Capítulo VIII del Título VII, relativo al régimen de neutralidad fiscal aplicable a determinadas operaciones de reestructuración. Dicho precepto prevé así la amortización fiscal del incremento de valor atribuible a los activos adquiridos con la fusión y la del fondo de comercio que pueda ponerse de manifiesto con ocasión de la misma (el llamado fondo de comercio de fusión), en aquellos supuestos en los que la sociedad absorbente participe en el capital de la sociedad absorbida en, al menos, un 5 por 100, siempre y cuando la absorbente pueda probar que la entidad o persona física que le hubiese transmitido las participaciones en la absorbida tributase en España o en otro país de la Unión Europea (total o parcialmente) por la

En consecuencia el fondo de comercio aflora con motivo de la inscripción de la fusión, pudiendo ser amortizado a raíz de la fecha de su presentación en el Registro. Y el pacto de retroacción contable no puede suponer en ningún caso una anticipación en la amortización del fondo de comercio generado por la fusión que aflora, insistimos, con la inscripción de la misma en el Registro Mercantil, instante a partir del cual puede ser objeto de amortización. De este modo, concluyó el TEAC que el fondo de comercio financiero resultante de las operaciones de fusión, en el supuesto de que la entidad adquirente participe en el capital de la transmitente, aflora en el momento en el que se inscribe la fusión en el Registro Mercantil, siendo la amortización procedente únicamente aquella que se genera a partir de dicho instante, y resultando trascendente la retroacción contable de los efectos de la fusión. El fondo de comercio de fusión se podrá amortizar solo desde la fecha de la inscripción de la fusión y no desde la retroacción contable. Y aquella valoración que deba ser realizada habrá de referirse al tiempo de la escisión según las circunstancias de ese preciso instante, de manera que perderán toda validez aquellos informes que se hubiesen realizado a posteriori. En palabras del TEAC: «No resulta aplicable el régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores del Capítulo VIII del Título VIII de la LIS, pues aunque en una primera fase hay un proceso de concentración empresarial, que puede considerarse un motivo económico válido, la posterior escisión total no conlleva tal motivación económica, ya que se pretende simplemente la separación de los socios y la salida de una parte de ellos, que transmiten su participación a los demás, sin coste fiscal».

⁴ Tal y como declaró el TEAC en su Resolución de 9 de octubre de 2008 (NFJ030881), habiéndose producido una ampliación de capital con aportación de acciones acogida al régimen especial, a efectos fiscales las acciones adquiridas habrán de valorarse por el valor que tuviesen en la transmisión. Y, con motivo de la posterior absorción que se realice, no existirá fondo de comercio cuando los fondos propios de la entidad absorbida resulten superiores al coste de adquisición. Tal y como precisa el Tribunal, si se admitiera el valor acordado en la aportación no dineraria el régimen aplicable no sería de diferimiento, sino de exención. Si las participaciones previas en la entidad absorbida fueron adquiridas mediante una aportación acogida al régimen de neutralidad, el valor de referencia de cara a determinar la diferencia de fusión a efectos de lo dispuesto en el artículo 89.3 del TRLIS no será el declarado en la aportación, sino el coste de adquisición fiscal de las acciones aportadas.

correspondiente ganancia de capital obtenida, y siempre que, adicionalmente, la transmitente de las participaciones en la absorbida no formase parte del mismo grupo mercantil que la absorbente.

Establece así el citado artículo 89.3 del TRLIS la valoración de los bienes recibidos por la entidad adquirente y sus efectos fiscales únicamente cuando el porcentaje de participación que tuviera la entidad adquirente en acciones o participaciones en la entidad transmitente antes de la operación resultase ser igual o superior al 5 por 100.

Como seguramente se recordará dicho precepto (al igual que sucedió con su antecedente, el art. 103.3 de la antigua Ley 43/1995), fue objeto de modificación en dos ocasiones. En primer lugar, a través de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, aplicable para los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2001. Y, en segundo término, por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, aplicable respecto de aquellos periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2002 ⁵.

Centrándonos en esta última reforma, ¿cuál fue el régimen aplicable hasta el 1 de enero de 2002? Hasta dicha fecha la diferencia positiva resultante entre el valor contable de la participación que se anula y el valor histórico de los bienes recibidos de la transmitente debía imputarse a los bienes y derechos adquiridos, de conformidad con las normas contables de valoración contenidas por aquel entonces en el antiguo Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, derogado en la actualidad por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas. Y, por lo que respecta a aquella parte de la diferencia que no hubiera sido imputada, debía tratarse como un fondo de comercio, siendo deducible con el límite de la décima parte de su importe, siempre que se cumpliesen las dos siguientes condiciones.

En primer lugar, que la participación en cuestión no hubiera sido adquirida a personas físicas o entidades no residentes, a personas físicas residentes que estuviesen vinculadas con la adquirente o a una entidad vinculada, en el supuesto de que esta hubiese adquirido la participación de una persona física no residente, de una entidad no residente, de una persona física residente que estuviese vinculada o de otra entidad vinculada ⁶. Y, en segundo término, que la entidad adquirente de la participación no se encontrase respecto de la entidad que la transmitió en alguno de los casos previstos al efecto en el artículo 42 del Código de Comercio (CCom) ⁷.

En definitiva, hasta el 1 de enero de 2002 de cara a poder deducir el fondo de comercio se requería que las personas físicas o jurídicas hubieran tributado en España con ocasión de la enajenación de la participación por un importe superior al valor teórico de las acciones. Lo cierto es, sin embargo, que la redacción otorgada al precepto no tuvo el efecto deseado, circunstancia que motivó su reforma.

⁵ Ni que decir tiene que fue esta segunda modificación la que adquirió una mayor trascendencia.

⁶ Conviene recordar que el citado precepto detallaba una serie de supuestos en los que los requisitos establecidos al efecto en cuanto a la adquisición de la participación se estimaban cumplidos y, en consecuencia, resultaba de aplicación. Téngase presente además que el precepto en cuestión fue previamente matizado por la Ley 14/2000, siendo aplicable la concreción efectuada para periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2001.

⁷ De cara a concretar estos supuestos del artículo 42 del CCom había que remitirse además a lo dispuesto en el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre.

¿Y qué régimen resulta aplicable respecto de aquellos periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2002? Con carácter general, la diferencia positiva resultante entre el valor contable de la participación que se anula y el valor teórico (o patrimonio neto, a partir del 1 de enero de 2008) de la entidad transmitente ha de imputarse a los bienes y derechos adquiridos, de conformidad con las normas contables de valoración que establece el artículo 46 del CCom. En dichos supuestos, cumpliéndose un conjunto de requisitos a los que posteriormente nos referiremos, ese mayor valor de los bienes resultará amortizable, siempre y cuando se trate de bienes amortizables y aplicándose las reglas generales de amortización de activos previstas al efecto.

Por lo que respecta a aquella parte de la diferencia que no hubiera sido imputada, la misma adquiriría la consideración de un fondo de comercio, siendo deducible con el límite de la veintea parte de su importe. No obstante, a partir del 1 de enero de 2008 su deducción se articula de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.6 del TRLIS, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos.

En primer lugar, que la participación no hubiera sido adquirida a personas físicas o entidades no residentes, a personas físicas residentes o a una entidad vinculada, en el supuesto de que esta hubiese adquirido la participación de una persona física no residente, de una persona física residente o de una entidad vinculada ⁸. Y, en segundo término, que la entidad adquirente de la participación no se encuentre respecto de aquella otra entidad que procedió a su transmisión en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del CCom. En efecto, en caso de que la participación en la entidad transmitente o absorbida hubiese sido adquirida a personas o entidades no residentes en territorio español o a personas físicas residentes en territorio español, así como a una entidad vinculada que hubiera adquirido, a su vez, a tales personas o entidades, los efectos fiscales derivados de la imputación de la diferencia de fusión y la generación de un fondo de comercio deducible en los términos que establece el artículo 89.3 del TRLIS queda condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos que pasamos a analizar.

En primer lugar, siendo la participación adquirida a personas o entidades no residentes o a una entidad vinculada que hubiera adquirido, a su vez, a tales personas o entidades se exige, bien que un importe equivalente a la diferencia de fusión atribuible a la participación de que se trate haya tributado en España a través de cualquier transmisión de la participación, o bien que dicho importe haya tributado efectivamente en otro Estado miembro de la Unión Europea (UE) en concepto de beneficio obtenido con ocasión de la transmisión de la participación, soportando un gravamen equivalente al que hubiera resultado de aplicar el IS, siempre y cuando el transmitente no residiese en un país o territorio considerado como paraíso fiscal.

De conformidad con lo declarado por la DGT en su contestación a Consulta de 30 de septiembre de 1999 (NFC010275) la citada tributación podría originarse en cualquier operación de transmi-

⁸ El legislador continúa detallando una serie de supuestos en los que los requisitos establecidos en cuanto a la adquisición de la participación se entienden cumplidos, siendo por ello de aplicación el referido precepto. Téngase presente además que, cuando se adquiera la participación a una persona física residente o a una entidad vinculada, tendrá que probarse que la ganancia patrimonial obtenida a resultas de la transmisión de las participaciones se ha integrado, por la persona física residente o la entidad vinculada, en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) o del IS. Como es sabido, con motivo de la transmisión de acciones, las personas físicas podrían aplicar, en su caso, los coeficientes reductores previstos al efecto, de manera que no integrarían o solo integrarían parte de las ganancias obtenidas por la transmisión.

sión de la participación, no teniendo por qué tratarse de aquella por virtud de la cual la entidad absorbente se hace con la participación en la sociedad absorbida ni la transmisión inmediata anterior, al margen de que el transmitente hubiera sido residente fiscal en España y sin perjuicio de la fecha en la que hubiese tenido lugar.

Adviértase que el legislador equipara a estos efectos la tributación en España con la tributación en cualquier otro Estado miembro de la UE. Sucede no obstante que, siendo la sociedad absorbente y la sociedad absorbida residentes en España o teniendo la sociedad absorbida un establecimiento permanente en nuestro país (téngase presente que en otro caso no resultaría de aplicación el art. 89 del TRLIS), la tributación se mantiene en el Estado de residencia del anterior titular de la participación en la sociedad transmitente, siendo el Estado de la fuente de las plusvalías latentes y del fondo de comercio correspondientes (el Estado español) el que renunciaría a hacer tributar tales plusvalías latentes y el fondo de comercio en sede de la entidad absorbida, permitiendo la aplicación del artículo 89.3 del TRLIS sobre tales plusvalías latentes y el fondo de comercio en sede de la entidad absorbente.

Como ya hemos tenido ocasión de precisar dicha equiparación fue introducida en su día por la Ley 14/2000, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, a requerimiento expreso de la Comisión, que estimó incompatible con el Derecho de la Unión la existencia de una discriminación por razón de la residencia en otro Estado miembro a estos efectos.

Ciertamente la aplicación, dentro del ámbito de la corrección de la doble imposición existente en el ámbito de las fusiones y escisiones, del principio general de tributación en el Estado de la fuente carece de razón de ser. Y ello debido a que implicaría la aplicación de un sistema que operaría sobre las rentas obtenidas por los socios que han transmitido participaciones a lo largo de toda la vida de la sociedad absorbida, en lugar de sobre las rentas de esta última.

Tratándose de una participación adquirida a personas físicas residentes o a una entidad vinculada que hubiera adquirido, a su vez, a tales personas o entidades, en el supuesto de que la participación se hubiese adquirido de personas residentes en España, habrá de probarse que la ganancia patrimonial obtenida por tales personas físicas ha quedado integrada en la base imponible de su IRPF.

A diferencia de lo que sucede en el caso de que la participación haya sido adquirida a no residentes, en el presente caso el legislador parece tomar en consideración únicamente lo sucedido respecto de la última transmisión de la participación, esto es, aquella en la que intervino la persona física residente, ignorando el régimen tributario susceptible de ser aplicado respecto de transmisiones anteriores. No se exige que la ganancia patrimonial obtenida se corresponda con la diferencia de fusión, efectuándose, no obstante, una referencia explícita a la necesidad de que el contribuyente pruebe la tributación requerida por la norma. Debe precisarse además que, tratándose de participaciones adquiridas a no residentes, exige el artículo 89.3 a) 1.º del TRLIS la existencia de prueba en el caso de tributación en otro Estado de la UE. Por su parte, el artículo 45 del RIS obliga a la sociedad adquirente a presentar justificación del cumplimiento de los requisitos contemplados en los párrafos a) y b) del apartado 3 del artículo 89 del TRLIS.

¿Cuál es la razón de ser de las condiciones aplicables en aquellos supuestos de adquisición de la participación a un no residente o a personas físicas residentes? Con carácter general el legislador tributario pretende vincular los efectos fiscales derivados de la imputación de la diferencia de fusión del artículo 89.3 del TRLIS a la existencia de tributación en sede de la persona o entidad de quien la entidad absorbente hubiera adquirido la participación, en concordancia con su configuración como mecanismo destinado a corregir la doble imposición.

Ahora bien, en aquellos casos en los que la participación se ha adquirido de sujetos pasivos del IS no resulta exigible condición alguna respecto de la tributación del transmitente o de los anteriores titulares de la participación. Dicha tributación podrá no haber existido o bien haber sido mínima, ya sea en aplicación de alguna exención (caso, por ejemplo, de la existencia de participaciones en entidades no residentes en las condiciones que establece el art. 21 del TRLIS) o bien bajo algún régimen especial ⁹. Incluso ello podría deberse a la circunstancia de no haberse puesto de manifiesto plusvalías en la última transmisión de la participación, a saber, la realizada por el sujeto pasivo del IS, a diferencia de lo que habría sucedido en anteriores transmisiones las cuales, de hecho, podrían haber sido efectuadas por no residentes o personas físicas sin tributar o con tributación reducida.

En todo caso el legislador tributario, adoptando un criterio cuando menos discutible, requiere el sometimiento a gravamen en el transmitente o anteriores titulares cuando las participaciones se adquieren a no residentes o a personas físicas residentes, no sometiendo por el contrario a tributación las adquisiciones efectuadas a sujetos pasivos del IS. Dicha situación se producirá, por ejemplo, en el caso de adquisiciones realizadas a personas físicas residentes que, al igual que sucede con los sujetos pasivos del IS, están sujetas por obligación personal a tributación en nuestro país, no existiendo además en el IRPF exenciones totales en virtud de las cuales la plusvalía obtenida en la transmisión de la participación no quede sometida a tributación.

En líneas generales la Administración tributaria no se limita en estos supuestos a exigir la prueba de que el transmitente persona física ha declarado en su IRPF la ganancia patrimonial obtenida en su caso, estimando que dicha ganancia patrimonial debe alcanzar, al menos, el importe de la diferencia de fusión proporcional a la participación que corresponda. Y, con carácter adicional, en el supuesto de que resulten de aplicación los coeficientes reductores establecidos en la disposición transitoria novena de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del IRPF (LIRPF), dichos coeficientes limitarán los efectos fiscales derivados de la diferencia de fusión.

De conformidad con la línea interpretativa adoptada en este punto por la Administración tributaria, si la ganancia patrimonial obtenida por un sujeto pasivo del IRPF resultase ser inferior a la diferencia de fusión correspondiente a la participación que hubiera transmitido, dicha diferencia de fusión únicamente tendría efectos fiscales en la cuantía de la ganancia patrimonial obtenida. Y, tal y como se ha señalado, siendo además de aplicación los referidos coeficientes reductores previstos en la citada disposición transitoria novena de la Ley 35/2006, únicamente tendrá efec-

⁹ Así podría llegar a suceder, por ejemplo, tratándose de entidades de capital riesgo o de Instituciones de Inversión Colectiva.

tos fiscales aquella proporción de la ganancia patrimonial que subsista tras la aplicación de tales coeficientes.

Tal y como se ha encargado de precisar a este respecto la DGT a través, entre otras, de sus contestaciones a Consultas de 9 de julio de 2009 (NFC034622) y de 28 de julio de 2010 (NFC039029), incluso en el supuesto de que la ganancia patrimonial obtenida por el sujeto pasivo del IRPF hubiera resultado superior a la diferencia de fusión correspondiente a la participación transmitida, la aplicación de los coeficientes reductores previstos en la disposición transitoria novena de la LIRPF limitarían en todo caso los efectos fiscales derivados de esa diferencia de fusión, a pesar de que la ganancia patrimonial subsistente tras la aplicación de dichos coeficientes pueda llegar a ser superior a la diferencia de fusión. Tal y como precisa el citado centro directivo en dichas Consultas: «Igualmente dicha diferencia tendrá efectos fiscales en la misma proporción en que la parte de la ganancia patrimonial correspondiente a esa diferencia se ha integrado en la base imponible del IRPF por aplicación, en su caso, de los coeficientes reductores establecidos en la normativa del IRPF».

Introduce, por otro lado, el legislador una diferencia entre aquel supuesto en el que la participación se hubiera adquirido a personas físicas residentes y el supuesto en el que se adquiriese a no residentes, previéndose expresamente en este último caso que pueda probarse la tributación respecto de cualquier transmisión de la participación, no necesariamente respecto de aquella transmisión mediante la cual la entidad absorbente hubiese adquirido la participación previa en la entidad absorbida, sino respecto de cualquier otra anterior. Se trata de una diferencia de trato que colocaría en una peor posición a aquellas adquisiciones realizadas a personas físicas residentes, lo cual carece de toda justificación, resultando contrario a la finalidad correctora de la doble imposición de la norma.

Desde nuestro punto de vista la adopción de una interpretación acorde con dicha finalidad habría de permitir la acreditación de la existencia de tributación en cualquier transmisión de la participación en la totalidad de los supuestos, tal y como sucede en el ámbito de la deducción por doble imposición interna de dividendos a efectos de lo dispuesto en el artículo 30.4 e) del TRLIS.

¿Qué sucedería en aquellos supuestos de ausencia de tributación por aplicación del régimen de neutralidad a la operación que dio lugar a la adquisición de las participaciones previas? A priori la normativa aplicable no contiene una previsión específica para aquellos supuestos en los que las personas físicas o no residentes anteriores titulares de la participación en la entidad absorbida no hubieran tributado con ocasión de la transmisión de su participación a la entidad absorbente porque tal transmisión se hubiese acogido al régimen de neutralidad.

Así sucedería, por ejemplo, en el hipotético caso de que, mediante un canje de valores acogido al régimen de neutralidad, una determinada persona física hubiera aportado sus participaciones en una entidad a otra entidad que posteriormente absorbiese a la anterior. En dicho caso la persona física no habría tributado en el momento del canje, y las nuevas participaciones recibidas a cambio de las entregadas conservarían el coste y la fecha de adquisición de estas últimas. Así las cosas la doble imposición se diferiría, si bien podría ponerse de manifiesto en el supuesto de que, con motivo

de la realización de una ulterior operación, el anterior titular de las participaciones (en el presente caso, la persona física) transmitiera sus participaciones en la sociedad absorbente, materializando en dicho momento la renta que quedó diferida en el momento del canje.

Dada dicha situación, y al objeto de tratar de evitar que en dicho supuesto termine surgiendo una doble imposición contraria al espíritu y a la finalidad de la norma, habría de entenderse que la tributación por parte de las personas físicas o entidades no residentes que hubieran diferido su tributación en virtud del régimen de neutralidad podría verificarse en cualquier momento anterior o posterior a la fusión. De este modo, y en relación con el concreto supuesto planteado, una vez que el socio persona física hubiera transmitido sus participaciones a la sociedad absorbente tributando en ese momento por la renta diferida en virtud del régimen de neutralidad aplicado al canje de valores, habrían de reconocerse en sede de la entidad absorbente los efectos fiscales establecidos en el artículo 89.3 del TRLIS en relación con la imputación de la diferencia de fusión y el fondo de comercio que corresponda a esas participaciones.

2. Supuestos en los que el porcentaje de participación resulta inferior al 5 por 100

En este segundo caso el tratamiento susceptible de ser adoptado resultaría completamente diverso respecto del supuesto anterior, debiendo procederse a integrar la renta producida por la anulación en la base de la entidad adquirente, determinada por la diferencia entre el valor atribuible a la participación y su valor contable. Y, al mismo tiempo, habría que aplicar la deducción al 50 por 100 por doble imposición en virtud de lo señalado en el artículo 30.3 del TRLIS.

En efecto, siendo la participación inferior al 5 por 100, y de conformidad con lo establecido en el artículo 89.2 del TRLIS, la anulación de la participación podría llegar a generar una renta como consecuencia de que el valor de la parte proporcional del patrimonio recibido fuese diferente al valor contable de la participación. Tal y como precisa el citado artículo 89.2 del Real Decreto Legislativo 4/2004, en dicho supuesto la renta (positiva o negativa) derivada de la anulación de la participación se integraría en la base de la entidad adquirente. Y, por otro lado, a pesar de que no figure expresamente establecido, se aplicaría la deducción por doble imposición interna al 50 por 100 en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.3 del TRLIS. Veamos más detenidamente estas circunstancias a través del siguiente supuesto.

3. Recapitulación

El artículo 89.3 del TRLIS establece que la valoración de los bienes adquiridos, a efectos fiscales, ha de realizarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 del citado Texto Refundido, de conformidad con el cual las sociedades transmitentes no satisfacen cantidad alguna, valorándose los bienes adquiridos a efectos fiscales por su valor histórico, esto es, por el valor que tuviesen en la sociedad transmitente.

Ahora bien, no obstante lo anterior, en el supuesto de que la sociedad adquirente participase en el capital de la transmitente en, al menos, el 5 por 100, la diferencia resultante entre el valor de adquisición de la participación y sus fondos propios habría de imputarse a los bienes y derechos adquiridos de acuerdo con las normas del artículo 46 del CCom. Y, por lo que respecta a la diferencia, concretada en el fondo de comercio o en la diferencia de fusión positiva, sería fiscalmente deducible con un máximo del 5 por 100, siempre y cuando se cumpliesen los requisitos establecidos al efecto.

De este modo, el citado artículo 89.3 exceptúa la aplicación de la regla general de valoración prevista para aquellos elementos patrimoniales adquiridos a través de operaciones del régimen especial contenida en el artículo 85 del TRLIS (y de conformidad con la cual dichos elementos patrimoniales habrían de valorarse por los mismos valores que tuviesen en la entidad transmitente con anterioridad a la realización de la operación) en el supuesto de que concurriesen los dos siguientes requisitos: que la entidad adquirente participase en, al menos, un 5 por 100 en el capital de la entidad transmitente; y que la persona o entidad de la que se hubiese adquirido la participación reúna las circunstancias previstas en las letras a) y b) del artículo 89.3 del TRLIS.

La excepción consiste en que los elementos patrimoniales adquiridos no se valorarán por el valor que tuviesen en la entidad transmitente, sino que su valor se verá incrementado en el importe de la diferencia resultante entre el precio de adquisición de la participación y los fondos propios de la entidad transmitente. De este modo, los elementos patrimoniales recibidos (incluso aquellos que no estuviesen registrados en el inventario de la entidad transmitente como, por ejemplo, el fondo de comercio generado por la misma) disfrutarían de una valoración fiscal particular por relación a aquella que se deduce de la aplicación de la regla general del artículo 85 del TRLIS. Dicha valoración fiscal «peculiar» tendría además efectos fiscales, si bien únicamente para alguna categoría de los bienes adquiridos.

En la medida en que la valoración de los bienes adquiridos, a efectos fiscales, ha de realizarse de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 85 del TRLIS puede concluirse que este último precepto resulta superfluo, ya que constituye la base de la aplicación del régimen especial, a resultas de lo cual las sociedades transmitentes no satisfacen cantidad alguna y los bienes adquiridos se valoran a efectos fiscales por su valor histórico, esto es, por el valor que tuviesen en la sociedad transmitente. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, en aquellos casos en los que la sociedad adquirente participe en el capital de la transmitente en, al menos, el 5 por 100, la diferencia resultante entre el valor de adquisición de la participación y sus fondos propios se imputará a los bienes y derechos adquiridos, de acuerdo con las normas del artículo 46 del CCom. Y la diferencia resultante, que constituirá el fondo de comercio o la diferencia de fusión positiva, será deducible fiscalmente, con un máximo del 5 por 100, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos al efecto.

Finalmente señala el citado artículo 89.3 del TRLIS que la mayor imputación realizada a los bienes del activo fijo tendría igualmente efectos fiscales. Ahora bien, a pesar de que el citado precepto se refiera a dichos bienes del activo fijo como los únicos elementos susceptibles de revalorización fiscal, parece razonable estimar que estos podrán ser tanto bienes como derechos, tal y como reconoce además el propio artículo 89.3 de manera implícita al prever que la revalorización fiscal deba tenerse en cuenta a la hora de calcular las amortizaciones de los artículos 12.6 y 12.7 del TRLIS,

encargados de regular, como es sabido, la amortización del fondo de comercio previo a la fusión y del inmovilizado intangible con vida útil indefinida.

¿Cuál es la razón por la que el legislador del Real Decreto Legislativo 4/2004 introdujo el citado precepto teniendo presente que, en el régimen especial, la valoración de los bienes adquiridos, desde un punto de vista estrictamente tributario, ha de venir determinada por el valor histórico de los mismos? De entrada conviene precisar que el artículo 89.3 del TRLIS únicamente resulta de aplicación en aquellos supuestos en los que la sociedad adquirente cuenta con una participación de, al menos, el 5 por 100 en la sociedad transmitente. Y, como ya sabemos (así se encarga de precisarlo el apartado primero del citado precepto), la anulación de la participación no va a generar renta alguna, ni positiva ni negativa.

La anulación de las acciones de las que dispone la sociedad adquirente en la entidad transmitente se realiza restando al valor de mercado de los elementos recibidos el valor de la participación. No obstante, conviene no olvidar que se produce una operación de fusión en virtud de la cual la entidad adquirente absorbe a la transmitente. De este modo, suponiendo que el valor de mercado de los elementos recibidos en el instante de la fusión fuese superior a los fondos propios de la entidad transmitente habría que determinar el régimen tributario aplicable en cada una de las siguientes situaciones: en el supuesto de que el valor de la participación fuese igual al valor de los fondos propios de la entidad transmitente; en el supuesto de que el valor de la participación resultase ser inferior al valor de los fondos propios de la entidad transmitente; y, finalmente, siendo el valor de la participación superior al valor de los fondos propios de la entidad transmitente.

La anulación de la participación en el supuesto de que el precio de adquisición de aquella fuese igual a los fondos propios de la entidad transmitente se produciría si la participación hubiese sido adquirida en el momento de la constitución de la entidad o en un instante posterior, con anterioridad a la realización de la operación societaria de fusión o escisión, y por el valor de los fondos propios, esto es, sin beneficio ni pérdida alguna para el socio.

Dada esta primera situación, en la que las plusvalías latentes existentes no habrían sido sometidas a gravamen, a tenor de lo dispuesto por el artículo 84 del TRLIS, la entidad transmitente no integraría cantidad alguna en la base imponible. Por su parte la entidad adquirente, siempre y cuando participase en, al menos, el 5 por 100, no integraría cantidad alguna a resultas de la anulación de la participación, en tanto en cuanto ello se corresponda con las reservas¹⁰. Adicionalmente en dicho supuesto no sería de aplicación la deducción por doble imposición interna.

Siendo en cambio el porcentaje inferior al 5 por 100, de acuerdo con lo declarado por el artículo 89.2 del TRLIS tendría la consideración de renta, positiva o negativa, la anulación de la participación, resultando de aplicación la deducción por doble imposición interna del artículo 30.3 del TRLIS al 50 por 100. Y, por lo que respecta a los bienes adquiridos, de acuerdo con lo establecido por el artículo 89.3 del citado Texto Refundido, habrían de valorarse adoptando el criterio previsto

¹⁰ Así se encarga de precisarlo, como ya sabemos, el artículo 89.1 del TRLIS. En el presente caso por «reservas» habría que entender las expresas y las tácitas, de acuerdo con la doctrina consolidada a este respecto por la DGT.

en el artículo 85 (valor histórico), no aplicándose en consecuencia la especialidad contenida en el citado precepto.

Analicemos a continuación la cuestión relativa a la anulación de la participación siendo el precio de adquisición de esta última inferior a los fondos propios de la entidad transmitente. Dicha situación se originaría en el supuesto de que la participación hubiese sido adquirida con anterioridad a la realización de la operación de fusión o escisión con una pérdida que el socio anterior hubiese integrado en la base imponible de su imposición directa, bien en el IS o en el IRPF, no resultando tampoco en el presente caso las plusvalías latentes sometidas a gravamen.

¿Qué rasgos configuradores presentaría entonces la aplicación del régimen de diferimiento? En primer lugar, la entidad transmitente no integraría cantidad alguna en la base imponible (art. 84 del TRLIS). Por su parte la entidad adquirente, siempre y cuando participase en, al menos, un 5 por 100, no integraría cantidad alguna a resultas de la anulación de la participación, siempre y cuando se corresponda con reservas (art. 89.1 del TRLIS)¹¹. En estos casos no sería de aplicación la deducción por doble imposición interna. Y, siendo el socio persona jurídica, tendría lugar una reversión de la pérdida que el anterior socio hubiese integrado en su base imponible, suscitándose la cuestión relativa a la posibilidad de practicar un ajuste positivo en función de aquello que establece el artículo 19.6 del TRLIS.

Si, por el contrario, el porcentaje fuese inferior al 5 por 100, de conformidad con aquello que dispone el artículo 89.2 del TRLIS se consideraría renta, positiva o negativa, la anulación de la participación, siendo de aplicación la deducción por doble imposición interna del artículo 30.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004 al 50 por 100. Y, por lo que a los bienes adquiridos se refiere, a tenor de lo dispuesto en el artículo 89.3 del citado Texto Refundido, habrían de valorarse por su valor histórico, no aplicándose por tanto la especialidad contemplada en el precepto.

Por último, ¿cuál sería el régimen especial aplicable en aquellos supuestos de anulación de la participación cuando el precio de adquisición de la misma resultase ser superior a los fondos propios de la entidad transmitente? En estos casos, con carácter previo a la realización de la operación societaria de fusión, se habrá producido una transmisión de la participación, obteniendo el socio una ganancia patrimonial que habrá quedado sometida a gravamen, ya que la deducción por doble imposición interna del artículo 30.5 del TRLIS alcanza únicamente a las reservas expresas generadas desde el instante de la adquisición y hasta el momento de la transmisión. De este modo, en el supuesto de que los bienes adquiridos se valorasen por su valor histórico, se originaría nuevamente la tributación en sede de la entidad adquirente y, por ende, la aplicación del régimen especial podría llegar a provocar un exceso de imposición.

Pues bien, siendo en relación con este último supuesto el régimen fiscal aplicable idéntico al analizado al hilo de los supuestos anteriores, en el presente caso la entidad adquirente, por la anulación de la participación, no integraría cantidad alguna, siempre y cuando la misma proviniese de reservas, ya sean estas expresas o tácitas. En tanto en cuanto el precio de adquisición de la partici-

¹¹ Igualmente en el presente caso habría que entender por «reservas» tanto las expresas como las tácitas.

pación fue superior a los fondos propios de la entidad transmitente, parece claro que en una instancia anterior la diferencia existente con los fondos propios tributó en otro socio (persona física o jurídica). Y, por lo que respecta a los bienes recibidos en la sociedad adquirente, dichos habrían de valorarse, a priori, por su valor histórico.

Ahora bien, en la medida en que, adoptando dicha línea interpretativa respecto de la valoración de los bienes adquiridos, la aplicación del régimen especial podría terminar originando un exceso de imposición por esos bienes, se introduce la especialidad en el artículo 89.3 del TRLIS, siendo precisamente en estos supuestos donde resulta aplicable.

Según ello cabría estimar que lo que establece el artículo 89.3 del TRLIS no constituye un beneficio fiscal, sino que se trata de una norma de corrección del exceso de imposición que se produce al aplicar el régimen especial. Y, en relación con estos supuestos, señala el citado precepto del Real Decreto Legislativo 4/2004 que habrá que determinar la diferencia resultante entre el precio de adquisición de la participación y los fondos propios de la entidad transmitente, debiendo imputarse dicha diferencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46 del CCom y demás normas contables de aplicación, a los bienes y derechos de la entidad transmitente ¹². Si subsistiese dicha diferencia, que constituiría el fondo de comercio de fusión, resultaría deducible por veinteavas partes, siempre y cuando se cumplan los requisitos a los que posteriormente se harán referencia. Y la mayor imputación realizada a los bienes del «activo fijo» tendría igualmente efectos fiscales. Veamos a continuación este conjunto de circunstancias en el siguiente supuesto.

Al amparo de la regulación anterior del artículo 89.3 del TRLIS, esto es, de la existente con anterioridad a la reforma articulada a través de la Ley 4/2008, en el supuesto de que no pudiera practicarse la amortización fiscal de la revalorización de activos ni la del fondo de comercio de fusión, ¿no estaríamos en presencia de un supuesto de doble imposición? Desde nuestro punto de vista así es. Piénsese que, de una parte, resultaba gravada la plusvalía obtenida por la entidad o por la persona física que en su día transmitió las participaciones en la sociedad absorbida, la cual suele corresponderse con las revalorizaciones de activos y con el fondo de comercio que el comprador hubiese satisfecho por la expectativa de beneficios futuros. Y, de otra, resultaban nuevamente sometidas a gravamen las plusvalías tácitas imputables a los activos adquiridos así como los beneficios futuros por los que se satisfizo el sobreprecio respecto al patrimonio neto de la sociedad adquirida a medida que estos se fuesen obteniendo por la entidad compradora.

Ahora bien, en el supuesto de que se llevase a cabo el reconocimiento a efectos fiscales del incremento de coste y, en su caso, la amortización fiscal de uno y de otro elemento en sede de la sociedad adquirente de los activos, las consecuencias derivadas de la obtención de las ganancias de capital y de los beneficios sobre la base imponible a medida que estos se obtuviesen quedarían anuladas, en términos globales, a través de dicho reconocimiento y, en su caso, amortización, lográndose así eliminar la tributación adicional sobre unos beneficios por los que ya se tributó.

¹² Recuérdese a este respecto que entre las normas contables se sitúa el vigente Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre.

Tal y como hemos tenido ocasión de comprobar, al amparo de la anterior regulación la posibilidad de reconocimiento a efectos tributarios del incremento de valor de los activos y del fondo de comercio de fusión quedaba prevista únicamente en relación con aquellas operaciones de fusión que se encuentren recogidas en el presente régimen especial. Así las cosas, tratándose de aquellas operaciones de fusión a las que no resultase de aplicación el régimen de neutralidad fiscal y de diferimiento del IS podían llegar a originarse situaciones de doble imposición, dada la imposibilidad de eliminar la misma mediante la imputación fiscal del incremento de valor atribuible a los activos adquiridos con la fusión y del fondo de comercio de fusión. Recuérdese además a este respecto que el fundamento de la posibilidad de atribución de valores a efectos fiscales reside en la eliminación de la doble imposición que se originaría en caso de no poder efectuarse, con independencia de que la fusión en cuestión se hubiese acogido al presente régimen de neutralidad fiscal. En otras palabras, la razón de ser de la aplicación del presente régimen especial no es otra que evitar que la fiscalidad se convierta en un obstáculo o, en su caso, un incentivo para la realización de operaciones de reestructuración, lo que constituye una cuestión totalmente distinta a la eliminación de la doble imposición interna o internacional.

Cabía estimar, en consecuencia, que la Administración tributaria parecía olvidar la verdadera finalidad perseguida con la amortización fiscal del fondo de comercio de fusión, que no es otra que la eliminación de la doble imposición. No se trata simplemente de una ventaja fiscal derivada de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal. De hecho son múltiples las Consultas a través de las cuales la DGT ha denegado la aplicación de dicho régimen de neutralidad fiscal a una determinada operación de fusión al estimar que lo que se persigue a través de la misma es únicamente la obtención de una mera ventaja fiscal derivada de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 89.3 del TRLIS. Así sucedió, por ejemplo, en la contestación facilitada por el citado centro directivo a Consulta de 29 de mayo de 2009 (NFC033463), en la que se denegó la aplicación del presente régimen especial a una operación de fusión al estimarse que el único o principal fin perseguido a través del mismo no era otro que la consecución de una ventaja fiscal concretada en la posibilidad de amortizar fiscalmente el fondo de comercio de fusión. ¿Hasta qué punto cabe hablar de la existencia de una verdadera ventaja fiscal? ¿No se persigue, más bien, fomentar la realización de transacciones económicas internas e internacionales que, en otro caso, se verían seriamente dificultadas por el mantenimiento de la doble imposición?

Desde nuestro punto de vista, una alternativa a la actual regulación podría ser posibilitar que el incremento de valor atribuible a los activos adquiridos, así como el fondo de comercio que se ponga de manifiesto con ocasión de cualquier operación de reestructuración puedan amortizarse fiscalmente con independencia de que la operación de fusión se hubiese acogido o no al presente régimen especial. Ello posibilitaría la consecución de una mayor neutralidad dentro de nuestro sistema tributario, desechándose aquellos planteamientos de la Administración relativos a la existencia de operaciones que se acogen a la aplicación del presente régimen de diferimiento por razones de negocio, aflorando créditos fiscales sustanciales para la eliminación de la doble imposición.

Una vez cumplidos los requisitos que establece el artículo 89.3 del TRLIS la revalorización de, al menos, los elementos del activo fijo, tendrá plenos efectos fiscales. Así, el nuevo valor de adquisición a efectos fiscales se tendrá en cuenta a efectos de la materialización de la deducción por reinver-

sión por parte de la entidad adquirente, tal y como ha reconocido la propia DGT, entre otras, en sus contestaciones a Consultas de 29 de julio de 2009 (NFC034870) y de 21 de septiembre de 2004 (NFC020114). Y en el supuesto de que el activo revalorizado lo fuese una participación en una entidad que, con posterioridad, fuese absorbida en una segunda fusión, el valor revalorizado en la primera fusión constituiría la referencia de cara al cálculo de la diferencia de fusión de la segunda fusión ¹³.

En todo caso, al amparo de la actual regulación resulta deducible de la base imponible, tratándose de bienes amortizables, la amortización contable de la parte de la diferencia de fusión que les haya sido imputada, en los términos previstos en el artículo 11 del TRLIS, siendo asimismo aplicable la deducción establecida en los artículos 12.6 y 12.7 del citado Texto Refundido. Pero esta revalorización fiscal de los elementos del activo fijo regulada en el artículo 89.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004 no solo proyecta sus efectos respecto de los artículos 11, 12.6 y 12.7 del TRLIS (a los que se alude de manera expresa), sino sobre cualquier otro precepto encuadrado en el citado Texto Refundido.

En resumen, ciertamente nos hallamos ante un régimen fiscal a través del cual se eliminan distorsiones, aportándose racionalidad a la hora de adoptar decisiones empresariales sin menoscabar el interés de la Hacienda Pública, quedando los ingresos tributarios de esta última diferidos hasta la materialización efectiva de las plusvalías latentes. Ahora bien, con independencia de lo anterior ha de buscarse la consecución de una mayor eficiencia en la toma de decisiones empresariales, procediéndose a la eliminación de todas aquellas restricciones de carácter tributario que puedan llegar a existir y que, sin lugar a dudas, dificultan el desarrollo de la actividad de los operadores económicos. Téngase presente además que, tal y como hemos venido poniendo de manifiesto, la normativa mercantil procede a la creación de supuestos de reestructuración, simplificando los distintos requisitos que han de ser observados para la toma de acuerdos y que, por el contrario, no se contemplan en la normativa tributaria.

Mediante Sentencia de 30 de septiembre de 2010 (NFJ040710) la Audiencia Nacional (AN) analizó una operación en virtud de la cual se adquirieron unas acciones a un no residente a través de una sociedad interpuesta. La Inspección consideró no deducible el fondo de comercio en la parte que correspondía al 60 por 100 que representaban las acciones adquiridas a una sociedad residente que se consideraba interpuesta por sus verdaderos titulares, que eran no residentes. La sociedad vendedora de las acciones fue constituida por los socios de la absorbida para eludir el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 103.3 de la antigua Ley 43/1995 y estaba vinculada con la sociedad absorbente. Así las cosas la intervención de la sociedad interpuesta carecía de sentido empresarial, más allá del ahorro fiscal, considerándose la existencia de verdaderas transmisiones de las acciones a las sociedades en cuestión.

Y, no habiéndose probado la tributación en otro Estado miembro de la UE, estimó la AN que tampoco resultaba deducible la parte del fondo de comercio correspondiente a las acciones adquiri-

¹³ Véase, a este respecto, lo declarado por la DGT en su contestación a Consulta de 17 de marzo de 2010 (NFC037663), en la que se señala que, habiéndose perdido las plusvalías latentes de los activos de la sociedad absorbida durante el periodo de tiempo transcurrido desde la adquisición de sus participaciones hasta la inscripción de la fusión, se producirá un incremento artificial del fondo de comercio, al serle asignable un mayor importe de la diferencia de fusión.

das a otras personas en la parte correspondiente al fondo de comercio resultante de una fusión efectuada años atrás. La parte que se considera deducible lo será solo desde la fecha de la escritura, y no desde la fecha de retroacción contable.

IV. ANÁLISIS DE LA SUCESIÓN EN DERECHOS Y OBLIGACIONES

Como no puede ser de otra manera la realización de una operación de fusión determina la transmisión de la totalidad del patrimonio de la sociedad que se disuelve a otra sociedad, sucediendo así la entidad adquirente en la totalidad de los derechos y obligaciones que tuviese la transmitente. En cambio, en el resto de operaciones acogidas a la aplicación del presente régimen especial (caso de la escisión o de la aportación de rama de actividad) la transmisión efectuada en favor de una entidad adquirente se refiere solo a una parte de los bienes y derechos del patrimonio de la sociedad. Ello implica que la sucesión en los derechos y obligaciones no adquiera un carácter universal, sino parcial, quedando limitada a los derechos y obligaciones asociados a los bienes y derechos transmitidos a cada entidad adquirente.

El artículo 90 del TRLIS, que lleva por título «Subrogación en los derechos y obligaciones tributarias», regula a través de sus cuatro apartados las siguientes cuestiones: sucesión a título universal; sucesión a título no universal; compensación de bases imponibles negativas; y limitación a los derechos y obligaciones nacidos al amparo de las leyes españolas ¹⁴.

Pues bien, señala el artículo 90 del Real Decreto Legislativo 4/2004 que la entidad adquirente asumirá el cumplimiento de los requisitos necesarios para continuar en el goce de los beneficios fiscales o, en su caso, para consolidar los disfrutados por la entidad transmitente, dentro de los cuales se encuentran, por ejemplo, aquellos relativos a la práctica por el adquirente de las deducciones pendientes de aplicación que tuviese el transmitente, la aplicación diferida de la tributación de los beneficios extraordinarios por reinversión o la exigencia del cumplimiento de los requisitos relativos al mantenimiento de la inversión.

Analicemos, en primer término, los supuestos de sucesión a título universal y no universal. Existiendo una sucesión a título universal, como es sabido, las operaciones de fusión y escisión, total o parcial, determinan el surgimiento de una sucesión a título universal en el ámbito mercantil. Debido a ello, y dado que estos supuestos se encuentran recogidos en el artículo 83 del TRLIS, de conformidad con lo señalado en el artículo 90.1 del citado Texto Refundido habremos de diferenciar, como supuestos de sucesión a título universal, y siendo de aplicación el régimen especial, los siguientes: las fusiones, las escisiones totales y las escisiones parciales.

Desde un punto de vista estrictamente tributario, únicamente el régimen especial contiene una regulación expresa del principio de subrogación. Debido a ello, siendo la sucesión a título universal,

¹⁴ En efecto, tal y como se encarga de precisar el apartado cuarto de este artículo 90 del Real Decreto Legislativo 4/2004, las subrogaciones comprenderán exclusivamente los derechos y obligaciones que hubiesen nacido al amparo de las leyes españolas. A results de lo anterior, en ningún caso podrá abarcar los derechos y las obligaciones nacidos al amparo de leyes extranjeras.

la entidad adquirente asumirá el conjunto de los derechos y obligaciones tributarias de la entidad o entidades transmitentes.

En cambio, tratándose de una sucesión a título no universal el resto de operaciones establecidas en el artículo 83 del TRLIS determinará la producción de una sucesión a título no universal, siendo dichas operaciones las siguientes: aportación no dineraria de rama de actividad, canje de valores y aportaciones no dinerarias especiales. Desde un punto de vista estrictamente tributario, únicamente el régimen especial recoge expresamente los efectos fiscales derivados de la subrogación respecto de los bienes y derechos objeto de la transmisión. Y, siendo la sucesión a título no universal, la entidad adquirente únicamente asumiría el cumplimiento de derechos y obligaciones tributarias relacionadas directamente con los bienes y derechos adquiridos.

En definitiva, en los supuestos de sucesión a título universal se computa el tiempo de permanencia de activos que tuviesen en la entidad transmitente, transmitiéndose las deducciones pendientes de aplicación en la entidad transmitente así como las deducciones para incentivar la realización de determinadas actividades. A tal efecto la transmisión de derechos y de obligaciones requerirá que las deducciones pendientes de aplicación puedan aplicarse en el plazo correspondiente. Y, respecto de las deducciones ya aplicadas, habrá de computarse el plazo de permanencia de los activos que hubiesen sido objeto de la deducción en la sociedad adquirente. Por otro lado, habrá que tener en cuenta el cómputo del plazo para la deducción por reinversión establecida en el artículo 42 del TRLIS ¹⁵.

¹⁵ Mediante Consulta de 5 de mayo de 2010 (NFC038099) analizó la DGT un supuesto en el que una entidad dominante de un grupo de sociedades que tributaba en régimen de consolidación fiscal iba a participar en un proceso de fusión con otras dos sociedades que igualmente tributaban bajo el citado régimen de consolidación fiscal, lo que supondría la creación de una nueva entidad absorbente. Dicha operación habría de quedar acogida al régimen fiscal especial establecido en el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS, surgiendo un nuevo grupo de consolidación fiscal en el que la nueva entidad creada sería dominante. Habiendo aplicado dicha entidad dominante la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios sobre determinadas plusvalías (si bien, en aplicación de la normativa que regula el régimen de consolidación fiscal, parte de la reinversión no había sido materializada directamente por la propia entidad, sino por sociedades dependientes de su grupo de consolidación fiscal) se suscitaba la cuestión relativa a si, con ocasión de la operación de fusión, debía entenderse incumplido el plazo de mantenimiento establecido en el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 4/2004. Al amparo de lo dispuesto por el artículo 42.8 del TRLIS, relativo al mantenimiento de la inversión, y de conformidad con el cual: «a) Los elementos patrimoniales objeto de la reinversión deberán permanecer en funcionamiento en el patrimonio del sujeto pasivo, salvo pérdida justificada, hasta que se cumpla el plazo de cinco años, o de tres años si se trata de bienes muebles, excepto si su vida útil conforme al método de amortización de los admitidos en el artículo 11 de esta Ley, que se aplique, fuere inferior (...)», así como de lo establecido en los artículos 75 del citado TRLIS (que permite, en el caso de aplicación del régimen de consolidación fiscal, que la reinversión se materialice en elementos adquiridos por otra sociedad del grupo fiscal con la condición de que se trate de un elemento nuevo) y 90 del citado texto legal (al amparo del cual, tratándose de aquellos supuestos de sucesión universal, la entidad adquirente asumirá el cumplimiento de los requisitos necesarios para continuar en el goce de los beneficios fiscales o consolidar los disfrutados por la entidad transmitente), en el caso de que la operación de reestructuración se acoja al régimen fiscal especial previsto en el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS, la entidad adquirente se subrogará en los derechos y obligaciones tributarias que correspondan a la entidad transmitente, incluido en concreto, el cumplimiento de los requisitos necesarios para la aplicación de la deducción por reinversión prevista en el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 4/2004. Por tanto, si la consultante (la dominante) hubiera realizado inversiones a efectos del citado precepto, correspondientes a rentas derivadas de transmisiones realizadas por la entidad consultante o por cualquier otra entidad dependiente del grupo fiscal cuya dominante fuese la consultante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 90 del TRLIS, la nueva entidad como adquirente en el proceso de fusión estará obligada a computar el plazo de mantenimiento establecido en el artículo 42.8 del TRLIS. Y, con carácter adicional, tratándose de grupos de consolidación fiscal, el artículo 75 del TRLIS permite que la materialización de la reinversión se realice por otras entidades pertenecientes al

En la práctica, con total probabilidad, será en el ámbito de las escisiones parciales donde puedan llegar a plantearse mayores problemas con la subrogación de algún derecho vinculado con la rama de actividad escindida, teniendo presente que en dichos supuestos el derecho en cuestión deberá hallarse directamente vinculado con el bien que hubiese sido escindido dentro de la rama de actividad. Y, por lo que respecta a la transmisión de las bases imponibles negativas, sin perjuicio de referirnos a esta cuestión en el siguiente epígrafe de nuestro trabajo, baste señalar por el momento que, tratándose de un supuesto de escisión total, el derecho a la compensación de las bases imponibles negativas se transmitirá a la sociedad o sociedades beneficiarias que reciban la actividad que hubiese generado las pérdidas.

Por el contrario, en los supuestos de escisión parcial no tendrá lugar la transmisión del derecho a la compensación de las bases imponibles negativas, de acuerdo con lo declarado en su día por el TEAC en su Resolución de 11 de octubre de 2006 (NFJ024675). Y la sucesión a título no universal únicamente se producirá respecto de aquellos incentivos fiscales asociados a los bienes y derechos que se transmitan como consecuencia de la realización de la operación de reestructuración empresarial, circunstancia que podría llegar a originar diversos problemas relativos a la determinación del bien con el que vaya asociada la deducción o el incentivo fiscal de que se trate.

Téngase presente para finalizar que, siendo de aplicación la deducción por doble imposición de dividendos en sede de los socios, cabría la posibilidad de que, a resultas de un proceso de reestructuración empresarial, se modificase la tributación correspondiente a los mismos. Pensemos, por ejemplo, en el supuesto de que antes de la realización de la operación de reestructuración el porcentaje fuese igual o superior al 5 por 100 y, con posterioridad, terminase siendo inferior al 5 por 100. De este modo el porcentaje de deducción aplicable por doble imposición de dividendos establecido en el artículo 30 del TRLIS pasaría de ser del 100 por 100 al 50 por 100. E igualmente, con motivo de la realización de una operación de canje de acciones, los socios de una entidad residente en España podrían terminar convirtiéndose en socios de una entidad no residente en territorio español.

¿Qué criterio habría que adoptar en dichos supuestos? Tomando como punto de partida el necesario respeto que debe tener lugar al principio de neutralidad, por la subrogación de los derechos adquiridos el régimen fiscal aplicable a los beneficios no distribuidos con anterioridad a la reestructuración habría de conservarse en sede de los socios tras la operación realizada. De este modo si, con anterioridad al desarrollo del proceso de reestructuración, el socio tuviese un porcentaje igual o superior al 5 por 100 y la deducción por doble imposición interna fuese del 100 por 100, pasando con posterioridad dicho porcentaje a ser inferior al 5 por 100, habría de mantenerse el citado porcentaje de deducción.

grupo distintas de aquella que ha transmitido los elementos patrimoniales aptos para la aplicación de la deducción. De este modo, en el supuesto de que alguna entidad dependiente del grupo fiscal del que la consultante era la dominante hubiera realizado inversiones a efectos del artículo 42 del TRLIS, correspondientes a rentas derivadas de transmisiones realizadas por aquella o bien por otra entidad dependiente del mismo grupo, la extinción de ese grupo fiscal consecuencia de la realización de la operación de fusión no supondría incumplir el requisito de mantenimiento de la inversión a que se refiere el artículo 42.8 del TRLIS, en la medida en que el elemento objeto de reinversión siga en funcionamiento en el patrimonio de la misma entidad que realizó la reinversión hasta alcanzar el plazo de mantenimiento establecido en dicho precepto.

V. ALCANCE DE LA COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS

Tal y como establece el artículo 90.3 del TRLIS, las entidades adquirentes podrán practicar la compensación de las bases negativas pendientes que tuviera la transmitente. Esta compensación será íntegra en el supuesto de que la adquirente no tuviese participación anterior en la transmitente o bien no formase parte del mismo grupo de sociedades en los términos previstos en el artículo 42 del CCom, excepto si resultase aplicable la limitación general prevista para todo tipo de sociedades en el artículo 25 del TRLIS.

Por el contrario, si existiese dicha participación previa o perteneciesen al mismo grupo, de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 90.3 del TRLIS se originaría una restricción a la compensación de las bases destinada a impedir que unas mismas rentas negativas sean objeto de deducción o de compensación más de una vez ¹⁶.

Concretamente, esta reducción de la base imponible negativa susceptible de compensación a que nos referimos se produciría en los siguientes casos. De una parte, en el supuesto de que la entidad adquirente participase en el capital de la entidad transmitente. Y, de otra, cuando ambas formasen parte de un grupo de sociedades al que se refiere el artículo 42 del CCom ¹⁷.

¹⁶ Recuérdese a este respecto que, con carácter general, el derecho a compensar rentas o bases negativas aparece configurado en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho personalísimo y no susceptible de transmisión a un sujeto distinto de quien lo generó. Así se encargó de precisarlo el TEAC en su Resolución de 25 de septiembre de 2008 en los siguientes términos: «Su carácter personalísimo deriva del hecho de que el crédito fiscal por bases imponibles negativas pendientes de compensación pertenece a la estructura de la obligación tributaria del sujeto pasivo que obtuvo bases imponibles negativas, dentro pues de la relación jurídico tributaria cuya indisponibilidad proclamaba el artículo 36 de la Ley General Tributaria, actual artículo 17.4 de la Ley 58/2003. De este modo nos encontramos ante una facultad de la que solo puede servirse su titular en el proceso de fijación de su propia base imponible (...) La intransferibilidad de la compensación de bases negativas resulta también como efecto lógico de la propia mecánica liquidatoria del impuesto, siendo necesario para su aplicación, en primer lugar, o como primera premisa, la determinación de bases imponibles negativas, que solo se completa, en un segundo estadio, mediante la posterior obtención de beneficios que permitan su compensación. Por tanto, si una sociedad se extingue, no parece lógico plantearse la transferibilidad de una facultad en la cual, por la absoluta imposibilidad de la obtención de beneficios futuros por un ente que se extingue, se hace manifiesta la consiguiente imposibilidad de su nacimiento. De este modo, solo la excepción expresa por parte del legislador, admitiendo la transmisibilidad, permitiría la compensación de bases negativas por un ente distinto a aquel que las generó. Y en este sentido, la única excepción admitida en la actualidad por la Ley del Impuesto es la contemplada en la normativa reguladora del régimen especial aplicable a las fusiones. De esta forma, fuera del mencionado régimen especial, no cabe admitir dicha transmisibilidad». Queda claro, en consecuencia, que la única excepción a lo declarado por el TEAC a través de la citada Resolución la constituye la transmisión del derecho a compensar en algunos supuestos de reestructuración empresarial a los que resulta aplicable el presente régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores previsto en la normativa del IS. En cambio, la transmisión del derecho a compensar no cabe ni en los supuestos ajenos al ámbito de aplicación de dicho régimen (caso, por ejemplo, de la cesión global de activos y pasivos) ni en aquellos supuestos en los que no se opta por el mismo o no se origina la sucesión a título universal. De cualquier manera, se trata de una cuestión ciertamente conflictiva, ya que igualmente podría estimarse que la subrogación de bienes y derechos está implícita en las operaciones societarias de fusión y escisión, dado que las sociedades se extinguen sin liquidación y, por ello, y en todo caso, ya sea en el régimen general o en el especial, se producirá la subrogación del derecho a la compensación de las bases imponibles negativas pendientes de compensar en la entidad transmitente.

¹⁷ Cabe precisar que este segundo supuesto no se encontraba recogido en la redacción inicial del artículo 90.3 de la Ley, siendo incluido por la Ley 66/1997 respecto de aquellos periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 1998.

En estos casos, la base imponible negativa susceptible de compensación se reduciría en el importe de la diferencia positiva resultante entre el valor de las aportaciones de los socios realizadas por cualquier título y correspondientes a dicha participación o a las participaciones que las entidades del grupo tuviesen sobre la entidad transmitente y su valor contable.

Señala además el citado artículo 90.3 del TRLIS que en ningún caso serán compensables las bases imponibles negativas correspondientes a pérdidas sufridas por la entidad transmitente que hubiesen motivado la depreciación de la participación de la entidad adquirente en el capital de la entidad transmitente, o bien la depreciación de la participación de otra entidad en esta última, formando parte todas ellas de un grupo de sociedades con las características previstas en el artículo 42 del CCom.

¿Resulta admisible la transmisión del derecho a compensar en aquellos supuestos de reestructuración en los que no se extingue la personalidad jurídica del transmitente? Tal y como se encargó de precisar el TEAC en su Resolución de 18 de diciembre de 2008 (NFJ031513), dictada a la luz de la interposición de un recurso extraordinario de alzada para unificación de criterio, la respuesta a dicha cuestión ha de ser negativa. Concretamente la citada Resolución, relativa a la aportación de rama de actividad y a la compensación de bases negativas de la sociedad aportante, analizaba un supuesto en el que una sociedad limitada, que pretendía la compensación de bases imponibles negativas que traían su origen en la aportación no dineraria realizada de rama de actividad que le había hecho una persona física, presentó reclamación económico-administrativa frente a una liquidación provisional que le fue practicada por la Administración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Tal y como declaró el TEAC en la citada resolución, teniendo presente aquello que establecían los artículos 108 y 104 de la antigua Ley 43/1995, reguladora del IS, y 38 y 39 de la antigua Ley 40/1998, reguladora del IRPF, dentro del régimen especial de diferimiento del IS, tratándose de un supuesto de aportación de rama de actividad en el que subsiste la personalidad jurídica de la entidad aportante, el derecho a la compensación de bases imponibles negativas pendientes no se transmite a la entidad adquirente, pudiendo únicamente realizarse dicha compensación por el transmitente. En opinión del TEAC resultaba posible la aplicación del régimen especial previsto en el Capítulo VIII del Título VIII de la antigua LIS a las personas físicas en aquellos supuestos en los que concurriesen determinados requisitos, añadiéndose además que la aportación de una rama de actividad supone una sucesión a título no universal, produciéndose la transmisión únicamente respecto de los derechos y obligaciones tributarias que se refieran a bienes y derechos transmitidos (la rama de actividad aportada), de acuerdo con aquello que disponía el artículo 104.2 de la antigua LIS.

Por lo que respecta a la cuestión relativa a si resulta posible la práctica de la compensación por parte de la sociedad adquirente de los resultados negativos obtenidos por la persona física transmitente en el ejercicio de la actividad, concluyó el TEAC que la respuesta a la citada cuestión debía ser negativa, ya que no existía en la antigua Ley 40/1998, reguladora del IRPF, ninguna norma que permitiese al sujeto pasivo transmitir a un tercero algún componente de su base imponible de cara a practicar la compensación por parte de dicho tercero. Y, a pesar de que el artículo 104.3 de la antigua LIS (actual art. 90.3 del RDLeg. 4/2004) señalaba que las bases imponibles negativas pendien-

tes de compensación en la entidad transmitente podrían ser compensadas en la entidad adquirente, considera el TEAC que dicha subrogación solo podría operar en aquellos casos en los que, como consecuencia de la realización de la operación de reorganización empresarial, tuviese lugar la extinción de la personalidad del transmitente, motivando ello que quedase limitada a las fusiones y escisiones totales.

A mayor abundamiento, en tanto en cuanto en los supuestos de aportación de ramas de actividad (tanto por parte de personas físicas como por personas jurídicas) la personalidad del transmitente subsiste, solo resultaría posible la compensación de bases imponibles negativas (tratándose de personas jurídicas) o la integración y compensación de rentas (en los supuestos de personas físicas) por parte del transmitente, cuya personalidad subsiste tras la realización de la operación. Y, en aquellos casos de aportación de rama de actividad llevada a cabo por una persona física, los rendimientos negativos no se pueden compensar con la base imponible de la persona jurídica.

En definitiva, a juicio del TEAC no procedía en el concreto supuesto analizado la aplicación del régimen especial de canje, al incumplirse el requisito de que la compensación dineraria no excediese del 10 por 100, y en tanto en cuanto no existía motivación económica válida, dado que a través de la realización de la operación solo se pretendía dotar de liquidez. Únicamente procede la práctica de la compensación en aquellos supuestos en los que existe extinción de la personalidad. Y ello debido a que, subsistiendo la personalidad jurídica de la entidad transmitente, el derecho a la compensación de bases imponibles negativas solo puede ser ejercido por el transmitente, no habiéndose transmitido en el concreto supuesto analizado al adquirente la rama de actividad ¹⁸.

Por otro lado, afirmó el TEAC en esta Resolución de 18 de diciembre de 2008 que dentro del término «reservas», contenido por aquel entonces en el artículo 103.1 de la antigua LIS, debía entenderse incluida la prima de emisión.

Adviértase, por tanto, que la adopción de dicho criterio imposibilita la subrogación en el citado derecho a compensar en caso de aportaciones no dinerarias de rama de actividad y, por ende, la transmisión de rentas negativas desde el ámbito del IRPF al del IS, ya que una persona física no puede participar, lógicamente, en operaciones de reestructuración en las que se extinga su personalidad. A juicio del TEAC, en caso de aportación de una rama de actividad únicamente se transmiten los derechos y obligaciones tributarias referidos a los bienes y derechos transmitidos (arts. 104.2 de la LIS y 90.2 del TRLIS), entre los que no cabe entender incluido el derecho a compensar bases imponibles negativas ¹⁹.

A tenor de lo establecido en el artículo 90.3 del TRLIS, las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente pueden ser compensadas por la entidad adqui-

¹⁸ Ya con anterioridad, y mediante la aplicación de un razonamiento similar, negó el TEAC en su Resolución de 11 de octubre de 2006 (NFJ024675) la posibilidad de que, en un supuesto de escisión parcial, la sociedad beneficiaria pudiese compensar la base imponible de la sociedad transmitente. De conformidad con lo declarado por el Tribunal en dicha Resolución, en las operaciones societarias de escisión parcial no tiene lugar transmisión alguna de las bases imponibles negativas.

¹⁹ Véase, con idéntico sentido, lo declarado por el TEAC en su Resolución de 11 de octubre de 2006 (NFJ024675), relativa a un supuesto de escisión parcial.

rente. Ahora bien, el citado precepto no diferencia entre los supuestos en los que se produce una transmisión a título universal y los que no, a diferencia de lo que sucede con la regulación contenida en los apartados primero y segundo del citado precepto en relación con la subrogación en los derechos y obligaciones tributarias de la entidad transmitente.

Pues bien, a pesar de esta ausencia de diferenciación legal estimó el TEAC en la citada Resolución de 18 de diciembre de 2008 que debía realizarse una interpretación sistemática y coherente de dichas normas y, tratándose (como sucedía en el concreto supuesto analizado por el Tribunal) de un caso en el que el transmitente era una persona física, con las que regulan la integración y compensación de rentas en el IRPF.

Afirma de entrada el TEAC a este respecto que: «Ninguna norma en la LIRPF permite la posibilidad de que el sujeto pasivo transmita a tercero componente alguno de su base imponible a efectos de su compensación por dicho tercero»²⁰. Sucede sin embargo que el TRLIS prevé la aplicación del citado régimen especial a las aportaciones de rama de actividad realizadas por personas físicas siempre que lleven su contabilidad de acuerdo con el CCom y se cumplan el resto de requisitos exigidos. Así parece desprenderse de lo dispuesto en el artículo 94.2 del Real Decreto Legislativo 4/2004, que constituye así una norma especial frente a lo establecido en la LIRPF.

Declara a continuación el TEAC en la citada Resolución de 18 de diciembre de 2008 que «Dicha subrogación del derecho a la compensación de bases imponibles negativas solo puede operar en los supuestos en los que, como consecuencia de la operación de reorganización empresarial, se produzca la extinción de la personalidad del transmitente, quedando por tanto limitado a fusiones y escisiones totales. En los casos de aportación de rama de actividad (tanto por personas físicas como de jurídicas) es obvio que la personalidad del transmitente subsiste, de ahí que la compensación de bases imponibles negativas (en caso de personas jurídicas) o la integración y compensación de rentas (en caso de personas físicas) solo pueden ser ejercidas por el transmitente, cuya personalidad, como se ha dicho, subsiste tras la operación».

Parece claro, por tanto, que no ha de atenderse a la eventual posibilidad de vincular el derecho a compensar al conjunto de bienes y derechos transmitidos ya que, tal y como manifestó el TEAC en su Resolución de 11 de octubre de 2006, anteriormente citada, si así fuese podría resultar contradictorio no admitir la subrogación en los casos de aportaciones de rama de actividad o de escisión parcial y admitirla, en cambio, en los supuestos de escisión total. Téngase presente que, en este último supuesto, existiendo más de una entidad adquirente, ninguna de ellas sucederá plenamente a la entidad transmitente, lo cual implica necesariamente una distribución del derecho a compensar mediante la adopción de un determinado criterio que podría servir igualmente para fundamentar la transmisión en aquellos supuestos en los que no se produjese sucesión a título universal²¹.

²⁰ Recuérdese, no obstante, que la citada Ley 35/2006, de 28 de noviembre, contempla la posibilidad de que un miembro de la unidad familiar pueda aprovechar las rentas negativas generadas por otro miembro en caso de tributación conjunta.

²¹ Véase, a este respecto, la contestación de la DGT a Consulta de 10 de abril de 2000, en la que se señaló que: La distribución entre las entidades adquirentes en caso de escisión total debe hacerse «en función de las actividades que las han generado y que son objeto de explotación mediante los bienes y derechos adquiridos por las mismas».

En consecuencia, habrá que entrar a determinar en qué medida el derecho a compensar de un sujeto deriva, en particular, de una concreta rama de actividad entendida como unidad funcional, es decir, de un conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, capaz de funcionar por sus propios medios, tal y como señala el artículo 83.4 del TRLIS. Precisa además este último artículo que «Podrán ser atribuidas a la sociedad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan», dando así a entender que podrá llegar a producirse una sucesión en elementos del patrimonio del transmitente que no figuren referidos a bienes y derechos concretos, sino a un conjunto entendido como unidad funcional, que es precisamente la que permite la generación de beneficios y, eventualmente, de pérdidas.

Refiriéndose a la cuestión relativa a si se extingue o no la personalidad del transmitente afirmó el TEAC en su Resolución de 11 de octubre de 2006 que dicha solución «Es además coherente con los principios generales del Impuesto que nos ocupa –se estaba refiriendo el Tribunal al Impuesto sobre Sociedades– entre ellos, su carácter personal, así como el modo sintético de determinación de la base imponible. Así, el Impuesto sobre Sociedades no atiende, a diferencia de lo que pueda suceder en otros tributos como el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a distintas fuentes o componentes de renta, cada uno de ellos con sus propias reglas de cuantificación, obteniéndose la base imponible total mediante la agregación de tales componentes. El Impuesto sobre Sociedades es, por el contrario, un impuesto de tipo sintético, en el que la base imponible se determina a partir del resultado contable total, corregido por lo dispuesto en la Ley del Impuesto. Dicho resultado contable (y, por tanto, la base imponible) viene dado por el conjunto de ingresos y gastos obtenidos por la entidad a lo largo del ejercicio o periodo impositivo, quedando englobados todos ellos en dicha magnitud, con independencia de su origen o procedencia. De este modo, no puede hablarse de un resultado contable o base imponible obtenida por una u otra rama o sector de actividad. Dicho de otro modo, el sujeto pasivo del Impuesto es siempre la sociedad, persona jurídica, no sus distintas ramas, conjuntos de bienes o actividades económicas desarrolladas, por lo que la base imponible solo se puede predicar de la sociedad, único sujeto con personalidad jurídica y capacidad tributaria».

Ahora bien, ¿hasta qué punto no representa el derecho a compensar una situación jurídica activa derivada de la posición global del sujeto ante el impuesto de que se trate (ya estemos en presencia del IS o del IRPF)? Desde nuestro punto de vista el citado derecho a compensar no constituye un mero derecho de crédito. Se trata, por el contrario, de un derecho inherente a la aprehensión de la capacidad económica global del sujeto, de manera que únicamente si se extingue la personalidad del titular del derecho subrogándose otro sujeto en dicha posición jurídica global, podrá producirse asimismo la transmisión del derecho a compensar.

En nuestra opinión el reconocimiento del derecho a compensar bases imponibles negativas en el IS ha de tener como fundamento y como finalidad ponderar la capacidad económica del sujeto más allá del espacio de tiempo que impone el llamado principio de independencia o de estanciedad de los periodos impositivos. En otras palabras, no creemos que se trate de un derecho patrimonial desligado del historial tributario del sujeto que lo generó y susceptible de transmisión en cualquier caso. Debido a ello estimamos que carece de toda razón de ser vincular el ejercicio del citado derecho a compensar con la transmisión de determinados bienes y derechos, ni siquiera en el hipotético caso

de que estos últimos integren una unidad funcional de producción de renta identificable (ya sea total o parcialmente) como origen de la base negativa.

¿Y cabría la posibilidad de que, dentro del presente régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones, pudiera efectuarse una compensación pendiente de bases imponibles negativas y de que operase una limitación del derecho a la compensación de dichas bases imponibles negativas en el supuesto de que la entidad adquirente participase en el capital de la entidad transmitente? De conformidad con lo declarado a este respecto por la AN en su Sentencia de 14 de julio de 2008, y de acuerdo con aquello que disponía el artículo 104.3 de la antigua LIS de 1995, procedería dicha aplicación automática en el supuesto de que la entidad adquirente participase en el capital de la entidad transmitente y existiese una diferencia positiva entre el valor de las aportaciones de los socios realizadas por cualquier título y correspondientes a las participaciones que las entidades del grupo tuviesen sobre la entidad transmitente y su valor contable. Y, a efectos de la determinación del concepto de aportación, habría de examinarse la operación de fusión por absorción.

A la luz de las anteriores consideraciones puede concluirse por tanto que el reconocimiento del derecho a la transmisión en el presente régimen especial aplicable a las reestructuraciones empresariales que implican sucesión a título universal tiene como objetivo evitar que la pérdida definitiva del derecho a compensar se convierta, desde un punto de vista estrictamente tributario, en un obstáculo para la realización de esta clase de operaciones, garantizándose así el necesario respeto al principio de neutralidad. Ello explica que no se admita el reconocimiento de dicho derecho cuando la entidad transmitente no se extingue, al conservarse por parte de esta última el ejercicio de dicho derecho a compensar ²².

En resumen, estimamos que ha de rechazarse la posibilidad de transmitir el derecho a compensar como un elemento más del activo de una empresa individual, en aras de evitar el surgimiento de operaciones cuya única finalidad sea facilitar la compensación. Y ello a pesar de que dicha situación sea precisamente la que pueda llegar a producirse tratándose de una sociedad totalmente escindida. Dado este último supuesto procedería la aplicación de la cláusula antielusiva prevista en el artículo 96.2 del TRLIS ²³.

La transmisión del derecho a compensar bases imponibles negativas únicamente ha de producirse en el supuesto de que dicho derecho se hubiese originado en el ámbito del IS y siempre y cuando se trate de supuestos de reestructuración en los que se produzca una sucesión a título universal y a los que resulte efectivamente de aplicación el régimen especial previsto para la realización de esta

²² Debe reconocerse, no obstante, que, en virtud de la aplicación de dicho criterio, siendo el transmitente un contribuyente del IRPF que, como consecuencia de la realización de la citada operación, cesase en el desarrollo de su actividad económica, aquel terminaría viendo limitadas sus posibilidades de compensación como consecuencia de la producción de la operación de reestructuración empresarial. A mayor abundamiento, y por lo que respecta a los supuestos de escisión parcial, la eventual posibilidad de dejar la base imponible negativa en la entidad escindida y no en la beneficiaria, separándose dicha base negativa de la actividad económica que la genera y quedándose con aquella otra actividad que no la hubiese generado, únicamente podría plantearse en aquellos supuestos en los que se escindiese la práctica totalidad de la actividad generadora de las pérdidas, pudiéndose arbitrar en tales casos como alternativa una escisión total que atribuyese la rama de actividad residual a una nueva sociedad beneficiaria, produciéndose entonces la transmisión de bases imponibles negativas al tener lugar la extinción de la sociedad escindida.

²³ Así lo tiene declarado además la AN, entre otras, en sus Sentencias de 9 de febrero y de 1 de abril de 2009.

clase de operaciones. Y, desde luego, debe rechazarse el trasvase de bases negativas desde el ámbito del IRPF al del IS tratándose de aquellos casos en los que participe una persona física en la operación mediante la aportación de una rama de actividad. Porque mientras las bases negativas de una sociedad siempre podrán subsistir mediante la realización de operaciones de reestructuración que permitan su transmisión y, por ende, una cierta patrimonialización, el derecho a compensar rentas negativas pendientes generadas por un empresario individual se extinguirá en todo caso con motivo de su fallecimiento o incluso con anterioridad, en el supuesto de que finalizase el plazo de compensación previsto al efecto en la Ley 35/2006, de cuatro años frente a los quince que establece el Real Decreto Legislativo 4/2004.

De conformidad con lo señalado por la DGT en su contestación a Consulta de 4 de enero de 2011 (NFC040131), no resulta procedente la compensación de las bases imponibles negativas correspondientes a pérdidas sufridas por la entidad transmitente que hubiesen motivado la depreciación de la participación de la entidad adquirente en el capital de la entidad transmitente.

Recapitulando, con carácter general las bases imponibles negativas lo serán aquellas que se encuentren pendientes de compensación en el instante de efectuarse las operaciones societarias, siendo estas las que tenga la entidad transmitente en el instante de realizar la inscripción de la operación societaria de reestructuración. Por el contrario, en ningún momento la compensación será de las bases imponibles negativas que se tuvieran en el momento de la retroacción contable establecida por las sociedades.

Esta subrogación de las bases imponibles negativas tendrá lugar única y exclusivamente cuando la entidad transmitente se extinga. Y ello no es sino una consecuencia de la consideración del IS como un impuesto personal, de manera que dichas bases imponibles negativas, en aquellos supuestos en los que no hubiese extinción de la sociedad, únicamente se podrán compensar en la sociedad que las hubiese generado.

Podría afirmarse, en consecuencia, que la subrogación de las bases imponibles negativas únicamente se producirá en aquellos supuestos de sucesión universal y con determinados límites. Así, por ejemplo, tratándose de operaciones societarias de fusión por absorción la transmisión de las bases imponibles negativas de la sociedad transmitente se producirá, en todo caso, a la entidad adquirente. Respecto de las operaciones societarias de escisión total, se llevará a cabo la transmisión a la sociedad o sociedades beneficiarias que reciban la actividad que hubiese generado las pérdidas. En estos supuestos, dado que existen, al menos, dos entidades beneficiarias de la operación, habrá que establecer alguna regla de reparto de las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad escindida. Y asimismo deberá plantearse qué actividades o elementos han generado las pérdidas, de cara a plantear una distribución entre ellos.

Tal y como hemos precisado, al amparo de la vigente regulación son dos las limitaciones establecidas a la subrogación de las bases imponibles negativas. A tenor de la primera, la entidad adquirente no tiene participación en la entidad transmitente con anterioridad a la realización de la operación de reestructuración, o bien no forma parte del mismo grupo de sociedades en los términos establecidos en el CCom. Y, de conformidad con la segunda, la entidad adquirente sí que tiene participación

previa en la entidad transmitente, o bien pertenecen al mismo grupo de entidades. Analicemos detenidamente cada una de ellas.

La primera situación planteada sería aquella en la que la entidad adquirente no tiene participación en la entidad transmitente con anterioridad a la realización de la operación de reestructuración o bien no forma parte del mismo grupo de sociedades en los términos del artículo 42 del CCom. Adviértase que en este primer supuesto no se establece ninguna limitación a la subrogación de las bases imponibles negativas que la entidad transmitente ha generado. Ahora bien, en dichos supuestos será aplicable, en su caso, la limitación general establecida respecto de todo tipo de sociedades en el artículo 25 del TRLIS. Adicionalmente habrá que tener presente lo dispuesto en el artículo 19.6 del citado Texto Refundido en relación con la reversión del deterioro de valor de elementos patrimoniales (acciones o participaciones) que hubiesen sido objeto de una corrección de valor por deterioro. Veamos más detenidamente esta circunstancia en los siguientes supuestos.

Analicemos a continuación el segundo supuesto planteado con anterioridad, es decir, el relativo a aquellos casos en los que la entidad adquirente sí que tiene participación previa en la entidad transmitente, o bien ambas pertenecían al mismo grupo de sociedades. Refiriéndose a estos casos establece el artículo 90.3 del TRLIS una reducción de la base imponible negativa susceptible de compensación. Concretamente en estos supuestos la base imponible negativa susceptible de compensación se reducirá en el importe de la diferencia positiva resultante entre el valor de las aportaciones de los socios realizadas por cualquier título y correspondientes a dicha participación o a las participaciones que las entidades del grupo tengan sobre la entidad transmitente y su valor contable.

Añade, además, el citado artículo 90.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004 que en ningún caso serán compensables las bases imponibles negativas correspondientes a pérdidas sufridas por la entidad transmitente que hubiesen motivado la depreciación de la participación de la entidad adquirente en el capital de la entidad transmitente o de la depreciación de la participación de otra entidad en esta última cuando todas ellas formen parte de un grupo de sociedades al que se refiere el artículo 42 del CCom.

Adicionalmente, tratándose de aquellos supuestos en los que la entidad adquirente participase en la sociedad transmitente o formara parte del grupo de sociedades con anterioridad a la realización de la operación societaria habría que entrar a determinar, con carácter previo, cuándo se han generado las pérdidas en la sociedad transmitente. Téngase presente que dichas pérdidas podrían haberse generado con anterioridad o con posterioridad a la adquisición de la participación.

Habiéndose generado las pérdidas con anterioridad a la adquisición de la participación, respecto del socio dichas pérdidas habrían sido tenidas en cuenta de cara a la realización de la transmisión. Así las cosas en el supuesto de que posteriormente tuviese lugar la fusión habrían de compensarse los beneficios de la adquirente con las pérdidas de la transmitente. Repárese, no obstante, que en el presente caso se estarían utilizando dos veces las pérdidas, no siendo por tanto de aplicación el artículo 19.6 del TRLIS. Ello explica el establecimiento de la restricción en el artículo 90.3 del citado Texto Refundido, a resultas de la cual se opera la reducción de las bases imponi-

bles negativas en el importe de la diferencia positiva resultante entre el valor de las aportaciones de los socios y su valor contable.

En cambio, habiéndose generado las pérdidas con posterioridad a la adquisición habrá sido contabilizada la pérdida por deterioro respecto del nuevo socio, señalando a este respecto el citado artículo 90.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004 que: «En ningún caso podrán compensarse las bases imponibles negativas correspondientes a pérdidas sufridas por la entidad transmitente que hayan dado lugar a la depreciación de la participación de la entidad adquirente en el capital de la transmitente».

LA BASE IMPONIBLE DE LAS OPERACIONES DE REDISTRIBUCIÓN DE LAS GARANTÍAS HIPOTECARIAS EN SUPUESTOS DE AMPLIACIÓN DEL PRÉSTAMO ORIGINAL

HÉCTOR PÉREZ TAPIA

Abogado. Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

Extracto:

LA presente nota doctrinal analiza el nuevo criterio, que viene a constituir doctrina reiterada del Tribunal Económico-Administrativo Central, relativo al cómputo de la base imponible en la modalidad de Actos Jurídicos Documentados del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados en las operaciones de redistribución hipotecaria inherentes a escrituras de ampliación de préstamo hipotecario.

Frente al criterio que viene evacuando la Dirección General de Tributos y la mayoría de Tribunales Económico-Administrativos Regionales, el Tribunal Económico-Administrativo Central reduce la base imponible de estas operaciones al importe de la antigua responsabilidad hipotecaria que se redistribuye, sin incluir el importe de la responsabilidad hipotecaria correspondiente a la ampliación del préstamo.

Palabras clave: Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados, Actos Jurídicos Documentados, ampliación de préstamo, redistribución de garantías hipotecarias y base imponible.

TAXABLE BASE OF STAMP DUTY IN THE OPERATIONS OF REALLOCATION OF RESPONSIBILITY IN MORTGAGE-SECURED LOANS CONNECTED TO THE INCREASE OF THE AMOUNT OF SUCH LOANS

HÉCTOR PÉREZ TAPIA

Abogado. Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

Abstract:

THIS document analyses the Central Economic-Administrative Court's new criterion, which constitutes reiterated case law, regarding the taxable base of stamp duty in the operations of reallocation of responsibility in mortgage-secured loans connected to the increase of the amount of such loans.

Against the criterion maintained by the General Directorate of Taxes and most of the Regional Economic-Administrative Courts, the Central Economic-Administrative Court reduces the taxable base to the amount of the previous mortgage-secured responsibility being reallocated, not including the amount of the additional responsibility directly connected to the increase of the amount of the loan.

Keywords: Transfer Tax, stamp duty, loan increase, reallocation of responsibility in mortgage-secured loans and taxable base.

Viene siendo pacífico el criterio de considerar que las operaciones de ampliación de préstamo garantizado con hipoteca inmobiliaria y correlativa redistribución de la responsabilidad hipotecaria, aun documentadas en una misma escritura notarial, constituyen convenciones diferentes a las que, por tanto, les es exigible tributación independiente por la modalidad de Actos Jurídicos Documentados del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados ¹.

En estos casos, el criterio más reiterado de los tribunales de justicia en lo relativo al cómputo de la base imponible en la modalidad de Actos Jurídicos Documentados del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados viene a considerar que la base imponible sobre la que se debe liquidar el concepto de ampliación del préstamo es el aumento del principal del mismo. Por otra parte, la base imponible del concepto de redistribución hipotecaria debe ascender al importe de la responsabilidad hipotecaria total repartida entre los inmuebles hipotecados que constituyen la garantía (es decir, la suma de la responsabilidad hipotecaria preexistente y de la nueva responsabilidad hipotecaria derivada de la ampliación del préstamo).

Así lo ha manifestado la Dirección General de Tributos, originalmente en la contestación de fecha 16 de julio de 2007 a Consulta vinculante con referencia V1564/2007 (NFC033523) y, más recientemente, en la contestación de 1 de abril de 2009 con referencia V0672/2009 (NFC032689), a cuyo tenor:

«Respecto a la ampliación del préstamo la base imponible no estará constituida por la responsabilidad hipotecaria total, sino tan solo por la añadida en la ampliación, entendiéndose que la base imponible debe fijarse en función del incremento de la responsabilidad hipotecaria, es decir, por el importe del principal ampliado, más los correspondientes intereses pactados y las cantidades que se hayan estipulado para costas y gastos.

Respecto de la tributación por el gravamen gradual de actos jurídicos documentados en relación con la redistribución de la carga hipotecaria del préstamo, dado que el objeto valuable lo constituye la propia hipoteca que se redistribuye, esta será la base sobre la que deberá girarse el gravamen gradual del documento notarial; es decir, la base imponible estará constituida por la suma del valor inicial del préstamo más el de la ampliación del mismo, más los correspondientes intereses pactados y las cantidades que se hayan estipulado para costas y gastos, ya que el acreedor puede repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las fincas adquiridas.»

Este mismo criterio es también el seguido por el Departament d'Economia i Finances de la Generalitat de Catalunya en sus respuestas a consultas tributarias, entre las que cabe citar las números 113E/10 y 10/10, en las que expresamente se remite al criterio de la contestación de la Dirección General de Tributos con referencia V0672/2009 (NFC032689).

Los tribunales por su parte han dado soporte mayoritariamente a este criterio. Así, esto puede ser apreciado en algunas Sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia de la Comu-

¹ Dicha doctrina se reitera en la Sentencia del Tribunal Supremo 4480/2008 (NFJ034843), de 9 de julio de 2008, dictada en unificación de doctrina.

nidad Autónoma de Castilla-La Mancha de fecha 7 de abril de 2004 (NFJ045378) o de la Comunidad Autónoma de Madrid de 19 de junio de 2009 (NFJ045379) ².

En nuestra opinión, esta doctrina debe ser considerada inconcusamente incorrecta por cuanto se pone de manifiesto una evidente e inicua doble imposición sobre el importe en que aumenta el préstamo garantizado que deberá tributar tanto por el concepto de aumento del importe del préstamo, como por la parte proporcional de la responsabilidad hipotecaria correspondiente a dicha ampliación del préstamo.

Esta opinión viene a ser respaldada por el Tribunal Económico-Administrativo Central, en su Resolución de fecha 27 de mayo de 2011 [RG 4213/2009 (NFJ043136)], la cual viene a constituir doctrina reiterada vinculante para los órganos de la Administración tributaria ³ al ratificar el criterio evacuado en una anterior Resolución de fecha 2 de diciembre de 2009 [RG 6372/2008 (NFJ037578)].

La Resolución de 27 de mayo de 2011 analiza el caso de un préstamo con garantía hipotecaria sobre determinadas fincas que es posteriormente ampliado, de tal suerte que la nueva responsabilidad hipotecaria inherente al principal ampliado queda repartida entre las fincas que inicialmente ya venían respondiendo del préstamo y las nuevas fincas resultantes de una declaración de obra nueva y división horizontal.

Por su parte, la anterior Resolución de 2 de diciembre de 2009 analizó el supuesto de un préstamo hipotecario inicialmente garantizado sobre tres fincas que posteriormente fueron objeto de agrupación, seguida de declaración de obra nueva y división horizontal en 474 nuevas fincas. Acto seguido se amplió el principal del préstamo original y se distribuyó la responsabilidad hipotecaria de la totalidad del préstamo entre las 474 nuevas fincas.

En ambos expedientes, frente al criterio mantenido por el sujeto pasivo, consistente en defender que la ampliación de préstamo debía liquidarse por el importe del principal ampliado y que la distribución de la nueva responsabilidad hipotecaria debía liquidarse exclusivamente por el importe de la responsabilidad hipotecaria originaria (no la total), la Dirección General de Tributos autonómica recurrente alegó que:

«(...) en la redistribución de responsabilidad hipotecaria dado que el objeto valuable lo constituye la propia hipoteca que se redistribuye, esta será la base sobre la que deberá girarse el gravamen gradual del documento notarial, es decir, la Base imponible estará constituida por la suma del valor inicial del préstamo más el de la ampliación del mismo, más los correspondientes intereses pactados y las cantidades que se hayan estipulado para costas y gastos. Por lo tanto, en la escritura que nos ocupa, existen dos hechos imponibles, en primer lugar, la ampliación del préstamo hipotecario, que tributará por Actos Jurídicos Documentados sobre una base imponible constituida por el capital ampliado y la responsabilidad hipotecaria que lleva aparejada, y en segundo lugar, la redistribución de la carga hipotecaria total entre las nuevas fincas resultantes de la división horizontal cuya base imponible debe incluir tanto la parte de responsabilidad derivada del préstamo inicial como la de la parte ampliada.»

² No obstante hay que reconocer la existencia de alguna sentencia aislada y antigua en sentido contrario como la del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Cantabria de 25 de noviembre de 2002 (NFJ045310).

³ Ambas resoluciones resuelven sendos recursos de alzada interpuestos por el Director General de Tributos de una Comunidad Autónoma no identificada.

Ante ello el Tribunal Económico-Administrativo Central desarrolla la siguiente línea argumental:

1. En primer lugar, en lo que se refiere a si las operaciones de redistribución hipotecaria son o no hecho imponible tributable por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados, manifiesta que se trata de una cuestión ya resuelta por el Tribunal Supremo, cuya Sentencia de 24 de octubre de 2003 [rec. 67/2002 (NFJ015473)], al resolver un recurso de casación en interés de ley, sentó la doctrina según la cual:

«[...] las escrituras de distribución de la carga hipotecaria precedente entre los pisos y locales de un edificio sometido a división horizontal constituyen actos inscribibles que tiene por objeto cosa valuable, no sujetos a la modalidad de TPO y Operaciones societarias y por tanto están sujetos al Impuesto sobre actos jurídicos documentados conforme al artículo 31.2 del Real Decreto-Ley 1/1993 que aprobó el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados».

A juicio del Tribunal Económico-Administrativo Central, dicha doctrina legal:

«(...) que vincula a todos (Jueces, Tribunales, Administración) debe interpretarse en los concretos términos expuestos por el Tribunal Supremo, limitando o ciñendo su aplicación a los casos en que se den exactamente las mismas circunstancias que en el supuesto que se sometió a la revisión del citado Tribunal, es decir cuando se produce una redistribución de la responsabilidad hipotecaria precedente o preexistente, sin que la modificación produzca un incremento patrimonial en el acreedor hipotecario, esto es, cuando no exista un incremento en el valor total de la obligación garantizada, porque si ello sucediera habría que liquidar el incremento o ampliación como constitución de hipoteca según el artículo 7.1 B) del Texto Refundido.»

2. En segundo lugar, y sobre la base de lo anterior, el Tribunal Económico-Administrativo Central concluye que en las operaciones de ampliación de préstamo hipotecario y consiguiente ampliación de la responsabilidad hipotecaria preexistente sobre diferentes fincas se está ante un supuesto distinto, pues se produce un incremento patrimonial en el acreedor hipotecario debido al aumento del valor de la obligación garantizada, lo cual es constitutivo del hecho imponible «ampliación de préstamo hipotecario», el cual deberá liquidarse como constitución de derecho en la parte que se amplía. A dicha ampliación sigue, como consecuencia inmediata, necesaria y consustancial al préstamo, la distribución de la responsabilidad hipotecaria en la parte inherente a la ampliación, lo cual no puede identificarse como un hecho imponible con tributación propia, pues debe seguir la misma suerte que la tributación que corresponde a la ampliación del préstamo. En palabras de la Resolución de 27 de mayo de 2011 (NFC043136):

«(...) el hecho imponible derivado de la constitución de hipoteca –que en tal concepto tributa la ampliación de la misma– absorbe la distribución de responsabilidad que es inherente a la propia constitución de hipoteca (art 119 LH). **No cabe, en consecuencia, hacer tributar por "redistribución" el importe de responsabilidad que con ocasión de la ampliación se asigna o distribuye por primera vez. De ahí, que en los supuestos de redistribución de responsabilidad hipotecaria que coincide con la ampliación de préstamo hipotecario, la base del Impuesto en concepto de redistribución, será la derivada del préstamo originario, que es realmente la que se "redistribuye", pero sin incluir la parte ampliada**» (la negrita es nuestra).

Solo tiene sentido, por tanto, hablar de «redistribución hipotecaria» respecto de la responsabilidad hipotecaria correspondiente al préstamo originario (la responsabilidad hipotecaria preexistente) y no respecto de la nueva responsabilidad hipotecaria derivada de la ampliación del principal del préstamo, pues en este segundo caso no cabe propiamente hablar de «redistribución» hipotecaria sino de «asignación» de nueva responsabilidad hipotecaria o de «nueva distribución» de responsabilidad hipotecaria, cuya tributación ha de seguir a la que corresponda por la ampliación del préstamo.

En suma, según este criterio del Tribunal Económico-Administrativo Central, el gravamen por Actos Jurídicos Documentados solo debería recaer sobre la parte de la responsabilidad hipotecaria que se redistribuye, y no sobre aquella parte que se distribuye y asigna por primera vez a cada finca.

Ha de señalarse que este criterio únicamente es aplicable a los supuestos de hecho analizados en ambas resoluciones, esto es, a los supuestos de «redistribución hipotecaria» que derive de una ampliación de préstamo hipotecario, no pudiendo extrapolarse el mismo a otros supuestos en los que tenga lugar una redistribución de responsabilidad hipotecaria y la misma no esté vinculada a una ampliación de préstamo hipotecario. Por ejemplo, las escrituras de redistribución de responsabilidad hipotecaria como consecuencia de la extensión de la hipoteca preexistente a nuevas fincas por culpa de la reducción del valor de la finca inicialmente hipotecada, debiendo en tales casos la base imponible coincidir con el importe total garantizado que se redistribuye [*vid.* Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 27 de mayo de 2011 –RG 5728/2009– (NFJ043135)].

Conviene tener presente que la presente resolución analizada constituye doctrina reiterada ⁴ del Tribunal Económico-Administrativo Central, de forma que el criterio manifestado en dichas resoluciones resulta plenamente vinculante para el resto de órganos y tribunales administrativos. Así pues, este criterio vinculante evacuado por el Tribunal Económico-Administrativo Central puede resultar de interés para aquellos contribuyentes que en estos años hayan «refinanciado» sus inversiones y en el marco de las mismas hayan escriturado ampliaciones de préstamo hipotecario sobre varias fincas con redistribución de responsabilidad hipotecaria. En estos casos, si el prestatario ha liquidado el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados, en la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, considerando como base imponible el total de responsabilidad hipotecaria redistribuida, podría valorarse la posibilidad de promover expedientes de devolución de ingresos indebidos invocando el nuevo criterio del Tribunal Económico-Administrativo Central. Y lo mismo cabe indicar respecto de aquellos sujetos pasivos que estén actualmente en curso de reclamación en vía económico-administrativa contra liquidaciones giradas por la Inspección de las distintas Comunidades Autónomas, para quienes las dos resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central pueden aportar nuevos argumentos de defensa.

⁴ El apartado 7 del artículo 239 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria dispone que «la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Económico-Administrativo Central vinculará a los tribunales económico-administrativos regionales y locales y a los órganos económico-administrativos de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía y al resto de la Administración tributaria del Estado y de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía. El Tribunal Económico-Administrativo Central recogerá de forma expresa en sus resoluciones y acuerdos que se trata de doctrina reiterada y procederá a publicarlas según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 86 de esta Ley. En cada Tribunal Económico-Administrativo, el criterio sentado por su Pleno vinculará a las Salas y el de ambos a los órganos unipersonales. Las resoluciones y los actos de la Administración tributaria que se fundamenten en la doctrina establecida conforme a este precepto lo harán constar expresamente».

LA DEDUCCIÓN POR REINVERSIÓN DE BENEFICIOS EXTRAORDINARIOS: AFECTACIÓN VS. ENTRADA EN FUNCIONAMIENTO

FRANCISCO CAVERO DE PEDRO

*Socio del Área Financiera y Tributaria
Cuatrecasas, Gonçalves Pereira*

Extracto:

EL presente trabajo aborda el análisis de la modificación del artículo 42 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades introducida por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, en lo relativo a los elementos objeto de reinversión. En opinión del autor, la citada modificación añadió un requisito nuevo al ya existente de afectación: el de la entrada en funcionamiento.

Palabras clave: afectación, entrada en funcionamiento, deducción y beneficios extraordinarios.

DEDUCTION BY REINVESTMENT OF EXCESS PROFITS: IMPUTATION *VERSUS* PUT INTO USE

FRANCISCO CAVERO DE PEDRO

*Socio del Área Financiera y Tributaria
Cuatrecasas, Gonçalves Pereira*

Abstract:

THIS document approaches the analysis of the modification of article 42 of the Corporate Income Tax Act introduced by Act 16/2007, of July 4, reforming and adapting the accounting corporate legislation to harmonize it with European Union law relating to the elements that will be reinvested. In the author's opinion, this modification added a new requirement to the imputation existing one; to put it into use.

Keywords: imputation, put into use, deduction and excess profits.

Sumario

1. Introducción.
2. Análisis sintáctico del artículo 42 del TRLIS.
3. Análisis de otras normas tributarias.
 - a. Gastos financieros deducibles.
 - b. Amortización y libertad de amortización.
4. Breve referencia al régimen de sociedades patrimoniales.
5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

La deducción por reinversión de beneficios extraordinarios (DERBE) es, sin duda alguna, la deducción más relevante de todas aquellas cuya finalidad es incentivar y estimular la inversión empresarial. En este sentido, los datos recogidos en el Informe Anual de Recaudación Tributaria (el Informe) que cada año publica la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) en su página web, así lo confirman. Si nos fijamos en el Informe de 2008, cuyos últimos datos publicados se corresponden con el ejercicio fiscal de 2007, la DERBE representó el 42,86 por 100 del total de este tipo de deducciones. No obstante, en ese mismo año, se produce un descenso relevante en cuanto a la importancia de esta deducción, que en el 2006 llegó a representar el 60,91 por 100.

Con independencia de la incidencia que el comienzo de la crisis económica pudo tener en la inversión empresarial, máxime teniendo en cuenta los ejercicios a los que nos hemos referido, deberemos plantearnos si la causa de dicho descenso no fue la modificación introducida para los ejercicios iniciados a partir de 1 de enero de 2007 en el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.

La referida modificación pasó a exigir a los elementos objeto de reinversión, además del requisito de afectación, el de entrada en funcionamiento dentro del plazo de reinversión, lo que incidió de lleno en la validez de la reinversión a materializar en determinados elementos que fuesen a formar parte de un proyecto de inversión a largo plazo y que no estuvieran bajo la cobertura de un plan especial de reinversión. Pero si relevante fue la incidencia de esta modificación legislativa en los ejercicios iniciados a partir de 1 de enero de 2007, mayor es la controversia generada por la interpretación adoptada por la Dirección General de Tributos (DGT) y por la Inspección Tributaria (la Inspección), en relación con la redacción anterior que no exigía la citada entrada en funcionamiento, controversia que, en estas fechas, empieza a ser objeto de discusión en los Tribunales.

El objetivo de este análisis es establecer una separación en torno a los conceptos de afectación y entrada en funcionamiento poniendo de manifiesto que la DGT y la Inspección, asimilando dichos

conceptos, condicionan, para ejercicios iniciados antes del 1 de enero de 2007, la aplicación de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios al cumplimiento de un requisito, como es el de la entrada en funcionamiento, que hasta el 1 de enero de 2007 no recogía la norma.

Por ser más concretos, mientras que la DGT en su Resolución 0852/2004 (NFC019603) admitía la aptitud para materializar la reinversión en terrenos en los que se iban a construir inmuebles que en un futuro fuesen a quedar afectos a la actividad y cuya entrada en funcionamiento se iba a producir fuera del plazo de reinversión ¹, en una Consulta posterior [V0403/2004 (NFC020233)], asimilando los conceptos de afectación y de entrada en funcionamiento, concluyó que: «la adquisición de un terreno para la construcción de un edificio que va a estar afecto a la actividad económica del consultante se considera apta para materializar la reinversión, siempre que a la fecha de finalización del plazo para efectuar la reinversión el inmueble esté en funcionamiento y, por tanto, en el mismo se desarrolle efectivamente la actividad del consultante.»

Esta última línea doctrinal fue posteriormente mantenida por la DGT ² a través de numerosas resoluciones en las que sostuvo el criterio de entender que «afectación» y «entrada en funcionamiento» son una misma cosa.

La aproximación normativa más concreta al concepto de elemento afecto la encontramos en el artículo 29 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF) que, lejos de dar una definición del mismo, enumera una serie de casos en los que un elemento se considera afecto, establece los supuestos de exclusión y regula la afectación parcial.

Sirva como ejemplo de la desafortunada redacción de este artículo los diferentes términos utilizados; así, mientras que para unos elementos (cualesquiera otros elementos patrimoniales distintos de los inmuebles y de los destinados a los servicios económicos y socioculturales del personal) se predica su **necesidad** para la obtención de rendimientos, para los parcialmente utilizados, basta con que **sirvan** a la actividad. Lo mismo que los destinados a servicios económicos y socioculturales del personal al **servicio** de la actividad.

Es más, la Audiencia Nacional ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación con el concepto de afectación, como se recoge en su Sentencia de 28 de septiembre de 2009 (NFJ043876), estableciendo de manera muy clara que «la afectación es el acto de una persona física o jurídica por el que decide destinar un bien del que es titular, a una actividad (empresa o profesión), como factor o medio de producción, en uso del derecho a su libre organización. Hablar, pues, de afectación supone, en el contexto de la LIRPF (a la que se remite el propio TRLIS) afectación a una actividad.». La afectación se debe entender como una decisión que nace de la propia función organizativa de la empresa; se trata de un acto volitivo que, como tal, depende de la intención de la persona y no de elementos ajenos.

¹ La DGT manifestó que: «... la adquisición de un terreno para la construcción de un edificio que va a quedar afecto a la actividad de arrendamiento se considera apta para la materialización de la reinversión, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 36 ter de la LIS, siempre que, una vez finalizada la obra, cuando los edificios estén en condiciones de funcionamiento, formen parte del inmovilizado material de la entidad y se destinen efectivamente a la mencionada actividad».

² V0095/2005 (NFC024355), V1793/2005 (NFC040667), V1203/2006 (NFC022950), V1225/2006 (NFC022956).

Por ello, en el presente estudio, bajo la premisa de que los términos «afectación» y «entrada en funcionamiento» no están expresa y directamente definidos en la norma tributaria, haremos un análisis sintáctico de la redacción vigente para los ejercicios iniciados desde 1 de enero de 2007, para pasar a analizar la diferencia entre los conceptos de afectación y entrada en funcionamiento sobre la base de ciertas normas tributarias que para su aplicación exigen de la concurrencia de ambos o de uno de ellos, y finalizar con una breve referencia a los regímenes de transparencia fiscal y de sociedades patrimoniales.

2. ANÁLISIS SINTÁCTICO DEL ARTÍCULO 42 DEL TRLIS

La redacción del citado artículo 42 aplicable a los ejercicios 2006 y 2007 presentaba, en relación con la materia estudiada, las siguientes diferencias:

Materia	Ejercicio 2006	Ejercicio 2007
Elementos patrimoniales transmitidos	Los pertenecientes al inmovilizado material e inmaterial, que se hubiesen poseído al menos un año antes de la transmisión	Los que hayan pertenecido al inmovilizado material, intangible o inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas que hubiesen estado en funcionamiento al menos un año dentro de los tres años anteriores a la transmisión
Elementos patrimoniales objeto de la reinversión	Los pertenecientes al inmovilizado material o inmaterial afectos a actividades económicas	Los pertenecientes al inmovilizado material, intangible o inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas cuya entrada en funcionamiento se realice dentro del plazo de reinversión

Como se puede apreciar en el cuadro comparativo anterior, la redacción sufre cambios tanto en lo relativo a los bienes objeto de reinversión, como a los bienes objeto de transmisión.

Respecto de aquellos, la redacción para el año 2007³ exige que se trate de elementos pertenecientes al inmovilizado material, intangible o inversiones inmobiliarias **afectos** a actividades económicas cuya entrada en funcionamiento se realice dentro del plazo de reinversión. Desde un punto de vista estrictamente sintáctico, la clave está en la segunda parte de la oración (la que se inicia con el pronombre relativo, «cuya»), que al no llevar comas es una oración subordinada adjetiva especificativa, que especifica o restringe a su antecedente **limitando la extensión** del significado del sustantivo al que se refiere (no todo elemento afecto, sino aquel que en un plazo determinado **entra en funcionamiento**), poniendo de relieve la causa, el modo, el fin u otras circunstancias de la acción del verbo, en definitiva, es esencial y no se podría suprimir sin modificar el contenido de la oración.

³ La citada redacción será aplicable a las rentas integradas en los ejercicios iniciados a partir de 1 de enero de 2007, de tal forma que plusvalías generadas en ejercicios anteriores pero acogidas al criterio de imputación temporal de operaciones a plazos pueden verse afectadas por dicha modificación. Por el contrario, plusvalías generadas e integradas en ejercicios anteriores a 1 de enero de 2007, pero cuya reinversión estuviera pendiente en dicha fecha, continuarán reguladas por el régimen anterior.

Concluyendo, esta redacción pretende establecer dos circunstancias sobre unos mismos elementos, que estén afectos y que entren en funcionamiento dentro de un plazo determinado. Dos circunstancias distintas, cuya concurrencia simultánea no se exigen en todo momento, sino como límite, el último día del plazo de reinversión. Pudiendo un elemento estar afecto, sin haber entrado en funcionamiento durante el resto del periodo, hasta la fecha límite, cumpliendo de esta forma los dos requisitos establecidos por la norma.

En la línea de esta interpretación aparecen varias consultas de la DGT, entre ellas, la Consulta V1277/2008 (NFC030203) que recoge que: «(...) sin perjuicio de que pueda considerarse como elemento patrimonial apto para la reinversión el propio inmueble, siempre que cumpla los requisitos ya comentados de que tenga la naturaleza de inmovilizado material y esté afecto a una actividad económica, además de que su entrada en funcionamiento se realice dentro del plazo de reinversión». Esto es, conceptúa como elementos aptos para materializar la reinversión a aquellos elementos que cumplen tres requisitos:

- a) Que por su naturaleza se trate de inmovilizado material (en el caso concreto de la consulta referida).
- b) Que se trate de elementos afectos a una actividad económica y,
- c) Que, **además**, su entrada en funcionamiento se realice dentro del plazo de reinversión.

Respecto de los elementos transmitidos, la nueva redacción para 2007 aún deja más claro que afectación y entrada en funcionamiento son dos circunstancias absolutamente diferenciadas, pues no exige que el elemento afecto haya estado en funcionamiento durante toda su vida, sino solo durante al menos un año dentro de los tres anteriores.

3. ANÁLISIS DE OTRAS NORMAS TRIBUTARIAS

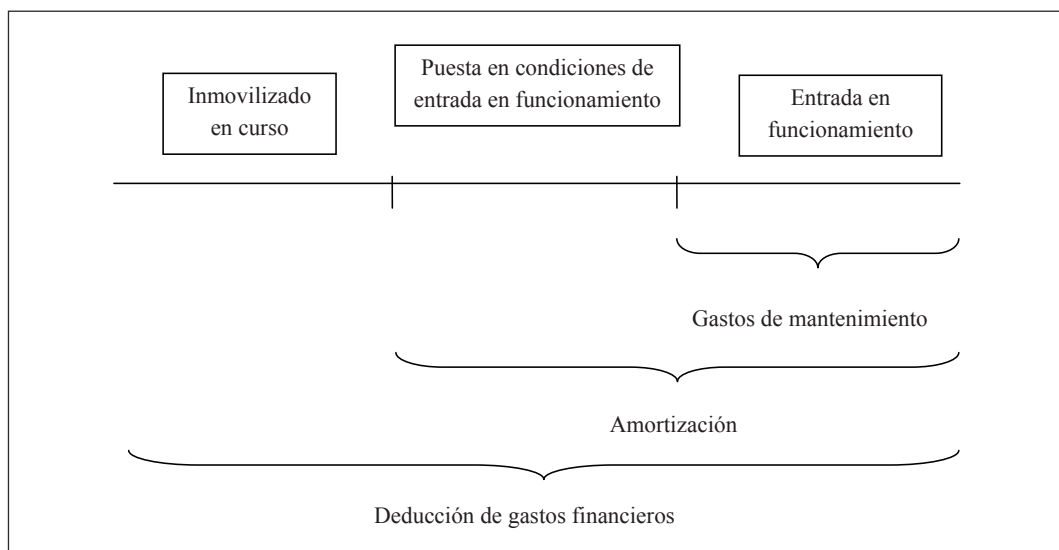
Retomemos ahora la Consulta 0852/2004 (NFC019603), dicho sea de paso, con cuya conclusión coincido plenamente, para establecer las distintas etapas temporales que, generalmente, se pueden dar en la adquisición o producción de un elemento de inmovilizado material, y los gastos relacionados con cada una de dichas fases.

Si nos fijamos en el texto de la cuestión planteada, y en ciertas afirmaciones de la propia DGT, podremos distinguir las siguientes tres etapas:

1. Etapa o fase de construcción, es decir, de inmovilizado en curso. Esta fase viene precedida, además, de una previa intención de afectación. «Si la adquisición inicial de un terreno, con la finalidad de proceder a la construcción de un inmueble destinado a la actividad de arrendamiento...». Y «... si las certificaciones de obra aceptadas y pagadas por el consultante suponen la reinversión parcial de la obra en curso...».

2. Etapa o fase de puesta en condiciones de funcionamiento, que será aquella en la que la producción del bien ya ha terminado, pero todavía no ha entrado en funcionamiento. «... siempre que, una vez finalizada la obra, los edificios estén en condiciones de funcionamiento...».
3. Etapa o fase de funcionamiento efectivo, que según la propia DGT, para los edificios se produce «... cuando se emite la correspondiente licencia de primera ocupación».

Gráficamente podemos expresar estas tres etapas o fases, y sus gastos más característicos, de la siguiente forma



Pues bien, como se puede observar, en cada etapa o fase de producción hay un componente de gasto más característico de la misma, que solo es deducible si el mencionado elemento está **afecto** a una actividad económica. Dicho de otro modo, si la DGT y la jurisprudencia consideran que en las dos primeras fases estos gastos (financieros y amortización) son fiscalmente deducibles, es porque los bienes, aun no habiendo entrado en funcionamiento, también los consideran afectos.

a. Gastos financieros deducibles

El artículo 10.3 del TRLIS establece que «En el método de estimación directa, la base imponible se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas». Es decir, para calcular la base imponible de una entidad se debe partir del resultado contable, que obviamente se obtiene en base a las normas del Código de Comercio y del Plan General de Contabilidad.

Los gastos financieros, según la normativa mercantil, se caracterizan porque derivan de la utilización de recursos financieros ajenos para la financiación de las actividades de la empresa o de sus elementos de activo, estén afectos o no [entre otras, STS de 10 de marzo de 2010 (NFJ038021)]. Por su condición de gastos, integran el resultado contable de la empresa. Supuesto que el artículo 14 del TRLIS no contempla nada en relación con la no deducibilidad de los gastos financieros y el artículo 20 del mismo texto legal limita tal deducibilidad para supuestos muy concretos, deberemos concluir que todos los gastos financieros son deducibles. No obstante, la teoría generalmente aceptada de la «necesidad» del gasto, nos debe llevar a un análisis más profundo de esta cuestión, tanto más por cuanto lo que buscamos es la expresa admisión de la deducibilidad de un gasto financiero que recae sobre un elemento de activo en fase de construcción o producción.

Y en este sentido, la doctrina de la DGT deja clara la no deducibilidad de los gastos financieros relativos a un elemento no afecto a la actividad económica. Entre otras, la Consulta V0443/2010 (NFC037580) recoge que: «La deducibilidad de los gastos financieros en las actividades económicas deriva de la condición de elemento afecto a la actividad». O la Consulta V2611/2009 (NFC036994) que establece que «el 100% de los gastos financieros incurridos en la compra del referido terreno, dado que, en el presente caso, el mismo está afecto al desarrollo de la actividad económica, constituyen gastos deducibles».

Y finalmente llegamos al punto que queríamos, aquel en que la propia DGT admite como deducibles los gastos financieros referidos a un elemento en fase de construcción. Es más, en la Consulta V1785/2009 (NFC034762), en un supuesto en el que los consultantes pretenden transformar su vivienda (un inmueble de tres plantas) en un hotel, la DGT entiende que «la afectación del inmueble a la actividad económica se produce antes de realizar las obras de adaptación». Si no se han realizado las obras para transformar una vivienda en un hotel, es evidente que el hotel ni siquiera está en fase de producción, ni mucho menos habrá podido entrar en funcionamiento, lo que no supone ningún problema para considerar el inmueble afecto. De esta manera, continúa la consulta, «considerando que la afectación del citado inmueble fue anterior a la realización de las citadas obras, los gastos financieros satisfechos por los comuneros serán deducibles».

En el mismo sentido, la Consulta 1716/1997 (NFC016624) reconoce que en el periodo previo a la terminación de un inmueble, evidentemente antes de la entrada en funcionamiento del mismo, los gastos financieros podrán ser fiscalmente deducibles. Por lo tanto, si lo son, es porque el inmueble, aun cuando no ha entrado en funcionamiento, se considera afecto a la actividad.

De una manera más exhaustiva, la Consulta V1247/2007 (NFC026455) analiza esta cuestión para un supuesto de intereses de un préstamo hipotecario destinado a financiar la adquisición de un local comercial. Por un lado, se reconoce la deducibilidad de los gastos financieros relativos al periodo posterior a la entrada en funcionamiento del local. Y por otro, que es lo que nos interesa, se reconoce de igual manera la posibilidad de deducir los gastos financieros referentes al periodo anterior a la puesta en condiciones de entrar en funcionamiento. En este caso, se deducen a través de la amortización por su inclusión en el precio de adquisición, pero sin que suponga ningún problema que el elemento no haya entrado aún en funcionamiento. Con el mismo razonamiento que se viene manteniendo, si son deducibles, es porque el local comercial está afecto, aun cuando no haya entrado en funcionamiento.

Por otro lado, la jurisprudencia también ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de esta cuestión, sugiriendo una interpretación acorde al criterio que aquí se mantiene de que los gastos financieros serán deducibles a partir de la afectación del bien, sin que sea relevante su efectiva entrada en funcionamiento.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo, a la que se ha hecho referencia anteriormente, se encuadra en un supuesto de adquisición de inmuebles para su arrendamiento, para lo que se celebra un contrato de préstamo. Este préstamo «... continúa afecto a la misma finalidad que las cuentas en participación, la financiación de la actividad propia de la entidad, es decir, la adquisición de inmuebles para su arrendamiento». Pues bien, en este caso, se declara la deducibilidad de los intereses derivados del préstamo por cuanto se trata de «un gasto financiero abonado a una entidad bancaria por la concesión de un préstamo, que es utilizado (...) para sustituir a la cuenta en participación, que tenía la clara finalidad de financiación de la actividad propia de la empresa».

Es decir, se admite la deducibilidad de los intereses del préstamo pues este se encuentra afecto a la actividad de la empresa, la adquisición de inmuebles para su arrendamiento; el criterio relevante es la afectación, no la efectiva entrada en funcionamiento de esos inmuebles a la que en ningún momento se hace referencia.

Así mismo, la Audiencia Nacional admite la deducibilidad de los gastos financieros relacionados con elementos en fase de construcción [Sentencia de 13 de octubre de 2005 (NFJ022709)] cuando dice que «estos gastos tienen su origen, como en parte reconoce la entidad, en el estado en el que se encontraban los inmuebles afectados al ser adquiridos, dado su antigüedad», aun cuando en ese periodo el local estaba siendo objeto de saneamiento y reforma.

b. Amortización y libertad de amortización

En materia de amortización, y más concretamente en materia de «amortización deducible», la norma fiscal es más concreta.

Con carácter general, son deducibles las cantidades que, en concepto de amortización del inmovilizado material, intangible y de las inversiones inmobiliarias, correspondan a la depreciación efectiva que sufran los distintos elementos por funcionamiento, uso, disfrute u obsolescencia. Se entiende que la depreciación es efectiva cuando se apliquen los coeficientes de amortización lineal aprobados, se aplique un porcentaje constante, se utilice el método de los números dígitos, se acuerde un plan con la Administración o cuando el sujeto pasivo justifique su importe.

Pero lo más importante a nuestros efectos es el momento desde el que la citada amortización se puede practicar y, en consecuencia, es fiscalmente deducible. Señala el artículo 1 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS) que los elementos del inmovilizado material e inversiones inmobiliarias empezarán a amortizarse desde su puesta en condiciones de funcionamiento y los de inmovilizado intangible, desde el momento en que estén en condiciones de producir ingresos.

Parece obvio que la propia norma fiscal acepta la deducibilidad fiscal de la amortización, incluso cuando los citados elementos no hayan entrado en funcionamiento, sino simplemente, estén en condiciones para ello. De ahí a decir que un elemento del activo que no haya entrado en funcionamiento, pero que esté en condiciones de hacer, está afecto, no hay ni un paso.

Y tan clara es la norma en este sentido que no ha hecho falta pronunciamientos de la DGT, cuestión distinta es cuándo se considera que un elemento está en condiciones de funcionamiento o de generar ingresos. Sin embargo, en una materia estrechamente relacionada, la libertad de amortización, sí que se han generado más dudas y la DGT se ha visto consultada al respecto. Previamente a exponer tales consultas, merece la pena transcribir la redacción de la disposición adicional 11.^a del TRLIS, pues con independencia de las dudas que la aplicación de la misma haya podido generar, en lo que respecta a la cuestión que analizamos, nos parece meridianamente clara; una cosa es la afectación y otra muy distinta la entrada en funcionamiento. Así la redacción aprobada por la Ley 4/2008 establece que «... las inversiones en elementos nuevos del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas, puestos a disposición del sujeto pasivo en los periodos iniciados dentro de los años 2009 y 2010, podrán ser amortizados libremente siempre que, durante los veinticuatro meses siguientes a la fecha de inicio del periodo impositivo en que los elementos adquiridos entren en funcionamiento...». Lo que deja patente que la entrada en funcionamiento puede ser en un periodo posterior al de su adquisición, sin que tales activos pierdan la condición de afectos que tenían en el momento de su adquisición con el objeto de destinarlos (en un futuro) a una actividad.

En este sentido, las Consultas V2020/2009 (NFC035589), V1611/2010 (NFC038951) y V1019/2010 (NFC038160) recogen esta interpretación al establecer como una de las condiciones que «el local adquirido se afectará a la actividad económica», mientras que «la libertad de amortización se podrá practicar a partir de que los elementos patrimoniales estén en condiciones de funcionamiento y pueda iniciarse, por tanto, la amortización de los mismos».

En la Consulta V1121/2010 (NFC038212), acerca de la rehabilitación del edificio de la empresa, la DGT entiende que aun cuando se esté llevando a cabo dicha rehabilitación (por lo que el elemento obviamente no está en funcionamiento), se considera igualmente que el edificio está afecto. Expresamente recoge que «la consultante va a llevar a cabo la rehabilitación de un edificio afecto a la actividad de arrendamiento». Ello no obsta para que el supuesto quede comprendido en el ámbito objetivo de aplicación de la disposición adicional 11.^a del TRLIS. Continúa diciendo que «cumplidos dichos requisitos, el ejercicio de la libertad de amortización se realizará una vez que dichos activos sean susceptibles de ser amortizados (...), lo cual exige necesariamente que esté en condiciones de funcionamiento por cuanto a partir de dicho momento el activo podrá amortizarse».

Por último, en relación con la doctrina de la DGT, en la Consulta V0905/2010 (NFC038100), el ejercicio de la libertad de amortización deberá realizarse cuando el «activo esté en disposición de depreciarse lo cual exige necesariamente que esté en condiciones de funcionamiento».

La doctrina ha tenido oportunidad de estudiar este supuesto, con especial interés en relación con el anterior requisito del mantenimiento de empleo (no necesario a partir de 2011). En este sen-

tido, Joaquín CUESTA DOMÍNGUEZ ⁴ también analiza el requisito de la afectación de los elementos a la actividad económica, remitiéndose como hace la ley al IRPF. Para el caso del arrendamiento de inmuebles, por ejemplo, entiende que son necesarios los requisitos materiales y humanos que exige la ley de ese impuesto, sin que se deba entender como requisito necesario la efectiva entrada en funcionamiento del inmueble en cuestión.

Resulta interesante también traer a colación el trabajo de Jesús BADÁS CEREZO ⁵ referente a este mismo supuesto. Entiende el autor, como nosotros, que «el requisito de la afectación no es, fiscalmente hablando, consustancial con la aplicación de la libertad de amortización», que sí está ligada con la entrada en funcionamiento del elemento, como la DGT ha subrayado en multitud de ocasiones y se ha recogido previamente.

4. BREVE REFERENCIA AL RÉGIMEN DE SOCIEDADES PATRIMONIALES

La consideración de un elemento como afecto a una actividad empresarial era también relevante en el ámbito de la calificación de una sociedad como patrimonial (o transparente en el régimen precedente) pues una entidad adquiriría tal condición cuando más de la mitad de su activo se encontraba no afecto a la actividad económica desarrollada.

El artículo 61 del TRLIS, vigente hasta 31 de diciembre de 2006, y derogado por la Ley 35/2006 establecía que una sociedad tendría la consideración de patrimonial cuando, junto con otros requisitos, más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas. Y para saber si un elemento estaba o no afecto, había que estar a lo que dijese en tal materia la normativa del IRPF. Como se puede apreciar, la indefinición de la norma reguladora de este régimen, ya fuese por defecto, ya por remisiones, adolecía de la misma falta de concreción que hemos observado del resto de normas hasta ahora.

Con estos mimbres, la DGT en la Consulta V2246/2006 (NFC024167) se pronunció de la siguiente forma en relación con una sociedad dedicada a la promoción inmobiliaria: «... no es determinante que en un ejercicio no se haya iniciado la promoción sobre un terreno para entender que este elemento no está afecto a una actividad económica, dado que es necesario valorar la actividad desarrollada por la entidad desde su constitución, puesto que si la actividad de promoción se ha realizado antes de ese ejercicio 2005, parece evidente la realización de una actividad económica a la que estaría afecto el elemento objeto de consulta». Es decir, aunque la sociedad se dedicase a la promoción inmobiliaria, y el solar no hubiera entrado en funcionamiento porque no se había iniciado la promoción, ello no impedía que se reconociera su afectación.

⁴ CUESTA DOMÍNGUEZ, Joaquín [2010]: «A vueltas con la libertad de amortización con mantenimiento de empleo de la disposición adicional undécima del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades». *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2/2010.

⁵ BADÁS CEREZO, Jesús [2009]: «Libertad de amortización con mantenimiento de empleo de la Ley 4/2008, de 23 de diciembre». *Revista de Información Fiscal*, n.º 96/2009.

Particularmente interesante es el estudio que realiza Herman LÓPEZ ALBERTS ⁶ en el ámbito de las sociedades patrimoniales, analizando la condición de afecto de un elemento patrimonial y, más concretamente, del momento temporal en el que debe entenderse un elemento como afecto a la actividad económica. Y para ello analiza la cuestión de la eficacia temporal de la calificación como elementos patrimoniales afectos a una actividad de aquellos de una sociedad cuando la actividad en cuestión a desarrollar no supone la inmediata realización de la misma, sino que existe un lapso temporal (por ejemplo preparatorio), más o menos extenso, en el que se realizan inversiones y gastos de carácter preparatorio.

El autor concluye que la consideración de un activo como afecto debe operar desde el mismo momento en que este se aplica a la preparación de las condiciones necesarias para el futuro desarrollo de la actividad, pues entender lo contrario sería «... simple y llanamente absurdo por las situaciones a las que puede conducir».

Finalmente el autor propone una labor de inferencia deductiva, mediante la comprobación de la presencia de ciertos elementos o factores indicativos, que permitan determinar en un momento previo al inicio de la actividad si determinado activo puede considerarse afecto a la misma:

- Voluntad de iniciar, en un futuro razonablemente próximo, la actividad económica a la que el elemento se afecta. A estos efectos, puede resultar útil la regulación contenida en el artículo 27.2 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido (RD 1624/1992, de 29 de diciembre), en el que se detallan algunos elementos objetivos que tienen valor probatorio para acreditar la voluntad de desarrollar una actividad económica o profesional.
- Relación funcional directa entre el activo y la explotación proyectada, es decir, que el elemento cumplirá una función claramente perceptible en el desarrollo de la futura actividad.

5. CONCLUSIÓN

Cualquier conclusión debe partir de la base que la elaboración del concepto de afectación, aun cuando las referencias existentes en la normativa son múltiples, es una tarea jurisprudencial y doctrinal, pues no existe en la legislación vigente una definición clara y precisa de tal término. Y ello implica que la afectación de un elemento a la actividad económica se configure como un acto de voluntad, una decisión por la cual determinado factor productivo queda vinculado a una actividad empresarial, con la dificultad añadida de prueba que ello conlleva.

Sin embargo, y con independencia de la dificultad que entrañe la tarea de precisar el concepto de afectación, lo que sí estamos en condiciones de afirmar es que la entrada en funcionamiento de un elemento patrimonial no debe ser asimilada a su afectación, pues cabe esta sin aquella.

⁶ LÓPEZ ALBERTS, Herman [2005]: *Fiscalidad de las sociedades patrimoniales*, Editorial CISS, págs. 96-99.

La propia redacción del artículo 42 del TRLIS en su versión vigente para los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2007 así lo prevé, exigiendo dos requisitos distintos y cuyo cumplimiento no tiene por qué coincidir en el tiempo: la afectación y la entrada en funcionamiento.

Igualmente, la propia DGT admite la deducción fiscal de determinados gastos relacionados con elementos patrimoniales cuya entrada en funcionamiento todavía no se ha producido, siempre que tengan la consideración de afectos, los gastos financieros y la amortización.

Es más, la DGT en Consulta V2343/2009 (NFC036079) sostiene, en un caso de cese transitorio de la actividad, que «... hay que tener en cuenta que la actividad de promoción inmobiliaria suele exigir el transcurso de un plazo más o menos dilatado desde el inicio de las actividades hasta la transmisión de los bienes producidos. Es posible que, una vez terminadas las obras, los solares, pisos o locales promovidos no se enajenen por circunstancias propias del mercado. Pero este hecho no supone que tales bienes dejen de estar afectos a la actividad promotora, ya que la finalidad implícita de esta actividad es la de poner en el mercado inmobiliario los bienes resultantes de un proceso de transformación. En definitiva, la paralización transitoria de la actividad no implica el cese de la misma, por lo que los inmuebles siguen teniendo la consideración de activos afectos a dicha actividad de promoción en condición de existencias».

Esto nos permite concluir definitivamente que el hecho de que un elemento no esté en funcionamiento no es determinante de su no afectación a una eventual y futura actividad económica, lo que deberá ser valorado en cada caso, pero de ningún modo negado si dicha actividad investigadora confirma la decisión del empresario de la afectación del mismo.

SUPUESTO PRÁCTICO PROFESIONAL (EJERCICIO PROPUESTO PARA EL INGRESO AL CUERPO SUPERIOR DE INSPECTORES DE HACIENDA DEL ESTADO)

EVA MARTÍN DÍAZ

Inspectora de Hacienda del Estado

ALFONSO GARCÍA TAVARES

Inspector de Hacienda del Estado

FERNANDO SALAZAR GONZÁLEZ

Inspector de Hacienda del Estado

JOSÉ BARRIO BONDÍA

Jefe del Servicio Especial.

Departamento de Aduanas de la AEAT

[Primera parte del tercer ejercicio de las pruebas de acceso al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado. Convocatoria Resolución de 30 de junio de 2010 (BOE de 10 de julio)].

Extracto:

DESARROLLAMOS a continuación el supuesto práctico profesional correspondiente a la primera parte del tercer ejercicio de las pruebas de acceso al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado. Convocatoria Resolución de 30 de junio de 2010 (BOE de 10 de julio).

A lo largo del dictamen, estructurado en ocho partes, se plantean diferentes supuestos relativos a aspectos de IRPF, IS, IVA, ITP y AJD, Aduanas e Impuestos Especiales y Procedimientos de Gestión Tributaria, Inspección de los Tributos y Recaudación.

Palabras clave: IRPF, IS, IVA, ITP y AJD, Aduanas e Impuestos Especiales y Procedimientos de gestión, inspección y recaudación.

EXERCISE OF PROFESSIONAL PRACTICE (PROPOSED TO ENTER THE CORPS OF REVENUE AGENTS IN SPAIN)

EVA MARTÍN DÍAZ

Inspectora de Hacienda del Estado

ALFONSO GARCÍA TAVARES

Inspector de Hacienda del Estado

FERNANDO SALAZAR GONZÁLEZ

Inspector de Hacienda del Estado

JOSÉ BARRIO BONDÍA

Jefe del Servicio Especial.

Departamento de Aduanas de la AEAT

[First part of the third exercise from the Admission Test for the Corps of Revenue Agents. Official Announcement Resolution of 30th June 2010 (Spanish Official Journal of 10th July)].

Abstract:

In the following report, we develop the professional practice proposed in the first part of the third exercise from the admission test for the Corps of Revenue Agents in Spain (Resolution of 30th June 2010, Spanish Official Journal of 10th July).

Throughout the report, organized in eight sections, several cases on the Personal Income Tax, Corporate Tax, VAT, Transfer Tax and Stamp Duty, Customs Duty and Excise Taxes and Tax Procedures, Tax Inspection and Tax Collection are presented.

Keywords: Personal Income Tax, Corporate Tax, VAT, Transfer Tax and Stamp Duty, Customs Duty and Excise Taxes, Tax Procedures, Tax Inspection and Tax Collection.

ENUNCIADO

I. PLANTEAMIENTO

A partir de la información que se recoge en las páginas siguientes, deberá Usted elaborar un dictamen que aborde los aspectos tributarios, civiles y mercantiles que puedan derivarse de la misma.

El dictamen se estructura en ocho partes que se citan a continuación. Para elaborar su dictamen deberá tener en cuenta la información de carácter general contenida en el punto III, y la contenida en cada una de dichas partes.

- **Parte 1.ª:** Aspectos jurídicos, civiles y mercantiles y aquellos otros de índole tributaria no expresamente contemplados en las otras partes del informe.
- **Parte 2.ª:** Aspectos relacionados con actuaciones y procedimientos de Inspección de los Tributos.
- **Parte 3.ª:** Aspectos relativos al Impuesto sobre Sociedades.
- **Parte 4.ª:** Aspectos relativos a los Impuestos sobre el Valor Añadido y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- **Parte 5.ª:** Aspectos relativos a Aduanas e Impuestos Especiales.
- **Parte 6.ª:** Aspectos relativos al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- **Parte 7.ª:** Aspectos relacionados con los procedimientos de gestión tributaria.
- **Parte 8.ª:** Aspectos relacionados con los procedimientos de recaudación.

II. NOTAS

Para la redacción del dictamen, se tendrán en cuenta los siguientes criterios y consideraciones:

- Los años a los que se refiere el dictamen comprenden desde el año 2007 hasta el año 2010.
- La fecha del dictamen es la de hoy: 17 de diciembre de 2010.
- Se considerará que la normativa sustantiva y procedimental que ha estado vigente en todos esos ejercicios ha sido la misma y es la que está vigente a fecha de hoy.
- Cada apartado del dictamen es independiente de los restantes.

- En cada apartado del dictamen se expresan las cuestiones a las que debe responder el opositor, sin perjuicio de que se pueda abordar también cualquier otra cuestión que considere relevante.

III. INFORMACIÓN BÁSICA COMÚN A TODOS LOS APARTADOS

La familia integrada por don Tomás Cauto de 65 años, su esposa doña Natalia Constante de 58 años, y sus hijas Paula y Claudia de 32 y 24 años, continúan la saga familiar de tenderos que inició su abuelo con la tienda de ultramarinos en su pueblo.

Actualmente, el negocio ha alcanzado un desarrollo considerable y presenta las siguientes notas:

1. La sociedad «X», constituida en el ejercicio 1995, tiene un capital social de 1.000.000 de euros, dividido en acciones de valor nominal 100 euros. Su domicilio social se encuentra en Madrid, y el ejercicio fiscal coincide con el año natural. La sociedad está participada al 100 por 100 por la familia, figurando como administrador único don Tomás.

Su objeto social es el comercio al por menor en hipermercados, desarrollando su actividad en hipermercados localizados en Madrid, Sevilla y Valladolid.

2. Desde el año 2005, y ante la buena marcha de los hipermercados, la familia Cauto decide ampliar su línea de negocio mediante la instalación de gasolineras en los hipermercados de su titularidad. Esta nueva línea de negocio se desarrolla a través de la sociedad «Y» participada también al 100 por 100 por la familia y en la que figura como administrador único doña Natalia. Su sede social se encuentra en Madrid y su ejercicio social coincide con el natural.

Parte 1.ª Aspectos jurídicos, civiles y mercantiles y aquellos otros de índole tributaria no expresamente contemplados en las otras partes del informe

Como consecuencia de un procedimiento tramitado por hechos que fueron declarados constitutivos de contrabando, fue objeto de comiso de una partida de licores. Previas las pertinentes actuaciones, por el sistema de adjudicación directa la sociedad «X» resultó adjudicataria de los mismos por un importe de 10.000 euros, siendo el importe satisfecho de 11.800 euros (importe de la adjudicación más 1.800 euros en concepto de IVA), haciéndose constar en la diligencia de bienes adjudicados: «una vez satisfecha la totalidad del precio de la adjudicación y la correspondiente imposición indirecta se hace entrega de dichos bienes al adjudicatario, de acuerdo con lo establecido en el artículo 107.7 del Reglamento General de Recaudación».

No obstante haberse satisfecho el importe mencionado, en el momento de ir a recoger la mercancía, esta no le fue entregada al señor Cauto como representante de la sociedad adjudicataria, requiriéndose por la Dependencia de Aduanas e Impuestos Especiales de la Delegación al interesado para que pague los correspondientes impuestos especiales, que fijan en 189.427,23 euros.

Ante la falta de entrega de los bienes, doña Natalia interpone reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR), solicitando que declare la obligación de la Administración de entrega de los bienes adjudicados, sin sujeción a ulteriores formalidades.

SE PIDE:

Con base en los antecedentes mencionados responder de forma razonada a las siguientes cuestiones:

- **Primera.** Procedencia de la reclamación económico-administrativa y, en su caso, análisis de la competencia para conocer de ella. Examen de las alternativas del interesado para hacer efectivo su pretensión.
- **Segunda.** Razone si el adjudicatario está o no obligado al pago de los 189.427,23 euros.
- **Tercera.** Actuaciones a llevar a cabo por la Administración para hacer efectivo su crédito.

Parte 2.^a Aspectos relacionados con actuaciones y procedimientos de Inspección de los Tributos

Con fecha 13 de febrero de 2009 se notificó a la sociedad «X» el inicio de actuaciones inspectoras con respecto al Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2007 y 2008 y al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) ejercicio 2007 y 2008. Las actuaciones son de alcance general para el ejercicio 2007 y parcial para el ejercicio 2008, limitándose en este caso a la comprobación de determinadas operaciones inmobiliarias.

Durante el desarrollo de las actuaciones inspectoras han concurrido las siguientes circunstancias:

- En diligencia de fecha 25 de febrero se solicita al representante de la entidad la aportación de determinada documentación con trascendencia para la regularización de la situación tributaria, fijándose como fecha para su aportación el próximo día 1 de marzo.
- El 1 de marzo, el representante de la entidad aporta parte de la documentación solicitada en la comparecencia anterior, manifestando que aportará el resto en la siguiente comparecencia. Asimismo solicita que las actuaciones inspectoras se amplíen al ejercicio 2006. Finalmente solicita un aplazamiento de las actuaciones hasta el próximo 1 de abril.
- El actuario traslada al Inspector Jefe la petición de ampliación de actuaciones formulada por el representante de la entidad, procediendo este a inadmitir la misma.
- Con fecha 15 de marzo la inspección formula petición de informe a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, sobre determinadas operaciones inmobiliarias realizadas en su ámbito, recibíéndose contestación con fecha 15 de julio.

- En la comparecencia del día 1 de abril, la entidad aporta el resto de la documentación solicitada en diligencia de 25 de febrero. En esta actuación el inspector comunica al representante de la entidad la obligación de que en la próxima visita fijada para el 30 de abril se persone el señor Cauto, como administrador único de la entidad, con el fin de conocer la autenticidad de determinados documentos suscritos personalmente por él.
- Con el fin de verificar la validez de la documentación aportada por la entidad, la inspección efectúa un nuevo requerimiento de información, en este caso a la Comunidad Autónoma de Andalucía, petición que se efectúa el día 15 de abril, obteniéndose respuesta el día 15 de octubre.
- A través de diligencia de fecha 1 de noviembre de 2009, se le comunica al obligado tributario que a juicio de la inspección en el negocio objeto de comprobación concurren las circunstancias previstas en el artículo 15 de la Ley General Tributaria (LGT) para considerar la existencia de conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Tras el oportuno plazo de alegaciones concedido al obligado tributario, el inspector remite el expediente al Inspector Jefe junto con el informe en el que fundamenta la existencia de las circunstancias previstas en el artículo 15 de la LGT.
- El 1 de diciembre el Inspector Jefe notifica al obligado tributario que ha solicitado a la Comisión consultiva el preceptivo informe sobre la procedencia o no de declaración de conflicto en la aplicación de la norma tributaria.
- La petición de informe llega a la Comisión consultiva con fecha 15 de diciembre. Dicha Comisión emite informe apreciando la existencia de conflicto, el día 14 de marzo de 2010. La inspección recibe el informe el día 30 de marzo de 2010.
- Mediante diligencia de fecha 20 de marzo de 2010, se notifica al obligado tributario el inicio del trámite de audiencia y puesta de manifiesto del expediente por un plazo de 10 días hábiles.
- El representante de la entidad manifiesta su disconformidad con la propuesta de regularización, fijándose como fecha para la firma del acta el día 3 de mayo de 2010.
- Concedido el plazo de alegaciones posterior a la firma del acta, el representante de la entidad no formula alegaciones, dictándose el acto administrativo de liquidación con fecha 3 de julio.

SE PIDE:

Con base en la información anterior responder de forma razonada a las siguientes cuestiones:

- **Primera.** Valore y razone si ha sido o no correcta la decisión del Inspector Jefe de inadmitir la solicitud de ampliación de los ejercicios objeto de actuaciones inspectoras solicitado por el obligado tributario. En caso de considerar esta decisión correcta, argumente cómo y en qué términos debería haber formulado la entidad esta solicitud y posibles formas de ser atendida la misma por el Inspector Jefe.
- **Segunda.** Con los datos aportados y a los efectos de valorar si la duración de las actuaciones inspectoras se ha ajustado al plazo máximo fijado por la LGT, identifique y cuantifique los distintos supuestos de dilación e interrupción justificada.

- **Tercera.** ¿Considera procedente la petición efectuada por el inspector exigiendo la comparecencia personal del señor Cauto? ¿Le asiste algún derecho para negarse a este requerimiento, puede ir acompañado del representante de la entidad o de cualquier otra persona que considere necesario? ¿Qué efectos produciría la no comparecencia en la fecha fijada?

Parte 3.ª Aspectos relativos al Impuesto sobre Sociedades

En las actuaciones de comprobación de la situación tributaria de la sociedad «X», de carácter general por el ejercicio 2007 se han planteado los siguientes hechos con posible trascendencia tributaria:

- Primero. La sociedad «X» tiene contabilizado en el pasivo de su balance del año 2007, una «Provisión para Responsabilidades» por importe de 240.000 euros.

Solicitada aclaración y justificación, se aporta:

- Sentencia judicial del año 1997 por la que se condena a la sociedad «X» a indemnizar con dicha cantidad a un proveedor por un incumplimiento de contrato con un proveedor en unas promociones de artículos, así como escrito de impugnación de esta sentencia.
 - Balance del año 1997 donde se contabilizó esta provisión, inicialmente.
 - Sentencia judicial del año 2000 por la que se anula la anterior y se estimen todas las alegaciones de la sociedad «X».
- Segundo. El centro comercial de Valladolid se enajena y posteriormente se alquila la parte del mismo correspondiente a hipermercado y aparcamiento.

Este centro también se adquirió en el tercer trimestre de 2006. Su valor de adquisición fue de 80 millones de euros y se enajenó en 115 millones de euros el 30 de abril de 2007.

Como consecuencia de esta operación y de los resultados ordinarios, la sociedad ha obtenido unos beneficios de 32 millones de euros.

- Tercero. Los centros comerciales de Madrid se explotan en régimen de comunidad de bienes, siendo la sociedad «X» uno de los comuneros. Estas comunidades tienen sus ingresos y gastos imputando los resultados y retenciones a los comuneros.

De estas comunidades, a través de los modelos de declaración 184 presentados por ellas, conocemos los importes de ingresos y retenciones de capital imputados a la sociedad «X» (en el año objeto de comprobación 117.000 euros de ingresos y 8.200 euros de retenciones de capital mobiliario).

A petición de la inspección, la sociedad «X» ha aportado los detalles de los ajustes extracontables efectuados en la declaración del Impuesto sobre Sociedades. En este detalle se observa un ajuste positivo y otro negativo por importe cada uno de 117.000 euros.

Solicitada aclaración a la sociedad objeto de comprobación manifiestan que: «Los ingresos imputados se ajustan en positivo ya que contablemente no se pueden reflejar y es la forma de hacerlos lucir en la declaración. Como suponen que las comunidades de bienes hacen un ingreso en las cuentas bancarias de la sociedad por el importe de la imputación, se efectúa el ajuste negativo para evitar la doble tributación de esos ingresos».

SE PIDE:

De forma razonada señale cómo afectarían los hechos anteriores a la propuesta de regularización del Impuesto sobre Sociedades.

Parte 4.ª Aspectos relativos a los Impuestos sobre el Valor Añadido y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

El matrimonio Cauto-Constante, vende su chalé, ubicado a las afueras de Madrid y que utilizaba como vivienda habitual, a una entidad de *leasing* para que esta lo ceda mediante un contrato de arrendamiento que incorpora una opción de compra. El citado contrato de *leasing* se pacta con la sociedad «CARLOTA, SA», que lo utilizará como oficina de ventas, para un periodo de 15 años. La opción de compra podrá ejercitarse pagando un montante de 200.000 euros. «CARLOTA, SA» ejerce la opción de compra al finalizar el plazo para su ejercicio.

SE PIDE:

Determinar la tributación de las operaciones descritas en IVA y en el ITP y AJD, especificando los elementos estructurales del impuesto.

Parte 5.ª Aspectos relativos a Aduanas e Impuestos Especiales

Apartado 1

La sociedad «X» comercializa un tipo de detergente «BIOCLEAN» que es importado de EE.UU. a través del distribuidor oficial para Europa de la marca, «BEOCLEAN EUROPE, SRL». «BEOCLEAN EUROPE, SRL» tiene su sede en Bruselas.

«BEOCLEAN EUROPE, SRL» está encargada de realizar los pedidos a la matriz americana que se reciben en el puerto de Amberes con destino a los clientes de las distintas capitales europeas. Las condiciones de entrega pactadas son DDU (*entrega derechos no pagados*) Madrid, para la sociedad «X».

Por estas importaciones, la sociedad matriz ha remitido facturas en 2008 por importe 70.000 euros, y se ha podido saber que el importe del transporte alcanza 55.000 euros, de los cuales 15.000 euros corresponden al trayecto Amberes-Madrid, la prima de seguro anual supone 5.000 euros y los gastos de tramitación aduanera 10.000 euros.

«BEOCLEAN EUROPE, SRL» se encarga de gestionar las campañas publicitarias que se desarrollan en cada país europeo conforme a los contenidos acordados previamente con la matriz americana y los gastos correspondientes son repercutidos a cada cliente en función del volumen de compras anual, que en el caso de la empresa «X» suponen un monto de 11.500 euros, para el que se constata la realización de los pagos oportunos.

Apartado 2

Es costumbre de la sociedad «X» premiar las compras efectuadas por los clientes más fieles ofreciendo un regalo en la época estival, consistente en un surtido de textiles de playa. Los surtidos son importados de Israel acogiéndose al beneficio arancelario preferencial como se deduce de algunos documentos justificativos de la importación (DUA, ejemplar correspondiente y copia certificado EUR-1 declarado).

Se hace un examen físico de los restos de surtidos existentes en almacén y se observa que en los albaranes pegados a los paquetes figura China como país de origen de la expedición de transporte y también aparece la leyenda «Hecho en China» en los productos del surtido.

Apartado 3

La sociedad «Y» está siendo objeto de actuaciones inspectoras por los ejercicios 2007 y 2008, en lo que se refiere única y exclusivamente al Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos (IVMDH) para los ejercicios 2007 y 2008, por la estación de servicio de que es titular en la Comunidad Autónoma de Madrid que se halla debidamente inscrita con su correspondiente código de identificación minorista (CIM).

En los años 2007 y 2008 ha presentado autoliquidaciones del IVMDH, mediante modelo 569 (Declaración-liquidación y relación de suministros exentos para el IVMDH), habiendo ingresado las cuotas tributarias correspondientes, por ventas de gasolinas y gasóleos.

Se analiza la información aportada por la sociedad sobre compras y ventas de gasóleos y gasolinas. Se han constatado las bases impositivas declaradas en las autoliquidaciones presentadas trimestralmente, con las ventas efectuadas por la estación de servicio. No se han realizado ventas minoristas en régimen exento.

En cuanto a las compras, el único proveedor de gasolinas y gasóleos de los ejercicios de comprobación ha sido «TEXOIL, SA», y se han comprobado los datos de suministro de esta firma con las anotaciones realizadas por la sociedad «Y» en el libro mayor que mantiene con este proveedor.

De los citados análisis se observa que en todos los trimestres de los años 2007 y 2008, tanto en gasolinas como en gasóleos, figura un volumen de existencias finales inferior al dato físico de existencias resultado de las comprobaciones y mediciones de los depósitos, en una cantidad equivalente a lo facturado a los medios de automoción de la sociedad «X» y de los miembros de la familia Cauto-Constante.

En relación con las operaciones anteriores se solicita que se emita una opinión razonada sobre:

- Primero. El valor en aduana de las operaciones de comercio exterior relacionadas en el apartado 1.
- Segundo. Tratamiento del beneficio arancelario del apartado 2.
- Tercero. Las autoliquidaciones practicadas por el IVMDH del apartado 3.

Parte 6.ª Aspectos relativos al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

Además de los datos ya indicados sobre la familia integrada por don Tomás Cauto de 65 años, su esposa doña Natalia Constante de 58 años, y sus hijas Paula y Claudia de 32 y 24 años se destacan los siguientes datos económicos así como una información adicional de la situación personal y familiar de algunos de los integrantes de esta familia.

- Don Tomás y doña Natalia están casados en régimen de gananciales.
- Claudia ha obtenido una renta anual total de 6.000 euros.

Don Tomás Cauto

1. Como consecuencia de su cargo de administrador único de la sociedad «X» ha percibido 20.000 euros en concepto de gastos de representación y ha disfrutado de la utilización de un vehículo de la sociedad «X». El porcentaje de utilización del vehículo para fines laborales de la empresa se estima en un 40 por 100. El coste de adquisición del vehículo por la empresa fue de 30.000 euros más los correspondientes impuestos que ascendieron a un total de 6.500 euros. El tipo de retención aplicable a don Tomás es del 28 por 100.
2. El 1 de enero de 2010 ha percibido una herencia y con ella ha decidido realizar las siguientes operaciones:
 - a) Ha heredado una parte alícuota de un piso localizado en el centro de Sevilla valorado en 200.000 euros (que no ha sido objeto de revisión catastral) junto con sus otros tres hermanos. Los cuatro han decidido constituir una comunidad de bienes para gestionarlo conjuntamente.

En julio alquilan el piso a un apreciado tío suyo por 2.000 euros mensuales. Su tío les indica que instalará allí su vivienda. Los gastos de comunidad que arroja el edificio son de 100 euros mensuales y son satisfechos por la comunidad de bienes.

- b) Ha recibido participaciones en un fondo de inversión por importe de 20.000 euros. El 3 de febrero decide venderlas y obtiene 35.000 euros. El 4 de febrero compra participaciones en otro fondo de inversión de renta variable por 10.000 euros.
- c) Ha heredado un pequeña parcela rústica situada a las afueras de Madrid (no revisada catastralmente) valorada en 100.000 euros. El 1 de diciembre el inmueble ha sido recalificado como edificable y decide venderlo al colegio colindante por 200.000 euros, si bien el colegio se compromete a pagar tal cantidad en marzo de 2011.

Doña Natalia Constante

1. Las acciones que posee de la sociedad «X» le han reportado unos dividendos íntegros de 30.000 euros anuales y le han generado unos gastos de administración de 100 euros mensuales.
2. Además de las actividades como administradora única en la sociedad «Y», debido a su gran experiencia en *marketing* de empresa ha impartido tres conferencias a lo largo del año lo que le ha reportado 10.000 euros.
3. El 1 de agosto decide vender la vivienda habitual, que comparte con don Tomás, que durante 10 años utilizaron percibiendo un importe de 400.000 euros en la venta. Dicha vivienda fue comprada por un importe fiscal actual de 120.000 euros, gastos incluidos, aunque solo pudo deducirse por vivienda habitual 100.000 euros.

Con el importe obtenido en la venta han pagado parte de la rehabilitación iniciada en 2009 de una vivienda de la que ya eran propietarios y que, tras la rehabilitación realizada, va a pasar a ser su nueva vivienda habitual. El precio total de la rehabilitación ha sido de 450.000 euros.

4. En la nueva vivienda habitual y debido a la antigüedad del edificio, la comunidad de propietarios ha decidido acometer reformas en el mismo para cambiar el sistema de calefacción general pasando a sustituir la vieja caldera de carbón por una nueva de gas natural; esto ha provocado una serie de reformas en cada piso que han ocasionado unas derramas a cada propietario de 3.000 euros. La reforma se ha iniciado en octubre de 2010.
5. En agosto le han comunicado que ha resultado ganadora de un premio en un sorteo organizado por la lotería nacional Argentina por un importe que al cambio ha resultado ser 100.000 euros.
6. El 31 de marzo de 2008 realizó una imposición a plazo fijo de dos años por importe de 20.000 euros y con liquidación de intereses al vencimiento. Por ello el 1 de abril de 2010 le han sido abonados 2.000 euros. Ha decidido renovar la imposición.

SE PIDE:

Con base en todos los datos suministrados y, en el exclusivo ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), emitir respuesta razonada sobre las siguientes cuestiones:

- **Primera.** Valore la incidencia de las cuestiones personales y familiares que afectan a don Tomás Cauto y doña Natalia Constante.
- **Segunda.** Califique cada uno de los conceptos y tipos de renta obtenidos por don Tomás Cauto y doña Natalia Constante.
- **Tercera.** Detalle las posibles exenciones o beneficios fiscales que, en su caso, se localicen en los distintos conceptos y tipos de renta descritos.
- **Cuarta.** Explique qué reducciones y/o deducciones son aplicables con base en la información suministrada.

Parte 7.ª Aspectos relacionados con los procedimientos de gestión tributaria

Robert, novio de Claudia, residente en Inglaterra es accionista de la sociedad «Z», sociedad española competidora de la sociedad «X».

Robert percibió en marzo de 2010 dividendos de «Z» por un importe neto de 81.000 euros ya que figuraba descontada una retención del 19 por 100.

Robert conocedor tanto del Convenio Hispano-Británico de doble imposición que fija para los ciudadanos británicos un impuesto de solo el 15 por 100 como de la exención existente en la legislación tributaria española a efectos del Impuesto sobre la Renta de no Residentes sobre los primeros 1.500 euros anuales procedentes de dividendos, por lo que se cuestiona cómo puede recuperar el exceso de imposición.

La sociedad «Z» pagadora de dividendos tanto a Robert como a otros accionistas extranjeros no ha presentado la autoliquidación, modelo 216 del 1T de 2010, en que se declara la retención del dividendo percibido por Robert ni tampoco el correspondiente resumen anual de retenciones del ejercicio 2010, modelo 296 por lo que los órganos de gestión de la Administración Tributaria mediante notificación de fecha 3 de mayo de 2011 requieren a la empresa para la presentación tanto de la autoliquidación como del resumen anual citados.

La sociedad «Z» no atiende el requerimiento ante lo cual los órganos de gestión tributaria deciden iniciar el correspondiente procedimiento de comprobación.

SE PIDE:

Con base en los datos suministrados, razonar brevemente las respuestas a las siguientes cuestiones:

- **Primera.** Exponer brevemente cómo puede recuperar Robert el exceso de imposición señalando el procedimiento de gestión que, a tal efecto, se iniciaría.
- **Segunda.**
 - a) Consecuencias para la entidad derivadas de la no atención del requerimiento notificado el 3 de mayo de 2011.
 - b) Indicar cuáles habrían sido las consecuencias para la entidad si, una vez notificado dicho requerimiento, la entidad «Z» hubiera presentado el 23 de mayo de 2011 una autoliquidación modelo 216 del 1T 2010 a ingresar y una autoliquidación complementaria a ingresar del Impuesto sobre Sociedades 2009 (se supone que el ejercicio fiscal de «Z» coincide con el año natural).
- **Tercera:**
 - a) Determinar el procedimiento de comprobación que deberían iniciar los órganos de gestión a consecuencia de la no atención del requerimiento.
 - b) Indicar si los órganos de gestión, en el curso del procedimiento de comprobación definido en el apartado anterior, podrán requerir a la entidad «Z» para que le detalle los movimientos bancarios en los que figuran recogidos los pagos de los dividendos.

Parte 8.ª Aspectos relacionados con los procedimientos de recaudación

La sociedad «X» está siendo objeto de una actuación de comprobación e investigación por los siguientes conceptos y periodos:

- Impuesto sobre Sociedades 2007 y 2008.
- IVA 2007 y 2008.

El órgano de inspección durante la instrucción del procedimiento inspector prevé una posible regularización por los siguientes importes:

- Impuesto sobre Sociedades: 10.000.000 de euros.
- IVA (se trata de IVA repercutido y no ingresado): 8.000.000 de euros.

Asimismo se prevé la incoación de expedientes sancionadores al detectarse que las conductas podrían ser constitutivas de infracción tributaria por 5.000.000 de euros respecto al Impuesto sobre Sociedades y 3.000.000 de euros respecto al IVA.

Debido a la crisis económica actual el volumen de facturación de la sociedad está disminuyendo de forma significativa, la plantilla de personal empleado también ha sufrido importantes recortes y el importe de los fondos propios alcanza la cifra de 3.000.000 de euros.

Por otra parte, debido también a la crisis económica, la sociedad «Y» que gestiona las gasolineras tiene deudas derivadas de autoliquidaciones de IVA y de retenciones del trabajo presentadas en su momento con solicitud de aplazamiento por importe de 2.000.000 de euros. El aplazamiento se concedió pero se incumplió por parte del obligado, encontrándose actualmente las deudas en periodo ejecutivo.

Ante esta situación la familia Cauto-Constante decide constituir una nueva sociedad a la que tras-pasa los activos (principalmente inmovilizado material e inmuebles correspondientes a las gasolineras valorados en 6.000.000 de euros) así como los principales clientes y un 85 por 100 de los trabajadores.

SE PIDE:

En relación con los hechos anteriores, emita opinión razonada sobre las siguientes cuestiones:

Respecto a la sociedad «X»:

- **Primera.** ¿Podría adoptar la Administración medidas cautelares al amparo del artículo 81 de la LGT? En su caso, motivos que justificarían la adopción de las mismas.
- **Segunda.** ¿En qué momento temporal del procedimiento inspector se podrían adoptar las medidas cautelares en relación con las correspondientes deudas y expedientes sancionadores?
- **Tercera.** ¿Cuál sería el alcance cuantitativo de las medidas cautelares?
- **Cuarta.** La sociedad cuenta en su activo con un inmueble y tiene derechos de cobro sobre sus clientes. En el caso de tener que decidir adoptar medidas cautelares sobre uno de los bienes, ¿sobre cuál de estos bienes deberían dirigirse las medidas cautelares? Razone su respuesta.

Respecto a la sociedad «Y»:

- **Primera.** Valore las distintas posibilidades de actuación que tienen los órganos de recaudación de la Agencia Tributaria para el cobro de la deuda pendiente.
- **Segunda.** Determine el orden en el que han de desarrollarse las distintas actuaciones posibles.
- **Tercera.** Determine cuál sería el alcance cuantitativo de cada actuación así como el procedimiento a seguir.
- **Cuarta.** Si los aplazamientos incumplidos hubiesen estado parcialmente garantizados por importe de 800.000 euros, ¿las actuaciones recaudatorias a realizar habrían sido las mismas?

SOLUCIÓN

PARTE 1.ª ASPECTOS JURÍDICOS CIVILES Y MERCANTILES Y OTROS DE ÍNDOLE TRIBUTARIA NO EXPRESAMENTE CONTEMPLADOS EN LAS OTRAS PARTES DEL INFORME

Primera. Procedencia de la reclamación económico-administrativa y, en su caso, análisis de la competencia para conocer de ella. Examen de las alternativas del interesado para hacer efectivo su pretensión

El artículo 107 del Reglamento General de Recaudación, aprobado mediante Real Decreto 939/1995, de 29 de julio (en adelante, RGR) regula la enajenación mediante adjudicación directa, señalando que procederá la adjudicación directa de los bienes o derechos embargados:

- a) Cuando, después de realizados la subasta o el concurso, queden bienes o derechos sin adjudicar.
- b) Cuando se trate de productos perecederos o cuando existan otras razones de urgencia, justificadas en el expediente.
- c) En otros casos en que no sea posible o no convenga promover concurrencia, por razones justificadas en el expediente.

El órgano de recaudación competente debe proceder en el plazo de seis meses a realizar las gestiones conducentes a la adjudicación directa de los bienes en las mejores condiciones económicas, para lo que utilizará los medios que considere más ágiles y efectivos. Podrá acordarse la participación por vía telemática. Asimismo, el órgano de recaudación competente podrá exigir a los interesados un depósito en la cuantía que se estime adecuada.

El precio mínimo de adjudicación es:

- a) Cuando los bienes hayan sido objeto de concurso o de subasta con una sola licitación, el tipo del concurso o la subasta.
- b) Cuando los bienes hayan sido objeto de subasta con dos licitaciones, no existirá precio mínimo.
- c) Cuando los bienes no hayan sido objeto de concurso o subasta, se valorarán con referencia a precios de mercado y se tratará de obtener, al menos, tres ofertas. Si las ofertas no alcanzan el valor señalado, podrán adjudicarse sin precio mínimo.

El apartado 7 del citado precepto dispone que «Los bienes serán entregados al adjudicatario una vez haya sido hecho efectivo el importe procedente.»

En relación con ello, en la diligencia de entrega de bienes adjudicados se dice: «una vez satisfecha la totalidad del precio de la adjudicación y *la correspondiente imposición indirecta*; SE HACE ENTREGA de dichos bienes al adjudicatario, de acuerdo con lo establecido en el artículo 107.7 del Reglamento General de Recaudación». El pago efectivo satisfecho por los bienes fue de 10.000 euros más 1.800 por IVA.

Ante la falta de entrega de tales bienes por parte de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante, AEAT), el adjudicatario, en efecto, puede presentar reclamación económico-administrativa ante el correspondiente Tribunal Económico-Administrativo, solicitando que se le entreguen los documentos administrativos de acompañamiento o albaranes de circulación y las correspondientes precintas o marcas fiscales acreditativas de la tenencia regular de tales productos. Así, el artículo 227.1 de la LGT prevé que «La reclamación económico-administrativa será admisible, en relación con las materias a las que se refiere el artículo anterior, contra los actos siguientes: a) Los que provisional o definitivamente reconozcan o denieguen un derecho o declaren una obligación o un deber».

Podría alegar que no es el sujeto pasivo del Impuesto Especial, impuesto que al ser monofásico impide que se proceda a una nueva tributación (el sujeto pasivo lo habrá sido el deudor frente a la Hacienda Pública cuyos bienes han sido embargados en el seno del procedimiento de recaudación llevado a cabo y que ahora están siendo objeto de adjudicación).

La competencia territorial de los TEAR se determinará en función del ámbito territorial del órgano territorial o periférico que ha dictado el acto impugnado (art. 229.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria). Además, puesto que la cuantía del pago requerido por la Administración excede de 150.000 euros, cabría la posibilidad de que el interesado interpusiera reclamación económico-administrativa en primera instancia ante el TEAR y, caso de no ser estimadas totalmente sus pretensiones, después dedujera recurso de alzada ordinario ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante, TEAC) o bien que formulara directamente la reclamación en única instancia ante el TEAC. Todo ello de conformidad con el artículo 229.1 b) y 5 de la LGT.

Si no plantease reclamación económico-administrativa, solo cabrían otras dos alternativas a los efectos de la entrega de los documentos necesarios para la circulación y tenencia de los productos adjudicados: o se procede por el adjudicatario a liquidar previamente el impuesto o se mantiene el régimen suspensivo (para ello los productos deben expedirse desde su emplazamiento actual a un establecimiento que tenga la condición de fábrica o depósito fiscal del que sea titular el adjudicatario o un tercero).

Por último, debemos plantearnos si doña Natalia está legitimada para plantear la reclamación económico-administrativa. Según el artículo 232.1 de la LGT estarán legitimados para promover las reclamaciones económico-administrativas:

«a) Los obligados tributarios y los sujetos infractores.

b) Cualquier otra persona cuyos intereses legítimos resulten afectados por el acto o la actuación tributaria.»

A la vista del anterior precepto, doña Natalia no se encuentra legitimada para interponer la reclamación, pues si bien es socia de la sociedad «X», la entidad adjudicataria, el administrador único de la misma es su esposo, don Tomás Cauto, quien sería el legitimado para actuar en nombre de la entidad pues ostenta su representación legal. En este sentido, cabría reseñar que según el artículo 71 del Código Civil, «ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida».

Segunda. Razone si el adjudicatario está o no obligado al pago de los 189.427,23 euros

A la vista de la información obrante en el enunciado, el TEAR estimaría la reclamación, al haber actuado el órgano de recaudación de forma improcedente al convocar, primero, y adjudicar, después, productos objeto del Impuesto Especial sobre el Alcohol, suponiendo que la sociedad «X» no tiene la condición de depositario autorizado o destinatario registrado en el ámbito de los Impuestos Especiales.

Por ello procedía que, en el momento de formalizar la adjudicación y en el momento de la entrega, se facilitase al adjudicatario los documentos que justificasen el pago del impuesto o su sometimiento a régimen suspensivo. En consecuencia, como por el embargo realizado, era la Administración tributaria la que detentaba la posesión de los bienes y fue ella la que los enajenó a la sociedad «X», es a la AEAT a quien corresponde expedir los documentos necesarios para acreditar la circulación y tenencia de lo adjudicado, de forma que, previa la formalización de las autorizaciones permanentes o temporales que procedan, se habilite al adjudicatario para la comercialización.

Tercera. Actuaciones a llevar a cabo por la Administración para hacer efectivo su crédito

Podríamos plantearnos la posibilidad de que en la diligencia de adjudicación se haya cometido un error al afirmar que se habían pagado todos los impuestos indirectos, pues, a la vista del importe del Impuesto Especial, parece evidente que dentro del precio de adjudicación, 10.000 euros, no se encontraba incluido tal impuesto.

Si así fuera, la Administración debería, si trata de un mero error material o de hecho que resulte de los documentos incorporados al expediente, iniciar de oficio un procedimiento de rectificación de este tipo de errores previsto en el artículo 220 de la LGT. Si se tratase, en cambio, de un error de derecho, solo sería posible acudir a la declaración de lesividad del artículo 218 del mismo cuerpo legal.

También cabría contemplar la posibilidad de si el adjudicatario, la sociedad «X», puede ser considerado sujeto pasivo del citado impuesto por aplicación de lo dispuesto en el artículo 8.8 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales (el citado precepto establece que «8. Estarán obligados al pago de la deuda tributaria los que posean, utilicen, comercialicen o transporten pro-

ductos objeto de los impuestos especiales de fabricación, fuera de los casos previstos en el artículo 16 de esta ley, cuando no acrediten que tales impuestos han sido satisfechos en España»).

Pues bien, debemos descartar dicha posibilidad: el precepto citado en el párrafo anterior está dirigido a regular supuestos de bienes sujetos al impuesto pero adquiridos en otro Estado miembro y, en todo caso, que se encuentran en circulación, de ahí la referencia en el propio artículo 8.8 a que los contribuyentes estarán obligados al pago cuando no acrediten que tales impuestos han sido satisfechos en España, acreditación que no tiene mayor sentido en el caso de bienes que, como parece ser el supuesto aquí contemplado, nunca han salido de España, ni se han producido fuera de ella.

Las consideraciones anteriores se entienden, por supuesto, sin perjuicio de las actuaciones de recaudación que la AEAT pueda haber realizado o realizar frente al deudor cuyos bienes embargados están siendo ahora objeto enajenación por adjudicación directa.

PARTE 2.ª ASPECTOS RELACIONADOS CON ACTUACIONES Y PROCEDIMIENTOS DE INSPECCIÓN DE LOS TRIBUTOS

Puesto que en el apartado dedicado a Notas se indica expresamente al opositor que además de responder en cada apartado a las cuestiones planteadas, se puede abordar también cualquier otra cuestión que considere relevante, señalamos las tres siguientes:

Alcance de las actuaciones. Su incidencia respecto de la prescripción.

El enunciado señala que las actuaciones son de alcance general para el ejercicio 2007 y parcial para el ejercicio 2008, limitándose en este caso a la comprobación de determinadas operaciones inmobiliarias.

En relación con ello, el artículo 148 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, define en su apartado 2 las actuaciones de carácter parcial como aquellas que no afectan a la totalidad de los elementos de la obligación tributaria en el periodo objeto de la comprobación.

Uno de los aspectos más trascendentes y también discutidos respecto de los procedimientos inspectores de alcance parcial es el hasta dónde se extienden sus efectos interruptivos del plazo de prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria, esto es, si, iniciadas actuaciones inspectores de alcance parcial, estas interrumpen el plazo de prescripción respecto de la totalidad de los elementos de la obligación o solo respecto de aquellos concretos elementos que han sido incluidos en el alcance parcial del procedimiento. Pues bien, el TEAC en Resolución de 23 de julio de 2009, R.G. 8232/2008 (NFJ034302), ha establecido como doctrina que las actuaciones realizadas por la Inspección en el ámbito de una comprobación parcial interrumpen la prescripción del

derecho de la Administración a liquidar cualesquiera elementos del hecho imponible por el mismo impuesto y ejercicio.

Incoación de un acta de disconformidad.

Las actas de disconformidad se encuentran reguladas en el artículo 157 de la LGT en los siguientes términos «1. Con carácter previo a la firma del acta de disconformidad se concederá trámite de audiencia al interesado para que alegue lo que convenga a su derecho.

2. Cuando el obligado tributario o su representante no suscriba el acta o manifieste su disconformidad con la propuesta de regularización que formule la inspección de los tributos, se hará constar expresamente esta circunstancia en el acta, a la que se acompañará un informe del actuario en el que se expongan los fundamentos de derecho en que se base la propuesta de regularización.

3. En el plazo de 15 días desde la fecha en que se haya extendido el acta o desde la notificación de la misma, el obligado tributario podrá formular alegaciones ante el órgano competente para liquidar.

4. Antes de dictar el acta de liquidación, el órgano competente podrá acordar la práctica de actuaciones complementarias en los términos que se fijen reglamentariamente.

5. Recibidas las alegaciones, el órgano competente dictará la liquidación que proceda, que será notificada al interesado».

Declaración de conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

De conformidad con el artículo 15 de la LGT, «1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las siguientes circunstancias:

a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.

b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

2. Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta ley.

3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones».

Primera. Valore y razone si ha sido o no correcta la decisión del Inspector Jefe de inadmitir la solicitud de ampliación de los ejercicios objeto de actuaciones inspectoras solicitado por el obligado tributario. En caso de considerar esta decisión correcta, argumente cómo y en qué términos debería haber formulado la entidad esta solicitud y posibles formas de ser atendida la misma por el Inspector Jefe

Teniendo en cuenta que las actuaciones inspectoras con respecto al Impuesto sobre Sociedades y al IVA del ejercicio 2007 tienen alcance general, mientras que respecto del año 2008, y por los mismos tributos, son de carácter parcial, la entidad solicitó que se ampliaran al ejercicio 2006.

Así las cosas, la decisión de la Administración, inadmitiendo la solicitud, es plenamente procedente, con fundamento en lo previsto en el artículo 149 de la LGT, el cual prevé que todo obligado tributario que esté siendo objeto de unas actuaciones de inspección de carácter parcial podrá solicitar a la Administración tributaria que las mismas tengan carácter general pero respecto al tributo y, en su caso, periodos afectados, sin que tal solicitud interrumpa las actuaciones en curso. Por lo tanto, habiéndose solicitado que las actuaciones se amplíen al año 2006 (periodo no incluido en la comunicación de inicio) tal solicitud resulta inadmisibles.

El obligado tributario podría, en el plazo de quince días siguientes a la notificación del inicio de las actuaciones inspectoras de carácter parcial, haber solicitado que las actuaciones del año 2008 pasen a tener carácter general, tanto respecto del IVA como del Impuesto sobre Sociedades. En caso de haberse formulado la solicitud en este plazo y términos, la Administración estaría obligada a atenderla, optando bien por ampliar el alcance de las actuaciones parciales ya iniciadas (en este supuesto existiría un único procedimiento inspector, de alcance general e iniciado en fecha 13 de febrero de 2009) o bien por iniciar otro procedimiento de inspección de carácter general (en cuyo caso tendríamos dos procedimientos inspectores, cada uno con su alcance y fecha de inicio a efectos del cómputo de los plazos máximos de duración, uno de alcance parcial iniciado el 13 de febrero de 2009 y otro de alcance general respecto de Impuesto sobre Sociedades e IVA 2008 iniciado en la fecha en que tal acto se notifique al interesado).

En todo caso, cualquiera de estas dos decisiones, deben ser notificadas al obligado tributario en el plazo de seis meses desde la solicitud, pues si se incumple este plazo ello determinará que las actuaciones inspectoras de carácter parcial (si bien deben continuar hasta su terminación) no habrán servido para interrumpir el plazo de prescripción para comprobar e investigar el mismo tributo y periodo con carácter general.

Todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 149 de la LGT.

Segunda. Con los datos aportados y a los efectos de valorar si la duración de las actuaciones inspectoras se ha ajustado al plazo máximo fijado por la LGT, identifique y cuantifique los distintos supuestos de dilación e interrupción justificada

La duración de las actuaciones inspectoras sí se ha ajustado al plazo máximo de 12 meses fijado en el artículo 150 de la LGT como norma general. A estos efectos y según el artículo 104.2

de la LGT, los periodos de interrupción justificada y las dilaciones en el procedimiento por causa no imputable a la Administración tributaria, no se incluirán en el cómputo del plazo de resolución.

Debemos advertir de que a efectos del cómputo del plazo de duración del procedimiento, los periodos de interrupción justificada y las dilaciones por causa no imputable a la Administración se contarán por días naturales (art. 102.5 del RD 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, en adelante, RGGI).

Podemos señalar como supuestos de *dilaciones no imputables a la Administración tributaria* los siguientes:

- En diligencia de 25 de febrero se solicita la aportación de determinada documentación fijándose como fecha para ello el 1 de marzo. No obstante, llegada tal fecha, el representante de la entidad aporta solo parte de la documentación requerida, manifestando que aportará el resto en la siguiente comparecencia. En efecto, en la comparecencia siguiente del día 1 de abril, la entidad aporta el resto de la documentación solicitada en la diligencia de 25 de febrero. Asimismo se solicitó el 1 de marzo un aplazamiento de las actuaciones hasta el próximo 1 de abril.

Los hechos descritos constituyen una dilación por causa no imputable a la Administración. Así, el artículo 104, letras a) y c) del RGGI establece que son tales dilaciones:

«a) Los retrasos por parte del obligado tributario al que se refiera el procedimiento en el cumplimiento de comparecencias o requerimientos de aportación de documentos, antecedentes o información con trascendencia tributaria formulados por la Administración tributaria. La dilación se computará desde el día siguiente al de la fecha fijada para la comparecencia o desde el día siguiente al del fin del plazo concedido para la atención del requerimiento hasta el íntegro cumplimiento de lo solicitado. Los requerimientos de documentos, antecedentes o información con trascendencia tributaria que no figuren íntegramente cumplimentados no se tendrán por atendidos a efectos de este cómputo hasta que se cumplimenten debidamente, lo que se advertirá al obligado tributario, salvo que la normativa específica establezca otra cosa.

b) (...).

c) La concesión por la Administración de la ampliación de cualquier plazo, así como la concesión del aplazamiento de las actuaciones solicitado por el obligado, por el tiempo que medie desde el día siguiente al de la finalización del plazo previsto o la fecha inicialmente fijada hasta la fecha fijada en segundo lugar».

Por lo tanto, tanto por uno como por otro motivo, computaremos como días de dilación el plazo que abarca desde el 2 de marzo al 1 de abril.

Por otra parte, podemos señalar como *supuestos de interrupción justificada* los que a continuación se exponen:

- Con fecha 15 de marzo la Inspección formula petición de informe a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, sobre determinadas operaciones inmobiliarias realizadas en su ámbito, recibándose contestación con fecha 15 de julio.

Asimismo, con el fin de verificar la validez de la documentación aportada por la entidad, la inspección efectúa un nuevo requerimiento de información, en este caso a la Comunidad Autónoma de Andalucía, petición que se efectúa el día 15 de abril, obteniéndose respuesta el día 15 de octubre.

Este supuesto de interrupción justificada de las actuaciones inspectoras está regulado en el artículo 103 letra a) del RGGI, según el cual «a) Cuando, por cualquier medio, se pidan datos, informes, dictámenes, valoraciones o documentos a otros órganos o unidades administrativas de la misma o de otras Administraciones, por el tiempo que transcurra desde la remisión de la petición hasta la recepción de aquellos por el órgano competente para continuar el procedimiento, sin que la interrupción por este concepto pueda exceder, para todas las peticiones de datos, informes, dictámenes, valoraciones o documentos que pudieran efectuarse, de seis meses. Cuando se trate de solicitudes formuladas a otros Estados, este plazo será de 12 meses».

Por lo tanto, por las dos peticiones de informe a otros órganos de distintas Administraciones, computaremos como días de interrupción justificada *seis meses*, ya que resulta de aplicación este límite máximo reglamentario.

- A través de diligencia de fecha 1 de noviembre de 2009 se comunica al obligado tributario que a juicio de la Inspección en el negocio objeto de comprobación concurren las circunstancias previstas en el artículo 15 de la LGT para considerar la existencia de conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Tras el oportuno plazo de alegaciones concedido al obligado tributario, el Inspector remite el expediente al Inspector Jefe junto con el informe en el que fundamenta la existencia de las circunstancias previstas en el artículo 15 de la LGT. El 1 de diciembre el Inspector Jefe notifica al obligado tributario que ha solicitado a la Comisión consultiva el preceptivo informe sobre la procedencia o no de declaración de conflicto en la aplicación de la norma tributaria. La petición de informe llega a la Comisión consultiva con fecha 15 de diciembre. Dicha Comisión emite informe apreciando la existencia de conflicto, el día 14 de marzo de 2010. La Inspección recibe el informe el día 30 de marzo de 2010.

De conformidad con la letra c) del mismo artículo 103 del RGGI, constituye tal interrupción justificada «Cuando se solicite a la Comisión consultiva el informe preceptivo a que se refiere el artículo 159 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, por el tiempo que transcurra desde la notificación al interesado a que se refiere el artículo 194.2 de este reglamento hasta la recepción del informe por el órgano competente para continuar el procedimiento o hasta el transcurso del plazo máximo para su emisión».

Por su parte, el artículo 194.2 del mismo texto reglamentario indica que una vez recibidas las alegaciones y, en su caso, practicadas las pruebas procedentes, el órgano que esté tramitando el procedimiento emitirá un informe sobre la concurrencia o no de las circunstancias previstas en el artículo 15 de la LGT, que se remitirá junto con el expediente al órgano competente

para liquidar. En caso de que el órgano competente para liquidar estimase que concurren dichas circunstancias remitirá a la Comisión consultiva el informe y los antecedentes. La remisión se notificará al obligado tributario.

Consecuentemente, el periodo de interrupción justificada abarca desde el 1 de diciembre de 2009 hasta el 30 de marzo de 2010. No obstante, de nuevo resulta aplicable el límite máximo previsto para este concreto supuesto de interrupción, que será de *tres meses*, pues la LGT prevé en su artículo 159.4 que «4. El plazo máximo para emitir el informe será de tres meses desde la remisión del expediente a la Comisión consultiva». No consta que se haya notificado al obligado la posible ampliación de dicho plazo mediante acuerdo motivado de la Comisión consultiva (dicha ampliación no podría exceder de un mes más).

Así las cosas, podemos concluir que el procedimiento inspector no ha superado su plazo máximo de duración de 12 meses, pues en dicho cómputo no se incluyen ni los periodos de interrupción justificado ni las dilaciones no imputables a la Administración anteriormente referidos.

Tercera. ¿Considera procedente la petición efectuada por el inspector exigiendo la comparecencia personal del señor Cauto? ¿Le asiste algún derecho para negarse a este requerimiento, puede ir acompañado del representante de la entidad o de cualquier otra persona que considere necesario? ¿Qué efectos produciría la no comparecencia en la fecha fijada?

El señor Cauto es el administrador único de la persona jurídica inspeccionada y consecuentemente ostenta su representación legal.

La petición efectuada por el inspector exigiendo la comparecencia personal del señor Cauto resulta procedente pues se ajusta a una de las facultades que la LGT atribuye a la Inspección, en concreto en su artículo 142, apartado 3, último inciso, el cual dispone literalmente que «Excepcionalmente, y de forma motivada, la inspección podrá requerir la comparecencia personal del obligado tributario cuando la naturaleza de las actuaciones a realizar así lo exija».

En principio, por tanto, no le asiste ningún derecho a no atender este requerimiento de comparecencia, salvo que tal exigencia se hubiera reiterado ya en ocasiones anteriores (recordemos que es una facultad que solo se puede ejercitar de forma excepcional) o que tal requerimiento no esté suficientemente motivado en función de la naturaleza de las propias actuaciones. Sin perjuicio de lo anterior, entendemos que tendría derecho a acudir acompañado por el representante de la entidad o asistido de cualquier otra persona que considere necesario al amparo de lo que con carácter general dispone el artículo 46.1 de la LGT.

La no comparecencia en la fecha fijada podría dar lugar al inicio de un procedimiento sancionador, pues el artículo 203 de la LGT tipifica la infracción tributaria por resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria, constituyendo, entre otras conductas, resistencia, obstrucción, excusa o negativa «la incomparecencia, salvo causa justificada, en el lugar y tiempo que se hubiera señalado».

La infracción prevista en este artículo será grave y se sancionaría (apartado 5 del citado precepto), pues en el caso examinado consiste en el incumplimiento por personas o entidades que realicen actividades económicas del deber de comparecer, con:

- a) Multa pecuniaria fija de 300 euros, si no se comparece en el plazo concedido en el primer requerimiento notificado al efecto.
- b) Multa pecuniaria fija de 1.500 euros, si no se comparece en el plazo concedido en el segundo requerimiento notificado al efecto.
- c) Multa pecuniaria proporcional de hasta el 2 por 100 de la cifra de negocios del sujeto infractor en el año natural anterior a aquel en que se produjo la infracción, con un mínimo de 10.000 euros y un máximo de 400.000 euros, cuando no se haya comparecido en el tercer requerimiento notificado al efecto.

PARTE 3.^a ASPECTOS RELATIVOS AL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

La legislación aplicable al presente supuesto es la contenida en el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) y por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

En primer lugar, indicar que las actuaciones iniciadas tienen carácter general tal y como se desprende del enunciado lo que dará lugar a una liquidación definitiva en los términos del artículo 101 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Primero.

En relación con la «provisión por responsabilidades», debemos hacer las siguientes consideraciones previas: las provisiones se encuentran reguladas en el artículo 13 del TRLIS, de forma negativa tras la redacción dada al mismo por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación a la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, con efectos desde 1 de enero de 2008.

Por lo tanto en el ejercicio 2007 estaba vigente la redacción anterior a la Ley 16/2007, disponiéndose en el artículo 13.2 del texto refundido lo siguiente:

«2. (...) Serán deducibles:

a) Las dotaciones relativas a responsabilidades procedentes de litigios en curso o derivadas de indemnizaciones o pagos pendientes debidamente justificados cuya cuantía no esté definitivamente establecida.»

Asimismo, debemos indicar que si bien en la actual redacción del citado apartado se definen los supuestos de no deducibilidad, no obstante la provisión planteada sigue siendo plenamente deducible.

Respecto al devenir de la citada provisión, se dotó en el año 1997, tras recibir una sentencia en contra y ser esta recurrida ante instancia superior, por lo que la misma era plenamente deducible en su momento de contabilización.

En el año 2000 la sociedad debió proceder a la reversión de la citada operación, suponiendo que ya en este año adquiere firmeza la segunda sentencia recaída. Si esta segunda sentencia, fuera a su vez recurrible en otra instancia superior, no procedería tal reversión.

Puesto que la provisión aún está en el balance de la entidad, podemos entender que no se ha procedido por la entidad a efectuar tal ajuste positivo por la reversión, pero en este caso la AEAT no podrá regularizar este hecho por tratarse el año 2000 de un ejercicio prescrito, salvo que hubiera interrumpido la prescripción el derecho a liquidar, de conformidad con el artículo 68 de la LGT.

Segundo.

Se trata de una operación de financiación, dado que se enajena el inmueble y posteriormente se procede a su arrendamiento por tiempo indefinido. Nada dice el artículo 115 del texto refundido respecto de estas operaciones por lo que deberemos remitirnos a la norma contable.

A estas operaciones se refiere la norma 8.^a de valoración del Plan General de Contabilidad (PGC), según el cual, cuando por las condiciones económicas de la transmisión de un bien, conectada al posterior arrendamiento financiero del mismo, se desprenden que se trata de un método de financiación, el arrendatario procederá contablemente como sigue:

- Se trata de un acuerdo mediante el cual el arrendador conviene con el arrendatario el derecho a usar un activo durante un periodo de tiempo determinado, a cambio de percibir un importe único o una serie de pagos o cuotas, sin que se trate de un arrendamiento de carácter financiero.
- Los ingresos y gastos, correspondientes al arrendador y al arrendatario, derivados de los acuerdos de arrendamiento operativo serán considerados, respectivamente, como ingreso y gasto del ejercicio en el que los mismos se devenguen, imputándose a la cuenta de pérdidas y ganancias.
- El arrendador continuará presentando y valorando los activos cedidos en arrendamiento conforme a su naturaleza, incrementando el valor contable en el importe de los costes directos del contrato que les sean imputables, los cuales se reconocerán como gasto durante el plazo del contrato aplicando el mismo criterio utilizado para el reconocimiento de los ingresos del arrendamiento.

- Cualquier cobro o pago que pudiera hacerse al contratar un derecho de arrendamiento calificado como operativo, se tratará como un cobro o pago anticipado por el arrendamiento que se imputará a resultados a lo largo del periodo de arrendamiento a medida que se cedan o reciban los beneficios económicos del activo arrendado.

O bien puede calificarse la operación como:

Cuando por las condiciones económicas de una enajenación, conectada al posterior arrendamiento de los activos enajenados, se desprenda que se trata de un método de financiación y, en consecuencia, se trate de un arrendamiento financiero, el arrendatario no variará la calificación del activo, ni reconocerá beneficios ni pérdidas derivadas de esta transacción. Adicionalmente, registrará el importe recibido con abono a una partida que ponga de manifiesto el correspondiente pasivo financiero.

La carga financiera total se distribuirá a lo largo del plazo del arrendamiento y se imputará a la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que se devengue, aplicando el método del tipo de interés efectivo. Las cuotas de carácter contingente serán gastos del ejercicio en que se incurra en ellas.

El arrendador contabilizará el correspondiente activo financiero por su valor.

En este contexto, los efectos fiscales de la transmisión del bien serán:

- El transmitente no determina renta fiscal alguna por la transmisión, al tener la consideración de una operación de financiación.
- Seguirá amortizando el bien a efectos fiscales como los mismos criterios y sobre los mismos valores de la transmisión.
- La diferencia entre el precio recibido por la transmisión del bien y el importe total de las cantidades a pagar a la entidad financiera, tendrá la consideración de gastos a distribuir en varios ejercicios, teniendo la naturaleza de gastos financieros.

Por lo tanto la entidad no debe realizar ningún ajuste por la transmisión, de igual forma que no podrá beneficiarse de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios del artículo 42 del TRLIS, toda vez que no se ha integrado renta alguna en el Impuesto sobre Sociedades.

Tercero.

En relación con la explotación en régimen de comunidad de bienes, siendo la sociedad «X» comunera. Debemos indicar lo siguiente:

- a) De conformidad con los artículos 6.1 y 7 del TRLIS, las comunidades de bienes no son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades y determinarán su renta por el Impuesto

sobre Sociedades, cuando todos los comuneros sean personas jurídicas de conformidad con el artículo 90.1, 90.2 y 90.5 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, de la Renta de las Personas Físicas, imputándose a los comuneros o partícipes las rentas obtenidas mediante el sistema de atribución de rentas. Debiendo imputar por tanto sus ingresos, sus gastos y sus retenciones a cada comunero incluida la sociedad «X».

- b) El modelo 184 es un modelo informativo regulado en la Orden HAC/171/2004, de 30 de enero, así como en su presentación electrónica por la Orden EHA/3062/2010, de 22 de noviembre, en el que se deben recoger todas las imputaciones de rentas cuando se ejerza una actividad económica o cuyas rentas excedan de 3.000 euros, debiendo presentarse en el mes de marzo de cada año, y desglosarse los ingresos imputados y las retenciones atribuidas a cada comunero o partícipe.
- c) Respecto de la información requerida por la inspección, la misma se encuentra facultada a obtenerla conforme al artículo 142 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
- d) Respecto a los ajustes:
 - a. En el momento de imputación debe realizarse el ajuste de +117.000 y se podrán aplicar las correspondientes retenciones soportadas por la comunidad.
 - b. No es correcto el posterior ajuste negativo.
 - c. En cuanto a la alegación planteada es correcta en cuanto a la obligación de realizar el ajuste positivo, y no lo es en la afirmación en la que la comunidad de bienes realiza el pago, pues en ese momento no supone renta para la sociedad que los percibe toda vez que fue previamente imputado.

En conclusión, la sociedad «X» debió realizar un ajuste positivo en el año 2007 por importe de 117.000 euros, y en el momento en que la comunidad de bienes abonase dividendos, los mismos no constituirían renta para la entidad «X» toda vez que fueron previamente atribuidos no procediendo retener o ingresar a cuenta [DGT 29-03-2005 (NFC029359)].

PARTE 4.ª ASPECTOS RELATIVOS A LOS IMPUESTOS SOBRE EL VALOR AÑADIDO Y SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

El IVA se encuentra regulado en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, así como en el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo. Asimismo es de aplicación la Directiva 2006/112/CE.

En el supuesto planteado, en resumen se realizan las siguientes operaciones:

1. Entrega por parte del matrimonio Cauto-Constante de un inmueble no afecto a actividades económicas (su vivienda habitual)

Se trata de una operación no sujeta al IVA de conformidad con el artículo 4.º de la ley del impuesto, dado que la entrega no se realiza por un empresario o profesional tal y como se define en el artículo 5 de la propia ley.

A tal efecto, se trata de una operación sujeta y no exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados regulado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que establece en su artículo 7, que son transmisiones patrimoniales sujetas a transmisiones patrimoniales onerosas:

«A) Las transmisiones onerosas por actos inter vivos de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas.»

Siendo el tipo fijado para esta operación del 6 por 100, salvo que la comunidad autónoma correspondiente hubiera aprobado otro distinto (art. 11 del RDLeg. 1/1993).

2. Contrato de arrendamiento que incorpora una opción de compra

Se trata de un servicio, dado que nada indica que se vaya a ejercitar la compra de forma fehaciente, es por ello una prestación de servicios del artículo 11 de la LIVA sujeta y no exenta. Debemos considerar que si bien se trata de una vivienda la misma va a ser afectada a una actividad empresarial o profesional con lo que su destino final no será el de vivienda habitual sino el de oficina o local comercial, es por ello por lo que la operación de arrendamiento estará sujeta y no exenta.

Debemos tener en cuenta que aun cuando su uso fuera el de vivienda habitual, la operación de arrendamiento estaría sujeta y no exenta en aplicación del artículo 20.º 23.º b) d') al establecer que la exención del artículo 20.º 23.º b) no se aplica a:

«d') los arrendamientos con opción de compra de terrenos o viviendas cuya entrega estuviese sujeta y no exenta al impuesto».

El tipo impositivo a aplicar será el tipo general del 18 por 100 (art. 90 de la Ley 37/1992).

3. Ejercicio de la opción de compra por «CARLOTA, SA»

Se trata de la segunda transmisión de un bien inmueble realizada por una entidad dedicada de forma habitual a realizar operaciones de arrendamiento financiero, por lo que en aplicación del artículo 20.º 22.º: se trata de una operación sujeta y no exenta dado que:

«la exención no se extiende:

a) A las entregas de edificaciones efectuadas en el ejercicio de la opción de compra inherente a un contrato de arrendamiento, por empresas dedicadas habitualmente a realizar operaciones de arrendamiento financiero.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el compromiso de ejercitar la opción de compra frente al arrendador se asimilará al ejercicio de la opción de compra.»

Por lo que la entrega del inmueble es una operación sujeta y no exenta en aplicación de los artículos 4, 5, 8 y 20.uno 23.º in fine de la ley.

El tipo aplicable a la operación es del 18 por 100 de conformidad con el artículo 91 de la ley, siendo la base imponible de 200.000 euros.

De conformidad con el artículo 8 de la LIVA se trata de una entrega de bienes sujeta pero exenta por el artículo 20.uno 22.º que declara exentas:

«22.º Las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, incluidos los terrenos en que se hallen enclavadas, cuando tengan lugar después de terminada su construcción o rehabilitación.»

PARTE 5.ª ASPECTOS RELATIVOS A ADUANAS E IMPUESTOS ESPECIALES

Apartado 1

Nos hallamos ante una declaración de despacho a libre práctica conforme la define el artículo 79 del Reglamento (CE) 2913/92 por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario por la que se confiere estatuto aduanero a las mercancías no comunitarias. Para determinar las contingencias relativas a las bases imponibles debemos acudir a los artículos 28 a 33 del propio Código, donde se recoge la definición de valor en aduanas, así como al artículo 83 de la Ley 37/1992 del IVA.

En este sentido el artículo 28 del Código es el que señala que en los artículos 29 a 33 del mismo vienen recogidas todas las disposiciones necesarias para la determinación del valor en aduana. Así, el artículo 29 señala que el valor en aduana de las mercancías importadas será su valor de transacción, es decir, el precio efectivamente pagado o por pagar por las mercancías cuando estas se vendan para su exportación con destino al territorio aduanero de la Comunidad, ajustado, en su caso, de conformidad con los artículos 32 y 33.

En el supuesto que nos atañe partimos de un precio efectivamente pagado, o por pagar, de 70.000 euros, en condiciones de entrega DDU, es decir, entregados en Madrid, sin pagos de derechos aduaneros.

De ese precio de partida tendremos que analizar qué conceptos están incluidos y cuáles por incluir a la hora de fijar el valor en aduana.

Según el artículo 32 del Código «1. Para determinar el valor en aduana en aplicación del artículo 29, se sumarán al precio efectivamente pagado o por pagar por las mercancías importadas:

- i) los gastos de transporte y de seguro de las mercancías importadas, y
- ii) los gastos de carga y de manipulación asociados al transporte de las mercancías importadas,
- hasta el punto de entrada de las mercancías en el territorio aduanero de la Comunidad.»

Por tanto, en el supuesto será necesario añadirle 55.000 euros de gastos de transporte, aunque debemos analizar lo que se comprende en esa partida. De esos, 15.000 corresponden a un trayecto entre Amberes y Madrid, es decir, dentro de la Comunidad, por lo que no deben formar parte del valor en aduana. Del mismo modo, los gastos de tramitación aduanera son posteriores a su entrada en la Comunidad y no están entre los elementos que deben integrar dicho valor, por lo que no los incluiremos, ya que así viene establecido reiteradamente por la doctrina de la Dirección General de Tributos. En cuanto al seguro, hay que indicar que según el artículo 32 sí formará parte del valor en aduanas, que en este caso se imputará a esta operación, aunque podría distribuirse entre todas las del año. De este modo, el valor en aduanas será:

$$70.000 \text{ (precio DDU)} - 15.000 \text{ (transporte CE)} - 10.000 \text{ (gestión aduanera)} = 45.000 \text{ euros}$$

No obstante, también es preciso determinar qué papel juegan los gastos de publicidad a los que se hace mención en el supuesto. En principio, estos no se recogen como elemento integrante del valor en aduanas dentro del artículo 32, y son solo los elementos allí recogidos los que deben integrarse en el valor en aduanas. Esto además viene consolidado por la mención recogida en el artículo 29.3 b) del Código cuando señala «Las actividades, incluidas las relativas a la comercialización, que emprenda el comprador por su propia cuenta, distintas de aquellas para las que el artículo 32 prevé un ajuste, no se considerarán como un pago indirecto al vendedor, aunque se pueda estimar que la benefician o que han sido emprendidas con su consentimiento, y su coste no se sumará al precio efectivamente pagado o por pagar para determinar el valor en aduana de las mercancías importadas.»

Apartado 2

Según se desprende de los datos del supuesto, en su importación, el surtido de textiles de playa se ha beneficiado de un tratamiento arancelario preferencial ya que ha presentado un certificado de origen EUR-1 firmado por las autoridades aduaneras israelíes. Fruto de ello, en lugar de pagar el arancel correspondiente a mercancías sin origen preferencial han disfrutado de un arancel reducido.

Conforme al artículo 80 de las Disposiciones de Aplicación del Código Aduanero [Reglamento (CEE) n.º 2454/93, de 2 de julio de 1993, de la Comisión], la prueba del origen preferencial será

el certificado de origen emitido válidamente por las autoridades aduaneras del país de exportación. Al encontrar las cajas de surtidos con la leyenda «Hecho en China», la aduana tiene dudas fundadas de la veracidad del certificado de origen.

A pesar de dichas dudas fundadas, no se puede anular automáticamente la liquidación efectuada ya que existe un certificado de origen, en principio, emitido por otra autoridad aduanera, por lo que antes de proceder a liquidar el arancel de terceros, la aduana deberá remitir a comprobación el certificado de origen a Israel, conforme se señala en el artículo 94 de las disposiciones de aplicación.

No obstante, a pesar de dicha comprobación, sí podrá conceder el levante trabando garantía por la totalidad de los derechos ante la duda fundada del verdadero origen de las mercancías.

Apartado 3

El IVMDH se rige por las disposiciones contenidas en el artículo 9 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Según los apartados UNO.1 y TRES.1 de dicho artículo 9, el IVMDH es un tributo de naturaleza indirecta que recae sobre el consumo de, entre otros, gasolinas, gasóleo, fuelóleo y queroseno no utilizado como combustible de calefacción, gravando, en fase única, las ventas minoristas de estos productos.

Según el apartado DOS.1 el IVMDH es exigible en todo el territorio español, con excepción de Canarias, Ceuta y Melilla.

El apartado CUATRO.1 dispone que, a efectos de este impuesto, se consideran ventas minoristas las ventas o entregas de los productos incluidos en su ámbito objetivo destinados al consumo directo de los adquirentes. En todo caso, indica, se consideran ventas minoristas las efectuadas en los establecimientos de venta al público al por menor (como, por ejemplo, la gasolinera del supuesto).

Según el apartado CUATRO.4, las ventas minoristas se consideran efectuadas en los establecimientos de venta al público al por menor (es decir, en nuestro caso, en la gasolinera) y, por lo tanto, se devengarán los tipos impositivos vigentes en la Comunidad de Madrid, que es donde se encuentra la gasolinera del supuesto. El rendimiento íntegro del impuesto corresponde a dicha comunidad autónoma.

Según el apartado CINCO.1, están sujetas al impuesto tanto las ventas minoristas como las operaciones que impliquen el autoconsumo de los productos gravados por los sujetos pasivos del impuesto.

El apartado CINCO.3 establece que se considerará que han sido vendidos y puestos a disposición de los adquirentes los productos comprendidos en el ámbito objetivo cuyo uso o destino no se justifique por los sujetos pasivos que no acrediten que las cuotas del impuesto correspondientes han sido satisfechas.

En el apartado SEIS se establecen los supuestos en los que las ventas minoristas de gasolinas y de gasóleos estarán exentas de este impuesto (básicamente coinciden con los supuestos de exención del Impuesto Especial sobre Hidrocarburos).

Según el apartado SIETE, son sujetos pasivos los propietarios de los productos gravados que realicen respecto de los mismos las operaciones sujetas al impuesto, es decir, en el caso del supuesto, el sujeto pasivo es la sociedad «Y», participada al 100 por 100 por la familia Cauto-Constante.

Según el enunciado no se ha realizado en la gasolinera en cuestión ninguna venta minorista con derecho a exención y la sociedad «Y» ha presentado autoliquidaciones modelo 569, por cada uno de los trimestres de los ejercicios 2007 y 2008, si bien no incluyó en las bases imponibles declaradas las cantidades de gasóleo y de gasolina facturados tanto a los medios de automoción de la sociedad «X» (participada también al 100% por la familia Cauto-Constante) como a los medios de automoción propiedad de los propios miembros de la familia Cauto-Constante.

De todo lo anteriormente señalado se deduce que estas cantidades de gasóleo y de gasolina por las que no se autoliquidó el impuesto estaban sujetas al mismo, y no les era de aplicación ninguno de los supuestos de exención previstos en la ley. En consecuencia, las autoliquidaciones presentadas lo fueron de forma incorrecta y no incluyeron la totalidad de las cuotas devengadas por el IVMDH.

Procederá pues liquidar el IVMDH correspondiente a las cantidades de gasóleo y de gasolina no declaradas en cada uno de los ocho trimestres en cuestión, aplicando los tipos impositivos vigentes en cada uno de dichos periodos en la Comunidad de Madrid.

Procederá además liquidar el IVA sobre una base que estará constituida por las cuotas de IVMDH no declaradas en cada uno de esos ocho trimestres.

Todo ello sin perjuicio de la procedencia de liquidar intereses de demora, por las cuotas no ingresadas en su día, y de la imposición de las sanciones que correspondan por la comisión de ocho infracciones tributarias (una por cada trimestre) de las tipificadas en el artículo 191 de la Ley 58/2003, General Tributaria.

PARTE 6.ª ASPECTOS RELATIVOS AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Primera. Valore la incidencia de las cuestiones personales y familiares que afectan a don Tomás Cauto y doña Natalia Constante

En primer lugar, vamos a comenzar destacando que los cónyuges pueden optar por tributar individual o conjuntamente.

Así, el artículo 82.1.1.^a de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas dispone:

«1. Podrán tributar conjuntamente las personas que formen parte de alguna de las siguientes modalidades de unidad familiar:

1.^a La integrada por los cónyuges no separados legalmente y, si los hubiera:

a) Los hijos menores, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientes de estos.

b) Los hijos mayores de edad incapacitados judicialmente sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada».

Ninguna de las dos hijas cumple los anteriores requisitos, por lo que, caso de optar por la tributación conjunta, la unidad familiar estaría integrada, a estos efectos, exclusivamente por los dos cónyuges.

Si se optase por tal tributación, el mínimo personal ascendería a 5.151 más 918 euros, ya que don Tomás tiene 65 años (art. 84.2.2.º de la LIRPF) y procedería la aplicación sobre la base imponible de la reducción por tributación conjunta cifrada en este caso en 3.400 euros anuales (art. 84.2.4.º de la LIRPF).

Suponiendo que, como constituye la regla general, se optase por la tributación individual, el mínimo del contribuyente aplicable será en la autoliquidación de doña Natalia el previsto con carácter general, esto es, de 5.151 euros anuales. Don Tomás, en cambio, aplicará un mínimo del contribuyente resultante de adicionar a los 5.151 euros anuales la cifra de 918 euros anuales, pues el contribuyente tiene una edad superior a 65 años (art. 57 de la LIRPF).

Respecto del mínimo por descendientes, y según el artículo 58 de la LIRPF, solo genera el derecho a su aplicación la menor de las hermanas, Claudia, pues es menor de 25 años, siempre que conviva con sus progenitores, y porque no tiene rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros, ya que el enunciado nos indica que obtiene rentas por un total de 6.000 euros. En relación con este último requisito, conviene precisar que además es preciso que no presente declaración por el impuesto pues si la presentase (bien voluntariamente bien por resultar obligada a ello), ya no otorgaría el derecho al mínimo por descendientes, pues de conformidad con el artículo 61.2.^a de la LIRPF «No procederá la aplicación del mínimo por descendientes, ascendientes o discapacidad, cuando los ascendientes o descendientes que generen el derecho a los mismos presenten declaración por este impuesto con rentas superiores a 1.800 euros».

Vamos a proceder a resolver conjuntamente las preguntas **SEGUNDA. Califique cada uno de los conceptos y tipos de renta obtenidos por don Tomás Cauto y doña Natalia Constante. TERCERA. Detalle las posibles exenciones o beneficios fiscales que, en su caso, se localicen en los distintos conceptos y tipos de renta descritos. CUARTA. Explique qué reducciones y/o deducciones son aplicables con base en la información suministrada.**

Con carácter previo queremos señalar que, dado que el régimen económico-matrimonial es el de gananciales, de acuerdo con el artículo 11.1 de la LIRPF (reglas sobre individualización de rentas), la renta se entenderá obtenida por los contribuyentes en función del origen o fuente de aquella, cualquiera que sea. Por lo tanto, si los rendimientos o ganancias y pérdidas patrimoniales que proviene de bienes o derechos cuya titularidad sea común, se imputarán a ambos.

Don Tomás

Gastos de representación: retribución dineraria del trabajo [art. 17.1 letra c) de la LIRPF]. Se integra en la renta general.

Utilización del vehículo: retribución en especie del trabajo, que se integra en la renta general. En cuanto a su valoración, prevé el artículo 43 de la LIRPF que:

«b) En el caso de la utilización o entrega de vehículos automóviles:

En el supuesto de entrega, el coste de adquisición para el pagador, incluidos los tributos que graven la operación.

En el supuesto de uso, el 20 por 100 anual del coste a que se refiere el párrafo anterior. En caso de que el vehículo no sea propiedad del pagador, dicho porcentaje se aplicará sobre el valor de mercado que correspondería al vehículo si fuese nuevo».

Por lo tanto, la renta en especie en el supuesto aquí enjuiciado se valorará en un 20 por 100 anual aplicado sobre el 60 por 100 de 36.500 euros.

Utilizamos el porcentaje del 60 por 100 pues en los supuestos de utilización simultánea en los ámbitos laboral y particular de vehículos de empresa, resulta necesario establecer un criterio de reparto (entre esa utilización laboral y la particular) en el que, de acuerdo con la naturaleza y características de las funciones desarrolladas por los trabajadores de la empresa, se valore solo la disponibilidad para fines particulares. Es criterio del TEAC que no son aceptables aquellos criterios que se cuantifiquen en función de las horas de utilización efectiva o kilometraje, pues el parámetro determinante debe ser la disponibilidad para fines particulares. En este sentido, baste citar, entre otras, las Resoluciones del TEAC de 3 de diciembre de 2009 (R.G. 156/2009, NFJ037505) o la de fecha de 30 de abril de 2009 (R.G. 242/2008, NFJ033632).

A la valoración resultante se adicionará el correspondiente ingreso a cuenta (el tipo es el mismo que el de retención, en este caso del 28%), salvo que su importe hubiera sido ya repercutido al perceptor de la renta (art. 43.2 de la LIRPF).

Herencia percibida a 1 de enero de 2010: en el momento de la herencia, renta no sujeta a IRPF (art. 6 de la LIRPF), sin perjuicio del gravamen por dicho impuesto de las operaciones que ulteriormente se realicen por el contribuyente con los bienes que integraron tal herencia.

Piso en el centro de Sevilla: por la mitad del periodo impositivo en que no está arrendado, se imputarán rentas inmobiliarias a razón de una cuarta parte del 2 por 100 del valor catastral prorrateado por 6/12, sin deducción de gasto alguno. Todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 85.1 de la LIRPF, que señala que «1. En el supuesto de los bienes inmuebles urbanos, calificados como tales en el artículo 7 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, así como en el caso de los inmuebles rústicos con construcciones que no resulten indispensables para el desarrollo de explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales, no afectos en ambos casos a actividades económicas, ni generadores de rendimientos del capital, excluida la vivienda habitual y el suelo no edificado, tendrá la consideración de renta imputada la cantidad que resulte de aplicar el 2 por 100 al valor catastral, determinándose proporcionalmente al número de días que corresponda en cada periodo impositivo».

$$200.000 \times 2\% \times 6/12 = 2.000 \text{ euros (que se imputará a don Tomás en un 25\%).}$$

Por el periodo de tiempo durante el que se encuentre arrendado, las rentas obtenidas merecen la calificación de rendimientos del capital inmobiliario, que igualmente forman parte de la renta general. Se computa como rendimiento íntegro el importe que por todos los conceptos se perciba del arrendatario (2.000 euros mensuales) y tendrán la consideración de gastos deducibles, a la vista del enunciado, los gastos de comunidad (100 euros mensuales por cada uno de los seis meses) y la amortización. Tal amortización se calcula en un 3 por 100, excluido el valor del suelo, y por 6/12 (en función del periodo de tiempo en que dentro del año el inmueble ha estado arrendado) sobre el mayor valor de los dos siguientes: o el coste de adquisición satisfecho o el valor catastral. El valor catastral son 200.000 euros y el coste de adquisición satisfecho no lo conocemos, pero presumiblemente será inferior, pues se reducirá a los impuestos y gastos satisfechos con motivo de la adquisición por herencia del bien.

Una vez determinado así el rendimiento neto del capital inmobiliario, se reducirá en un 60 por 100, de acuerdo con el artículo 23 de la LIRPF, al ser destinado a vivienda de su arrendatario (podemos suponer que su edad es superior a 30 años).

Los cálculos a realizar serían los siguientes:

Rendimientos íntegros (2.000×6)	12.000
Gastos deducibles:	
• Comunidad (100×6)	(600)
• Amortización ($200.000 \times 3\% \times 80\% ^1 \times 6/12$)	(2.400)
Rendimiento neto	9.000
Reducción 60 por 100	(5.400)
Rendimiento neto reducido	3.600

¹ Suponemos un valor del suelo del 20 por 100.

Asimismo, debemos plantearnos si resulta aplicable la cautela para el caso de parentesco prevista en el artículo 24 de la LIRPF. La respuesta resulta negativa. Según el citado artículo cuando el adquirente, cesionario, arrendatario o subarrendatario del bien inmueble o del derecho real que recaiga sobre el mismo sea el cónyuge o un pariente, incluidos los afines, hasta el tercer grado inclusive, del contribuyente, el rendimiento neto total no podrá ser inferior al que resulte de las reglas del artículo 85 de esta ley. En este caso, el rendimiento neto total, como hemos visto anteriormente, asciende a un importe superior al del resultado de aplicar las reglas sobre imputación de rentas inmobiliarias del artículo 85.

Finalmente, puesto que se constituye una comunidad de bienes, recordemos que de acuerdo con el artículo 6 del TRLIS (RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo):

«1. Las rentas correspondientes a las sociedades civiles, tengan o no personalidad jurídica, herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la LGT, así como las retenciones e ingresos a cuenta que hayan soportado, se atribuirán a los socios, herederos, comuneros o partícipes, respectivamente, de acuerdo con lo establecido en la sección 2.^a del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo.

(...)

3. Las entidades en régimen de atribución de rentas no tributarán por el Impuesto sobre Sociedades.»

Participaciones en un fondo de inversión: con la enajenación de las participaciones obtiene una ganancia patrimonial. Existe tan solo una reinversión parcial (el importe obtenido en la transmisión es de 35.000 euros de los que solo reinvierte 10.000), por lo que no resulta aplicable el régimen de diferimiento previsto en el segundo párrafo de la letra a) del artículo 94.1 de la LIRPF, el cual dispone que «Los contribuyentes que sean socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva reguladas en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, imputarán, de conformidad con las normas de esta Ley, las siguientes rentas:

a) Las ganancias o pérdidas patrimoniales obtenidas como consecuencia de la transmisión de las acciones o participaciones o del reembolso de estas últimas. Cuando existan valores homogéneos, se considerará que los transmitidos o reembolsados por el contribuyente son aquellos que adquirió en primer lugar.

Cuando el importe obtenido como consecuencia del reembolso o transmisión de participaciones o acciones en instituciones de inversión colectiva se destine, de acuerdo con el procedimiento que reglamentariamente se establezca, a la adquisición o suscripción de otras acciones o participaciones en instituciones de inversión colectiva, no procederá computar la ganancia o pérdida patrimonial, y las nuevas acciones o participaciones suscritas conservarán el valor y la fecha de adquisición de las acciones o participaciones transmitidas o reembolsadas, en los siguientes casos:

1.º En los reembolsos de participaciones en instituciones de inversión colectiva que tengan la consideración de fondos de inversión».

Por lo tanto, se determinará la ganancia patrimonial, por la diferencia entre el valor de transmisión y el valor de adquisición, la cual se integrará en la renta del ahorro [letra b) del art. 46 de la LIRPF], en la que el tipo de gravamen es del 19 por 100 para los primeros 6.000 euros de cuota, tributando el exceso al tipo de gravamen del 21 por 100 (art. 66 de la LIRPF).

Previamente, la ganancia determinada quedará sometida a un tipo de retención del 19 por 100 (art. 101.6 de la LIRPF).

Finca rústica: de nuevo, por la venta de la misma se obtiene una ganancia patrimonial, por la diferencia entre el valor de transmisión (200.000 euros) y el valor de adquisición. Como valor de adquisición, se tomará como tal el importe real que resulte de la aplicación de las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, sin que pueda exceder del valor de mercado, el cual debe ser además actualizado, pues se trata de un bien inmueble, según el artículo 35.2 de la LIRPF.

Se integra en la renta del ahorro [letra b) del art. 46 de la LIRPF].

Por lo que respecta a su imputación temporal, el contribuyente no puede aplicar la regla especial de operaciones a plazo, debiendo imputarla al periodo impositivo 2010, pues es cuando tiene lugar la alteración patrimonial [art. 14.1 letra c) y apartado 2 letra d) de la LIRPF].

Doña Natalia

Acciones de la sociedad «X»: los dividendos merecen la calificación de rendimientos de capital mobiliario, que se integrarán en el primero de los dos saldos que forman la renta del ahorro.

Del importe percibido, 30.000 euros, 1.500 están exentos [art. 7 letra y) de la LIRPF].

El importe íntegro (esto es, los 30.000 euros) están sujetos a retención del 19 por 100, en los términos del artículo 101.4 de la LIRPF, sin tener en cuenta los gastos a estos efectos.

Los gastos de administración son gasto deducible para determinar el rendimiento neto (art. 26 de la LIRPF).

Conferencias: en principio, se trata de rendimientos del trabajo, según el artículo 17.2 letra c) de la LIRPF. No obstante, podrían merecer la calificación de rendimientos de actividades económicas cuando supongan la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios (apartado 3 del mismo art. 17).

En todo caso, están sujetos a un tipo fijo de retención del 15 por 100 (art. 101.3 de la LIRPF) y se integran en la renta general.

Enajenación de la vivienda habitual: existe una ganancia patrimonial que no tributa al existir reinversión total pues el importe total obtenido por la transmisión (400.000 euros) se reinvierte en la adquisición de una nueva vivienda habitual (450.000 euros).

A estos efectos, se asimila a la adquisición de vivienda su rehabilitación, en los términos previstos en el artículo 55.5 del Reglamento del Impuesto.

Todo ello conforme a los artículos 38 de la LIRPF y 41 de su reglamento.

Se cumple el plazo de reinversión, pues darán derecho a la exención por reinversión las cantidades obtenidas en la enajenación que se destinen a satisfacer el precio de una nueva vivienda habitual/rehabilitación, que se hubiera adquirido en el plazo de los dos años anteriores a la transmisión de aquella (art. 41.2 párrafo último del RIRPF).

Debemos indicar además que la base de deducción de la nueva vivienda habitual será su valor de adquisición, minorado en los importes que ya constituyeron base de deducción de la anterior vivienda (el enunciado lo cifra en 100.000 euros) y en el importe de la ganancia que ha quedado exenta por reinversión ($400.000 - 120.000 = 280.000$ euros).

En cuanto a las obras de reforma de la nueva vivienda habitual, para cambiar el sistema de calefacción, no formarán parte del valor de adquisición de la misma (y, consecuentemente, tampoco de la base de la deducción por inversión de vivienda habitual del art. 68.1 de la LIRPF) pues se trata no de mejoras, sino de meros gastos de conservación y reparación, según precisa el propio reglamento en la letra a) de su artículo 13.

Sin perjuicio de lo anterior, tales obras sí podrán atribuir el derecho a practicar otra deducción, por obras de mejora de la vivienda habitual, siempre que se cumpla con los requisitos previstos en la disposición adicional 29.^a de la LIRPF.

Premio de la lotería nacional Argentina: se trata de una ganancia patrimonial, que como no deriva de la previa transmisión de un elemento patrimonial, se integra en la renta general siendo gravada efectivamente al tipo marginal de la contribuyente.

Siendo organizada por Argentina, no le resulta aplicable la exención de la letra ñ) del artículo 7 de la LIRPF, que se circunscribe a los premios de las loterías y apuestas organizadas por la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado y por los órganos o entidades de las comunidades autónomas, así como de los sorteos organizados por la Cruz Roja Española y de las modalidades de juegos autorizadas a la Organización Nacional de Ciegos Españoles, siendo igualmente aplicable los premios de loterías, apuestas y sorteos organizados por organismos públicos o entidades que ejerzan

actividades de carácter social o asistencial sin ánimo de lucro establecidos en otros Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo y que persigan objetivos idénticos a los de los organismos o entidades señalados en el párrafo anterior.

En cuanto la individualización de esta renta, podemos destacar que según el último apartado del artículo 11 de la LIRPF, las adquisiciones de bienes y derechos que no se deriven de una transmisión previa, como las ganancias en el juego, se considerarán ganancias patrimoniales de la persona a quien corresponda el derecho a su obtención o que las haya ganado directamente.

Imposición a plazo fijo: los intereses percibidos son rendimientos de capital mobiliario (art. 25.2 de la LIRPF) que se integran todos ellos en la renta del ahorro del periodo impositivo 2010. Están sometidos a un tipo de retención del 19 por 100.

PARTE 7.ª ASPECTOS RELACIONADOS CON ACTUACIONES Y PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN TRIBUTARIA

Primera. Exponer brevemente cómo puede recuperar Robert el exceso de imposición señalando el procedimiento de gestión que, a tal efecto, se iniciaría

De conformidad con el artículo 13 letra f) 1.º del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (en adelante, TRLIRNR), los dividendos percibidos por don Robert de la sociedad «Z» residente en España, se consideran rentas obtenidas en territorio español, sin mediación de establecimiento permanente, por una persona física no residente.

Estos dividendos, en efecto, están parcialmente exentos, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 14.1 letra j) del TRLIRNR, que dispone que están exentos los dividendos y participaciones en beneficios a que se refiere el párrafo y) del artículo 7 de la Ley del IRPF, obtenidos, como es el caso, sin mediación de establecimiento permanente por personas físicas residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea (don Robert reside en Inglaterra) o en países o territorios con los que exista un efectivo intercambio de información tributaria de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, con el límite de 1.500 euros, que será aplicable sobre la totalidad de los rendimientos obtenidos durante el año natural.

Los dividendos están sometidos a un tipo de retención del 19 por 100, que coincide, en el caso de un no residente sin mediación de establecimiento permanente, con el tipo de gravamen para determinar la cuota tributaria [art. 25.1 letra f) 1.º].

En este caso, don Robert no estará obligado a presentar la declaración correspondiente a estas rentas, puesto que se ha practicado la retención (art. 28.3 del TRLIRNR), no obstante deberá presen-

tarle si pretende obtener la devolución a que tiene derecho, puesto que el porcentaje de retención se aplica sobre la totalidad de los dividendos percibidos, sin tener en cuenta el importe que queda exento [puesto que así lo establece el art. 31.4 letra a) del mismo texto legal].

Siendo procedente la práctica de la retención, se trata de una devolución de la normativa derivada de cada tributo.

Este tipo de devoluciones están reguladas con carácter general en los artículos 31 y 124 a 127 de la LGT. Específicamente el artículo 16.1 del RIRNR (aprobado mediante RD 1776/2004) dispone que «Cuando se haya soportado una retención o ingreso a cuenta superior a la cuota del impuesto, se podrá solicitar a la Administración tributaria la devolución del exceso sobre la citada cuota. A tal efecto, se practicará la autoliquidación del impuesto en el modelo que determine el Ministro de Economía y Hacienda. Conforme a lo previsto en el artículo 3 de la Ley del Impuesto, la Administración tributaria efectuará estas devoluciones en los términos establecidos en el artículo 105 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas». En concreto, en el supuesto aquí planteado habrá que presentar la autoliquidación con solicitud de devolución mediante el modelo 210, según Orden EHA/3316/2010, de 17 de diciembre, por la que se aprueban los modelos de autoliquidación 210, 211 y 213 del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, que deben utilizarse para declarar las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente, la retención practicada en la adquisición de bienes inmuebles a no residentes sin establecimiento permanente y el gravamen especial sobre bienes inmuebles de entidades no residentes, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación y otras normas referentes a la tributación de no residentes.

Segunda.

a) Consecuencias para la entidad derivadas de la no atención del requerimiento notificado el 3 de mayo de 2011

La no atención del requerimiento podría dar lugar al inicio de un procedimiento sancionador, pues el artículo 203 de la LGT tipifica la infracción tributaria por resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria, constituyendo, entre otras conductas, resistencia, obstrucción, excusa o negativa: «b) No atender algún requerimiento debidamente notificado».

La infracción prevista en este artículo será grave y se sancionaría (apartado 5 del citado precepto), pues en el caso examinado consiste en un requerimiento por la falta de presentación no solo de la autoliquidación del primer trimestre del 2010 sino también de un resumen anual (esto es, se refiere a información que deben contener las declaraciones exigidas con carácter general en cumplimiento de la obligación de suministro de información recogida en los arts. 93 y 94 de esta ley) con multa pecuniaria proporcional de hasta el 3 por 100 de la cifra de negocios del sujeto infractor en el año natural a aquel en el que se produjo la infracción, con un mínimo de 15.000 euros y un máximo de 600.000 euros. Si el importe de las operaciones a que se refiere el requerimiento no atendido

representa un porcentaje superior al 10, 25, 50 o 75 por 100 del importe de las operaciones que debieron declararse, la sanción consistirá en multa pecuniaria proporcional del 1, 1,5, 2 y 3 por 100 del importe de la cifra de negocios, respectivamente.

En caso de que no se conozca el importe de las operaciones o el requerimiento no se refiera a magnitudes monetarias, se impondrá el mínimo establecido en los párrafos anteriores.

No obstante, cuando con anterioridad a la terminación del procedimiento sancionador se diese total cumplimiento al requerimiento administrativo, la sanción será de 6.000 euros.

b) Indicar cuáles habrían sido las consecuencias para la entidad si, una vez notificado dicho requerimiento, la entidad «Z» hubiera presentado el 23 de mayo de 2011 una autoliquidación modelo 216 del IT 2010 a ingresar y una autoliquidación complementaria a ingresar del Impuesto sobre Sociedades 2009 (se supone que el ejercicio fiscal de «Z» coincide con el año natural)

Los órganos de gestión de la Administración tributaria mediante notificación de fecha 3 de mayo de 2011 requieren a la empresa para la presentación tanto de la autoliquidación del IT del 2010 como del resumen anual del mismo año.

Y la entidad presenta el 23 de mayo de 2011, no solo la autoliquidación requerida sino también una autoliquidación complementaria por el Impuesto sobre Sociedades del año 2009.

Así las cosas, respecto de la presentación extemporánea y previo requerimiento de la autoliquidación del IT del 2010, será aplicable el régimen sancionador, habiéndose cometido la infracción tipificada en el artículo 191 de la LGT. La base de la sanción será la cuantía no ingresada en la autoliquidación como consecuencia de la comisión de la infracción. Por otra parte, y puesto que se han dejado de ingresar cantidades retenidas o que se hubieran debido retener, la infracción será o grave o muy grave, siendo grave cuando las cantidades dejadas de ingresar representen un porcentaje inferior o igual al 50 por 100 del importe de la base de la sanción, y muy grave cuando se supere el referido porcentaje.

Respecto de la presentación extemporánea y previo requerimiento del resumen anual, de nuevo será procedente la imposición de la sanción prevista en el artículo 198 de la LGT, ya que se trata de declaraciones exigidas con carácter general en cumplimiento de la obligación de suministro de información recogida en los artículos 93 y 94 de esta ley. La sanción consistirá en multa pecuniaria fija de 20 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a una misma persona o entidad que hubiera debido incluirse en la declaración con un mínimo de 300 euros y un máximo de 20.000 euros.

Finalmente, por la presentación extemporánea y sin requerimiento previo de la autoliquidación del Impuesto sobre Sociedades del periodo impositivo 2009, será de aplicación no ya el régimen sancionador sino los recargos del artículo 27 de la LGT. Puesto que el retraso (fin de periodo voluntario de Impuesto sobre Sociedades 2009 es el 25 de julio de 2010) ha sido superior a seis meses pero no excede de los 12, el recargo que se exigirá será del 15 por 100, sin intereses de demora. Este recar-

go podrá beneficiarse de una reducción de un 25 por 100 de su importe si se dan los requisitos del apartado 5 de dicho artículo 27 de la LGT, a saber: que se realice el ingreso total del importe restante del recargo en el plazo del artículo 62.2 de esta ley abierto con la notificación de la liquidación de dicho recargo y siempre que se realice el ingreso total del importe de la deuda resultante de la autoliquidación extemporánea, al tiempo de su presentación o siempre que se realice el ingreso en el plazo o plazos fijados en el acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento de dicha deuda que la Administración tributaria hubiera concedido con garantía de aval o certificado de seguro de caución y que el obligado al pago hubiera solicitado al tiempo de presentar la autoliquidación extemporánea.

Tercera.

- a) Determinar el procedimiento de comprobación que deberían iniciar los órganos de gestión a consecuencia de la no atención del requerimiento*

Se trataría de un no declarante por lo que debe iniciarse un procedimiento de comprobación limitada. Así el artículo 163 letra c) del RGGI dispone que «Se podrá iniciar el procedimiento de comprobación limitada, entre otros, en los siguientes supuestos:

(...)

c) Cuando de acuerdo con los antecedentes que obren en poder de la Administración, se ponga de manifiesto la obligación de declarar o la realización del hecho imponible o del presupuesto de hecho de una obligación tributaria sin que conste la presentación de la autoliquidación o declaración tributaria».

- b) Indicar si los órganos de gestión, en el curso del procedimiento de comprobación definido en el apartado anterior, podrán requerir a la entidad «Z» para que le detalle los movimientos bancarios en los que figuran recogidos los pagos de los dividendos*

La respuesta es afirmativa, al amparo de lo previsto en el apartado 3 del artículo 136 de la LGT: «En ningún caso se podrá requerir a terceros información sobre movimientos financieros, pero podrá solicitarse al obligado tributario la justificación documental de operaciones financieras que tengan incidencia en la base o en la cuota de una obligación tributaria».

PARTE 8.ª ASPECTOS RELACIONADOS CON LOS PROCEDIMIENTOS DE RECAUDACIÓN

La materia objeto del presente supuesto se encuentra regulada en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, así como en el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el RGR, de 29 de julio, así como en el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el

Reglamento general de actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria y del desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (art. 181).

Respecto de la sociedad «X»

Primera. ¿Podría adoptar la Administración medidas cautelares al amparo del artículo 81 de la LGT? En su caso, motivos que justificarían la adopción de las mismas

De conformidad con el artículo 81 de la LGT:

«1. Para asegurar el cobro de la deuda tributaria, la Administración podrá adoptar medidas cautelares de carácter provisional cuando existan indicios racionales de que, en otro caso, dicho cobro se vería frustrado o gravemente dificultado.

La medida cautelar deberá ser notificada al afectado con expresa mención de los motivos que justifican su adopción.

2. Las medidas habrán de ser proporcionadas al daño que se pretenda evitar y en la cuantía estrictamente necesaria para asegurar el cobro de la deuda. En ningún caso se adoptarán aquellas que puedan producir un perjuicio de difícil o imposible reparación.»

De los hechos descritos en el supuesto se observa que la sociedad «X» va a ser objeto de un procedimiento inspector de los que previsiblemente resultará una cuantía muy importante a ingresar. Por otra parte, del enunciado se desprende que la sociedad está disminuyendo su facturación y el personal, con lo que es previsible que pueda tener dificultades para hacer frente al pago de tan cuantiosas actas.

En tal supuesto, tenemos que considerar lo siguiente:

- a) Las medidas cautelares pueden definirse como aquellos medios jurídicos cuya misión es evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de una determinada pretensión, en este caso el cobro de la deuda tributaria.
- b) Son dos los presupuestos para la adopción de una medida cautelar:
 - a. Apariencia de buen derecho: *fumus bonis iuris* se identifica como la existencia de una liquidación administrativa o de la mera iniciación de un procedimiento tendente a liquidar una deuda o a imputar una obligación tributaria. Por lo que para poder aplicar las medidas cautelares deben cumplirse:
 - i. Instrumentalidad: la medida cautelar debe ser un instrumento para asegurar la efectividad del procedimiento principal.
 - ii. Provisionalidad: las medidas cautelares deben tener vigencia limitada.

- b. *Periculum in mora*. Es necesario que existan indicios racionales de que, en otro caso, dicho cobro se verá frustrado o gravemente dificultado. En este sentido el artículo 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone: «A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano», precepto reproducido en el artículo 108.2 de la LGT.
- c. La jurisprudencia civil extracta como circunstancias que pudieran ser indicativas del riesgo de morosidad, entre otras, los impagos ordinarios, la ausencia de domicilio social, la rebeldía (incomparecencia en los procedimientos), la falta de actividad económica de la sociedad, la acreditación de dificultades económicas del deudor, la existencia de una pluralidad de deudas que excedan de su solvencia, indicios de ocultación...

Es por todo lo descrito, por lo que sí se consideraría adecuado la adopción de medidas cautelares, dado que los indicios de insolvencia y ocultación de bienes son evidentes de la redacción del supuesto.

Segunda. ¿En qué momento temporal del procedimiento inspector se podrían adoptar las medidas cautelares en relación con las correspondientes deudas y expedientes sancionadores?

En relación con la deuda pendiente de liquidar como consecuencia de las actuaciones inspectoras (Impuesto sobre Sociedades 2007, 2008 e IVA 2007, 2008, así como respecto de las sanciones) correspondería al órgano inspector la adopción de medidas cautelares con base en el artículo 81.4 de la LGT al disponer que «Cuando la deuda tributaria no se encuentre liquidada pero se haya comunicado la propuesta de liquidación en un procedimiento de comprobación o inspección, se podrán adoptar medidas cautelares que aseguren su cobro de acuerdo con lo dispuesto en este artículo. Si se trata de deudas tributarias relativas a cantidades retenidas o repercutidas a terceros, las medidas cautelares podrán adoptarse en cualquier momento del procedimiento de comprobación o inspección.»

Por lo que respecto al IVA 2007/2008 se podrá acordar en cualquier momento y respecto al Impuesto sobre Sociedades 2007/2008 cuando se haya comunicado la propuesta de liquidación.

Tercera. ¿Cuál sería el alcance cuantitativo de las medidas cautelares?

De conformidad con el artículo 81.2 de la LGT:

«2. Las medidas habrán de ser proporcionadas al daño que se pretenda evitar y en la cuantía estrictamente necesaria para asegurar el cobro de la deuda. En ningún caso se adoptarán aquellas que puedan producir un perjuicio de difícil o imposible reparación.»

Por lo que el alcance no podrá exceder de la cuantía a liquidar, es decir, 26 millones de euros.

Cuarta. La sociedad cuenta en su activo con un inmueble y tiene derechos de cobro sobre sus clientes. En el caso de tener que decidir adoptar medidas cautelares sobre uno de los bienes, ¿sobre cuál de estos bienes deberían dirigirse las medidas cautelares? Razone su respuesta

Las medidas provisionales respecto de los créditos son, quizás, las más controvertidas en la medida en la que resulta imprescindible valorar el daño sobre el nivel de solvencia a corto plazo que tales medidas pudieran causar en la actividad del obligado tributario.

En este sentido, salvo que por la proporción entre la cuantía provisionalmente embargada y la solvencia financiera del obligado o por otras razones no pueda apreciarse un perjuicio relevante, dicho embargo cautelar será una medida subsidiaria sobre la traba provisional de otro tipo de activos. Así lo dispone el artículo 169.2 de la LGT al indicar como criterio de preferencia en la orden de embargo el de menor onerosidad para el deudor, sobre el de mayor facilidad de realización de los bienes.

Por lo que con base en lo descrito, se consideraría más adecuado el embargo del bien inmueble, sin perjuicio de las apreciaciones mencionadas en el párrafo anterior.

Respecto de la sociedad «Y»

Primera. Valore las distintas posibilidades de actuación que tienen los órganos de recaudación de la Agencia Tributaria para el cobro de la deuda pendiente

Las deudas de la sociedad «Y» se encuentran en fase de embargo, por lo que conforme al artículo 169 de la LGT, se deberá proceder al embargo de los bienes y derechos del obligado en cuantía suficiente para cubrir:

- a) El importe de la deuda no ingresada.
- b) Los intereses que se hayan devengado o se devenguen hasta la fecha del ingreso en el tesoro público.
- c) Los recargos del periodo ejecutivo.
- d) Las costas del procedimiento.

En cuanto al orden de embargo se deberá seguir el previsto en el apartado 2 del citado artículo:

«2. Si la Administración y el obligado tributario no hubieran acordado otro orden diferente en virtud de lo dispuesto en el apartado 4 de este artículo, se embargarán los bienes del obligado teniendo en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de esta para el obligado.

Si los criterios establecidos en el párrafo anterior fueran de imposible o muy difícil aplicación, los bienes se embargarán por el siguiente orden:

- a) Dinero efectivo o en cuentas abiertas en entidades de crédito.
- b) Créditos, efectos, valores y derechos realizables en el acto o a corto plazo.
- c) Sueldos, salarios y pensiones.
- d) Bienes inmuebles.
- e) Intereses, rentas y frutos de toda especie.
- f) Establecimientos mercantiles o industriales.
- g) Metales preciosos, piedras finas, joyería, orfebrería y antigüedades.
- h) Bienes muebles y semovientes.
- i) Créditos, efectos y valores a largo plazo.»

En segundo lugar, y de la redacción del supuesto se desprende que la familia Cauto-Constante está realizando un transvase de patrimonio a una nueva sociedad, con el fin de evitar que los bienes y derechos de la sociedad «Y» sean embargados, a tal efecto, ha transmitido la práctica totalidad del activo y el 85 por 100 de los empleados. Pues bien, a esta actuación le sería de aplicación el artículo 42.1 c) de la Ley 58/2003 General Tributaria pudiendo declararse la responsabilidad solidaria en la sociedad recientemente constituida con base en:

«c) Las que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas, por las obligaciones tributarias contraídas del anterior titular y derivadas de su ejercicio. La responsabilidad también se extenderá a las obligaciones derivadas de la falta de ingreso de las retenciones e ingresos a cuenta practicadas o que se hubieran debido practicar. Cuando resulte de aplicación lo previsto en el apartado 2 del artículo 175 de esta ley, la responsabilidad establecida en este párrafo se limitará de acuerdo con lo dispuesto en dicho artículo. Cuando no se haya solicitado dicho certificado, la responsabilidad alcanzará también a las sanciones impuestas o que puedan imponerse.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable a los adquirentes de elementos aislados, salvo que dichas adquisiciones, realizadas por una o varias personas o entidades, permitan la continuación de la explotación o actividad.»

Segunda. Determine el orden en el que han de desarrollarse las distintas actuaciones posibles

Respecto al orden en que se han de realizar las actuaciones, el artículo 175 de la LGT respecto al procedimiento para exigir la responsabilidad solidaria dispone:

«1. El procedimiento para exigir la responsabilidad solidaria, según los casos, será el siguiente:

a) Cuando la responsabilidad haya sido declarada y notificada al responsable en cualquier momento anterior al vencimiento del periodo voluntario de pago de la deuda que se deriva, bastará con requerirle el pago una vez transcurrido dicho periodo.

b) En los demás casos, una vez transcurrido el periodo voluntario de pago de la deuda que se deriva, el órgano competente dictará acto de declaración de responsabilidad que se notificará al responsable».

Por lo que transcurrido el periodo voluntario de pago (incumplimiento del aplazamiento), la AEAT se podrá dirigir indistintamente contra el obligado tributario principal o contra la sociedad responsable solidaria.

Tercera. Determine cuál sería el alcance cuantitativo de cada actuación así como el procedimiento a seguir

Respecto a las actuaciones de embargo sobre la sociedad «Y»:

Las deudas de la sociedad «Y» se encuentran en fase de embargo, por lo que conforme al artículo 169 de la LGT, se deberá proceder al embargo de los bienes y derechos del obligado en cuantía suficiente para cubrir:

- a) El importe de la deuda no ingresada.
- b) Los intereses que se hayan devengado o se devenguen hasta la fecha del ingreso en el tesoro público.
- c) Los recargos del periodo ejecutivo.
- d) Las costas del procedimiento.

Es decir, 2.000.000 más el 20 por 100 de recargo de apremio ordinario, más los intereses de demora correspondientes hasta la fecha de ingreso y en su caso las costas del procedimiento.

Respecto de la posible derivación de responsabilidad solidaria del artículo 42.1 c) de la LGT:

Se exigirá el principal de la deuda, sin que puedan ser exigibles los recargos e intereses correspondientes al impago de la sociedad «Y», siendo exclusivamente los mismos exigibles en el supuesto de que la nueva sociedad no hiciera el pago del importe derivado en los plazos previstos en el artículo 62.2 de la LGT.

Cuarta. Si los aplazamientos incumplidos hubiesen estado parcialmente garantizados por importe de 800.000 euros, ¿las actuaciones recaudatorias a realizar habrían sido las mismas?

De conformidad con el artículo 168 de la LGT:

«Si la deuda tributaria estuviera garantizada se procederá en primer lugar a ejecutar la garantía a través del procedimiento administrativo de apremio.

No obstante, la Administración tributaria podrá optar por el embargo y enajenación de otros bienes o derechos con anterioridad a la ejecución de la garantía cuando esta no sea proporcionada a la deuda garantizada o cuando el obligado lo solicite, señalando bienes suficientes al efecto. En estos casos, la garantía prestada quedará sin efecto en la parte asegurada por los embargos.»

Por el resto de la deuda, se habría seguido el procedimiento de apremio en los términos descritos en los artículos 167 y siguientes de la ley.

BUSCANDO NUEVOS CAMINOS PARA LA IMPLANTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA. UN ANÁLISIS DESDE LA FORMACIÓN EMPRESARIAL

RAMIRO CEA MOURE

PEDRO ACEITUNO ACEITUNO

*Profesores del Grado de Administración y Dirección de Empresas
de la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)*

JOSÉ LUIS CASADO SÁNCHEZ

*Profesor de Economía y Dirección de Empresas en la Escuela de
Minas y Energía de la Universidad Politécnica de Madrid (UPM)*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Valentín PICH ROSELL, don Mario ALONSO AYALA, don César CAMISÓN ZORNOZA, don José Luis GALLIZO LARRAZ y don Enrique ORTEGA CARBALLO.

Extracto:

EL objetivo de este trabajo es la demostración de que todo el instrumental teórico que lleva aparejada la Responsabilidad Social Corporativa puede resultar importante para el conocimiento de estas materias. Para su aplicación práctica en la empresa y en cualquier organización es preciso profundizar en modelos de formación realmente prácticos, sistemáticos y dotados de una continuidad temporal, que sean capaces de integrar en las organizaciones y en las compañías privadas los valores éticos y responsables. La metodología seguida ha utilizado el método de comparación de varianzas denominado ANOVA para el análisis de los datos. Los resultados obtenidos de la aplicación de dicha metodología han permitido observar que es necesario continuar profundizando en métodos de formación y de adquisición de conocimientos de estas materias, que estén dotados de un carácter más pragmático, sistemático y con una mayor continuidad en el tiempo, para que estas materias tan importantes de cara al futuro, no solo de las empresas, sino también de toda la sociedad, sean aplicadas en toda su amplitud.

Palabras clave: Responsabilidad Social Corporativa, trabajo en equipo, formación, emprendedor y empresa.

SEARCHING FOR NEW ROUTES FOR CSR IMPLEMENTATION. AN ANALYSIS FROM THE BUSINESS TRAINING

RAMIRO CEA MOURE

PEDRO ACEITUNO ACEITUNO

*Profesores del Grado de Administración y Dirección de Empresas
de la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)*

JOSÉ LUIS CASADO SÁNCHEZ

*Profesor de Economía y Dirección de Empresas en la Escuela de
Minas y Energía de la Universidad Politécnica de Madrid (UPM)*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Valentín PICH ROSELL, don Mario ALONSO AYALA, don César CAMISÓN ZORNOZA, don José Luis GALLIZO LARRAZ y don Enrique ORTEGA CARBALLO.

Abstract:

THE aim of this work is to demonstrate that all theoretical tools which require CSR and that result important for firm knowledge on these subjects. For practical application in business and organization need to be further training models really practical, systematic and endowed with a temporal continuity, which are capable of integrating into organizations and private companies in ethical and responsible aspects. Methodology used for comparing variances named ANOVA, which is used to analyze data. The results of applying this methodology has allowed us to observe that it is necessary to continue strengthening and training methods of acquiring knowledge of these matters, which are equipped with a more pragmatic, systematic and greater continuity in time, for these materials as important for the future, not only companies but also the entire society, are applied in its fullness.

Keywords: Corporate Social Responsibility, team work, formation, entrepreneur and firm.

Sumario

1. La importancia de unos modelos más pragmáticos de conocimiento para la integración de los valores éticos y responsables en las organizaciones.
 - 1.1. El Informe Olivencia (Comité Especial para el estudio de un Código Ético en los Consejos de Administración de las Sociedades, 1998).
 - 1.2. El Informe Aldama (Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad de los Mercados Financieros y en las Sociedades Cotizadas, 2003).
 - 1.3. Código Unificado del Buen Gobierno (CUBG) de las Sociedades Cotizadas (Comisión Nacional del Mercado de Valores, CNMV, 2006).
2. Metodología.
 - 2.1. Propuesta didáctico-empresarial.
 - 2.2. Ficha técnica del estudio.
 - 2.3. Preguntas del cuestionario.
 - 2.4. Justificación de la técnica utilizada para la investigación.
3. Resultados.
4. Discusión.
5. Agradecimientos.

Bibliografía.

1. LA IMPORTANCIA DE UNOS MODELOS MÁS PRAGMÁTICOS DE CONOCIMIENTO PARA LA INTEGRACIÓN DE LOS VALORES ÉTICOS Y RESPONSABLES EN LAS ORGANIZACIONES

Sociólogos, politólogos, psicólogos, economistas y en general los distintos tipos de científicos sociales coinciden en que se está viviendo un época de crisis marcada por cambios continuos. En este aspecto, las empresas sufren serias dificultades financieras (los bancos son reacios a prestar dinero), de cobros (escasez de liquidez de los deudores) y de pagos (a menudo las deudas vencidas con acreedores deben renegociarse ante la imposibilidad de pago). Ante esta situación, muchos empresarios se ven obligados a tomar medidas drásticas como cierres, expedientes de regulación de empleos (ERE), deslocalizaciones y fusiones. Esto genera inestabilidad laboral, con los consiguientes desequilibrios físicos y emocionales en las personas afectadas.

Ante esta coyuntura, se hace más relevante cómo la Alta Dirección gestiona las empresas, cuestión a la que se dedica el Gobierno Corporativo (GC). Por este concepto se entiende el conjunto de procesos, políticas y leyes que influyen en la manera en que una empresa es dirigida y controlada independientemente de su tamaño y de la actividad que desarrolle. Como praxis afirmamos que este GC existe desde la creación de la primera empresa. Sin embargo, el estudio teórico formal tuvo lugar en la década de los 70 (TRICKER, 2000).

La erudición de Adam SMITH (1776) en el siglo XVIII ya apuntaba sobre el concepto de GC: «los directores de las empresas, al gestionar dinero ajeno, no se puede esperar que lo vigilen de la misma manera en la que lo harían si fueran copropietarios de una sociedad comanditaria». Adam SMITH insinúa que en las grandes compañías privadas existiría una clara separación entre propiedad (dueños formales de la empresa) y control (gestión empresarial).

Esta definición de poder corporativo la realizaron BERLE y MEANS (1932) al descubrir que en las empresas americanas existía separación entre los gestores y los accionistas. Sin embargo y aun a pesar de las anteriores aportaciones, el concepto de GC desapareció hasta los años 70. Es más, el término GC se acuñó en los años 80, tras casi una década de aportaciones relevantes.

Durante estos años 70 se aumentó la litigiosidad en las empresas cotizadas. Así los accionistas de empresas quebradas solicitaban compensaciones por parte de los directores, consejos de administración y de los auditores. Esto aumentó la implicación de los miembros de los consejos de administración en la supervisión de la información financiera. Adicionalmente, en materia de GC los estadounidenses

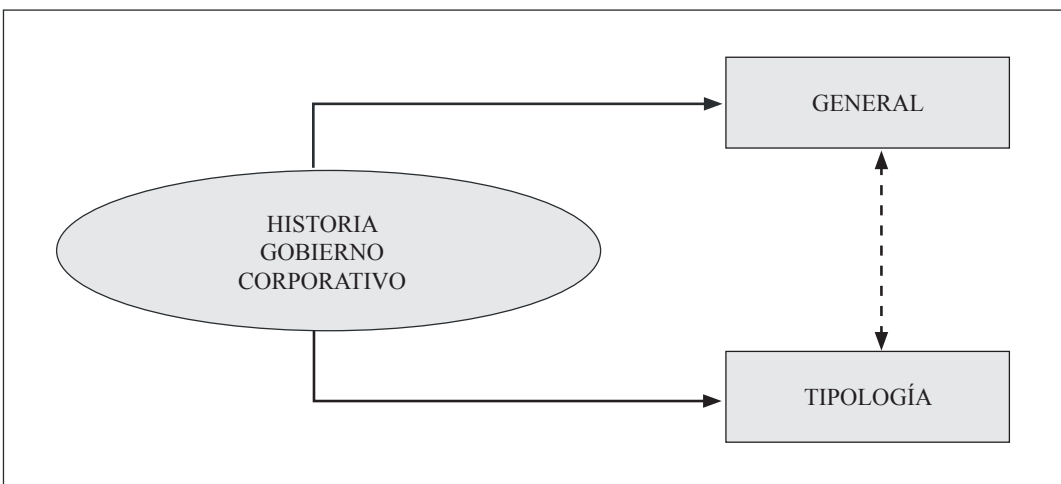
propusieron la contratación de directores funcionales independientes y la creación de comités de auditoría, mientras que en Europa se fomentó el consejo de administración bicameral como el alemán. Asimismo, tanto en Europa como en Estados Unidos se empezaron a tener en cuenta a los distintos grupos de interés (*stakeholders*). Las teorías tanto de PFEFFER (1973), que vinculan la empresa, el entorno y el poder del consejo, y de AUERBACH (1979), en la que se establece el comité de auditoría como nueva institución empresarial, son claros exponentes de los aspectos en que se centra el GC en estos años.

La década de los 80 vino marcada por los gobiernos conservadores de Thatcher y Reagan. Estas políticas favorecieron un modelo de GC basado exclusivamente en la generación de beneficios para los accionistas. La noción de GC fue desarrollada por personas de empresa más que por académicos, aunque también el término GC tuvo amplia aceptación en el mundo académico como muestran los trabajos de BAYSINGER y BUTLER (1985), que miden cómo afectan los resultados de GC sobre cambios en la composición del consejo de administración.

En los años 90 numerosos autores definieron aspectos teóricos relevantes de GC, tales como funciones del consejo de administración, influencia y poder de los miembros de dicho consejo y relación existente entre accionistas y consejeros. A partir de este momento y hasta la actualidad surgieron numerosos **Códigos de Conducta de GC**, como se puede observar en la **tabla 1**.

En esta síntesis histórica encontramos dos claras tendencias para catalogar los códigos de conducta de GC (véase **figura 1**): por un lado, los de la década de los 90 se centran en aspectos generales de GC, que afectan a toda la organización en su conjunto (por ejemplo, el Informe Cadbury de 1992), mientras que los de GC de la primera década del siglo actual se concretizan en un aspecto exclusivo de GC (por ejemplo, el de SMITH del año 2003).

FIGURA 1. *Historia del GC.*



FUENTE: *Elaboración propia.*

TABLA 1. Principales códigos de conducta de GC ¹.

Año	Nombre	Características generales
1992	Informe Cadbury (Aspectos financieros de GC)	Se focalizó en los resultados de la empresa y en las retribuciones de los consejeros. Fomentaba la transparencia en las juntas de accionistas. Recomendaba que el consejo tenga tres directores no ejecutivos y que el presidente del consejo y el presidente de la junta general de accionistas no sean la misma persona. El informe adjunta un código de buenas prácticas. Las principales recomendaciones son que la empresa debe nombrar directores no ejecutivos (DNE) y un comité de auditoría interno.
1995	Informe Greenbury (Remuneración de directores)	Es similar al de Cadbury. Se centra en las remuneraciones a los ejecutivos. Su principal recomendación es crear un comité de remuneraciones y un comité de nombramientos de los miembros del consejo de administración.
1998	Informe Hampel (Compromiso en materia de GC)	Su objetivo fue verificar el éxito de los Informes Cadbury y Greenbury. Dicho informe crea un código combinado de las reglas existentes. Incluyó recomendaciones sobre la mejora de la comunicación con los accionistas.
1999	Informe Turnbull	Contempla controles financieros y operativos según principios de GC más que reglas concretas. Las principales recomendaciones son: • La efectividad del control interno es responsabilidad del consejo de administración. • El consejo y no los directores funcionales es el responsable del control de riesgos e interno. • La guía es una ayuda. No restringe las operaciones de la empresa. • La responsabilidad de los auditores externos sobre el control interno no debe aumentar.
2001	Informe Myners sobre inversión institucional	Es una revisión sobre la inversión institucional de Inglaterra. Identifica distorsiones realizadas por las instituciones y regula procedimientos para corregirlas. Se revisó en 2004, codificando las buenas prácticas de inversión y el proceso de toma de decisiones.
2002	Sarbanes-Oxley Act	Creada por la Securities and Exchange Commission (SEC) para aportar confianza a los inversores. Obliga al refrendo de los estados financieros tanto por parte del presidente de la empresa como del área financiera. También a documentar la efectividad de los controles contra el fraude financiero y a publicitar el control interno de la empresa.
2003	Higgs (Efectividad de los DNE)	Crea un código combinado basado en las siguientes decisiones: • Describir el papel de los DNE. • Independencia del presidente del consejo y de la empresa.

.../...

¹ Solo se han enumerado los códigos de conducta de GC elaborados internacionalmente, animando a cualquier lector interesado a profundizar en cada una de dichas normativas. En este sentido, puede ser conveniente revisar lo expuesto por las siguientes instituciones:

- Chartered Institute Personnel and Development (CIPD) en <http://www.cipd.co.uk/hr-resources/factsheets/history-corporate-governance.aspx>
- European Corporate Governance Institute (ECGI) en http://www.ecgi.org/codes/all_codes.php

Año	Nombre	Características generales
.../...		• DNE nombrados entre varios candidatos. • Nueva definición de directores independientes. • Mejorar la selección, promoción y desarrollo. • Comités de auditoría y remuneración. • Relación más cercana entre DNE y principales accionistas. • DNE debe ser valorado anualmente. • DNE sirve como máximo al consejo entre 2-3 años.
2003	Smith (Efectividad de los DNE)	Es un desarrollo del planteamiento de Higgs y consiste en: • El comité de auditoría incluye al menos tres miembros de los DNE. • Los DNE deben ser independientes. • Al menos un miembro del comité de auditoría debe tener experiencia. • Formación adecuada a los miembros del comité.
2005	GC para el sector voluntario y colectivo	Tiene estos objetivos: • Definir GC y su implantación para estas organizaciones. • Aumentar la confianza en organizaciones altruistas.
2007	Comisión Europea sobre ley empresarial	Tiene como objetivos principales: • Evaluar qué directivas comunitarias son necesarias en la UE. • Especificar e implantar normas que ayuden a las empresas de la UE.
2009	Informe Walker GC	Sus características más relevantes son: • Tamaño, composición y cualificación del consejo. • Funcionamiento y evaluación de los resultados del consejo. • Rol de accionistas institucionales: comunicación e involucración. • Gestión del riesgo y remuneraciones.

FUENTE: *Elaboración propia.*

Además de esta proliferación a nivel internacional, también en España han existido iniciativas similares como las que se exponen a continuación:

1.1. El Informe Olivencia (Comité Especial para el estudio de un Código Ético en los Consejos de Administración de las Sociedades, 1998)

Es el primer Informe de GC en España. Implanta un código ético para los diferentes consejos de las empresas cotizadas. Los asuntos relativos a GC en el consejo de administración son: misión (finalidad de los consejos), composición y estructura, funcionamiento, nombramiento y cese de los consejeros y retribuciones y relaciones de los consejos con accionistas, mercados y auditores. El documento finaliza con recomendaciones para la realización de un informe de esta naturaleza.

1.2. El Informe Aldama (Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad de los Mercados Financieros y en las Sociedades Cotizadas, 2003)

El objeto de este Informe de GC era comprobar, cinco años después del Informe Olivencia, si las medidas adoptadas en el mismo fueron acertadas o no. Adicionalmente, los escándalos contables de las empresas cotizadas americanas generaron pérdida de confianza por parte de los inversores en todo el sistema regulatorio. En consecuencia, parecía adecuado promover un nuevo código de GC.

El Informe Aldama se basa en los principios de transparencia (información completa, correcta y equitativa, simétrica y en tiempo útil), información (contenido, instrumentos y garantía de calidad), seguridad, lealtad y diligencia (deberes de lealtad y diligencia) y marco ético de los informes de GC. Asimismo contiene otras cuestiones de informes de GC clásicos como junta general de accionistas y consejo de administración (generación, composición, nombramiento y ceses o remuneraciones, por ejemplo). Adicionalmente, comenta cómo se han contratado a los diferentes prestadores de servicios profesionales (auditores, analistas financieros y bancos de inversión y agencias de calificación o *ratings*, entre otros).

1.3. Código Unificado del Buen Gobierno (CUBG) de las Sociedades Cotizadas (Comisión Nacional del Mercado de Valores, CNMV, 2006)

Este código nace de los comentarios y resultados de los Informes Olivencia (Comité Especial para el estudio de un Código Ético en los Consejos de Administración de las Sociedades, 1998) y Aldama (Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad de los Mercados Financieros y en las Sociedades Cotizadas, 2003). Aun a pesar de la generalización en el uso de los Informes de GC, sus contenidos eran demasiado genéricos y hacía imposible la comparación entre empresas. Como consecuencia de estas carencias la CNMV creó este código unificado. La importancia del CUBG radica en la estandarización de los Informes. Sus principales áreas son ²:

- a) Estructura de la propiedad.
- b) Estructura de la administración de la sociedad.
- c) Operaciones vinculadas.
- d) Sistemas de control de riesgos.
- e) Junta general.
- f) Grado de seguimiento de las recomendaciones de GC.

Sin embargo, este código es demasiado extenso y laborioso, lo que dificulta que las compañías lo cumplieran de manera satisfactoria. Otro de sus puntos negativos es la ausencia de criterios de

² Dado el excesivo detalle del documento optamos por enumerar sus principales áreas. Para profundizar en las subcategorías ir a «Código Unificado del Buen Gobierno (CUBG)».

ponderación de las diferentes cuestiones. No es lo mismo que una empresa comente resumidamente que realiza una determinada acción en materia corporativa, que dar detalles sobre cómo realmente está llevando a efecto este aspecto.

Tras esta revisión histórica, se puede observar que no han dejado de producirse fraudes empresariales como los de Enron, Worldcom, Arthur Andersen o el más reciente caso Madoff, a pesar de esta abundancia en materia códigos de GC, que comienza en los años 90 y que llega hasta la actualidad. En materia de Responsabilidad Social Corporativa (RSC), se puede afirmar algo similar, pues como sistema integrado de gestión y control empresarial su recorrido se inició hace ya algunas décadas.

Así, de esta manera, de acuerdo con BUENO-CAMPOS (2008), el cambio experimentado en el último cuarto del siglo XX tiene dos de sus exponentes en la mayor vertebración de la sociedad civil a través de la creación de asociaciones, fundaciones y otros grupos sociales que se preocupan por el poder creciente de las organizaciones en la economía globalizada y, especialmente, el de las grandes empresas (catalogadas como «tercer sector» frente al sector público y privado), y también, en la aparición de una nueva sensibilidad social respecto al nuevo marco y a los impactos de las citadas organizaciones sobre el entorno, lo que ha demandado de una nueva acción social y de una mayor aceptación por parte de las empresas de una responsabilidad social, que debe estar basada en la cooperación por lograr un equilibrio social (cohesión y conexión entre los grupos sociales y la ciudadanía), en la protección del medio ambiente y en el desarrollo económico-social o en la creación de riqueza y empleo.

El concepto y las principales implicaciones de este concepto se muestran a continuación (DE LA CUESTA-GONZÁLEZ, VALOR-MARTÍNEZ, BOTIJA-SUIZA y SANMARTÍN-SERRANO, 2002):

- La RSC puede ser definida como el reconocimiento e integración en los procesos productivos, de las preocupaciones sociales y medioambientales, implantando adecuadas prácticas empresariales que satisfagan estas preocupaciones y que configuren sus relaciones con los agentes interesados en la marcha de la empresa o *stakeholders* (trabajadores, accionistas, socios, directivos, proveedores, clientes y sociedad en general).
- Las obligaciones de las compañías deben incluir de manera expresa el respeto a los derechos laborales básicos (no discriminación, prohibición del trabajo forzoso, libertad de asociación, salario digno, descansos, vacaciones y no-contratación de mano de obra infantil), y a cualquier otro que esté reconocido como derecho elemental del individuo.
- También, las empresas tienen la obligación de respetar la soberanía de los países donde están radicadas, sus leyes, valores, objetivos, políticas de desarrollo económico, social y cultural, y a sus comunidades locales. También están obligadas a proteger el medio ambiente y a cumplir los acuerdos internacionales para conseguir un desarrollo sostenible.

Entre las ventajas que, por la aplicación de este sistema integral de gestión y control, pueden obtenerse por las compañías que se decidan a implantarlo, se describen algunas como las siguientes (Fundación para el Desarrollo Socioeconómico del Alto Aragón, FUNDESA, 2009):

- Mejora la productividad a través de una mayor motivación de los trabajadores.
- Aumenta las ventas, a través de la diferenciación, la innovación y el aumento de las relaciones con los diferentes grupos de interés.
- Proporciona una mayor confianza de los clientes y del entorno en el que interactúa, lo que beneficia la competitividad de la compañía.
- Reduce los costes operacionales, mediante las prácticas de la ecoeficiencia.
- Facilita el acceso a los mercados financieros, mediante de una gestión más aconsejable de los riesgos.
- Concede una influencia positiva de la empresa en la sociedad, lo que concede una buena reputación a su marca y mejora la estrategia de comunicación a una sociedad, que de esta manera está más predispuesta a escuchar.

En este sentido, como afirma SAIZ (Attitudes, 2009), la aplicación por las empresas de medidas de RSC, no está siendo muy alta aunque este aspecto es difícil de conocer, porque no existe un único estándar nacional o internacionalmente reconocido, y por ser muy complicado acceder a fuentes de información fiables. De esta misma opinión es MABABU-MUKIUR (2010), para el que la proliferación de instrumentos como guías, indicadores, observatorios, espacios de reflexión, premios, conferencias, seminarios o talleres no termina de verse reflejado en un cambio de la cultura empresarial hacia valores más responsables y éticos. Principalmente, las mayores empresas españolas siguen la tendencia internacional formalizando determinadas políticas de RSC e incluso las universidades y las escuelas de negocio incluyen esta materia en sus planes de estudio y se ha incrementado el número de horas de impartición de la misma.

Quizás todos estos instrumentos resulten importantes, pero insuficientes para conseguir una auténtica integración de la RSC y de la ética en la empresa. Es bastante posible que esta tenga que venir desde modelos de formación de un carácter más pragmático impartidos tanto desde la propia empresa como de la universidad, o inclusive de otras instancias formativas anteriores. Se necesitan, por ejemplo, exposiciones adecuadas de casos de buenas prácticas éticas y responsables o demostraciones de la relación existente entre estas acciones y los resultados conseguidos y, por supuesto, una continuidad en el tiempo de las diferentes acciones formativas, para que el enorme esfuerzo desarrollado en la puesta en marcha de los instrumentos citados con anterioridad se materialice en un alto valor añadido para las empresas que los han implantado y para la sociedad.

Por tanto, para que la RSC se implante en las empresas y los beneficios que proporciona puedan ser obtenidos en beneficio de las mismas y de toda la sociedad, puede resultar importante demostrar, con la metodología que se expondrá en el siguiente epígrafe, que todos los instrumentos teóricos diseñados hasta el momento son de escasa eficacia para la integración de los valores éticos y responsables en el interior de las organizaciones y resulta preciso un cambio hacia modelos de conocimiento más pragmáticos y continuados en el tiempo.

2. METODOLOGÍA

Por todo lo expuesto con anterioridad y con la finalidad de conseguir el objetivo del estudio, la hipótesis que se contrastará a lo largo de este trabajo es la siguiente: *Existen diferencias significativas entre la formación empresarial en materias éticas y responsables y la promulgación de códigos de buen gobierno y normas de RSC sobre la eficacia para la integración de estos valores éticos y responsables en la empresa, considerando a la formación como el instrumento más efectivo para ello.*

Para afrontar esta hipótesis, se va a utilizar el caso de dos aulas virtuales de la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA), que pertenece a un país como España, el cual como se ha expuesto anteriormente no tiene actualmente un elevado grado de implantación en sus empresas de estos sistemas de gestión, que tratan de integrar los valores éticos y responsables en las organizaciones.

La importancia de que el estudio se produzca en este tipo de aulas es porque en las mismas existen estudiantes, que además en su mayoría son empresarios o trabajadores por cuenta ajena tanto del sector privado como del público, por lo que realizar este estudio con ellos permite disponer de un conocimiento muy aproximado de la realidad de la integración de los conocimientos adquiridos de ética y RSC con la práctica real de las empresas u otras organizaciones. Profundizando en este aspecto de acercar el estudio a la realidad empresarial, dentro de una de las aulas, como se observará posteriormente, los alumnos han realizado planes y proyectos empresariales para empresarios y emprendedores que han participado junto a ellos en el aula *on-line*, e igualmente han contado con el apoyo de expertos en estas materias para la realización de estos planes y proyectos.

Antes de describir la metodología utilizada para llevar a cabo el estudio, parece conveniente exponer la propuesta pedagógica seguida en cada una de las aulas, que ha tenido como eje fundamental el trabajo en equipo como instrumento recomendado por instituciones de la importancia del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea (2006, pág. 7) o la ANECA (2007, págs. 11 y 48) para la adquisición y desarrollo de competencias.

2.1. Propuesta didáctico-empresarial

Al igual que otras competencias como el liderazgo (SLATER, 2000, págs. 78-79), la contribución individual y la participación (PARCERISA-ARAN, 2006, pág. 22) o la comunicación (LÓPEZ-NOGUERO, 2007, pág. 79), también el compromiso ético y la sensibilidad social es considerada una competencia en los planes de estudios universitarios (recuérdese lo expuesto anteriormente por MABABU-MUKIUR, 2010), que en el caso de este trabajo ha sido además complementada con una serie de conocimientos teóricos, como se expondrá posteriormente.

Las dos aulas de la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA) en las que se ha realizado el estudio fueron establecidas durante el primer semestre del curso 2010-2011, denominándose la primera de ellas que se va a describir «Economía, Organización y Administración de la Empresa» y la

segunda «Introducción a la Economía de la Empresa». Como notas más distintas entre estas dos aulas, se encuentra la de que en el primero de ellos se le indicó a los alumnos que sus competencias en relación con el liderazgo, la contribución individual y la participación, la comunicación y el compromiso ético y la sensibilidad social, les iban a ser valoradas. Además, en esta primera aula para dar una mayor cercanía a la realidad empresarial, iba a existir una participación de personal externo al aula, tanto de empresarios como de expertos, de la forma que se observará posteriormente. Todo ello conforma una primera aula de carácter más pragmático y una segunda aula con un mayor contenido teórico.

En cuanto al aula de «**Economía, Organización y Administración de la Empresa**», se trata de un aula virtual compartida por cinco asignaturas: «Introducción a la organización de empresas» en el grado de Administración y Dirección de Empresas (ADE), «Economía de la Empresa» en el grado de Turismo, «Introducción a la Administración y Gestión de Empresas» en el grado de Derecho, «Introducción a la Organización y Gestión de Empresas» en el grado de Ciencias del Trabajo y Recursos Humanos, y «Organización de empresas» en el grado de Ingeniería Informática.

Todas ellas son asignaturas introductorias y de los primeros años dentro de sus respectivas titulaciones, por lo que resultan muy adecuadas para el estudio que se está realizando, pues están compuestas por estudiantes que no tienen excesivos conocimientos en materia de compromiso ético y de RSC, lo que concuerda con el escaso grado de implantación de la RSC en la empresa española. Estas asignaturas tienen asignados 6 créditos ECTS³, y en las mismas se ha proporcionado formación a 83 estudiantes.

El objetivo de esta actividad en grupo fue el de que los alumnos fueran capaces de redactar un plan de empresa o proyecto empresarial que pudiera servir de base para solicitar una ayuda europea, estatal, autonómica o local para las empresas o proyectos, que se muestran en la **tabla II.1.**, pertenecientes a empresarios de Collado Villalba. En esta propuesta didáctico-empresarial también participó un emprendedor de Badajoz, que proponía diversos proyectos bajo la denominación de «**Asiento elevador infantil**».

TABLA II.1. *Empresas o proyectos empresariales para la realización del trabajo en grupo de la asignatura «Economía, Organización y Administración de la Empresa. Curso 2010-2011 Primer Semestre».*

GEOMNIA «INTERNACIONALIZACIÓN»	Actividad de la empresa. Exploración e investigación geológica de recursos naturales.
	Objetivo del plan/proyecto. Redacción de una posible memoria técnica para la solicitud de una subvención para la internacionalización de la empresa.
GEOMNIA «MARKETING Y RSC»	Actividad de la empresa. Exploración e investigación geológica de recursos naturales.
	Objetivo del plan/proyecto. Expansión comercial de proyecto a otros mercados y establecimiento de planes integrales de ética y RSC y de carrera profesional para los cuatro componentes de la empresa.
.../...	

³ Sistema Europeo de Transferencia de Créditos.

.../...	
ARTCHEMIST «DIVERSIFICACIÓN E INNOVACIÓN»	Actividad de la empresa. Servicios de conservación y restauración para la construcción.
	Objetivo del plan/proyecto. Redacción de una posible memoria técnica para la solicitud de una subvención para la diversificación de esta empresa hacia la restauración y rehabilitación de edificios históricos y establecimiento de planes integrales de ética y RSC y de carrera profesional para los cuatro componentes de la empresa.
PRO4 INTERNET Y PROMOCIÓN «INNOVACIÓN & INTERNACIONALIZACIÓN»	Actividad de la empresa. Portal de gestión de empresas por Internet.
	Objetivo del plan/proyecto. Redacción de una posible memoria técnica para la solicitud de una subvención para la creación de una empresa innovadora cuyo objetivo es internacionalizarse.
PRO4 INTERNET Y PROMOCIÓN «MARKETING & RSC»	Actividad de la empresa. Portal de gestión de empresas por Internet.
	Objetivo del plan/proyecto. Expansión comercial del proyecto a otros mercados europeos (principalmente Polonia) y establecimiento de planes integrales de ética y RSC y de carrera profesional para los cinco componentes de la empresa.
ASIENTO ELEVADOR INFANTIL «MARKETING & RSC»	Posible actividad del proyecto empresarial. Elaboración de un dispositivo que mejore el transporte de los niños en los vehículos y su presentación a las empresas dedicadas a la construcción de los asientos para que lo adopten.
	Objetivo del plan/proyecto. Presentación comercial del proyecto a constructores y marcas de automoción y establecimiento de planes integrales de ética y RSC y de carrera profesional para los nueve componentes de la empresa.
ASIENTO ELEVADOR INFANTIL «I+D+I & UNIVERSIDAD»	Posible actividad del proyecto empresarial. Elaboración de un dispositivo que mejore el transporte de los niños en los vehículos y su presentación a las empresas dedicadas a la construcción de los asientos para que lo adopten.
	Objetivo del plan/proyecto. Redacción de una posible memoria técnica para la solicitud de una subvención de un proyecto de investigación para la creación de este producto en colaboración con una universidad.
ASIENTO ELEVADOR INFANTIL «EMPRENDIMIENTO»	Posible actividad del proyecto empresarial. Elaboración de un dispositivo que mejore el transporte de los niños en los vehículos y su presentación a las empresas dedicadas a la construcción de los asientos para que lo adopten.
	Objetivo del plan/proyecto. Redacción de una posible memoria técnica para la solicitud de una subvención para la creación de esta empresa con el objetivo de generar este producto para el mercado.
ALOE «MARKETING & RSC»	Actividad de la empresa. Mantenimiento y servicio integral para comunidades y empresas. Instalaciones especiales y eficiencia energética.
	Objetivo del plan/proyecto. Expansión comercial del proyecto a otros mercados a través del <i>marketing</i> relacional y establecimiento de planes integrales de ética y RSC y de carrera profesional para los nueve componentes de la empresa.
.../...	

.../...	
ALOE «DIVERSIFICACIÓN & INNOVACIÓN»	Actividad de la empresa. Mantenimiento y servicio integral para comunidades y empresas. Instalaciones especiales y eficiencia energética.
	Objetivo del plan/proyecto. Redacción de una posible memoria técnica para la solicitud de una subvención para la diversificación de esta empresa con el objetivo de modernizarse a través de la realización de proyectos de investigación, desarrollo e innovación (I+D+i).

FUENTE: *Elaboración propia.*

En el documento final a entregar era obligatorio incluir alguno o varios aspectos relacionados con la ética y la RSC, entre los que se podrían destacar los siguientes:

- Adecuadas condiciones laborales y personales para los trabajadores.
- Compromiso ético y transparencia informativa.
- Conciliación de la vida laboral y familiar.
- Prevenciones de riesgos laborales.
- Inserción laboral de personas discapacitadas.
- Protección del medioambiente.
- Programas de voluntariado.
- Acción social.
- Crecimiento sostenido y justificado del negocio.
- Inversiones en investigación, desarrollo e innovación (I+D+i) y certificaciones de proyectos de I+D+i (normas UNE 166001) y de Sistemas de Gestión de I+D+i (normas UNE 166002).

Con este objetivo se pretendía que los alumnos además de plasmar en la práctica los conocimientos teóricos que habían adquirido con la lectura y comprensión del manual, adquirieran y desarrollaran una serie de competencias como las expuestas anteriormente: liderazgo, comunicación, contribución individual, participación y compromiso ético y sensibilidad social.

De acuerdo a estos objetivos establecidos para esta actividad, en la **planificación** de la misma se diseñaron 10 equipos que iban a redactar estos planes o proyectos empresariales, compuestos entre 6 y 8 componentes. En la configuración por departamentos podrían entrar algunos como los siguientes: coordinación o dirección general, financiero, producción e I+D+i, comercial, distribución y logístico, recursos humanos y el de ética y RSC.

Aunque para comenzar las actividades los estudiantes recibieron una serie de pautas (véase **tabla II.2.** relativa al trabajo del equipo de «GEOMNIA INTERNACIONALIZACIÓN»), se les

proporcionó también libertad tanto en la configuración de las personas que debían trabajar en los diferentes departamentos como en el contenido del trabajo final a entregar. Igualmente, se estableció como canal de comunicación un foro por cada plan de empresa o proyecto empresarial, en el que podían comunicarse todos los participantes en esta actividad didáctica-empresarial (estudiantes, empresarios, emprendedores, expertos y profesores).

TABLA II.2. *Información inicial de los planes/proyectos empresariales.*

Nombre del plan/proyecto empresarial. «GEOMNIA INTERNACIONALIZACIÓN»
Objetivo del proyecto. Redacción de una posible memoria técnica para la solicitud de una subvención para la internacionalización de la empresa.
Actividad de la empresa. Exploración e investigación geológica de recursos naturales.
Pautas generales: En relación con el trabajo en equipo, las pautas que se aconsejan son las siguientes, aunque se pueden adoptar otras que se consideren más adecuadas para el funcionamiento del mismo: • Aceptación del puesto por parte de los coordinadores generales nombrados. Si las personas nombradas no pueden dirigir el equipo, los componentes del equipo elegirán uno o dos coordinadores, que efectuarán, con el apoyo de todos sus compañeros, las siguientes funciones generales: – Listado en el que se identifique a todos los componentes del equipo. – Establecimiento de un hilo para realizar un primer «<i>brainstorming</i> general» (tormenta de ideas), teniendo cuenta el objetivo marcado. – A partir de este «<i>brainstorming</i> general» exponer los departamentos, misiones, responsables (en caso de modificación) y etapas de entrega de las diferentes fases del trabajo. – Dar conjunción e hilo conductor a todas las labores del equipo, tratando de llevarlo a la consecución del objetivo. Otras indicaciones que se pueden seguir para realizar el trabajo en equipo son las siguientes: • Como cada componente tiene asignada una función y conoce las que están desarrollando el resto de sus compañeros, puede proporcionar información en paralelo a aquellos compañeros que lo precisen y que puede ser de interés general para el plan o proyecto final. • Los departamentos que se pueden formar son: financiero, distribución o logístico, producción e I+D+i, comercial, recursos humanos y ética y RSC (este último es obligatorio). • Se ofrecen varios planes o proyectos de apoyo de estudiantes de cursos precedentes para la adecuada generación de los nuevos planes o proyectos. En otro orden de cosas, se indica que la labor de los empresarios o emprendedores en el aula se limitará a establecer el objetivo, proporcionar todos aquellos elementos reales que se puedan conocer (precios, competidores, por ejemplo) y aconsejar sobre alguna cuestión que pueda desviar al grupo de la consecución del objetivo. Igualmente, los estudiantes expertos de cursos anteriores se limitarán a aconsejar en las posibles ayudas a solicitar o en algunos planes específicos. Se solicita comprensión para la disponibilidad horaria de todas estas personas que apoyan esta actividad didáctico-empresarial.

.../...

.../...

El informe final se entregará como fecha máxima el 13 de enero de 2010 (longitud aproximada 20 páginas, tamaño de letra 11 y 1,5 de espacio).

Composición del equipo:

Coordinación general: Estudiante 1

Estudiante 2

Estudiante 3

Estudiante

FUENTE: *Elaboración propia.*

En el **desarrollo** de la actividad se fueron constituyendo y poniendo en marcha los diferentes equipos con sus respectivos departamentos. En un principio, sobre 83 alumnos inscritos en la asignatura fueron 63 los que comenzaron la actividad, lo que permite situar la participación inicial en una cifra alta del 76 por 100. Igualmente, ha sido digno de destacar tanto el entusiasmo en la proposición de ideas por parte de los estudiantes como su alto grado de implicación en los equipos.

También se han podido identificar algunos conflictos dentro de los grupos, que han podido ser adecuadamente solucionados. En este sentido, es preciso destacar la importancia del foro en aulas virtuales de formación universitaria como instrumento que permite prevenir y vigilar estos posibles conflictos, los cuales además de contar con la mediación del profesor para su eliminación, deben ser prevenidos previamente por parte del docente con mensajes iniciales que conciencien al alumno de su existencia y de lo negativo de caer en ellos.

En el **control** de los resultados obtenidos en esta actividad didáctico-empresarial, se ha podido comprobar el alto grado de satisfacción de los empresarios y el emprendedor con la labor desarrollado por los estudiantes en el aula.

Igualmente, se ha observado que a pesar del escaso tiempo que han tenido los alumnos para desarrollar los planes y proyectos (un mes y medio), se puede afirmar que a través de la misma han adquirido y desarrollado de una manera adecuada tanto los conocimientos propios de este curso introductorio como las competencias que se les deben de empezar a exigir.

Finalmente, han participado en la actividad 51 alumnos sobre los 60 que se han presentado al examen final (85%), lo que da idea de la importancia que los estudiantes han concedido a una actividad, que les ha traído el mundo empresarial hasta su propia aula.

Por lo que respecta al objeto de estudio, los alumnos se han limitado a recoger en los planes de ética y RSC a integrar diversos aspectos relativos a estas materias, lo que les ha permitido tener un mejor conocimiento de estos aspectos de tanta importancia para las organizaciones y empresas. Esta situación no es muy distinta de la que se produce en la actualidad con todo el instrumental teórico, que se pone a disposición de los directivos y de los empleados en las distintas empresas y orga-

nizaciones, y sobre el cual, seguramente, haya que tratar de continuar profundizando en una mayor medida, como se pretende demostrar en este estudio.

En relación con la segunda aula de «**Introducción a la Economía de la Empresa**», se trata igualmente de un aula virtual compartida por tres asignaturas: «Principios de Economía de la Empresa» en el grado de Ingeniería Informática e «Introducción a la Economía de la Empresa» en los grados de ADE y Turismo. También, todas ellas son asignaturas introductorias, por lo que son muy adecuadas para el estudio que se está efectuando, pues son materias bastante desconocidas para los estudiantes. Estas asignaturas tienen asignados 6 créditos ECTS, y en ellas han participado 66 estudiantes.

La finalidad de la actividad en grupo fue la de que los alumnos, por un lado, recopilaran información general relacionada con el GC y, por el otro, leyeran e interpretaran un informe de GC de alguna de las compañías españolas que cotizan en el IBEX-35. Además, para profundizar en los conceptos de RSC, entre todos los alumnos del aula conformaron una revista de RSC a modo de glosario en el que se definían conceptos relacionados con esta materia. Tras la obtención de todo este conocimiento se les solicitaba que proporcionaran respuesta a las siguientes cuestiones:

1. Definición de GC y exposición de los distintos tipos de códigos que existen en los principales países desarrollados (Inglaterra, España, Alemania, Francia y Estados Unidos).
2. Explicación del grado de cumplimiento de la empresa seleccionada del IBEX-35 de los criterios de GC.
3. Exposición de las tendencias futuras del GC.
4. Establecimiento de las conclusiones.

En la **planificación** de la actividad se organizaron 9 equipos, compuestos por 6 personas como máximo. Las empresas seleccionadas fueron las siguientes: Inditex, Banco Santander, Iberia, Gas natural, Telefónica, ACS, Repsol, MAPFRE y Abengoa.

En la configuración de los grupos se estableció la existencia de un portavoz que sería el canalizador de las dudas y consultas ante el profesor. Los estudiantes han tenido total libertad para configurar los diferentes equipos y también ha sido el foro el canal de comunicación entre todos los participantes en el aula.

En el **desarrollo** de la actividad hay que destacar nuevamente el alto grado de implicación de los estudiantes en los equipos, con una participación del 74 por 100 (49 alumnos sobre 66 totales del aula). También, resulta necesario resaltar la importancia del foro en aulas virtuales de formación universitaria como instrumento que facilita en gran medida las labores de coordinación de los profesores y de los propios alumnos.

En el **control** de los resultados obtenidos en esta actividad, se ha comprobado que nuevamente a pesar del reducido tiempo del que han dispuesto los estudiantes para efectuar el trabajo (un mes y dos semanas, aproximadamente), gracias a la misma han adquirido y desarrollado de una manera

satisfactoria tanto los conocimientos propios de este curso introductorio como las competencias que se les deben de empezar a exigir.

Pero, como se expuso con anterioridad en el caso de la primera aula, los alumnos se han limitado a dar respuesta a las cuestiones planteadas por el profesor, lo que les ha permitido tener un mejor conocimiento de estas materias, pero se observa cualitativamente que es necesario continuar profundizando en estas materias, para que estos valores éticos y responsables puedan ser realmente integrados en las empresas y en las organizaciones, de la mano de las personas que comienzan a entender de las mismas.

Una vez se ha realizado la exposición de las características principales de las dos aulas y del trabajo efectuado en las mismas, se muestran seguidamente los aspectos técnicos del estudio.

2.2. Ficha técnica del estudio

- **Ámbito:** nacional.
- **Universo:** todos aquellos alumnos de los cursos «Economía, Organización y Administración de la Empresa» e «Introducción a la Economía de la Empresa». La clasificación de los estudiantes se ha establecido de acuerdo a las siguientes categorías:
 - Tipos de relación laboral primordial:
 - Estudiantes que sean además empresarios.
 - Estudiantes que sean trabajadores por cuenta ajena.
 - Estudiantes que sean trabajadores del sector público.
 - Estudiantes
 - Sexo:
 - Mujeres.
 - Hombres.
 - Asignatura:
 - Introducción a la Economía de la Empresa.
 - Economía, Organización y Administración de Empresas.
- **Tamaño de la muestra:** se han encuestado a 84 alumnos que hayan cursado ambas asignaturas (53 del aula de «Economía, Organización y Administración de la Empresa» y 31 del aula de «Introducción a la Economía de la Empresa»).
- **Afijación:** óptima.

- **Procedimiento de muestreo:** se ha enviado el cuestionario *on-line* para aquellos estudiantes que habían cursado ambas asignaturas. Se crea un muestreo aleatorio simple.
- **Error muestral:** para un nivel de confianza del 95 y $P = Q$, el error real es de ± 2 por 100 para el conjunto de la muestra, en el supuesto de muestreo aleatorio simple.

2.3. Preguntas del cuestionario

Se ha diseñado específicamente para el estudio el siguiente cuestionario que se muestra a continuación con 11 preguntas de respuestas cerradas según escala Likert de 1 a 5, donde 1 significa «estar muy en desacuerdo» y 5 «muy de acuerdo». El valor 0 significa «no sabe/no contesta (NS/NC)».

- **P1.** El planteamiento de este tipo de trabajo en equipo, ¿te parece un instrumento eficaz para fomentar la ética y la Responsabilidad Social Corporativa?
- **P2.** En tu vida profesional, ¿vas a tratar de poner en práctica alguna medida de ética o de Responsabilidad Social Corporativa que has conocido en el aula?
- **P3.** La promulgación de códigos de buen gobierno y normas de Responsabilidad Social Corporativa, ¿te parece un instrumento eficaz para fomentar la ética y la Responsabilidad Social Corporativa?
- **P4.** ¿En tu vida profesional has puesto o vas a poner en práctica alguna medida de ética o responsable procedentes de estos códigos y normas que conocieras con anterioridad a tu presencia en el aula?
- **P5.** En general, ¿crees que el compromiso de la empresa con la ética y la Responsabilidad Social Corporativa mejora la rentabilidad de la misma?
- **P6.** En general, ¿crees que el compromiso de la empresa con la ética y la Responsabilidad Social Corporativa mejora la imagen de la misma?
- **P7.** En general, ¿crees que en la empresa se da formación a los trabajadores acerca de la importancia de los valores y normas éticas y responsables?
- **P8.** En general, ¿crees que en la empresa se da formación a los trabajadores acerca de materias relacionadas con la Responsabilidad Social Corporativa (protección del medio ambiente, inserción laboral de discapacitados, por ejemplo)?
- **P9.** ¿Qué te ha parecido esta actividad didáctica del trabajo en equipo para adquirir conocimientos de organización empresarial y competencias como el liderazgo, la participación y la comunicación?
- **P10.** ¿Qué te ha parecido esta actividad didáctica del trabajo en equipo para adquirir conocimientos de los códigos y de las conductas socialmente responsables?
- **P11.** ¿Qué te ha parecido esta actividad didáctica del trabajo en equipo para fomentar en ti el espíritu emprendedor?

2.4. Justificación de la técnica utilizada para la investigación

Para el contraste de las hipótesis planteadas, el análisis de los resultados se ha realizado utilizando principalmente el Análisis de Varianza (ANOVA). Dicha técnica se caracteriza por tener una variable dependiente y varias independientes, que son las que van a intentar explicar la variable dependiente. El análisis ANOVA podría ser catalogado como una técnica estadística bivalente.

La gran diferencia entre el ANOVA y el análisis multivariante de la varianza (MANOVA) radica en que el segundo emplea múltiples variables ya sean dependientes o independientes, mientras que el ANOVA solo emplea una variable dependiente. El objetivo de nuestro estudio consiste en demostrar si existen diferencias significativas entre la formación empresarial en materias éticas y responsables y la promulgación de códigos de buen gobierno y normas de RSC. El principal motivo para aplicar un ANOVA es debido a que nos permite asociar ambas variables de forma independiente. A priori ambas variables cumplen con los supuestos de independencia de las observaciones, homogeneidad de varianzas y distribución normal de los residuos (MABABU-MUKIUR, 2010). En este caso se ha realizado un ANOVA de un solo factor con base en muestras independientes (MAXWELL y DELANEY, 2000; PIERCE, 2004), ya que ambas variables son independientes. Para contrastar si las varianzas de las muestras son o no homogéneas entre sí se ha usado el Test de Levene (1960).

Tras la exposición de los aspectos metodológicos, seguidamente se exponen los resultados obtenidos en el estudio.

3. RESULTADOS

Dado que las preguntas son independientes entre sí, se debe contrastar individualmente nuestra hipótesis para cada una de las preguntas. Los resultados obtenidos fruto de realizar dicho contraste fueron los siguientes:

1. P1. El planteamiento de este tipo de trabajo en equipo, ¿te parece un instrumento eficaz para fomentar la ética y la Responsabilidad Social Corporativa?

Como se puede observar en la **tabla III.1** el nivel de significatividad de Levene no es inferior a 0,05, por lo que se acepta H_0 , es decir, que las tres variables son independientes. Lo que implica que ni la variable tipos, sexo y asignatura influye en la primera pregunta del cuestionario (P1).

TABLA III.1. *Pregunta 1: prueba de homogeneidad de varianzas.*

	Estadístico de Levene	gl1	gl2	Sig.
Tipos	1,356 ^a	3	77	0,262
.../...				

	Estadístico de Levene	gl1	gl2	Sig.
.../...				
Sexo	0,979 ^b	3	77	0,407
Asignatura	2,739 ^c	3	77	0,049
^a Los grupos con un único caso se ignorarán al calcular la prueba de homogeneidad de la varianza para tipos.				
^b Los grupos con un único caso se ignorarán al calcular la prueba de homogeneidad de la varianza para sexo.				
^c Los grupos con un único caso se ignorarán al calcular la prueba de homogeneidad de la varianza para asignatura.				

En la **tabla III.2** se muestra en su nivel de significatividad que es mayor que 0,05 por lo que son homogéneas entre sí. La conclusión es que ninguna de las tres variables influye en la primera pregunta del cuestionario.

TABLA III.2. *Pregunta 1: ANOVA.*

		Suma de cuadrados	gl	Media cuadrática	F	Sig
Tipos	Inter-grupos	0,295	4	0,074	0,088	0,986
	Intra-grupos	64,681	77	0,840		
	Total	64,976	81			
Sexo	Inter-grupos	0,696	4	0,174	0,712	0,586
	Intra-grupos	18,817	77	0,244		
	Total	19,512	81			
Asignatura	Inter-grupos	1,788	4	0,447	2,030	0,098
	Intra-grupos	16,955	77	0,220		
	Total	18,744	81			

Uno de los problemas que puede suscitar el cuestionario es que está dirigido a personas poco expertas en la materia RSC, por lo tanto, esto puede hacer que ante el temor de introducir técnicas con las que se encuentran poco familiarizados, sean reactivos a la implantación de esta herramienta. En consecuencia, sería conveniente aumentar la inversión en formación sobre RSC para mitigar este temor.

2. P2. En tu vida profesional, ¿vas a tratar de poner en práctica alguna medida de ética o de Responsabilidad Social Corporativa que has conocido en el aula?

El nivel de significatividad de Levene es inferior a 0,05 en las variables sexo y asignatura, por lo que se acepta H_0 , es decir, que ambas variables son dependientes. Esto implica que la variable sexo y asignatura sí que influye en la segunda pregunta del cuestionario (P2). En cambio, el nivel de significatividad de Levene para la variable tipos es claramente superior a 0,05, lo que implica que dicha variable no influye en la segunda pregunta del cuestionario (P2).

TABLA III.3. *Pregunta 2: prueba de homogeneidad de varianzas.*

	Estadístico de Levene	gl1	gl2	Sig.
Tipos	0,617	4	78	0,651
Sexo	13,818	4	78	0,000
Asignatura	7,795	4	78	0,000

TABLA III.4. *Pregunta 1: ANOVA.*

		Suma de cuadrados	gl	Media cuadrática	F	Sig
Tipos	Inter-grupos	0,268	4	0,067	0,081	0,988
	Intra-grupos	64,792	78	0,831		
	Total	65,060	82			
Sexo	Inter-grupos	1,341	4	0,335	1,428	0,233
	Intra-grupos	18,321	78	0,235		
	Total	19,663	82			
Asignatura	Inter-grupos	0,902	4	0,226	0,979	0,424
	Intra-grupos	17,965	78	0,230		
	Total	18,867	82			

La tabla ANOVA muestra en su nivel de significatividad que es mayor que 0,05 por lo que dichas variables sí son homogéneas entre sí. La conclusión es que ninguna de las tres variables puede influir en la segunda pregunta del cuestionario.

Esta pregunta está muy relacionada con la anterior y, en consecuencia, es difícil de implantar un sistema de gestión tan novedoso con el que tanto el directivo como los empleados no están excesivamente familiarizados.

3. P3. La promulgación de códigos de buen gobierno y normas de Responsabilidad Social Corporativa, ¿te parece un instrumento eficaz para fomentar la ética y la Responsabilidad Social Corporativa?

TABLA III.5. *Pregunta 3: prueba de homogeneidad de varianzas.*

	Estadístico de Levene	gl1	gl2	Sig
Tipos	6,490 ^a	2	79	0,002
.../...				

	Estadístico de Levene	gl1	gl2	Sig
.../...				
Sexo	0,309 ^b	2	79	0,735
Asignatura	1,237 ^c	2	79	0,296

^a Los grupos con un único caso se ignorarán al calcular la prueba de homogeneidad de la varianza para tipos.

^b Los grupos con un único caso se ignorarán al calcular la prueba de homogeneidad de la varianza para sexo.

^c Los grupos con un único caso se ignorarán al calcular la prueba de homogeneidad de la varianza para asignatura.

El nivel de significatividad de Levene es inferior a 0,05 en la variable tipos, por lo que se acepta H_0 , es decir, que ambas variables son dependientes. Esto implica que la variable tipos sí que influye en la tercera pregunta del cuestionario (P3). En cambio, el nivel de significatividad de Levene para la variable sexo y asignatura es claramente superior a 0,05, lo que implica que dichas variables no influyen en la tercera pregunta del cuestionario (P3).

En la **tabla III.6** ANOVA muestra en su nivel de significatividad que es mayor que 0,05 por lo que estas variables sí son homogéneas entre sí. La conclusión es que ninguna de las tres variables puede influir en la tercera pregunta del cuestionario.

TABLA III.6. *Pregunta 6: ANOVA.*

		Suma de cuadrados	gl	Media cuadrática	F	Sig.
Tipos	Inter-grupos	3,179	3	1,060	1,353	0,263
	Intra-grupos	61,881	79	0,783		
	Total	65,060	82			
Sexo	Inter-grupos	0,424	3	0,141	0,580	0,630
	Intra-grupos	19,239	79	0,244		
	Total	19,663	82			
Asignatura	Inter-grupos	0,510	3	0,170	0,731	0,536
	Intra-grupos	18,358	79	0,232		
	Total	18,867	82			

Los códigos pueden ser aplicados de forma mecánica, pero en este caso la utilidad del mismo será inferior que en caso de contar con una interiorización mayor por parte de los directivos. El ideal sería incorporar estos factores dentro la estrategia de la empresa.

4. P4. ¿En tu vida profesional has puesto o vas a poner en práctica alguna medida de ética o responsable procedentes de estos códigos y normas que conocieras con anterioridad a tu presencia en el aula?

TABLA III.7. *Pregunta 4: prueba de homogeneidad de varianzas.*

	Estadístico de Levene	gl1	gl2	Sig.
Tipos	2,798	4	78	0,032
Sexo	2,549	4	78	0,046
Asignatura	1,588	4	78	0,186

El nivel de significatividad de Levene es inferior a 0,05 en la variable tipos y sexo, por lo que se acepta H_0 , es decir, que ambas variables son dependientes. Esto implica que la variable tipos y sexo sí que influyen en la cuarta pregunta del cuestionario (P4). En cambio, el nivel de significatividad de Levene para la variable asignatura es claramente superior a 0,05, lo que supone que dicha variable no influye en la cuarta pregunta del cuestionario (P4).

En la **tabla III.8** ANOVA muestra en su nivel de significatividad que es mayor que 0,05 por lo que estas variables sí son homogéneas entre sí. La conclusión es que ninguna de las tres variables puede influir en la cuarta pregunta del cuestionario.

TABLA III.8. *Pregunta 4: ANOVA.*

		Suma de cuadrados	gl	Media cuadrática	F	Sig.
Tipos	Inter-grupos	2,766	4	0,692	0,866	0,488
	Intra-grupos	62,294	78	0,799		
	Total	65,060	82			
Sexo	Inter-grupos	0,996	4	0,249	1,041	0,392
	Intra-grupos	18,666	78	0,239		
	Total	19,663	82			
Asignatura	Inter-grupos	0,251	4	0,063	0,263	0,901
	Intra-grupos	18,616	78	0,239		
	Total	18,867	82			

Adicionalmente y una vez conocidos los códigos es posible incorporar las conclusiones alcanzadas por otras empresas en la propia. Es decir, efectuando *benchmarking* o estudio de casos se puede mejorar el resultado final.

5. P5. En general, ¿crees que el compromiso de la empresa con la ética y la Responsabilidad Social Corporativa mejora la rentabilidad de la misma?

El nivel de significatividad de Levene es inferior a 0,05 en las tres variables, por lo que se acepta H_0 , es decir, que ambas variables son dependientes. Esto implica que todas las variables sí que influyen en la quinta pregunta del cuestionario (P5).

TABLA III.9. *Pregunta 5: prueba de homogeneidad de varianzas.*

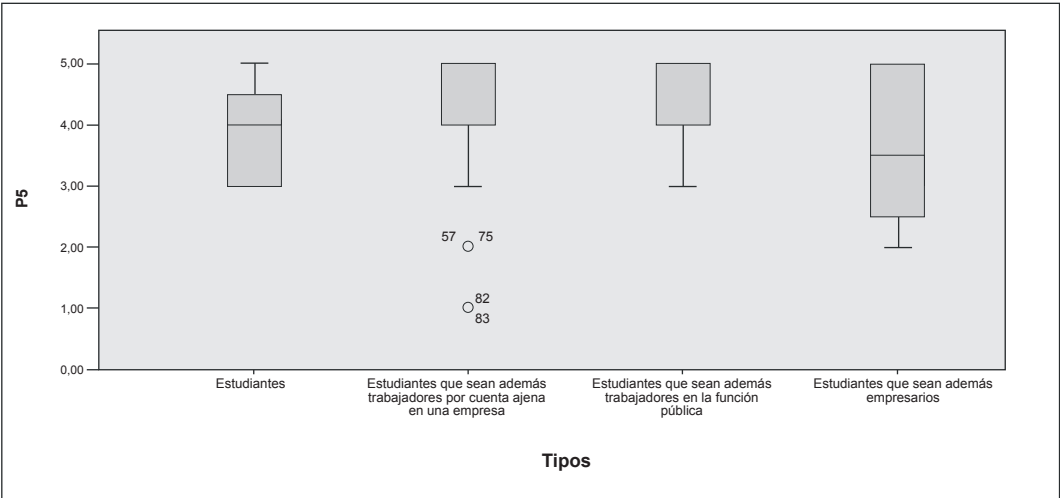
	Estadístico de Levene	gl1	gl2	Sig.
Tipos	2,641	4	78	0,040
Sexo	7,980	4	78	0,000
Asignatura	6,153	4	78	0,000

La tabla ANOVA muestra que las variables tipos y sexo son claramente menores a 0,05, por lo que estas variables sí son homogéneas entre sí. La conclusión es que las dos primeras variables sí pueden influir en la quinta pregunta del cuestionario.

TABLA III.10. *Pregunta 5: ANOVA.*

		Suma de cuadrados	gl	Media cuadrática	F	Sig.
Tipos	Inter-grupos	4,076	4	1,019	1,303	0,276
	Intra-grupos	60,985	78	0,782		
	Total	65,060	82			
Sexo	Inter-grupos	0,834	4	0,208	0,863	0,490
	Intra-grupos	18,829	78	0,241		
	Total	19,663	82			
Asignatura	Inter-grupos	2,352	4	0,588	2,777	0,033
	Intra-grupos	16,516	78	0,212		
	Total	18,867	82			

GRÁFICO III.1. *Pregunta 5.*



Es una pregunta de difícil interpretación, pues en la bibliografía consultada existen experiencias desde una elevada correlación positiva entre RSC y resultados financieros. Y para otros trabajos esta relación es indeterminada y en otros, muy negativa. Ante esta situación, cabe pensar que la RSC proporciona buena imagen corporativa y, en consecuencia, puede mejorar la rentabilidad, y resulta necesaria continuar investigando, para ofrecer resultados más homogéneos.

6. P6. En general, ¿crees que el compromiso de la empresa con la ética y la Responsabilidad Social Corporativa mejora la imagen de la misma?

TABLA III.11. *Pregunta 6: Prueba de homogeneidad de varianzas.*

	Estadístico de Levene	gl1	gl2	Sig.
Tipos	2,651	3	79	0,044
Sexo	18,508	3	79	0,000
Asignatura	7,146	3	79	0,000

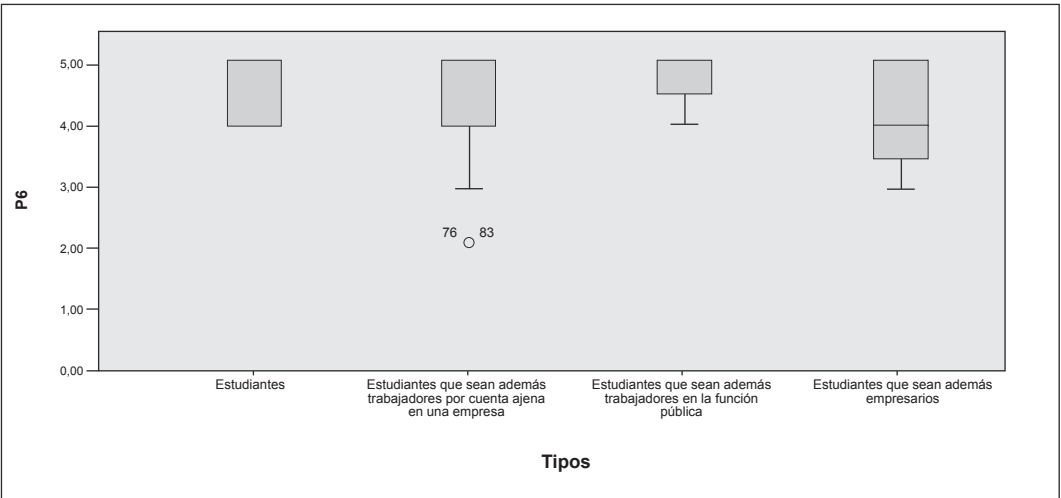
El nivel de significatividad de Levene es inferior a 0,05 en las tres variables, por lo que se acepta H_0 , es decir, que ambas variables son dependientes. Este hecho supone que todas las variables sí que influyen en la sexta pregunta del cuestionario (P6).

TABLA III.12. *Pregunta 6: ANOVA.*

		Suma de cuadrados	gl	Media cuadrática	F	Sig.
Tipos	Inter-grupos	3,823	3	1,274	1,644	0,186
	Intra-grupos	61,237	79	0,775		
	Total	65,060	82			
Sexo	Inter-grupos	1,455	3	0,485	2,104	0,106
	Intra-grupos	18,208	79	0,230		
	Total	19,663	82			
Asignatura	Inter-grupos	1,408	3	0,469	2,124	0,104
	Intra-grupos	17,459	79	0,221		
	Total	18,867	82			

La tabla ANOVA muestra que las variables tipos, sexo y asignatura son claramente menores a 0,05, por lo que estas variables sí son homogéneas entre sí. La conclusión es que las tres variables sí pueden influir en la sexta pregunta del cuestionario.

GRÁFICO III.2. *Pregunta 6.*



A priori, parece que la RSC mejora la imagen de la empresa pero también puede ser observada como un elemento adicional al plan de *marketing*. Máxime si no se percibe desde el exterior un compromiso con los valores promulgados.

7. P7. En general, ¿crees que en la empresa se da formación a los trabajadores acerca de la importancia de los valores y normas éticas y responsables?

El nivel de significatividad de Levene resulta por debajo de 0,05 en las tres variables, por lo que se acepta H_0 , es decir, que ambas variables son dependientes. Esto implica que todas las variables sí que influyen en la séptima pregunta del cuestionario (P7).

TABLA III.13. *Pregunta 7: prueba de homogeneidad de varianzas.*

	Estadístico de Levene	gl1	gl2	Sig.
Tipos	4,869 ^a	4	77	0,001
Sexo	14,992 ^b	4	77	0,000
Asignatura	19,088 ^c	4	77	0,000

^a Los grupos con un único caso se ignorarán al calcular la prueba de homogeneidad de la varianza para tipos.

^b Los grupos con un único caso se ignorarán al calcular la prueba de homogeneidad de la varianza para sexo.

^c Los grupos con un único caso se ignorarán al calcular la prueba de homogeneidad de la varianza para asignatura.

La tabla ANOVA muestra que las variables tipos, sexo y asignatura son claramente mayores a 0,05, por lo que estas variables sí que son homogéneas entre sí. La conclusión es que las tres variables no pueden influir en la séptima pregunta del cuestionario.

La formación permite mejorar los estándares en cualquier área de la empresa. Sin embargo, una cuestión es formar a la plantilla y otra es que los empleados perciban la utilidad de las herramientas de RSC y su aplicación en el día a día.

TABLA III.14. *Pregunta 7: ANOVA.*

		Suma de cuadrados	gl	Media cuadrática	F	Sig.
Tipos	Inter-grupos	4,423	5	0,885	1,123	0,355
	Intra-grupos	60,637	77	0,787		
	Total	65,060	82			
Sexo	Inter-grupos	2,371	5	0,474	2,112	0,073
	Intra-grupos	17,292	77	0,225		
	Total	19,663	82			
Asignatura	Inter-grupos	1,439	5	0,288	1,271	0,285
	Intra-grupos	17,429	77	0,226		
	Total	18,867	82			

8. P8. En general, ¿cree que en la empresa se da formación a los trabajadores acerca de materias relacionadas con la RSC (protección del medio ambiente, inserción laboral de discapacitados, por ejemplo)?

El nivel de significatividad de Levene es superior a 0,05 en las tres variables, por lo que se rechaza H_0 , es decir, que ambas variables son independientes. Esto implica que todas las variables no influyan en la octava pregunta del cuestionario (P8).

TABLA III.15. *Pregunta 8: prueba de homogeneidad de varianzas.*

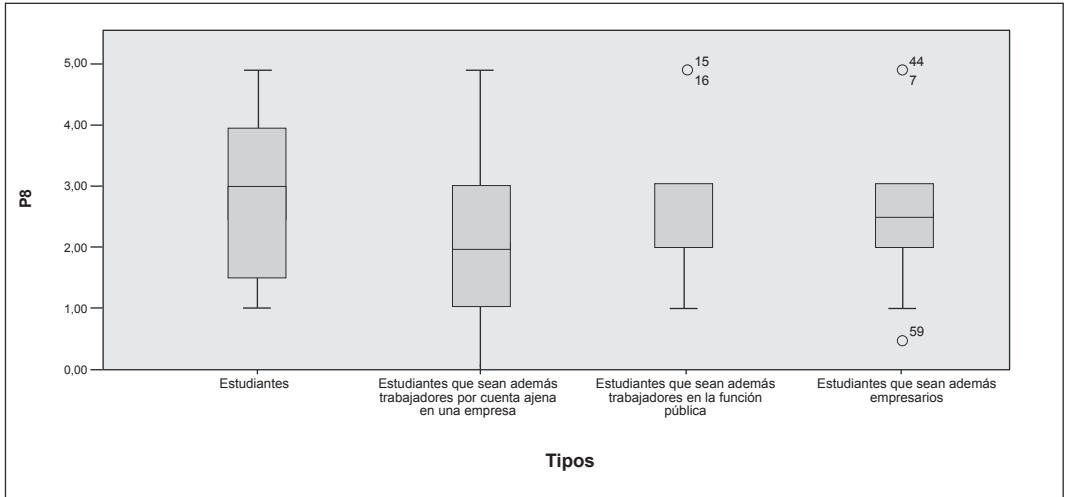
	Estadístico de Levene	gl1	gl2	Sig.
Tipos	3,452	4	76	0,012
Sexo	1,769	4	76	0,144
Asignatura	0,707	4	76	0,590

La tabla ANOVA muestra que las variables tipos, sexo y asignatura son claramente mayores a 0,05, por lo que estas variables sí que son homogéneas entre sí. La conclusión es que las tres variables no pueden influir en la octava pregunta del cuestionario.

TABLA III.16. *Pregunta 8: ANOVA.*

		Suma de cuadrados	gl	Media cuadrática	F	Sig.
Tipos	Inter-grupos	7,118	4	1,780	2,463	0,052
	Intra-grupos	54,907	76	0,722		
	Total	62,025	80			
Sexo	Inter-grupos	2,043	4	0,511	2,271	0,069
	Intra-grupos	17,093	76	0,225		
	Total	19,136	80			
Asignatura	Inter-grupos	0,128	4	0,032	0,134	0,970
	Intra-grupos	18,193	76	0,239		
	Total	18,321	80			

GRÁFICO III.3. *Pregunta 8.*



Los resultados parecen indicar que o bien no se están produciendo estas acciones formativas de RSC o bien no se percibe con claridad su rendimiento dentro de la organización.

9. P9. ¿Qué te ha parecido esta actividad didáctica del trabajo en equipo para adquirir conocimientos de organización empresarial y competencias como el liderazgo, la participación y la comunicación?

El nivel de significatividad de Levene es inferior a 0,05 en las variables sexo y asignatura, por lo que se acepta H_0 , es decir, que ambas variables son dependientes. Esto implica que todas las variables sí que influyen en la novena pregunta del cuestionario (P9). En cambio el nivel de significatividad de Levene para la variable tipos es claramente superior a 0,05, por lo que se rechaza H_0 y la variable tipos es independiente, por lo que no influye en la novena pregunta del cuestionario (P9).

TABLA III.17. *Pregunta 9: prueba de homogeneidad de varianzas.*

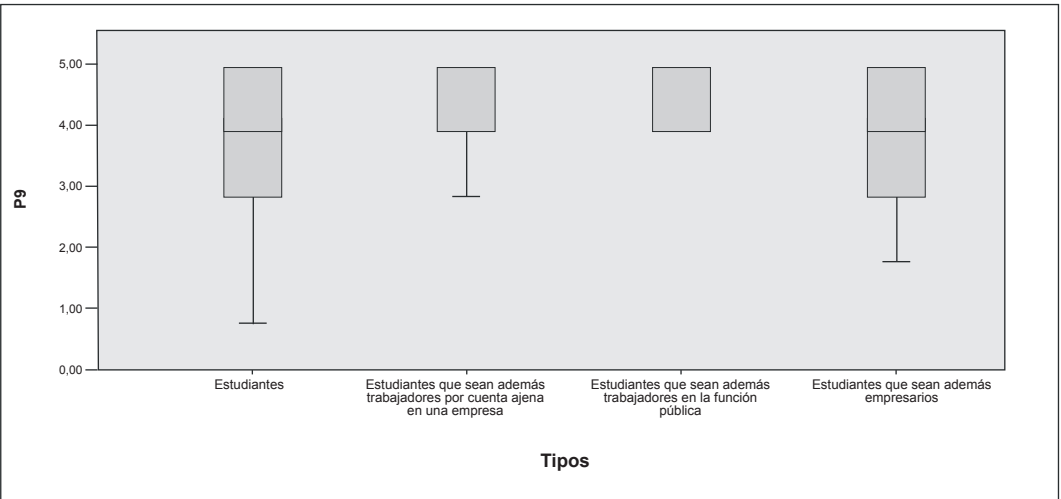
	Estadístico de Levene	gl1	gl2	Sig.
Tipos	2,117	4	78	0,087
Sexo	5,799	4	78	0,000
Asignatura	9,903	4	78	0,000

La tabla ANOVA muestra que las variables tipos, sexo y asignatura son claramente mayores a 0,05, por lo que estas variables sí que son homogéneas entre sí. La conclusión es que las tres variables no pueden influir en la novena pregunta del cuestionario.

TABLA III.18. *Pregunta 9: ANOVA.*

		Suma de cuadrados	gl	Media cuadrática	F	Sig.
Tipos	Inter-grupos	9,283	4	2,321	3,245	0,016
	Intra-grupos	55,777	78	0,715		
	Total	65,060	82			
Sexo	Inter-grupos	1,064	4	0,266	1,115	0,355
	Intra-grupos	18,599	78	0,238		
	Total	19,663	82			
Asignatura	Inter-grupos	1,753	4	0,438	1,997	0,103
	Intra-grupos	17,114	78	0,219		
	Total	18,867	82			

GRÁFICO III.4. *Pregunta 9.*



Es lógica la respuesta negativa obtenida, pues el cuestionario ha sido presentado de forma individual y no dentro de una actividad grupal. Es posible que la respuesta pudiera haber sido distinta si se hubiera cumplimentado el cuestionario con una reunión global en la que se compartieran conocimientos, experiencias y se hubieran aunado entre todos los componentes competencias como el liderazgo, la comunicación y la participación.

10. P10. ¿Qué te ha parecido esta actividad didáctica del trabajo en equipo para adquirir conocimientos de los códigos y de las conductas socialmente responsables?

El nivel de significatividad de Levene es claramente superior a 0,05 en las variables tipos y sexo, por lo que se acepta H_0 , es decir, que ambas variables son independientes. Esto implica que ambas variables no influyen en la décima pregunta del cuestionario (P10). En cambio, el nivel de significatividad es claramente inferior a 0,05 para la variable asignatura, que muestra que ambas variables son dependientes. Esto implica que esta variable sí que influye en la décima pregunta del cuestionario (P10).

TABLA III.19. *Pregunta 9: prueba de homogeneidad de varianzas.*

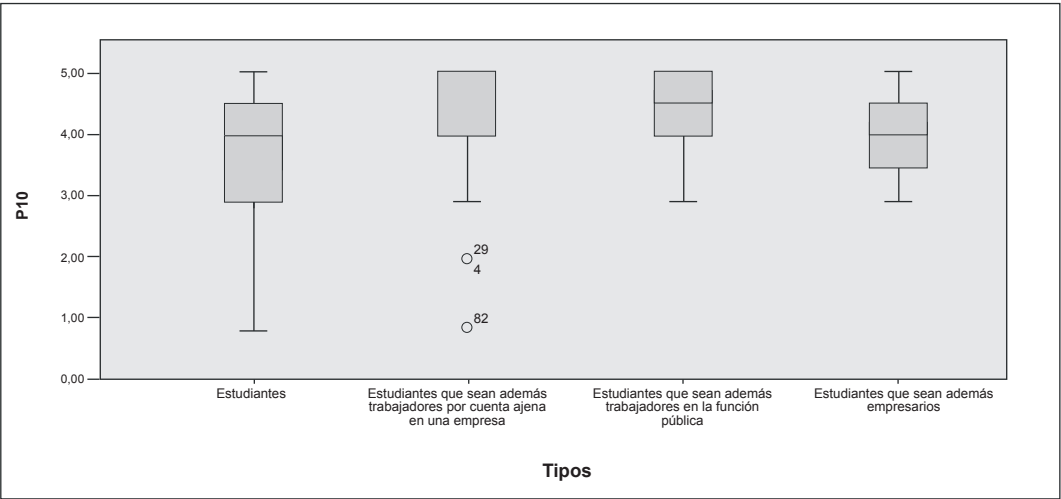
	Estadístico de Levene	gl1	gl2	Sig.
Tipos	1,605	4	78	0,181
Sexo	2,078	4	78	0,092
Asignatura	6,008	4	78	0,000

La tabla ANOVA muestra que las variables tipos, sexo y asignatura son claramente mayores a 0,05, por lo que estas variables sí que son homogéneas entre sí. La conclusión es que las tres variables no pueden influir en la décima pregunta del cuestionario.

TABLA III.20. *Pregunta 10: ANOVA.*

		Suma de cuadrados	gl	Media cuadrática	F	Sig.
Tipos	Inter-grupos	3,085	4	0,771	0,971	0,429
	Intra-grupos	61,975	78	0,795		
	Total	65,060	82			
Sexo	Inter-grupos	1,116	4	0,279	1,173	0,329
	Intra-grupos	18,547	78	0,238		
	Total	19,663	82			
Asignatura	Inter-grupos	0,491	4	0,123	0,521	0,721
	Intra-grupos	18,377	78	0,236		
	Total	18,867	82			

GRÁFICO III.5. *Pregunta 10.*



El rechazo resulta lógico, puesto que la RSC ha sido tratada como un tema general sin obligación para el alumno de profundizar en el conocimiento de los diferentes códigos y conductas, por lo que se observa como muy necesario para mejorar este conocimiento el acudir a la observación de casos y de documentación especializada que muestren ejemplos de buenas prácticas en este sentido.

11. P11. ¿Qué te ha parecido esta actividad didáctica del trabajo en equipo para fomentar en ti el espíritu emprendedor?

TABLA III.21. *Pregunta 11: prueba de homogeneidad de varianzas.*

El nivel de significatividad es claramente inferior a 0,05 para la variable sexo y asignatura, que muestra que ambas variables son dependientes. Esto implica que esta variable sí que influye en la undécima pregunta del cuestionario (P11). El nivel de significatividad de Levene es claramente superior a 0,05 en la variable tipos, lo que implica que dicha variable es independiente y no influye en la undécima pregunta del cuestionario.

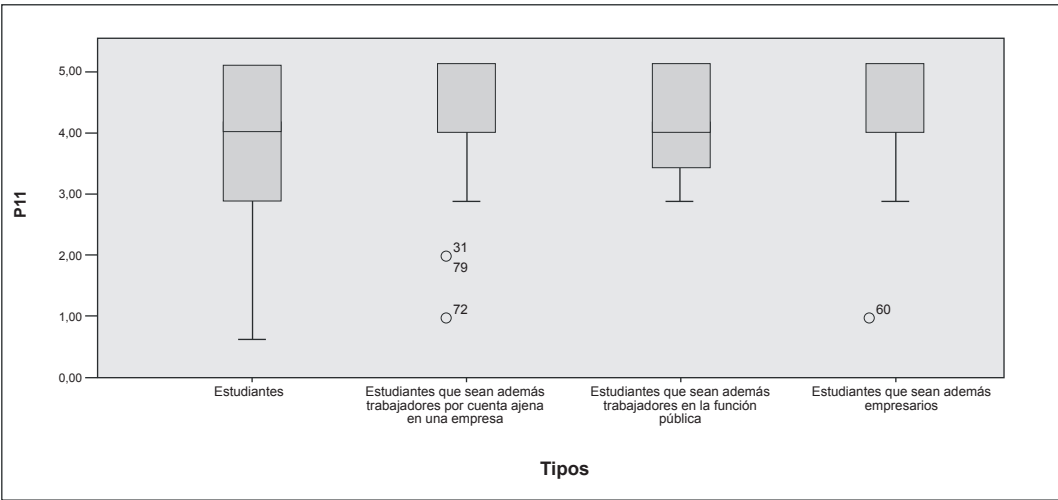
	Estadístico de Levene	gl1	gl2	Sig.
Tipos	0,799	4	78	0,530
Sexo	8,144	4	78	0,000
Asignatura	3,602	4	78	0,010

La tabla ANOVA muestra que las variables tipos, sexo y asignatura son claramente mayores a 0,05, por lo que estas variables sí que son homogéneas entre sí. La conclusión es que las tres variables no pueden influir en la undécima pregunta del cuestionario.

TABLA III.22. *Pregunta 11: ANOVA.*

		Suma de cuadrados	gl	Media cuadrática	F	Sig.
Tipos	Inter-grupos	1,696	4	0,424	0,522	0,720
	Intra-grupos	63,365	78	0,812		
	Total	65,060	82			
Sexo	Inter-grupos	1,590	4	0,398	1,716	0,155
	Intra-grupos	18,072	78	0,232		
	Total	19,663	82			
Asignatura	Inter-grupos	1,372	4	0,343	1,530	0,202
	Intra-grupos	17,495	78	0,224		
	Total	18,867	82			

GRÁFICO III.6. *Pregunta 11.*



Igualmente que el caso de la pregunta anterior, el rechazo es lógico puesto que prácticamente no se han observado casos prácticos de emprendedores, salvo si se exceptúan los estudiantes que han participado en los proyectos del emprendedor de Badajoz (**Asiento elevador infantil**), dentro del aula de «Economía, Organización y Administración de la Empresa».

Como paso previo a la discusión que se expondrá en el siguiente epígrafe, a continuación se ofrece en el **tabla III.23** un resumen de los resultados obtenidos en el estudio.

TABLA III.23. *Resumen de los resultados obtenidos en el estudio*

Pregunta	Contraste hipótesis
1	Se rechaza a las variables asignatura, tipos y sexo
2	Se rechaza a las variables asignatura, tipos y sexo
3	Se rechaza a las variables asignatura, tipos y sexo
4	Se rechaza a las variables asignatura, tipos y sexo
5	Se acepta a la variable asignatura, y se rechazan las de tipos y sexo
6	Se rechaza a las variables asignatura, tipos y sexo
7	Se acepta la variable sexo, y se rechazan las de tipos y asignatura
8	Se acepta a la variable tipos, y se rechazan las de sexo y asignatura
9	Se acepta a la variable tipos, y se rechazan las de sexo y asignatura
10	Se rechaza a las variables asignatura, tipos y sexo
11	Se rechaza a las variables asignatura, tipos y sexo

4. DISCUSIÓN

De acuerdo con los resultados obtenidos, se rechaza la hipótesis planteada en el sentido de que en el momento actual no se observan diferencias de eficacia significativas entre la formación empresarial en materias éticas y responsables y la promulgación de códigos de buen gobierno y normas de RSC para la integración de estos valores éticos y responsables en las organizaciones y empresas.

Por tanto, resulta necesario profundizar en modelos formativos más pragmáticos como se expuso anteriormente, en los que se destaquen las buenas prácticas éticas y responsables o las demostraciones de la relación existente entre estas acciones y los resultados conseguidos y, por supuesto, es preciso igualmente una continuidad en el tiempo de estas acciones formativas.

A pesar de la importancia que el profesorado ha pretendido proporcionar a estas materias éticas y responsables (incluso, en la asignatura de «Economía, Organización y Administración de la Empresa, se les obligó a integrar planes de estos aspectos responsables y éticos dentro de otros proyectos integrales para toda la empresa), el hecho de que se hayan tratado en conjunción con otros aspectos relacionados con la organización y la teoría de la empresa, ha provocado que los estudiantes no le presten un atención especial o, si se quiere, una mayor atención que a otros aspectos relacionados con la empresa, cuestión que no debe distar de lo que ocurre en la realidad actual de las

organizaciones y de las compañías privadas. Y en ello radica la importancia de que el conocimiento y la formación en estas materias tan importantes para el futuro de la empresa tenga que adquirir un carácter más sistemático y continuado en el tiempo.

No obstante, la alta participación en esta actividad didáctico-empresarial puede ser un buen indicador de que en un futuro, cuando los estudiantes asimilen mejor estas herramientas de gestión y control y, muy especialmente, cuando se observen de una manera más diáfana los mejores resultados empresariales que permiten, el grado de implantación de las mismas se incremente de manera significativa en el panorama empresarial español.

Por otro lado, es interesante resaltar también que el conocimiento obtenido en las aulas ha estado a disposición no solo de los componentes de los respectivos equipos, sino de cualquier otro estudiante del aula, por lo que todos han tenido la posibilidad de aprenderlo y de poder ponerlo en práctica en sus futuras responsabilidades como directivos o empleados.

No obstante los resultados y las conclusiones que se han obtenido en este estudio, este trabajo presenta una serie de limitaciones entre las que se pueden destacar que todas las personas encuestadas partían de un rasgo en común: el desconocimiento de las materias relacionadas con la ética y la RSC, lo que indudablemente ha podido afectar a sus respuestas al cuestionario. Si este mismo cuestionario se enviase a expertos en RSC (docentes, empresarios que apliquen la RSC o auditores), es posible que las respuestas hubieran sido diferentes.

También, la encuesta ha sido realizada en un periodo relativamente breve de tiempo (dos semanas), lo cual podría haber generado una baja tasa de respuesta. Sin embargo, gracias a la motivación y cooperación del alumnado se ha logrado superar este problema. Si se añadiera un mayor periodo temporal seguramente podrían verse modificadas las respuestas. Cualquier adquisición de un concepto novedoso teórico debe contar con su etapa de comprensión y aplicación fruto de la maduración conceptual. Muchos conceptos novedosos son difícilmente aplicables hasta disponer de una buena comprensión de ellos.

Por motivos logísticos y de coste esta encuesta ha sido realizada en España y exclusivamente en un área pequeña de alumnos de la UDIMA. Si se extendiese la muestra a alumnos de perfil similar tanto a escala nacional como en los principales países desarrollados, podrían observarse resultados diferentes. No obstante, este proceso generaría mayor tiempo para realizar la encuesta y para codificar sus respectivos resultados.

Igualmente, este cuestionario ha sido enviado a los siguientes grupos: estudiantes, estudiantes que además sean empresarios, estudiantes que trabajan en el sector público y estudiantes que sean trabajadores por cuenta ajena. Se trata de cuatro estratos que a priori están bien definidos, por lo que podría llevar a pensar si no sería más relevante realizar un muestreo estratificado en vez del muestreo aleatorio simple realizado en el estudio.

La ventaja de estratificar redundaría en que permitiría centrar bien el estudio con detalle de un segmento o bloque, pero el enfoque adoptado en el trabajo es de carácter holístico, fruto del interés

por conocer e integrar todos los diferentes segmentos estudiados, en lugar de estudiar cada segmento por separado. Así no se ha ponderado especialmente ningún segmento, ya que todos los grupos tienen la misma relevancia en nuestro estudio.

Es preciso, por tanto, continuar investigando con muestras mayores de sujetos que hayan recibido conocimiento de estas materias con un carácter más pragmático, que les haya permitido conocer los casos de buenas prácticas en este sentido, y la gran relación que puede haber entre la aplicación de estas actuaciones y la obtención de adecuados resultados económicos, sociales y medioambientales. En definitiva, una formación, más pragmática, sistemática y continuada en el tiempo.

A pesar de todas las dificultades y limitaciones, este trabajo ha conseguido su objetivo de demostrar que todo el instrumental teórico que lleva aparejada la RSC puede resultar importante para el conocimiento de estas materias, pero para su aplicación práctica es necesario profundizar en modelos de formación realmente prácticos, sistemáticos y dotados de continuidad temporal, que sean capaces de integrar los valores éticos y responsables en todos los estratos de la sociedad y de las propias empresas.

5. AGRADECIMIENTOS

Por último, mostrar el mayor de los agradecimientos a todas las personas que han hecho posible este trabajo, entre los que se puede destacar al alcalde de Collado Villalba, don José Pablo González Durán, al concejal de desarrollo local, promoción económica y empleo, don José Luis Cercas Alonso, y al agente de desarrollo local don Gregorio Dávila Díaz, y a todos los empresarios, y emprendedores y alumnos de la UDIMA que han participado en la actividad didáctica del trabajo en equipo. Con vosotros ha sido posible profundizar en estos aspectos tan importantes para el futuro estratégico de las empresas, como es el de la formación en materias responsables, que puede convertirlas no solo en más competitivas, sino también en más humanas.

Bibliografía

ANECA. *Informe ejecutivo. El profesional flexible en la Sociedad del Conocimiento*. Madrid: ANECA (Unidad de Estudios CEGES), Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, junio, 2007. Disponible en la web: http://www.aneca.es/media/158162/informeejecutivoaneca_jornadasreflexv20.pdf

ATTITUDES. «Hablamos con... Víctor Saiz Pérez, analista del Observatorio de RSC». *Attitudes*, entrevista del 2 de marzo de 2009. Disponible en <http://www.attitudes.org/posts/2009/03/02/hablamos-con%E2%80%A6victor-saiz-Perez-analista-del-observatorio-de-rsc/>

AUERBACH, A.J. [1979]: «Wealth maximization and the cost of capital». *Quarterly Journal of Economics*. agosto, págs. 433-446.

- BAYSINGER, B.D. y BUTLER, H. [1985]: «Corporate Governance and the Board of Directors: performance effects of changes in Board Composition». *Journal of Law, Economics and Organizations*. Fall, núm. 1, págs. 101-134.
- BERLE, A. y MEANS, G. [1932]: *The Modern Corporation and Private Property*. New York: The MacMillan.
- BUENO-CAMPOS, E. [2008]: *Curso básico de Economía de la Empresa. Un enfoque de organización*. Madrid: Pirámide, 4.ª edición.
- Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad de los Mercados Financieros y en las Sociedades Cotizadas. Fomento de la Transparencia y Seguridad de los Mercados Financieros y en las Sociedades Cotizadas. Informe Aldama 2003.
- Comisión Nacional del Mercado de Valores. Código Unificado de Buen Gobierno (CUBG) de las sociedades cotizadas. 22 de mayo de 2006.
- Comité Especial para el estudio de un Código Ético en los Consejos de Administración de las Sociedades. Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades Cotizadas. Informe Olivencia 1998.
- DE LA CUESTA-GONZÁLEZ, M.; VALOR-MARTÍNEZ, C.; BOTIJA-SUIZA, M. y SANMARTÍN-SERRANO, S. [2002]: *La Responsabilidad Social Corporativa: una aplicación a España*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Fundación para el Desarrollo Socioeconómico del Alto Aragón-Fundesa. Guía para la contratación de personas con discapacidad. 2009. Disponible en la web: <http://www.fundesa.org/images/documentos/Gu%C3%ADa%20de%20contrataci%C3%B3n%20de%20personas%20con%20discapacidad.pdf>
- LEVENE, H. [1960]: «Contributions to Probability and Statistics: Essays in Honor of Harold Hotelling». OLKIN, I.; GHURYE, S.G.; Hoeffding, W.; MADOW, W.G. y MANN, H.B. eds. *Stanford University Press*, págs. 278-292.
- LÓPEZ-NOGUERO, F. [2007]: *Metodología participativa en la enseñanza universitaria*. Madrid: Nancea.
- MABABU-MUKIUR, R. [2010]: «Actitudes de los empresarios y directivos hacia la Responsabilidad Social Corporativa». *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, vol. 26, n.º 2, págs. 101-114.
- MAXWELL, S.E. y DELANEY, H.D. [2000]: *Designing experiments and analyzing data: A model comparison perspective*. Mahwah, New Jersey: Lawrence Erlbaum.
- SMITH, A. [2001]: *La riqueza de las naciones*. Primera edición de 1776. Observada esta obra en la edición de Longseller.
- PARCERISA-ARAN, A. [2006]: *Materiales curriculares. Cómo elaborarlos, seleccionarlos y usarlos*. Barcelona: Graó de IRIF.
- Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. Recomendación de 18 de diciembre sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente, Resolución 2006/962/CE publicada el 30 de diciembre, 2006. Disponible en la web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:394:0010:0018:ES:PDF>
- SLATER, R. [2000]: *Ensayos sobre democracia, educación y el experimento americano*. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 2000.
- PFEFFER, J. «Size, composition and function of hospital of boards of directors». *Administrative Science Quarterly*, vol. 18, págs. 349-364.
- PIERCE, C.A. [2004]: «Cautionary Note on Reporting Eta-Squared Values from Multifactor ANOVA Designs». *Educational and Psychological Measurement*, vol. 64, págs. 916-924.
- TRICKER, R.I. [2000]: *Corporate Governance (History of Management Thought)*. Ashgate Publishing.

DETERMINANTES Y RESULTADO DE LA RESPUESTA ESTRATÉGICA DE LAS PYMES MANUFACTURERAS TRADICIONALES FRENTE AL DECLIVE

FRANCISCO PUIG BLANCO

*Profesor Titular Facultad de Economía. Departamento
de Dirección de Empresas «Juan J. Renau Piqueras».
Universitat de València*

ANA DEBÓN AUCEJO

*Profesora Titular Facultad de ADE.
Departamento de Estadística I.O. Aplicadas y Calidad.
Universidad Politécnica de Valencia*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Valentín PICH ROSELL, don Mario ALONSO AYALA, don César CAMISÓN ZORNOZA, don José Luis GALLIZO LARRAZ y don Enrique ORTEGA CARBALLO.

Extracto:

EL declive empresarial es una situación caracterizada por la reducción continuada de los resultados financieros hasta un nivel tal que la supervivencia de la empresa se ve amenazada.

En una situación de declive las empresas exhiben comportamientos estratégicos diferentes y, como consecuencia de los mismos, los resultados asociados en términos de mortalidad también son diferentes.

Este trabajo pretende contribuir a la comprensión del hecho de que para invertir el declive en el que se hallan inmersas buena parte de las industrias manufactureras tradicionales se puede actuar tanto desde diferentes frentes, como niveles que comprometen la actividad de la empresa y sus recursos directivos. Por ello, el objetivo del mismo es doble: a) analizar los determinantes organizativos críticos en la respuesta estratégica y b) estudiar el efecto que esas respuestas tienen en la supervivencia de las empresas.

Para tal fin se ha analizado la influencia de las características cognitivas y demográficas del equipo directivo, el tipo de actividad de la empresa y la *performance* financiera, en una muestra de empresas pertenecientes a la industria textil, con datos primarios y secundarios correspondientes al periodo 2005-2010.

Palabras clave: declive, PYME, respuesta estratégica, supervivencia y textil-confección.

DETERMINANTS AND PERFORMANCE OF TRADITIONAL MANUFACTURING SMES FACING DECLINE

FRANCISCO PUIG BLANCO

*Profesor Titular Facultad de Economía. Departamento
de Dirección de Empresas «Juan J. Renau Piqueras».
Universitat de València*

ANA DEBÓN AUCEJO

*Profesora Titular Facultad de ADE.
Departamento de Estadística I.O. Aplicadas y Calidad.
Universidad Politécnica de Valencia*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Valentín PICH ROSELL, don Mario ALONSO AYALA, don César CAMISÓN ZORNOZA, don José Luis GALLIZO LARRAZ y don Enrique ORTEGA CARBALLO.

Abstract:

BUSINESS decline is a situation characterized by the continuous reduction in financial performance to a level such that the company's survival is threatened.

In a decline situation companies exhibit different strategic behaviours and as a result the associated results in terms of mortality are also different.

This work aims to contribute to the understanding that to reverse the decline in which many of the traditional manufacturing industries find themselves, it is possible to out, on different fronts, and levels in the activity of the company, and its management resources. Therefore, its objective is twofold: a) to analyze the critical organizational determinants in the strategic response and b) to study the effect that these responses have on the survival of companies.

To this end we analyzed the influence of the cognitive and demographic characteristics of the management team, the type of business activity and financial performance in a sample of companies in the textile industry, with primary and secondary data for the period 2005-2010.

Keywords: decline, SME, strategic response, survival and textile-clothing.

Sumario

1. Introducción.
2. Marco teórico e hipótesis.
 - 2.1. Marco conceptual.
 - 2.2. Hipótesis de trabajo.
3. Diseño del estudio.
4. Contraste de hipótesis y análisis de los resultados.
5. Discusión y conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Hoy en día la investigación sobre declive, crisis, fracaso empresarial y supervivencia ha adquirido una renovada relevancia en los sectores manufactureros tradicionales (SMT), especialmente en aquellos más tradicionales e intensivos en mano de obra como es la industria textil. La causa de la decadente trayectoria en la que se hallan inmersas esas industrias y el fenómeno que mejor explica su negativa dinámica es la globalización (BUCKLEY y GHOURI, 2004). Por su parte, las razones de ese creciente interés son tanto el significativo número de cierres de empresas que se viene registrando como la escasez de estudios centrados en empresas de esos sectores (PYMES en su gran mayoría).

Si bien la literatura sobre declive es muy amplia, podríamos afirmar que, con carácter general, en aquella más relacionada con los SMT se pueden identificar tres líneas de estudio, no excluyentes mutuamente. La primera se centra en los factores o causas que provocaron la situación de declive. Existe bastante consenso en clasificarlos en externos (entorno general y competitivo de la empresa) e internos (debilidades organizativas). La segunda investiga los efectos (tanto a nivel socio-económico como de empresa) y la tercera centra su interés en la respuesta/orientación estratégica (alcance, signo y resultado), siendo esta última línea la más controvertida en dos de sus vertientes: la conceptual y la empírica.

Todavía existen importantes dudas sobre por qué en una situación de declive la respuesta de las PYMES es desigual, cuáles son las razones por las que una misma estrategia registra un efecto diferente, o si existen distintas orientaciones estratégicas que permitan a las empresas de los SMT alcanzar un mismo resultado. Todo ello son interrogantes que cuestionan a todos los niveles el receptor estratégico existente. Específicamente, algunos estudios como el de CHEN (1996) señalarían

hacia unos determinantes organizativos críticos que provocarían que empresas inmersas en una situación similar difieran en la identificación del problema, la respuesta a adoptar y la *performance* alcanzada. Desde ese planteamiento más conceptual, sería posible agrupar esos determinantes en tres tipos: a) *cognitivos* (FERRIER *et al.*, 2002), b) *demográficos* (CARPENTER *et al.*, 2004) y c) de *actividad* (FILATOTCHEV y TOMS, 2003). Los dos primeros estarían asociados con el equipo directivo, mientras que el tercero con las características de la empresa.

Por otra parte, desde una perspectiva más empírica, también podemos observar que en la mayoría de los trabajos, las situaciones de crisis y declive analizadas solo estudian de manera parcial el proceso de reestructuración, atendiendo solo a las causas (FRANCIS y DESAI, 2005) o a las consecuencias (FERRIER *et al.*, 2002), siendo destacable un análisis temporal más amplio solo en casos muy aislados (por ejemplo, RUIZ-NAVARRO, 1998; BALGOBIN y PANDIT, 2001). También es reseñable el hecho de un sesgo investigador hacia el estudio de procesos de reestructuración de grandes empresas actuando en sectores bastante heterogéneos entre sí (PANDIT, 2000; RASHEED, 2005), generalmente utilizando bases de datos de naturaleza secundaria, que focalizan su atención exclusivamente sobre las variables financieras sin adquirir prácticamente ningún protagonismo las variables estratégicas o aquellas de naturaleza más cualitativa.

Por todo ello, el objetivo de este trabajo es doble: a) analizar los determinantes organizativos de la respuesta estratégica frente a un declive y b) estudiar el resultado que esas respuestas tienen en la supervivencia de las empresas. En el ámbito conceptual nos inspiramos en el modelo conciencia-motivación-habilidad (CHEN, 1996). Este modelo nos permite incorporar no solo variables estructurales observables sino también variables perceptuales, de manera que conseguimos una visión más completa de la influencia de los determinantes organizativos claves en la respuesta estratégica. En el ámbito empírico, el estudio se aplica a una muestra de PYMES muy similares entre sí: todas pertenecen al mismo SMT (textil-confección), están localizadas próximas entre ellas y, además, comparan el hecho de estar afiliadas a la misma asociación de empresarios.

Adicionalmente, el trabajo tiene diferentes contribuciones empíricas. Ampliar el conocimiento de los determinantes organizativos claves en la respuesta estratégica al ámbito de la PYME supone un importante avance dada la escasez de trabajos al respecto. Al mismo tiempo, analizar desde una perspectiva longitudinal el resultado de la respuesta estratégica sobre la supervivencia de la empresa permite guiar de manera más eficaz a los responsables de esas empresas en la tarea de cambiar la trayectoria de declive en la que se hallan sumidos.

La estructura del trabajo se articula en cinco apartados. La siguiente sección establece el marco conceptual sobre el que analizamos los determinantes y el resultado de la respuesta estratégica de las empresas frente al declive. Dicho marco nos permite establecer un número de hipótesis que relacionan las características de los directivos, la actividad de la empresa y su *performance* financiera con la respuesta formulada por estos y la supervivencia asociada. El apartado tercero describe el diseño del estudio, mientras que el cuarto contrasta las hipótesis teóricas y analiza los resultados empíricos. El trabajo finaliza con la discusión y con una serie de conclusiones que tienen implicaciones tanto en el ámbito académico, como en el empresarial.

2. MARCO TEÓRICO E HIPÓTESIS

2.1. Marco conceptual

En la literatura sobre crisis, declive y reestructuración/*turnaround*¹ es posible identificar diferentes líneas de interés no excluyentes entre ellas. Un primer grupo de ellas enmarca un importante número de trabajos que estudian las causas por las que las empresas de un sector se hallan sumidas en una situación de declive. En este sentido, autores como BARKER y BARR (2002) sugieren un modelo dicotomizado en torno a dos grandes fuentes: externas e internas. Para estos autores las *causas* externas están relacionas con un incremento de la rivalidad mientras que las internas se asocian a errores en las estrategias definidas y su implementación.

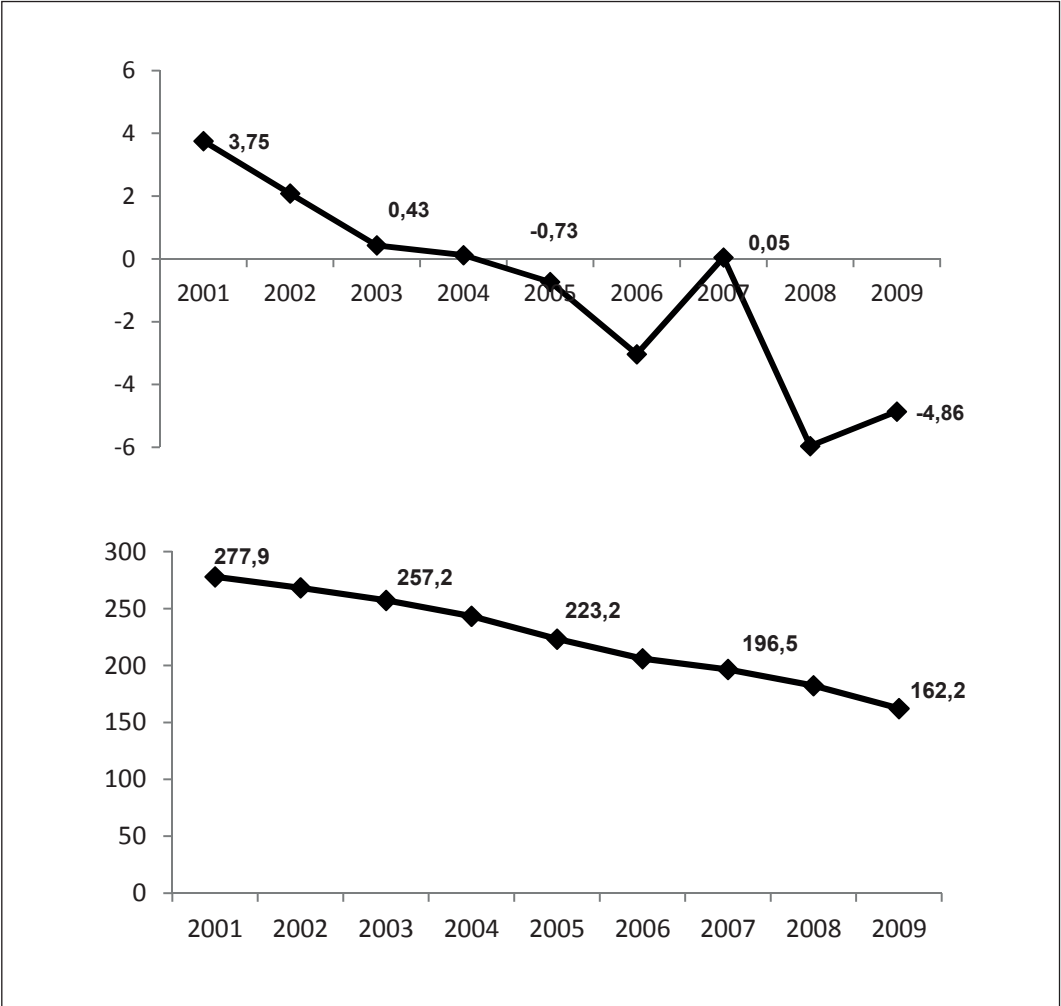
Otra línea de investigación ha analizado los efectos y el resultado que una situación de crisis presenta para la empresa y el área geográfica de interés donde se localiza. Desde una perspectiva más general se ha revisado la negativa evolución que experimentan diferentes indicadores, en su mayoría financieros aunque también de dinámica ocupacional (saldo en el número de empleos). De tal forma que, por ejemplo, la crisis a la que se enfrenta la industria textil española se está traduciendo en una pérdida continua de su rentabilidad financiera (ROA), cierres de empresas o en una continua reducción de empleados en ese sector. Concretamente, de acuerdo a los datos ofrecidos en la **figura 1** la rentabilidad media de los activos (ROA) se situó en valores próximos a cero o negativos (2003 = 0.43%, 2005 = -0.73%, 2007 = 0.05%, 2009 = -4.86%) y entre 2001 y 2009 se registró la pérdida de unos 120.000 empleos directos (-41%). Además, en lo relativo a la empresa, el análisis estratégico de los efectos de una crisis ha girado en comprender cómo la pérdida de recursos claves en el proceso de recuperación (empleados claves y confianza de los *stakeholders*²) se debilita comprometiendo su supervivencia. De hecho, algunas estadísticas como las que ofrece el REFOR (Registro de Economistas Forenses³) alertan de que menos del 10 por 100 de las PYMES que iniciaron un proceso concursal consiguen superarlo. Por su parte, en el ámbito territorial, tal y como es de esperar, un gran número de trabajos centran su atención en los costes originados por los empleos perdidos y por las consecuencias futuras o más ligadas a la regeneración de la zona (STABER, 2001). Este aspecto es de particular interés para los SMT como el textil que tienden a agruparse geográficamente en torno a *clusters* o distritos industriales (BOIX, 2009). En síntesis, los estudios que han analizado los posibles efectos y resultados de una situación de declive para las empresas manufactureras evidencian el grave riesgo de fracaso, mientras que los socioeconómicos alertan de elevados y dolorosos costes en términos de empleo.

¹ En este trabajo hemos traducido *turnaround* como reestructuración. Además entendemos como sinónimos una situación de crisis, de declive y de reestructuración o *turnaround*, y al igual que AROGYASWAMY *et al.* (1995) esa situación la definimos como *aquella en la que la empresa sufre una reducción continuada en el tiempo de sus resultados financieros hasta un nivel tal que la supervivencia de la misma se ve amenazada*.

² Es un hecho contrastado que cuando la empresa atraviesa serios problemas financieros los proveedores y clientes (*stakeholders*) repiensen el marco de relaciones hasta ese momento vigente. Los proveedores limitan y encarecen los pedidos y créditos, mientras que entre los clientes crecen las dudas sobre las posibilidades de que la empresa sea capaz de hacer frente a los compromisos y envíos pactados.

³ <http://www.refor.org/>

FIGURA 1. *Indicadores del declive de la industria textil española.*



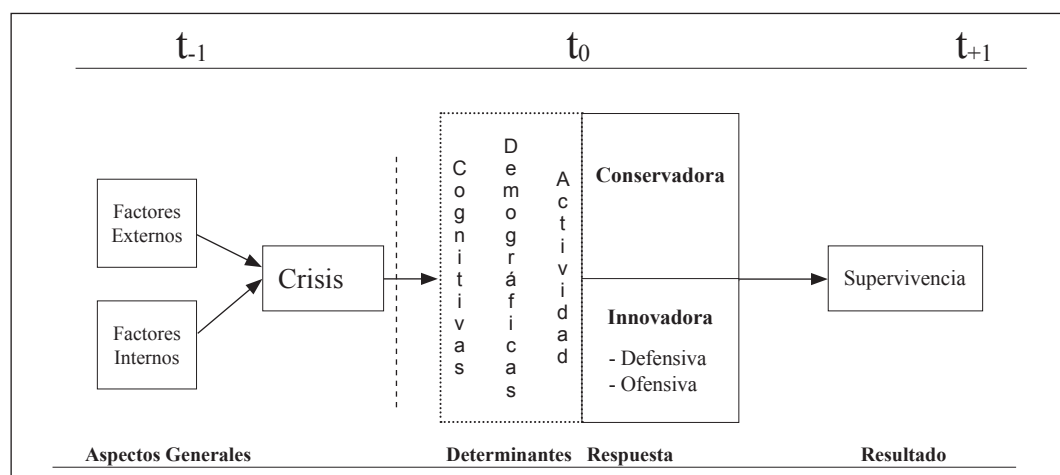
FUENTE: *Elaboración propia a partir de SABI (2011).*

Un tercer grupo de literatura sobre crisis, declive y reestructuración, el relativo a las respuestas, es el que tiene una cobertura más amplia, ya que es el encargado de identificar estrategias, estudiar el alcance o nivel de cambio estratégico implementado y analizar la *performance* de las distintas respuestas llevadas a cabo por las empresas, siendo en esta corriente investigadora donde parece existir una mayor controversia. Efectivamente, por un lado, porque las propuestas estratégicas más generales son todas ellas dependientes de la industria donde se opera y de los recursos con los que cuenta cada empresa para reorientar la situación de declive (BARKER y DUHAME, 1997). Por otro, porque aunque implícitamente se asuma que la diferente respuesta estratégica frente a una crisis no

es debida al mercado o desiguales dotaciones de recursos, existen determinantes organizativos que son críticos en la respuesta estratégica y, derivado de ello, en su resultado (ESCRIBÁ-ESTEVE *et al.*, 2009). En este sentido destacan los aspectos relacionados con las características *demográficas* del equipo directivo (LOHRKE *et al.*, 2004), sus *percepciones* (NADKARNI y BARR, 2008) o los propios de cada empresa (por citar algunos: el tamaño, recursos, *actividad*, propiedad, antigüedad, etc.).

En síntesis, nuestro trabajo se ubica dentro de esta línea de investigación, ya que nos centramos en los determinantes organizativos relacionados con el equipo directivo (cognitivos y demográficos) y la actividad de la empresa, asumiendo que entre similares empresas la respuesta estratégica en sí misma jugará un importante rol en su resultado (supervivencia) (**figura 2**).

FIGURA 2. *Modelo conceptual.*



FUENTE: *Elaboración propia.*

2.2. Hipótesis de trabajo

En el establecimiento de las hipótesis se van a tener en cuenta tres elementos claves que, a lo largo del proceso de reestructuración influyen respectivamente en la decisión de actuar, en el signo y alcance de la acción estratégica y en el resultado de esta (CHEN, 1996): la conciencia, la motivación y la habilidad.

Conciencia

La conciencia es entendida como una condición necesaria para cualquier movimiento, hace referencia a la lectura e interpretación subjetiva que en un momento dado (t_0) la organización hace de las condiciones de su entorno y de su situación interna. Si de ese análisis se concluye que no es necesario actuar, la organización permanecerá sin cambios destacables (conservadora).

De acuerdo con autores como MCKINLEY (1993), una de las principales razones que explican la respuesta conservadora tiene su origen en la forma en la que los directivos perciben la situación de declive/crisis. Si estos perciben que la crisis es coyuntural o cíclica los esfuerzos renovadores y de cambio van a ser mucho menores que si esta se percibe como estructural (PLA *et al.*, 2007). Además, esa propuesta conservadora podría verse reforzada porque en un pasado más reciente (t-1) los resultados financieros no han sido tan malos como podría esperarse.

De igual forma, en la literatura existe cierta coincidencia en afirmar que, ante unos mismos estímulos, aspectos como el carácter familiar de las empresas moderarán el alcance del cambio estratégico. En general, las empresas dirigidas por sus fundadores tienden a involucrarse mucho más en sus entornos locales, asumiendo una serie de compromisos que en situaciones de crisis imponen inercias y reticencias al cambio (LATHAM y BRAUN, 2009).

Asimismo, cuanto mayor es el nivel de globalización, las cualidades que los directivos deben reunir para hacer frente a esa situación son más exigentes (HERRMANN y DATTA, 2005). Eso implica que los directivos deben ser capaces de moverse en entornos cargados de incertidumbre y tener amplios conocimientos de *management*. Sin esos conocimientos, las empresas de estos sectores no percibirán la necesidad de cambio o sus respuestas serán menos arriesgadas.

En síntesis, dado el desigual efecto que la globalización ha registrado en la industria textil-confección (PUIG *et al.*, 2009), en los SMT un rasgo de sus empresas es el carácter familiar de las mismas (ESCRIBÁ *et al.*, 2009) y, como ponen de manifiesto PLA-BARBER *et al.* (2007), en los SMT al frente de sus empresas destacan personas con una amplia experiencia técnica en el sector, pero que en muchos casos adolecen de un nivel formativo adecuado a la situación en la que se hallan inmersos; podemos afirmar desde el ángulo de la conciencia que, entre empresas de similares características, es más probable que una respuesta conservadora esté asociada con una percepción de que la situación de declive es coyuntural, con una misión más institucionalizada (mayor presencia de directivos-propietarios y un menor grado de formación) y unos resultados financieros pasados mejores.

H.1. *Entre empresas de similares características, es más probable que una respuesta conservadora esté asociada con una percepción de que la situación de declive es coyuntural, con una misión más institucionalizada (mayor presencia de directivos-propietarios y un menor grado de formación) y unos resultados financieros mejores.*

Motivación

La motivación está estrechamente ligada a la conciencia, ya que algunos factores de tipo cognitivo influyen en ambas variables del modelo: solo si se concluye que es necesario actuar, existirá la motivación para implementar una reorientación estratégica (innovar).

De acuerdo con la literatura, la diferente respuesta de cada empresa puede ser analizada desde una doble perspectiva psico-sociológica y de actividad. Ante un mismo entorno competitivo (t0) los individuos se sentirán motivados a responder de forma diferente en función de una serie de atributos (t-1) basados en su experiencia (HAMBRICK y MASON, 1984) y del *fit* existente entre las aspiraciones de la empresa y su rendimiento financiero pasado (CYERT y MARCH, 1963).

De acuerdo a la tipología propuesta por ROBBINS y PEARCE (1992) en una situación de declive las respuestas innovadoras de las empresas pueden ser caracterizadas según su signo sea defensivo u ofensivo. En un primer estadio del proceso, el denominado *defensivo*, las empresas persiguen incrementar sus niveles de eficiencia y obtener financiación a través de medidas como la venta de activos y reducción de plantillas, en unos casos con el propósito de mantenerse en el sector y en otros de abandonarlo. Si optan por continuar, pasan a un segundo estadio denominado *ofensivo*, donde el alcance de sus respuestas se basa en el desarrollo de opciones estratégicas tendentes a reorientar la actividad hacia otros productos y mercados que ofrecen unas mejores expectativas.

BARKER y DUHAIME (1997) hipotetizan sobre tres elementos que de forma independiente van a marcar el signo de la reorientación estratégica de la respuesta ($t-1 + t0$): a) la percepción de las causas por las que se está en esa situación; b) la valoración que se hace de la industria a la que esta pertenece y c) los resultados financieros registrados por la propia empresa.

Si los directivos perciben que la negativa situación que afecta a sus empresas no puede ser controlada, implementarán respuestas de menor compromiso esperando la ayuda externa, tendiendo a reorientaciones estratégicas con un bajo grado de compromiso y esfuerzo (TAN y SEE, 2004).

Por otra parte, se debe considerar el hecho de que los SMT lo conforman en su gran mayoría PYMES que suelen agruparse en *clusters*/distritos industriales donde normalmente predomina una actividad principal (subsector). La literatura está poniendo de manifiesto que esos territorios y subsectores están registrando resultados opuestos (PUIG y MARQUES, 2010). El origen de dicha heterogeneidad se encuentra en que muchas de sus empresas y áreas han sabido orientar y reorientar su actividad hacia aquellos segmentos menos afectados por el entorno, como son los que incorporan un mayor valor añadido (*high-tech*), mientras que otras se hallan inmersas en actividades intensivas en mano de obra (*low-tech*) con unas posibilidades muy reducidas de competir y hacer frente a los cambios del mercado, registrando unas tasas de mortalidad muy altas (STABER, 2001). Por ello, el signo y alcance de la reacción dependerá en buena medida de la actividad principal de la empresa (y del territorio).

Además, para iniciar el proceso de *turnaround* se necesitan suficientes recursos para llevarlo a cabo. Dichos recursos están positivamente asociados con los resultados financieros pasados de la empresa y son los que en última instancia dictan las opciones estratégicas a seguir por esta. De tal forma que cuando la amenaza de la no supervivencia es un hecho palpable se recurrirá más a acciones de tipo defensivo como son, por ejemplo, la reducción de las plantillas o medidas de ahorro en los costes operativos (CASTROGIOVANNI, 1991; FRANCIS y DESAI, 2005).

En definitiva, cuanto más se atribuye la causalidad a aspectos externos, más desfavorable es la evolución de la empresa en relación con su sector y peores son los resultados financieros, mayores presiones tendrán los directivos para acometer cambios de tipo más defensivo. Esa idea se resume en la siguiente hipótesis:

H.2. *Entre empresas de similares características, es más probable que la motivación de una respuesta defensiva esté asociada con una percepción de que la situación de declive es estructural y poco controlable, con un mayor desajuste con las exigencias del entorno y unos peores resultados financieros.*

Habilidad

En este trabajo la habilidad se entiende como el hecho de adoptar la respuesta estratégica que para cada caso resulte más adecuada. Como discuten HITT *et al.* (1998) la acción estratégica realmente puesta en marcha por la empresa dependerá de una amplia variedad de factores íntimamente ligados al reconocimiento de la necesidad de acción, a la valoración realizada sobre la situación de la empresa y a los recursos disponibles. Por su parte, en última instancia, el éxito del proceso de reestructuración dependerá de la habilidad directiva en reconocer la nueva situación y actuar adecuadamente. Específicamente, trabajos como los de ROBBINS y PEARCE (1992) o FILATOTCHEV y TOMS (2003) sugieren que en industrias maduras como la textil, el éxito del proceso y la supervivencia de la empresa es función de una adecuada reacción a la situación de declive y de la habilidad en adoptar las estrategias más eficaces.

En definitiva, podríamos concluir que las PYMES manufactureras tradicionales (textiles) que reconocieron que la progresiva globalización y declive en la que su subsector se encontraba exigía de una respuesta estratégica y, que a su vez, alinearon más eficazmente sus recursos (directivos y financieros) y actividad a las exigencias derivadas de ese proceso, posteriormente podrían encontrarse en una situación mucho más favorable ($t_0 + t+1$). Mientras que en el otro polo, se encontrarían aquellas empresas que no tuvieron la habilidad para reconocer la necesidad de responder y el signo de dicha respuesta. Esto se resume en la siguiente hipótesis:

H.3. *Las empresas que se orientaron estratégicamente de forma más eficaz sobreviven más que las que se orientaron menos eficazmente.*

3. DISEÑO DEL ESTUDIO

Muestra

Dado que este trabajo pretende analizar por qué en una situación de crisis/declive se exhiben comportamientos estratégicos diferentes por parte de empresas similares y determinar cuál es el efecto de esas respuestas, hemos empleado datos provenientes de dos fuentes: primaria (cuestionario) (**tabla 1**) y secundaria (base de datos SABI ⁴).

TABLA 1. *Ficha-resumen de los datos primarios.*

Ámbito: España.
Universo: La totalidad de las 570 empresas que por esas fechas estaban asociadas a ATEVAL (Asociación de Empresarios Textiles).
.../...

⁴ Una de las más extendidas bases de datos de empresas españolas es SABI (Sistema de Análisis de Balances Ibérico), la cual está compilada conjuntamente por Bureau Van Dijk e Informa empleando datos recogidos del «Registro Mercantil». La base de datos SABI ofrece la posibilidad de obtener información de tipo financiero o estructural (antigüedad de la empresa o estado) desagregando tanto a nivel geográfico como sectorial. Algunos ejemplos de su empleo en trabajos de investigación de empresas manufactureras españolas puede verse en ESCRIBA-ESTEVE *et al.* (2009) o PUIG *et al.* (2009).

.../...

Tamaño de la muestra: El cuestionario fue contestado correctamente por 158 PYMES, lo que significa un índice de respuesta superior al 27 por 100.

Margen de error de la muestra: El $\pm 6,1$ por 100 de error muestral, trabajando con un nivel de significación del 5 por 100.

Fechas: La recogida de datos se realizó durante los meses de junio, julio, agosto y septiembre de 2005.

Método de trabajo: Para la recogida de la información se utilizó un cuestionario con diferentes preguntas semicerradas relativas a las características de los directivos, de la empresa y de distintas opciones estratégicas. Para medir esto último el instrumento de medida utilizado fue una escala tipo *Likert* de 5 puntos que variaba desde *nada necesaria* (1) a *muy necesaria* (5).

Proceso de recogida: El cuestionario se remitió a todas las empresas que pertenecen a ATEVAL acompañados de una carta firmada por los dos altos cargos de la asociación. En septiembre se hizo un segundo envío. Los cuestionarios fueron remitidos en su mayoría por correo y puntualmente por fax.

FUENTE: *Elaboración propia.*

Debemos notar que el hecho de complementar los datos primarios con aquellos provenientes de otras bases nos permite transformar un estudio *cross-section* en otro longitudinal, así como utilizar datos de corte financiero que son difícilmente obtenibles por otro método. Además, el uso de una muestra tan concentrada en un área geográfica y en una actividad como la textil, o la utilización de escalas (cuestionario), presentan la ventaja de evitar distorsiones y sesgos derivados de otros efectos como el del territorio, la industria y las diferentes interpretaciones de las entrevistas cualitativas.

Variables

Las variables dependientes e independientes de nuestro estudio han sido definidas de acuerdo con nuestras hipótesis. Concretamente, la variable dependiente de las hipótesis relativas a la conciencia y motivación (H1 y H2) es el resultado de un **análisis cluster**; por su parte, la variable dependiente de la hipótesis relativa a la habilidad (H3) ha sido calculada en función de la **supervivencia** de la empresa a 31 de diciembre de 2010. Concretamente, para cumplir con el segundo de los propósitos, estudiar el efecto de la respuesta estratégica en la supervivencia de la empresa, se ha empleado como variable dependiente el estado de la empresa (0 = No activa, 1 = Activa) de acuerdo con el estado registrado por estas en la base de datos.

Como principal resultado de ese análisis *cluster* tres tipos de respuestas u orientaciones estratégicas fueron observadas: conservadora, defensiva y ofensiva. El grupo de empresas que denominamos *Conservadora* está formado por el 43 por 100 de la muestra. Para los directivos de este grupo de empresas, el grado de necesidad de las estrategias que le fueron propuestas fue prácticamente nulo (valores entre 1 y 2). El grupo definido como de empresas *Defensivas* lo conforma el 21 por 100 de las empresas. Estas presentan como centros de las estrategias en la mayoría de los casos los valores 3 y 4. Esto significa que la percepción sobre el grado de necesidad de las estrategias propuestas es importante y por ello innovadora. Sin embargo, las puntuaciones medias que alcanzan las opciones más radicales muestran un alto grado de alcance estratégico en acciones como la venta de activos y reduc-

ción de plantillas. El grupo clasificado como de empresas *Ofensivas* tiene el 36 por 100 de empresas restantes. Estas integran el conglomerado con centros en valores bajos y altos, pero con la particularidad, frente a los otros dos, de que en este las puntuaciones medias más bajas se sitúan en las opciones más radicales y, las más altas, en las estrategias más proactivas.

Por su parte, las siete variables independientes (5 *dummies*⁵ y 2 continuas) empleadas en este estudio se listan en la **tabla 2**. En la misma se pueden distinguir cuatro grupos: factores cognitivos, demográficos, de actividad y control.

TABLA 2. Descripción de las variables independientes (H1 y H2).

	Nombre	Abrev	Descripción	Valores
Factores cognitivos	Percepción del entorno	PE	Valoración situación actual	1 = Mala 2 = Regular 3 = Aceptable
	Liderar el cambio	LC	Grado de control sobre la situación	0 = Administración u otros agentes 1 = Propio empresario
Factores demográficos	Relación contractual	RC	Tipo de relación contractual	0 = Propietario directivo 1 = Directivo profesional
	Formación universitaria	FU	Nivel de estudios	0 = Otros excepto superiores 1 = Estudios superiores
Actividad	Subsector de actividad	SB	Subsector actividad textil	0 = Low-tech 1 = High-tech
	ROA	ROA	ROA media del periodo	Beneficio Operativo Total activos
Control	Antigüedad	AGE	Edad	(2005 Fecha constitución)

FUENTE: *Elaboración propia.*

Factores cognitivos. Este grupo lo forman las variables que mejor simbolizan las imágenes mentales (subjetivas) que los directivos tienen respecto a su entorno y que influyen significativamente en la toma de decisiones (BOURGEOUS, 1980). En este trabajo se han distinguido dos formas de representación: a) la **percepción del entorno**, el contexto o situación en el que en ese momento se halla inmersa la empresa (mala, regular o aceptable), entendido ese elemento como un punto de atención clave sobre el que posteriormente los directivos desarrollarán las distintas respuestas, y b) **liderar el cambio** o la lógica causal atribuida a esa situación (ajena o propia) en la relación unidireccional causa-efecto establecida entre el entorno y la estrategia (NADKARNI y BARR, 2008).

⁵ La *dummy* relativa a la *Percepción del entorno* (PE) toma 3 valores de 1 a 3, tomando el valor 1 si una actitud pertenece a una percepción dada y 0 en el resto de los casos. La *dummy* relativa a *Liderar el cambio* (LC) toma el valor 1 cuando el entrevistado opina que es el propio directivo el que debe hacer a la situación y 0 para el resto de los casos (Administración Autonómica, Nacional u otros organismos europeos); la definida para la *Relación contractual* (RC) toma el valor 1 cuando el entrevistado mantiene con la organización una relación contractual del tipo Directivo profesional y 0 cuando es de Propietario directivo; la *dummy* *Formación universitaria* (FU) toma el valor 1 cuando el entrevistado declaró tener finalizados estudios universitarios y 0 para el resto de los casos; mientras que la del *Subsector de actividad* (SB) toma el valor de 1 cuando la empresa tiene como actividad principal alguna que cabe incluirla dentro de los Textiles de Hogar y Técnicos (*high-tech*) y 0 para el resto de los subsectores (*low-tech*).

Factores demográficos. Desde la literatura de *Upper Echelons* (HAMBRICK y MASON, 1984), se concluye que las empresas son el reflejo de su equipo directivo. Esa influencia puede hacerse extensiva a las respuestas estratégicas en periodo de declive (BOEKER, 1997). Y si bien existen muchos indicadores (edad, formación, experiencia, sexo, etc.), normalmente correlacionados entre sí (CARPENTER *et al.*, 2004), en este trabajo empleamos la **relación contractual** (si el directivo lo es de una empresa propia o familiar, o si es un directivo profesional) y la **formación universitaria** (nivel de estudios).

Actividad. Subsector y ROA. Dado que esta investigación persigue aislar en la interacción entre los distintos factores organizativos analizados aquellos efectos cuyo origen se encuentre en la actividad y en los resultados financieros pasados, se han distinguido dos tipos de actividad textil: a) las intensivas en capital e innovación o *high-tech* [el subsector de Textiles Hogar-Técnicos –CNAE.93, epígrafes 17.4 y 17.5–] y b) las intensivas en mano de obra o *low-tech* (resto de subsectores) (PUIG y MARQUES, 2010). Por otra parte, se ha introducido la variable ROA (**Return On Assets**) del periodo de más influencia en el momento del análisis (2003-2004-2005). Se trata de un indicador del resultado financiero de la empresa. Es muy útil para comparar la evolución de la rentabilidad de un año a otro y entre empresas del mismo sector (PUIG *et al.*, 2009).

Control. Para considerar la influencia de otras características de la empresa, y debido a la fuerte correlación observada con el número de empleados y los activos, hemos utilizado la **antigüedad**, *proxy* proporcionada por el número de años que la empresa lleva en funcionamiento. El dato utilizado ha sido el valor registrado por SABI como resultado de la resta entre 2005 y la fecha de constitución. Finalmente, para garantizar la normalidad de la distribución y reducir el efecto de los valores más altos de la muestra esa variable fue transformada logarítmicamente (HAIR *et al.*, 2000).

Análisis estadístico

Dado que la utilización de una técnica u otra estadística debe estar en función de los objetivos de la investigación y de la naturaleza de los datos (HAIR *et al.*, 2000) y puesto que uno de los propósitos del presente trabajo se basa en un análisis de los determinantes de cada respuesta estratégica de las tres tipificadas (*conservadora, defensiva y ofensiva*), las cuales son variables cualitativas nominales y no ordinales, se ha aplicado la técnica estadística de la Regresión Logística Multinomial. Esa técnica estadística es recomendable cuando la variable dependiente es categórica (toma más de dos valores) y alguna de las independientes también (AGRESTI, 2002).

Para el estudio del resultado de la respuesta estratégica en la supervivencia de la empresa se han utilizado tablas de contingencia. Para el tratamiento de los datos se ha recurrido a las opciones gráficas de la hoja de cálculo Excel así como al paquete estadístico SPSS-15.0

4. CONTRASTE DE HIPÓTESIS Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

La **tabla 3** muestra los estadísticos descriptivos y correlaciones de Pearson de las variables explicativas de nuestra investigación. Conviene destacar que todas las correlaciones son modestas, no resultando ser ninguna de ellas mayor de 0.37 (HAIR *et al.*, 2000), mostrando así que no hay multicolinealidad y por tanto que el aporte explicativo de cada variable es complementario.

TABLA 3. Estadísticos descriptivos y coeficientes de correlación.

		Media	D. T.	1	2	3	4	5	6
1	ROA	-0.133	6.35						
2	AGE	2.96	0.73	-0.12					
3	PE	1.39	0.68	0.37**	-0.04				
4	LC	0.38	0.49	0.04	0.13	0.02			
5	RC	0.35	0.48	-0.20**	0.13	-0.02	0.07		
6	FU	0.60	0.49	-0.05	0.10	0.09	0.02	0.22**	
7	SB	0.52	0.50	0.03	0.25**	0.05	0.04	0.15*	0.17*

Nota: (**) significativo al 5 por 100; (*) significativo al 10 por 100.

FUENTE: *Elaboración propia.*

Los resultados de la regresión multinomial se muestran en la **tabla 4**. El modelo contrasta entre toda la muestra (158 empresas) los determinantes de cada respuesta ante una situación de declive. Además, dicha tabla también contiene los coeficientes y su signo asociado ⁶.

TABLA 4. Resultados de las hipótesis 1 y 2.

	Conservadora vs. Defensiva	Conservadora vs. Ofensiva	Defensiva vs. Ofensiva
AGE	0.425	0.543	0.118
PE	-4.105**	-4.455**	2.852
LC	0.014	1.420***	1.406**
RC	1.706***	1.242***	-0.463
FU	0.998*	1.244**	0.246
SB	-1.553**	-0.089	1.464**
ROA	-0.042	0.005	-0.037
R ² Nagelkerke = 0.521 - 2 log Likelihood = 226.820			
Probabilidad clasificación correcta	Conservadora = 76.6 por 100 Defensivas = 46.4 por 100 Ofensivas = 63.5 por 100		
% medio clasificación 66.0 por 100			**p<0,05; ***p<0,01

FUENTE: *Elaboración propia.*

⁶ El coeficiente indica la relativa importancia de cada variable para discriminar entre los grupos, y los asteriscos muestran qué coeficientes pueden considerarse como significativos. Asimismo, el signo indica la relación (positiva o negativa) que existe entre la categoría considerada y la de referencia (para facilitar el análisis siempre es el de mayor valor), siendo su interpretación similar al de una regresión lineal donde deberíamos diferenciar entre variables cuantitativas y cualitativas. Mientras que en las variables cuantitativas los coeficientes se interpretan como el incremento que produce en la variable dependiente un aumento unitario de la variable independiente; en las cualitativas significan el incremento que produce en la variable dependiente el hecho de pertenecer a una categoría respecto de otra que se denomina de referencia.

Los resultados obtenidos apoyan la primera de las hipótesis planteadas: es más probable que una respuesta conservadora esté asociada con una conciencia de que la situación es coyuntural y poco controlable, con un equipo directivo de carácter familiar, y un menor grado de formación. Sin embargo, contrario a lo que esperábamos, no está asociada a unos resultados pasados positivos y mejores.

Efectivamente, las variables utilizadas en la función discriminante de la hipótesis 1 son significativas (excepto el ROA). El signo negativo de la percepción del entorno (-4.105 o -4.455) nos indica que la probabilidad de estar clasificado en una categoría tal como Defensiva u Ofensiva es menor respecto a la Conservadora a medida que la percepción del entorno mejora (1 = mala, 2 = regular y 3 = aceptable). Por el contrario, el signo positivo de los otros coeficientes significativos del modelo tales como la relación contractual (1.706 y 1.242) y formación universitaria (0.998 y 1.244) nos alertan de que la probabilidad de que la empresa esté dentro de las Conservadoras es menor a medida que aumentan los valores de estas variables, por tanto es más probable encontrar directivos-profesionales y gerentes con estudios superiores en el grupo de empresas que si reaccionan (ofensiva o defensivamente).

La cuestión que ahora subyace (hipótesis 2) es qué variables influyen en el signo de la respuesta Defensiva u Ofensiva (tercera columna). Los resultados obtenidos indican que ni la antigüedad ni el ROA entre ambos grupos difieren significativamente. Esto conecta con la idea relativa a que entre las PYMES una mayor dotación de activos no supone un factor que influye en las respuestas a adoptar. Además, la no significatividad en el ROA no es sorprendente: en el grupo de empresas ofensivas la probabilidad de encontrar empresas con diferentes niveles de resultados (aspecto vinculable al diferente estadio del proceso de reorganización en el que se encuentran) haría que las medias no difirieran significativamente. Sin embargo, la significatividad de signo positivo en las variables relativas a los factores cognitivos de liderar el cambio (1.406) y de subsector (1.464) está en línea con la hipótesis formulada. De acuerdo con ello, las empresas ofensivas creen que es el propio empresario el que debe hacer frente a la situación y compiten en un subsector que podríamos catalogar como ganador.

En síntesis, los datos obtenidos ratifican la conclusión relativa a que las empresas defensivas y ofensivas (grupos de referencia superior) están asociadas con directivos profesionales que poseen formación universitaria y que consideran que el cambio depende de ellos. Además, el signo negativo vinculado a la percepción de entorno indica que la probabilidad de encontrar opiniones relativas a una situación más optimista disminuye al pasar a cualquiera de esos dos grupos de referencia. Además, relativo al contraste entre las empresas defensivas y las ofensivas, el signo positivo vinculado al subsector de actividad y a liderar el cambio indica que la probabilidad de dedicarse a una actividad «ganadora» o encontrar opiniones coincidentes con que son los propios empresarios los que deben hacer frente a la crisis aumenta al pasar al grupo de las ofensivas.

Respecto a la validez del modelo planteado ⁷, el porcentaje medio de casos correctamente clasificados es del 66 por 100. Ese nivel de capacidad clasificatoria es mucho más elevado de lo que cabría esperar por el azar (HAIR *et al.*, 2000).

⁷ Para juzgar la capacidad explicativa del análisis se ofrecen distintos estadísticos (R² Nagelkerke y $-2 \log$ Likelihood). El primero ofrece información sobre el porcentaje de variación explicada (Nagelkerke = 0.53). El otro estadístico contrasta la bondad del ajuste donde el valor relativamente bajo del mismo (226.820) nos indica buenos ajustes.

La hipótesis 3 establece que las empresas que durante el proceso de *turnaround* se orientaron o reorientaron estratégicamente de manera más eficaz registrarán una mejor tasa de supervivencia. El argumento que subyace es que la respuesta a un declive por parte de una PYME no es único, depende del ajuste de la actividad y de los recursos directivos a las exigencias derivadas del nuevo entorno competitivo al que se enfrentan (globalización). Dado que en este caso deseamos conocer el grado de asociación y/o dependencia entre variables cualitativas vamos a recurrir a las tablas de contingencia (AGRESTI, 2002).

Los resultados del contraste se muestran en la **tabla 5**. La información que se recoge en cada una de las celdas se estructura de la siguiente manera: a) recuento o frecuencia observada de empresas activas y b) residuos corregidos. Estos últimos han sido obtenidos a partir de las diferencias entre las frecuencias observadas y las frecuencias que realmente habríamos obtenido en el caso de que no hubiera relación entre las dos variables, pero que se corrigen estadísticamente por el tamaño de las frecuencias de cada categoría y por la varianza de las celdas.

TABLA 5. Resultados de la hipótesis 3.

	Conservadoras	Defensivas	Ofensivas
Recuento ACTIVAS	62	23	47
Residuos corregidos	+2.2**	-2.0**	-0.6
Recuento NO Activas	6	9	11
Residuos corregidos	-2.2**	+2.0**	+0.6
*p< 0,1; **p< 0,05; Sig. = 0,04; V de Cramer = 0.200			

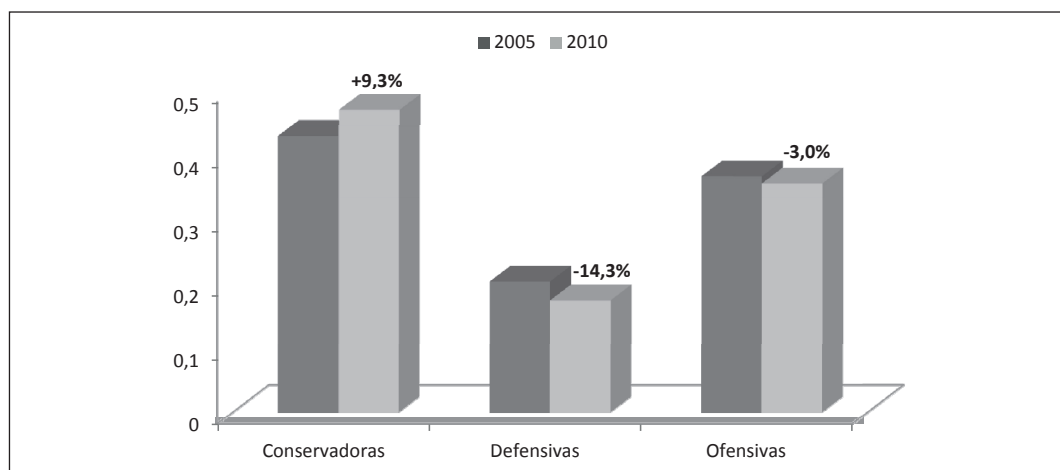
FUENTE: Elaboración propia a partir de SABI (2011).

El estudio de los residuos corregidos permite medir hasta qué punto la relación entre ambas variables comparadas está solo presente en nuestra muestra, fruto del azar, o si es probable que también se dé en la población de la que extrajimos la muestra. Para ello, observamos el valor del residuo corregido en cada celda. Como se observa que en la celda ACTIVAS/Conservadoras el valor de los residuos corregidos (+2.2) es superior al límite establecido (+/- 1,96) esa diferencia puede considerarse significativa al 95 por 100 (de este grupo hay más empresas supervivientes de las que cabría esperar). Para el caso de ACTIVAS/Defensivas (residuos = -2.0) podemos indicar que hay significativamente menos empresas vivas de las que estadísticamente cabría esperar. Sin embargo, para la celda ACTIVAS/Ofensivas, dado que el residuo corregido (-0.6) es inferior al límite establecido, se puede concluir que en este caso la diferencia no es significativa: las empresas que realmente han sobrevivido y las que se esperaba que lo hicieran coinciden.

En definitiva, los registros que arroja el estado de las empresas de la muestra requieren un análisis adicional. Por un lado, entre 2006-2010 nuestra muestra ha pasado de 158 empresas a 132 (han cesado su actividad 26 empresas), esto supone el -20 por 100, resultado que está en consonancia con la desfavorable dinámica seguida por el sector en España. Por otro, la **figura 3** muestra tres trayectorias. Una primera (empresas conservadoras) que aunque han cerrado seis de ellas el saldo

final respecto al global de la muestra ahora es el más favorable (+9.3%). La segunda es el de las empresas defensivas, que recogen el cierre porcentual de empresas más numeroso. La tercera y última trayectoria es la seguida por las innovadoras, que aunque han cesado 11 de ellas, porcentualmente respecto a la muestra se podría afirmar que ese grupo se ha mantenido casi sin cambios.

FIGURA 3. *Evolución de las empresas de la muestra (2005-2010).*



FUENTE: *Elaboración propia a partir de SABI (2011).*

De hecho, en la figura se pone de manifiesto que frente a la crisis en la que se halla inmerso el sector textil-confección español ni las respuestas son homogéneas ni tampoco el resultado en términos de supervivencia asociado a las mismas. En otras palabras, frente a un declive originado por la globalización (progresivo) se puede actuar tanto desde diferentes frentes como niveles que comprometen la actividad de la empresa y sus recursos directivos.

5. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

Este trabajo ofrece una sólida evidencia empírica de la influencia que tienen ciertos determinantes organizativos a lo largo de un proceso de crisis y reestructuración. Además, con el análisis de la supervivencia, complementa la visión más establecida con la incorporación de datos de carácter longitudinal provenientes de PYMES pertenecientes todas ellas a un sector en declive de los denominados manufactureros tradicionales.

Por otra parte, basándonos en el modelo conciencia-motivación-habilidad (CHEN, 1996), hasta ahora inédito en este tipo de estudios, cuestiona investigaciones previas y asentadas en la literatura como la de ROBBINS y PEARCE (1992), al evidenciar cómo en declive la respuesta estratégica es

contingente y, por tanto, no necesariamente debe seguir el patrón secuencial defensivo-ofensivo propuesto por estos autores.

De los análisis realizados se han obtenido tres conclusiones principales: 1) que existen diferentes reacciones frente a una crisis, 2) que en el alcance y signo de esas reacciones influyen unos determinantes organizativos y 3) que para hacer frente a la situación en la que está sumida esta industria la mejor respuesta/orientación parece ser la ofensiva.

Los hallazgos obtenidos revelan que la desigual reacción o respuesta ante el declive tiene su origen en la interpretación subjetiva que el equipo directivo hace de las causas que provocaron dicha situación (externas o internas). De forma que, como argumenta CHEN (1996), una correcta identificación del problema es clave para avanzar en su solución. Además, en un segundo estadio, que puede coincidir o no en el tiempo, es fundamental la implementación de las adecuadas estrategias (defensivas u ofensivas) que inviertan el declive. En este caso, junto a las características demográficas del directivo, se debe considerar otro determinante como es la actividad de la empresa (subsector). Esos resultados están en línea con investigaciones previas más generales (WIERSEMA y BANTEL, 1992; LATHAM y BRAUN, 2008) y específicas o llevadas a cabo en el ámbito español (ESCRIBÁ-ESTEVE *et al.*, 2009; PUIG *et al.*, 2009).

En otras palabras, la desigual conciencia del equipo directivo respecto del contexto competitivo de sus empresas se halla en factores demográficos (directivos-propietarios con un menor grado de formación) y unos resultados financieros pasados menos negativos. Como sugieren PLA-BARBER *et al.* (2007), la conjunción de ambos aspectos lleva a que estos interpreten la situación como de menor urgencia. Por su parte, la implementación de una estrategia más defensiva, lejos de tener su origen en una falta de recursos parece encontrarse en la causalidad atribuida y en un desajuste estratégico. Esto nos permite afirmar que cuanto más crean los responsables que la crisis es incontrolable y peor sea el argumento competitivo desarrollado por la empresa mayor motivación tendrán estos para implementar estrategias de tipo defensivo.

Esas conclusiones relativas al binomio conciencia-motivación arrojan alguna luz sobre las causas del desacuerdo existente sobre las estrategias a desarrollar en situaciones de crisis y declive, al menos en las PYMES de SMT. Dichas conclusiones sugieren que la eficacia de la respuesta estratégica es función del contexto competitivo de la empresa y de los factores específicos asociados a esta (BARKER y DUHAIME, 1997; FILATOTCHEV y TOMS, 2003), especialmente aquellos más vinculados con su equipo directivo (percepciones y acciones) y subsector de actividad.

Sin embargo, aunque parece existir cierto acuerdo en la literatura en relacionar una peor *performance* con una menor habilidad en implementar las estrategias (TAN y SEE, 2004) nuestro trabajo solo ha encontrado soporte estadístico suficiente para validar esa hipótesis en el caso de la respuesta defensiva. Si bien es cierto que los residuos son los esperados las diferencias estadísticas no han sido significativas para el grupo de las ofensivas. Posiblemente, este hecho sea debido a que el periodo considerado no sea lo suficientemente amplio o que la técnica estadística no sea la más apropiada (por ejemplo, regresión de Cox).

En definitiva, del contraste de variables subjetivas y objetivas se ha obtenido una visión bastante amplia de los determinantes claves en la relación establecida (conciencia-motivación-habilidad)

que, **desde un punto de vista académico**, contribuye a incrementar el nivel de comprensión de la relación existente entre los determinantes organizativos analizados, la respuesta estratégica y los resultados (supervivencia) en una situación de declive.

A nivel directivo nuestro trabajo también tiene interesantes aportaciones, ya que sugiere a los responsables de esas empresas que sean conscientes de la necesidad de adoptar una actitud innovadora, aunque ello pueda motivar el adoptar reajustes en el equipo directivo, o el reducir en algunos aspectos su actividad (especialización) o su redefinición hacia segmentos más resistentes a la globalización (*high-tech*).

Desde un punto de vista político, se podría sugerir que las medidas tendentes a aumentar la tasa de supervivencia de las PYMES de los SMT deberían distinguir las respuestas y orientaciones estratégicas de las empresas. Eso implicaría que más allá de incentivar o rescatar a cualquier empresa con problemas (políticas reactivas), las acciones a desarrollar deberían tener su centro de acción en el apoyo a aquellas empresas más ofensivas (políticas proactivas). La base de este argumento se halla en la evidencia de que este grupo ya ha pasado la «selección natural» y responderán de forma más efectiva a cualquier estímulo. Para ello, un punto de partida podría ser el análisis de los determinantes organizativos que hemos denominados críticos y evidenciar una orientación ofensiva.

Por último, añadir que la evidencia obtenida en este estudio anima el debate académico en dos sentidos: a) respecto a la extensión de la literatura *Upper Echelons* hacia aquella más relacionada con el *turnaround*/reestructuración (BARKER y BARR, 2002) y b) en lo relativo a la del fracaso empresarial y la confrontación determinista *versus* voluntarista de la adaptación-supervivencia-mortalidad de las empresas (MELLAHI y WILKINSON, 2004).

Los resultados de este trabajo están, naturalmente, sujetos a una serie de limitaciones relativas a los datos y la definición de las respuestas/orientaciones estratégicas. En primer lugar, nuestras conclusiones se han obtenido a partir de una muestra de empresas manufactureras españolas pertenecientes al sector textil. Está por dilucidar si los resultados pueden generalizarse a otros países y otros SMT, aunque algunas evidencias apuntan en esa dirección. Una extensión de este trabajo sería poner a prueba la solidez del mismo en otros sectores tradicionales (por ejemplo, el calzado) y países tales como Italia o Portugal. En segundo lugar, los datos no ofrecen información sobre otros factores organizativos críticos en la competitividad del sector textil, ni a nivel directivo (demográficos y cognitivos), ni a nivel estructural (gastos, localización, crecimiento, etc.) o de estrategia (internacionalización, crecimiento, innovación, cooperación, etc.) y que deberían ser considerados en ulteriores investigaciones. La tercera es una cuestión relacionada con nuestra definición de declive como un efecto de la globalización sin medir con más precisión las causas de esa situación (coste financiero, reducción de créditos, disminución de la demanda, etc.). Por último, destacar que la delimitación del subsector *high-tech* ha sido en cierta medida arbitraria.

No obstante, a pesar de estas limitaciones, el presente trabajo contribuye al avance científico en un campo prácticamente inexplorado en la investigación sobre PYMES, los determinantes del comportamiento estratégico en situaciones de declive y crisis y el resultado asociado a este.

Bibliografía

- AGRESTI, A. [2002]: *Categorical Data Analysis*, 2.^a edición, Wiley.
- AROGYASWAMY, K.; BARKER, III V. y YASAI-ARDEKANI, M. [1995]: «Firm turnarounds: An integrative two-stage model: A retrospective look at a behavioral theory of the firm», *Journal of Economic Behavior & Organization*, vol. 66, n.º 1, págs. 1-6.
- BALGOBIN, R. y PANDIT, N. [2001]: «Stages in Turnaround Process: The Case of IBM UK», *European Management Journal*, vol. 19, n.º 3, págs. 301-316.
- BARKER, V. y BARR, P. [2002]: «Linking Top Manager Attributions to Strategic Reorientation in Declining Firms Attempting Turnarounds», *Journal of Business Research*, vol. 12, págs. 963-979.
- BARKER, V. y DUHAIME, I. [1997]: «Strategic Change in the Turnaround Process: Theory and Empirical Evidence», *Strategic Management Journal*, vol. 18, págs. 13-38.
- BOEKER, W. [1997]: «Strategic Change: The Influence of Managerial Characteristics and Organizational Growth», *The Academy of Management Journal*, vol. 40, n.º 1, págs. 152-170.
- BOIX, R. [2009]: «The empirical evidence of industrial districts in Spain», in BECATTINI G.; BELLANDI, M. y DE PROPIS, L. (ed.) *A Handbook of Industrial Districts*. Edward Elgar, Cheltenham, págs. 343-359.
- BOURGEOIS, L.J. [1980]: «Strategy and Enviroment: A Conceptual Integration», *Academy of Management Review*, vol. 5, n.º 1, págs. 25-39
- BOYLE, R.D. y DESAI, H.B. [1991]: «Turnaround Strategies for Small Firms», *Journal of Small Business Management*, vol. 29, n.º 3, págs. 33-42.
- BUCKLEY, P.J. y GHOURI, P.N. [2004]: «Globalisation, Economic Geography and the Strategy of Multinational Enterprises», *Journal of International Business Studies*, vol. 35, n.º 2, págs. 81-98.
- BUXEY, G. [2005]: «Globalisation and Manufacturing Strategy in the TCF Industry», *International Journal of Operations & Production Management*, vol. 25, n.º 2, págs. 100-113.
- CARPENTER, M.A.; GELETKANYCZ, M.A. y SANDERS, W.G. [2004]: «Upper Echelons Research Revisited: Antecedents, Elements, and Consequences of Top Management Team Composition», *Journal of Management*, vol. 30, n.º 6, págs. 749-778.
- CASTROGIOVANNI, G. [1991]: «Environmental Munificence: a Theoretical Assessment», *Academy of Management Review*, vol. 16, págs. 542-565.
- CHEN, M.J. [1996]: «Competitor Analysis and Interfirm Rivalry: Toward a Theoretical Integration», *Academy of Management Review*, vol. 21, n.º 1, págs. 100-134.
- CYERT, R. y MARCH, J. [1963]: *A behavioural theory of the firm*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall.
- ESCRIBÁ-ESTEVE, A.; SÁNCHEZ-PEINADO, L. y SÁNCHEZ-PEINADO, E. [2009]: «The influence of top management teams in the strategic orientation and performance of small and medium-sized enterprises», *British Journal of Management*, 20, págs. 581-597.
- FERRIER, W.; FHIONNLAOICH, C.; SMITH, K. y GRIMM, C. [2002]: «The Impact of Performance Distress on Aggressive Competitive Behavior: A Reconciliation of Conflicting Views», *Managerial and Decision Economics*, vol. 23, n.º 4/5, págs. 301-316.
- FILATOICHEV, I. y TOMS, S. [2003]: «Corporate Governance, Strategy and Survival in a Declining Industry: A Study of UK Cotton Textile Companies», *Journal of Management Studies*, vol. 40, págs. 895-920.

- FRANCIS, J.D. y DESAI, A.B. [2005]: «Situational and Organizational Determinants of Turnaround», *Management Decision*, vol. 43, n.º 9, págs. 1.203-1.224.
- HAIR, J.F.; ANDERSON, R.E.; TATHAM, R.L. y BLACK, W.C. [2000]: *Multivariate Data Analysis with Readings*, Prentice Hall: New Jersey.
- HAMBRICK, D.C. y MASON, P.A. [1984]: «Upper Echelons: The Organization as a Reflection of its Top Managers», *Academy of Management Review*, vol. 9, n.º 2, págs. 193-206.
- HERRMANN, P. y DATTA, D.K. [2005]: «Relationships between Top Management Team Characteristics and International Diversification: an Empirical Investigation», *British Journal of Management*, vol. 16, págs. 69-78.
- HITT, M.A.; KEATS, B.W. y DE MARIE, S.M. [1998]: «Navigating in the New Competitive Landscape: Building Strategic Flexibility and Competitive Advantage in the 21st Century», *Academy of Management Executive*, vol. 12, n.º 4, págs. 22-42.
- LATHAM, S.F. y BRAUN, M. [2009]: «Managerial Risk, Innovation, and Organizational Decline», *Journal of Management*, vol. 35, n.º 2, págs. 258-281.
- LOHRKE, F.; BEDEIAN, A. y PALMER, T.B. [2004]: «The Role of Top Management Teams in Formulating and Implementing Turnaround Strategies: A Review and Research Agenda», *International Journal of Management Reviews*, vol. 5-6, n.º 2, págs. 63-90.
- MCKINLEY, W. [1993]: «Organizational Decline and Adaptation: Theoretical Controversies», *Organization Science*, vol. 4, n.º 1, págs. 1-9.
- MELLAHI, K. y WILKINSON, A. [2004]: Organizational failure: a critique of recent research and a proposed integrative framework, *International Journal of Management Reviews*, vol. 5/6, n.º 1, págs. 21-41.
- NADKARNI, S. y BARR, P.S. [2008]: «Environmental Context, Managerial Cognition and Strategic Action», *Strategic Management Journal*, vol. 29, págs. 1.395-1.427.
- PANDIT, N. [2000]: «Some Recommendations for Improved Research on Corporate Turnaround», *M@n@gement*, vol. 3, n.º 2, págs. 31-56: <http://www.dmsp.dauphine.fr/MANAGEMENT/>
- PLA-BARBER, J.; PUIG, F. y LINARES, E. [2007]: «Crisis, actitudes directivas y estrategia en los sectores manufactureros tradicionales: el sector textil español», *Universia Business Review*, n.º 14, págs. 68-83.
- PUIG, F. y MARQUES, H. [2010]: *Territory, Specialization and Globalization: Recent Impacts on European Traditional Manufacturing*, Ed. Routledge Taylor & Francis Group, London.
- PUIG, F.; MARQUES, H. y GHOURI, P. [2009]: «Globalization and its Impact on Operational Decisions: The Role of Industrial Districts in the Textile Industry», *International Journal of Operations and Production Management*, vol. 29, n.º 7, págs. 629-719.
- RASHEED, H.S. [2005]: «Turnaround Strategies for Declining Small Business: the Effects of Performance and Resources», *Journal of Developmental Entrepreneurship*, vol. 10, n.º 3, págs. 239-252.
- ROBBINS, D. y PEARCE, J. [1992]: «Turnaround: Retrenchment and Recovery», *Strategic Management Journal*, vol. 13, n.º 4, págs. 287-309.
- RUIZ-NAVARRO, J. [1998]: «Turnaround and Renewal in a Spanish Shipyard», *Long Range Planning*, vol. 31, n.º 1, págs. 51-59.
- SABI (Sistema de Análisis de Balances Ibérico) [2011]: <http://www.sabi.es> (consultado el 31-01-2011).
- STABER, U. [2001]: «Spatial Proximity and Firm Survival in a Declining Industrial District: The Case of Knitwear Firms in Baden-Württemberg», *Regional Studies*, 35 (4), págs. 329-341.
- TAN, H. y SEE, H. [2004]: «Strategic Reorientation and Responses to the Asian Financial Crisis: The Case of the Manufacturing Industry in Singapore», *Asia Pacific Journal of Management*, vol. 21, n.º 1-2, págs. 189-211.
- WIERSEMA, M.F. y BANTEL, K.A. [1992]: «Top Management Demography and Corporate Strategic Change», *Academy of Management Journal*, vol. 35, n.º 1, págs. 91-121.

FORMAS ALTERNATIVAS A LA FINANCIACIÓN BANCARIA TRADICIONAL. EL PRÉSTAMO PARTICIPATIVO

MARÍA TERESA CANO FERNÁNDEZ

*Diplomada en Relaciones Laborales y Técnico Superior en
Administración y Finanzas
Asesor de empresas. Asesoría Baylet*

PEDRO LOMA PARDO

*Licenciado en Economía
Asesor de empresas*

Extracto:

LA situación económica actual, caracterizada por una crisis del sector financiero mundial, ha provocado la paralización del mercado de financiación bancaria empresarial. La situación en España no es una excepción. Las Pymes representan el 99 por 100 del total de empresas españolas, y son las que más sufren los problemas de acceso a la financiación tradicional.

El préstamo participativo es un instrumento económico de doble finalidad: financiación y capitalización. Aumenta la tesorería, refuerza el patrimonio neto empresarial y facilita el incremento de la financiación ajena al no perjudicar el ratio de endeudamiento debido a su carácter subordinado.

En definitiva, es una atractiva alternativa a la financiación bancaria.

Palabras clave: Pyme, préstamo participativo, patrimonio neto, subordinación y partes vinculadas.

THE ALTERNATIVE TO THE TRADITIONAL BANKING FINANCIAL SYSTEM. THE PARTICIPATING LOAN

MARÍA TERESA CANO FERNÁNDEZ

*Diplomada en Relaciones Laborales y Técnico Superior en
Administración y Finanzas
Asesor de empresas. Asesoría Baylet*

PEDRO LOMA PARDO

*Licenciado en Economía
Asesor de empresas*

Abstract:

NOWADAYS, the economic situation, stems from world financial crisis, has led to stopping of the banking financial system. In Spain, the situation is not different. The small and medium-sized companies amount to 99 per 100 of the total Spanish companies, and more than ever these companies are suffering from access to banking financing.

The participating loan is an economic instrument of the double purpose: to finance and to capitalize. It increases the cash, it means a strengthening of the net accounting wealth, and it makes easy rise in the external financing because it doesn't increase the indebtedness index.

Finally, this type of loan is an interesting alternative to the banking financial system.

Keywords: small and medium-sized companies, participating loans, net accounting wealth, subordinated nature and related parties.

Sumario

1. Introducción.
2. Problemática empresarial actual.
3. Regulación del préstamo participativo.
4. Características del préstamo participativo.
5. Contabilización de los préstamos participativos.
6. Tratamiento fiscal de los préstamos participativos.
7. Operaciones vinculadas entre prestamista y prestatario.
8. Otorgantes de préstamos participativos.
9. Conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La actual crisis económica está provocando desajustes patrimoniales en las compañías, las cuales precisan de soluciones ágiles que eviten situaciones irremediables. El presente artículo analiza el préstamo participativo como remedio, entre otras utilidades, a la disolución o reducción de capital por pérdidas, obligatorio en sociedades mercantiles capitalistas.

La situación económica actual, caracterizada por una crisis del sector financiero mundial, junto a una desconfianza de los operadores internacionales del mercado económico global respecto a las medidas de ajuste y plazos de recuperación, ha provocado la paralización del mercado de financiación bancaria empresarial, el cierre de empresas, la pérdida de miles de puestos de trabajo, tasas de crecimiento de economías nacionales negativas, encarecimiento de la financiación de la deuda soberana, déficits públicos insostenibles e, incluso, quiebras de economías nacionales. España, con la sombra permanente de una hipotética intervención de rescate de su economía ante una posible bancarrota, no es una excepción en este escenario.

Este contexto global conlleva a que el tejido empresarial nacional demande nuevas formas de financiación, entre las que se encuentra el **préstamo participativo**, un instrumento de financiación, hasta ahora no demasiado conocido ni utilizado en el ámbito empresarial, cuyo uso actual parece incentivarse por las necesidades de adaptación al nuevo paisaje que ha provocado la mencionada incertidumbre financiera mundial.

Este artículo pretende ser una recopilación y síntesis de las principales características de este instrumento no novedoso, recogidas ya en otros artículos, estudios y presentaciones, tanto de profesionales como de instituciones y organismos del ámbito docente y financiero. Se pretende colaborar en la divulgación y publicidad de una alternativa financiera **legalmente regulada** y poco conocida en el ámbito Pyme, como hemos podido comprobar personalmente desde nuestra posición laboral en el ámbito del asesoramiento económico empresarial, que puede aportar ventajas en cuanto a la captación de financiación, la superación de dificultades patrimoniales transitorias y la mejora de la imagen del balance de la sociedad ante los agentes económicos externos.

2. PROBLEMÁTICA EMPRESARIAL ACTUAL

Las empresas españolas, sobre todo las Pymes, sufren los problemas de acceso a la financiación bancaria. De igual forma, la crisis financiera soberana limita otra vía muy utilizada antaño para la captación de recursos: las subvenciones. A pesar de que las Pymes constituyen el sustento del empleo nacional español, representando un 99 por 100 del total de empresas nacionales, con carácter general han negociado en el mercado de capitales en situación de desventaja, debido tanto a su tamaño como a su excesiva dependencia de la financiación bancaria.

Un problema que en la actualidad presentan nuestras empresas nacionales es la insuficiencia de su **autofinanciación**, con fondos propios escasos, o incluso negativos. Principalmente esta situación se debe a:

- La dependencia de la financiación bancaria, de forma que en numerosas empresas las aportaciones realizadas por los socios se reducen al mínimo legal exigido, en función del tipo de responsabilidad societaria (sociedad limitada o sociedad anónima).
- La generación de pérdidas: bien sean por operativa comercial, bien sean derivadas por el deterioro de inmovilizado material, inversiones inmobiliarias o existencias, principalmente motivado por el contexto excepcional surgido de la reciente evolución de la actividad económica internacional, repercutiendo directamente en el patrimonio neto.
- Prácticas fraudulentas cometidas por empresarios que tratan de minimizar y maquillar las cifras de beneficios a efectos de reducir la factura fiscal, por ejemplo, no declarando ingresos [lo que implica menores importes a ingresar en Hacienda en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) repercutido y una minoración del importe neto de la cifra de negocios, que se traduce en un menor resultado fiscal y en un menor importe a pagar por Impuesto sobre Sociedades] o engrosando ficticiamente los gastos fiscalmente deducibles (lo que se traduce en un menor resultado fiscal y en una menor cuantía a pagar por Impuesto sobre Sociedades). Esto conduce a que los fondos propios no reflejen la realidad financiera de la sociedad, al presentar una devaluación debido al no reflejo de los verdaderos resultados positivos de los ejercicios económicos anteriores, que quedarían retenidos en la sociedad como autofinanciación en forma de reservas o beneficios no distribuidos.
- Una regulación contable que favorece un círculo vicioso en cuanto a la manipulación de cuentas e interpretaciones de las normas acorde a los objetivos y fines a conseguir, es decir, en cuanto a la presentación de la información financiera que conviene en cada momento en lugar de la real.
- La morosidad de las operaciones comerciales, que provoca en las empresas déficits de liquidez y la necesidad de financiarse. Recordamos que la Ley de Medidas contra la Morosidad 15/2010, de 5 de julio, en lo que se refiere a los plazos de pago entre empresas, estableció un plazo máximo de pago a proveedores de 60 días, no pudiendo ser este plazo de pago ampliado por acuerdo entre las partes, con el fin de evitar posibles prácticas abusivas de grandes empresas sobre pequeños proveedores, que den lugar a aumentos injustificados del

plazo de pago. A este efecto se estableció un calendario transitorio que culminará el 1 de enero de 2013. Por otra parte, se reforzó el derecho a percibir indemnización, ampliándose la posibilidad de que las asociaciones denuncien prácticas abusivas en nombre de sus asociados y promoviendo la adopción de códigos de buenas prácticas en materia de pagos. Sin embargo, en la práctica habitual, se sigue produciendo un incumplimiento de esta normativa que pretende impedir que los plazos de pago sean excesivamente dilatados y que sean utilizados para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, y, de otra, a disuadir los retrasos en los pagos, erradicando las causas por las que en la actualidad la morosidad puede resultar ventajosa económicamente para los deudores.

La insuficiencia de la autofinanciación puede conllevar a que la sociedad incurra en **causa legal de disolución**. Una de las causas de disolución que recoge el artículo 363 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado en Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, es la generación de pérdidas que dejen el patrimonio neto reducido a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que este se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso de acreedores. Esta situación determina la imposibilidad de aplicar a la contabilidad de la sociedad el **principio contable de empresa en funcionamiento**, siempre que no existan otros factores que proporcionen evidencia suficiente de que la situación se vaya a solventar. También es digno de destacar el contenido del artículo 327 de la citada Ley de Sociedades de Capital, donde se establece para las sociedades anónimas la obligación de restablecer el equilibrio patrimonial, a través de la reducción de capital, cuando las pérdidas hayan disminuido el patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiese transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto.

Pérdidas operativas repetidas, falta de liquidez, imposibilidad de obtener financiación suficiente, etc., constituyen dudas razonables que ponen en tela de juicio que la gestión de la empresa continúe en un futuro previsible.

La obligación de disolver no implica que la sociedad sea insolvente; lo que se pretende es evitar llegar a esta situación. Según se recoge en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la **insolven-**
cia se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones, siendo este concepto flexible, según se trate de concurso necesario (los legitimados para solicitar el concurso del deudor son sus acreedores y, si se trata de una persona jurídica, quienes respondan personalmente de sus deudas) o voluntario. Si la solicitud de concurso la insta el propio deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, si bien en este caso no solo podrá ser actual, sino futuro, previsto como «inminente». El deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia; pero tiene la facultad de anticiparse a este.

Otro aspecto a tener en cuenta es que la legislación mercantil establece la **derivación de responsabilidad al administrador**. El artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital establece lo siguiente: «Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que

no soliciten la disolución judicial, si procediese, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución. Las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior». Conviene también destacar la redacción del artículo 40 de la susodicha ley: «En caso de sociedad devenida irregular, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del lugar del domicilio social y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la cuota correspondiente, que se satisfará, siempre que sea posible, con la restitución de sus aportaciones».

Por lo tanto, el préstamo participativo puede utilizarse con la finalidad de eludir la existencia de causa de disolución y las obligaciones y responsabilidades de los administradores derivadas de tal situación, dejando sin efecto legal los artículos 327 y 363, antes citados, de la Ley de Sociedades de Capital, lo que podría plantear la existencia de una distorsión de la garantía básica que la sociedad ofrece a sus acreedores, que es el capital social, en relación con el patrimonio social. Según nuestra opinión, esto muestra una carencia de regulación legal, sobre todo en el ámbito de las operaciones vinculadas. Los artículos antes mencionados obligan a la sociedad a demostrar concordancia entre el capital social que se dice tener para responder de las deudas y la verdadera situación patrimonial que existe. En condiciones de mercado entre partes independientes, las concesiones de préstamos participativos normalmente suelen exigir el disponer de unos fondos propios superiores al importe del préstamo participativo solicitado, como forma de equilibrar el riesgo empresarial entre las partes contratantes. Esta cláusula o exigencia **no viene legalmente regulada**, sino que ha surgido en el contexto de la operativa mercantil.

Los fondos propios son el reflejo de la capacidad que la sociedad tiene de generar recursos propios, además de ser indicador de las garantías frente a terceros (acreedores comerciales y entidades financieras, principalmente). Si una sociedad pretende obtener financiación bancaria, puede encontrarse limitada en cuanto al acceso a esta financiación por la debilidad de la estructura de su patrimonio neto.

El **endeudamiento** de una sociedad se mide por la relación entre la deuda financiera y el patrimonio neto: $\text{Endeudamiento} = \text{Deuda financiera} / \text{Patrimonio neto}$. Se trata de un ratio simple, pero vital, de cara sobre todo a dar información a terceros. El endeudamiento proporciona más financiación que la aportada directamente por los socios o indirectamente a través de la retención de beneficios, lo que posibilita un mayor crecimiento de la inversión y, por lo tanto, de la actividad. No obstante, si no se dispone de un patrimonio neto mínimamente saneado y acorde a las características operativas de la empresa, la vía del endeudamiento puede estar vetada para la sociedad en cuestión. El punto de partida a la hora de valorar la posibilidad del endeudamiento debe ser la situación actual de los fondos propios y de su previsible evolución:

- La rentabilidad de la inversión ha de superar el coste de la deuda necesaria para financiarla. Además, se exigirá para acceder a la financiación que exista o haya evidencias claras de disponer de un grado de garantías suficiente frente a terceros.
- Los fondos generados deben permitir cumplir los plazos de amortización del principal de la deuda y pago de intereses generados por la misma, así como el progresivo fortalecimiento de los fondos propios.

- La retribución de la deuda es contractual, independiente del comportamiento de la actividad de la sociedad, mientras la rentabilidad de la inversión evoluciona al ritmo de la coyuntura económica y de la propia autogestión de la empresa.
- La empresa debe priorizar la necesidad de disponer de «autopoder» financiero que permita disponer de un cierto margen de maniobra ante los diversos riesgos a los que se ve expuesta:
 - **Riesgo de la estructura de costes:** ante una caída del volumen de ventas o del precio de las mismas, la evolución del resultado empresarial puede verse negativamente afectado ante la estructura de costes fijos que posea la sociedad, independientes del nivel de actividad, y solo modificables a largo plazo.
 - **Riesgo por tipo de interés:** los gastos financieros dependen del saldo de la deuda y no del volumen de actividad, así como de las condiciones firmadas y de la coyuntura económica global.
 - **Riesgo de amortización de la deuda:** los fondos generados por la actividad comercial pueden ser insuficientes para devolver la deuda e incluso pagar sus intereses, lo que puede desembocar en una crisis de liquidez.

3. REGULACIÓN DEL PRÉSTAMO PARTICIPATIVO

El **préstamo participativo** está legalmente regulado:

- Artículo 20 del **Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio**, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.
- Disposición adicional segunda de la **Ley 10/1996, de 18 de diciembre**, de Medidas Fiscales Urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas.
- Artículo 14, punto 2, 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.
- Disposición adicional tercera de la **Ley 16/2007, de 4 de julio**, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.
- El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (**ICAC**), en su **Boletín 78**, en contestación a **Consulta n.º 1**, aborda la cuestión de la contabilización de los préstamos participativos.

Aunque no contemple específicamente la figura de los préstamos participativos, es aconsejable analizar la contestación realizada por el ICAC, en su **Boletín 79**, a la **Consulta n.º 6**, referida a las

particularidades sobre registro y valoración de préstamos en condiciones de remuneración distintas a las de mercado, cuando los firmantes contractuales del préstamo son una sociedad y sus socios.

Asimismo, la **Dirección General de Tributos** ha dado respuesta a una serie de consultas referentes a préstamos participativos, las cuales referenciamos a continuación, resumiendo el contenido de las mismas, y recomendando su íntegra lectura:

- **Consulta 0555/2004 (NFC019171).** Hace referencia a un supuesto de concesión de un préstamo participativo, por parte de una entidad residente en Luxemburgo, a una entidad residente en España. Se establece la *deducibilidad* de los intereses y la sujeción a las normas de *subcapitalización* cuando el inversor se trate de una entidad vinculada no residente en territorio español, a excepción de que sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea siempre que no resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

Los intereses se consideran renta obtenida en territorio español pero exenta del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (al tratarse de rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios, obtenidos sin mediación de establecimiento permanente, por residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea o por establecimientos permanentes de dichos residentes situados en otro Estado miembro de la Unión Europea), siempre que los rendimientos sean obtenidos a través de países o territorios no calificados reglamentariamente como paraísos fiscales. No se practicará *retención o ingreso a cuenta* sobre estas citadas rentas exentas del impuesto (las rentas también pueden estar exentas en virtud de un convenio para evitar la doble imposición). Aunque no proceda la práctica de retención, el sujeto obligado a retener deberá presentar declaración negativa y resumen anual.

- **Consulta V0362/2005 (NFC020889).** Hace referencia a una persona física que concede un préstamo participativo a una sociedad. Se considera al préstamo participativo como cesión a terceros de capitales propios, estableciendo que, en caso de vinculación, la Administración Tributaria podrá valorar las operaciones por su *valor normal de mercado* cuando la valoración convenida hubiera determinado una tributación en España inferior a la correspondiente por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación.
- **Consulta V1859/2006 (NFC023595).** Interesante consulta en la que se exponen los siguientes casos de posibles inversores de una sociedad:
 - Persona física:
 - Residente en España.
 - No residente en España.
 - Sociedad:
 - Residente en España:
 - a) Tributa por el régimen ordinario o normal en el Impuesto de Sociedades.
 - b) Tributa por el régimen especial de sociedades patrimoniales.

- No residente en España:
 - a) Residente en un país con el que España tiene firmado Convenio para evitar la doble imposición.
 - b) No residente en España, residente en un país con el que España no tenga firmado Convenio.

Se establece la *deducibilidad* de los intereses devengados en la medida en que fueran resultado de una relación contractual entre partes independientes. En caso de vinculación, se atenderá a la regulación de operaciones vinculadas.

Fiscalmente, los rendimientos derivados de los préstamos participativos se califican como rendimientos derivados de la cesión a terceros de capitales propios.

Los intereses se consideran *rendimientos íntegros del capital mobiliario*. Las entidades y las personas jurídicas que satisfagan o abonen rentas sujetas a este impuesto estarán obligadas a practicar *retención e ingreso a cuenta*.

Los rendimientos derivados de préstamos participativos obtenidos sin mediación de establecimiento permanente están sujetos a *retención*. No obstante, se declaran exentos la obtención de intereses por parte de un residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, siempre que sean rendimientos obtenidos sin mediación de establecimientos permanente y respondan al concepto de rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios. Esta exención no será aplicable si los intereses son obtenidos a través de países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales.

Las entidades, incluidas las que están en régimen de atribución, residentes en territorio español, están obligadas a practicar *retención a cuenta* respecto de las rentas sujetas al impuesto que satisfagan o abonen.

Cuando en función de la residencia fiscal del perceptor de los rendimientos sea de aplicación un convenio para evitar la doble imposición, habrá que atender a la definición de intereses que disponga el convenio, así como que pueda disponer la no tributación en España, o bien fijar un límite de tributación inferior legalmente.

Respecto a la *subcapitalización*, a efectos de la legislación mercantil, los préstamos participativos tienen la consideración de recursos ajenos y deben ser tenidos en consideración a la hora de determinar la cifra de endeudamiento medio remunerado con personas o entidades no residentes vinculadas, y no para el cálculo del capital fiscal. No se aplicarán las normas reguladoras de la subcapitalización cuando se trate de una entidad vinculada no residente en territorio español que sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

- **Consulta V2411/2006 (NFC024034).** Analiza la formalización de un préstamo participativo entre dos empresas del mismo grupo, estableciendo la *deducibilidad* de los intereses devengados, sujeto al cumplimiento de la regulación legal respecto a *operaciones vinculadas*, pudiendo la Administración Tributaria aplicar valoraciones de mercado.

- **Consulta V0337/2009 (NFC032013).** Hace referencia a la *deducibilidad* de los intereses devengados por un préstamo participativo, objeto de sucesivas prórrogas, concedido por una entidad no vinculada de capital-riesgo.

4. CARACTERÍSTICAS DEL PRÉSTAMO PARTICIPATIVO

El **préstamo participativo** es un instrumento financiero que proporciona recursos a largo plazo, para el desarrollo de proyectos de inversión o para la obtención de liquidez que permita financiar el circulante, y que reúne las siguientes características:

1. El prestamista recibe un **interés variable** que se determina en función de la evolución de la empresa prestataria. El criterio de participación puede ser muy diverso: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes. El tipo de interés puede tener bandas que establezcan un interés máximo y mínimo. Junto al componente variable o participativo, la norma admite la posibilidad de que además se fije un **interés fijo**, independiente de la evolución de la actividad del prestatario, el cual debería ser mínimo a efectos de mantenimiento de la filosofía de este tipo de préstamo.

La elección de la magnitud para determinar la remuneración participativa obliga a realizar una previsión de la evolución de la sociedad a largo plazo para evitar problemas, pues desde el punto de vista financiero el interés participativo no queda vinculado al capital pendiente de amortizar del préstamo. Por ejemplo, la elección del importe neto de la cifra de negocios como magnitud puede provocar serias dificultades a la empresa prestataria derivadas de intereses excesivos, o la elección del beneficio como magnitud puede plantear problemas de agencia, es decir, la capacidad de la sociedad prestamista de influir en la determinación del resultado de la sociedad prestataria, aun cuando la concesión de este tipo de préstamo no otorga derecho alguno a participar en la gestión de la sociedad beneficiaria.

Se da una clara ambigüedad: se pretende divulgar la característica de asunción de riesgo, de retribución vinculada a la evolución empresarial, cuando al mismo tiempo se permite el establecimiento de sistemas retributivos incluso cuando la situación de la empresa da lugar a la generación de pérdidas. Puede haber retribución a través del interés variable aunque los resultados de la empresa sean negativos, por ejemplo, si se conecta al importe neto de la cifra de negocios. El interés fijo ha de ser independiente de la evolución de la actividad, lo que permite que se determine como un interés fijo en sentido estricto o como un interés variable en función de criterios diferentes a la evolución de la actividad del prestatario.

2. Las partes pueden acordar una cláusula de **penalización** de la amortización anticipada. Esta penalización pretende compensar al prestamista por una decisión ajena a su voluntad tomada por el prestatario, que puede resultar muy perjudicial para el prestamista cuando se avistan perspectivas económicas favorables para la sociedad, lo cual implicaría una mayor retribución para el mismo en función de la vinculación del interés financiero al devenir empresarial. En todo caso, el prestatario solo podrá amortizar anticipadamente el préstamo

participativo si dicha amortización se compensa con una **ampliación** de igual cuantía de los fondos propios del prestatario, y siempre que dicha ampliación no provenga de la actualización de activos. Esta característica pretende evitar que este tipo de préstamo pueda utilizarse para transferir resultados entre sociedades vía intereses, eludiendo el *precio de mercado* como requisito fiscal, así como evitar la indefensión de los acreedores en caso de que pudiera realizarse la cancelación libre e inesperada, que minoraría el patrimonio de la sociedad.

La ampliación puede afrontarse mediante nuevas aportaciones de socios. Cabe plantearse la conveniencia de realizar parte del aumento de capital con cargo a reservas disponibles, pues aunque formen parte de los fondos propios, y pueda parecer una alternativa no válida, su reclasificación como capital supondría afectar patrimonialmente cuantías potencialmente disponibles (potencial reparto de dividendos a los accionistas). Podría plantearse la posibilidad de amortizar anticipadamente un préstamo participativo mediante la formalización simultánea de otro préstamo participativo, de igual cuantía, sin que el plazo de amortización del nuevo fuera inferior al del antecesor, con la finalidad de obtener ventajas al vincular la retribución variable a otra referencia contable o financiera más favorable para el prestatario.

3. El préstamo participativo está sujeto a un régimen estricto de subordinación en cuanto a su **rango de prelación** (preferencia con que una cosa debe ser atendida respecto de otra con la cual se compara): estos créditos **se sitúan después de los acreedores comunes**.
4. Los préstamos participativos se consideran **PATRIMONIO NETO** a los efectos de **reducción del capital y liquidación** de sociedades.
5. Los intereses devengados tanto fijos como variables de un préstamo participativo se considerarán partida **deducible** a efectos de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades del prestatario.
6. La duración del préstamo participativo es libre, sin límite temporal. Además estos préstamos pueden incorporar largos **periodos de carencia**, durante los cuales la sociedad prestataria solo abona intereses, quedando la amortización del principal postergada a un plazo de tiempo que no suele sobrepasar, por lo general, los cuatro años, permitiendo así un relax financiero, adecuando la remuneración a la situación financiera de la empresa, evitando el pago de elevadas cuotas en situaciones anteriores a la maduración de la inversión, cuando aún no se ha alcanzado un nivel de generación de beneficios acorde a la potencia empresarial del proyecto de inversión, lo cual podría generar debilidades de liquidez.

La retribución participativa implicará, por lo general, que el prestatario tenga que satisfacer requisitos de **información financiera** exigidos por el prestamista. Téngase en cuenta que, ante la imposibilidad teórica de este último de poder influir en la trayectoria empresarial de la entidad en la que invierte, lo normal es que solicite cierres contables y fiscales periódicos (por ejemplo, trimestrales), presupuestos del ejercicio económico, informes de desviaciones, auditorías de cuentas anuales, e incluso la asistencia a las juntas generales con voz pero sin voto. Dado que el rendimiento de la inversión está en su mayor medida sujeta a la evolución de partidas contables o financieras, el prestamista deseará tener certeza de la correcta gestión contable y fiscal, así como de la aplicación de una adecuada dirección financiera.

El préstamo participativo proporciona **financiación subordinada voluntaria**, es decir, sufre una **postergación en el grado de prelación**. Ello conduce a que, en determinadas circunstancias, su reembolso se condicione al previo e íntegro reembolso de las restantes deudas sociales. No obstante, a pesar de la cláusula accesorio de subordinación, el préstamo participativo sigue funcionando como un préstamo válido y eficaz, pues la financiación subordinada es un instrumento en el que no pueden dejar de reconocerse las características propias de la financiación ajena, debiendo ser satisfecho al vencimiento como cualquier préstamo tradicional. Esto hace resaltar el privilegio concedido a este instrumento en comparación con el tratamiento dado a la deuda subordinada en nuestro ordenamiento jurídico, donde se la considera parte del pasivo exigible, computándose así para determinar el patrimonio neto contable. Así, por ejemplo, en el ámbito concursal, los préstamos participativos son pasivos, como el resto de créditos subordinados, y no influyen en la determinación de la existencia de insolvencia.

La **financiación subordinada** permite a las sociedades incrementar los recursos considerados como parte del capital riesgo (recursos propios sociales) al subordinar o postergar su rango crediticio respecto de todas las deudas sociales no subordinadas. De este modo, el acreedor subordinado participa del riesgo empresarial, aun cuando no tiene atribuido el carácter de socio. Esta participación en el riesgo empresarial permite calificar a la financiación subordinada como auténtico *híbrido financiero*, ya que su vestidura jurídica (préstamo a la sociedad) no se corresponde íntegramente con la finalidad económica satisfecha (la financiación subordinada forma parte o se computa como recursos propios sociales). Concede prioridad a todos los acreedores sociales que no se hayan sometido a una subordinación similar, participando el acreedor subordinado del riesgo empresarial de forma similar a la del socio, aunque nunca igual, dado que el acreedor subordinado es siempre preferente al accionista. Este carácter subordinado permite incrementar a la sociedad su capacidad de endeudamiento.

Como bien expone el profesor José Luis COLINO MEDIAVILLA ¹, la regulación del préstamo participativo en el *Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica*, supuso una generalización de su ámbito de aplicación subjetivo. Aunque en dicha regulación se menciona que la entidad prestamista percibirá un interés variable en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria, lo cual podría interpretarse como un instrumento limitado a formas jurídicas societarias, no se establece exclusión expresa en el supuesto de que el prestatario sea un empresario persona física. Y respecto al prestamista, tampoco se observa la necesidad de que sea una sociedad mercantil, pudiendo serlo un empresario persona física, incluso careciendo de la condición de empresario, pues se está observando el auge de una práctica por parte de sociedades de diversos sectores económicos consistente en conseguir que sus empleados realicen préstamos participativos a la empresa donde prestan sus servicios, buscando los empresarios maximizar la vinculación del empleado con el devenir de la entidad, evitar el conformismo de realizar un trabajo de forma rutinaria, en definitiva, crear un ambiente de motivación que se refleje en un aumento de la calidad del producto o servicio prestado, lo cual supondría una mejora del resultado empresarial que se trasladaría a los empleados vía remuneración de sus aportaciones. La Dirección General de Tributos no se pronuncia sobre la posibilidad de que una per-

¹ Véase el trabajo titulado «Préstamo participativo», del profesor de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, José Luis COLINO MEDIAVILLA, publicado en *La contratación bancaria* (2007), y depositado en el archivo institucional EPrints Complutense.

sona física pueda conceder un préstamo participativo a una sociedad, pues, según expone en la Consulta V0362/2005 (NFC020889), no se trata de una materia fiscal sino de carácter financiero.

Los préstamos participativos se formalizan en un contrato mercantil privado, sin garantía hipotecaria, y aunque no existe obligación, en nuestra opinión es aconsejable realizarlo en documento notarial, como base de prueba de su existencia y formalidad ante terceros, sobre todo a efectos de justificación ante la Administración Tributaria.

5. CONTABILIZACIÓN DE LOS PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS

Los préstamos participativos **no tienen ninguna excepcionalidad en cuanto a su contabilización**, lo cual es un inconveniente a efectos de que la apariencia del balance es de **insolvencia**, pues aparecen recogidos en el pasivo no corriente. En nuestra opinión, deberían reflejarse contablemente de forma diferenciada respecto al resto de deudas, por su carácter subordinado, para poder apreciar la solvencia financiera. Aunque debe explicarse con detalle en la Memoria de las Cuentas Anuales la composición de las diferentes partidas del balance, cierto es que muchos agentes económicos basan sus impresiones iniciales en una simple vista general del mismo.

El ICAC, en su Boletín 78, Consulta n.º 1, aborda el tema de la contabilización de los préstamos participativos. Se plantean en dicha consulta dos cuestiones: si hay que **reconocer contablemente un derivado implícito** en aquellos préstamos en los que el pago de intereses está referenciado a la evolución de la actividad de la empresa prestataria; y la forma de clasificar y valorar los préstamos participativos en caso de que se estime que no debe reconocerse tal derivado implícito.

Antes de entrar en el análisis de la respuesta dada por el ICAC, procedemos a identificar un **derivado implícito**. Un **instrumento financiero derivado**, regulado en la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 32 y en la NIC 39, debe cumplir las siguientes características:

- a) Su valor cambia en respuesta a los cambios de una variable, denominada subyacente.
- b) No requiere una inversión neta inicial o, caso de requerirla, es inferior a la que sería necesaria para otros contratos primarios para los que podría esperarse una respuesta similar ante cambios en las condiciones de mercado. Se produce un efecto apalancamiento, pues con una inversión mínima la posibilidad de ganancia o pérdida es la misma que en caso de haber adquirido la totalidad del subyacente (acciones, por ejemplo) a que hace referencia el contrato.
- c) Se liquidará en una fecha futura.

Un **instrumento financiero híbrido** es aquel que combina un contrato principal no derivado y un derivado financiero, denominado **derivado implícito**, que no puede ser transferido de manera independiente y cuyo efecto es que alguno de los flujos de efectivo del instrumento financiero híbrido varía de forma similar a los flujos de efectivo del derivado considerado de forma independiente.

El Plan General de Contabilidad (PGC) [véase Norma de Registro y Valoración (NRV) 9.^a «Instrumentos financieros», apartado 5.1] exige que los **derivados implícitos** se segreguen del contrato principal, pero para poder proceder a la separación del contrato principal-derivado implícito, han de darse de forma simultánea las siguientes características:

- a) Las características y riesgos económicos inherentes al derivado implícito no están estrechamente relacionados con los del contrato principal.
- b) Un instrumento independiente con las mismas condiciones que las del derivado implícito cumpliría la definición de instrumento derivado.
- c) El instrumento híbrido no se valora por su valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Cuando se den estas circunstancias, el **derivado implícito** se tratará contablemente como un instrumento financiero derivado, aplicando el criterio del valor razonable con cambios en resultados, y el contrato principal se contabilizará según su naturaleza, en la categoría de instrumentos financieros que corresponda. Si no se diesen las circunstancias, se reconocerá y valorará a efectos contables el instrumento financiero híbrido en su conjunto como un activo/pasivo financiero incluido en la categoría de otros activos/pasivos financieros a valor razonable con cambios en la cuenta de pérdidas y ganancias.

El ICAC resuelve que no debe contabilizarse un **derivado implícito** en el préstamo participativo porque las magnitudes a que generalmente se refiere el cálculo de intereses en este tipo de préstamos, tales como la cifra de ventas o los beneficios, son variables no financieras de una de las partes del contrato. Según se define en la NRV 9.^a del PGC 2007, un **derivado financiero** cumple las siguientes características: *su valor cambia en respuesta a los cambios en variables tales como los tipos de interés, los precios de instrumentos financieros y materias primas cotizadas, los tipos de cambio, las calificaciones crediticias y los índices sobre ellos y que en el caso de no ser variables financieras no han de ser específicas para una de las partes del contrato.*

En segundo lugar, el ICAC resuelve sobre la clasificación contable del préstamo participativo como **préstamos y partidas a cobrar** por la entidad prestamista y como **débitos y partidas a pagar** por la entidad prestataria. La valoración inicial debe realizarse por el valor razonable que, a falta de evidencia en contra, debe ser el importe de la operación más los costes de transacción directamente atribuibles. Deberán valorarse, con posterioridad a su reconocimiento inicial, a **coste amortizado**, siempre que a la vista de las condiciones contractuales puedan realizarse estimaciones fiables de los flujos de efectivo de los instrumentos financieros. Es decir, con posterioridad a su reconocimiento, el préstamo se irá valorando por su valor inicial más o menos la parte de la diferencia entre valor inicial y valor de reembolso que se irá imputando a pérdidas y ganancias por medio del método de interés efectivo, estimado en base a las provisiones contractuales.

No obstante, en aquellos contratos en que los **intereses tengan carácter contingente**, que será habitual en esta clase de préstamos al hacer que el interés dependa del cumplimiento de determinados

hitos empresariales, el ICAC opina que el fondo económico de la operación resultará similar al de los **contratos en cuentas de participación**, y como tal habrá de reconocerse contablemente el préstamo. En estos supuestos, el *prestamista* valorará el préstamo al **coste**, incrementado por los resultados que deba atribuirse y menos, en su caso, el importe acumulado de las correcciones valorativas por deterioro. El *prestatario* valorará el débito al **coste**, incrementado por los intereses que deba abonar al prestamista de acuerdo con las condiciones contractuales pactadas. Los costes de transacción se imputarán a la cuenta de pérdidas y ganancias, de forma lineal a lo largo de la vida del préstamo participativo. No obstante, siguiendo y compartiendo el comentario realizado por Miguel LORÁN MELER ², la opinión del ICAC de comparar el fondo económico del préstamo participativo con el de las cuentas en participación es criticable, ya que en este último el partícipe asume un riesgo por las pérdidas del negocio, mientras que en el préstamo participativo existe la obligación de amortizar el principal al vencimiento, si bien la retribución participativa está asociada a la favorable evolución económica de la sociedad prestataria.

Finalmente, el ICAC añade que, si de las condiciones de la operación se desprendiera que hay una **subvención o donación inherente** en los términos del acuerdo, esta deberá contabilizarse de conformidad con la NRV 18.^a del PGC.

En la Memoria de las Cuentas Anuales se deberá incorporar cualquier información significativa sobre los préstamos participativos, con el fin de que las mismas reflejen la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y resultados de la empresa.

6. TRATAMIENTO FISCAL DE LOS PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS

Según se expone en el artículo 14, punto 2, 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, serán deducibles los intereses devengados, tanto fijos como variables, de un préstamo participativo que cumpla los requisitos señalados en el apartado uno del artículo 20 del *Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica*.

También será fiscalmente deducible la penalización soportada por el prestatario en caso de que las partes hayan acordado una cláusula penalizadora si se realiza la amortización anticipada del préstamo.

Se incluirá en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades la renta positiva (intereses) que provenga de la cesión a terceros de capitales (préstamo participativo).

En el caso de que un socio/partícipe/administrador ceda capitales propios a una entidad vinculada, formarán parte de la **base imponible general** (con la consiguiente aplicación de los tipos progresivos de las escalas del impuesto) del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) los

² «La fiscalidad de los préstamos participativos a la luz de las nuevas normas contables y, en particular, de las recientes consultas del ICAC», pág. 539. *Anuario Fiscal para Abogados*, 2010.

rendimientos correspondientes al exceso entre el importe de los capitales propios cedidos y el resultado de multiplicar por tres los fondos propios de la entidad vinculada, en la parte que corresponda a la participación del contribuyente. Ha de considerarse el importe de los fondos propios de la entidad correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha de devengo del impuesto, y el porcentaje de participación del contribuyente en esta fecha. (Véase el art. 46 de la Ley del IRPF).

Los intereses estarán sujetos a *retención* de IRPF para personas físicas, o de sociedades para personas jurídicas. Será el pagador de los intereses el obligado a practicar la retención a cuenta, así como la declaración anual informativa de los mismos.

Los rendimientos derivados de préstamos participativos obtenidos sin mediación de establecimiento permanente están sujetos a *retención*. No obstante, se declaran exentos la obtención de intereses por parte de un residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, siempre que sean rendimientos obtenidos sin mediación de establecimientos permanente y respondan al concepto de rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios. Esta exención no será aplicable si los intereses son obtenidos a través de países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales.

La Dirección General de Tributos ha opinado que los préstamos participativos no constituyen una aportación de fondos propios a efectos tributarios, por lo que no quedan sujetos al gravamen por Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Partiendo de que la Administración Tributaria tiene el poder de corregir la cantidad de intereses financieros originados en relaciones empresariales **internacionales**, y teniendo en cuenta que los préstamos participativos constituyen una figura particular de los contratos de préstamo donde la especialidad radica, entre otras, en la determinación de la retribución, no puede obviarse el cumplimiento del resto de los elementos esenciales de todo contrato de préstamo. Por ello, en caso de un préstamo participativo de **duración indefinida**, la retribución del contrato **no tendrá el carácter de gasto deducible**, en la medida en que represente una retribución de fondos propios, como así consta en la Consulta Vinculante a la Dirección General de Tributos de 22 de julio de 1999. Las operaciones de préstamo retribuido a un interés sobre los beneficios de la sociedad prestataria, **filial de la sociedad prestamista no residente**, por tiempo indefinido, se consideran cesiones de capitales propios, y en consecuencia la retribución se considera un dividendo, no siendo gasto deducible.

En el artículo 20 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, se establece una limitación de deducibilidad de intereses cuando el **endeudamiento** de una entidad (excluidas las entidades financieras) con otra u otras personas **no residentes en territorio español** exceda de aplicar el **coeficiente 3** a la cifra de **capital fiscal** (fondos propios sin considerar el resultado del ejercicio), considerando como **dividendos** (no deducibles) los intereses devengados que correspondan al exceso (se utilizarán los saldos medios de endeudamiento y capital fiscal). No será de aplicación lo previsto cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal. Cuando la relación entre capital cedido (endeudamiento) y capital fiscal supera el parámetro establecido, aflora una auténtica relación de dominio sobre la prestataria, recibiendo esta situación el nombre de **subcapitalización**.

Resulta intrascendente que el endeudamiento sea directo (prestamista-prestatario) o indirecto (entidad dominante-terceros interpuestos-entidad dominada), con independencia de la dificultad de prueba en este último caso.

Esta regulación trata de evitar la disminución de tributación en territorio español en caso de que la **matriz** sea **no residente** y financie a su filial con empréstitos en lugar de capital, lo que permitiría a la filial poder deducir los intereses abonados a efectos del cálculo del Impuesto sobre Sociedades, mientras que el dividendo se paga después de impuestos. Otro argumento a favor de la subcapitalización respecto a las aportaciones de capital es evitar el porcentaje a pagar en concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, junto con los gastos de notaría y registro.

7. OPERACIONES VINCULADAS ENTRE PRESTAMISTA Y PRESTATARIO

Según el artículo 16.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, son personas o entidades **vinculadas** una entidad y sus socios/partícipes/administradores, entre otras consideraciones. En los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios/partícipes/entidad, la participación deberá ser igual o superior al 5 por 100, o al 1 por 100 si se trata de valores admitidos a negociación en un mercado regulado. La mención a los administradores incluirá a los de derecho y a los de hecho.

El préstamo participativo puede utilizarse como un **instrumento de financiación intragrupo** (entre sociedades o entre socio-sociedad). **Su carácter subordinado no excluye la aplicación de la normativa reguladora de las operaciones vinculadas.** La NRV 21.^a del PGC ³, revisada en el año 2010, establece que los elementos objeto de transacción entre empresas del grupo (relación de control o influencia significativa o gestión conjunta) se contabilizarán en el momento inicial por su **valor razonable**, y en caso de que el precio acordado difiriese de su valor razonable, la diferencia deberá registrarse atendiendo a la realidad económica de la operación. Como se recoge en la Consulta n.º 6 del BOICAC 79 de septiembre de 2009 sobre valoración y tratamiento contable de operaciones de préstamo entre una sociedad y sus socios (téngase en cuenta que no se hace referencia expresa al préstamo participativo), y de acuerdo con la NRV 9.^a del PGC, los créditos y deudas con terceros clasificados, respectivamente, como *préstamos y partidas a cobrar*, y *débitos y partidas a pagar*, se valorarán inicialmente por su **valor razonable**, que salvo evidencia en contrario será el precio de la transacción, que equivaldrá al valor razonable de la contraprestación entregada o recibida más los costes de transacción que les sean directamente atribuibles. Se supone que estas transacciones se realizan entre partes interesadas y debidamente informadas, en condiciones de independencia mutua, como corresponde a una **economía de mercado**.

Este tipo de operaciones en el ámbito de operaciones intragrupo puede implicar el pacto de condiciones divergentes a las del mercado. Cuando el precio acordado en la transacción difiere del

³ NRV 21.^a «Operaciones entre empresas del grupo», revisada en el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el PGC aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, y el PGC Pymes aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre.

valor razonable de la contraprestación entregada, deberá registrarse la diferencia atendiendo al fondo económico y jurídico de la operación, de tal forma que su contabilización responda y muestre la sustancia económica de la misma. El apartado 2 de la NRV 18.^a del PGC (referente a subvenciones, donaciones y legados recibidos) en consonancia con la definición de ingreso del Marco Conceptual de la Contabilidad, recogido en la parte primera del PGC, **rechaza la posibilidad de que entre socio y sociedad pueda existir como causa del negocio la mera liberalidad**. Dicho punto establece que las subvenciones, donaciones y legados no reintegrables recibidos de socios o propietarios, no constituyen ingresos, debiéndose registrar directamente en los fondos propios a valor razonable, bien sea del importe concedido o del bien recibido, referenciado al momento de su reconocimiento. Esta diferencia entre valor razonable y precio pactado debe contabilizarse como una aportación de socios (mayor valor de la participación) y como un aumento de los fondos propios, según sea la parte interviniente. Cuando habiendo varios socios, la aportación se realiza por alguno de ellos en proporción diferente a la de su participación, el efecto económico de una donación tiene lugar por el exceso sobre el importe que resultaría proporcionado a la participación. Como se establece en la Consulta del ICAC, los principios aplicables a operaciones de préstamo remuneradas a un tipo inferior o superior al de mercado son:

- El importe que corresponda al exceso del tipo de interés estimado como tipo de mercado tendrá la consideración de aportación de socios.
- El importe que corresponda al exceso por tipo de interés superior al de mercado tendrá la consideración de distribución de fondos propios, es decir, contra reservas de la sociedad participada y como un menor valor de la participación y eventualmente como un ingreso en sede del socio.

Cuando la entidad prestamista es la entidad participada y el socio es el prestatario, la diferencia entre valor razonable y contraprestación se tratará como una distribución de fondos propios, reflejado contablemente como un cargo a reservas por parte de la sociedad participada y como un abono a la cuenta de participación financiera del socio o, en su caso, el exceso sobre la cantidad proporcional se tratará como una donación, es decir, como un ingreso en el socio y un gasto en la sociedad participada.

Sobre el método de valoración, en relación con operaciones de préstamo remuneradas a un tipo inferior o superior al de mercado, el ICAC hace referencia a la **financiación ajena de partes no vinculadas**, entendiendo que para realizar un análisis de comparabilidad serán relevantes el plazo, las garantías y el riesgo de crédito del deudor. La valoración inicial debería basarse en referencias fiables de mercado, por ejemplo, un método de descuento de flujos futuros en base a tipos de mercado.

La existencia de vinculación entre las partes contratantes del préstamo implica que la deducibilidad de los intereses queda sujeta a las reglas de valoración para operaciones vinculadas.

La concesión de préstamos participativos, en el ámbito *internacional* de entidades vinculadas, puede ocultar la realización de operaciones de capitalización encubierta o **subcapitalización** como fenómeno elusivo, es decir, una entidad formaliza operaciones de préstamo con otra vinculada cuando la real finalidad de la operación es capitalizar a la sociedad prestataria, deduciéndose esta última

los intereses en su declaración del Impuesto sobre Sociedades, y evitándose el gravamen de los dividendos, que se pagan después de impuestos, y diluyéndose el riesgo empresarial.

La **subcapitalización** no está limitada en el ámbito societario en España (no así en otros países, como Alemania); solo lo está fiscalmente, pudiendo llegar a recalificarse los intereses devengados del préstamo como dividendos. Al referirnos a subcapitalización nos referimos a un endeudamiento excesivo de la sociedad con sus socios, y no a la insuficiencia legal de capital. No obstante, nunca debe olvidarse el carácter subordinado del préstamo participativo respecto a los préstamos concedidos por terceros, ya que con este instrumento no se está eludiendo el riesgo de empresa, lo cual supondría un perjuicio para el tercero acreedor-no socio. La **subcapitalización** puede llegar a denotar verdaderas relaciones de dominio, y aunque el prestamista participativo supervise la evolución de la empresa beneficiaria no podrá ejercer control alguno sobre la misma, ni tampoco favorecer la entrada de socios no deseados en el momento de recuperar su inversión.

8. OTORGANTES DE PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS

Los préstamos participativos son concedidos generalmente por entidades vinculadas a la Administración (de capital público o mixto), por sociedades de capital riesgo y por sociedades *holding* de grupos empresariales, sin excluir la posibilidad de que socios o propietarios los concedan a sus sociedades. Centrándonos en las entidades ajenas *no vinculadas*, pueden destacarse las siguientes:

- **Empresa Nacional de Innovación, SA (ENISA).** Sociedad anónima de capital público cuyo objeto es la concesión de préstamos participativos en el ámbito nacional, adscrita al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a través de la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa. Esta sociedad apoya proyectos en las etapas de nacimiento y crecimiento de las empresas, proporcionando fórmulas de financiación a largo plazo que permitan reforzar estructuras financieras. Dentro de su actividad, en los últimos años, ENISA ha promocionado el préstamo participativo como instrumento de financiación que aporta recursos a largo plazo sin interferir en su gestión. Las únicas garantías que se exigen son las del propio proyecto empresarial y la solvencia profesional del equipo gestor. Es la única sociedad que concede financiación participativa pura a escala nacional.

A fecha 31 de diciembre de 2010, según datos facilitados por la propia empresa, ENISA había concedido un total de 829 préstamos participativos por importe total de 274,88 millones de euros.

Condiciones para acceder a la financiación:

- Ser Pyme, de cualquier sector de actividad (excepto el inmobiliario y el financiero).
- Calidad y viabilidad del proyecto empresarial.
- Profesionalidad de la gestión (experiencia empresarial en el sector, capacitación técnica y cobertura de todas las áreas gerenciales de la empresa).

- El proyecto ofrecerá una rentabilidad adecuada al riesgo.
- Contar con estados financieros auditados y/o cuentas depositadas en el registro.
- La empresa deberá dirigirse hacia mercados con significativos crecimientos actuales y a largo plazo.

Línea Pyme de ENISA: para proyectos empresariales que contemplen la modernización de su estructura productiva y de gestión, incluyendo la innovación no tecnológica. Características generales del préstamo participativo de esta línea de financiación:

- Vencimiento: máximo 9 años.
- Carencia: máximo 7 años.
- Tipo de interés en función de los resultados de la empresa beneficiaria, con un mínimo y un máximo:
 - Mínimo: Euribor a 1 año + 0,75 por 100.
 - Máximo: en función de la rentabilidad de la empresa, de hasta 5 puntos porcentuales por encima del tipo de interés mínimo antes mencionado.
- Importe: entre 100.000 euros y 1.500.000 euros.
- Sin garantías.
- Comisión apertura: 0,5 por 100 del importe del préstamo.
- Comisión amortización anticipada: 2 por 100 de la cantidad amortizada.
- Condiciones para acceder a la financiación: las anteriormente mencionadas.

ENISA también está potenciando una línea de préstamos para sufragar a empresas de mediana capitalización los gastos asociados a su salida al Mercado Alternativo Bursátil (MAB). La línea de financiación lanzada por ENISA pretende alentar y facilitar a las Pymes de mediana capitalización el acceso a este mercado y dotarse de una mayor liquidez. El instrumento financiero empleado por ENISA es un préstamo con vencimiento a dos años, con amortización al final de la vida del mismo y con un tipo de interés del 0 por 100.

- **LUZARO EFC, SA.** Establecimiento financiero de crédito constituido por capital mixto, cuyo objeto es la concesión de préstamos participativos a empresas instaladas en el País Vasco.
- **Grupo SODI.** Organización de Sociedades de Inversión Financiera y de Servicios Empresariales de capital mixto, integrada a su vez en la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) cuyo objeto es financiar, mediante una combinación de diversos instrumentos, a empresas instaladas en aquellas comunidades autónomas donde estén ubicadas.
- **Compañía Española de Financiación del Desarrollo (COFIDES, SA).** Sociedad anónima de capital mixto que canaliza subvenciones retornables en forma de paquetes formados

por participaciones en capital, préstamos participativos, convertibles y ordinarios. Esta sociedad solo financia inversiones de empresas españolas en países emergentes.

La mayoría de instituciones prestamistas que existen en la actualidad no suelen conceder préstamos participativos puros, sino incluidos en un paquete de productos financieros. Combinar préstamos participativos y participación en capital es una opción frecuentada por sociedades de capital-riesgo, ya que aseguran parte de la rentabilidad esperada en su inversión a través del cobro de los intereses devengados por el préstamo. Los criterios de concesión del préstamo participativo suelen ser comunes a todo tipo de instituciones prestamistas, los cuales suelen ser similares a los exigidos por ENISA, como acabamos de ver:

- Ser Pyme.
- Objetivo: financiar un proyecto de inversión estratégico y rentable. Por ello los importes que se conceden suelen ser elevados, entre 100.000 euros y 1.000.000 de euros.
- Empresas dirigidas por un equipo gestor competente.
- Fondos propios superiores al préstamo solicitado. Se considera una forma de garantía, ya que el prestamista asume como máximo el mismo riesgo que la sociedad financiada.
- Estados financieros auditados.

9. CONCLUSIONES

El préstamo participativo es un instrumento económico de doble finalidad: financiación y capitalización. Es una alternativa al clásico problema de acceso de las Pymes a la financiación bancaria, restringida y muy cara en el contexto económico actual, e insuficiente ante la aparición de problemas de liquidez, ante la necesidad de emprender proyectos de expansión, ante la necesidad de seguir siendo competitivo y, en definitiva, insuficiente si se quiere mantener la actividad de la empresa. También es una alternativa cuando surge la necesidad de capitalizar la sociedad, bien porque los fondos propios son escasos o incluso negativos, siendo la última opción antes de plantear una operación de ampliación de capital, opción que obligaría a los socios actuales a realizar un desembolso de fondos adicional en caso de querer seguir manteniendo los porcentajes de participación, es decir, el control.

El resultado final tras la adopción de este instrumento es que la sociedad aumenta su tesorería, pudiendo dedicar esta liquidez a la financiación de proyectos de inversión, a planes de expansión mediante la adquisición de otras sociedades, a la cancelación de deudas (bien con entidades financieras, con acreedores comerciales, o con los propios socios), o al fortalecimiento del patrimonio neto (por ejemplo, compensando pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores). Y dicha inyección de liquidez por parte del prestamista es recuperable, a diferencia de la opción de la ampliación de capital. Y en comparación con el préstamo tradicional, debido al efecto apalancamiento en la estruc-

tura financiera, facilita el incremento de financiación ajena, pues no empeora el ratio de endeudamiento, indicador muy valorado por los agentes económico-financieros externos.

En conclusión, el préstamo participativo es una medida de financiación alternativa a la aportación social que afecta a la integración patrimonial de la prestataria e impide el supuesto de disolución o reducción de capital social por pérdidas. Su concesión y retribución dispone de un tratamiento tributario más ventajoso que la aportación y permite una mayor facilidad en su recuperación, razón por la que ha sido y es utilizado frecuentemente para financiar proyectos emprendedores o en crisis.

Situaciones que dan pleno sentido a la utilización del préstamo participativo:

- **Apoyo a proyectos emprendedores.** Supone la aportación de recursos a largo plazo sin interferir en la gestión de la empresa prestataria.
- **Refinanciación de empresas en crisis.** Cuando la carencia de recursos propios y la imposibilidad de acceder a fuentes tradicionales de financiación ponen en entredicho la viabilidad financiera de la empresa, recurrir a este instrumento incrementa la base de capital riesgo, aumenta la financiación a largo plazo, y mejora los ratios de endeudamiento. Se pueden transformar préstamos ya existentes de prestamistas que acepten una modificación de los términos de los préstamos, entre ellos la subordinación.
- **Estimular la financiación privada a empresas en crisis.** Se facilita la financiación por terceros acreedores no subordinados, al saberse beneficiarios de una situación privilegiada que antepondrá sus créditos a aquellos otros que voluntariamente han asumido un rango devaluado.
- **Capitalización.** La popularidad de este medio de capitalización resulta de las desventajas propias de los mecanismos tradicionales de captación de capital, como puede ser una ampliación (riesgo de alteración del equilibrio político de la sociedad, coste fiscal de la emisión, efecto dilución de los accionistas que no acudan a la emisión, etc.) y de las ventajas intrínsecas al uso de recursos ajenos en general (deducibilidad fiscal de intereses, mejora del rendimiento empresarial por el efecto apalancamiento, etc.).

Bibliografía

- BUSTOS CONTELL, E. [2002]: *Préstamo participativo. Instrumento de financiación de las Pymes*. Editado por AECA en colaboración con ENISA.
- COLINO MEDIAVILLA, J.L. [2007]: *Préstamo participativo*, Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense (Universidad Complutense de Madrid).
- DOMÍNGUEZ, J.L. [1998]: «Los préstamos participativos», *Partida Doble*, n.º 87, págs. 20-27.
- GARCÍA, J.; CÁCERES, R.M. y MAROTO, O. [1999]: «Préstamos participativos: análisis financiero». *Actualidad Financiera*, n.º Monográfico 4.º trimestre.
- GONZÁLEZ GARCÍA, A. [2010]: «El patrimonio de la empresa a efectos de derivación de la responsabilidad al administrador», *RCyT. CEF*, núm. 331, págs. 113-150.
- LORÁN MELER, M. [2010]: «La fiscalidad de los préstamos participativos a la luz de las nuevas norma contables y, en particular, de las recientes consultas del ICAC», *Anuario Fiscal para Abogados*, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, págs. 522-543.
- MARTÍNEZ ALFONSO, A.P. y LABATUT SERER, G. [2010]: *Casos prácticos del PGC y PGC-PYMES y sus implicaciones fiscales*, CISS.
- SEBASTIÁN CASTRO, F. [2010]: «Las fuentes de financiación en la contabilidad. Una propuesta alternativa», *RCyT. CEF*, núm. 331, págs. 151-184.
- AUTORES VARIOS [2011]: *Memento Sociedades Mercantiles*, Ediciones Francis Lefebvre.

PÁGINAS WEB

www.cofides.es

www.enisa.es

www.luzaro.es

www.navactiva.com

CONTABILIDAD CREATIVA

SOTERO AMADOR FERNÁNDEZ

Profesor del CEF

Extracto:

ESTE artículo trata de analizar qué es lo que se entiende por contabilidad creativa, término que es utilizado en muchas ocasiones para desprestigiar a los contables que utilizan prácticas de contabilidad cuya legalidad se cuestiona. La tesis que se defiende es que la contabilidad es una disciplina regulada por múltiples normas que a veces pueden ser complejas y que admiten diferentes interpretaciones, y por tanto calificarla de creativa no debería por qué tener un sentido ofensivo.

Palabras clave: contabilidad creativa, alternativas contables y normativa contable.

CREATIVE ACCOUNTING

SOTERO AMADOR FERNÁNDEZ

Profesor del CEF

Abstract:

THIS article tries to analyze what is what it is understood by creative accounting, term that is used in many occasions to discredit the accountants who use accounting practices which legality is questioned. The thesis that defends is that the accounting is a discipline regulated by multiple norms that sometimes can be complex and that admit different interpretations, and therefore, describing it as creative would not have to have an offensive sense.

Keywords: creative accounting, countable alternatives and countable rules.

Sumario

1. Contabilidad creativa, ¿qué es y qué no es?
2. Objetivos de la contabilidad creativa.
3. Cuándo se suele utilizar la denominada «contabilidad creativa».
4. Alternativas en las normas contables.
5. Ejemplos de ¿contabilidad creativa?
 - 5.1. Resumen ejemplos.
6. Conclusiones.

Bibliografía.

1. CONTABILIDAD CREATIVA, ¿QUÉ ES Y QUÉ NO ES?

Desde hace muchos años, aunque quizás en mayor medida en los últimos tiempos, es habitual leer o escuchar términos tales como «contabilidad creativa», «maquillaje contable», «artificios contables», «ingeniería financiera», «manipulación de las cuentas», «ocultación», «falsedad en documento mercantil»...

Estos términos no suelen estar claramente definidos en ninguna norma, y por tanto no está claro si en todos los casos estamos hablando o no de un mismo concepto.

Los casos que han estado en la portada de toda la prensa en los últimos años son múltiples: caso Enron, Gescartera, Madoff, Forum, Afinsa, Nueva Rumasa, y otros muchos que han generado y siguen generando multitud de comentarios, pleitos y en muchos casos grandes pérdidas para un gran número de personas afectadas por estos y otros escándalos.

¿Estamos hablando de prácticas legales o ilegales?

¿Dónde está el límite entre las unas y las otras?

La respuesta no es sencilla.

La contabilidad creativa se podría definir como la utilización de la opcionalidad que la normativa contable permite, o, en su caso, de los vacíos normativos, para que los estados financieros muestren la versión más favorable a los intereses que se buscan en cada ocasión, pero siempre dentro de la legalidad. Otra cosa sería la vulneración de la normativa, en cuyo caso habremos traspasado la línea roja que separa la legalidad del fraude.

Pero, como parece obvio, la línea roja que separa la legalidad de la ilegalidad no es clara. Si las cosas fueran tan sencillas no existirían interpretaciones diferentes de una misma norma. En el

mundo del derecho una misma realidad no siempre se interpreta del mismo modo. Ganar un litigio depende en muchos casos de la habilidad del profesional y de un sinfín de circunstancias que pueden afectar al asunto en cuestión. La contabilidad, si bien tiene un gran componente económico, es una disciplina que está dentro del Derecho mercantil. Todas las normas que regulan la contabilidad están dentro de esta rama del derecho. La norma básica que regula la contabilidad en España, el Plan General de Contabilidad, es un real decreto que desarrolla los aspectos contables de la Ley de Sociedades de Capital, y todas las normas de desarrollo de dicho plan son resoluciones, órdenes..., que dicta un órgano de la Administración como es el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas con potestad para dictar normas en este ámbito.

Si estamos ante una rama del derecho, ¿por qué se habla de contabilidad creativa y no de derecho civil, tributario, administrativo o cualquier otra rama del mismo, creativos?

Es algo que siempre me ha llamado la atención. En otras ramas del derecho hay diversas interpretaciones de la norma, a veces tan diferentes que parece que son normas distintas, pero en el caso de los contables, no es que tengamos diferentes visiones de una misma realidad, sino que somos creativos.

El término «creativo» referido a la contabilidad suele tener connotaciones claramente negativas y casi delictivas en la mayoría de las ocasiones en que se utiliza en los medios de comunicación, cosa que no suele ocurrir cuando este término es utilizado en otros ámbitos, donde ser creativo no solo no es peyorativo sino que representa un valor muy positivo.

En mi opinión, la contabilidad creativa es absolutamente legal, pero está claro que delimitar lo que es o no es legal no siempre es sencillo de dilucidar. Por eso existen los jueces y los tribunales. A ellos corresponde decidir quién tiene la ley de su lado cuando surge un conflicto entre partes enfrentadas.

La contabilidad creativa existe porque las normas contables permiten en ocasiones más de una alternativa para el registro contable de una misma operación, o bien porque hay vacíos normativos que no han previsto cómo ha de registrarse algún hecho económico, normalmente novedoso y complejo y, por tanto, el responsable de la contabilidad suele buscar la solución que más le conviene en ese momento. Todo ello dentro de la legalidad, por supuesto. Si no fuera así ya no estaríamos hablando de contabilidad creativa sino de un delito, un fraude o una estafa.

Serían prácticas de contabilidad creativa los cambios de criterio o la utilización de autorizaciones especiales que a veces hacen las normas contables, y no lo serían la realización de apuntes contables no permitidos, la ocultación de determinadas operaciones, la realización de transacciones ilegales o el traspaso de ingresos o gastos de un ejercicio a otro.

La existencia de diferentes alternativas es habitual en todas las normas contables. En mayor o menor medida en todas ellas se prevén alternativas que hacen que la contabilidad no sea algo que tenga una interpretación única, al igual que ocurre en muchas otras disciplinas.

Tanto las normas españolas, ya sea el Plan General de Contabilidad o las Normas de Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas, como las Normas Internacionales, sean las NIIF europeas

o las USGAAP americanas, contemplan la existencia de más de una alternativa contable en bastantes casos. Aunque las normas americanas suelen ser más rígidas que las europeas, no consiguieron evitar escándalos monumentales como el caso Enron, el caso Madoff o las hipotecas *sub-prime* que están en el origen de la crisis en la que nos encontramos inmersos. En alguna ocasión he tenido oportunidad de leer críticas a la contabilidad por no haber evitado estos u otros fraudes. Creo que se trata de una crítica injustificada. La contabilidad no puede preverlo todo, y sobre todo la contabilidad no puede evitar que haya delincuentes. Se pueden articular mecanismos para hacer más difícil la existencia de estafas, pero una norma por sí misma por muy bien hecha que esté nunca podrá evitarlas, mientras haya gente dispuesta a burlar las normas.

2. OBJETIVOS DE LA CONTABILIDAD CREATIVA

La pregunta que surge de un modo inmediato es: «Contabilidad creativa ¿para qué?».

La respuesta no es simple. A veces se utiliza para un objetivo concreto y otras para el contrario. En algunos casos una empresa tratará de disminuir su beneficio y en otras de aumentarlo. Tratar de disminuir el beneficio será habitual cuando estamos en una empresa con un resultado positivo que intentará minorar su factura fiscal por el impuesto que grava los beneficios. Sin embargo, una empresa que esté en una situación de pérdidas, tratará de minorarlas y de este modo evitar incurrir en causa de disolución por la existencia de unas pérdidas que superen los límites que establece la legislación mercantil. Por tanto, en unos casos se busca una cosa, y en otros la contraria, pero insisto una vez más, ir más allá de la normativa ya no es contabilidad creativa.

Son las normas que aprueban los legisladores las que en definitiva hacen que pueda hablarse de contabilidad creativa. Las modificaciones legales que se hacen a veces a la medida de algunos sectores o empresas determinadas, no nos engañemos, no son una novedad. En los años 70 y 80 del siglo pasado ya se aprobaron normas que evitaban tener que cargar en resultados de un único ejercicio las pérdidas derivadas de devaluaciones de la peseta frente al dólar. Compañías eléctricas, Iberia y otras empresas hubieran tenido unos resultados desastrosos en aquellos años de no haberse aprobado normas que permitían no imputar a resultados del ejercicio dichas pérdidas. Se creaba un «activo ficticio» que luego se iba llevando contra resultados de modo que el impacto en los resultados se repartía a lo largo de varios ejercicios. Y todo al amparo de una norma que así lo establecía.

El diferimiento de los gastos financieros en proyectos de larga duración como el caso de las autopistas de peaje también era una forma de contabilidad creativa, lo mismo que la dotación de las tan comentadas provisiones genéricas o anticíclicas de las entidades financieras. Se trata de buscar soluciones contables a problemas reales, pero no dejan de ser criterios discutibles y sobre todo que no son uniformes a lo largo del tiempo ni en distintos países.

Sin duda la adopción de las NIIF resuelve algunas de estas diferencias, si bien pueden surgir otras prácticas de contabilidad creativa derivadas de las distintas alternativas que estas normas ofrecen para el tratamiento contable de algunas transacciones.

La lista de normas que modifican la contabilidad sería muy extensa pero como ejemplo reciente se puede citar que en España en 2008 una norma legal (RDL 10/2008, de 10 de diciembre) permitió no computar las pérdidas derivadas del deterioro de algunos activos, evitando que muchas sociedades incurrieran en causa de disolución como consecuencia, principalmente, de la caída de precios en el mercado inmobiliario. Esta norma en definitiva pretendía no echar más leña al fuego, esto es, no añadir más pérdidas a una situación de creciente deterioro de las cuentas de algunas empresas.

Las razones para utilizar prácticas de contabilidad creativa son múltiples, y a veces, como ya se ha mencionado, contradictorias. Entre otras podemos citar las siguientes:

- **Alisar los resultados.** Las empresas generalmente prefieren reflejar una tendencia estable en el crecimiento del beneficio, en lugar de unos beneficios muy volátiles. Los «mercados financieros» normalmente valoran mejor un crecimiento sostenido de los resultados que ese mismo crecimiento con variaciones importantes entre unos periodos y otros, y ya se sabe que a «los mercados» hay que intentar tenerlos de nuestra parte.
- **Poner en evidencia a** la dirección anterior o dificultades a la siguiente manipulando los resultados, la deuda u otras magnitudes. De esta forma podemos mejorar la imagen de los gestores actuales o anteriores.
- **Aumentar el beneficio o el EBITDA.** Esto puede tener a su vez muchas razones, desde intentar mejorar la cotización en Bolsa de las acciones al tratar de incrementar los bonus de los directivos, pasando por otras razones como puede ser que estemos intentando colocar unas acciones de esta compañía a nuevos accionistas que estén dispuestos a pagar más si el resultado es mayor, o que estemos negociando una financiación que será más fácil o más barata si el prestamista percibe que la empresa va bien.
- **Reducir el beneficio o el EBITDA.** Las razones para tratar de reducir los beneficios también son variadas. En ocasiones el único objetivo es pagar menos impuestos o menores incentivos a empleados o directivos, pero también se manipula a veces el beneficio a la baja para conseguir mayores subvenciones para cubrir pérdidas o realizar inversiones con las mayores ayudas públicas posibles, especialmente cuando se trata de sectores regulados o estratégicos para una zona determinada.
- **Influir en la cotización de las acciones de la compañía,** tanto al alza o a la baja, dependiendo de si la intención es vender o comprar títulos de la empresa.
- **Reducir los niveles aparentes de endeudamiento,** para que la empresa parezca expuesta a un menor riesgo, a efectos de conseguir nueva financiación de las entidades financieras, o pagar menos intereses por la financiación previa, al estar muchas veces los diferenciales sobre el tipo de interés de referencia vinculados a determinados ratios relacionados con la deuda de la empresa.
- **Retrasar la llegada de la información al MERCADO,** normalmente por parte de los directivos, para beneficiarse de su información privilegiada consiguiendo comprar o vender antes de que la información sea de general conocimiento. En realidad el uso de información

privilegiada es un delito, más que una práctica de contabilidad creativa, pero como todos los delitos habrá que probarlo, cosa que no suele ser fácil.

- **Controlar dividendos.** La distribución del beneficio de una empresa entre dividendos o reservas suele ser uno de los puntos de conflicto entre unos accionistas y otros, o entre algunos accionistas y los directivos. Los intereses de unos y otros no siempre serán coincidentes por lo que la contabilidad creativa puede en algunos casos hacer que los resultados que calcula la contabilidad sean más favorables a la postura que defendemos sobre la política de reparto de dividendos.
- **Consecución de nuevos contratos.** Los buenos o malos resultados que se presentan en una empresa pueden ser un argumento para tratar de conseguir la adjudicación de nuevos contratos que permitan mantener la actividad de nuestra empresa.

3. CUÁNDO SE SUELE UTILIZAR LA DENOMINADA «CONTABILIDAD CREATIVA»

Hay algunos momentos de la vida de las empresas en que las prácticas de contabilidad creativa son utilizadas con mayor frecuencia. Algunos de estos momentos que se deben vigilar de un modo especial serían:

- **Salida o exclusión de la Bolsa.** Cuando una empresa va a «salir al parque» es habitual que los ejercicios previos hayan sido los mejores de su vida. El precio de colocación será tanto mayor cuantas mejores expectativas tenga esta empresa. Es posible que sea casualidad pero por si acaso no estaría de más comprobar los cambios de criterio u otras operaciones de contabilidad creativa realizadas en esos años. Sin embargo, cuando se van a excluir de cotización en Bolsa unas acciones, se intentará pagar lo menos posible a los accionistas de dicha compañía por lo que los intereses son exactamente los contrarios al caso de la salida a Bolsa.
- **Venta de la empresa.** Es obvio que el valor de una empresa está directamente relacionado con sus expectativas de beneficios futuros, pero sin duda para hacer previsiones de resultados futuros se parte siempre de los datos históricos. Cuando queremos vender algo nos interesa que sus resultados sean los mejores posibles y ahí es donde entra en juego la contabilidad creativa.
- **Ampliaciones de capital.** Las ampliaciones de capital no dejan de ser una venta parcial de la empresa, ya sea a nuevos accionistas o a los actuales que aportarán más recursos propios. Los argumentos del apartado anterior son igualmente válidos para este caso.
- **Cambios en la dirección de la empresa.** Cuando se producen cambios en los equipos directivos, especialmente si son traumáticos, será bastante habitual que el nuevo equipo trate de imputar lo que no funciona al equipo anterior, de modo que las actuaciones de los nuevos gestores tengan un mayor margen de mejora.

- **Obtención o renegociación de financiación.** Cuando una empresa intenta conseguir nueva financiación o renegociar la que ya tiene, el tipo de interés de la deuda, los plazos para su devolución o las garantías a aportar dependerán del riesgo que perciba el prestamista, por lo que si mediante prácticas de contabilidad creativa se consigue reducir el endeudamiento aparente o mejorar cualquier otro aspecto de los estados financieros de la empresa, es posible que se consiga la financiación en mejores condiciones por lo que este es un momento bastante típico para tratar de utilizar alguna de sus posibilidades.

4. ALTERNATIVAS EN LAS NORMAS CONTABLES

Las alternativas que ofrecen las normas contables son muchas y ya hemos comentado que esa es la causa fundamental para la existencia de contabilidad creativa. En el Plan General de Contabilidad podemos citar algunas de estas alternativas:

- **Cálculo de amortizaciones.** La depreciación del activo no corriente se basa en su vida útil y valor residual, pero no siempre es fácil calcular estos parámetros. La vida útil de algunos activos puede ser muy sencilla cuando está limitada por normas legales, pero en la mayoría de los casos esto no es así. La maquinaria, los vehículos, instalaciones, aplicaciones informáticas y otros activos fijos no tienen una duración precisa. La vida útil no es más que una estimación basada en la experiencia con activos similares. Otro tanto cabe decir del valor residual de los activos, es una mera estimación, a veces a muy largo plazo con lo que la posibilidad de desviaciones es muy alta. Por todo ello en muchas ocasiones la amortización es una estimación razonable, pero puede haber importantes diferencias entre unas empresas y otras, aun dentro del mismo sector.
- **Estimación de provisiones.** Las provisiones son pasivos que tienen alguna peculiaridad. Su vencimiento y/o su importe no están claramente determinados y deben calcularse mediante la mejor estimación posible. Si bien en provisiones a corto plazo las posibilidades de desviaciones no son tan altas, en las provisiones a largo plazo es muy fácil que se produzcan variaciones significativas en su cuantía dependiendo de quién haga el cálculo, para el que además habrá que hacer no solo una estimación del importe a pagar dentro de ¿cuántos años? –a veces muchos, como por ejemplo en el desmontaje de una instalación industrial– sino que además habrá que hacer una actualización utilizando un tipo de interés que también hay que estimar en función del riesgo. En definitiva, que con tanta estimación la cifra final podrá estar basada en estimaciones coherentes pero que podrán ser muy discutibles en bastantes ocasiones.
- **Cálculo del deterioro.** El cálculo del deterioro de valor de determinados activos puede ser sencillo como por ejemplo el deterioro de unos valores cotizados, pero en otros casos este cálculo es muy complejo y subjetivo. Se realiza formulando hipótesis más o menos fiables pero en todo caso estimaciones. Un caso de especial relevancia es la estimación del posible deterioro del fondo de comercio que deberá realizarse en función de las expectativas de

beneficios futuros y flujos de caja libres que genera una unidad generadora de efectivo. Sin duda los resultados obtenidos dependerán de los plazos elegidos, los tipos de descuento de flujos y las estimaciones más o menos subjetivas que se realicen. Por tanto estamos ante un caso muy claro de contabilidad creativa.

- **Valoración de existencias.** La elección de un criterio de valoración u otro dentro de los que la normativa permite llegará a valoraciones diferentes de las existencias y, lógicamente, a resultados también diferentes.
- **Tratamiento de los gastos de I + D.** La normativa española imputa los gastos de investigación y desarrollo como gastos del ejercicio pero permite su activación si se cumplen ciertos requisitos. La elección de una u otra opción determina resultados diferentes y, por tanto, se puede hablar una vez más de contabilidad creativa.
- **Actualización de flujos a cobrar o pagar.** Es una constante en el Plan General de Contabilidad la actualización de activos y pasivos que suponen flujos a cobrar o a pagar, especialmente si se trata de operaciones a plazo superior a un año. La elección de un tipo de interés u otro, sobre todo en operaciones a muy largo plazo, condiciona en gran medida los resultados de estas actualizaciones. Dado que la norma contable en bastantes casos no da un criterio preciso de cuál debe ser el tipo de interés a utilizar, el resultado puede diferir de una manera sustancial y llevarnos a obtener resultados completamente diferentes.
- **Instrumentos financieros.** La existencia de diversas categorías de instrumentos financieros, sobre todo de activos, con criterios de valoración muy diferentes nos puede llevar a obtener resultados muy distintos según la categoría a la que pertenezcan dichos instrumentos. Si bien es verdad que los cambios de una categoría a otra no son muy habituales, sí que es posible bajo ciertos requisitos realizar cambios, lo cual va a repercutir claramente en la forma de contabilizar y en los resultados obtenidos. Por tanto, la gran complejidad que plantea la contabilidad de los instrumentos financieros es una puerta abierta a las prácticas de contabilidad creativa.
- **Utilización de la memoria** como cuenta anual que es para informar de determinadas cuestiones en la misma en lugar de hacerlo a través del balance o de la cuenta de pérdidas y ganancias, a sabiendas de que la memoria se lee infinitamente menos que los otros estados financieros.
- **Primar los aspectos formales** de un contrato sobre el verdadero sentido económico de una operación, haciendo contratos a medida para que cumplan las normas contables.
- **Utilización de los indicadores** que más interesen en cada momento, como por ejemplo en los últimos años en que el EBITDA se ha convertido en el indicador de moda, dejando en un segundo plano el EBIT o resultado de explotación.
- **Normas de consolidación.** Los diferentes métodos conducen a resultados también diferentes. Por tanto, el aumento o disminución de porcentajes de participación se convierte en un arma poderosa para modificar la forma de contabilización y de consolidación de las participaciones en empresas del grupo, multigrupo y asociadas. La realización de operaciones fuera de balance en sociedades exentas de consolidar es también una práctica de contabilidad

creativa utilizada por las grandes corporaciones empresariales. Sin duda las normas de consolidación combinadas con la contabilización de los instrumentos financieros constituyen las herramientas más poderosas que tienen las empresas para adecuar su realidad contable a sus intereses, por supuesto dentro de la más absoluta legalidad. La primera consolidación que se hace al adquirir el control de una empresa es un terreno abonado para la realización de ajustes que en algunos casos son más que discutibles como pueden ser la asignación a determinados activos de lo que en realidad es un fondo de comercio para alterar las tasas de amortización, la creación de provisiones o revalorizaciones de activos, adaptación a los principios de la dominante para alterar el resultado, exagerar algunos ajustes de consolidación para que los estados individuales presenten una imagen más acorde con los intereses del grupo, «jugar» con la oposición del control económico frente al control jurídico... En definitiva, una serie de prácticas que permitirían la realización de un trabajo solo para abordar las prácticas de contabilidad ¿creativa? relativas a la consolidación de estados financieros.

- **Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF).** En general, estas normas contemplan más alternativas que las que permite el Plan General de Contabilidad español. Este suele elegir la alternativa más conservadora cuando las NIIF dan más de una opción. La existencia de diferentes alternativas, como ya se ha expuesto anteriormente, es sin duda la clave para poder hablar de contabilidad creativa. Además hay que tener en cuenta que las NIIF son formuladas por un organismo privado como es el IASB y, por tanto, los cambios de normas son mucho más ágiles que si los tiene que hacer un organismo público sea nacional o supranacional. Por tanto la contabilidad creativa encuentra un campo de actuación más amplio cuanto más regulación contable emane de entidades privadas y no públicas.

5. EJEMPLOS DE ¿CONTABILIDAD CREATIVA?

EJEMPLO 1:

En la memoria del ejercicio económico 2008 de Metro de Madrid que puede consultarse en su web y que está depositada en un registro público como es el Registro Mercantil se establece como vida útil de su material móvil un plazo de vida útil de 17 años.

En ese mismo documento oficial se expone que en 2008 pone en funcionamiento un determinado número de trenes para dar servicio a las nuevas líneas y a las ampliaciones de otras líneas ya existentes. Para financiar estos trenes se firmaron diversos contratos de arrendamiento con una duración de 17 años.

A la hora de registrar esta operación la duda que surge es si se trata de un arrendamiento financiero o si trata de un arrendamiento operativo. La calificación de una u otra forma determina una contabilización completamente diferente.

.../...

.../...

De acuerdo con el Plan General de Contabilidad parece claro que se trata de un arrendamiento financiero, ya que la duración del contrato (17 años) coincide con la vida útil del activo en cuestión. Además se trata de unos activos que han sido encargados «a medida» para ser utilizados en unas instalaciones muy concretas, con unas características técnicas que hacen casi imposible que pudieran ser utilizados por otra empresa.

Sin embargo, la empresa contabiliza este contrato como arrendamiento operativo y para ello argumenta que no han sido transferidos al arrendatario los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo objeto del contrato.

Este argumento se apoya en un informe de un, por supuesto, prestigioso e independiente despacho de abogados internacional, que avala esta tesis.

Es absolutamente discutible este proceder, pero en absoluto se puede calificar de ilegal. Además no se oculta información, ya que en la propia memoria se señala que las cuotas pendientes de satisfacer en los próximos años ascienden a 6.375 millones de euros. La deuda se pone, no en el pasivo del balance, que es lo que habría ocurrido si se hubiera registrado como arrendamiento financiero, sino que aparece recogida en una de las notas de la memoria. Parece innecesario señalar que la memoria es un documento mucho menos consultado que el balance.

Probablemente cuando alguien analice las deudas de esta empresa computará las que figuran en el balance pero no buscará más deudas a lo largo de una larga y farragosa memoria, que casi nadie lee.

EJEMPLO 2:

La empresa «ALFA» es una multinacional que tiene su sede operativa en Irlanda (tal vez por su baja tributación) y que realiza operaciones en un gran número de países de todo el mundo. Durante el año 2008 ha comprado a su proveedor chino «TAN HUN TAO» mercancías por valor de 1.000 millones de dólares a través de diversas filiales repartidas por más de 50 países en los que opera «ALFA».

Se había pactado con el proveedor un *rappel* de un 5 por 100 si se alcanzaba este volumen conjunto de compras.

A final de año el proveedor nos emite la factura por el *rappel*, pero «ALFA» exige al proveedor que dicho *rappel* sea concedido a una de las empresas filiales de «ALFA», situada en un país X cuya tributación es incluso más baja que la del país donde tiene su sede.

En principio parecería razonable que el *rappel* se hubiera distribuido entre todas la empresas que realizan compras, pero al ser concedido a una filial concreta es esta la que refleja en su contabilidad el ingreso correspondiente.

.../...

.../...

Aunque a efectos del grupo el ingreso es el mismo, no tenemos la seguridad de que esta filial vaya a ser consolidada, y aunque así fuera, es posible que no todas las empresas tengan los mismos socios con lo que es posible que algunos accionistas estén siendo perjudicados en beneficio de otros.

Si todas las filiales están participadas al 100 por 100 por la matriz, en principio no habría perjuicio para ningún accionista y la posible ventaja para «ALFA» vendría del traslado de beneficios a países con una menor tributación. Estaría consiguiendo lo mismo que con una venta por debajo del coste pero sin que sea aplicable la normativa relativa a precios de transferencia, tan en boga en los últimos años. Sin duda la detección de esta operación será mucho más compleja para las autoridades fiscales, y además siempre se podría argumentar que por razones comerciales, estratégicas..., los *rappels* deben ser aplicados a unas operaciones y no a otras.

EJEMPLO 3:

La empresa «FERROL, SA» controla el 55 por 100 de una filial en un país americano denominada «CANADÁ, SA».

Los balances de ambas empresas son los siguientes:

Balance de «FERROL»			
Activo		Patrimonio neto y pasivo	
Activo no corriente	2.800	Patrimonio neto	1.000
Acciones «CANADÁ»	55	Pasivo no corriente	2.200
Activo circulante	1.145	Pasivo corriente	800
TOTAL	4.000	TOTAL	4.000

Balance de «CANADÁ»			
ACTIVO		Patrimonio neto y pasivo	
Activo no corriente	2.000	Patrimonio neto	180
Activo circulante	200	Pasivo no corriente	1.900
		Pasivo corriente	120
TOTAL	2.200	TOTAL	2.200

Dado que la empresa «FERROL» tiene la mayoría de las acciones de su filial «CANADÁ» debería consolidar las cuentas de ambas compañías por el método de integración global,

.../...

.../...

incorporando en el balance consolidado la totalidad de los activos y pasivos de la filial y eliminando la inversión en «CANADÁ» y el patrimonio neto de esta última. Dado que la participación es del 55 por 100, por el resto de la participación en el capital, esto es, un 45 por 100, debería aparecer la participación atribuible a los socios externos.

Si calculamos el ratio de endeudamiento de «FERROL» antes de consolidar con la filial tendremos:

$$\text{Endeudamiento} = \text{Pasivo} / \text{Patrimonio neto}$$

$$\text{Endeudamiento} = (2.200 + 800) / 1.000 = 3$$

Al consolidar por integración global ambos balances, el resultado será el siguiente:

Balance consolidado grupo («FERROL» + «CANADÁ»)			
Activo		Patrimonio neto y pasivo	
Activo no corriente	4.800	Patrimonio neto (*)	1.125
Acciones «CANADÁ»	0	Pasivo no corriente	4.100
Activo circulante	1.345	Pasivo corriente	920
TOTAL	6.145	TOTAL	6.145

(*) Este patrimonio neto es el resultante después de integrar ambos balances y realizar la eliminación de la inversión en acciones de «CANADÁ» que ahora han desaparecido del balance consolidado.

Este patrimonio está formado por:

Patrimonio neto de «FERROL»	1.000
Socios externos (45% × 180)	81
Reservas sociedades consolidadas [(55% × 180) – 55]	44
SUMA	1.125

La eliminación en forma de asiento sería la siguiente:

Cuenta	Debe	Haber
Patrimonio neto («CANADÁ»)	180	
Acciones «CANADÁ»		55
Socios externos		81
Reservas sociedades consolidadas		44

Si calculamos el ratio de endeudamiento del grupo una vez efectuada la consolidación de ambos balances tendremos:

.../...

.../...

Endeudamiento = Pasivo / Patrimonio neto

Endeudamiento = (4.100 + 920) / 1.125 = 4,46

Por tanto el endeudamiento es mayor en el grupo que en el balance individual de la matriz.

Si la matriz vende un 10 por 100 de su participación en «CANADÁ», esta dejaría de estar controlada por «FERROL» al no tener la mayoría de derechos de voto, y siempre que no cumpla con ninguno de los demás requisitos que determinan el dominio a efectos de consolidación. La participación podría ajustarse por el procedimiento de puesta en equivalencia que no es más que un método de valoración de las acciones que se ajustaría en el balance consolidado a su valor razonable. Teniendo en cuenta que se acaba de producir una venta de un 10 por 100, el precio de esta transacción podría servir como valor razonable con lo que es más que probable que en las cuentas del grupo aflorase un ajuste que aumentaría su patrimonio neto. Como además los activos y pasivos de la filial, que está más endeudada que la matriz, no se integran en las cuentas consolidadas, el ratio de endeudamiento del grupo consolidado no es mayor que el de la empresa matriz, considerada individualmente.

Sin duda el análisis de unas cuentas con menos deuda tendrá efectos beneficiosos de cara a la imagen de la empresa, a su cotización en Bolsa, al precio que debe pagar por sus deudas, etc.

En todo caso la clave de todo esto consiste en demostrar que ya no se tiene el control, ya que con un 45 por 100 que se mantiene del capital de «CANADÁ» no está tan claro que «FERROL» no tenga el dominio. Pero ahí entran los profesionales que deben dar forma a los acuerdos con las cláusulas necesarias para desmontar los argumentos que pudieran tener quienes pretendan demostrar dicho dominio.

En algunos casos este tipo de operaciones se han hecho manteniendo un porcentaje del 49,99 por 100, es decir, que si no hay control, casi lo parece.

EJEMPLO 4:

La empresa «FLOR, SA» controla el 45 por 100 de una empresa alemana llamada «HOT, SA». Los balances de ambas empresas son los siguientes:

Balance de «FLOR»			
Activo		Patrimonio neto y pasivo	
Activo no corriente	2.800	Patrimonio neto	800
		.../...	
		.../...	

.../...

Balance de «FLOR»			
Activo		Patrimonio neto y pasivo	
.../...			
Acciones «FLOR»	900	Pasivo no corriente	2.400
Activo circulante	300	Pasivo corriente	800
TOTAL	4.000	TOTAL	4.000

Balance de «HOT»			
Activo		Patrimonio neto y pasivo	
Activo no corriente	1.500	Patrimonio neto	2.000
Activo circulante	2.500	Pasivo no corriente	1.000
		Pasivo corriente	1.000
TOTAL	4.000	TOTAL	4.000

En principio «FLOR» no tiene la mayoría de derechos de voto de «HOT», por lo que no consolida ambos balances. Se trataría de una participación relevante sin duda pero sin control, por lo que se ajustaría en el consolidado por el procedimiento de puesta en equivalencia.

Si calculamos el ratio de endeudamiento de «FLOR» antes de consolidar con la filial tendremos:

Endeudamiento = Pasivo / Patrimonio neto

Endeudamiento = $(2.400 + 800) / 800 = 4$

Sin embargo, «HOT» es una empresa mucho menos endeudada.

Su ratio de endeudamiento sería:

Endeudamiento = $(1.000 + 1.000) / 2.000 = 1$

Si «FLOR» quiere bajar su nivel de endeudamiento podría intentar hacerse con una participación adicional de «HOT» que le permita pasar de un 50 por 100 de participación. En ese momento pasaría a tener el control de «HOT» y al consolidar esta empresa por integración global el endeudamiento del grupo sería un valor entre 4 y 1 en función del tamaño de una y otra empresa.

Estaríamos en un caso exactamente inverso al que hemos visto en el ejemplo anterior para conseguir el mismo efecto. En el ejemplo anterior se baja el ratio de endeudamiento a través de una venta de acciones para no tener que consolidar por integración global, mientras que en este ejemplo el ratio baja cuando incrementamos la participación para poder consolidar por ese mismo método.

5.1. Resumen ejemplos

De los cuatro ejemplos planteados no tengo ninguna duda que salvo el ejemplo 2, los otros tres son prácticas de contabilidad imaginativa y hechas por profesionales que, como es natural, han hecho lo que sus clientes les demandaban.

El primer ejemplo con cifras y datos corresponde a una operación realizada por Metro de Madrid, y que ha sido realizada de modo similar en innumerables empresas en los últimos años.

El ejemplo 3 es similar a bastantes operaciones realizadas por muchas compañías. En particular, «FERROVIAL» ha hecho alguna operación de este tipo mediante la venta de una parte de una empresa que explota autopistas en Canadá o la venta de una parte de la empresa «BAA» de gestión aeroportuaria en el Reino Unido.

En cuanto al ejemplo 4 está claramente inspirado por la operación que «ACS» ha realizado para tomar el control de la constructora alemana «HOCHTIEF».

Como se puede comprobar, las tres operaciones van encaminadas en todos los casos a reducir el endeudamiento aparente. Sin ningún género de dudas el endeudamiento se ha convertido en el problema número uno, no solo de las empresas sino de particulares, y administraciones públicas, de ahí que reducirlo de una forma real o aparente constituya un objetivo para todo tipo de entidades.

Todas estas operaciones están explicadas en las cuentas anuales de estas compañías y han sido comentadas en toda la prensa económica así como en algunos medios de información general.

El ejemplo 2 no se corresponde a ninguna operación real sino que es un supuesto puramente teórico, y en mi opinión sobrepasa la línea roja de la contabilidad creativa, para adentrarse en terrenos mucho más resbaladizos de fraude fiscal o delitos societarios.

6. CONCLUSIONES

- El término «creativo» aplicado a la contabilidad es más una feliz expresión mediática que profesional. La mal llamada contabilidad creativa es legal. Se basa en aplicar las normas. Debería llamarse simplemente CONTABILIDAD (con mayúsculas).
- La línea roja que separa legalidad de ilegalidad no siempre es clara, al igual que ocurre en otros muchos ámbitos del derecho o de la vida.
- Opiniones y sentencias contradictorias son habituales en el mundo del derecho, y la contabilidad aunque tenga una base económica, forma parte del Derecho mercantil.
- El principio de importancia relativa o de materialidad es clave a la hora de valorar la legalidad o no de una determinada forma de contabilizar una operación.

- La clave de la CONTABILIDAD ¿creativa? está en conocer a fondo la normativa, para aplicar lo más conveniente en cada caso.

Bibliografía

AMAT, O.; BLAKE, J.D. y FARRÁN, E. [2007]: *Contabilidad creativa*, Ed. Gestión 2000.

AMAT O. y GAY SALUDAS, J.M. [2008]: *Por la senda de la nueva contabilidad*, Ed. Gestión 2000.

GRIFFITHS, I. [1995]: *New creative accounting*, Ed. MacMillan.

LAÍNEZ GADEA, J.A. y CALLAO GASTÓN, S. [1999]: *Contabilidad creativa*, Ed. Civitas.

MONTERREY MAYORAL, J. [1997]: «Entre la contabilidad creativa y el delito contable, la visión de la contabilidad privada», *Ensayos sobre Contabilidad y Economía*. En homenaje al profesor Sáez Torrecilla. Tomo I.

VILLARROYA LEQUERICAONANDIA, M.B. [2003]: «Alteraciones y manipulaciones de la contabilidad», Tesis doctoral.

CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC

QUESTIONS FORMULATED TO ICAC

INMACULADA DE BENITO CÁMARA

Profesora del CEF

BOICAC núm. 82, junio 2010. Consulta 4. Balance, NECA 6.^a Ampliación de capital con cargo a reservas.

SUMARIO:

Sobre el registro contable de una operación de ampliación de capital con cargo a reservas.

Respuesta:

Una sociedad, cuyo ejercicio social coincide con el año natural, acuerda realizar durante el ejercicio 200X una ampliación de capital con cargo a reservas. La consulta versa sobre el adecuado tratamiento contable de la operación.

El aumento de capital con cargo a reservas no pone de manifiesto una variación en los activos netos de la empresa, sino una mera reclasificación o nueva composición de los conceptos que integran su patrimonio neto, que se pondrá de manifiesto en la fecha en que se produzca la inscripción del aumento del capital en el Registro Mercantil, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 9, de la norma de elaboración de las cuentas anuales (NECA) 6.^a «Balance» del Plan General de Contabilidad (PGC) aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, en cuya virtud:

«9. El capital social y, en su caso, la prima de emisión o asunción de acciones o participaciones con naturaleza de patrimonio neto figurarán en los epígrafes A-I.I. "Capital" y A-I.II. "Prima de emisión", siempre que se hubiera producido la inscripción en el Registro Mercantil con anterioridad a la formulación de las cuentas anuales. Si en la fecha de formulación de las cuentas anuales no se hubiera producido la inscripción en el Registro Mercantil, figurarán en la partida 5. "Otros pasivos financieros" o 3. "Otras deudas a corto plazo", ambas del epígrafe C.III. "Deudas a corto plazo" del pasivo corriente del modelo normal o abreviado, respectivamente.»

En consecuencia, en sintonía con el criterio incluido en la Consulta 4 publicada en el Boletín de este Instituto número 81, de marzo de 2010, cabe concluir lo siguiente:

1. Si la inscripción en el Registro Mercantil se realiza en el año 200X, la ampliación de capital se reflejaría en el balance de 31 de diciembre de 200X.
2. Asimismo, si la inscripción en el Registro Mercantil en el año 200X+1 fuera anterior a la formulación de las cuentas anuales también se incorporaría la ampliación de capital en el balance cerrado a 31 de diciembre de 200X. Solo en el caso de que las cuentas anuales se formularan antes de la inscripción, la ampliación de capital debería registrarse en el balance correspondiente a las cuentas anuales del ejercicio 200X+1.

EJEMPLO:

La sociedad anónima «SRB, SA» presenta la siguiente composición de patrimonio neto al 30 de octubre del año 20X12:

Conceptos	Importe
Capital social (100.000 acciones × 1 valor nominal)	100.000
Reserva legal	20.000
Reservas voluntarias	250.000
Total	370.000

«SRB, SA» ha realizado en la última época importantes adquisiciones de activos fijos y desea adecuar la cifra de capital social a la nueva situación mediante una ampliación de capital de una acción nueva por una acción antigua con cargo a reservas disponibles, ya que se desea que los accionistas no realicen nuevas aportaciones.

Cumplidos los trámites necesarios, el acuerdo de la ampliación se eleva a escritura pública el día 1 de diciembre de 20X12.

Se pide:

Contabilizar e indicar la composición del patrimonio neto y el pasivo corriente, en su caso, de la sociedad «SRB, SA» en el balance de situación a 31 de diciembre de 20X12 en los siguientes casos, sabiendo que el resultado del ejercicio 20X12 ha sido de 49.000 u.m.

- a) La ampliación de capital se inscribe en el Registro Mercantil el 15 de diciembre de 20X12.
- b) La ampliación de capital se inscribe en el Registro Mercantil el 15 de enero de 20X13.
- c) La ampliación de capital se inscribe en el Registro Mercantil el día 15 de abril de 20X13.

.../...

.../...

Solución

Apartado a)

Los asientos que realizará «SRB, SA» en las distintas fechas para reflejar las diferentes etapas del proceso son los siguientes.

1 de diciembre de 20X12

Por la emisión de las acciones:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas	100.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		100.000

15 de diciembre de 20X12

Por la suscripción de las acciones y la inscripción en el Registro Mercantil:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	100.000	
190	Acciones o participaciones emitidas		100.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	100.000	
100	Capital social		100.000

Después de los registros anteriores puede observarse que las cuentas «Acciones o participaciones emitidas» (190) y «Capital emitido pendiente de inscripción» (194) han quedado con saldo cero y, en consecuencia, lo que se traslada al balance de situación es una disminución de la cuenta «Reservas voluntarias» (113) y, por el mismo importe, un aumento de la cuenta «Capital social» (100).

Al tratarse de una ampliación de capital sin aportación de recursos exteriores, la composición patrimonial no varía después de la operación.

Teniendo en cuenta que el enunciado señala que el resultado del ejercicio 20X12 ha sido de 49.000 u.m. el 31 de diciembre de 20X12 de la sociedad «SRB, SA» será:

Conceptos	Importe
Capital social (200.000 acciones × 1 valor nominal)	200.000
Reserva legal	20.000

.../...

.../...

.../...

Conceptos	Importe
.../...	
Reservas voluntarias (250.000 – 100.000)	150.000
Resultado del ejercicio	49.000
Total	419.000

Apartado b)

En este caso, en principio solamente se registra la operación de la emisión de las acciones con fecha 1 de diciembre de 20X12:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas	100.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		100.000

La inscripción de la ampliación en el Registro Mercantil se produce el 15 de enero de 20X13, es decir, antes de la finalización de la fecha límite para la formulación de las cuentas anuales, que es de tres meses desde el cierre del ejercicio –por tanto finalizaría el 31 de marzo de 20X13– y, en esta situación, la consulta indica que la ampliación debe incorporarse en el balance de 31 de diciembre de 20X12 por lo que a efectos de su formulación deben realizarse los siguientes asientos:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	100.000	
190	Acciones o participaciones emitidas		100.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	100.000	
100	Capital social		100.000

En consecuencia, la composición del patrimonio neto al 31 de diciembre de 20X12 es idéntica a la del apartado a).

Apartado c)

1 de diciembre de 20X12, por la emisión de las acciones:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas	100.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		100.000

.../...

.../...

En este caso, la inscripción en el Registro Mercantil se produce una vez que ha finalizado el plazo para la formulación de las cuentas anuales (31 de marzo de 20X13), señalando la consulta «que si a la fecha de formulación de las cuentas anuales no se hubiera producido la inscripción en el Registro Mercantil, el capital social y en su caso la prima de emisión, figurarán en la partida 5. "Otros pasivos financieros" o 3. "Otras deudas a corto plazo", ambas del epígrafe C.III. "Deudas a corto plazo" del pasivo corriente del modelo normal o abreviado, respectivamente.»

Por tanto el patrimonio neto al 31 de diciembre de 20X12 será el siguiente:

Conceptos	Importe
Capital social (100.000 acciones × 1 valor nominal)	100.000
Reserva legal	20.000
Reservas voluntarias	250.000
Resultado del ejercicio	49.000
Total	419.000

Además, según establece la consulta y las definiciones contenidas en la quinta parte del PGC de las cuentas «Acciones o participaciones emitidas» (190) y «Capital emitido pendiente de inscripción» (194), figurarán en el pasivo corriente del balance.

Conceptos	Importe
Deudas a corto plazo	
Acciones o participaciones emitidas	-100.000
Capital emitido pendiente de inscripción	100.000

BOICAC núm. 82, junio 2010. Consulta 5. Inmovilizado material, NRV 2.ª Capitalización de gastos financieros de un préstamo para financiar el IVA.

SUMARIO:

Sobre la capitalización de los gastos financieros derivados de la obtención de un préstamo para financiar el Impuesto sobre el Valor Añadido devengado por la construcción de una planta industrial.

Respuesta:

Una empresa obtiene un préstamo para la construcción de una planta industrial y otro para el pago del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) soportado por dicha adquisición. Dicho impuesto será deducible. La cuestión planteada es la posibilidad de activar los gastos financieros devengados por el préstamo obtenido para pagar el IVA durante el periodo de construcción.

El Plan General de Contabilidad (PGC) aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, establece en la norma de registro y valoración (NRV) 2.ª «Inmovilizado material» que en los inmovilizados que necesiten un periodo de tiempo superior a un año para estar en condiciones de uso, se incluirán en el precio de adquisición o coste de producción los gastos financieros devengados antes de la puesta en condiciones de funcionamiento y que hayan sido girados por el proveedor o correspondan a préstamos u otro tipo de financiación ajena, específica o genérica, directamente atribuible a la adquisición, fabricación o construcción.

Asimismo en dicha norma se indica que los impuestos indirectos que gravan los elementos del inmovilizado material solo se incluirán en el precio de adquisición o coste de producción cuando no sean recuperables directamente de la Hacienda Pública.

Es decir, el IVA soportado deducible, que la empresa reconocerá como un activo, y que compensará u obtendrá su devolución, en la correspondiente liquidación, se excluye del concepto de precio de adquisición o coste de producción. Por lo que, en este caso, no parece que pueda calificarse el préstamo obtenido para su pago como financiación específica del inmovilizado.

EJEMPLO:

La sociedad anónima «SRB, SA» inicia la construcción de unas instalaciones técnicas el día 2 de octubre de 20X12 cuya duración prevista es de dos años.

.../...

.../...

Para financiar la operación «SRB, SA» ha solicitado y obtenido dos préstamos en una entidad financiera en las siguientes condiciones:

Préstamo 1

Se trata de un préstamo promotor con un límite de 50.000.000 de u.m., amortizable mediante anualidades constantes a partir de la terminación de la construcción de las instalaciones con un interés del 5 por 100 anual. Durante el periodo de construcción las liquidaciones de intereses tendrán carácter trimestral. Los gastos financieros derivados de esta operación se liquidarán trimestralmente. Fecha de concesión del préstamo, 2 de octubre de 20X12.

Durante el último trimestre del año 20X12 las certificaciones de obras de las instalaciones han sido de 300.000 u.m. que han sido pagadas con la cuenta del préstamo promotor el cual ha devengado en este periodo gastos financieros por importe de 4.000 u.m. –tanto por las cantidades dispuestas como no dispuestas–, de los que 3.500 u.m. corresponde incorporar a las instalaciones.

Préstamo 2

El segundo préstamo se ha solicitado para financiar el IVA soportado –el cual es deducible en su totalidad– en las certificaciones de la construcción de las instalaciones durante el último trimestre del ejercicio 20X12. Su importe es de 54.000 u.m. y ha devengado unos intereses al 31 de diciembre de 20X12 de 800 u.m. que están pendientes de pago

Este segundo préstamo se ha obtenido el 1 de diciembre de 20X12 y su fecha de reembolso será dentro de un año.

Se pide:

Registro de las operaciones realizadas por la sociedad «SRB, SA» en el último trimestre de 20X12.

Solución:

Para contabilizar las operaciones que ha realizado la sociedad, que contemplan la situación de la consulta objeto de estudio, hay que tener en cuenta la NRV 2.^a del PGC sobre «Inmovilizado material» la cual indica que en los inmovilizados que necesiten un periodo de tiempo superior a un año para estar en condiciones de uso, se incluirán en el precio de adquisición o coste de producción los gastos financieros devengados antes de la puesta en condiciones de funcionamiento y que hayan sido girados por el proveedor o correspondan a préstamos u otro tipo de financiación ajena, específica o genérica, directamente atribuible a la adquisición, fabricación o construcción.

Por otro lado, la misma norma señala que los impuestos indirectos que gravan los elementos del inmovilizado material solo se incluirán en el precio de adquisición o coste de producción cuando no sean recuperables directamente de la Hacienda Pública.

Por la obtención del préstamo promotor con fecha 2 de octubre de 20X12, no procede efectuar asiento alguno, ya que se trata de un crédito de disposición gradual, por lo que no se registrará deuda en tanto no se disponga de cantidad alguna.

.../...

.../...

Por las certificaciones de obra recibidas en el trimestre:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
232	Instalaciones técnicas en montaje	300.000	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	54.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		354.000

Por las disposiciones del préstamo promotor para pagar las certificaciones de obra excluido el IVA:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	300.000	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		300.000

1 de diciembre de 20X12, por la obtención del préstamo para pagar el IVA de las certificaciones de obra:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	54.000	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		54.000

Al 31 de diciembre por los intereses devengados por ambos préstamos —4.000 del préstamo 1 y 800 del préstamo 2—.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	4.800	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		4.000
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito		800

En cuanto a la activación de los intereses, solamente se capitalizan como mayor valor del activo —de forma obligatoria por ser el periodo de puesta en funcionamiento superior al año— los que se han devengado por el préstamo asociado a la construcción del activo y devengados por las cantidades utilizadas para su construcción, en concreto y según el enunciado 3.500 u.m. y no se pueden capitalizar los intereses devengados por el préstamo asociado a la financiación del IVA.

La contrapartida del activo, según se estableció en la Consulta 3 del BOICAC número 75 será una partida en el margen financiero, cuya denominación podría ser la de «Incorporación al activo de gastos financieros».

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
232	Instalaciones técnicas en montaje	3.500	
76-	Incorporación al activo de gastos financieros		3.500

SUPUESTOS PROPUESTOS EN LA OPOSICIÓN PARA GESTORES DE HACIENDA DEL GOBIERNO DE NAVARRA (2.ª PARTE)

EXERCISES PROPOSED IN THE COMPETITIVE EXAMINATION OF GOVERNMENT OF NAVARRA FOR FINANCE MANAGERS (SECOND PART)

FERNANDO VALLEJO TORRECILLA

Licenciado en Ciencias Empresariales

[Supuestos propuestos en la Oposición para Gestores de Hacienda del Gobierno de Navarra (Convocatoria de 29 de enero de 2011)].

Sumario

Caso 3. Contabilidad de costes. Cálculo del coste completo y del coste normal, análisis de desviaciones.

Caso 4. Cierre de cuentas y elaboración de estados financieros. Asientos de regularización, balance final y ECPN.

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

CONTABILIDAD DE COSTES

ENUNCIADO

1. CÁLCULO DEL COSTE COMPLETO Y DEL COSTE NORMAL

La empresa «XYZ» fabrica únicamente el producto A, utilizando para ello 2 kg de la materia prima X. Las existencias iniciales el día 1 de enero de 2010 eran las siguientes:

- Materia prima X: 1.000 kg a 9 euros/kg.
- Producto A en curso: 200 unidades a 36 euros. Incorporan toda la materia prima y el 25 por 100 de los costes de producción.
- Producto terminado A: 200 unidades a 80 euros/unidad.

Durante dicho ejercicio adquirió 31.000 kg de materia prima a 10 euros/kg, de los que al final del ejercicio quedaron 2.000 kg sin consumir. Durante el ejercicio no se han producido mermas ni pérdidas y todos los consumos han sido para la producción y venta.

El criterio de valoración de existencias es, en todos los casos, el coste medio ponderado.

Los costes de producción del periodo son los siguientes:

- Mano de obra directa: 45.000 horas a 16 euros/hora.
- Mano de obra indirecta: 3.000 horas a 15 euros/hora.
- Otros costes indirectos de producción: 200.250 euros.

Las existencias finales de producto terminado son de 300 unidades y en el almacén hay 400 unidades de productos A en curso, los cuales incorporan toda la materia prima y el 25 por 100 de los costes de producción al terminar el ejercicio.

El precio de venta del producto A durante el ejercicio ha sido de 150 euros/unidad. La empresa tiene unos costes de administración y ventas de 100.000 euros.

SE PIDE:

- a) Determinar el coste histórico completo para cada unidad de producto A obtenida en el ejercicio.

- b) Suponiendo que la empresa utilizase el sistema de coste normal y que para los costes indirectos de producción se aplicara una tasa anual normalizada de 5,12 euros/hora de mano de obra directa, ¿cuál sería el coste normal del producto?
- c) Realizar un análisis de márgenes y resultados comparando ambos métodos: coste histórico completo y coste normal, indicando a qué se deben las diferencias.
- d) Contabilizar la regularización de existencias que procedería en el método de coste completo. Dada la situación económica, se estima que en el momento actual el valor realizable neto unitario de la materia prima X es de 9 euros.

2. ANÁLISIS DE DESVIACIONES

La empresa «XYZ» fabrica un único producto (producto A), utilizando para ello la materia prima X. La empresa utiliza un sistema de costes estándar.

El número de unidades a producir es de 1.000. Se estima que para elaborar una unidad del producto A son necesarios 11,5 kg de materia prima X. En el proceso productivo se obtiene de cada producto A fabricado un subproducto de recortes de materia prima que se estima incorpora el 15 por 100 de la materia prima utilizada (único componente del subproducto).

La materia prima se estima que se va a comprar a 3 euros/kg. Asimismo, se estima que los subproductos podrán venderse a un precio de 1 euro/kg. El coste unitario de la mano de obra directa previsto es de 15 euros/hora. Se prevé que se necesitarán 0,5 horas para hacer una unidad de producto. Los costes indirectos previstos en la empresa son de 4.000 euros.

Los datos reales correspondientes al ejercicio son los siguientes:

Las existencias iniciales de materia prima eran de 3.200 kg a 3 euros y durante el ejercicio se han comprado 15.000 kg a 3,50 euros/kg, de los cuales han quedado 5.000 kg en el almacén. Durante el ejercicio se han fabricado 1.200 unidades del producto A y se han obtenido 1.980 kg del subproducto, cuyo precio de venta ha sido 1,50 euros/kg.

El coste unitario de la mano de obra directa ha sido de 16 euros/hora y han sido necesarias 0,4 horas para cada producto. Los costes indirectos reales han sido de 6.000 euros.

La empresa utiliza el coste medio ponderado para la valoración de todas sus existencias.

SE PIDE:

1. Calcular el coste unitario estándar del producto A.
2. Calcular el coste real completo del producto A.

3. Calcular las desviaciones en el coste total completo, diferenciando las desviaciones relativas a las materias primas y al subproducto generado.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 3

1. CÁLCULO DEL COSTE COMPLETO Y DEL COSTE NORMAL

a) Coste histórico completo unitario para el producto A

Antes de proceder al cálculo y acumulación de costes, es necesario conocer la producción del periodo. Para ello calcularemos en primer lugar el consumo de materias primas (CMP).

Conceptos	Kilogramos
Existencias iniciales	1.000
Compras en el ejercicio	31.000
Existencias finales	(2.000)
Consumo (calculado por diferencia)	30.000

$$\text{CMP} = \frac{(1.000 \times 9 + 31.000 \times 10) \text{ euros}}{(1.000 + 31.000) \text{ kg}} = 9,968750 \text{ euros/kg}$$

Puesto que cada unidad de producto A lleva dos kilos de materia prima X, durante el año se habrán puesto a fabricar $30.000/2 = 15.000$ unidades de producto A (a la existencia inicial de producto en curso no ha habido que añadirle nada de materia prima porque ya la tenía toda). De estas 15.000 unidades nuevas de producto A, se terminan todas menos las 400 finales que están en curso, es decir, las empezadas y terminadas completamente en el periodo son 14.600 unidades, cifra a la que hay que añadir las 200 iniciales para llegar finalmente a 14.800 terminadas en el periodo.

Una vez calculado el movimiento en unidades físicas, es necesario calcular las unidades equivalentes, ya que el grado de terminación de todas las unidades no es el mismo y para calcular costes unitarios no se puede dividir por unidades que no sean homogéneas. La unidad equivalente se suele considerar la unidad completa, esto es, la terminada al 100 por 100 en todos los factores de coste. Para calcularla basta con multiplicar el grado de terminación o avance por el número de unidades físicas, a fin de calcular su equivalente en términos de unidades completas. Por otra parte, hay que calcular la producción equivalente para cada factor de coste (materia prima y costes de producción en este caso) pues el grado de acabado no es el mismo para los dos factores en la producción en curso inicial y en la final.

Conceptos	Unidades físicas	Unidades equivalentes (CMP)	
		Materia prima	Costes de producción
Unidades terminadas en el periodo (incluyendo las 200 iniciales)	14.800	14.800	14.800
En curso al final (empezadas)	400	400	$400 \times 0,25 = 100$
Total producción obtenida en equivalente de unidades enteras	–	15.200	14.900

A efectos operativos, con el método FIFO la producción equivalente sería diferente de la obtenida aquí con el CMP, pues en FIFO hay que diferenciar la producción obtenida en el periodo de la obtenida en periodos anteriores, lo cual no sucede con el CMP, al mezclarse los precios del periodo anterior con los del actual. Los cálculos se simplifican.

La existencia inicial de producto en curso tiene incorporada toda la materia prima, pero el enunciado no facilita su valoración. No obstante, es de suponer que si la empresa aplica el coste medio ponderado, la valoración de la materia prima que lleva incorporada el producto en curso inicial será la misma que la de la existencia inicial de materia prima, pues una vez calculado el coste medio ponderado, este se utiliza para todas las unidades, se consuman o no.

Por lo tanto:

Conceptos de coste	Importe
Materia prima	$200 \text{ unidades} \times 2 \text{ kg/unidad} \times 9 \text{ euros/kg} = 3.600 \text{ euros}$
Costes de producción (por diferencia)	3.600
Total coste producto en curso inicial	7.200

Coste unitario histórico del producto A

$$\text{Materia prima} = \frac{3.600 + 30.000 \text{ kg} \times 9,968750 \text{ euros/kg}}{15.200 \text{ unidades}} = 19,912007 \text{ euros/unidad}$$

$$\text{Costes de producción} = \frac{(3.600 + 965.250) \text{ euros}}{14.900 \text{ unidades}} = 65,023490 \text{ euros/unidad}$$

En los costes de producción se ha incluido la mano de obra directa, la indirecta y los demás costes de producción. El enunciado no facilita ningún criterio para imputar la mano de obra indirecta y los otros costes «indirectos» de producción, por lo cual se van a imputar igual que la materia prima o la mano de obra directa, es decir, como si fueran costes directos, que es lo que realmente son en este supuesto. La razón de ello es que la empresa fabrica un único producto, con lo cual *todos* los costes de producción se pueden considerar directos en relación con dicho producto.

Coste unitario del producto A obtenido en el periodo: $19,912007 + 65,023490 = 84,935497$

$$\text{CMP del producto A} = \frac{(200 \times 80 + 14.800 \times 84,935497) \text{ euros}}{(200 + 14.800) \text{ kg}} = 84,869690 \text{ euros/kg}$$

Comprobación:

Entradas en el periodo		Salidas en el periodo	
Concepto	Valoración	Concepto	Valoración
Existencia inicial - MP	9.000,00	Existencia final - MP	$2.000 \times 9,96875 = 19.937,50$
Existencia inicial - PC	7.200,00	Existencia final - PC	$400 \times (19,912007 + 0,25 \times 65,023490) = 14.467,15$
Existencia inicial - PT	16.000,00	Existencia final - PT	$300 \times 84,869690 = 25.460,91$
Compras	310.000,00	Coste de ventas	$14.700 \times 84,869690 = 1.247.584,44$
MOD	720.000,00		
MOI	45.000,00		
Otros CIP	200.250,00		
Total a justificar	1.307.450,00	Total justificado	1.307.450,00

b) Coste normal del producto A

El denominado coste normal ¹ del producto se determina mediante un procedimiento de cálculo que consiste en la imputación de los costes indirectos de producción de acuerdo con una tasa o porcentaje preestablecido, basado generalmente en algún indicador de la actividad (la mano de obra directa suele ser el habitual). Dicha tasa se revisa periódicamente, a fin de rectificarla y adaptarla a los datos reales para que, de esta forma, las previsiones sean más realistas y las diferencias o desviaciones en lo sucesivo sean lo más reducidas posible. También periódicamente y al menos al cierre del ejercicio, se calculan las posibles diferencias entre los costes indirectos imputados mediante la tasa preestablecida y los costes reales, para determinar los costes subaplicados o sobreaplicados, según sea el caso, saldando dichas diferencias de diferente forma según su naturaleza e importancia relativa. El enunciado no aclara si los costes indirectos de producción calculados mediante la tasa se refieren solo a los «otros costes de producción» o a estos más la mano de obra indirecta, pues esta se considera también un coste de producción indirecto.

En el primer caso, tendríamos:

¹ Uno de los principales problemas a los que se enfrenta el estudiante de la contabilidad de costes (o ventajas, según como se mire) es que no hay una normalización en cuanto a la terminología empleada. Tanto el concepto de coste «normal» así como la forma de calcularlo, aunque sean sencillos, no son de ninguna manera «intuitivos» ni figuran en todos los manuales habituales que tratan sobre esta materia, al menos en nuestro país. Aunque sí sea frecuente encontrarlos en bibliografía de acreditados autores extranjeros (MEIGS, HORNGREN, RAYBURN, DRURY, KAPLAN, etc.) no por ello deja de ser conveniente precisar este tipo de términos.

Conceptos	Aplicados	Reales	Sobreaplicados
Otros costes indirectos	$45.000 \times 5,12 = 230.400$	200.250	30.150

Y con el segundo enfoque:

Conceptos	Aplicados	Reales	Subaplicados
Otros costes indirectos + mano de obra indirecta	$45.000 \times 5,12 = 230.400$	245.250	14.850

Si aplicamos el primer criterio (con el segundo el procedimiento es el mismo, lo único que cambia son las cifras), tendremos:

La materia prima se calcula igual que antes:

Materia prima = $\frac{3.600 \text{ euros} + 30.000 \text{ kg} \times 9,968750 \text{ euros/kg}}{15.200 \text{ unidades}} = 19,912007 \text{ euros/unidad}$

Lo que cambia son los costes de producción, por la sustitución de los costes indirectos de producción históricos por los calculados mediante la tasa predeterminada.

Costes de producción = $\frac{(3.600 + 45.000 \times 5,12 + 720.000) \text{ euros}}{14.900 \text{ unidades}} = 64,026846$

En cuanto al coste de la producción terminada en el periodo, será:

$19,912007 + 64,026846 = 83,938853$

CMP del producto A = $\frac{(200 \times 80 + 14.800 \times 83,938853) \text{ euros}}{15.000 \text{ unidades}} = 83,886335$

c) Márgenes y resultados comparando ambos métodos

Conceptos	Coste histórico completo	Coste normal	Diferencia
Ventas de producto A	2.205.000	2.205.000	–
Coste de ventas	1.247.584	1.233.129	14.455
Margen industrial	957.416	971.871	14.455
Costes comerciales y de administración	100.000	100.000	–
Beneficio antes de intereses e impuestos	857.416	871.871	14.455

La diferencia obtenida debe ser regularizada, ya que si no se hace los inventarios (y, en consecuencia, el coste de ventas) no figurarán valorados según el coste histórico. La diferencia es debi-

da a que los costes indirectos de producción son inferiores según el coste normal, tal y como se calculó anteriormente.

d) Regularización de existencias

Tomando los datos del cuadro de entradas y salidas anterior, por el importe de las existencias iniciales, tendremos:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6110	Variación de existencias de materia prima X	9.000,00	
7100	Variación de existencias de producto en curso A	7.200,00	
7120	Variación de existencias de producto terminado A	16.000,00	
3100	Materia prima X		9.000,00
3400	Productos en curso A		7.200,00
3500	Productos terminados A		16.000,00

Y por el importe de las finales:

Código	Cuenta	Debe	Haber
3100	Materia prima X	19.937,50	
3400	Productos en curso A	14.467,15	
3500	Productos terminados A	25.460,91	
6110	Variación de existencias de materia prima X		19.937,50
7100	Variación de existencias de producto en curso A		14.467,15
7120	Variación de existencias de productos terminado A		25.460,91

Y en cuanto al ajuste por deterioro en la materia prima X, cabe hacer algunos comentarios.

El enunciado proporciona su valor realizable neto. Normalmente, las materias primas se utilizan en el proceso productivo y no están destinadas a la venta directa. Y, por otra parte, el producto terminado A al que se incorporan permite la recuperación del coste de las materias primas, ya que se vende por encima de dicho coste. Por lo tanto, no hace falta registrar ningún deterioro.

No obstante, si el valor realizable neto se refiere al coste de reposición de las materias primas, esta referencia es más adecuada y, en este caso, procedería el ajuste por $2.000 \times (9,96875 - 9) = 1.937,50$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
6932	Pérdidas por deterioro de materia prima X	1.937,50	
3910	Deterioro de valor de la materia prima X		1.937,50

2. ANÁLISIS DE DESVIACIONES

Se trata de calcular los costes estándar (y analizar posteriormente las posibles desviaciones) de un producto principal y un subproducto obtenidos en el mismo proceso a partir de una materia prima única. El subproducto incorpora como único factor de coste parte de la materia prima sobrante utilizada en la fabricación del producto.

Respecto de la valoración del subproducto, el enunciado no indica qué criterio utiliza la empresa. Hay que tener en cuenta que no hay reglas fijas y los criterios, como luego veremos, pueden ser varios, dependiendo de:

- Valor relativo de venta del subproducto.
- Mayor o menor facilidad (objetividad) para la determinación de su coste.
- Necesidades de información.
- Características, capacidad y naturaleza del sistema contable utilizado.

Dado que el proceso no es complejo y se puede determinar razonablemente el coste del subproducto, utilizaremos dos criterios para su cálculo:

- a) Calcular el coste del producto A y el del subproducto.
- b) No calcular el coste del subproducto y descontar su precio de venta del coste del producto A.

A) Cálculos diferenciando el coste del producto A y el del subproducto

A.1) Coste unitario estándar del producto A

Coste estándar unitario para un volumen de producción de 1.000 unidades		
Conceptos	Producto A	Subproducto
Materia prima X	$11,5\text{ kg} \times 0,85 = 9,775\text{ kg};$ $9,775\text{ kg} \times 3\text{ €/kg} = 29,325\text{ €}$	$11,5\text{ kg} \times 0,15 = 1,725\text{ kg por}$ unidad de producto (*); $1,725\text{ kg} \times 3\text{ €/kg} = 5,175\text{ € por}$ unidad de producto (*)
Mano de obra directa	$0,5\text{ h} \times 15\text{ €/h} = 7,5\text{ €}$	–
Costes indirectos de producción	$4.000\text{ €/1.000 ud.} = 4\text{ €}$	–
Coste estándar unitario (euros)	40,825	5,175
(*) Es muy importante observar que el subproducto no se mide en unidades obtenidas, sino que de cada producto A se obtienen unos determinados kilogramos de subproducto.		

A.2) Coste real completo del producto A

Consumo de materia prima X:

Conceptos	Unidades físicas (kg)	Precio unitario	Total
Existencia inicial	3.200	3,00	9.600
Compras	15.000	3,50	52.500
Existencia final	5.000	3,412088 (PMP)	17.060
Consumo	13.200	3,412088 (PMP)	45.040

$$\text{PMP de la materia prima X} = \frac{(9.600 + 52.500) \text{ euros}}{(3.200 + 15.000) \text{ kg}} = 3,412088 \text{ euros/kg}$$

Coste real unitario para un volumen de producción de 1.200 unidades		
Conceptos	Producto A	Subproducto
Materia prima X	13.200 kg/1.200 ud. = 11 kg; 11 kg × 3,412088 €/kg = 37,532968 €	1.980 kg/1.200 ud. = 1,65 kg por unidad de producto; 1,65 kg × 3,412088 €/kg = 5,629945 € por unidad de producto
Mano de obra directa	0,4 h × 16 €/h = 6,4 €	
Costes indirectos de producción	6.000 €/1.200 ud. = 5 €	
Coste real unitario (euros)	48,932968	5,629945

A.3) Desviaciones en el coste total completo, diferenciando las desviaciones relativas a las materias primas y al subproducto obtenido

Producto A (Global)	Coste real (para 1.200 unidades)			Coste estándar (para 1.200 unidades)			Desviación	
Concepto	Unidades	Coste unitario	Coste total	Unidades	Coste unitario	Coste total	Desfavorable	Favorable
Desviación total	1.200	48,932968	58.720	1.200	40,825	48.990	9.730	

Materia prima X	Coste real (para 1.200 unidades)			Coste estándar (para 1.200 unidades)			Desviación	
Concepto	Unidades (kg)	Coste unitario	Coste total	Unidades	Coste unitario	Coste total	Desfavorable	Favorable
Desviación total	11.220	3,412088	38.284	11.730	3	35.190	3.094	
Desviación en consumo (técnica)	9,35 × 1.200	3,000000	33.660	9,775 × 1.200	3	35.190		1.530
Desviación en precio (económica)	11.220	3,412088	38.284	11.220	3	33.660	4.624	

Mano de obra directa	Coste real (para 1.200 unidades)			Coste estándar (para 1.200 unidades)			Desviación	
Concepto	Unidades (horas)	Coste unitario	Coste total	Unidades (horas)	Coste unitario	Coste total	Desfavorable	Favorable
Desviación total	$1.200 \times 0,4$	16	7.680	$1.200 \times 0,5$	15	9.000		1.320
Desviación en consumo (técnica)	$1.200 \times 0,4$	15	7.200	$1.200 \times 0,5$	15	9.000	1.800	
Desviación en precio (económica)	$1.200 \times 0,4$	16	7.680	$1.200 \times 0,4$	15	7.200		480

Costes indirectos	Coste real (para 1.200 unidades)			Coste estándar (para 1.200 unidades)			Desviación	
Concepto	Unidades (horas)	Coste unitario	Coste total	Unidades (horas)	Coste unitario	Coste total	Desfavorable	Favorable
Desviación total	1.200	5	6.000	1.200	4	1.800		1.200

En cuanto al subproducto (desviaciones en el coste):

Subproducto (Global)	Coste real (para 1.200 unidades)			Coste estándar (para 1.200 unidades)			Desviación	
Concepto	Unidades	Coste unitario	Coste total	Unidades	Coste unitario	Coste total	Desfavorable	Favorable
Desviación total	1.980	3,412088	6.756	$1.200 \times 1,725$	3	6.210	546	
Desviación en consumo (técnica)	$1,65 \times 1.200$	3,000000	5.940	$1.200 \times 1,725$	3	6.210		270
Desviación en precio (económica)	$1,65 \times 1.200$	3,412088	6.756	$1.200 \times 1,650$	3	5.940	816	

B) Cálculos descontando el importe obtenido en la venta del subproducto del coste del producto A

B.1) Coste unitario estándar del producto A

Conceptos	Producto A
Materia prima X	$11,5 \text{ kg} \times 3 \text{ €/kg} = 34,5 \text{ €}$
Mano de obra directa	$0,5 \text{ h} \times 15 \text{ €/h} = 7,5 \text{ €}$
Costes indirectos de producción	$4.000 \text{ €}/1.000 \text{ ud.} = 4 \text{ €}$
Coste estándar unitario (euros)	46
– Valor de venta del subproducto	$11,5 \text{ kg} \times 0,15 = 1,725 \text{ kg}$ $1,725 \text{ kg} \times 1 = 1,725 \text{ €}$
Coste estándar rectificado (euros)	44,275

B.2) Coste real completo del producto A

Conceptos	Producto A
Materia prima X	13.200 kg/1.200 ud. = 11 kg/ud. × 3,412088 €/kg = 37,532968 €
Mano de obra directa	0,4 h × 16 €/h = 6,4 €
Costes indirectos de producción	6.000 €/1.200 ud. = 5 €
Coste real unitario (euros)	48,932968
- Valor de venta del subproducto	1.980 kg/1.200 ud. × 1,5 €/kg = 2,475 €
Coste real rectificado (euros)	46,457968

B.3) Desviaciones en el coste total completo, diferenciando las desviaciones relativas a las materias primas y al subproducto generado

Producto A (Global)	Coste real (para 1.200 unidades)			Coste estándar (para 1.200 unidades)			Desviación	
Concepto	Unidades	Coste unitario	Coste total	Unidades	Coste unitario	Coste total	Desfavorable	Favorable
Desviación total	1.200	46	55.200	1.200	48,932968	58.720	3.520	

Materia prima X	Coste real (para 1.200 unidades)			Coste estándar (para 1.200 unidades)			Desviación	
Concepto	Unidades (kg)	Coste unitario	Coste total	Unidades	Coste unitario	Coste total	Desfavorable	Favorable
Desviación total	1.200 × 11	3,412088	45.040	1.200 × 11,5	3	41.400	3.640	
Desviación en consumo (técnica)	1.200 × 11	3,000000	39.600	1.200 × 11,5	3	41.400		1.800
Desviación en precio (económica)	1.200 × 11	3,412088	45.040	1.200 × 11,0	3	39.600	5.440	

Mano de obra directa	Coste real (para 1.200 unidades)			Coste estándar (para 1.200 unidades)			Desviación	
Concepto	Unidades (horas)	Coste unitario	Coste total	Unidades (horas)	Coste unitario	Coste total	Desfavorable	Favorable
Desviación total	1.200 × 0,4	16	7.680	1.200 × 0,5	15	9.000		1.320
Desviación en consumo (técnica)	1.200 × 0,4	15	7.200	1.200 × 0,5	15	9.000	1.800	
Desviación en precio (económica)	1.200 × 0,4	16	7.680	1.200 × 0,4	15	7.200		480

Costes indirectos	Coste real (para 1.200 unidades)			Coste estándar (para 1.200 unidades)			Desviación	
Concepto	Unidades (horas)	Coste unitario	Coste total	Unidades (horas)	Coste unitario	Coste total	Desfavorable	Favorable
Desviación total	1.200	5	6.000	1.200	4	4.800		1.200

En cuanto al subproducto:

Subproducto (Global)	Coste real (para 1.200 unidades)			Coste estándar (para 1.200 unidades)			Desviación	
Concepto	Unidades	Coste unitario	Coste total	Unidades	Coste unitario	Coste total	Desfavorable	Favorable
Desviación total	1.980	3,412088	6.756	$1.200 \times 1,725$	3	6.210	546	
Desviación en consumo (técnica)	$1,65 \times 1.200$	3,000000	5.940	$1.200 \times 1,725$	3	6.210		270
Desviación en precio (económica)	$1,65 \times 1.200$	3,412088	6.756	$1.200 \times 1,650$	3	5.940	816	

Si se considera el subproducto y calculamos las desviaciones sobre el coste rectificado, tendremos:

Producto A (Global)	Coste real (para 1.200 unidades)			Coste estándar (para 1.200 unidades)			Desviación	
Concepto	Unidades	Coste unitario	Coste total	Unidades	Coste unitario	Coste total	Desfavorable	Favorable
Desviación total	1.200	46,457968	55.750	1.200	44,275	53.130	2.620	

En cuanto a la desviación del subproducto, bajo este criterio, no cabe hablar de coste, sino de precio de venta. Obsérvese que al ser el precio de venta mayor que el estimado, la desviación es favorable.

Subproducto (Global)	Precio de venta real (para 1.980 kg)			Precio de venta estándar (para 1.980 kg)			Desviación	
Concepto	Unidades (kg)	Precio unitario	Total	Unidades (kg)	Precio unitario	Total	Desfavorable	Favorable
Desviación total	$1.200 \times 1,650$	1,5	2.970	$1.200 \times 1,725$	1	2.070		900
Desviación en consumo (técnica)	$1.200 \times 1,725$	1,0	2.070	$1.200 \times 1,650$	1	1.980	90	
Desviación en precio (económica)	$1.200 \times 1,650$	1,5	2.970	$1.200 \times 1,650$	1	1.980		990

CASO PRÁCTICO NÚM. 4

CIERRE DE CUENTAS Y ELABORACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS

ENUNCIADO

La empresa «XYZ», dedicada a la comercialización de un único producto, presenta el día 31 de diciembre de 2010 los siguientes saldos, una vez contabilizadas todas las operaciones del ejercicio, a excepción del impuesto sobre el beneficio:

Cuenta	Saldo (euros)
Capital social (60.000 acciones de 10 euros de valor nominal)	600.000
Socios por desembolsos no exigidos	150.000
Acciones propias en situaciones especiales	2.000
Prima de emisión	20.000
Reserva legal	22.000
Reservas voluntarias	45.000
Provisión por retribuciones a largo plazo al personal	10.500
Deudas a largo plazo con entidades de crédito	45.900
Terrenos	205.500
Construcciones	290.000
Equipos para procesos de información	26.000
Participaciones a largo plazo en empresas del grupo	56.000
Amortización acumulada del inmovilizado material	56.000
Mercaderías	2.000
Deterioro de valor de las mercaderías	250
Proveedores	20.000
Clientes	19.900
Clientes de dudoso cobro	2.000
Hacienda Pública, deudora por IVA	2.900
Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta	500
Activos por diferencias temporarias deducibles	150
Hacienda Pública acreedora	1.090
Pasivos por diferencias temporarias imponibles	720
Gastos anticipados	3.500
Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales	2.000
	.../...

Cuenta	Saldo (euros)
.../...	
Deudas a corto plazo con entidades de crédito	9.000
Créditos a corto plazo a empresas del grupo	9.000
Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio	9.600
Dividendo activo a cuenta	2.000
Tesorería	A determinar
Inmovilizado mantenido para la venta	53.800
Compras de mercaderías	97.200
<i>Rappels</i> por compras de mercaderías	200
Variación de existencias de mercaderías (reducción)	500
Sueldos y salarios	105.000
Seguridad Social a cargo de la empresa	30.500
Intereses de deudas	190
Pérdidas procedentes del inmovilizado material	150
Amortización del inmovilizado material	6.600
Pérdidas por deterioro de existencias	250
Pérdidas por deterioro de créditos por operaciones comerciales	2.000
Ventas de mercaderías	263.000
Descuento sobre ventas por pronto pago	800
Subvenciones de capital transferidas al resultado	200
Reversión del deterioro de existencias	200
Impuesto diferido	570
Pérdidas actuariales	500
Beneficios en activos disponibles para la venta	600
Ingresos de subvenciones oficiales de capital	2.000
Transferencia de subvenciones de capital	200

Además, disponemos de la siguiente información relativa al ejercicio 2010:

- La empresa «XYZ» aplica el Plan General de Contabilidad (PGC) y utiliza los modelos normales de cuentas anuales.
- El tipo del Impuesto sobre Sociedades aplicable es del 30 por 100.
- Durante el ejercicio se ha estimado que el cliente «Z», que le adeuda 2.000 euros desde el 1 de septiembre de 2010, es probable que resulte incobrable, reconociendo contablemente dicha situación mediante el método de estimación individualizada.

- Durante el ejercicio 2010 la empresa ha llevado a cabo una ampliación de capital de 1 acción nueva por cada dos antiguas, de igual valor nominal a las existentes y emitidas al 110 por 100. Los accionistas desembolsaron el mínimo exigido por la normativa mercantil.
- El día 15 de enero, la empresa detectó un error en la valoración de los terrenos, dado que se observó que su valor de adquisición era 500 euros por encima del valor registrado. En esa misma fecha, se realizaron los ajustes necesarios para subsanar dicho error.
- El resultado del ejercicio 2009 se ha repartido del siguiente modo: 10 por 100 a reserva legal, 24.500 euros a reservas voluntarias y el resto a dividendos.
- Los saldos iniciales correspondientes a diversos epígrafes del balance inicial eran los siguientes (en euros):

Activo no corriente	510.000
Activo corriente	122.000
Pasivo no corriente	70.000
Pasivo corriente	30.000
Neto patrimonial	532.000
Capital	400.000
Reserva legal	12.000
Reserva voluntaria	20.000
Resultado del ejercicio	100.000

SE PIDE:

- a) Contabilizar la regularización de ingresos y gastos del ejercicio y determinar el resultado antes de impuestos.
- b) Contabilizar el impuesto sobre beneficios, teniendo en cuenta que la empresa no tiene derecho a ninguna deducción.
- c) Asiento de regularización de ingresos y gastos imputados al patrimonio neto.
- d) Obtener las siguientes partidas del balance de situación, una vez registrados todos los asientos anteriores, de acuerdo con el PGC: activo no corriente, activo corriente, patrimonio neto, pasivo no corriente y pasivo corriente.
- e) Elaborar el estado total de cambios en el patrimonio neto del ejercicio 2010.
- f) Determinar la rentabilidad económica de la empresa utilizando la ratio «Resultado antes de intereses e impuestos/Activo medio».

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 4

Normativa aplicada

PGC: NRV 13.ª y partes 3.ª, 4.ª y 5.ª y modelos de cuentas anuales normales.

TRLIS: artículo 12.2.

A) REGULARIZACIÓN DE INGRESOS Y GASTOS CORRIENTES (CUENTAS DE LOS GRUPOS 6 Y 7)

Por las cuentas de gestión con saldo acreedor (incluido ya el impuesto sobre el beneficio, tal y como se calcula en el epígrafe siguiente):

Código	Cuenta	Debe	Haber
7000	Ventas de mercaderías	263.000	
7460	Subvenciones de capital transferidas al resultado del ejercicio	200	
7930	Reversión del deterioro de existencias	200	
6090	<i>Rappels</i> por compras de mercaderías	200	
6301	Impuesto diferido	600	
1290	Resultado del ejercicio		264.200

Por las cuentas de gestión con saldo deudor (incluido también el impuesto corriente):

Código	Cuenta	Debe	Haber
1290	Resultado del ejercicio	249.913	
6000	Compras de mercaderías		97.200
6100	Variación de existencias de mercaderías		500
6300	Impuesto corriente		6.723
6400	Sueldos y salarios		105.000
6420	Seguridad Social a cargo de la empresa		30.500
6620	Intereses de deudas		190
6710	Pérdidas procedentes del inmovilizado material		150
6810	Amortización del inmovilizado material		6.600
6930	Pérdidas por deterioro de existencias		250
6940	Pérdidas por deterioro de créditos comerciales		2.000
7060	Descuentos sobre ventas por pronto pago		800

B) IMPUESTO SOBRE EL BENEFICIO

Beneficio antes de impuestos: $263.600 - 243.190 = 20.410$.

Liquidación del impuesto corriente:

Beneficio antes de impuestos	20.410
+ Deterioro crédito	2.000
Base imponible	22.410
Cuota íntegra al 30%	6.723
Cuota líquida	6.723
– Retenciones y pagos a cuenta	(500)
Cuota diferencial (a ingresar)	6.223

Código	Cuenta	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente	6.723	
4730	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta		500
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre sociedades		6.223

En cuanto a posibles diferencias temporarias, además de las que figuran en el balance de saldos, cuyo importe coincide con el del impuesto diferido que hay también en el citado balance ($720 - 150 = 570$), por lo cual este se refiere a las partidas de patrimonio neto y se cerrará con ellas en los asientos que se presentan en el epígrafe c), surge otra en la liquidación del impuesto corriente: la relativa a la no deducibilidad en 2010 (no han transcurrido seis meses según exige la normativa fiscal) del ajuste por deterioro relativo al crédito comercial con probabilidad de resultar incobrable.

Esta diferencia, con el enfoque del balance, es:

Concepto	Valor en libros	Valor fiscal	Diferencia	Contabilización
Cientes dudosos	$2.000 - 2.000 = 0$	2.000	2.000	Surge un activo (600)

Y su contabilización:

Código	Cuenta	Debe	Haber
47401	Activos por diferencias temporarias deducibles – Deterioro de créditos	600	
6301	Impuesto diferido (30% de 2.000)		600

Aunque se debe llegar al mismo resultado, el ajuste por deterioro no es un pasivo, sino una cuenta compensadora de la de clientes dudosos, por lo cual es el valor contable de esta el que se ha analizado a efectos de poner de manifiesto la posible diferencia entre la valoración contable y la fiscal.

C) **REGULARIZACIÓN DE INGRESOS Y GASTOS IMPUTADOS AL PATRIMONIO NETO (CUENTAS DE LOS GRUPOS 8 Y 9)**

Código	Cuenta	Debe	Haber
9000	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	600	
9400	Ingresos de subvenciones oficiales de capital	2.000	
1150	Reservas por pérdidas y ganancias actuariales y otros ajustes	350	
8301	Impuesto diferido (*)		570
8400	Transferencia de subvenciones oficiales de capital		200
8500	Pérdidas actuariales		500
1300	Subvenciones oficiales de capital		1.260
1330	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		420

(*) El importe de la cuenta «Impuesto diferido» coincide con el 30 por 100 del movimiento neto de las demás cuentas de los grupos 8 y 9 que figuran en este asiento, por lo cual, tal y como se comentó anteriormente (en la liquidación del impuesto corriente), es de suponer que este impuesto diferido se refiere exclusivamente a la cuenta 8301 «Impuesto diferido».

D) **MASAS PATRIMONIALES DEL BALANCE DE SITUACIÓN**

Balance de situación de «XYZ» al 31-12-2010			
Activo no corriente	521.500	Patrimonio neto	548.617
Terrenos	205.500	Capital social	600.000
Construcciones	290.000	Socios por desembolsos no exigidos	-150.000
Equipos para procesos de información	26.000	Acciones propias en situaciones especiales	-2.000
Amortización acumulada inmovilizado material	-56.000	Prima de emisión	20.000
Participaciones a largo plazo en empresas del grupo	56.000	Reserva legal	22.000
		Reservas voluntarias	45.000
Activo corriente	120.550	Reservas por pérdidas actuariales	-350
			.../...

Balance de situación de «XYZ» al 31-12-2010			
.../...			
Inmovilizado mantenido para la venta	53.800	Resultado del ejercicio	14.287
Mercaderías	2.000	Dividendo activo a cuenta	-2.000
Deterioro de valor de las mercaderías	-250	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	420
Clientes	19.900	Subvenciones oficiales de capital	1.260
Clientes de dudoso cobro	2.000		
Deterioro de créditos comerciales	-2.000	Pasivo no corriente	56.400
Hacienda Pública, deudora por IVA	2.900	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	45.900
Activos por diferencias temporarias deducibles	750	Provisión por retribuciones a largo plazo al personal	10.500
Gastos anticipados	3.500		
Créditos a corto plazo a empresas del grupo	9.000	Pasivo corriente	36.433
Inversiones financieras a corto plazo en instalaciones de patrimonio	9.600	Proveedores	20.000
Tesorería (calculada por diferencia)	19.350	Hacienda Pública, acreedora	1.090
		Pasivos por diferencias temporarias imponibles	720
		Deudas a corto plazo con entidades de crédito	9.000
		Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre beneficios	6.223
Total activo	642.050	Total patrimonio neto y pasivo	642.050

E) ESTADO TOTAL DE CAMBIOS EN EL PATRIMONIO NETO CORRESPONDIENTE AL EJERCICIO 2010

Estado total de cambios en el patrimonio neto de «XYZ» correspondiente al ejercicio terminado el 31-12-2010											
	Capital escriturado	Capital no exigido	Prima de emisión	Reservas	(Acciones propias)	Resultados de ejercicios anteriores	Resultado	(Dividendo a cuenta)	Ajustes por cambios de valor	Subvenciones recibidas	TOTAL
C. SALDO, FINAL DEL AÑO 2009	400.000			32.000			100.000				532.000
II. Ajustes por errores 2009				500							500
D. SALDO AJUSTADO, INICIO DEL AÑO 2010	400.000			32.500		100.000	14.287		420	1.260	532.500
I. Total ingresos y gastos reconocidos				-350							15.617
II. Operaciones con socios o propietarios											
1. Aumentos de capital	200.000	-150.000	20.000		-2.000	-65.500		-2.000			500
4. (-) Distribución de dividendos	200.000	-150.000	20.000			-65.500		-2.000			70.000
5. Operaciones con acciones propias					-2.000						-67.500
7. Otras operaciones con socios o propietarios											-2.000
III. Otras variaciones del patrimonio neto				34.500		-34.500					0
E. SALDO, FINAL DEL AÑO 2010	600.000	-150.000	20.000	66.650	-2.000	0	14.287	-2.000	420	1.260	548.617

F) DETERMINAR LA RENTABILIDAD ECONÓMICA DE LA EMPRESA UTILIZANDO LA RATIO «RESULTADO ANTES DE INTERESES E IMPUESTOS/ACTIVO MEDIO»

$$\text{Activo medio} = \frac{(\text{activo inicial} + \text{activo final})}{2} = \frac{632.000 + 642.050}{2} = 637.025$$

$$\text{Resultado antes de intereses e impuestos} = 20.410 + 190 (\text{gastos financieros}) = 20.600$$

$$\text{Rentabilidad económica sobre el activo medio} = \frac{20.600}{637.025} \times 100 = 3,2337\%$$