CEF.-

Contabilidad y Tributación

Comentarios y Casos Prácticos

ISSN: 1138-9540

Revista mensual núm. 323 Febrero 2010

- Blanqueo de capitales y paraísos fiscales
- La deseable reforma del régimen fiscal de reestructuraciones
- Pensiones compensatorias
- Los precios de transferencia en el ámbito interno
- Consultas de la DGT y del ICAC en relación con el nuevo PGC
- Propuestas para contabilizar las clases de acciones del PGC 2007 y PGC PYMES
- Cálculo del Patrimonio neto
- Ajuste secundario en operaciones entre empresas del grupo y partes vinculadas
- Consultas planteadas al ICAC:
  - Instrumentos financieros
  - Concurso de acreedores
- Caso práctico de contabilidad

CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

P.º Gral. Martínez Campos, 5	28010 MADRID	Tel. 914 444 920
Gran de Gràcia, 171	08012 BARCELONA	Tel. 934 150 988
Alboraya, 23	46010 VALENCIA	Tel. 963 614 199
Ponzano, 15	28010 MADRID	Tel. 914 444 920
www.cef.es	**902 88 89 90**	**info@cef.es**

FEBRERO 2010 – NÚMERO 323

DIRECTOR

Roque de las Heras Miguel

COORDINADORES

M.ª José Leza Angulo
Javier Romano Aparicio

CONSEJO ASESOR

Alejandro Blázquez Lidoy
Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Rey Juan Carlos
Inocencio Carazo González
Socio Director de INSESA & Abogados
José Luis Cea García
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. UAM
Lorenzo de las Heras Miguel
Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España
María Teresa del Val Núñez
Catedrática de Dirección de Empresas. Universidad de Alcalá
José Ramón González García
Ex Presidente del ICAC. Inspector de Hacienda del Estado (excedente)
José Antonio Gonzalo Angulo
Presidente del ICAC. Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad
Herenia Gutiérrez Ponce
Profesora Titular de Economía Financiera y Contabilidad. UAM
Lorenzo Lara Lara
Presidente del Colegio Central de Titulados Mercantiles y Empresariales
Alejandro Larriba Díaz Zorita
Vicerrector de la UDIMA. Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad
Juan Carlos López-Hermoso Agius
Presidente de la Asociación Española de Asesores Fiscales
Luis Alberto Malvárez Pascual
Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Huelva
Ana Muñoz Merino
Vocal del Tribunal Económico-Administrativo Municipal de Madrid. Catedrática de Derecho Tributario
Vicente Pérez Sánchez
Inspector de Hacienda del Estado y Profesor del CEF
J. Andrés Sánchez Pedroche
Rector de la UDIMA
Jesús Sanmartín Mariñas
Presidente del REAF
Eduardo Sanz Gadea
Inspector de Hacienda del Estado. Ministerio de Economía y Hacienda
Fernando Serrano Antón
Defensor del Contribuyente del Ayuntamiento de Madrid. Profesor Titular de Derecho Tributario
María Teresa Soler Roch
Presidenta del Consejo para la Defensa del Contribuyente. Catedrática de Derecho Tributario

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 (2010): ..... 135,58 € (IVA no incluido)

  Comprende dos volúmenes:

  1.º Legislación, Consultas, Jurisprudencia (en papel).
  2.º Comentarios y Casos prácticos (en papel e Internet).

- SUSCRIPCIÓN ANUAL (2010) ..... 206,74 € (IVA no incluido)

  (Comprende los dos volúmenes indicados anteriormente y la recopilación, al final de cada año, en Tomos independientes de los repertorios de Legislación y Jurisprudencia Tributaria).

- NÚMEROS SUELTOS (Completos):

  – Suscriptores ..... 15,39 € (IVA no incluido)
  – No suscriptores ..... 20,20 € (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. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Sumario

Página

TRIBUTACIÓN

10/2010 Revisión de la problemática de los paraísos fiscales y su incidencia en el blanqueo de capitales. 5
(Carlos María López Espadafor y Luis Manuel Lombardero Expósito)

11/2010 Revisión del régimen fiscal de las reestructuraciones: propuestas de modificación. 55
(Eduardo Gracia Espinar y Lorena Viñas Rueda)

12/2010 La reducción de la base imponible en IRPF por pensiones compensatorias y anualidades por alimentos. 81
(Nuria Puebla Agramunt)

13/2010 Precios de transferencia en el ámbito interno. La sentencia del TJCE. 99
(Stella Raventós Calvo)

CUESTIONES A DEBATE... (CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN)

14/2010 Análisis de las consultas de la DGT y del ICAC en relación con el nuevo PGC. 105
(Gabinete Jurídico del CEF)

CONTABILIDAD

15/2010 Propuestas para contabilizar las clases de acciones en el PGC 2007 y PGC PYMES. 119
(Miguel Ángel Villacorta Hernández)

16/2010 Cálculo del patrimonio neto empresarial en el caso de oferta de compra de acciones. Un ajuste entre la normativa mercantil y contable. 165
(Emilia García Arthús y Mercedes Teijeiro Álvarez)

17/2010 El ajuste secundario en operaciones entre empresas del grupo y partes vinculadas. 187
(Ángel González García)

18/2010 Consultas planteadas al ICAC. 203
(Miguel Ángel Gálvez Linares y Ángel Montes Carrillo)

19/2010 Supuestos propuestos en la Oposición para Diplomados en Ciencias Empresariales del Gobierno de Navarra. 229
(Fernando Vallejo Torrecilla)

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.

Sumary

Página

TRIBUTACIÓN

10/2010 Review of the problem of tax havens and their impact on money laundering. 5
(Carlos María López Espadafor y Luis Manuel Lombardero Expósito)

11/2010 Review of the tax regime for restructuring transactions: proposed amendments. 55
(Eduardo Gracia Espinar y Lorena Viñas Rueda)

12/2010 Tax base reductions in the individual income tax due to spousal supports and alimonies. 81
(Nuria Puebla Agramunt)

13/2010 Transfer pricing in the domestic sphere. The judgment of the European Court of Justice. 99
(Stella Raventós Calvo)

CUESTIONES A DEBATE... (CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN)

14/2010 Analysis of the opinions delivered by the Tax General Directorate and the Institute of Accounting and Accounts Auditing relating to the new Spanish General Accounting Plan. 105
(Gabinete Jurídico del CEF)

CONTABILIDAD

15/2010 Proposals to account for the classes of shares in the Spanish General Accounting Plan 2007 and the Spanish General Accounting for SMEs. 119
(Miguel Ángel Villacorta Hernández)

16/2010 Net assets determination in a share acquisition. The ajustment between commercial law and accounting regulations. 165
(Emilia García Arthús y Mercedes Teijeiro Álvarez)

17/2010 The secondary adjustments in transactions among group companies and associated parties. 187
(Ángel González García)

18/2010 Questions formulated to ICAC. 203
(Miguel Ángel Gálvez Linares y Ángel Montes Carrillo)

19/2010 Exercises proposed in the competitive examination of the Government of Navarra for Certified in Business Sciences. 229
(Fernando Vallejo Torrecilla)

REVISIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DE LOS PARAÍSOS FISCALES Y SU INCIDENCIA EN EL BLANQUEO DE CAPITALES

Carlos María López Espadafor

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Jaén

Luis Manuel Lombardero Expósito

Doctor en Derecho. Teniente de la Guardia Civil.
Escala Superior de Oficiales

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña María Teresa Soler Roch, don Juan Carlos López-Hermoso Agius, doña Ana Muñoz Merino, don Vicente Pérez Sánchez, don Andrés Sánchez Pedroche, don Jesús Sanmartín Mariñas y don Fernando Serrano Antón.

Extracto:

Los paraísos fiscales suponen un problema pendiente en la consideración internacional del tributo. En el estado actual de cooperación de la comunidad internacional, sorprende el mantenimiento de la opacidad fiscal de dichos territorios y la falta de una mayor presión sobre los mismos de cara a la desaparición de tal opacidad, que debería ser ejercida con mayor determinación desde ciertas instancias internacionales y desde las economías más poderosas, especialmente ante los momentos de crisis y recesión que se están viviendo. Pero ante una solución global en tal sentido en la sociedad internacional, es necesaria una revisión de las medidas impulsadas desde la Unión Europea y un replanteamiento de las medidas adoptadas en nuestro Derecho. La problemática de los paraísos fiscales no sólo debe ser vinculada con la defraudación tributaria, sino también con un problema más amplio, como es el del blanqueo de activos o capitales. Las soluciones con relación al blanqueo pueden incidir en la solución de los demás problemas relativos a los paraísos fiscales y, recíprocamente, las soluciones en materia de paraísos fiscales pueden ayudar a frenar dicho blanqueo de activos. Así, a los tradicionales análisis que en materia tributaria se han venido haciendo de los paraísos fiscales, hay que sumar una nueva perspectiva en su consideración, como es la del blanqueo de capitales.

Palabras clave: blanqueo de activos, capitales, paraísos fiscales e impuestos.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

REVIEW OF THE PROBLEM OF TAX HAVENS AND THEIR IMPACT ON MONEY LAUNDERING

Carlos María López Espadafor

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Jaén

Luis Manuel Lombardero Expósito

Doctor en Derecho. Teniente de la Guardia Civil.
Escala Superior de Oficiales

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña María Teresa Soler Roch, don Juan Carlos López-Hermoso Agius, doña Ana Muñoz Merino, don Vicente Pérez Sánchez, don Andrés Sánchez Pedroche, don Jesús Sanmartín Mariñas y don Fernando Serrano Antón.

Abstract:

Tax havens are an outstanding problem in the international consideration of the tax. In the current state of cooperation of the international community it is surprising the maintenance of the fiscal opacity of these territories and the lack of greater pressure on them for the disappearance of such opacity that should be pursued more vigorously from certain international instances and from the most powerful economies, especially in these times of crisis and recession that we are living. But before a comprehensive solution in this regard in the international society, we must a review the measures promoted by the European Union and reconsider the ones introduced by our law. The problem of tax havens should not only be linked to tax fraud, but also to a broader problem, as money and assets laundering. The solutions in related to money laundering may be part of the solution of other problems related to tax havens and, conversely, the solutions in relation to offshore that may help curbing money laundering. This, in addition to the traditional analysis made in tax havens, a new perspective must be added: money laundering.

Keywords: asset laundering, capital, tax havens and tax.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

Sumario

1. *Tax haven*: concepto y características; tipología.

   1.1. Un error terminológico.

   1.2. Origen.

   1.3. Concepto.

   1.4. Características.

   1.5. Tipología.

   1.6. Factores que motivan su existencia.

   1.7. Peligros que suponen los paraísos fiscales en relación con el blanqueo de activos.

2. La OCDE.

3. La Unión Europea.

   3.1. Cuestiones previas.

   3.2. El Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas.

   3.3. Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.

   3.4. La jurisprudencia comunitaria y las cláusulas antiabuso.

4. El ordenamiento jurídico español ante la competencia fiscal perniciosa y los paraísos fiscales.

   4.1. Medidas antiparaíso en España.

5. Posibles operaciones ilícitas que posibilitan los paraísos fiscales

6. Consideraciones a la luz del blanqueo de capitales

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

1. *TAX HAVEN*: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS; TIPOLOGÍA

1.1. Un error terminológico.

La expresión más común que designa a estos centros financieros, a estas jurisdicciones, es la de paraíso fiscal. Se trata de uno de esos errores que, aceptados comúnmente, acaban formando parte de la lengua. Se trata de un error de traducción, ya que la expresión anglosajona original es *tax haven*, es decir, puerto o refugio fiscal, no *tax heaven*, paraíso fiscal.

1.2. Origen.

Con carácter general, el origen de estos centros financieros puede situarse a mediados del pasado siglo, con el proceso de descolonización y el desarrollo económico (acaecido) tras la Segunda Guerra Mundial [1].

Sin embargo, encontramos algunas otras referencias anteriores. Así, por ejemplo, DEL CID [2] menciona los casos de Delaware y New Jersey, que en 1899 empiezan a atraer negocios de otros Estados más prósperos, ofreciéndoles ventajas tributarias, a condición de que se domiciliasen en su territorio.

1.3. Concepto.

El *Diccionario de Administración y Finanzas* de J. M. ROOSEMBERG define a los paraísos fiscales como «países con leyes fiscales muy favorables para el establecimiento de la residencia legal de personas físicas o jurídicas que quieren pagar menos impuestos».

[1] SALTO VAN DER LAAT, D., «Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas antiparaíso en la legislación española», en *Crónica Tributaria*, núm. 93, 2000, pág. 6. Véase también ARESPACOCHAGA, J., *Planificación Fiscal Internacional*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 441 y ss.

[2] DEL CID GÓMEZ, J. M., *Blanqueo internacional de capitales. Cómo detectarlo y prevenirlo*. Ediciones Deusto. Barcelona. 2007, pág. 33.

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 5-54
Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

CARPIZO y SANTAELLA [3] los definen como «aquellas jurisdicciones, de carácter estatal o subestatal, con niveles de tributación bajos o inexistentes, en los que los operadores económicos gozan del anonimato que proporcionan el secreto bancario, mercantil y profesional, garantizados estos últimos por normas de rango legal o constitucional». SALTO [4] lo hace como «(...) aquellos territorios que poseen un sistema fiscal que ofrece una escasa o nula tributación, generalmente en relación con los impuestos directos y que facilita la elusión fiscal de contribuyentes pertenecientes a otras jurisdicciones. ARESPACOCHAGA [5] como «sistemas tributarios que integran una fiscalidad baja o nula, principalmente respecto de la imposición directa». PÉREZ RODILLA [6] como «aquellos territorios o Estados que se caracterizan por la escasa o nula tributación a que someten a determinadas personas o entidades que en dichas jurisdicciones encuentran su cobertura o amparo».

En nuestro país, encontramos una definición de paraíso fiscal, a contrario sensu, en la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

Su apartado 1.º establece que «Tendrán la consideración de paraíso fiscal los países o territorios que se determinen reglamentariamente. Dejarán de tener la consideración de paraíso fiscal aquellos países o territorios que firmen con España un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información o un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria en el que expresamente se establezca que dejan de tener dicha consideración, desde el momento en que estos convenios o acuerdos se apliquen.

Los países o territorios a los que se refiere el párrafo anterior volverán a tener la consideración de paraíso fiscal a partir del momento en que tales convenios o acuerdos dejen de aplicarse».

Es decir, para que una jurisdicción no sea considerada por nuestra legislación como paraíso fiscal, debe firmar con España un convenio que recoja el intercambio de información, con un nivel suficiente de intercambio, según puede deducirse del apartado 3 de la misma disposición adicional.

Así, por tanto, para España, la opacidad, es decir, la no entrega de información a nuestro país, es lo que caracteriza a un paraíso fiscal.

La dificultad de establecer una definición válida para todos los denominados paraísos fiscales, radica en las diferencias que existen entre ellos. Por ello, España había optado, hasta ahora, por establecer una lista de territorios o jurisdicciones que considera paraíso fiscal. Pero actualmente ya está claro qué circunstancia es esencial para la caracterización de una jurisdicción como paraíso fiscal.

[3] CARPIZO BERGARECHE, J. y SANTAELLA VALLEJO, M., «De los paraísos fiscales y la competencia fiscal perjudicial al Global Level Playing Field. La evolución de los trabajos de la OCDE», en *Cuadernos de Formación*, Colaboración 02/07, Volumen 3/2007, Centro de Estudios Fiscales, 2007, pág 28. (En *http://www.ief.es/Publicaciones/Revistas/Cuadernos/Volumen_03_07/Colab_02_07.pdf*, página visitada el 1 de julio de 2009).

[4] SALTO VAN DER LAAT, D., *op. cit.*, pág. 7.

[5] ARESPACOCHAGA J., *op. cit.*, pág. 441.

[6] PÉREZ RODILLA, G., «Los Paraísos Fiscales. Su regulación en la actual normativa fiscal», en *Información Comercial Española*, núm. 741, mayo 1995, pág. 102.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

Debe tenerse en cuenta que la realidad de los paraísos fiscales es dinámica, está en permanente mutación, ya que estas jurisdicciones buscan el equilibrio entre sus propias necesidades y los requerimientos de la comunidad internacional.

Teniendo en cuenta todo lo dicho hasta ahora, creemos estar en condiciones de establecer un concepto de paraíso fiscal, como aquella jurisdicción caracterizada por no entregar un nivel adecuado de información fiscal a otros países, y que usualmente presenta, como rasgos secundarios, la estanqueidad y baja o nula presión fiscal.

1.4. Características.

Para que exista un paraíso fiscal deben concurrir en dicha jurisdicción determinadas características. Para reconocer las comunes a todos ellos, nos encontramos, también, ante ciertas dificultades, ya que, por un lado, como ya dijimos ut supra, se trata de estructuras dinámicas, que han ido modificándose a lo largo del tiempo y, por otro, difieren sustancialmente entre sí. No obstante, pueden detectarse ciertos rasgos comunes a todos ellos.

MEINCKE [7] los caracteriza por la ausencia o bajo nivel de imposición de las rentas, el capital y las transacciones; el secreto bancario y comercial; las convenciones fiscales; la ausencia de un régimen de control de cambios; la importancia relativa del sector bancario, y, por último, la fluidez en los medios de comunicación.

Para ESTRAGUÉS, estas circunstancias son la baja o nula fiscalidad directa; la existencia de una legislación mercantil y financiera flexible; la protección del secreto bancario y comercial; la ausencia de control de cambio y de supervisión y control regulatorio y su concepción como regímenes cercados, con vigencia de la estanqueidad [8]; la escasa o nula red de convenios de doble imposición. Del mismo modo, cita una serie de características extrafiscales, como la estabilidad política, económica y social, la existencia de una adecuada red de comunicaciones, personal cualificado y un sector bancario y financiero desarrollado [9].

CARPIZO y SANTAELLA [10] caracterizan a un paraíso fiscal por medio de las siguientes particularidades: es la actitud «activa» de sus respectivos gobiernos la que crea las ventajas fiscales de dichas jurisdicciones. Presentan ventajas fiscales, opacidad en el acceso a la información, secreto bancario y comercial, legislación confusa y muy flexible. No existen límites o controles a los movimientos de capital, con existencia de un doble sistema de controles de cambio, uno para los residentes y otro para los no residentes. Existen gran número de entidades bancarias y despachos de abogados y, por último, sus ventajas no están al alcance de todos.

---

7 MEINCKE, M. J., «Blanqueo de capitales. Desde la represión del delito a la prevención», en *Revista Prudentia Iuris,* núm. 57, Buenos Aires, en *http://eldial.com/home/prudentia/pru57/02.asp*, página visitada el 1.º de diciembre de 2007.

8 La estanqueidad consiste en la tributación normal para los residentes y ventajas fiscales para los no residentes.

9 ESTRAGUÉS, J.L., «Paraísos Fiscales. Competencia fiscal perjudicial y Paraísos Fiscales», en revista *FRC* (Fundació Rafael Campalans), 2002, pág. 1. En *http://www.fundaciocampalans.com/archivos/revista5_9.pdf* (página visitada el 1.º de julio de 2009).

10 CARPIZO BERGARECHE, J. y SANTAELLA VALLEJO, M., *op. cit.*

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

YAGÜE [11] añade «(...) la existencia de un sistema dual, es decir, la coexistencia de procedimientos fiscales diferentes aplicables a los nacionales de ese paraíso o a los titulares de terceros Estados que se amparen en el mismo».

Por nuestra parte consideramos que las características que debe reunir una jurisdicción para ser considerada paraíso fiscal están implícitas en el concepto propuesto en el anterior epígrafe: bajo o nulo intercambio de información, régimen de estanqueidad y baja o nula presión fiscal.

1.5. Tipología.

SANTANDER [12] nos propone la siguiente clasificación de los paraísos fiscales:

- Bahamas, Bermudas, Islas Caimán, Vanuatu, Mónaco y Andorra. Son ejemplos de países en los cuales no existe imposición sobre la renta ni sobre la plusvalía de capital.
- Hong Kong, Liberia y Panamá, son ejemplos en los cuales las sociedades no pagan impuestos sobre las rentas o ingresos recibidos fuera del territorio nacional.
- En la Unión Europea hay países como Luxemburgo y Holanda que ofrecen ventajas impositivas a las sociedades *holding* y aquellas que operan fuera del propio territorio. También Irlanda ofrece exenciones fiscales a las sociedades de exportación y a determinados profesionales.
- Estados Unidos, Bélgica y Canadá, que son considerados países con legislaciones fiscales severas, ofrecen ventajas para operaciones específicas.

El informe Ruding, de 18 de marzo de 1992, realizado bajo los auspicios de la Comisión de la Unión Europea, distingue tres tipologías de paraíso fiscal: en primer lugar, los paraísos fiscales clásicos, que son aquellos pequeños países en cuya economía destaca como elemento importante o fundamental el sector financiero dedicado a la venta del producto «no tributación-opacidad». En segundo lugar, los países de fiscalidad normal, que ofrecen regímenes fiscales ventajosos a no residentes que operen en el exterior. Nos encontramos ante lo que normalmente se conoce como regímenes *off-shore* y es en estos casos donde se produce la dualidad del sistema fiscal, con el régimen de estanqueidad. Por último, están los territorios que disponen de centros de servicios muy desarrollados, como son los centros de coordinación existentes en Bélgica.

Se han propuesto otras clasificaciones. Así, CAPORASO [13] efectúa una diferenciación desde un punto de vista «financiero», «(...) en paraísos para las sociedades y paraísos para las personas físicas

[11] YAGÜE, D. «Paraísos Fiscales en Internet», 2001, en *http://www.delitosinformaticos.com /articulos/98543596442778.shtml*, visitada el 1.º de julio de 2009.

[12] SANTANDER, R. A., *El blanqueo de capitales*, pág. 13, en *http://www.iefpa.org.ar/ criterios_digital/monografias/santander.pdf*, visitada el 23 de febrero de 2008.

[13] CAPORASO, G. *España y los paraísos fiscales*, 2000, en *http://www.injef.com/revista/apuntes/paraisos.htm* (visitada el 15 de diciembre de 2007).

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

o naturales. De gran importancia son también los Países de Tránsito Monetario (PTM), que no pueden considerarse paraísos fiscales, pero que, por sus tratados de doble imposición o leyes, favorecen el uso de los paraísos fiscales».

Los centros *off-shore* no constituyen una modalidad específica de los paraísos fiscales. *Off-shore* es una expresión inglesa, utilizada como adjetivo o adverbio, intraducible al español [14]. Nació en los años 30 del siglo pasado, para designar determinadas islas fuera de las fronteras de los Estados Unidos que ofrecían a empresas norteamericanas operar y conducir los negocios con una mínima carga impositiva [15]. Existe cierta confusión terminológica, ya que, en ocasiones, se emplea para designar a la jurisdicción y, en otras, a determinadas entidades financieras enclavadas en la misma. En la práctica, paraíso fiscal y centro financiero *off-shore* se emplean como expresiones equivalentes [16].

La «banca *off-shore*» tiene su «coartada» en la progresiva necesidad de movilidad del capital así como su facilitación. La actividad financiera *off-shore* no es otra cosa que el servicio financiero que es facilitado por un banco u otros agentes a no residentes [17]. Los bancos *off-shore* pueden llevar a cabo una multiplicidad de operaciones: préstamos en divisa foránea, depósitos, emisión de *securities* (*for investment*: garantías), derivados negociables para propósitos especulativos y de administración de riesgos, y la gestión de los activos financieros de los clientes. En cuanto a los préstamos en divisas, éstos pueden ser originados en el mismo centro *off-shore*, o en otro país y financiados y registrados en el centro *off-shore*, normalmente por razones contributivas. La aceptación de depósitos de clientes individuales es una actividad especializada en algunos de los centros *off-shore* [18].

Desde otro punto de vista, estos centros financieros presentan unas características propias, especializándose algunos de ellos en determinadas operaciones o negocios.

Así Panamá [19] exime a las sociedades mercantiles internacionales registradas en este país de tributos en el mismo. Sólo deben pagar una exigua tasa anual de mantenimiento de la inscripción. Para registrar una sociedad, deben aparecer los nombres de los accionistas o de sus representantes legales. Registrada ésta, las posteriores transferencias de las acciones de la misma, no precisan inscripción en el registro. Los propietarios de la sociedad pueden llevar a cabo todas sus operaciones a través de abogados locales, que no están obligados a revelar el nombre de aquéllos. No tienen restricciones a las transferencias bancarias internacionales y no se gravan las rentas generadas fuera del país. Además [20] constituye una de las mayores zonas de libre comercio en América, por lo que es normal que las empre-

[14] Literalmente significaría «cerca de la costa» o «en aguas territoriales».

[15] Estragués, J.L., *op. cit.*, pág. 8.

[16] Del Cid Gómez, J. M., *op. cit.*, pág. 33.

[17] Filippi, L. y Richard, E. H., *Actividad bancaria ilícita «off-shore» y procedencia de aplicación de la normativa societaria*, Ponencia del III Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, 2006, pág. 5 (en *http://www.fam.org.ar/agenda.asp?id=400*, visitada el 1 de marzo de 2008.

[18] Filippi, L. y Richard, E. H., *op. cit.*, pág. 6.

[19] *Vid.*, Salto Van Der Laat, D., *op. cit.,* pág. 9; Arrabal, P. *Comercio internacional y paraísos fiscales*, Ediciones Pirámide S.A., Madrid, 1992, págs. 204-205 y Santander, R. A., *op. cit.*, pág. 13.

[20] Del Cid Gómez, J. M., *op. cit.*, pág. 47.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

sas reciban y envíen grandes cantidades de dinero. Cuenta con 34 bancos *off-shore*, 370.000 IBC, se permiten las acciones al portador y concede licencias para casinos virtuales [21].

En Liberia, como en Panamá, no se gravan las rentas obtenidas por una sociedad internacional, siempre que no desarrolle actividad en el interior del país y ésta debe pagar sólo una escasa cantidad de mantenimiento en el registro. Al crearse la compañía deben inscribirse el nombre y domicilio de los miembros del consejo de administración, pero no es necesario comunicar los posibles cambios. El nombre y el domicilio del socio fundador deben aparecer en el documento de constitución, pero puede hacerse representar por un abogado local [22]. Se permiten las acciones al portador y se conceden licencias para casinos virtuales [23].

Respecto a Hong Kong (en la actualidad ya bajo soberanía de la República Popular China), en este territorio tampoco tributan las rentas obtenidas fuera del mismo por las compañías internacionales. Los fundadores de la sociedad pueden estar representados por abogados locales, que no pueden ser obligados a revelar los nombres de aquéllos. Las reuniones de los órganos sociales (consejo de administración y junta de accionistas) pueden llevarse a cabo en cualquier lugar del mundo [24]. Existen unas 500.000 IBC radicadas en este territorio [25].

En cuanto a Mónaco, carece de imposición directa sobre las personas físicas residentes. Se trata de una jurisdicción especializada en la denominada banca personalizada o privada, que se ocupa básicamente de la gestión del patrimonio de personas acaudaladas. La renta de las sociedades está sometida a un tipo de gravamen similar al español, salvo que se trate de sociedades de gestión, trasladadas desde otra jurisdicción, en cuyo caso sólo tributan por el 8% de sus gastos locales de funcionamiento [26].

Respecto a Andorra, este país es interesante para algunos, ya que carece de imposición directa y no tiene IVA, al no pertenecer a la Unión Europea. Su normativa protege el secreto bancario. Al igual que Mónaco, está especializada en la banca personalizada o privada [27].

Campione es un pequeño enclave italiano en territorio suizo. Los residentes en Campione no pagan el impuesto sobre la renta, por los costes administrativos que su recaudación generaría al Estado italiano. No es una exención de Derecho, sino una situación de hecho [28].

---

21 Del Cid Gómez, J. M., *op. cit.*, pág. 237. (Fuente: Departamento de Estado, 2004).

22 Arrabal, P., *op. cit.*, págs. 205-206 y Santander, R. A., *op. cit.*, pág. 13.

23 Del Cid Gómez, J. M., *op. cit.*, pág. 236. (Fuente: Departamento de Estado, 2004).

24 Arrabal, P. *op. cit.*, págs. 206-207; Santander, R. A., *op. cit.*, pág. 13. y Salto Van Der Laat, D., *op. cit.*, pág. 9.

25 Del Cid Gómez, J. M., *op. cit.*, pág. 236. (Fuente: Departamento de Estado, 2004).

26 Santander, R. A., *op. cit.*, pág. 13; Salto Van Der Laat, D., *op. cit.*, pág. 9.; *Revista PYMES*. Entrevista con Juan Hernández Vigueras, autor del libro *Los paraísos fiscales. Cómo los centros offshore socavan las democracias*. 04.11.05. (En *http://www.profesionalespc.org/_php/MuestraArticulo.php?id=4577*, visitada el 20 de febrero de 2008) y Arrabal, P., *op. cit.,* págs. 207-208.

27 Arrabal, P., *op. cit.*, págs. 208-209 y *Revista PYMES*. Entrevista con Juan Hernández Vigueras, autor del libro *Los paraísos fiscales. Cómo los centros offshore socavan las democracias*. 04.11.05, *op. cit.*

28 Arrabal, P., *op. cit.*, pág. 209.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

Por lo que se refiere a la Isla de Man, es un territorio que no forma parte del Reino Unido, considerándose un protectorado de la Corona Británica, aunque sí forma parte del territorio de la Unión Europea a efectos aduaneros. Para inscribir una sociedad, no es preciso que figure el nombre de los fundadores, que pueden hacerse representar por abogados locales, que tienen deber de confidencialidad. Las sociedades mercantiles pueden emitir acciones al portador. Por ultimo, añadir que están exentas de impuestos por todos los ingresos obtenidos fuera de la isla por no residentes, debiendo abonar únicamente una pequeña cantidad por mantenimiento de la inscripción registral [29]. Ejerce atracción sobre empresas de informática y telecomunicaciones. En su territorio existen 57 bancos *off-shore* y se otorgan licencias para casinos virtuales [30].

Las Islas Caimán están ubicadas en el mar Caribe. Carecen de impuestos directos. Las sociedades internacionales pueden emitir acciones al portador. Estas sociedades sólo tienen prohibidas las actividades bancarias y de seguros. Su normativa protege la confidencialidad de la representación por un abogado local. Los consejeros de las compañías allí registradas no necesitan ser residentes y sus cuentas no serán auditadas [31]. En este territorio están ubicados 580 bancos *off-shore* y unas 30.000 IBC y se otorgan licencias para casinos virtuales [32].

Incluimos aquí a Holanda, no por constituir un paraíso fiscal, sino por ser considerado uno de los principales países de tránsito. Mediante la propiedad de una sociedad anónima de tenencia de acciones (*holding*) holandesa y aprovechando los convenios para evitar la doble imposición, pueden transferirse los beneficios societarios a Holanda, con un tipo reducido y desde allí remitirlos a donde se desee, con un tipo impositivo muy bajo. Sumando ambos, la cantidad es inferior al tipo impositivo que correspondería por transferir directamente los beneficios societarios al territorio que se deseara [33].

En las Bahamas, ubicadas en el Caribe, no existe imposición de la renta ni de las plusvalías de capital. Las Bahamas se especializan en las banderas de conveniencia para que los buques registrados en otro país se gestionen sin trabas legales, sin controles sobre la seguridad del buque y sin normas laborales para las tripulaciones. Para constituir una sociedad, si los propietarios lo desean, en toda la documentación sólo aparecerán los nombres de los representantes locales, garantizándose la confidencialidad. Las sociedades internacionales, como en las Islas Caimán, tienen prohibido el sector bancario y de los seguros. No pueden llevar a cabo actividades económicas en las Bahamas, ni poseer inmuebles, excepto alquilar una oficina para la administración de la sociedad. Existe una gran libertad respecto al diseño organizativo de la sociedad [34]. Existen 301 bancos *off-shore* y 47.040 IBC y se otorgan licencias para casinos virtuales [35].

---

29 Arrabal, P., *op. cit.*, págs. 210-211.

30 Del Cid Gómez, J. M., *op. cit.*, pág. 236. (Fuente: Departamento de Estado, 2004).

31 Arrabal, P., *op. cit.*, págs. 211-212 y *Revista PYMES*. Entrevista con Juan Hernández Vigueras, autor del libro *Los paraísos fiscales. Cómo los centros offshore socavan las democracias*. 04.11.05, *op. cit*.

32 Del Cid Gómez, J. M., *op. cit.*, pág. 237. (Fuente: Departamento de Estado, 2004).

33 Arrabal, P., *op. cit.*, págs. 212-213 y Santander, R. A., *op. cit.*, pág. 13.

34 Santander, R. A., *op. cit.*, pág. 13.; Salto Van Der Laat, D., *op. cit.*, pág. 9; *Revista PYMES*. Entrevista con Juan Hernández Vigueras, autor del libro *Los paraísos fiscales. Cómo los centros offshore socavan las democracias*. 04.11.05, *op. cit.* y Arrabal, P., *op. cit.*, págs. 214-216.

35 Del Cid Gómez, J. M., *op. cit.*, pág. 237. (Fuente: Departamento de Estado, 2004).

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

En las Islas Vírgenes para crear una empresa debe figurar un dirigente que no necesita vivir en esta jurisdicción. Su normativa básica sobre la materia es la Ordenanza de 1984, que regula las International Business Company, las cuales pueden emitir acciones al portador. Abogados locales pueden prestar sus nombres en lugar de los propietarios, garantizándose la confidencialidad. Las IBC están exentas de impuestos. No pueden dedicarse a la banca ni a los seguros y sus actividades deben realizarse fuera de esta jurisdicción. Tampoco pueden adquirir inmuebles [36]. Radican en ellas 13 bancos *off-shore* y unas 360.000 IBC.

Liechtenstein es un diminuto principado ubicado entre Suiza y Austria. Las sociedades no residentes están exentas del impuesto sobre sociedades, debiendo abonar anualmente una tasa por el mantenimiento de la inscripción registral. Las sociedades anónimas pueden emitir acciones nominativas o al portador. Pueden crearse entidades de representación por un abogado local, el cual no está obligado a revelar la identidad del mandante. Son posibles las fundaciones para la tenencia de bienes (inmuebles, valores, etc.). El fundador permanece ignorado, salvo para su mandatario, un abogado local [37]. En este diminuto país radican 17 bancos *off-shore* y 75.000 IBC y otorga licencias para casinos virtuales [38].

En las islas Seychelles, las sociedades mercantiles internacionales están exentas de los impuestos exigibles a las sociedades locales. Las sociedades no residentes no pueden desarrollar actividades dentro de las islas, salvo mantener cuentas corrientes en los bancos de éstas. Las acciones pueden ser nominativas o al portador. Los propietarios pueden permanecer en el anonimato, si nombran un representante legal. La ley garantiza la confidencialidad de este mandato [39].

Respecto a Luxemburgo, sólo es un paraíso fiscal para las sociedades *holding*, de tenencia de acciones. Están reguladas por una Ley de 31 de julio de 1929. Sus beneficios están exentos del impuesto sobre sociedades, debiendo abonar una tasa anual de mantenimiento de la inscripción registral [40].

Las islas del Canal o islas Anglonormandas comprenden Jersey y Guernesey. Se constituyen como protectorados británicos desde el siglo XI. En Jersey se permiten las cuentas cifradas. En ambas, las compañías no residentes están exentas del pago de impuestos locales, salvo una tasa anual de mantenimiento de la inscripción registral, y en Guernesey, además una pequeña tasa de actividad. Pueden crearse sociedades bajo el nombre de un abogado local, garantizándose la confidencialidad de su relación con el o los verdaderos propietarios. En Guernesey se ha incrementado la actividad de las compañías aseguradoras [41].

---

36 *Revista PYMES*. Entrevista con Juan Hernández Vigueras, autor del libro *Los paraísos fiscales. Cómo los centros offshore socavan las democracias*. 04.11.05, *op. cit.* y Arrabal, P., *op. cit.*, pág. 223.

37 Arrabal, P., *op. cit.*, págs. 216-218.

38 Del Cid Gómez, J. M., *op. cit.*, pág. 236. (Fuente: Departamento de Estado, 2004).

39 Arrabal, P., *op. cit.*, págs. 218-220.

40 Santander, R. A., *op. cit.*, y Arrabal, P., *op. cit.*, pág. 220.

41 Naba, R. *Los paraísos fiscales*, *http://www.tlaxcala.es/pp.asp?reference=3407&lg=es* (consultada el 16 de diciembre de 2007) y Arrabal, P. *op. cit.,* págs. 220-222.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

Nauru se caracteriza por eximir a las sociedades internacionales inscritas en su Registro mercantil del pago de impuestos. No pueden dedicarse ni a la actividad bancaria ni aseguradora [42]. En este país se produce la venta de pasaportes [43].

En Samoa Occidental, las compañías no residentes están exentas de impuestos locales. Los datos del Registro son confidenciales según la ley. En ningún caso serán revelados a terceras personas ni a autoridades fiscales de otros países. Las sociedades no residentes sólo están excluidas de la actividad bancaria y aseguradora [44]. En su territorio están establecidos 8 bancos *off-shore* y 7.553 IBC, permitiéndose las acciones al portador [45].

Panamá, Costa Rica o Hong Kong no gravan las rentas que se generen fuera de su territorio [46]. Además, en Costa Rica, han establecido su domicilio un sinnúmero de portales web de apuestas ingleses y norteamericanos, merced a la falta de regulación legal, mano de obra barata y buenas telecomunicaciones. Suiza y Liechtenstein aplican tipos bajos a las sociedades *off-shore* [47].

Las Bermudas tienen registrada la mayor parte de las reaseguradoras, sobre todo, las aseguradoras llamadas cautivas, porque prestan servicio a un grupo de empresas como filiales de la casa matriz, al ser la legislación local más flexible, requerirse menos reservas y las primas apenas pagan impuestos [48]. Además, las Bermudas se han lanzado al comercio *on-line* [49].

En Gibraltar, los no residentes pueden crear sociedades exentas de tributación, que a cambio de un impuesto anual fijo, quedan exentas del pago de otros impuestos. Existen 18 bancos *off-shore* y 8.464 IBC y esta jurisdicción concede licencias para casinos virtuales [50].

Delaware, uno de los Estados que conforman los Estados Unidos permite la constitución de sociedades *off-shore*. Están exentas de tributar en los Estados Unidos, por las operaciones llevadas a cabo fuera de los Estados Unidos. La inversión en el capital de una sociedad constituida en nuestro país por una sociedad constituida en dicho Estado no exige su previa declaración al «Registro de Inversiones» en la Dirección General de Comercio e Inversiones. Si Delaware fuese considerado un paraíso fiscal por la legislación española, esta declaración sería obligatoria, así como la comunicación de los titulares últimos de la inversión. Cuando se constituye la sociedad, puede hacerse sin acciones, que podrían activarse posteriormente. Si esto no ocurriese, el control de la sociedad y su posible transmisión se realiza mediante un documento de fiducia. En este documento privado el

42 Arrabal, P., *op. cit.*, págs. 224-225.

43 Del Cid Gómez, J. M., *op. cit.*, pág. 236. (Fuente: Departamento de Estado, 2004).

44 Arrabal, P., *op. cit.*, págs. 225-227.

45 Del Cid Gómez, J. M., *op. cit.*, pág. 236. (Fuente: Departamento de Estado, 2004).

46 Salto Van Der Laat, D., *op. cit.*, pág. 9.

47 Véase nota anterior.

48 *Revista PYMES*. Entrevista con Juan Hernández Vigueras, autor del libro *Los paraísos fiscales. Cómo los centros offshore socavan las democracias*. 04.11.05, *op. cit.*

49 Naba, R., *op. cit.*

50 Del Cid Gómez, J. M., *op. cit.*, pág. 236. (Fuente: Departamento de Estado, 2004).

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

director de la sociedad, que es un fiduciario, declara quién o quiénes son los tenedores últimos de la compañía (*shareholders*), así como quién o quiénes son los beneficiarios de los activos de la misma en caso de fallecimiento de los anteriores. La transmisión de la sociedad se llevaría a cabo fuera del control de la legislación española, por lo que no está sujeta a las formalidades que ésta establece. No deben llevar contabilidad o libro alguno. Su única obligación es contar con un representante en Delaware ante las autoridades de dicho Estado. Mediante dicha opacidad se elude el Impuesto sobre Sucesiones si fallece el verdadero titular (*beneficial owner*) y el IVA o el ITP si se produce la transmisión de los activos, así como el IRPF o el IRNR, por las rentas generadas.

Delaware no es, sin embargo, un caso único. El Estado de Nevada, por ejemplo, presenta los mismos atractivos que Delaware, excepto que sí se exige un número mínimo de acciones, pero no exige impuestos estatales sobre los beneficios, ni sobre las licencias, permite las acciones al portador y no comunica información a la Agencia Tributaria de los Estados Unidos. Wyoming presenta las ventajas combinadas de Delaware y Nevada, junto con alguna otra [51].

1.6. Factores que motivan su existencia.

Si actualmente los paraísos fiscales tienen alguna importancia ello se debe a que ofrecen posibilidades que son lo suficientemente atractivas para que determinadas personas hagan uso de ellos. Básicamente, hay dos motivos que pueden llevar a la utilización de un paraíso fiscal. El primero es que constituyen un interesante instrumento para la planificación fiscal, e incluso para la elusión fiscal. El segundo es que en determinados supuestos también se constituyen en instrumento para el blanqueo de activos procedente de la comisión de delitos.

Llegado este punto, debe introducirse una importante precisión terminológica, procediéndose a diferenciar la elusión fiscal y la evasión fiscal. La elusión fiscal (*tax avoidance*) o planificación fiscal consiste en minimizar la carga tributaria mediante el empleo de los recursos legales disponibles. La evasión fiscal (*tax evasion*) consiste en sustraer, mediante medios fraudulentos, el hecho generador al control fiscal y, por tanto, no pagar los impuestos. Es decir, la elusión consiste en satisfacer menos impuestos que los que debería satisfacerse caso de organizar (la persona) sus negocios de otra manera, si esa organización está permitida por la ley [52].

Para Estragués [53], tres son los factores reales que propician el desarrollo actual de los paraísos fiscales y centros *off-shore*. En primer lugar, la globalización del comercio y la inversión implican el establecimiento de prácticas fiscales destinadas a atraer bases tributarias de otras jurisdicciones. En segundo lugar, las mejoras en los medios de comunicación, en especial el desarrollo de comercio electrónico, facilitando la movilidad del capital. Por último, la ingeniería fiscal, con diseño de operaciones sofisticadas destinadas a apartar beneficios localizándolos en paraísos fiscales.

51 Del Cid Gómez, J. M., *op. cit.*, pág. 238.

52 En este sentido, *vid.* Choclán Montalvo, J. A., *La responsabilidad de operadores jurídicos, asesores fiscales y agentes mediadores en el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública y el blanqueo de capitales*, en *http://www.datadiar.com/ actual/novedades_05/penal/blanqueo /d_may_02b.htm*, consultada el 4 de marzo de 2008, pág. 3.

53 Estragués, J.L., *op. cit.*, pág. 1.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

Salto Van Deer Laat [54] establece una diferenciación en el uso de paraísos fiscales según el usuario sea una persona física o una persona jurídica. De este modo, las personas físicas buscan jurisdicciones en las que la imposición sobre la renta, patrimonio y sucesiones sea baja o nula, o bien jurisdicciones con sistemas tributarios basados en el principio de territorialidad. Así sólo se gravarían las rentas generadas en la propia jurisdicción y no la que procediera de otros territorios.

Las personas jurídicas buscarían una de estas jurisdicciones para modificar su obligación personal de contribuir por una obligación real. Según el citado autor se valen de distintas modalidades, tales como empresas de administración de patrimonios por medio de las cuales se transfiere la titularidad de activos ubicados en un país de alta tributación hacia paraísos fiscales, o bien *holdings*, es decir, sociedades de tenencia de acciones de otras sociedades. También de sociedades de servicios, seguros y reaseguros, banca *off-shore*, fideicomisos o fondos de inversión, así como sociedades instrumentales.

Para el logro de ciertas finalidades ilícitas, tales como el blanqueo de activos, la evasión fiscal o, incluso, la financiación del terrorismo, pueden emplearse determinados instrumentos, relacionados en muchas ocasiones con los paraísos fiscales. Son éstos las sociedades extraterritoriales u *off-shore*, los *trust*, fideicomisos o sociedades fiduciarias y, por último, las fundaciones [55].

En estas jurisdicciones pueden crearse bancos *off-shore* que prestan determinados servicios orientados a los no residentes, aprovechando las circunstancias que concurren en estos territorios, tales como inexistencia de determinados tributos, opacidad, ausencia de control de cambios, etc. Estos bancos *off-shore* pueden adoptar diversas modalidades, que revisten dificultades de supervisión [56], tales como los *shell banks* (bancos pantalla), bancos sin presencia física en la jurisdicción que le ha otorgado la licencia, donde pueden estar representados por un agente, que se encarga sólo de prestar servicios legales en esa jurisdicción. No puede, por tanto, supervisarse la actividad del banco, ya que su dirección efectiva se encuentra fuera de la jurisdicción que otorgó la licencia, y la jurisdicción donde efectivamente radica la dirección de la entidad bancaria desconoce esta circunstancia.

También podemos encontrarnos las «sucursales operativas» (*booking branch*), que se diferencian de los bancos pantalla en que pertenecen a un banco ubicado en otra jurisdicción. Dicho banco está regulado en la jurisdicción de su país de origen y la sucursal ubicada en la jurisdicción *off-shore* estará sometida a supervisión en dicha jurisdicción, si consiste en algo más que en un simple agente local.

Así mismo, pueden existir filiales operativas (*booking subsidiaries*) y bancos de propiedad paralela (*paralled-owned banks*).

1.7. Peligros que suponen los paraísos fiscales en relación con el blanqueo de activos.

El principal peligro que presentan estas jurisdicciones es la posibilidad de que lleven a cabo operaciones de blanqueo de activos. La asociación paraíso fiscal-blanqueo no debe ser mecánica,

54 Salto Van Der Laat, D., *op. cit.*, pág. 15.

55 *Vid*., en este sentido, Del Cid Gómez, J. M., *op. cit.*, págs. 36-37.

56 Del Cid Gómez, J. M., *op. cit.*, págs. 38-40.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

pero es obvio que algunos territorios considerados paraísos fiscales son también estimados por la comunidad internacional como centros reales o potenciales de blanqueo de activos.

Debe tenerse en cuenta que los paraísos fiscales son, en su mayoría, empleados para actividades financieras, especialmente en torno a la banca y los seguros, y sus características les hacen ser considerados, en general, como territorios de competencia fiscal perjudicial y potencialmente, como centros de blanqueo, especialmente por la opacidad que les caracteriza y su escasa disposición al intercambio de información.

La conexión entre el fraude y la evasión fiscal, por un lado, y el blanqueo, por otro, se da habitualmente, ya que la evasión origina la existencia de unos fondos que, forzosamente, han de ser blanqueados para poder ser reutilizados. Si se examina, por ejemplo, el Informe Preliminar de la Oficina para el Control de las Drogas y la Prevención del Delito de las NN.UU., publicado en mayo de 1998, bajo el título «Financial Havens, Bank Secrecy and Money Laundering», se observa que los Gobiernos de dichos territorios emplean estas características de su normativa interna (la opacidad), como una política para atraer capitales que, sin dicho aliciente, no acudirían a dichos territorios. También se plantea una reflexión sobre como algunos países emplean su soberanía para permitir que ciudadanos de otras naciones puedan burlar las leyes del Estado a que pertenecen [57].

Los ejemplos relativos a la instrumentación de paraísos fiscales para el blanqueo de activos, incluso, para la financiación del terrorismo, son múltiples. Así, podría citarse el caso de la sociedad financiera Al Taqwa. Fue fundada en el año 1988 por dos hombres de negocios cercanos a los Hermanos Musulmanes y a la familia de Bin Laden. A pesar de que estos hombres de negocios aparecieron en la lista de terroristas de las NN.UU. en el año 2001 y 2002, la sociedad, establecida en Suiza, pudo proseguir sus operaciones, ya que no era más que un *holding* de numerosas empresas registradas *off-shore* en Liechtenstein. Sólo en el año 2003, la sociedad fue puesta en liquidación y sus activos se esfumaron [58].

El problema puede ser tan serio que, según Del Cid, algunas jurisdicciones *off-shore* «venden» su ciudadanía a cambio de determinadas inversiones en su territorio. Si a esto unimos la inexistencia de tratados de extradición, la persecución de algunos delincuentes puede tornarse bastante dificultosa [59].

Si nos ceñimos a las estrategias de planificación fiscal internacional, algunos datos pueden ayudarnos a comprender la importancia que han cobrado los paraísos fiscales en los últimos tiempos. Entre 1997 y 2003, diversas compañías aumentaron sus filiales en paraísos fiscales: Boeing pasó de 10 a 31, Sara Lee, de 14 a 26, Xerox, de 6 a 23, J.P. Morgan, de 11 a 27, Pepsi, de 14 a 29, etc [60].

---

[57] «Los paraísos fiscales y el control del cumplimiento de las obligaciones tributarias», en *Boletín AFIP* N.° 44, 1 de marzo de 2001, pág. 293, en *http://eco.unne.edu.ar/finanzas/catedras/reg_tribu/Cuadernos/Los%20 Paraisos%20Fiscales%20 y%20el%20Control.htm* (página visitada el 27 de junio de 2008).

[58] *Vid.*, Le Bianc, *Le dispositif international de lutte contre le financement du terrorisme est-il credible*, pág. 4, en *www.college.interarmes.defense.gouv.fr.pdf* (página visitada el 1 de noviembre de 2007).

[59] *Vid.* Del Cid Gómez, J. M., *op. cit.*, pág. 44.

[60] *Vid.* Del Cid Gómez, J. M., *op. cit.*, pág. 40.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

En el mismo sentido, dado que las empresas de los Estados Unidos no tributan en dicho país por los beneficios de sus operaciones realizadas desde el exterior del país con el resto del mundo, algunas han optado por trasladar su sede social a un paraíso fiscal, constituyéndola como matriz de la filial de los Estados Unidos. Se trata de un desplazamiento sólo aparente, pero que provoca un importante ahorro fiscal a la empresa [61].

También pueden las empresas radicadas en los Estados Unidos decidir cuándo desean tributar por los beneficios obtenidos por sus operaciones en el exterior, ya que no deben tributar en ese momento por los mismos cuando los reinvierten en el exterior.

Otro procedimiento de ahorro fiscal, rayano en la evasión, es el empleo de los precios de transferencia, distribuyéndose los beneficios de un grupo empresarial entre sus filiales en distintas jurisdicciones, buscando una menor tributación. También pueden adquirirse mercancías o materias primas entre distintos componentes del grupo, a precios distintos a los reales, en función de los intereses tributarios del grupo.

Ciñéndonos al Derecho vernáculo, debe tenerse en cuenta que el principio de capacidad económica enunciado en el artículo 31.1 de la CE debe ser considerado la regla básica en el reparto o distribución de la carga tributaria [62] y el uso de estas jurisdicciones para implementar políticas de planificación fiscal lleva a la quiebra del mismo. No digamos ya si en vez de referirnos a la citada planificación, nos acercamos a la evasión y fraude fiscal o al blanqueo de activos.

2. LA OCDE [63]

Como señalan Gutiérrez y Rodríguez [64], «La globalización económica ha provocado una notable internacionalización de los sistemas fiscales nacionales, ha influido en la configuración de determinados aspectos de los tributos y del sistema mismo en su conjunto, ha modificado los principios en aras de la eficiencia económica y ha replanteado el sistema de fuentes».

Siendo la OCDE, sin duda alguna, la organización más activa en el planteamiento de debates sobre la adecuación del ejercicio del poder tributario a la nueva realidad actual y en la formulación de

61 *Vid.* Del Cid Gómez, J. M., *op. cit.*, pág. 41.

62 Pérez Royo, F., *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 35.

63 Organización para la Cooperación y el Desarrollo. Cuenta actualmente con 30 Estados miembros. Su órgano de decisión es el Consejo, compuesto de un representante de cada Estado y otro de la Unión Europea. Cuenta con un Secretariado, cuyo titular preside también el Consejo, y varios Comités, entre los que destaca, para la finalidad de este trabajo de investigación, la actividad del Comité de Asuntos Fiscales. Tiene su sede en París y dispone de aproximadamente 2.500 funcionarios. La finalidad de la OCDE gira en torno a la promoción del empleo, el crecimiento, la mejora del nivel de vida, la expansión económica y el comercio mundial. El principal instrumento para conseguir estos objetivos es la liberalización del movimiento de capitales y servicios.

64 Gutiérrez Lousa, M., y Rodríguez Ondarza, J. A., *Las consecuencias fiscales de la globalización*. Documento núm. 8/07, Instituto de Estudios Fiscales, 2007, pág. 6.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

propuestas de actuación [65], era lógico que adquiriese un enorme protagonismo en el tratamiento de los paraísos fiscales.

El 20 de enero de 1998, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE adoptó el Informe «Competencia Fiscal Perjudicial: un asunto global urgente» [66]. En el mismo se establecen los criterios para determinar qué países poseen regímenes fiscales perjudiciales. También se fijan los criterios para considerar a un territorio como paraíso fiscal [67].

Dichos criterios son, en primer lugar, la inexistencia de imposición o imposición meramente nominal. En segundo, debe darse la ausencia de efectivo intercambio de información. En tercer lugar, debe existir ausencia de transparencia en el ámbito legal o administrativo. Por último, ausencia de obligación de ejercer una actividad sustancial en el país.

Respecto a los regímenes fiscales perjudiciales, se caracterizan por una nula o baja tributación, conjuntamente con una de las tres circunstancias siguientes: estanqueidad, limitación del intercambio de información o posibilidad de negociar individualmente una aplicación favorable de las disposiciones legales [68].

En junio del 2000, la OCDE publicó un nuevo Informe denominado «Progreso realizado en la identificación y eliminación de las Prácticas Fiscales Perjudiciales». En éste, además publica una lista de paraísos fiscales no cooperativos (35 en total) [69], que debían ser objeto de medidas antiparaíso fiscal, aplicadas colectivamente por todos los países de la OCDE. Las medidas «defensivas» propugnadas por la OCDE en relación con los paraísos fiscales caminan en una doble dirección: por un lado, «atacan» a los propios paraísos fiscales, impidiendo, por ejemplo, que se celebren acuerdos de doble imposición en ellos. Por otro, actúan contra las personas que se relacionan en su actividad con dichas jurisdicciones.

En el Informe de la OCDE «Progreso 2001» se especifica que los países que no deseen aparecer en la lista de paraísos fiscales no cooperativos deberán asumir el compromiso de eliminar la falta de transparencia y estar dispuestos al intercambio efectivo de información. Se había producido un cambio de orientación por la influencia de los Estados Unidos [70]. Ya no se considera la nula o baja

65 García Prats, F.A., *Cooperación administrativa internacional en materia tributaria. Derecho Tributario Global*, Documento núm. 3/07, Instituto de Estudios Fiscales, 2007, pág. 6.

66 OECD, «Harmful tax competition: an emerging global issue», aprobado por el Consejo de la OCDE, el 9 de abril de 1998. Sus secuelas son «OECD Towards global tax cooperation», 2000; «The OECD´s project on harmful tax practices: the 2001 progress report», 2001, y «The OECD'S Project on Harmful Tax Practices: The 2004 Progress Report» (*www.oecd.org/dataoecd/60/33/30901115.pdf*, página visitada el 11 de noviembre de 2007).

67 En este sentido, Roser Samplon, S., «Los paraísos fiscales y la lucha contra el fraude fiscal», en *Cuadernos de Formación*, Colaboración 14/07, Volumen 3/2007, Centro de Estudios Fiscales, 2007, pág. 206.

68 En este sentido, Roser Samplon, S., *op. cit.*, pág. 206.

69 Se identificaron otros seis, que se avinieron a desmantelar sus sistemas perjudiciales antes de publicarse el informe, por lo que no fueron incluidos.

70 En este sentido, Roser Samplon, S., *op. cit.*, pág. 207.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

tributación como un elemento perjudicial. Lo realmente peligroso es la falta de intercambio efectivo de información y de transparencia.

La lista definitiva, publicada el 18 de abril de 2002 por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, deja reducida a siete los paraísos fiscales no cooperativos: Andorra, Liechtenstein, Mónaco, Liberia, Islas Marshall [71], Nauru y Vanuatu. Eso no quiere decir que no haya más paraísos fiscales. La decisión del Comité hace referencia a que las otras 31 jurisdicciones se han comprometido a mejorar su nivel de transparencia y el intercambio efectivo de información, por lo que pasan a ser consideradas como jurisdicciones cooperantes [72]. La lista negra de los paraísos fiscales quedó reducida a tres países: Mónaco, Andorra y Liechtenstein [73] y desde mayo de 2009, ha sido completamente vaciada de contenido [74].

Actualmente los trabajos de la OCDE giran en torno al concepto «*global level playing field*» [75], la ejecución de las medidas conjuntas de la OCDE respecto de los *tax haven* al momento en que dicha ejecución tenga lugar en relación con los propios miembros de la OCDE [76]. Para lograr alcanzar esta situación se propugnan tres tipos de medidas: por un lado, medidas individuales, de modificación de la legislación, para garantizar un efectivo intercambio de información. Por otro, medidas bilaterales, estableciendo acuerdos de intercambio de información entre jurisdicciones. Para finalizar, medidas multilaterales, implicando en la consecución del concepto a «centros financieros significativos» que no se habían comprometido. El resultado práctico de estas medidas es bastante pobre, ya que sólo 5 jurisdicciones se comprometieron con los principios de transparencia e intercambio de información. Además, como muy bien señala Roser Samplón [77], la regla *global level playing field* hace también referencia a la existencia de dos jurisdicciones en el seno de la OCDE (Suiza y Luxemburgo) cuya realidad fiscal se encontraba por debajo de lo que se solicitaba a las jurisdicciones «cooperativas». Ello restaba cierta fuerza moral a la OCDE en sus planteamientos.

En mayo de 2006, se publica el Informe «Tax Co-operation: Towards a Level Playing Field - 2006 Assessment by the Global Forum on Taxation». Se trata de un informe relativo a 82 jurisdicciones (30 miembros de la OCDE, 34 jurisdicciones cooperativas, 4 no cooperativas y 4 observadores de la OCDE), en el que se detalla su legislación respecto al intercambio de información y a la transparencia.

---

71 No se encuentran en la lista española de paraísos fiscales.

72 En *http://www.oecd.org/document/57/0,3343,en_2649_201185_2082330_1_1_1_1,00.htm*, página visitada el 25 de junio de 2008.

73 Aparici, L., «Paraísos fiscales en peligro de extinción», en *La Razón Digital*, 15.10.07. También en *http://www.oecd.org/document/57/0,3343,fr_2649_33745_31236089_1_1_1_1,00.html*, página visitada el 16 de junio de 2008.

74 *Vid*. *http://www.oecd.org/document/57/0,3343,en_2649_33745_30578809_1_1_1_1,00.html*, página visitada el 1.º de noviembre de 2009.

75 Condiciones iguales para todos.

76 En este sentido, Calderón Carrero, J.M. y Martín Jiménez, A.J., «Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el Derecho Comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea», Instituto de Estudios Fiscales, *Documento de Trabajo* núm. 11/04, 2004, pág. 17.

77 Roser Samplon, S., *op. cit.*, pág. 208.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

3. LA UNIÓN EUROPEA

3.1. Cuestiones previas.

Existe tal dinamismo de la vida comercial moderna, por la movilidad de personas y de capitales, que los Estados miembros se han visto obligados a arbitrar esta realidad [78].

En el seno de la Unión Europea, la fiscalidad constituye un elemento de cada vez de más importancia para la adopción de decisiones económicas, una vez que existe una moneda única y se eliminan riesgos por los tipos de cambio y costos en las transacciones [79].

Así pues, aquellos Estados de baja tributación ejercerán una competencia fiscal, atrayendo empresas que se establecerán en esa jurisdicción sólo por motivos fiscales. Esto provocará que el resto de Estados deban reducir sus impuestos, con lo que nuevamente se producirá una igualación fiscal, pero en un nivel inferior a la situación de partida y que puede ser un nuevo punto de partida para una nueva reducción, hasta alcanzar el nivel tributación nulo [80]. Se produce lo que Almudí Cid denomina, en afortunada expresión, «una subasta fiscal internacional» [81].

No todas las consecuencias de la competencia fiscal en la Unión Europea han sido negativas [82]. Se considera que los efectos sobre el total de la Unión Europea pueden ser positivos, llegando a atraerse capitales foráneos. Un efecto secundario (positivo) consiste en la disminución del gasto y de los excesivos sectores públicos de algunos Estados [83]. No obstante, por otro lado, como las necesidades financieras de los Estados no disminuyen, a largo plazo, se produce una excesiva presión sobre el trabajo, al concederse excesivos beneficios al capital, que es el factor de producción más móvil.

---

78 Villa Gil, J.M., «Las relaciones fiscales internacionales: la realidad española», en *Relaciones Fiscales Internacionales*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, págs. 85-89.

79 En este sentido, Estragués, J.L, *op. cit.*, pág. 3.

80 Sobre este proceso, puede consultarse el excelente trabajo de Ibáñez Marsilla, S., «La competencia fiscal perniciosa ante la OMC. Reflexiones al hilo del asunto de las Foreign Sales Corporations», en *Estudios y Notas* – Crónica Tributaria 113. Capítulo La competencia fiscal perniciosa y el derecho de la OMC, 2004, págs. 25 a 33. (En *http://www.uv.es/~ibanezs/ArticuloOMC.pdf*, visitada el 14 de diciembre de 2007). También puede consultarse el modelo desarrollado por Álvarez García, S., De Soto Blass, M.L. y González González, A.I., «La fiscalidad del ahorro en la Unión Europea: entre la armonización fiscal y la competencia de los sistemas tributarios nacionales», *Documento de trabajo* núm. 15/03. Instituto de Estudios Fiscales. 2003. En el mismo se observa que la recaudación total de dos países que compiten por atraer capitales es inferior si compiten entre ellos que si colaboran.

81 Almudí Cid, J.M., *Planificación fiscal internacional a través de sociedades holding*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2006, pág. 5.

82 Lamadrid De Pablo, A. *El código de conducta en materia de fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen comunitario de ayudas de Estado*, Servicio de Publicaciones de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU, Madrid, 2005, pág. 11.

83 La Comisión, en su Comunicación al Consejo, bajo el nombre de «Hacia la coordinación fiscal en la Unión Europea –paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa–», Comisión de las Comunidades Europeas, COM (97) 495 final de 01.10.1997.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

Este problema ha cobrado mayor relevancia en el seno de la Unión Europea en los últimos tiempos, por las últimas ampliaciones, ya que alguno de los nuevos Estados miembros podrían optar por atraer capital con unos impuestos a las empresas menores que los de los otros Estados miembros [84].

Mediada la década de los 90 del pasado siglo se producía en la Unión Europea una competencia fiscal entre los Estados y una progresiva rebaja de la imposición sobre las rentas del capital [85]. Con esta competencia se trataba de atraer empresas, especialmente las dotadas de mayor movilidad. Las consecuencias de la posible deslocalización de las mismas eran para los países que éstas abandonaban, una reducción de los ingresos tributarios, y ante la necesidad de mantener el nivel de gasto de los Estados, se provocaba un incremento de la presión sobre el factor trabajo. Así, entre 1980 y 1994, el tipo medio de imposición implícita sobre el trabajo asalariado se ha incrementado del 34,7% al 40,5%, mientras que el de otros factores de producción (como el capital) se redujo del 44,5% al 35,2% [86].

La reacción de la Unión Europea ante este problema cristalizó con la adopción de una serie de medidas. Por un lado, mediante la adopción de medidas regladas, tales como la Directiva 2003/48/CE, del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses (DOCE n. L 157, de 26 de junio de 2003) y la Directiva 2003/49/CE, del Consejo, relativa un régimen común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (DOCE n. L 157, de 26 de junio de 2003). Por otro, se elaboró el Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas.

La aprobación de estas tres medidas estuvo condicionada a que se aprobasen las tres y que se adoptase su contenido por países terceros, para evitar la deslocalización de capitales de la Unión Europea hacia los mismos.

3.2. El Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas.

El artículo 94 del Tratado CE exige la regla de la unanimidad en materia de imposición directa. Ello, unido a la desconfianza que los Estados sienten hacia una nueva cesión de soberanía, la relativa a la imposición directa, hace extraordinariamente difícil el poder armonizar esta imposición.

Algunos Estados de la Unión Europea, con una presión fiscal elevada, opinaban que si otros Estados miembros establecían una menor presión fiscal, su conducta era asimilable al otorgamiento de ayudas de Estado, que se encuentran prohibidas en el artículo 87 del Tratado CE.

Por ello se ha recurrido a un tipo de norma sui géneris, como es el Código de Conducta, que carece de fuerza vinculante [87].

84 En este sentido, Lamadrid De Pablo, A., *op. cit.*, pág. 4.

85 En este sentido, Lamadrid De Pablo, A., *op. cit.*, pág. 10.

86 COM (96) 546 final, pág. 3.

87 *Vid.*, entre otros, García Monco, A., *Libre circulación de capitales en la Unión Europea: problemas tributarios*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pág. 226; Herrera Molina, P.M., «Nuevas perspectivas de armonización fiscal», Comentario a la nota sobre «Panorama sobre el proceso de armonización fiscal» elaborado por el Grupo de Intercambio sobre asuntos

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

Al objeto de evitar la competencia fiscal perniciosa en el seno de la Unión Europea, se elaboró el Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas [88], que es un compromiso político cuyo objetivo es la supresión de las medidas fiscales perniciosas, entendiendo por tales las que influyen o pueden influir de manera significativa en la radicación de la actividad empresarial dentro de la Comunidad, con el riesgo que ello comporta de pérdida de ingresos fiscales y de generación de efectos contrarios al empleo [89]. Como ejemplo de estas medidas fiscales perniciosas pueden citarse el bajo tipo impositivo en el impuesto sobre personas jurídicas en Irlanda o la posibilidad de alcanzar acuerdos previos favorables con las autoridades fiscales en Holanda [90].

La naturaleza jurídica de este acto es atípica, por no estar contemplada entre los actos que pueden dimanar del Parlamento, del Consejo ni de la Comisión [91]. Creemos, en tal sentido, que basta con leer el encabezamiento del texto del citado acto: «El Consejo de la Unión Europea y los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo». Ningún acto de los definidos en el Tratado de la UE puede emanar de este órgano sui géneris.

Es un compromiso político, sin alcance jurídico, pero que debe orientar la acción de los Estados. También es un plan, un procedimiento.

Debe enmarcarse este Código dentro lo que se denomina *soft law* comunitario, que como expresa Florindo [92], «incluye aquellas reglas de conducta que carecen por sí mismas de fuerza legal vinculante, pero que presentan caracteres propios del «Derecho» y que, a través del orden jurídico comunitario, pretenden influir efectivamente en la conducta de los Estados miembros, instituciones y personas, a pesar de no establecer derechos y obligaciones para las mismas.» Como dice Lamadrid [93], el *soft law* ha estado siempre a disposición de los Estados miembros para ser utilizado en momentos en que la falta de consenso político bloqueaba cualquier incipiente progreso.

Los Estados se comprometen a no establecer nuevas medidas fiscales perniciosas en el sentido del Código (cláusula de *standstill*, como congelación legislativa), y modificar las disposiciones y las prácticas vigentes en sus respectivos países (cláusula de *rollback*) con objeto de eliminar cualquier medida perniciosa (letras C y D del Código) [94].

europeos, en *Noticias de la Unión Europea,* núm. 187/188, agosto-septiembre, 2000, pág. 86. Roche Laguna, I. *La integración europea como límite a la soberanía fiscal de los Estados Miembros* (*Armonización de la imposición directa en la CE*), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 120.

88 El Código de Conducta aparece publicado como anexo a las conclusiones del Consejo del ECOFIN, celebrado en Verona el 1 de diciembre de 1997, en el DOC n.º 2/1998, de 6 de enero.

89 Estragués, J.L., *op. cit.*, pág. 3.

90 En este sentido, Florindo Gijón, F., «El código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen comunitario de control de las ayudas estatales», en *Crónica Tributaria* 109, 2003, pág. 103.

91 Florindo Gijón, F., *op. cit.*, pág. 101.

92 Florindo Gijón, F., *op. cit.*, pág. 104. Véanse asimismo Wellens, K.C y. Borchardt, G.M., «Soft Law in European Community Law», en *European Law Review*, octubre 1989, pág. 267 y Alonso García, R., «El Soft Law comunitario», en *Revista de Administración Pública*, n.º 154, enero-abril 2001, pág. 63.

93 Lamadrid De Pablo, A., *op. cit.*, pág. 5.

94 En este sentido, Carpizo Bergareche, J. y Santaella Vallejo, M., *op. cit.*, pág. 42.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

Respecto a la identificación de lo que es una medida perniciosa, éstas deben implicar un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior, incluido el tipo cero, al aplicado habitualmente en el Estado miembro de que se trate.

En la misma letra B del Código, junto a la regla anterior, que es un criterio general, se enuncian otros cinco criterios que han de tenerse en cuenta. En primer lugar, si las ventajas se otorgan sólo a no residentes, o sólo con respecto a las operaciones realizadas con no residentes. En segundo lugar, si las ventajas están totalmente aisladas de la economía nacional, de manera que no afectan a la base fiscal nacional. En tercer lugar, si las ventajas se otorgan aun cuando no exista ninguna actividad económica real ni presencia económica sustancial dentro del Estado miembro que ofrezca dichas ventajas fiscales. En cuarto lugar, si las normas para determinar los beneficios derivados de las actividades internas de los grupos de empresas multinacionales no se ajustan a los principios internacionalmente reconocidos, concretamente a las normas acordadas por la OCDE. Por último, si las medidas fiscales carecen de transparencia y, en particular, si las disposiciones legales se aplican a nivel administrativo con menos rigor y sin transparencia.

También se adquirió un compromiso de información entre los Estados respecto a las medidas que se propusieran implantar y que entrasen en el ámbito del Código. Además, la letra K impone la cooperación entre los Estados en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, especialmente en lo que se refiere al intercambio de información entre ellos.

Por último, los Estados miembros que tienen territorios dependientes o asociados, o que tienen responsabilidades especiales o prerrogativas fiscales en otros territorios se comprometen a velar por la aplicación de los Principios del Código en esos territorios.

Se creó un Grupo de seguimiento del Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas (letra H del Código), presidido por la sra. PRIMAROLO, que trabajó sobre 285 medidas fiscales, facilitadas por la Comisión y por los Estados miembros. El informe del Grupo de trabajo fue presentado el 29 de noviembre de 1999 al Consejo ECOFIN y concluyó que 66 de esas medidas tenían efectos perniciosos [95].

En España, tres medidas adoptadas fueron evaluadas como perniciosas por el Informe PRIMAROLO (Centros de coordinación del País Vasco y Navarra y Régimen fiscal del tratamiento de la investigación y explotación de hidrocarburos).

El Consejo, en su reunión de 3 de junio de 2003, consideró que las medidas que sustituyeron o modificaron a las 66 propuestas eran adecuadas para eliminar los efectos perniciosos detectados, lo cual no es del todo cierto [96].

Estos trabajos de la Unión Europea presentan ciertas semejanzas con los examinados supra de la OCDE, en el sentido de que constituyen un compromiso político para luchar contra la competen-

[95] Documento n.º SN 4901/99.

[96] En el mismo sentido, FLORINDO GIJÓN, F., *op. cit.*, pág. 110.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

cia fiscal perjudicial, e implican el desmantelamiento de los sistemas que hayan sido identificados como perjudiciales. Incluso, los criterios de evaluación de dicha circunstancia son bastante similares en los dos instrumentos estudiados [97].

3.3. Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses [98].

Con esta Directiva se busca evitar las pérdidas de ingresos tributarios que provoca la competencia fiscal, garantizándose una imposición al ahorro en forma de intereses. Ya la Directiva sobre la liberalización de los movimientos de capital (88/361/CEE, de 24 de junio) instaba a que la Comisión presentase al Consejo, antes de la finalización del año, propuestas para suprimir o atenuar el riesgo de evasión o fraude fiscal [99]. Pero no fue hasta el 20 de mayo de 1998, en que la Comisión formuló una propuesta de Directiva, que fue aprobada el 3 de junio de 2003 y entró en vigor el día 16 de julio de 2003. Como antecedentes, pueden distinguirse hasta tres proyectos de Directiva que no consiguieron salir adelante, entre 1989 y 2001.

A grandes rasgos, el objetivo inmediato de esta norma es conseguir que la tributación del ahorro en forma de pago de intereses de las personas físicas no residentes se realice en el Estado en el que dicha persona física tiene su residencia. Los intereses pagados a personas jurídicas están excluidos del ámbito de esta Directiva. Tampoco se aplica a los dividendos ni a los productos financieros ni a los seguros de vida. El objetivo mediato sería, a nuestro juicio, impedir que algunos países miembros, e incluso algunos no miembros, mediante una imposición reducida a los no residentes y nula información, puedan relocalizar en sus territorios inversiones financieras de países con tributación más elevada o relacionadas con el blanqueo de activos [100].

Este objetivo precisa de un intercambio de información entre los Estados miembros. Austria, Bélgica y Luxemburgo disponen de un periodo transitorio, durante el que efectúan una retención sobre los intereses y entregan una parte de la misma al Estado miembro de residencia fiscal de la persona física interesada. Esto se debe a que debía resolverse el problema que estos Estados miembro tenían con el secreto bancario que regía en los mismos y dar un plazo para resolver este problema [101]. El periodo transitorio dará comienzo cuando determinados países terceros (Estados Unidos, Mónaco, Andorra, Suiza, Liechtenstein y San Marino) adopten medidas equivalentes, para evitar la fuga de capitales hacia los mismos. Otra peculiaridad respecto a estos Estados miembros es que no están obligados a suministrar información, pero sí tienen derecho a recibirla.

---

97 En este sentido, Carpizo Bergareche, J. y Santaella Vallejo, M., *op. cit.*, pág. 42.

98 DOCE n. L 157, de 26 de junio de 2003.

99 Artículo 6.5.

100 En este sentido, Pita Grandal, A.M. y Rodríguez Márquez, J., «La información bancaria con fines fiscales en España (análisis de la cuestión a la luz de la normativa interna y comunitaria)», en *Quincena Fiscal Aranzadi,* núm. 1/2003, Madrid, 2003, pág. 12.

101 Delmas González, F.J., «La Directiva sobre fiscalidad del ahorro», *Documento* núm. 19/02, Instituto de Estudios Fiscales, 2002, pág. 6.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

La elección que ha efectuado la Directiva por el intercambio de información como criterio general se debe a que, una vez planteada la disyuntiva para el legislador comunitario entre los sistemas de retención en la fuente e intercambio de información, quedaba claro que habría un importante perjuicio para los Estados miembros que optasen por la última posibilidad ante aquellos otros que optasen por el sistema de retención. En efecto «(...) si un Estado optaba por el régimen de intercambio de información perdía el ingreso derivado de la retención, asumía el coste que el sistema de intercambio de información suponía y, por último, si el Estado de la fuente había optado por el régimen de retención a cuenta, no tenía información sobre los intereses obtenidos por sus residentes en el Estado de la fuente» [102].

La información que el agente pagador (entidad que abona los intereses) está obligado a suministrar es la identidad y residencia del beneficiario efectivo, el número de cuenta de éste o, en su defecto, la identificación del crédito que da lugar al pago por intereses. Además, el nombre y dirección del agente pagador y el importe de la renta. No es preciso indicar la fecha del pago. Tanto la identidad como la residencia serán conocidas por el agente pagador por aplicación del principio *know your customer*, aplicando la normativa nacional y las disposiciones de transposición de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales al Derecho interno de cada Estado [103], lo que constituye una muestra más de la interacción entre prevención del blanqueo de activos y prevención del fraude fiscal.

Uno de los aspectos más relevantes de la Directiva consiste en que ofrece un concepto amplio de intereses, mayor que el de nuestro Derecho interno, ya que abarca algunos rendimientos considerados incrementos patrimoniales. Ello obedece a la finalidad de evitar defraudaciones a la normativa [104].

Consideramos que uno de los problemas que plantea la Directiva es que ésta establece que el periodo transitorio concluirá al final del primer año fiscal completo posterior a la adopción de un acuerdo por el que se disponga el intercambio de información previa petición con el último de los terceros países relevantes citados anteriormente. Esto se debe al temor a la fuga de capitales ya mencionada supra. Por tanto la fecha de 31 de diciembre de 2010, del artículo 15, para la conclusión del citado periodo, es sólo orientativa. Sin embargo, no es el final del periodo transitorio el mayor problema, radicando éste en la entrada en vigor de la misma, sujeta a dos condiciones [105]. Se establece que se aplicará la Directiva a partir de 1 de enero de 2005, si se adoptan medidas equivalentes por terceros Estados clave y se establecen acuerdos con determinados territorios dependientes o asociados (las Islas del Canal de la Mancha, la Isla de Man y los territorios dependientes o asociados del Caribe [106]) para aplicar un intercambio automático de información. La situación actual respecto a estos territorios dependientes o asociados es que Aruba (Reino de los Países Bajos), Islas Caimán,

[102] Serrano Palacio, C., «Efectos positivos y perniciosos de la Directiva del Ahorro desde el punto de vista de la gestión tributaria», Instituto de Estudios Fiscales, *Cuadernos de Formación*, Colaboración 16/06. Volumen 2/2006, 2006, pág. 109.

[103] En este sentido, Pita Grandal, A.M. y Rodríguez Márquez, J., *op. cit.*, pág. 14.

[104] En este sentido, Pastoriza Vázquez, J.S., «La Directiva 2003/48/CE. Un nuevo paso hacia la armonización de la tributación de las rentas derivadas del capital en la UE», en *Quincena Fiscal* Aranzadi, núm. 11/2004, Madrid, 2004, pág. 6.

[105] En este sentido, Pastoriza Vázquez, J.S., *op. cit.*, pág. 20.

[106] Propuesta de Directiva del Consejo destinada a garantizar la imposición efectiva de los rendimientos del ahorro en forma de intereses en la Comunidad. Bruselas 18/07/2001. COM (2001) 400.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

Montserrat y Anguila (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) han optado por el sistema de intercambio automático de información y las Islas Vírgenes, Islas Turcos y Caicos (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), Antillas Holandesas (Reino de los Países Bajos), Isla de Man, Isla de Jersey y la Isla de Guernesey han optado por el sistema de retención [107].

España ha negociado acuerdos con todos los territorios citados, respecto al intercambio de información [108].

A nuestro juicio, es rechazable hacer depender la entrada en vigor de una Directiva de una voluntad extracomunitaria. Estas condiciones presentarán graves problemas, obligando a la Unión a iniciar procesos de negociación con los Estados claves citados [109] y esperar la capacidad de los Estados miembros para influir en sus territorios dependientes o asociados, alguno de los cuales entra en la categoría de paraíso fiscal.

Otro aspecto que consideramos rechazable es que la Directiva se ciñe a las personas físicas, excluyendo a las personas jurídicas, lo que es contrario al principio de equidad [110].

Respecto a la influencia de los trabajos de la OCDE en la Directiva, Carpizo y Santaella destacan que «(...) en la misma se recoge por primera vez, en un texto legal, la aplicación práctica del proceso para lograr el *global level playing field*» [111]. En efecto, para la entrada en vigor de la norma fue preciso establecer negociaciones para la adopción de medidas equivalentes por algunos terceros Estados competidores fiscales de los Estados miembros. Para la finalización del periodo transitorio, los Estados miembros y territorios dependientes y asociados que hubiesen optado por el sistema de retención deben pasar al sistema de intercambio de información.

Esta Directiva ha sido transpuesta al ordenamiento español por el Real Decreto 1778/2004, de 30 de julio, por el que se establecen obligaciones de información respecto de las participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda y de determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes en la Unión Europea. Este Real Decreto ha sido desarrollado por la Orden EHA/2339/2005, de 13 de julio, por la que se aprueba el «modelo 299», de declaración anual de determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea y en otros países y territorios con los que se haya establecido un intercambio de información.

---

107 De Paz Carbajo, J.A., «La Directiva 2003/48/CE y su eficacia para la efectiva tributación del ahorro en la Unión Europea», Instituto de Estudios Fiscales, *Cuadernos de Formación*, Colaboración 12/07, Volumen 3/2007, 2007, págs. 183-184.

108 Se han efectuado los oportunos Canjes de Notas, que figuran como apéndice o anexo a los Acuerdos entre España y el Reino Unido, por lo que respecta a los territorios bajo soberanía británica y territorios a los que Gran Bretaña representa en sus relaciones exteriores. Respecto a Aruba y Antillas Holandesas, se ha suscrito el oportuno Acuerdo con el Reino de los Países Bajos.

109 Los Acuerdos con la Confederación Helvética, el Principado de Andorra, el Principado de Mónaco, el Principado de Liechtenstein y la República de San Marino, han sido ya firmados y entraron en vigor el 1 de julio de 2005. Aún falta por determinar la fecha en que los Estados Unidos, previa petición, se comprometan al intercambio de información.

110 En el mismo sentido, Paz Carbajo, J.A., *op. cit.*, pág. 184.

111 Carpizo Bergareche, J. y Santaella Vallejo, M., *op. cit.*, pág. 42.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

La importancia de esta Directiva radica, en nuestra opinión, en constituir un primer paso en busca de la imposición directa uniforme en el ámbito de la Unión Europea, sin cesión de soberanía, al menos, de momento [112].

En el mismo año, se aprueba también la Directiva 2003/49/CE, del Consejo, relativa a un régimen común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros [113]. Es la última norma del «paquete de medidas fiscales» aprobado por el Consejo ECOFIN el 3 de junio de 2003. Su objeto es la exoneración en origen sobre los pagos transfronterizos de intereses y cánones entre empresas asociadas.

3.4. La jurisprudencia comunitaria y las cláusulas antiabuso.

Si bien ya venía siendo jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) que la necesidad de preservar los ingresos fiscales no figura entre las razones imperiosas de interés general que puedan ser invocadas para justificar una restricción a las libertades comunitarias, ni entre las razones que el Tratado CE menciona para excepcionar la aplicación de las mismas, la posición del TJCE ante las cláusulas antiabuso [114] ha quedado fijada con claridad más que meridiana, tras la sentencia Cadbury Scheweppes [115], asunto que traemos aquí a colación.

El Tribunal, en esta sentencia, define los límites que tienen los Estados miembros, a la hora de establecer cláusulas antiabuso en sus respectivas legislaciones internas. Ello tendrá, obviamente, consecuencias en las medidas antiparaíso existentes en la legislación española.

Se analizaba si la legislación británica sobre transparencia fiscal internacional, relativa a la creación de filiales en un Estado miembro de menor tributación, con el objeto de beneficiarse de esta fiscalidad reducida, resultaba compatible con el Tratado CE. El Tribunal consideró que la libertad que se veía afectada por esta normativa era la libertad de establecimiento.

La cuestión de fondo a dilucidar por el Tribunal fue si la sociedad británica Cadbury Scheweppes había protagonizado un abuso de la libertad de establecimiento, al ubicar una sociedad filial en el Centro Financiero de Dublín, con la finalidad de obtener un mejor tratamiento fiscal. Este posible abuso de derecho implicaría un uso fraudulento de dicha libertad y, por tanto, impediría apreciar su vulneración por parte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (en adelante Gran Bretaña).

112 En el mismo sentido, Paz Carbajo, J.A., *op. cit.*, pág. 184.

113 DOCE n. L 157 de 26 de junio de 2003.

114 Calderón Carrero, J.M. y Martín Jiménez, A.J., *op. cit*. *Las normas antiparaíso…*, *op. cit.*, pág. 35.

115 Sentencia de 12 de septiembre de 2006, C-196/04 (NFJ023535). En relación con el tema del tratamiento dado por la jurisprudencia comunitaria a las cláusulas antiabuso, cfr. Almudí Cid, J. M., «La dudosa compatibilidad del régimen fiscal de la provisión por depreciación de cartera y del artículo 20 bis de la Ley del Impuesto sobre Sociedades con el ordenamiento comunitario: reflexiones al hilo de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso Bosal holding», en *Quincena Fiscal*, núm. 10, 2004, pág. 22.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

El razonamiento del Tribunal siguió varias etapas. En primer lugar, consideró que en Gran Bretaña existía una diferencia de trato fiscal entre las sociedades que controlaban a otras (filiales), según éstas estuviesen constituidas en Gran Bretaña o en otro Estado miembro de menor tributación.

A continuación concluyó que «el distinto trato fiscal derivado de la legislación sobre TFI [116] y la desventaja de ello resultante para las sociedades residentes que disponen de una filial sujeta, en otro Estado miembro, a un nivel de tributación inferior pueden obstaculizar el ejercicio de la libertad de establecimiento por dichas sociedades, disuadiéndolas de crear, adquirir o mantener una filial en un Estado miembro en el que ésta se encuentra sujeta a tal nivel de tributación» [117].

Después debía averiguar si este impedimento a la libertad de establecimiento estaba o no justificado. El Tribunal había establecido que esta restricción sólo estaba justificada por razones imperiosas de interés general, que la medida debía ser adecuada para garantizar el fin perseguido y que no debía ir más allá de lo necesario para alcanzarlo [118].

En este sentido, el Tribunal consideró que no era una razón imperiosa de interés general la necesidad de prevenir la reducción de ingresos fiscales [119]. Por otro lado, sí era obvio que la norma británica era adecuada para garantizar el fin perseguido, pero iba más allá de lo necesario.

En definitiva, como afirma el Tribunal en su sentencia (parágrafo 55), las medidas antiabuso que establezca un Estado miembro que restrinjan una libertad establecida por los Tratados deben diseñarse de manera que «el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional».

Es decir, es el caso de las sociedades pantalla, que no realizan ninguna actividad económica y que carecen de medios (personal, locales, etc.) para su hipotética realización. Como afirman Calderón Carrero y Martín Jiménez [120], «la constatación de un elemento subjetivo en la conducta del contribuyente en el sentido de que la constitución de la entidad en el otro Estado miembro responde a una motivación fiscal principal a lo sumo puede servir como indicio que conduzca a la comprobación de la implantación real de la sociedad en el Estado miembro de acogida y de que está ejerciendo un actividad económica efectiva». Pero únicamente podrá aplicarse una medida antielusión cuando se constate a través de «elementos objetivos y verificables por terceros» que no se ha llevado a cabo tal implantación real (implantación ficticia), de manera que la entidad no ejerce ninguna actividad económica efectiva en el territorio de acogida. Ya hemos visto, como a nuestro entender, el

116 Transparencia fiscal internacional.

117 Calderón Carrero, J.M. y Martín Jiménez, A.J., «Acerca de la necesidad de reconfigurar la política española en materia de cláusulas antiabuso y fiscalidad directa: Las consecuencias derivadas de los casos Cadbury Scheweppes y Test claimants in the thin cap group», en *Jurisprudencia Tributaria* Aranzadi 2/2007, Pamplona, 2007, pág. 3.

118 Calderón Carrero, J.M. y Martín Jiménez, A.J., *op. cit.*, «Acerca de la …» págs. 3-4.

119 Calderón Carrero, J.M. y Martín Jiménez, A.J., *op. cit.*, «Acerca de la …» pág. 4.

120 Calderón Carrero, J.M. y Martín Jiménez, A.J., *op. cit.*, «Acerca de la …» pág. 6.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

legislador nacional puede arbitrar cláusulas antiabuso pivotando sobre criterios subjetivos (motivo fiscal de la operación basado en el menor nivel de tributación del Estado de que se trate) y articular una inversión de la carga de la prueba de manera que deba ser el contribuyente afectado el que acredite la inexistencia de un montaje puramente artificioso demostrando que se realiza una actividad económica real a través de medios humanos y materiales.

Es decir, la intención del contribuyente de acogerse a una fiscalidad más favorable es sólo un indicio que permite comprobar la implantación real de sociedad y su actividad. Si de esta comprobación (realizada por elementos objetivos y verificables por terceros) resulta que no se lleva a cabo esta actividad económica, puede aplicarse la medida antiabuso. Mediante una inversión de la carga de la prueba, el contribuyente acreditará que no se trata de un artificio, demostrando una actividad económica real.

Pueden extraerse otras dos consecuencias de menor importancia de la citada sentencia. En primer lugar, que las filiales a las que le sean de aplicación las normas británicas de transparencia fiscal internacional, podrían realizar actividades puramente financieras, de carácter exclusivamente intragrupo. En segundo lugar, la estructura de la sociedad filial debe ser proporcionada a sus transacciones [121].

4. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL ANTE LA COMPETENCIA FISCAL PERNICIOSA Y LOS PARAÍSOS FISCALES

La Constitución Española, en su artículo 31.1, establece, como principio general del ordenamiento tributario, que «todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio».

Por tanto, el uso de jurisdicciones consideradas paraísos fiscales sería contrario a lo establecido en el precepto constitucional, desde el momento en que la interposición de tal jurisdicción falsea la imagen de la capacidad económica del contribuyente que puede ser aprehendida por la Administración tributaria.

El ordenamiento español es sensible a este problema, como veremos a continuación. Ello no empece a que, en determinadas ocasiones, España haya entrado en el juego de la competencia fiscal, pero quedando, obviamente, muy lejos de lo que podría considerarse una jurisdicción perniciosa, entre otras cosas, porque no existe la característica de la opacidad que configura dichas jurisdicciones, entre otras.

Así pues, en el contexto internacional de competencia fiscal, en España la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, introdujo las entidades *holding*, es decir, las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVE). Así se atraían inversiones financieras a

[121] En este sentido, Calderón Carrero, J.M. y Martín Jiménez, A.J., *op. cit.*, «Acerca de la…», pág. 7.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

nuestro país y se permitía al contribuyente residente participar en entidades no residentes [122]. Se conducía, por tanto, a España a este nuevo escenario de competencia fiscal.

En España no existe una definición legal de paraíso fiscal, utilizándose, respecto a los paraísos fiscales, el sistema de listas [123], aunque puede actualmente deducirse el concepto de la Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal del año 2006. Respecto al sistema de listas, pueden establecerse dos modalidades. Por un lado, listas cerradas de jurisdicciones que la Administración tributaria considera paraísos fiscales. Por otro, puede optarse por la adopción de normas con criterios objetivos, que permita incluir en dicha consideración a aquellas jurisdicciones en las que concurran dichos criterios [124]. Como ejemplo de la primera modalidad tenemos el caso español. De la segunda, el alemán o el británico.

Cuarenta y ocho jurisdicciones están incluidas en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio [125]. La consecuencia de estar incluida en esta «lista negra» es que a los contribuyentes relacionados con las jurisdicciones incluidas se les niegan determinados beneficios fiscales o se les impone la inversión de la carga de la prueba para obtenerlos. Otra consecuencia, como ya sabemos, es la aplicación de determinadas normas de prevención del blanqueo. La lista española, inalterada desde su promulgación, hace ya 18 años, necesita una actualización, tanto para el ingreso como para la salida de jurisdicciones, así como para proceder a su adaptación a las nuevas circunstancias [126].

Ahora bien, el Real Decreto 116/2003 permite excluir a una jurisdicción de la lista cuando firme un Acuerdo de Intercambio de Información o Convenio para evitar la Doble Imposición, con cláusula de intercambio [127]. Así, por ejemplo, Malta no se considera paraíso fiscal desde la entrada en vigor del Convenio para evitar la doble imposición entre España y Malta, de 8 de noviembre de 2005 (BOE de 7 de septiembre de 2006).

Habría que preguntarse qué consecuencias se derivan de la inclusión de una jurisdicción en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, es decir, de su consideración como paraíso fiscal. Básicamente, se establece una presunción, no declarada explícitamente en ningún lugar, de que por su bajo nivel de tributación y su opacidad, toda persona que se relacione con el mismo, tiene intención de, al menos, eludir impuestos. Posteriormente, las leyes reguladoras de distintas figuras tributarias, explicitarán

122 Almudí Cid, J.M., *Planificación fiscal internacional…*, *op. cit.*, pág. 5.

123 Es el único país de la OCDE, junto con Portugal e Italia. Fuera de la OCDE es un sistema utilizado en varios países: México, Brasil, Ucrania, etc.

124 En este sentido, Rosembuj, T., «La competencia fiscal lesiva», en *Impuestos*, núm. 3, febrero 1999, pág. 33.

125 EUROPA: Isla de Man, Isla de Guernesey y de Jersey, Principado de Andorra, Gibraltar, Gran Ducado de Luxemburgo, Principado de Liechtenstein, Principado de Mónaco, República de San Marino, República de Malta y República de Chipre. AMÉRICA: Anguilla, Antigua y Barbuda, Las Bahamas, Barbados, Bermudas, Islas Caimanes, Antillas Holandesas, Aruba, República de Dominica, Granada, Jamaica, Montserrat, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucia, Trinidad y Tobago, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de Estados Unidos, República de Panamá , Islas Turcos y Caicos y Islas Malvinas. ÁFRICA: República de Liberia, República de Seychelles y Islas Mauricio. ASIA: República Libanesa, Reino Hachemí de Jordania, Emirato de Bahrein, Emiratos Árabes Unidos, Sultanado de Omán, Macao, Hong Kong, República de Singapur, Sultanado de Brunei y Islas Marianas. OCEANÍA: República de Nauru, Islas Salomón, República de Vanuatu, Islas Fiji e islas Cook.

126 En este sentido, Roser Samplon, S., *op. cit.*, pág. 212.

127 «En todo caso, la efectividad de un Convenio de esa naturaleza no parece viable pues exigiría que dichos territorios reformaran profundamente sus sistemas societarios y sometieran a una rigurosa regulación y control a las entidades financieras que allí actúan». Conferencia de Carlos Jiménez Villarejo, pronunciada el 31 de mayo de 2004 (*http://www.lafactoriaweb.com/articulos/villarejo24.htm*, visitada el 20 de diciembre de 2007).

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

las consecuencias de dicha consideración. En el epígrafe correspondiente de este trabajo de investigación, se detallan las mismas.

La doctrina [128] ha criticado el Real Decreto 1080/1991, basándose en dos argumentos: por un lado, que pretende luchar exclusivamente contra el problema de la falta de transparencia y de información que se da en los paraísos fiscales, sin tener en cuenta la baja o nula tributación de las operaciones que se realizan en los mismos. Por otro, se basa exclusivamente en una lista que no permite nuevas entradas de países o territorios, que es limitada y que está obsoleta.

A ello cabría reponer que, efectivamente, no permite la entrada de nuevos territorios, pero si ello fuera necesario, nada obstaría a la promulgación de un nuevo Real Decreto que ampliase el elenco de territorios considerados paraíso fiscal. Lo mismo cabe decir respecto de su obsolescencia y sus limitaciones. Por otro lado, efectivamente, su finalidad es luchar contra la falta de transparencia e información, sin tener en cuenta la tributación del mismo. Pero si, conforme al Real Decreto 116/2003 para que un paraíso fiscal deje de ser considerado como tal, es preciso la firma de un Acuerdo de Intercambio de Información o Convenio para evitar la Doble Imposición, con cláusula de intercambio, dicho Convenio o Acuerdo no deben suscribirse por España si la tributación existente en dicho territorio no es análoga a la española, en cuyo caso se soslayaría el problema citado.

La Ley 36/2006, de 29 de diciembre, de Medidas de Prevención del Fraude Fiscal, instaura dos conceptos, que unidos al de paraíso fiscal, permiten cierta flexibilidad al Estado, para adaptarse a la cambiante situación de la fiscalidad internacional. Se trata de nula tributación y efectivo intercambio de información tributaria.

Las empresas españolas han sacado legalmente del país casi 6.000 millones de euros a través de paraísos fiscales en los últimos 10 años. Los datos oficiales de la Sociedad de Inversiones Exteriores, dependiente del Ministerio de Industria, revelan que las Islas Caimán son, con diferencia, el lugar favorito para ahorrar impuestos y trámites, seguidas de Panamá, Islas Vírgenes y Bermudas.

Si se incluye la salida de dinero español hacia países europeos con ventajas fiscales para este tipo de operaciones, la cifra supera los 39.000 millones de euros en los últimos 10 años, casi el 10% de toda la inversión española en el exterior. La lista de estos países está encabezada por Holanda, con un régimen de captación (las denominadas BV holandesas) y ahorro fiscal, frecuentemente utilizado por las compañías españolas. «Holanda y Luxemburgo son los países con mayor flexibilidad internacional y ese diseño ha llegado a España con las ETVE» [129].

4.1. Medidas antiparaíso en España.

La finalidad de estas medidas es tanto antielusiva, cuanto antievasiva.

[128] *Vid.*, entre otros, Martos Belmonte, P. y Verdún Fraile, E., «El intercambio de información fiscal en el ámbito internacional», Instituto de Estudios Fiscales, *Cuadernos de Formación*, Volumen 3/2007, 2007, pág. 144.

[129] Sola, M.V. «Las empresas españolas tienen 6.000 millones en paraísos fiscales», en *Diario El País*, día 29.10.07, *http://www.elpais.com/articulo/economia/empresas/espanolas/tienen/6000/millones/paraisos/fiscales/elpepueco/20071029elpepieco_2/Tes*, página visitada el 22 de marzo de 2008.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

4.1.1. Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Residencia y domicilio fiscal. Artículo 8. Encontramos una norma antiparaíso en el número uno, cuando se establece la presunción de que una entidad radicada en algún país o territorio de nula tributación, según lo previsto en el apartado 2 de la disposición adicional primera de la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, o considerado como paraíso fiscal, tiene su residencia en territorio español cuando sus activos principales, directa o indirectamente, consistan en bienes situados o derechos que se cumplan o ejerciten en territorio español, o cuando su actividad principal se desarrolle en éste, salvo que dicha entidad acredite que su dirección y efectiva gestión tienen lugar en aquel país o territorio, así como que la constitución y operativa de la entidad responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas distintas de la simple gestión de valores u otros activos.

Correcciones de valor: pérdida por deterioro del valor de los elementos patrimoniales. Artículo 12. En el número tres se establece que no serán deducibles las pérdidas por deterioro correspondientes a la participación en entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales, excepto que dichas entidades consoliden sus cuentas con las de la entidad que realiza el deterioro en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

Gastos no deducibles. Artículo 14. No pueden deducirse los gastos de servicios correspondientes a operaciones realizadas, directa o indirectamente, con personas o entidades residentes en países o territorios calificados reglamentariamente por su carácter de paraísos fiscales, o que se paguen a través de personas o entidades residentes en éstos, excepto que el sujeto pasivo pruebe que el gasto devengado responde a una operación o transacción efectivamente realizada.

Esta norma supone que los gastos relativos a servicios que no se materializan físicamente (informes, reparaciones, transportes...) difícilmente van a ser deducibles. Un caso relativamente corriente es el de las comisiones, en el que la práctica administrativa demuestra un rigor, probablemente justificado, que está conduciendo a la no deducción de los gastos [130].

Reglas de valoración: cambios de residencia, cese de establecimientos permanentes, operaciones realizadas con o por personas o entidades residentes en paraísos fiscales y cantidades sujetas a retención. Reglas especiales. Artículo 17. En el número dos se establece que las operaciones que se efectúen con personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales se valorarán por su valor normal de mercado siempre que no determine una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor convenido o un diferimiento de dicha tributación.

Subcapitalización. Artículo 20. No podrá proponerse a la Administración tributaria la aplicación de un coeficiente distinto al establecido con carácter general, en el caso de operaciones efectuadas con o por personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales.

[130] Sanz Gadea, E., «Medidas antielusión fiscal», Instituto de Estudios Fiscales, *Documento de trabajo* núm. 13/2005, 2005, pág. 177.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

Exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español. Artículo 21. No será aplicable cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal. Tampoco se aplicará a la renta obtenida en la transmisión de la participación en una entidad no residente en territorio español, cuando el adquirente resida en un paraíso fiscal.

Si este paraíso fiscal estuviese ubicado dentro del territorio de la Unión Europea, la aplicación de la norma podría verse afectada por la jurisprudencia del TJCE, Sentencia de 12 de septiembre de 2006, C-196/04 [131].

Exención de determinadas rentas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente. Artículo 22. La exención de la renta obtenida en el extranjero a través de un establecimiento permanente situado fuera del territorio español, no vendrá en aplicación cuando el establecimiento permanente esté situado en un paraíso fiscal [132].

Reducción de ingresos procedentes de determinados activos intangibles. Artículo 23. Caso de ingresos que procedan de la cesión del derecho de uso o de explotación de patentes, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, de derechos sobre informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas, se integrarán en la base imponible en un 50% de su importe. Esto no podrá realizarse cuando el cesionario resida en un paraíso fiscal.

Deducción por actividades de exportación. Artículo 37. No pueden realizarse deducciones cuando el gasto o la inversión se realice en un paraíso fiscal.

Entidades de capital-riesgo. Artículo 55. Estas entidades están exentas en el 99% de las rentas que obtengan en la transmisión de valores representativos de la participación en el capital o en fondos propios de las empresas o entidades de capital-riesgo, excepto si la persona o entidad adquirente de los valores es residente en un paraíso fiscal. Los dividendos y participaciones en beneficios y las rentas obtenidas en la transmisión o reembolso de acciones o participaciones representativas del capital o los fondos propios de las entidades de capital-riesgo, no serán deducibles si la renta se obtiene a través de un paraíso fiscal.

Tributación de los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva constituidas en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales. Artículo 60. Los beneficios distribuidos por éstas no dan derecho a deducción por doble imposición. Además se establece una presunción *iuris tantum*, fijando en un 15 por 100 el valor de adquisición de las acciones o participaciones de las instituciones de inversión colectiva por parte de los socios o partícipes.

Régimen fiscal del canje de valores. Artículo 87. Si en la operación ha intervenido una entidad domiciliada en un paraíso fiscal o las rentas que proceden de la operación se han obtenido a través de uno de ellos, deben integrarse en la base imponible del IRPF o del IS.

131 En este sentido, Calderón Carrero, J.M. y Martín Jiménez, A.J., *op. cit.*, «Acerca de la…», pág. 7.

132 Respecto a esta norma antiparaíso, cabe hacer el mismo comentario y anotación al pie que a la contenida en el artículo 21.

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 5-54
Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

Tributación de los socios en las operaciones de fusión, absorción y escisión total o parcial. Artículo 88. Las rentas que se obtengan en estas operaciones, cuando intervenga una entidad domiciliada o establecida en paraíso fiscal, o si se han obtenido a través de uno de ellos, se integrarán en la base imponible del IRPF.

Inclusión en la base imponible de determinadas rentas positivas obtenidas por entidades no residentes. Artículo 107. No serán deducibles de la cuota íntegra los impuestos satisfechos en paraíso fiscal.

Además, cuando la entidad participada resida en un paraíso fiscal, se establecen varias presunciones. En primer lugar, que el importe satisfecho por la entidad residente en paraíso fiscal es inferior al 75% del IS que le hubiese correspondido. Asimismo, que las rentas provienen, bien de la titularidad de bienes inmuebles rústicos y urbanos o de derechos reales que recaigan sobre éstos, bien de participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad y cesión a terceros de capitales propios, bien de actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios, o de transmisión de los bienes, derechos o participación en fondos referidos, genere rentas. Por último que la renta obtenida por la entidad participada es el 15% del valor de adquisición de la participación.

Estas presunciones son *iuris tantum* y no vendrán en aplicación si la entidad participada consolida sus cuentas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 del Código de Comercio, con alguna o algunas de las entidades obligadas a la inclusión.

Distribución de beneficios. Transmisión de la participación. Artículo 118. En el caso de beneficios distribuidos con cargo a las rentas exentas, si el perceptor de la renta reside en paraíso fiscal, no tendrá derecho a la deducción por doble imposición de dividendos

4.1.2. Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de No Residentes y sobre el Patrimonio (en adelante LIRPF), desarrollada por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante RIRPF).

Rentas exentas. Artículo 7. En este artículo se declaran exentas del impuesto una serie de rentas. Entre ellas, la letra p) del mismo, declara exentos los rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero, si concurren dos requisitos. En primer lugar, que dichos trabajos se realicen para una empresa o entidad no residente en España o un establecimiento permanente radicado en el extranjero y, en segundo, que en el territorio en que se realicen los trabajos se aplique un impuesto de naturaleza idéntica o análoga a la de este impuesto y no se trate de un país o territorio que haya sido calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

Es decir que si los trabajos han sido realizados en un paraíso fiscal, las rentas por estos rendimientos del trabajo no están exentas del impuesto.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

Contribuyentes. Artículo 8. Se establece otra norma antiparaíso, que consiste en que deben seguir siendo considerados contribuyentes del IRPF las personas físicas de nacionalidad española que acrediten nueva residencia fiscal en un país o territorio calificado como paraíso fiscal, durante 5 periodos impositivos, el que esté en curso y otros 4 [133].

Obviamente, la norma puede burlarse con facilidad, si previamente el contribuyente ha perdido la residencia fiscal en España, por residencia en otro país no considerado paraíso fiscal, para posteriormente trasladar su residencia a una de estas jurisdicciones.

Otro problema que surge es con los trabajadores españoles que van a trabajar, v. gr., a Gibraltar. Para evitar la aplicación de la norma sólo podrían trasladar artificialmente su residencia fiscal a otro país limítrofe, hasta perder la residencia fiscal en España, para poder adquirir su nueva residencia en las jurisdicciones citadas. Este problema no se da ya en relación con Andorra desde que la Ley 35/2006, que da título a este epígrafe, en su disposición adicional vigésima primera respecto a los trabajadores asalariados que cumplan determinadas características [134]. Ciertamente, el problema con Gibraltar es menos acuciante, ya que la mayoría de los trabajadores españoles en Gibraltar, pernoctan habitualmente en el Campo de Gibraltar.

Por otro lado, tras la sentencia Cadbury Scheweppes, la cláusula comentada no es compatible con el Derecho Comunitario, cuando la residencia fiscal se traslade a una jurisdicción perteneciente a la Unión Europea [135].

Podemos comprobar cómo la nacionalidad o la extranjería tienen una importancia muy secundaria hoy día en materia impositiva. Al mismo tiempo, las cuestiones relativas a la nacionalidad o la extranjería en esta materia serían cuestiones de extensión de la ley tributaria y no cuestiones de eficacia de ésta.

En principio, no existen normas generales de Derecho Internacional que limiten la extensión de la ley tributaria en el espacio, dándose tales límites sólo en materia de eficacia. Junto a ello, la sujeción al Poder Tributario del Estado se da con independencia de la nacionalidad del sujeto realizador del hecho imponible y el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos alcanzaría tanto a nacionales como a extranjeros. Este deber es una plasmación de la idea de solidaridad entre todos en el sostenimiento de los gastos públicos.

---

133 Sobre este punto, véase López Espadafor, C.M., «El traslado de residencia a un paraíso fiscal», en la *Revista de Información Fiscal*, núm. 68, marzo-abril 2005, pags. 41 y ss.

134 Disposición adicional vigésima primera. *Residencia fiscal de determinados trabajadores asalariados.* No resultará de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8 de la presente ley, a las personas físicas de nacionalidad española residentes en el Principado de Andorra que acrediten su condición de trabajadores asalariados, siempre que se cumplan, además de los que reglamentariamente se establezcan, los siguientes requisitos:

1.º Que el desplazamiento sea consecuencia de un contrato de trabajo con una empresa o entidad residente en el citado territorio.

2.º Que el trabajo se preste de forma efectiva y exclusiva en el citado territorio.

3.º Que los rendimientos del trabajo derivados de dicho contrato representen al menos el 75% de su renta anual, y no excedan de cinco veces el importe del indicador público de renta de efectos múltiples.

135 Martín Jiménez, A.J., «Globalización y Derecho Tributario: El impacto del Derecho Comunitario sobre las cláusulas antielusión / abuso del Derecho Interno», Instituto de Estudios Fiscales, *Documento* núm. 7/07, 2007, pág. 16.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

Esta solidaridad puede ser política, social o simplemente económica [136]. Afectaría esta última a los que sólo tienen un vínculo económico con nuestro Estado. En función de la solidaridad política, en ciertos supuestos, se puede tomar en consideración la nacionalidad, como es el caso de aquellos sujetos que realizan en el extranjero ciertas funciones al servicio de nuestro Estado. La solidaridad social se da en función de la residencia, al suponer ésta que el sujeto ha estado integrado en nuestra sociedad y en atención a lo que haya podido recibir de la misma. A nuestro entender, esta solidaridad social no sólo se debería dar mientras tal residencia se da de forma efectiva en nuestro territorio, sino que, al trasladar aquélla a un paraíso fiscal, la consideración de residente en España a efectos fiscales se debería conservar durante algunos periodos impositivos incluso cuando no se posea nacionalidad española. No hacerlo así representaría impulsar la falta de solidaridad con nuestra sociedad de aquellos que estuvieron integrados en la misma y que después se trasladan a un paraíso fiscal.

Al no alcanzar esta norma a los extranjeros, se deja abierta la puerta a tal elusión con respecto a los contribuyentes que sin tener nacionalidad española residían en nuestro territorio. Los paraísos fiscales, además de caracterizarse por una baja tributación, son territorios opacos fiscalmente, que no suscriben con otros Estados convenios en los que se incluyan cláusulas sobre el intercambio de información con trascendencia tributaria, con lo que se prestan al fraude. Trasladar la residencia a los mismos no suele hacerse por motivos personales o empresariales legítimos, sino como una apariencia formal que ampare la elusión impositiva.

Pues bien, no existen normas generales de Derecho Internacional que impidan que se pudiese seguir considerando residentes a efectos fiscales en España durante unos determinados años a los sujetos que trasladen su residencia a un paraíso fiscal aunque no tengan nacionalidad española y que el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos les alcanzaría también desde la perspectiva de la solidaridad social.

Problema distinto sería que el extranjero que traslada su residencia a un paraíso fiscal no posea bienes en territorio español sobre los que la Administración tributaria pudiese proceder en caso de incumplimiento de aquél. Pero este problema ya no sería un problema de extensión, sino de eficacia de la ley tributaria. Además, sería un problema que también podría darse en relación con los sujetos que tengan nacionalidad española. Obviamente, si el sujeto sólo tiene bienes en un paraíso fiscal, éste no va a cooperar con la Administración tributaria española ni en materia de intercambio de información, ni en materia de recaudación. No existiendo elementos patrimoniales ni en España ni en otro Estado que cooperase con el nuestro en materia de recaudación en tales supuestos, de nada serviría en la práctica considerar residentes en territorio español a quienes trasladen su residencia a un paraíso fiscal, ya sean nacionales o extranjeros.

136 Destaca LOMBARDI que el deber de prestación tributaria, establecido en el artículo 53 de la Constitución italiana, se comporta como especificación en el sector económico del deber general de solidaridad contemplado en el artículo 2 de esa misma Constitución. Y señala este autor que la imposición tributaria no se fundamenta en razones de estricta solidaridad política, sino que éstas asumen un relieve de carácter accesorio e indirecto. Señala que estando los ciudadanos unidos al Estado por deberes de solidaridad política además de deberes de naturaleza económica y, en sentido amplio, social, es de observar que justo en la medida en que los primeros deberes no operan para los extranjeros, emerge con suficiente nitidez que la ciudadanía adquiere en este orden normativo la función de elemento diferenciador de la intensidad y de los límites según los cuales el deber de prestación tributaria grava a cuantos están sometidos al poder estatal. Añade este autor que, en otras palabras, pues, la solidaridad política asume la función de graduar, en extensión y profundidad, la participación en los gastos públicos postulada por la solidaridad económica, que de este modo contribuye además a determinar concretamente («Solidarietà politica, solidarietà economica e solidarietà sociale nel quadro del dovere costituzionale di prestazione tributaria», en *Temi tributaria*, 1964, págs. 597 y 606-607).

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

Pero la insolidaridad de los paraísos fiscales con el resto de Estados debe ser contrarrestada con todas las medidas que potencialmente puedan ayudar a hacer efectiva la solidaridad social a la que se deben quienes han estado integrados en la sociedad española, incluso durante algunos años posteriores a aquel en que abandonen ésta. Tales deberes de solidaridad social no pueden terminar en el preciso instante en que, no existiendo una justificación legítima, un sujeto traslada su residencia a un paraíso fiscal, traslado que en muchos casos podría ser más ficticio que real [137]. Y ello con independencia de la nacionalidad del sujeto, pues ninguna limitación se puede encontrar al respecto ni en las normas generales del Derecho Internacional ni en el Derecho Constitucional.

Residencia habitual en territorio español. Artículo 9. En el primer número de este artículo se establecen los criterios que determinan cuándo un contribuyente tiene su residencia habitual en territorio español. Según el mismo, si se permanece en territorio español más de 183 días durante el año natural, existe esta residencia habitual. Por tanto, si no se da esta circunstancia, ésta no será la residencia habitual. Ahora bien, tratándose de territorios considerados paraísos fiscales, la Administración puede exigir que se pruebe la permanencia en el mismo durante 183 días en el año natural. Con ello se pretende desincentivar la fijación de la residencia en estas jurisdicciones, ya que podría obligarse a probar la residencia efectiva en dicha jurisdicción. Se trata de una norma un tanto rigurosa y, consideramos, con Ribes [138], que resulta criticable que no se excluya del ámbito de aplicación del mismo a los trabajadores expatriados de forma temporal y, que con carácter general, no presentan un especial ánimo elusivo.

Se plantea un problema de índole práctico en este caso. Nuestra Administración tributaria tiende a negar valor probatorio a cualquier certificado de residencia emitido por una jurisdicción calificada como paraíso fiscal, ya que, según Ribes [139], «(...) en la mayoría de estas jurisdicciones se han establecido criterios de residencia más laxos, siendo en ocasiones posible adquirir la condición de residente a cambio del pago de una determinada suma de dinero».

Según la Resolución de la DGT [140] de 21 de junio de 1999 (NFC009835), «no puede enunciarse de modo genérico y teórico los medios de prueba que acrediten la permanencia efectiva en un paraíso fiscal sino que, antes bien, es a la Administración tributaria a la que compete apreciar en cada supuesto concreto las pruebas aportadas por el contribuyente». Por ello, al no existir un documento que acepte la Administración tributaria de modo incontestable, el interesado debe probar su residencia en el paraíso fiscal, mediante medios indirectos de prueba (recibos de consumo de agua, luz, teléfono, facturas, etc.), que admitirá o no en cada caso la Administración tributaria española, lo que puede crear cierta inseguridad jurídica para el contribuyente.

137 No obstante, debemos recordar que en la letra a) del apartado 1 del artículo 9 del Texto Refundido de la Ley del IRPF, a efectos de determinar el periodo de más de 183 días durante el año natural en territorio español que implica la residencia en el mismo, se establece que «se computarán las ausencias esporádicas, salvo que el contribuyente acredite su residencia fiscal en otro país», disponiéndose a continuación de lo anterior que «en el supuesto de países o territorios de los calificados reglamentariamente como paraíso fiscal, la Administración tributaria podrá exigir que se pruebe la permanencia en éste durante 183 días en el año natural».

138 Ribes Ribes, A., «La problemática de los certificados de residencia en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes», en *Quincena Fiscal Aranzadi,* núm. 21/2005-22/2005, Aranzadi, Madrid, 2005, pág. 9.

139 Ribes Ribes, A., *op. cit.*, pág. 9.

140 Dirección General de Tributos.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

Imputación de rentas en el régimen de transparencia fiscal internacional. Artículo 91. En este artículo nos encontramos con tres normas antiparaíso.

En primer lugar, el número 8.º del artículo establece que de la cuota líquida resultante en el IRPF se deduce el impuesto satisfecho en el extranjero por distribución de dividendos o participación en beneficios. La norma antiparaíso consiste en que esta deducción no puede practicarse cuando los impuestos en cuestión se hayan satisfecho en país o territorio considerado paraíso fiscal.

En segundo lugar, el número 11 establece una serie de presunciones, *iuris tantum*, relativas a la entidad participada residente en paraíso fiscal. Primero, que el importe satisfecho por la entidad no residente en territorio español, imputable a alguna de las clases de rentas previstas en el apartado 2 [141], por razón de gravamen de naturaleza idéntica o análoga al IS, sea inferior al 75% del que hubiere correspondido de acuerdo con las normas del citado impuesto. Esta presunción se combina con la siguiente, que la renta de esta entidad participada se ha obtenido de las fuentes de renta consignadas citadas en el apartado 2 [142]. Por último, también se presume que la renta obtenida por la entidad participada es el 15% del valor de adquisición de la participación. Sin embargo, estas presunciones no entrarán en juego, cuando la entidad participada consolide sus cuentas de acuerdo con el artículo 42 del Código de Comercio.

En tercer lugar, se contiene otra norma antiparaíso. El número 13 del artículo analizado dice que lo previsto en este artículo (el 75) no será aplicable cuando la entidad no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal. Efectivamente, en el territorio de la Unión Europea siguen existiendo, para la ley española, varios paraísos fiscales: Isla de Man, Isla de Guernesey y de Jersey, Gibraltar y Gran Ducado de Luxemburgo.

Imputación de rentas por la cesión de derechos de imagen. Artículo 92. Aquí nos encontramos con otra medida de esta índole, al prohibirse la deducción de los impuestos satisfechos en un paraíso fiscal, que se permiten en caso de residencia en otro tipo de jurisdicción, en relación con la entidad o persona física considerada primera cesionaria.

Tributación de los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva constituidas en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales. Artículo 95. Este artículo al completo constituye una norma antiparaíso. Estos socios o partícipes imputarán en la parte general de la base imponible, la diferencia positiva entre el valor liquidativo de la participación al día de cierre del periodo impositivo y su valor de adquisición. La cantidad imputada se considerará

141 a) Titularidad de bienes inmuebles rústicos y urbanos o de derechos reales que recaigan sobre los mismos, salvo que estén afectos a una actividad empresarial conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de esta ley o cedidos en uso a entidades no residentes, pertenecientes al mismo grupo de sociedades de la titular, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio. b) Participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad y cesión a terceros de capitales propios, en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 25 de esta ley. c) Actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios, excepto los directamente relacionados con actividades de exportación, realizadas, directa o indirectamente, con personas o entidades residentes en territorio español y vinculadas en el sentido del artículo 16 del Texto Refundido de la LIS, en cuanto determinen gastos fiscalmente deducibles en dichas personas residentes. d) Transmisiones de los bienes y derechos referidos en las letras a) y b) que generen ganancias y pérdidas patrimoniales.

142 *Vid.* nota anterior.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

mayor valor de adquisición. Los beneficios distribuidos por la institución de inversión colectiva no se imputarán y minorarán el valor de adquisición de la participación. Estos beneficios no darán derecho a deducción por doble imposición. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que la diferencia a que se refiere el citada supra es el 15% del valor de adquisición de la acción o participación.

Obligaciones de información. Disposición adicional decimotercera. En el número dos de esta disposición se impone la obligación de los contribuyentes del IRPF o del IS de suministrar información en relación con su actividad ligada a países o territorios calificados como paraísos fiscales.

4.1.3. Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (en adelante LIRNR). Desarrollado por Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio, que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (en adelante RIRNR).

Responsables. Artículo 9. Encontramos en el número tres una norma antiparaíso, consistente en que cuando se trate del depositario o gestor de bienes o derechos no afectos a un establecimiento permanente y pertenecientes a personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales, las actuaciones de la Administración tributaria podrán entenderse directamente con el responsable, al que será exigible la deuda tributaria, sin que sea necesario el acto administrativo previo de derivación de responsabilidad, previsto en el artículo 41.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Representantes. Artículo 10. Los contribuyentes del IRNR que operen a través de establecimiento permanente, tienen la obligación de nombrar un representante ante la Administración tributaria. El objeto de dicha representación es que la Administración pueda localizar fácilmente al no residente. Esta obligación será, asimismo, exigible a las personas o entidades residentes en países o territorios con los que no exista un efectivo intercambio de información tributaria de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 de la disposición adicional primera de la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, que sean titulares de bienes situados o de derechos que se cumplan o ejerciten en territorio español, excluidos los valores negociados en mercados secundarios oficiales.

Rentas exentas. Artículo 14. En este artículo se establece una relación de determinadas rentas exentas. Sin embargo, determinadas exenciones no se aplicarán en caso de rendimientos y ganancias patrimoniales obtenidos a través de paraísos fiscales. En concreto, se trata de los siguientes:

Rendimientos de la cesión a terceros de capitales y ganancias patrimoniales derivadas de bienes muebles, obtenidas sin mediación de establecimiento permanente por residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea, así como los rendimientos derivados de la Deuda Pública, obtenidos sin mediación de establecimiento permanente en España.

Las rentas derivadas de las transmisiones de valores o el reembolso de participaciones en fondos de inversión realizados en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores españoles, obtenidas sin mediación de establecimiento permanente en territorio español.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

Los dividendos y participaciones en beneficios a que se refiere el párrafo y) del artículo 7 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, obtenidos, sin mediación de establecimiento permanente, por personas físicas, con el límite de 1.500 euros, que será aplicable sobre la totalidad de los rendimientos obtenidos durante el año natural.

Tampoco se considerarán exentos los beneficios distribuidos por las sociedades filiales residentes en territorio español a sus sociedades matrices residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea o a los establecimientos permanentes de estas últimas situados en otros Estados miembros cuando la sociedad matriz tenga su residencia fiscal, o el establecimiento permanente esté situado en un paraíso fiscal [143].

Deuda tributaria. Artículo 19. Existe una imposición complementaria, al tipo de gravamen del 18%, que se exige para que las rentas obtenidas por establecimientos permanentes de entidades no residentes, se transfieran al extranjero. No se aplica cuando las entidades tengan su residencia fiscal en otro Estado miembros de la Unión Europea. La norma antiparaíso consiste en que sí lo harán cuando este Estado o territorio sea un paraíso fiscal.

Entidades sin presencia en territorio español. Artículo 39. En este caso la norma antiparaíso consiste en que cuando se trate de una entidad en régimen de atribución de rentas, constituida en un paraíso fiscal, las retenciones del impuesto o los ingresos a cuenta se aplican sin tener en cuenta la residencia de los miembros de la sociedad ni las exenciones del artículo 14.

Gravamen especial sobre bienes inmuebles de entidades no residentes. Artículos 40 a 45. Se grava en estos artículos la propiedad o posesión de bienes inmuebles o derechos reales de disfrute sobre éstos, ubicados en España. Se establecen determinadas exenciones a favor de entidades de Derecho Público extranjeras e internacionales; entidades con derecho a la aplicación de un convenio para evitar la doble imposición internacional, con cláusula de intercambio de información, si los verdaderos propietarios tienen derecho a la aplicación de dicho convenio o son residentes en territorio español; entidades que desarrollen habitualmente una actividad económica distinta de la simple tenencia o arrendamiento de bienes; sociedades que coticen en mercados secundarios oficialmente reconocidos; por último las entidades sin ánimo de lucro, benéficas o culturales, reconocidas por la legislación de un país que tenga suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición, con cláusula de intercambio de información, si los inmuebles son empleados para el objeto de la entidad.

En definitiva, en la práctica están sujetas a este gravamen las entidades con residencia en un «paraíso fiscal», que serán las únicas que no puedan cumplir los requisitos de la exención.

En relación con las entidades que tienen su residencia en un paraíso fiscal, en la práctica, no se pueden conocer los socios que existen detrás de la misma y, en definitiva, quiénes están indirectamente detrás del inmueble situado en territorio español.

[143] Este último párrafo, que corresponde al artículo 14.1 h), podría verse afectada por la STJCE de 12 de septiembre de 2006, C-196/04. En este sentido, Calderón Carrero, J.M. y Martín Jiménez, A.J., *op. cit.*, «Acerca de la…», pág. 7.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

Opción para contribuyentes residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea. Artículo 46. La LIRNR permite a los contribuyentes de este impuesto, personas físicas que acrediten que tiene fijado su domicilio o residencia habitual en un Estado miembro de la Unión Europea y que ha obtenido durante el ejercicio en España por rendimientos del trabajo y por rendimientos de actividades económicas, como mínimo, el 75% de la totalidad de su renta, podrá optar por tributar en calidad de contribuyente por el IRPF, sin perder su condición de contribuyentes por el IRNR. La norma antiparaíso consiste en que esta opción no será aplicable a los contribuyentes que residan en un paraíso fiscal.

4.1.4. Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores.

Norma dictada a consecuencia del artículo 73 b) del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht), que no sólo prohíbe las restricciones de los movimientos de capitales y pagos entre Estados miembros, sino también con Estados terceros. Se mantienen ciertos requisitos administrativos, de conocimiento de las operaciones y para poder adoptar medidas justificadas por razones de orden público o seguridad pública. El conocimiento de las operaciones se logra mediante una declaración de las mismas a posteriori.

La norma antiparaíso consiste en que en las inversiones relacionadas con paraísos fiscales (proveniente de ellos o con destino a los mismos, independientemente de su cuantía), además de la declaración ex post, se requiere una declaración ex ante, que realizará el titular de la inversión.

4.1.5. Orden EHA/114/2008, de 29 de enero, reguladora del cumplimiento de determinadas obligaciones de los notarios en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.

Esta norma, en su artículo 3.4, obliga a los notarios, cuando las personas jurídicas que participen en algún acto o negocio jurídico en el que intervengan, haya sido constituida en un paraíso fiscal, a solicitar información acerca de la estructura accionarial o de control de la persona jurídica.

En este caso, el Notario hará constar en el instrumento público la manifestación del otorgante acerca del nombre o razón social de cada titular de una participación superior al 25% en el capital de la persona jurídica, así como su Número de Identificación Fiscal o Número Personal de Identificación para Extranjeros (NIF/NIE) y domicilio. En ningún caso el Notario revelará al otorgante la causa por la que se solicita y se incluye esa información.

5. POSIBLES OPERACIONES ILÍCITAS QUE POSIBILITAN LOS PARAÍSOS FISCALES

Para eludir la imposición sobre la renta, podría crearse una sociedad residente en un paraíso fiscal, a ser posible con acciones al portador. El propietario será contratado como empleado por la sociedad. Mediante esta sociedad, dicha persona podrá participar en negocios diversos (asesoramiento legal, comercio, servicios médicos, etc.). Los incrementos del capital (aumento de valor de bienes

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

que posee el contribuyente) pueden ser gravados junto con el resto de la renta del contribuyente o con un tributo independiente. Efectuaremos la inversión por medio de una sociedad que hayamos creado en un paraíso fiscal. Al obtener el incremento, la sociedad lo transferirá a una cuenta ubicada en el mismo o en distinto paraíso fiscal.

Para evitar un impuesto sobre el patrimonio (allí donde exista), pueden crearse una o más sociedades en uno o varios paraísos fiscales y transmitir a las mismas los bienes necesarios del propio patrimonio, hasta resultar exento en el mismo.

Respecto a los impuestos equiparables a nuestro impuesto de sucesiones y donaciones, puede crearse una sociedad en un paraíso fiscal. Requiere dos actos en dicha jurisdicción. En primer lugar, han de transmitirse los bienes a dicha sociedad. En segundo lugar, el dueño de la sociedad (que indirectamente es el de los bienes) suscribe un documento, sin fechar, en el que se transmite la propiedad de la sociedad a los que desee sean sus herederos. Al producirse el deceso o la circunstancia que motiva la donación, los herederos fechan el documento e inscriben, si es preciso, la transmisión de la sociedad en el paraíso fiscal. Por un importe inferior al del impuesto en el país de origen, queda transmitida la propiedad, bien sobre la herencia o sobre el patrimonio donado [144].

Respecto a los impuestos del tipo transmisiones patrimoniales que gravan las compraventas de determinados bienes, debe crearse una sociedad en un paraíso fiscal. Se transmite el bien a esa sociedad en forma de aportación, con un gravamen del 1%. Para transmitir el bien lo que debe hacerse es transmitir la propiedad de la sociedad.

Por lo que se refiere al IVA, una sociedad radicada en un paraíso fiscal puede comprar y vender mercancías empleando Zonas Francas, es decir, fuera del territorio aduanero. No se pagaría el IVA que sólo afecta a las importaciones y ventas dentro del territorio aduanero.

Respecto a los precios de transferencia, una sociedad, ubicada en un paraíso fiscal, con baja o nula tributación, compra su producción a otra, situada en un territorio de alta tributación, por el precio de coste de los productos, por lo que el beneficio de ésta es nulo y no tributa. Posteriormente, la sociedad ubicada en el paraíso fiscal vende a la otra la producción que ha adquirido de ella, según el precio de mercado. Obtiene un beneficio que no tributa en el paraíso fiscal o lo hace de un modo muy reducido. Pensemos en la posibilidad de que ambas sociedades tengan el mismo propietario o una esté controlada por la otra. Como podemos deducir inmediatamente, estamos hablando del fraude que se produce en materia de precios de transferencia.

Una cuestión de interés respecto a las operativas de uso de paraísos fiscales consiste en la forma en que deben sacarse los beneficios de España. Para evitar que sean gravados con el tipo establecido, se emplean países que tengan suscrito con España un Acuerdo para evitar la doble imposición. Es decir, no van directamente desde España al paraíso fiscal de turno, ya que entonces serían gravados previamente a su salida al tipo ordinario. Suelen emplearse como países de tránsito Holanda o Dinamarca, que tienen suscritos Convenios con España para evitar la Doble Imposición y a su vez, pueden transferirse desde éstos a cualquier jurisdicción a un bajo coste.

144 Operativa descrita en ARRABAL, P., *op. cit.*, págs. 193-194.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

6. CONSIDERACIONES A LA LUZ DEL BLANQUEO DE CAPITALES

Por lo que se refiere a la concurrencia del delito de blanqueo de activos o capitales con la defraudación tributaria, es decir, si debe tributarse por los activos blanqueados, en nuestra opinión, apoyándonos en la mera lógica, en el artículo 31.1 de la Constitución, así como en varios pronunciamientos del TS, de la AN y del TJUE, los activos blanqueados no forman parte del patrimonio del blanqueador, ya que la relación jurídica del blanqueador con dichos bienes no está aprobada por el ordenamiento jurídico. Consideramos que el único destino de dichos bienes es el comiso.

Otra cosa es la apariencia de Derecho, en función de la cual dichos bienes aparecen como pertenecientes al blanqueador y en tal sentido, éste debe tributar por el incremento. Además, razones de equidad nos llevan a pensar que la condición del delincuente no puede ser mejor que la del no delincuente, que sí tributa por los bienes de que disfruta. Por tanto, el blanqueador debe tributar por los «incrementos» de su patrimonio, ya que actúa a modo de dueño. Sentada esta premisa, tenemos que tener en cuenta si bien existe esa obligación, ésta no es exigible, ya que, en virtud del autoencubrimiento impune, una persona que obtiene rendimientos de un delito, no está obligado a declararlo, ya que esto podría equivaler a una autoinculpación. Y no puede exigirse esto a nadie.

Queda únicamente, en el ámbito de la represión del blanqueo de activos, referirse a la investigación preprocesal. Este delito se muestra a menudo a través del empleo de sociedades con residencia en paraísos fiscales, para beneficiarse de la opacidad que caracteriza a estas jurisdicciones. El principal problema consiste en seguir los flujos de dinero, aunque también es dificultoso indagar sobre la verdadera propiedad de empresas pantalla, etc. En todas estas cuestiones aparecen los paraísos fiscales.

Respecto a éstos, cabe hacer algunas consideraciones. El artículo 31.1 de la Constitución Española de 1978 establece el principio de capacidad económica como la regla básica en lo referido a la distribución de la carga tributaria. El objetivo que pretende alcanzar este precepto se ve impedido, entre otras causas, por el uso por parte de los contribuyentes de las jurisdicciones consideradas paraísos fiscales.

La importancia de los paraísos fiscales, en la actualidad, viene dada por que las características que presentan los hacen atractivos para la planificación fiscal. El problema surge porque también son atractivos para la elusión fiscal y el blanqueo de activos. Y son atractivos por la legislación de dichas jurisdicciones (si bien no es la misma en todos ellos, sí es bastante similar, con carácter general), permite la concepción y ejecución de operaciones totalmente opacas, merced al secreto bancario y profesional y a la actitud activa de sus respectivos Gobiernos. Todo ello, junto a una baja o nula fiscalidad, la vigencia del principio de estanqueidad, la ausencia de control de cambios y unas buenas comunicaciones provocan que sean un elemento esencial en cualquier operación elusiva o de blanqueo de activos de cierta entidad.

Acudiendo a la raíz del problema, deberíamos preguntarnos qué es realmente un paraíso fiscal. La primera cuestión que se plantea, por tanto, en torno al concepto paraíso fiscal, es qué es, lo cual no es sencillo de dilucidar, ya que en nuestro ordenamiento no existe una definición explícita de paraíso fiscal. Por ello, en principio, se optó por el sistema de listas, es decir, formular un listado cerrado de países y territorios considerados, por el Poder Ejecutivo, como paraíso fiscal. Ahora bien, podemos extraer una definición, a contrario sensu, de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal. Es paraíso fiscal la jurisdicción que no tenga con España un Convenio que le permita intercambiar un nivel suficiente de información fiscal. Es la opacidad la característica que convierte a un territorio en paraíso fiscal. Como características secundarias, destacadas por la doctrina, se encuentran la baja o nula tributación y la estanqueidad (aplicación de distintos regímenes fiscales a residentes y no residentes).

El fraude y evasión fiscal y el blanqueo de activos están habitualmente conectados, ya que los fondos evadidos, en algún momento, habrán de ser blanqueados, para que su «propietario» pueda disfrutarlos. Quizá los Gobiernos de los paraísos fiscales desean ser ajenos al blanqueo de activos, pero las medidas que implementan para importar capitales eludidos en los países de origen son susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo. Más grave es que alguna de estas jurisdicciones venden su ciudadanía y, con carácter general, la inexistencia de tratados de extradición.

España puede ser considerada un país dotado de un sistema de alta tributación. Algunos contribuyentes emplean sistemas de planificación fiscal que incluyen en su diseño el uso de paraísos fiscales, para huir de esta alta tributación. Esto provoca una disminución de los ingresos tributarios, con menores posibilidades de gasto, o si se desea mantener el mismo nivel de ingresos, debe aumentarse, como así se ha hecho en la práctica, la presión fiscal sobre el factor trabajo, ya que las rentas del trabajo no pueden fácilmente escapar del control al fraude. Además, algunos Estados justifican determinadas medidas de reducción de impuestos para el capital en el temor a la fuga de capitales hacia los paraísos fiscales. Ello implica, forzosamente, mayor presión sobre el factor trabajo, o menor gasto público, es decir, en ambos supuestos, un perjuicio para los ciudadanos con menor poder económico.

Para evitar la competencia fiscal perjudicial, la OCDE ha llevado a cabo una importante tarea en el tratamiento de los paraísos fiscales. En sus sucesivos informes ha establecido los criterios para definir lo que es un paraíso fiscal (inexistencia de imposición o imposición meramente nominal, ausencia de efectivo intercambio de información, existencia de ausencia de transparencia en el ámbito legal o administrativo y ausencia de obligación de ejercer una actividad sustancial en el país) y lo que es un régimen fiscal perjudicial (nula o baja tributación, conjuntamente con una de las tres circunstancias siguientes: estanqueidad, limitación del intercambio de información o posibilidad de negociar individualmente una aplicación favorable de las disposiciones legales).

Posteriormente publicó una lista de paraísos fiscales no cooperativos, a los que debían aplicarse por todos los miembros de la OCDE medidas antiparaíso. La situación evolucionó, pasando la falta de transparencia y de efectivo intercambio de información a ser el elemento definitorio de un paraíso fiscal. Por ello y, asumiendo el compromiso de algunos de estos paraísos fiscales de mejorar la transparencia y el efectivo intercambio de información, se redujo sustancialmente la lista.

En la actualidad, la actuación en este terreno de la OCDE gira en torno al *global level playing field* o condiciones iguales para todos. Es decir, se aplicarán las medidas conjuntas de la OCDE, cuando todos los miembros de la OCDE cumplan los niveles exigidos a los paraísos fiscales (Suiza y Luxemburgo son miembros de la OCDE).

En el seno de la Unión Europea, la libertad de circulación y la moneda única han provocado que la fiscalidad sea un elemento cada vez más importante a la hora de adoptar decisiones empresa-

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

riales, atrayéndose inversiones hacia los miembros con baja fiscalidad. Para contrarrestar esta situación, los demás miembros tienden a reducir su fiscalidad, produciéndose una igualación, punto de partida para una nueva reducción. Una consecuencia de este panorama es un aumento de la presión sobre el factor trabajo, menos móvil que el factor capital. La Unión Europea reaccionó con una serie de medidas, que debían ser aprobadas conjuntamente, y el contenido de alguna adoptado por terceros países, para evitar la deslocalización de capitales.

En primer lugar, el Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas, una norma de *soft law*, un compromiso político, que debe orientar la acción de los Estados miembros, que se comprometen a eliminar las medidas perniciosas (aquellas que impliquen un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior al habitual en dicho Estado, junto con otros criterios enunciados en el Código) y a no establecer ninguna nueva. También establece un compromiso de información y cooperación entre los miembros en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal. Se trabajó sobre el concepto de medidas perniciosas y se identificaron 66. El ECOFIN consideró que las medidas que las sustituyeron eran adecuadas para eliminar estos efectos perniciosos.

En segundo lugar, la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses. Su objeto es conseguir que la tributación del ahorro en forma de pago de intereses de las personas físicas no residentes se realice en el Estado en el que dicha persona física tiene su residencia, impidiendo que algunos países miembros, e incluso algunos no miembros, mediante una imposición reducida a los no residentes y nula información, puedan relocalizar en sus territorios inversiones financieras de países con tributación más elevada o relacionadas con el blanqueo de capitales.

Este objetivo precisa de un intercambio de información entre los Estados miembros. La identidad como la residencia serán conocidas por el agente pagador por aplicación del principio *know your customer*, aplicando la normativa nacional y las disposiciones de transposición de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales al Derecho interno de cada Estado, lo que constituye una muestra más de la interacción entre prevención del blanqueo de activos y prevención del fraude fiscal.

Por último, se aprobó la Directiva 2003/49/CE, del Consejo, relativa un régimen común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros. Su objeto es la exoneración en origen sobre los pagos transfronterizos de intereses y cánones entre empresas asociadas.

El TJCE se ha pronunciado sobre las cláusulas antiabuso, siendo paradigmática la sentencia Cadbury Scheweppes, donde definió los límites que tienen los Estados miembros, a la hora de establecer cláusulas antiabuso en sus respectivas legislaciones internas. Para el Tribunal, las medidas antiabuso que establezca un Estado miembro que restrinjan una libertad establecida por los Tratados deben diseñarse de manera que «el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional».

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

En los últimos años, España se ha dotado de medidas antiabuso, para disuadir al contribuyente de la utilización de dichas jurisdicciones. Del mismo modo, estas medidas, que poseen una finalidad eminentemente fiscal, contribuyen decisivamente a la lucha contra el blanqueo de capitales. Están articuladas en torno a dos bloques de normas. Por un lado, el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, que contiene 48 jurisdicciones, y el Real Decreto 116/2003, que permite excluir a una jurisdicción de la lista cuando firme un Acuerdo de Intercambio de Información o Convenio para evitar la Doble Imposición, con cláusula de intercambio. Por otro, las normas que regulan cada tributo, en las que se contienen las consecuencias para el contribuyente de su relación con alguna de estas jurisdicciones.

En este sentido, consideramos que el uso de una lista negra de paraísos fiscales debe mantenerse, siempre y cuando se actualice su contenido, tanto por lo que se refiere a entradas como a salidas de la misma, conteniéndose en una sola lista los paraísos fiscales utilizados para el blanqueo de capitales y los utilizados para la evasión fiscal, ya que consideramos que es la opacidad la que posibilita tanto las operativas de blanqueo, cuanto las de evasión fiscal.

Otra opción plausible consistiría en confeccionar una lista blanca que comprendiese todos los países y jurisdicciones con los que exista un efectivo intercambio de información. Comprendería a todos los países de la Unión Europea y aquellos otros con los que España haya suscrito un Convenio internacional en dicho sentido. En el resto de las jurisdicciones, el contribuyente soportaría una presunción *iuris tantum* de intencionalidad defraudatoria, por lo que debería acreditar la realidad de su operación, si bien debería existir cierta flexibilidad en cuanto a los medios de prueba y un mayor esfuerzo por parte de la Administración tributaria en orden a comprobar de oficio dichas circunstancias.

La mejor forma de acabar con los paraísos fiscales sería la coordinación entre las Administraciones. La globalización de la economía, junto con la territorialidad de las potestades de los Estados, obliga a la coordinación de sus políticas tributarias, como único modo de lucha contra la existencia misma de un paraíso fiscal. Dicha coordinación, junto con un empleo sistemático por todos los Estados de medidas antiparaíso, sería un modo de lograr una sinergia de todas las fuerzas que a nivel global pretenden acabar con los paraísos fiscales. Dentro de esta coordinación proponemos, como medidas a adoptar, a nivel nacional y global, la prohibición para las entidades financieras de aceptar activos procedentes de paraísos fiscales y la prohibición para las entidades financieras que deseen operar en nuestro país de tener sucursales, sean o no *off-shore*, en ningún paraíso fiscal, así como un seguimiento sistemático de todos los flujos monetarios transnacionales, con identificación plena de ordenantes y beneficiarios.

Desde la perspectiva de los territorios constituidos en paraíso fiscal, su propio tamaño les hace dependientes de los Estados próximos. Deben buscar procedimientos que les permitan potenciar sus propias economías y, por supuesto, establecer mecanismos de control y supervisión que eviten el uso de su normativa para actividades de evasión y/o blanqueo. En muchos casos esto no podrá conseguirse sin la necesaria presión de la comunidad internacional.

Dentro de la Unión Europea el problema adquiere una dimensión diferente. Tras el asunto Cadbury Scheweppes, las normas antiabuso españolas o de los demás Estados miembros podrían vulnerar la libertad de establecimiento, respecto de los demás Estados miembros, aunque la normativa de éstos fuese constitutiva de un régimen perjudicial o incluso vulnerar los Tratados de la Unión Europea, al constituir una ayuda de Estado ilegal.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

Por lo que respecta a ambos problemas (el blanqueo y la evasión), sin embargo, deberían arbitrarse medidas que posibiliten las operaciones legítimas realizadas en relación con dichas jurisdicciones, sin entorpecimientos excesivos.

Se suma, en los últimos tiempos, al problema que plantean los paraísos fiscales, el peligro que suponen las transferencias informales de fondos, y, más concretamente, la *hawala*. El análisis de la *hawala*, de sus características y de las circunstancias que en ella concurren, nos muestran que se trata de una operativa de transferencia de fondos susceptible de ser utilizada con finalidad delictiva, tanto en el ámbito de la evasión fiscal, como del blanqueo de activos, como de la financiación del terrorismo.

Como método más radical de evitar estos peligros, podría parecer adecuado perseguir erradicación total. Esta solución presenta, al menos, tres problemas. En primer lugar, hasta ahora eso ha resultado imposible y nada nos lleva a hacer pensar que será posible a corto o medio plazo. En segundo lugar, no siempre se transfieren por medio de la *hawala* activos de origen ilícito. En la mayoría de los casos se trata de los ahorros que los inmigrantes desean transferir a sus familias en sus países de origen. El último es que esta «radical» postura traería como consecuencia que esta operativa se haría aún más clandestina, inclinándose en mayor medida hacia su vertiente más delictiva.

Consideramos que la solución no es monofactorial. Pasa por la adopción de una panoplia de medidas en el ámbito global, para lograr la asunción por los *hawaladars* de determinadas obligaciones en relación con la prevención del blanqueo de activos y la responsabilidad fiscal.

En primer lugar, debe promoverse un abaratamiento de los costes de las transferencias internacionales de fondos en los canales oficiales. No se trata de que los Estados establezcan unos tipos máximos a los costes de transferencia, limitando así los beneficios de las entidades financieras y las agencias de envío de fondos, lo que a largo plazo sería contraproducente, sino de implementar medidas que estimulen la competencia, con lo que, en principio, deberían reducirse las comisiones y abaratarse el precio del envío de fondos.

En los países tradicionalmente receptores de transferencias deben optimizarse los sistemas financieros, en varios sentidos. Por un lado, haciendo que se mejoren los servicios financieros rurales para que las familias de los emigrantes puedan percibir sus transferencias, extendiendo sus oficinas a las áreas en las que no existen. Para ello, es precisa una importante ayuda de los organismos internacionales de ayuda al desarrollo.

También es necesario presionar a los gobiernos de dichos países para que adopten y cumplan los estándares del GAFI-FATF, vinculando el cumplimiento de dichas normas a la recepción de ayudas al desarrollo y facilitando la asistencia técnica necesaria.

Por último, debe eliminarse la corrupción e ineficiencia de las instituciones financieras que operan en dichos países (algunas transferencias llegan a no recibirse por sus destinatarios), lo que requiere de medidas de mayor calado y que dependen más de la asunción por parte de las sociedades de estos países de una verdadera cultura de la eficiencia y la transparencia que de factores externos. En todo caso, puede ayudarse al desarrollo de dicha conciencia mediante la educación y la evolución de las sociedades, a lo que coadyuva eficazmente la ayuda internacional para la promoción de la cultura y la educación.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

Ya que otra circunstancia que influye en el uso de los canales informales es la diferenciación entre trabajadores emigrantes en situación regular e irregular, que provoca que estos últimos tengan dificultades a la hora de efectuar sus transferencias, debe actuarse sobre esta variable. La solución sería eliminar esta diferenciación. Como esto puede generar problemas adicionales en el mercado de trabajo y en los gastos financieros de los Estados, debe optarse por establecer un sistema que permita el uso de los sistemas oficiales sin consecuencias para dichas personas, dotándolas de un documento de identidad provisional, hasta que se resuelva su situación administrativa, que les permita actuar en los sistemas financieros sin consecuencias perjudiciales para ellos. No obstante, no es menos cierto que normalmente las rentas obtenidas por los inmigrantes en situación administrativa irregular son rentas ilícitas, al menos en el sentido de que no han sido gravadas en origen y escapan a la tributación.

Por otro lado, deben localizarse e identificarse a los *hawaladars*, lo que es difícil, pero no imposible, y lograr que cumplan, según sus diferentes niveles de actividad, las 40 + 9 Recomendaciones del GAFI-FATF, así como la legislación fiscal. Esto requiere dotar a los Cuerpos policiales de personal debidamente formado y medios suficientes para este cometido y actuar en coordinación con la inspección tributaria. A aquellos *hawaladars* que deseasen seguir operando al margen de la ley, deberían aplicárseles las leyes penales con el rigor adecuado al peligro que su actividad entraña.

Sería conveniente facilitar a los usuarios, a aquellos que deseen efectuar transferencias y al público en general, un listado de las agencias de transferencias internacionales, que incluyese a los distintos agentes de *hawala* registrados o autorizados. Para finalizar, debe informarse a los potenciales clientes de la *hawala* de los altos riesgos que supone el uso de esta operativa, en orden a la evasión fiscal, el blanqueo de activos y la financiación del terrorismo.

Los organismos relacionados con la prevención y represión del blanqueo de activos han crecido exponencialmente en las dos últimas décadas. No obstante, consideramos que los más importantes son el GAFI-FATF (Grupo de Acción Financiera Internacional –Financial Action Task Force–) y el SEPBLAC (Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales), en el orden internacional e interno, respectivamente.

El GAFI-FATF no es una organización internacional típica, sino un órgano ad hoc, creado por mandato de los Gobiernos que lo conforman, limitado temporalmente y con la finalidad de combatir el blanqueo de activos, a la que se ha unido más recientemente, la lucha contra el blanqueo de activos.

Su importancia viene dada por varios motivos. Es el principal organismo encargado exclusivamente de la prevención y represión del blanqueo de activos. Está respaldado por el G-8, en cuyo seno se creó. El empleo del listado de territorios y países no cooperantes, por los gravísimos problemas comerciales y de imagen que genera para los países que en él se ven incluidos, constituye un arma formidable. Las evaluaciones mutuas periódicas, que exponen a la luz pública las carencias de los sistemas de prevención y represión en los países sometidos a evaluación. El liderazgo que ejerce sobre los demás organismos regionales creados con posterioridad con idéntica finalidad. El permanente estudio y actualización de las más diversas modalidades de blanqueo de activos que lleva a cabo de modo permanente. Y, por último, su reconocimiento público en las Convenciones y Acuerdos internacionales, en las legislaciones internas, así como por la Resolución núm. 1617, de julio de 2005, del Consejo de Seguridad de las NN.UU.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

En el nivel global, observamos que existe un más que suficiente número de organizaciones ocupándose del problema del blanqueo. Como siempre en este ámbito, la dificultad para implantar los estándares de prevención y represión viene dada por el límite que impone la voluntad soberana de los Estados y la necesaria voluntariedad de éstos en asumir su responsabilidad en esta tarea. Voluntariedad que puede ser reforzada, qué duda cabe, por la presión internacional. En ese arduo camino se trabaja actualmente, aunque la política internacional de las grandes potencias se mueve en función, muchas veces, de sus respectivos intereses nacionales, lo que hace indispensable que se promueva, paralelamente, una sensibilización de la opinión pública mundial respecto de este problema, que obligue a los Estados donde la opinión pública juegue un papel, a mantenerse vigilantes en la lucha contra el blanqueo de activos. Es necesaria mayor publicidad de los informes, de las evaluaciones y del proceso de toma de decisiones en el seno de las organizaciones internacionales que jueguen algún papel en esta cuestión.

En el ámbito interno, el principal organismo dedicado a la prevención y represión del blanqueo de activos es el SEPBLAC, organismo administrativo adscrito al Banco de España. Es el encargado de la recepción, análisis y difusión de las comunicaciones de los sujetos obligados, así como de la cooperación internacional con sus homólogos. En la actualidad presenta graves carencias de medios, ya que con el personal de que dispone es incapaz de efectuar todas las inspecciones necesarias a los sujetos obligados que, tras las últimas modificaciones normativas, han aumentado espectacularmente. También consideramos que debería gozar de mayor autonomía y rango administrativo, así como debería contra en su seno con mayor número de funcionarios policiales, lo que posibilitaría que las comunicaciones que efectúe a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (que finalmente son los que van a investigar los hechos, bajo la dirección del correspondiente Fiscal, en un primer momento) reuniesen los elementos suficientes para su investigación en todos los casos y, además, fuesen debidamente filtradas.

Creemos que la dirección de este organismo debería recaer en un miembro de la Judicatura, de la máxima categoría, o bien, en su defecto, en un miembro de la Fiscalía, de rango equiparable, así como contar con personal destacado en el mismo, procedente de la Fiscalía, para el inicio de las correspondientes investigaciones en el orden penal.

Por último, debemos hacer referencia al intercambio de información tributaria. Este intercambio de información, unido a la presión sobre las jurisdicciones opacas y sobre aquellos individuos o empresas que operen con las mismas, es el único camino realmente eficaz para, si no acabar, sí al menos, reducir sensiblemente el blanqueo de activos.

Cuando procedimos a reflexionar sobre el problema del blanqueo de activos, nos asaltó la idea de que el Derecho Financiero y Tributario era la cuña que debía hundirse en las grietas del blanqueo. Es la falta de información de los órganos estatales la que permite al blanqueador culminar exitosamente sus operaciones. En el orden interno, esta falta de información se intenta combatir con la numerosa normativa financiero-administrativa que hemos citado. En el orden internacional, se combate con el intercambio de información entre los Estados. Ya hemos visto más arriba que ésta es la finalidad del Grupo Egmont y del proyecto (ya realidad), FiuNet. Pero, el intercambio de información entre Estados, abarca también, y de una forma principalísima, la información tributaria. Ya hemos tratado de la interrelación existente entre el fraude y la evasión fiscal y el blanqueo de activos. Empleando un símil, es la misma que existe entre las mafias que introducían en nuestro país, hace

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

un par de décadas, tabaco de contrabando, y hoy hacen lo mismo, pero en vez de tabaco, introducen hachís o cocaína, con los mismos procedimientos e infinitamente mayores ganancias.

Retomando nuestra argumentación, las mismas operativas empleadas para la evasión o el fraude fiscal pueden, perfectamente, ser empleadas para el blanqueo de activos. Además, en todo caso, las cantidades evadidas o defraudadas deben ser blanqueadas (y aquí prescindimos de polémicas, consideramos que estériles, sobre la naturaleza del delito subyacente). Así, pues, empleemos técnicas propias del Derecho Financiero y Tributario para atacar al blanqueo de activos. Y aquí se enmarca el «ataque» a los paraísos fiscales.

Vinculados por el espíritu de investigación científica que ha presidido la redacción del presente trabajo, no podemos dejar de formular una serie de propuestas, *de lege ferenda*, obligación de la que no podemos abdicar, so pena de que el esfuerzo realizado resulte estéril. Algunas de ellas son ya parte, actualmente, de las reivindicaciones de algún colectivo, pero no por ello podemos prescindir de ellas, convencidos como estamos de su necesidad. Por tanto, las enunciamos, como punto de partida para el debate y la reflexión:

1. Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, atribuyendo la competencia para la instrucción, conocimiento y fallo de los delitos de blanqueo de activos, a la Audiencia Nacional.

2. Reforma del Código Penal, para:

   a) Concretar la/s circunstancia/s que origina/n el especial deber de cuidado que puede dar lugar a la comisión del tipo imprudente de blanqueo de activos, con una cláusula de cierre para aquellas conductas que son de tal modo patentes para cualquier persona, que motivarían la comisión del tipo imprudente, aunque el posible sujeto activo no tenga atribuido este especial deber de cuidado.

   b) Modificar el artículo 301.2 del Código Penal, eliminando la expresión «o propiedad de los mismos», por redundante y, por tanto, innecesaria.

   c) Tipificar como delito de blanqueo de activos de la tenencia, uso o empleo de cualesquiera activos procedentes de la comisión de un delito, a sabiendas de su origen delictivo.

   d) Modificar el artículo 303, para mantener únicamente la mención a aquellas profesiones que pudiesen tener alguna relación con el blanqueo de activos. Por ello, debe suprimirse del citado artículo la mención a los facultativos, trabajadores sociales, docentes o educadores.

3. Reforma de la legislación administrativo-financiera de prevención, para:

   a) Derogar las exenciones de identificación respecto de determinados clientes por parte de los sujetos obligados.

   b) Fijar, en norma de rango legal, la responsabilidad civil del Estado por las actuaciones llevadas a cabo por los sujetos obligados, caso de que éstos hubiesen procedido de buena fe y se hubiesen ocasionado perjuicios económicos a un tercero.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

c) Incrementar el personal que presta sus servicios en el SEPBLAC, aumentando la dotación procedente de los organismos encargados de la posterior investigación (Fiscalía, Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil), así como aumento de la categoría administrativa de este organismo y reserva del cargo de Director para un miembro de la carrera judicial o fiscal de la máxima categoría.

d) Establecer la obligación para el SEPBLAC de contestar la comunicación del sujeto obligado, sobre no ejecución de una operación sospechosa, en un breve plazo máximo desde su recepción fehaciente.

e) Establecer la obligatoriedad de la retroalimentación por parte del SEPBLAC a los sujetos obligados, bien periódica o puntual, pero, en todo caso, efectiva.

4. Reforma de la normativa tributaria, para:

a) Creación de un impuesto ad hoc, que grave los movimientos de activos desde España a un territorio fiscalmente opaco, realizados directamente o empleando jurisdicciones intermedias. Tendrá finalidad informativa y disuasiva, admitiéndose prueba de la justificación económica de la operación, como causa de exención.

b) Prohibir que las entidades financieras domiciliadas en España abran o mantengan sucursales en aquellas jurisdicciones consideradas paraíso fiscal por la Ley española, salvo que entreguen a la Administración española la información que ésta estime suficiente, equiparable a la entregada por las sucursales ubicadas en suelo español.

c) Verificar que las medidas antiparaíso contenidas en la legislación española cumplen el único objetivo de oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el pago de impuestos, en el sentido de la Sentencia Cadbury Scheweppes. Caso de que no fuese así, debe procederse a derogar las citadas medidas.

d) Prohibición de que España pueda ser representada en ningún evento internacional (certamen, competición deportiva, etc.) por persona alguna que tenga su residencia fiscal fuera del territorio nacional, salvo causa justificada de carácter no tributario. En todo caso, prohibición absoluta para las personas residentes en un paraíso fiscal.

e) Ampliar la norma que obliga a tributar por el IRPF en España ante el traslado de la residencia a un paraíso fiscal a los sujetos de nacionalidad extranjera que hubiesen tenido su residencia en nuestro territorio, salvo que el traslado se dé a un territorio que forme parte de la Unión Europea.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 02-07-2009 / Fecha de revisión: 10-11-2009

REVISIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL DE LAS REESTRUCTURACIONES: PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN

Eduardo Gracia Espinar

Socio Director del Departamento de Derecho Tributario de Ashurst en Madrid

Lorena Viñas Rueda

Abogada del Departamento de Derecho Tributario de Ashurst en Madrid

Extracto:

El presente artículo tiene por objeto poner de manifiesto aquellos aspectos de nuestra normativa fiscal relativos a las operaciones de reestructuración que, a nuestro juicio, sería conveniente que fueran objeto de modificación, ya sea para su adecuación a la reciente normativa mercantil en materia de reestructuraciones, para su adaptación al Derecho de la Unión Europea, o bien por meras razones de técnica tributaria.

Las propuestas de modificación que comentamos se refieren no únicamente a los textos legales, sino también a los criterios interpretativos mantenidos por la Administración tributaria, ya sea la Dirección General de Tributos o los Tribunales Económico-Administrativos, en aplicación de las normas que regulan las operaciones de reestructuración.

Entendemos que estas modificaciones que proponemos son necesarias, al tiempo que convenientes, dado que la finalidad que se persigue con las mismas es facilitar que las empresas puedan llevar a cabo operaciones de reestructuración sin que la fiscalidad suponga un freno o un obstáculo para la consecución de las mismas, así como ganar en seguridad jurídica.

Palabras clave: reestructuraciones, Impuesto sobre Sociedades, Impuesto sobre Operaciones Societarias, Derecho de la Unión Europea y Fondo de Comercio.

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

REVIEW OF THE TAX REGIME FOR RESTRUCTURING TRANSACTIONS: PROPOSED AMENDMENTS

EDUARDO GRACIA ESPINAR

Partner Head of the Tax Department of Ashurst in Madrid

LORENA VIÑAS RUEDA

Lawyer of the Tax Department of Ashurst in Madrid

Abstract:

THE object of this article is to highlight various aspects of our tax regulations that are related to restructurings which, in our opinion, should be amended in order to conform to the recent commercial regulations concerning restructurings or to EU law, or simply for technical tax reasons.

The proposals for modification that we comment on do not only apply to the legal texts, but also to the criteria for interpretation maintained by the Tax Administration, being the Spanish Directorate of Taxes (*Dirección General de Tributos*) or the Economic Administrative Courts (*Tribunales Económico-Administrativos*), used in the application of the regulations which govern restructurings.

We believe that the amendments that we propose are necessary, as well as desirable, since the aim of such amendments is to help businesses restructure without the tax regime curbing or obstructing its achievement, as well as to achieve legal certainty.

Keywords: restructuring transactions, Corporate Income Tax, Capital Duty, EU Law and Goodwill.

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

Sumario

1. Introducción.

2. Propuestas de modificación que traen causa de la Ley 3/2009.

   2.1. Cesiones globales de activos y pasivos.

   2.2. Fusiones.

   2.3. Segregaciones.

   2.4. Operaciones de reestructuración en el ámbito del Impuesto sobre Operaciones Societarias.

3. Propuestas de modificación que traen causa del Derecho de la Unión Europea.

   3.1. Canjes de valores: requisitos subjetivos.

   3.2. Escisiones parciales y aportaciones de ramas de actividad: exigencia de que haya ramas de actividad en origen.

   3.3. Formalidades para el acogimiento al régimen de neutralidad fiscal.

4. Propuestas de modificación de carácter técnico.

   4.1. Amortización fiscal del fondo de comercio de fusión y de la revalorización de los activos adquiridos con la fusión.

5. Conclusiones.

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto analizar una serie de propuestas de modificación que, en nuestra opinión, deberían llevarse a cabo en la regulación fiscal de las operaciones de reestructuración y que hacen referencia tanto a modificaciones del propio texto legal como a modificaciones del criterio interpretativo mantenido por la Dirección General de Tributos (en adelante, «DGT») y por los Tribunales Económico-Administrativos.

Dichas propuestas de modificación tienen diferente razón de ser. En primer lugar, analizaremos una serie de propuestas que traen causa de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (en adelante, «Ley 3/2009»), para posteriormente analizar otro bloque de propuestas que encuentran su razón de ser en el Derecho de la Unión Europea (en adelante, «UE») y, concretamente, en la necesidad de que nuestro ordenamiento jurídico respete la primacía de aquél, alineándose con sus disposiciones y jurisprudencia. Por último, también analizaremos otra propuesta de modificación que consideramos necesaria por razones de mera técnica tributaria.

2. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN QUE TRAEN CAUSA DE LA LEY 3/2009

La Ley 3/2009, cuya entrada en vigor tuvo lugar el pasado 4 de julio de 2009, esto es, a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es una ley que ha venido a unificar y a ampliar el régimen jurídico de las denominadas «modificaciones estructurales», entendidas, tal y como indica la propia exposición de motivos, como «aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a su estructura patrimonial o personal».

Pese al carácter eminentemente mercantil de la citada ley, su contenido trasciende en determinados aspectos, como no podía ser de otro modo, al ámbito fiscal, poniéndose de manifiesto la necesidad de armonizar las normas mercantil y fiscal en la regulación de las operaciones de reestructuración, tal y como se analiza en el presente artículo. De hecho, uno de los principales objetivos perseguidos por la Ley 3/2009, que es el de simplificar y agilizar las operaciones de reestructuración, puede llegar a quedar sin efecto si en el ámbito tributario no tienen lugar unas interpretaciones más flexibles por parte de la Administración tributaria o, incluso, una serie de modificaciones en los propios textos legales.

Como punto de partida, es importante tener presente que, en el ámbito de la imposición directa, no todas las operaciones de reestructuración que se contemplan en la Ley 3/2009 son, actualmente, susceptibles de acogerse al régimen de neutralidad fiscal regulado en el Capítulo VIII del Título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, «TRLIS»), ya que el ámbito de aplicación de este régimen fiscal especial (en tanto no se modifique el TRLIS) se ciñe a las operaciones

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

definidas en el artículo 83 del TRLIS (fusiones, escisiones, canjes de valores y aportaciones de ramas de actividad por personas jurídicas), así como en el artículo 94 del mismo texto legal (aportaciones no dinerarias de activos y aportaciones de ramas de actividad efectuadas por personas físicas).

El Legislador español debe concienciarse de la necesidad de ampliar el ámbito de aplicación del citado régimen de neutralidad fiscal con la finalidad de englobar otras operaciones que al amparo de la legislación mercantil sí tienen la consideración de operaciones de reestructuración. Para ello baste recordar que aunque dichas operaciones no estén previstas en la Directiva 2009/133/CE [1] (en adelante, «Directiva de Fusiones»), la ley española puede ir más lejos, como ya ha hecho con las aportaciones no dinerarias especiales del artículo 94 del TRLIS, las escisiones parciales financieras del artículo 83.2.1.º c) del TRLIS o con las escisiones no proporcionales del artículo 83.2.2.º del TRLIS.

En cuanto al ámbito de la imposición indirecta, ha de tenerse asimismo presente que, pese a que todas las operaciones de modificación estructural reguladas en la Ley 3/2009 son operaciones de reestructuración, no todas ellas pueden acogerse a la no sujeción prevista en el ámbito del Impuesto sobre Operaciones Societarias para las operaciones de reestructuración, debiendo algunas de ellas, en consecuencia, tributar por el Impuesto sobre Operaciones Societarias, como es el caso, por ejemplo, de determinadas cesiones globales de activos y pasivos.

Las propuestas de modificación que vamos a analizar en los apartados siguientes hacen referencia a una serie de operaciones respecto de las que claramente se pone de manifiesto, bien la necesidad de modificar la legislación tributaria, o bien una necesidad de cambio en el criterio interpretativo mantenido por la Administración para que se lleguen a adoptar interpretaciones más flexibles y así lograr la mencionada armonización entre las normas mercantil y fiscal. Dichas operaciones son las siguientes:

a) Cesiones globales de activos y pasivos:

- Cesión global en favor del socio único.
- Cesión global en favor de varios socios.
- Cesión global en favor de terceros.

b) Fusiones:

- Fusiones de «sociedades hermanas» sin ampliación de capital en la sociedad absorbente.
- Fusiones simplificadas.
- Fusiones de sociedades apalancadas (o «fusiones post-LBO»).

[1] Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (DOUE de 25 de noviembre de 2009) (Se trata de una versión codificada de la Directiva 90/434/CEE, a la cual ha derogado, que está en vigor desde el 15 de diciembre de 2009, de manera que todas las referencias a la directiva derogada se entenderán hechas a la presente directiva).

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

c) Segregaciones.

d) Operaciones de reestructuración en el ámbito del Impuesto sobre Operaciones Societarias.

2.1. Cesiones globales de activos y pasivos.

Las cesiones globales de activos y pasivos constituyen un nuevo supuesto de modificación estructural regulado en la Ley 3/2009 [2] (no contemplado, sin embargo, como tal, por la legislación fiscal dentro del ámbito de aplicación del régimen de neutralidad fiscal), que consiste en la transmisión en bloque de todo el patrimonio de una sociedad (la sociedad cedente) a uno o varios socios o a terceros (los cesionarios), a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones o participaciones de la propia sociedad cesionaria (si bien podrá consistir en dinero o en especie, como por ejemplo, en acciones o participaciones de cualquier otra sociedad cuya titularidad ostente el cesionario). Dicha contraprestación podrá ser recibida por la sociedad cedente o bien por los socios de la misma, en cuyo caso, la sociedad cedente quedará extinguida.

A la vista de la citada definición es posible hacer una primera clasificación de las operaciones de cesión según que el cesionario sea socio de la sociedad cedente o sea un tercero. Dentro de estos dos grandes grupos de cesiones veremos cómo aquellas en las que el cesionario o cesionarios son socios de la sociedad cedente sí podrían encajar en alguna de las operaciones de reestructuración contempladas en la legislación fiscal dentro del Capítulo VIII del Título VII del TRLIS, relativo al régimen de neutralidad fiscal.

Analizaremos a continuación distintos supuestos de cesiones globales de activos y pasivos respecto de los cuales se suscitan diversas cuestiones de interés desde una perspectiva fiscal, indicando, en su caso, las modificaciones que proponemos:

2.1.1. Cesión global en favor del socio único.

Hasta ahora, la doctrina de la DGT ha venido equiparando las cesiones globales de activos y pasivos en favor de los socios de la sociedad cedente a las fusiones impropias, siempre que la cesión se realice en favor de un único cesionario que tenga la totalidad del capital de la sociedad cedente y que ésta se disuelva con ocasión de la cesión [3]. En estos casos, y en virtud de dicha equiparación, las cesiones globales sí pueden acogerse al régimen de neutralidad fiscal.

Dentro de este supuesto de cesión global en favor del socio único, hay que traer a colación una cuestión interpretativa relacionada con el tipo societario que pueda revestir la sociedad cedente, que

[2] Artículos 81 a 91 de la Ley 3/2009.

[3] La DGT ha manifestado este criterio interpretativo en las siguientes consultas vinculantes: Consulta V0630-08, de 31 de marzo de 2008 (NFC028900); Consulta V0855-05, de 16 de mayo de 2005 (NFC029683); Consulta V0049-03, de 16 de julio de 2003 (NFC018314) y Consulta V0001-02, de 10 de enero de 2002 (NFC016188).

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

versa sobre si es posible la aplicación del régimen de neutralidad fiscal cuando la cedente sea una sociedad de responsabilidad limitada, ya que desde el año 2005, según la DGT, sólo pueden acogerse a dicho régimen las cesiones globales en las que la cedente sea una sociedad anónima.

Respecto a las cesiones globales realizadas por sociedades anónimas, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (en adelante, «TRLSA») no regula, como tal, la figura de la cesión global de activos y pasivos, pero, como expresamente prevé en su artículo 266 [4], que no se abre el período de liquidación en cualquier supuesto de cesión global del activo y el pasivo, este mero inciso ya clarifica el cumplimiento de uno de los requisitos necesarios para que la cesión global pueda equipararse a una fusión (como es que la sociedad cedente sea objeto de disolución sin liquidación con ocasión de la cesión) y que, consecuentemente, como de hecho ha reconocido expresamente la DGT, pueda acogerse al régimen de neutralidad fiscal.

Sin embargo, según la doctrina de la DGT [5], las cesiones globales de activos y pasivos no pueden acogerse al régimen de neutralidad fiscal si la cedente es una sociedad de responsabilidad limitada, ya que, hasta ahora, en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, «LSRL»), la cesión global se regulaba en el artículo 117 (artículo derogado por la Ley 3/2009), dentro de la Sección Segunda «Liquidación» del Capítulo X «Disolución y liquidación». Por esta razón, la DGT ha venido entendiendo (desde el año 2005) que, como la normativa mercantil contempla que para las sociedades de responsabilidad limitada la cesión global acarrea la apertura formal del período de liquidación, las cesiones globales realizadas por este tipo de sociedades ya no pueden encajar en la definición de fusión impropia, que exige una disolución sin liquidación.

A partir de ahora, y como consecuencia de la derogación del citado artículo 117 de la LSRL, parece que debería poder aplicarse el régimen de neutralidad fiscal a las cesiones globales realizadas tanto por sociedades anónimas como por sociedades de responsabilidad limitada. No obstante, como con motivo de la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2009 se ha habilitado al Gobierno para que en el plazo de doce meses proceda a refundir en un único texto el TRLSA y la LSRL, entre otros, habrá que esperar a ver dónde quedarán reguladas las cesiones globales en el futuro texto refundido y si la DGT cambiará de criterio o no. De momento, y hasta que no haya un texto refundido, lo que está claro es que la DGT se ha quedado sin dicho argumento para denegar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a las cesiones llevadas a cabo por sociedades de responsabilidad limitada.

Esta reforma legislativa pondría así fin a una polémica nacida con el posicionamiento de la DGT mediante Consulta del año 2005 [Consulta V1876-05, de 23 de septiembre de 2005 (NFC021233)], la cual nunca debería haberse producido respecto de aquellas cesiones globales en las que la apertura del período de liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada fuera meramente formal (es decir, cuando el bloque de activos y pasivos se distribuyera de manera efectiva al socio único, lo que ocurre en un porcentaje muy alto de supuestos).

[4] Artículo 266 del TRLSA: «Una vez disuelta la sociedad se abrirá el período de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o escisión total o cualquier otro de cesión global del activo y el pasivo».

[5] Véanse las siguientes Consultas vinculantes: Consulta V0056-08, de 14 de enero de 2008 (NFC028375); Consulta V2213-06, de 3 de noviembre de 2006 (NFC024112) y Consulta V1876-05, de 23 de septiembre de 2005 (NFC021233).

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

2.1.2. Cesión global en favor de varios socios.

Otro supuesto de cesión global de activos y pasivos es aquél en el que la cesión se realiza en favor de varios socios de la sociedad cedente (supuesto denominado por la Ley 3/2009 como «cesión global plural»). La DGT se ha pronunciado al respecto diciendo que como dicha operación no puede asimilarse a una fusión no puede, consecuentemente, acogerse al régimen de neutralidad fiscal [6].

Sin embargo, creemos que estas operaciones sí pueden acogerse al régimen de neutralidad fiscal en aquellos supuestos en los que puedan equipararse a las escisiones totales impropias.

Pues bien, para que dichas cesiones puedan encajar dentro del concepto de escisión impropia, y en particular dentro del concepto de escisión total impropia, será necesario, además de que cada parte del patrimonio que reciba cada uno de los socios constituya una unidad económica (requisito exigido por la propia Ley 3/2009, en su artículo 82 [7], respecto a todas las cesiones globales plurales), que la cedente se disuelva con ocasión de la cesión (lo que tendrá lugar siempre y cuando la cedente no reciba contraprestación alguna con ocasión de la cesión).

Sería deseable que la DGT flexibilizara su criterio para que, del mismo modo que ha equiparado las cesiones globales en favor del socio único a las fusiones impropias, equipare las cesiones globales en favor de varios socios a las escisiones impropias cuando cumplan los requisitos señalados, permitiendo, de este modo, que dichas operaciones también puedan beneficiarse del régimen de neutralidad fiscal.

En consecuencia, cualquier otra cesión global de activos y pasivos realizada en favor de varios socios que no encaje dentro de una operación de escisión total impropia (por ejemplo, porque no tenga lugar la disolución de la sociedad cedente con ocasión de la cesión) no podrá acogerse al régimen de neutralidad fiscal. Convendría a este respecto que una futura reforma del régimen tributario de reestructuraciones societarias amparase también este supuesto entre los que merecen beneficiarse del diferimiento fiscal, siempre que la contraprestación a la cedente o a sus socios no sea dineraria.

2.1.3. Cesión global en favor de terceros.

Otro supuesto de cesión global de activos y pasivos que vamos a analizar es la cesión global en favor de terceros. Tal es el caso, por ejemplo, de las cesiones en favor de una «sociedad hermana» (entendiendo por «sociedades hermanas» aquellas que están participadas íntegramente, de forma directa o indirecta, por un mismo socio) o de cualquier otra sociedad del mismo grupo que no tenga la consideración de socio de la sociedad cedente.

Parece que bajo ningún supuesto las cesiones globales en favor de terceros pueden acogerse al régimen especial de neutralidad fiscal porque, además de no estar expresamente recogida la cesión

6 La DGT se ha pronunciado en este sentido en la Consulta 0094-01, de 19 de enero de 2001 (NFC012799).

7 Artículo 82 de la Ley 3/2009: «Cuando la cesión global se realice a dos o más cesionarios, cada parte del patrimonio que se ceda habrá de constituir una unidad económica».

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

global, como tal, dentro del ámbito de aplicación de dicho régimen fiscal especial, las cesiones globales en favor de terceros no pueden asimilarse a otras operaciones de reestructuración que sí estén incluidas dentro de dicho ámbito [8].

Nos encontramos, pues, ante unas operaciones que desde la perspectiva mercantil tienen la consideración de operaciones de reestructuración, pero que, sin embargo, desde la perspectiva fiscal no la tienen y que, además, no son asimilables a ninguna otra operación calificada por la legislación tributaria como operación de reestructuración, lo que implica que las operaciones de cesión global en favor de terceros no puedan acogerse a los beneficios fiscales derivados de la aplicación del régimen de neutralidad pese a tratarse de auténticas operaciones de reestructuración.

Por lo anterior, creemos que sería deseable que tuviera lugar una armonización de la norma fiscal y mercantil en este punto concreto y, en particular, que se modificara la legislación del Impuesto sobre Sociedades, con el fin de extender la cobertura del régimen de neutralidad fiscal a aquellos supuestos de cesión global en favor de terceros en los que se transmitiesen ramas de actividad o, simplemente, activos.

2.2. Fusiones.

Recordemos primeramente que únicamente las operaciones de fusión reguladas en la Ley 3/2009 que encajen dentro de las definiciones fiscales de fusión del artículo 83 del TRLIS podrán beneficiarse del régimen de neutralidad, siempre y cuando la operación se lleve a cabo por motivos económicos válidos y se cumpla con las formalidades que exige la legislación tributaria.

Tras una primera lectura del concepto de fusión recogido en el artículo 22 de la citada Ley 3/2009 [9] cabe pensar que todas las operaciones que mercantilmente tienen la consideración de operaciones de fusión encajan en la definición fiscal de fusión. Sin embargo, como veremos a continuación, esto no ocurre en el supuesto de las denominadas fusiones de «sociedades hermanas» (i.e. sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta por el mismo socio), siempre y cuando no haya ampliación de capital en la sociedad absorbente.

En este apartado relativo a las fusiones también comentaremos una serie de cuestiones fiscales que plantea la nueva regulación mercantil y que afectan a las fusiones que denominaremos «fusiones simplificadas» (respecto de las que se pone de manifiesto la necesidad de armonización entre la legislación fiscal y la mercantil), así como a las fusiones de sociedades apalancadas (o «fusiones post-LBO»).

[8] Entendemos que la cesión global de activos y pasivos en favor de una «sociedad hermana» no puede equipararse a una fusión de «sociedades hermanas» sin ampliación de capital en la sociedad absorbente (operación de reestructuración que analizaremos en un apartado posterior), porque para que en la cesión tenga lugar la disolución de la cedente, la cesionaria necesariamente ha de entregar una contraprestación al socio común (que no podrá consistir en acciones o participaciones de la propia sociedad cesionaria). Sin embargo, en la fusión de «sociedades hermanas» sin ampliación de capital en la absorbente, el socio común no recibe contraprestación alguna de esta última con ocasión de la fusión.

[9] El artículo 22 de la Ley 3/2009 recoge el concepto de fusión en los siguientes términos: «En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan».

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

2.2.1. Fusiones de «sociedades hermanas» sin ampliación de capital en la sociedad absorbente.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 83 del TRLIS la realización de una operación de fusión exige la existencia de una contraprestación en favor de los socios de las sociedades absorbidas consistente en títulos representativos del capital de la sociedad absorbente, con una única excepción que se produce cuando la sociedad absorbente posee la totalidad de los títulos representativos del capital social de la absorbida.

La Ley 3/2009, por su parte, recoge en su artículo 22 una definición de fusión en virtud de la cual también se exige la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante. Sin embargo, posteriormente en el artículo 49 del citado texto legal se establece que cuando tenga lugar la absorción de una sociedad íntegramente participada, ya sea de forma directa o indirecta, la operación de fusión podrá realizarse sin necesidad de aumento de capital de la sociedad absorbente y que (y esto es lo que queremos resaltar) ello mismo será de aplicación a las operaciones de fusión asimiladas a la absorción de sociedades íntegramente participadas como son, entre otras, las operaciones de fusión de «sociedades hermanas» (i.e. fusión de sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta por el mismo socio [10]).

Es decir, las operaciones de fusión de «sociedades hermanas» sin ampliación de capital en la sociedad absorbente son operaciones que mercantilmente encajan perfectamente dentro del concepto de fusión, pero que, sin embargo, no encajan en sentido estricto dentro del concepto fiscal de fusión. De hecho, así lo ha manifestado recientemente la DGT en la Consulta vinculante V1357-09, de 9 de junio de 2009 (NFC033663), diciendo que la operación por la que una sociedad absorbe a dos sociedades entre las que no existe ningún porcentaje de participación requiere la existencia de una ampliación de capital en la sociedad absorbente para poder acogerse al régimen de neutralidad fiscal, aun cuando las tres sociedades estén participadas por los mismos socios.

Sería deseable que la DGT abandonara dicho argumento formalista y siguiera manteniendo una interpretación más flexible y más amplia del concepto fiscal de fusión, como la que había manifestado anteriormente en la Consulta vinculante V1221-08, de 12 de junio de 2008 (NFC030854), en la que consideró que una operación de fusión de dos sociedades que están íntegramente participadas por una tercera sí puede acogerse al régimen de neutralidad fiscal, aunque no se produzca una atribución de valores al socio de la sociedad absorbida ni un aumento de capital en la sociedad absorbente. Y ello porque pese a que el artículo 83.1 a) del TRLIS exige la atribución de valores de la sociedad absorbente en favor de los socios de la sociedad absorbida, en un supuesto en el que la sociedad absorbida y la absorbente están íntegramente participadas de forma directa por un mismo socio, no parece absolutamente necesario que se tenga que producir tal atribución de valores, dado que al existir un único socio de ambas entidades la situación patrimonial de éste no varía sustancialmente, ya que sigue participando en el mismo patrimonio antes y después de la fusión.

Si la Administración no considerara posible seguir manteniendo la interpretación que mantuvo hasta junio de 2009 a este respecto, entonces propugnamos que una futura reforma legislativa del

[10] Nótese, como novedad, que la Ley 3/2009 introduce un concepto más amplio de fusión de «sociedades hermanas» que el que se contemplaba en el derogado artículo 250.2 del TRLSA al permitir que el socio común de las «sociedades hermanas» pueda ser tanto una sociedad como una persona física y no necesariamente una sociedad.

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

régimen tributario especifique que este supuesto de fusión entre «hermanas» también tiene derecho al régimen de diferimiento en los mismos términos y condiciones que las fusiones impropias, ya que si la ley mercantil simplifica y agiliza las operaciones de reestructuración (como de hecho se pone de manifiesto en este tipo de fusiones) lo lógico es que la ley fiscal vaya en la misma línea.

De esta manera, se lograría que operaciones que mercantilmente tienen la consideración de operaciones de fusión (como es el caso de las operaciones de fusión de «sociedades hermanas» sin ampliación de capital en la sociedad absorbente) puedan también tener la consideración de operaciones de fusión desde una perspectiva tributaria.

2.2.2. Fusiones simplificadas.

La Ley 3/2009 contempla algunos supuestos de fusiones (que denominaremos «fusiones simplificadas») a los que se les exime de determinados requisitos formales.

Estas «fusiones simplificadas» tienen lugar en los siguientes casos:

a) Acuerdo unánime de fusión.

b) Fusión por absorción de sociedad íntegramente participada de forma directa o indirecta [11].

c) Fusión por absorción de sociedad participada directamente al 90 por 100 o más.

La ausencia de determinados requisitos formales puede tener repercusiones de carácter fiscal, dado que, como en nuestra legislación el régimen de neutralidad fiscal no es un régimen de aplicación automática, se requiere que se opte expresamente por el mismo (siendo la opción expresa un requisito constitutivo para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal) y que para ello se observen una serie de formalidades [12].

En este sentido, es importante destacar que en determinadas «fusiones simplificadas» no se podrán cumplir las obligaciones formales que establece la norma fiscal para optar por dicho régimen y para comunicar la opción a la Administración tributaria. Esto ocurre, en particular, en las siguientes fusiones:

[11] Dentro del concepto de «fusión por absorción de sociedades íntegramente participadas» se incluyen las siguientes fusiones asimiladas a ésta:

(i) la fusión de «sociedades hermanas» (i.e., la fusión de sociedades íntegramente participadas, de forma directa o indirecta, por el mismo socio, sea cual sea su forma); y

(ii) la fusión «inversa», en la que la sociedad absorbida es titular, de forma directa o indirecta, de la totalidad de las acciones de la sociedad absorbente.

[12] Respecto a las operaciones de fusión, el artículo 96.1 del TRLIS establece que la opción por la aplicación del régimen de neutralidad fiscal se incluirá en el Proyecto de Fusión y en los acuerdos sociales de fusión de las entidades transmitentes y adquirentes que tengan su residencia fiscal en España (según lo dispuesto en el art. 43.1 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, si ni la entidad transmitente ni la adquirente tuviesen su residencia fiscal en España y no fuese de aplicación el régimen establecido en el art. 84 del TRLIS, por no disponer la transmitente de un establecimiento permanente en este país, la opción corresponderá al socio residente afectado y el ejercicio de la opción se efectuará por éste cuando así lo consigne en la casilla correspondiente del modelo de declaración del Impuesto sobre Sociedades o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas).

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

a) En aquellas fusiones en las que no sea necesaria la aprobación de la fusión por la Junta General de la sociedad absorbente, como ocurre cuando la sociedad absorbente es titular directa del 90 por 100 o más del capital social de la sociedad o de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que vayan a ser objeto de absorción, siempre que se den determinadas circunstancias.

b) En aquellas otras fusiones en las que no sea necesaria la aprobación de la fusión por las Juntas Generales de la sociedad o sociedades absorbidas, como ocurre en las fusiones por absorción de sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta y en las fusiones asimiladas a éstas (i.e. fusiones de «sociedades hermanas» y fusiones «inversas»).

c) Y también en aquellas fusiones en las que no haya necesidad de proyecto de fusión, como es el caso de algunos supuestos en los que se acuerda de manera unánime la fusión.

Creemos que es necesaria una modificación de la norma fiscal para armonizarla, en este sentido, a la nueva ley mercantil, ya que si bien el incumplimiento de las obligaciones de comunicación no impide la aplicación del régimen de neutralidad fiscal (sin perjuicio de que pueda ser constitutivo de una infracción tributaria simple), la adopción del acuerdo de opción por dicho régimen sin el cumplimiento de las formalidades previstas en la ley sí conlleva la no aplicación del mismo.

Es previsible que, mientras no se lleve a cabo la mencionada armonización, nos encontremos en la práctica con que en las «fusiones simplificadas» se seguirán observando algunos de los requisitos formales de los que están eximidas en virtud de la Ley 3/2009, para así no perder los beneficios fiscales que se derivan del acogimiento al régimen de neutralidad fiscal, con lo que las facilidades que brinda ahora la ley mercantil quedarían en un alto porcentaje de casos, en «papel mojado».

Por ello, sería deseable que tuviera lugar una modificación de la legislación fiscal para expresamente eximir a las «fusiones simplificadas» del cumplimiento de determinadas formalidades y así lograr que la simplificación mercantil resulte operativa, o bien para simplificar, con carácter general para todas las fusiones, las formalidades que la actual regulación exige para que resulte de aplicación el régimen de neutralidad fiscal.

2.2.3. Fusiones de sociedades apalancadas (o «fusiones post-LBO»).

Viene siendo práctica habitual en los países de nuestro entorno económico que para la adquisición, con alto grado de endeudamiento, de una empresa o grupo empresarial por parte de fondos de inversión de capital privado o de capital riesgo, se constituya un vehículo ad hoc que será el que proceda a la adquisición de las acciones de la sociedad cuyo negocio se pretende adquirir y el que reciba la financiación necesaria para llevar a cabo dicha operación (estas operaciones de compra apalancadas son las denominadas, en terminología anglosajona, «leveraged buy-outs» o «LBO»). Tras la citada adquisición, es bastante probable que se proceda a la fusión de las dos sociedades (estas operaciones de fusión son las denominadas «fusiones post-LBO»).

Este tipo de adquisiciones son operaciones estándar que llevan realizándose desde hace décadas en otros países de nuestro entorno económico (concretamente, se iniciaron en Estados Unidos en la década

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

de 1960 y, tras consagrarse, empezaron a utilizarse intensivamente en todo el mundo a partir de 1970 [13]) y que no encuentran otra justificación que la meramente económica, ya que su razón de ser viene motivada por las pretensiones de las entidades financieras que, como garantía de la financiación que han concedido, persiguen que la deuda radique en el mismo balance que los activos con cuyos flujos se hace frente al pago de las deudas derivadas de la financiación, evitando así quedar subordinadas frente a otros acreedores de la compañía adquirida (conviene subrayar que, de hecho, dichas entidades comparten con el empresario adquirente el riesgo empresarial del negocio adquirido sin que, no obstante, participen de los beneficios o ganancias que éste puede reportarle a aquél tras la compra). Baste para ello recordar que en muchas jurisdicciones extranjeras el afloramiento de fondos de comercio como consecuencia de estas fusiones no da lugar al reconocimiento de un crédito fiscal para eliminar la doble imposición y que aun así se siguen haciendo, de donde se deduce que este tipo de estructuras de adquisición no se realizan por motivos fiscales (véase también a este respecto el apartado 4.1 de este artículo).

En el ámbito mercantil, la experiencia adquirida en los últimos años ha llevado a la Ley 3/2009 a establecer un procedimiento agravado para las fusiones en las que una de las participantes en la fusión (no necesariamente la absorbente) haya contraído en los tres años anteriores una deuda para adquirir el control de otra de las participantes en la fusión o para adquirir ciertos activos de la misma. En definitiva, la Ley 3/2009 establece un procedimiento específico para las fusiones post-LBO, lo que constituye el primer reconocimiento explícito del Legislador acerca de su legitimidad.

En el ámbito fiscal, si bien la DGT [14] tradicionalmente ha venido considerando que en las fusiones llevadas a cabo con posterioridad a la constitución de vehículos societarios ad hoc para la asunción de una deuda destinada a la adquisición de un grupo empresarial en procesos de LBO, sí existen motivos económicos válidos y que dichas fusiones no tienen como finalidad la mera obtención de ventajas fiscales, sería deseable que los tribunales [15] y el TEAC [16] dejaran de contemplarlas con tanta suspicacia, contextualizando cada caso concreto. Si bien es cierto que hasta ahora no se ha cuestionado la existencia de motivos económicos válidos en operaciones puras de LBO, ciertas afirmaciones categóricas efectuadas por los tribunales han causado desasosiego pues, de entenderse aplicables al sector de los LBO, supondría instaurar una barrera tributaria (la derivada de la tributación de las plusvalías latentes en el momento de la fusión) que imposibilitaría la realización de adquisiciones apalancadas en España, lo que constituiría un obstáculo a la libre circulación de capitales que en nada beneficiaría a la economía española. No parece que dichas afirmaciones puedan mantenerse, sobre todo ahora que la ley mercantil les ha dado carta de naturaleza reconociendo que se trata de un tipo de fusión que es muy probable que llegue a producirse tras la compra apalancada de una sociedad, dadas las condiciones financieras de la adquisición y las exigencias o incentivos de los financiadores, que, insistimos, al fin y al cabo, son los que corren con una parte significativa del riesgo empresarial como consecuencia del apalancamiento concedido.

13 López Tello, J. «El régimen fiscal de las operaciones de "forward merger LBO" y la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles» (*Actualidad Jurídica Uría Menéndez* / 23-2009, págs. 112-115).

14 La DGT ha considerado que existen motivos económicos válidos en las «fusiones post-LBO» en, entre otras, las siguientes Consultas vinculantes: Consulta V1623-09, de 9 de julio de 2009 (NFC034622); Consulta V1624-09, de 9 de julio de 2009 (NFC034629); Consulta V1571-09, de 30 de junio de 2009 (NFC033765); Consulta V1602-07, de 19 de julio de 2007 (NFC027123); Consulta V1945-07, de 19 de septiembre de 2007 (NFC027369); y Consulta V0927-06, de 11 de mayo de 2006 (NFC022623).

15 Véase la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2007 (NFJ025984).

16 Véase la Resolución del TEAC de 2 de marzo de 2007 (NFJ029265).

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

2.3. Segregaciones.

Por último, la Ley 3/2009 incorpora como tipo de escisión la denominada «segregación» [17], que bajo una perspectiva meramente fiscal parece encajar dentro del concepto de aportación no dineraria de rama de actividad por parte de persona jurídica regulado en el artículo 83.3 del TRLIS [18].

Lo importante de que la Ley 3/2009 encaje estas operaciones dentro del concepto de escisión es que expresamente se reconoce que existe sucesión universal (al menos respecto de cada unidad económica escindida/aportada). Hasta ahora el argumento de la DGT y del TEAC [19] para no permitir la transmisión de las bases imponibles negativas pendientes de compensación ni la de los créditos fiscales en aportaciones de rama de actividad y en escisiones parciales era que no había sucesión universal (aunque se hablara de transmisión «en bloque») y que no se extinguía la entidad transmitente/escindida.

Creemos que con la nueva regulación mercantil, la DGT y el TEAC deberían cambiar el criterio hasta ahora mantenido y permitir que la aportación de una rama de actividad, así como la escisión parcial, sí conlleven la transmisión de las bases imponibles negativas pendientes de compensación y de los créditos fiscales que la rama de actividad aportada/escindida hubiese generado.

2.4. Operaciones de reestructuración en el ámbito del Impuesto sobre Operaciones Societarias.

En el ámbito de la imposición indirecta, y concretamente en relación con el gravamen por Operaciones Societarias, nos encontramos con que la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el IVA, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria, ha modificado el artículo 19

17 Artículo 71 de la Ley 3/2009: «Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias».

18 De hecho así lo ha reconocido expresamente la DGT en la contestación a la Consulta V1704-09, de 16 de julio de 2009 (NFC034685).

19 El TEAC se ha pronunciado recientemente sobre esta cuestión en una Resolución de 18 de diciembre de 2008 (NFJ031513), de unificación de criterio, en relación con un supuesto de aportación de rama de actividad por persona física a persona jurídica en el que se pretendían compensar los rendimientos negativos de la actividad empresarial pendientes de compensación por la persona física aportante con la base imponible de la persona jurídica adquirente.
El TEAC, partiendo de que la aportación de rama de actividad supone una sucesión a título no universal, entiende que no es posible la pretendida compensación y lo justifica diciendo textualmente lo siguiente:

«Cierto es que el artículo 104.3 de la LIS (refiriéndose a la Ley 43/1995) dispone expresamente que "Las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente podrán ser compensadas por la entidad adquirente" pero a juicio de este Tribunal dicha subrogación del derecho a la compensación de bases imponibles negativas sólo 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 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) sólo pueden ser ejercidas por el transmitente, cuya personalidad, como se ha dicho, subsiste tras la operación».

En el mismo sentido se ha pronunciado el TEAC en una Resolución de 11 de octubre de 2006 (NFJ024675), dictada también en unificación de criterio, negando la posibilidad de que en un supuesto de escisión parcial, la sociedad beneficiaria compense importe alguno de la base imponible de la sociedad transmitente por cuanto que, tras dicha escisión, la sociedad escindida mantiene su personalidad.

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre de 1993 (en adelante, «TRLITP y AJD»), estableciendo, con efectos a partir del 1 de enero de 2009, la no sujeción de las operaciones de reestructuración al Impuesto sobre Operaciones Societarias.

Hasta la citada fecha (si bien de manera incompatible con el ordenamiento de la UE, como se señala en los párrafos siguientes) las operaciones de reestructuración estaban sujetas a dicho impuesto, pero gozaban de exención siempre y cuando la operación se hubiese acogido al régimen especial de neutralidad fiscal. Ahora, con la nueva regulación, la ausencia de gravamen por Operaciones Societarias se produce siempre que la operación de reestructuración entre dentro de alguna de las definiciones contenidas en los artículos 83 y 94 del TRLIS, aun cuando a dicha operación no le sea de aplicación el régimen de neutralidad fiscal, bien sea porque no se ha optado formalmente por el mismo o porque no existan motivos económicos válidos que justifiquen el acogimiento al citado régimen especial.

La razón por la que el Legislador español ha establecido la no sujeción de las operaciones de reestructuración al Impuesto sobre Operaciones Societarias se encuentra en la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento jurídico al de la UE, ya que en este aspecto concreto, tal y como ha dictaminado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [20] (en adelante, «TJUE»), la legislación española infringía el Derecho de la UE.

Pues bien, el Legislador español, al declarar la no sujeción de las operaciones de reestructuración al Impuesto sobre Operaciones Societarias con la finalidad de adaptar nuestra regulación interna a la Directiva 2008/7/CE (en adelante, «Directiva de Concentración de Capitales»), ha adoptado una postura más restrictiva que la de la propia Directiva de Concentración de Capitales, ya que al determinar el ámbito de las operaciones de reestructuración a las que es de aplicación dicha no sujeción lo ha limitado, única y exclusivamente, a las operaciones de reestructuración definidas dentro del ámbito de aplicación del régimen de neutralidad fiscal del Impuesto sobre Sociedades (i.e. a las operaciones definidas en los arts. 83 y 94 del TRLIS). En consecuencia, no todas las operaciones de modificación estructural reguladas en la Ley 3/2009 podrán acogerse a la citada no sujeción, pese a tener la consideración de operaciones de reestructuración, por lo que algunas de ellas deberán tributar por el Impuesto sobre Operaciones Societarias.

Por su parte, la Directiva de Concentración de Capitales al definir, en su artículo 4 [21], las diferentes operaciones de reestructuración respecto a las cuales los Estados miembros no podrán establecer

[20] A raíz de un procedimiento de infracción incoado por la Comisión Europea, el TJUE dictó Sentencia el pasado 9 de julio de 2009 (NFJ034227) en el asunto C-397/07 (Comisión Europea contra el Reino de España) declarando que España ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo a la Directiva 69/335/CEE (antigua Directiva de Concentración de Capitales derogada por la Directiva 2008/7/CE) respecto a las operaciones de reestructuración anteriores a 1 de enero de 2009 (i.e. respecto a las operaciones anteriores a la modificación operada en el citado art. 19 del TRLITP y AJD) y ello porque la exención al Impuesto sobre Operaciones Societarias no debía quedar supeditada al acogimiento al régimen especial de neutralidad fiscal.

[21] Artículo 4 de la Directiva de Concentración de Capitales: operaciones de reestructuración

1. «A efectos de la presente Directiva, no tendrán la consideración de aportaciones de capital las siguientes "operaciones de reestructuración":
   a) la transmisión, por una o varias sociedades de capital, de la totalidad de su patrimonio, o de una o más ramas de su actividad, a una o más sociedades de capital en vías de constitución o ya existentes, siempre que la contrapartida de dicha transmisión consista, al menos parcialmente, en valores representativos del capital de la sociedad adquirente;

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

ninguna forma de imposición indirecta, define las fusiones, escisiones, aportaciones de ramas de actividad y canjes de valores de una manera más amplia a como lo hace la legislación española e, incluso, la propia Directiva de Fusiones, dado que tan sólo exige que la contrapartida de la operación consista, al menos parcialmente, en valores representativos del capital de la sociedad adquirente, sin limitar el importe de la posible compensación en dinero que asimismo se entregue como contraprestación (sin embargo, la Directiva de Fusiones y la legislación española establecen como límite máximo de la compensación en dinero un importe igual al 10 por 100 del valor nominal de los valores entregados).

Dicho lo anterior, opinamos que el ámbito de aplicación de la no sujeción de las operaciones de reestructuración al Impuesto sobre Operaciones Societarias debería ampliarse para que pudieran quedar incluidas en el mismo una serie de operaciones que realmente son operaciones de reestructuración pese a no encajar en las definiciones de los artículos 83 y 94 del TRLIS, como pueda ser el caso, por ejemplo, de las operaciones de fusión, escisión, aportaciones de ramas de actividad o canjes de valores en aquellos supuestos en los que la compensación en dinero exceda del 10 por 100 del valor nominal de los valores entregados; así como otras operaciones que conforme a la legislación mercantil sí tienen la consideración de operaciones de reestructuración pero que, por no encajar en las definiciones de la legislación del Impuesto sobre Sociedades, no pueden acogerse a la citada no sujeción.

Un supuesto particular de operaciones de reestructuración reguladas en la Ley 3/2009 que no están contenidas expresamente en las definiciones de los artículos 83 y 94 del TRLIS, es el de las cesiones globales de activos y pasivos. Estas operaciones deberán tributar por el Impuesto sobre Operaciones Societarias en aquellos supuestos en que tenga lugar la disolución de la sociedad cedente, lo que necesariamente siempre ocurrirá en las cesiones globales de activos y pasivos equiparables a las fusiones o escisiones impropias.

En estos casos cabe plantearse si la equiparación a las fusiones impropias o a las escisiones impropias que hemos analizado en el ámbito de la imposición directa (a los efectos de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal), puede llevarse también a cabo en el ámbito de la imposición indirecta (a los efectos de la no sujeción al Impuesto sobre Operaciones Societarias). Si dicha equiparación se extendiera al ámbito de la imposición indirecta, la disolución de la sociedad cedente que necesariamente tiene lugar en las cesiones globales que son equiparables a las fusiones o escisiones impropias no quedaría gravada por el Impuesto sobre Operaciones Societarias.

Por ello sería aconsejable que la Administración tributaria aceptara la extensión de dicha equiparación al ámbito de la imposición indirecta, lo que llevaría a que dichas cesiones globales tampoco quedaran gravadas por el Impuesto sobre Operaciones Societarias [22].

b) la adquisición, por una sociedad de capital en vías de constitución o ya existente, de participaciones que representen la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad de capital, siempre que la contrapartida de las participaciones adquiridas consista, al menos parcialmente, en valores representativos del capital de la primera de dichas sociedades. En caso de que la mayoría de los derechos de voto se alcance mediante dos o más operaciones, sólo se considerarán operaciones de reestructuración la operación por la que se alcance la mayoría de los derechos de voto y las operaciones subsiguientes.

2. "Operaciones de reestructuración": incluirá asimismo la transferencia a una sociedad de capital de todo el patrimonio de otra sociedad de capital que pertenezca totalmente a la primera sociedad.»

[22] De hecho, así lo ha reconocido expresamente la DGT en la contestación a la Consulta V2051-09, de 16 de septiembre de 2009 (NFC035620), relativa a una cesión global de activos y pasivos equiparable a una fusión impropia.

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

Adicionalmente, y de *lege ferenda*, convendría ampliar el ámbito de aplicación de la no sujeción del Impuesto sobre Operaciones Societarias a todas aquellas operaciones de reestructuración mercantil no cubiertas actualmente por el régimen de neutralidad del Impuesto sobre Sociedades, ya sea mediante la ampliación del ámbito de aplicación de este último régimen (lo que conllevaría automáticamente su extensión al Impuesto sobre Operaciones Societarias) o mediante la modificación del artículo 21 del TRLITP y AJD (que es el que define las operaciones societarias que a los efectos del Impuesto sobre Operaciones Societarias tienen la consideración de operaciones de reestructuración), para que dichas operaciones queden específicamente no sujetas al citado impuesto. En caso contrario, nos tememos, una vez más, que la utilización de estas nuevas figuras mercantiles será residual, dados los costes fiscales que pueden acarrear.

3. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN QUE TRAEN CAUSA DEL DERECHO DE LA UE

Pasamos ahora a analizar otro bloque de propuestas de modificación de la regulación fiscal de las reestructuraciones que encuentran su razón de ser en la necesidad de adecuar nuestro ordenamiento jurídico al Derecho de la UE.

Estas propuestas de modificación hacen referencia a:

a) Los requisitos subjetivos de los canjes de valores.

b) La exigencia de que haya ramas de actividad en origen en las escisiones y aportaciones de ramas de actividad.

c) Las formalidades para el acogimiento al régimen de neutralidad fiscal.

3.1. Canjes de valores: requisitos subjetivos.

La regulación que del canje de valores contiene la norma fiscal española (arts. 83.5 y 87.1 del TRLIS) debería ser objeto de modificación para su adecuación al Derecho de la UE y, en particular, a la Directiva de Fusiones y a los principios de libertad de establecimiento y de libre circulación de capitales contenidos en el Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, «TFUE») [23].

Si se compara la regulación española del canje de valores con la regulación contenida en la Directiva de Fusiones se observa que la norma española exige unos requisitos subjetivos que no están contemplados en la mencionada directiva tal y como exponemos a continuación.

El actual artículo 87.1 del TRLIS establece que la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a las operaciones de canjes de valores quedará condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos subjetivos:

[23] El TFUE es el nuevo título del hasta ahora denominado Tratado constitutivo de la Comunidad Europea o TCE, el cual ha sido objeto de modificación por parte del Tratado de Lisboa que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

«a) Que los socios que realicen el canje de valores residan en territorio español o en el de algún Estado miembro de la Unión Europea **o en el de cualquier otro Estado siempre que, en este último caso, los valores recibidos sean representativos del capital social de una entidad residente en España**.

(…)

b) Que la entidad que adquiera los valores sea residente en territorio español o esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/434/CEE.»

La Directiva de Fusiones, al regular los requisitos subjetivos de las operaciones de canje de valores no establece, sin embargo, requisito alguno respecto a la residencia de los socios que realizan el canje. De ello se desprende que cuando la norma española exige que la sociedad adquirente sea una sociedad residente en España en los casos en que los socios no sean residentes en algún Estado miembro de la UE, la norma española está exigiendo un requisito adicional a los contemplados en la citada directiva.

El TJUE se ha pronunciado en diversas ocasiones en el sentido de considerar que cuando los Estados miembros procedan a la transposición de directivas no deberán establecer condiciones o requisitos adicionales a los establecidos en las mismas. En este sentido se ha pronunciado el citado tribunal en su Sentencia de 11 de diciembre de 2008 recaída en el asunto A.T. [C-285/07 (NFJ047302)].

Este requisito adicional exigido por la norma española conduce a que en aquellos supuestos en que la sociedad transmitida tenga conjuntamente socios españoles y socios no residentes en la UE (siendo estos últimos titulares de la mayoría de los derechos de voto) y la sociedad adquirente sea residente en un Estado miembro de la UE distinto de España, la operación no pueda acogerse al régimen de neutralidad fiscal y a que los socios españoles deban tributar, sin posibilidad de diferimiento, por las rentas que se pongan de manifiesto en la transmisión de sus valores. Por lo tanto, el establecimiento de dicho requisito adicional hace más difícil, sin duda, alcanzar la aplicación del régimen de neutralidad fiscal.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta que tanto el Consejo de Asuntos Económicos y Financieros de la UE (ECOFIN), del que España forma parte, como la Comisión Europea ya han manifestado claramente su opinión respecto a la posible aplicación del régimen de neutralidad fiscal a las operaciones de canjes de valores en supuestos en los que existen socios de la sociedad aportada residentes fuera de la UE, en el sentido de que las citadas operaciones sí deben poder acogerse a dicho régimen fiscal especial.

Concretamente, el ECOFIN y la Comisión hicieron la siguiente declaración, recogida en el acta de la sesión número 2638 del Consejo, celebrada el 17 de febrero de 2005:

«El Consejo y la Comisión convienen en que el artículo 8 de la Directiva 90/434/CEE no priva a los socios residentes en los Estados miembros de los beneficios de la Directiva en caso de que la participación mayoritaria se adquiera de residentes de la Comunidad y de residentes de terceros países.»

Esta última declaración deja claro que tanto los Estados miembros como la Comisión consideran que el régimen de neutralidad fiscal debe poder aplicarse a operaciones de canjes de valores

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

en las que intervengan mayoritariamente socios no residentes en la UE, pese a no estar estos supuestos expresamente contemplados en la Directiva de Fusiones.

Pero es que, además, la redacción vigente del artículo 87.1 del TRLIS constituye una nueva infracción del ordenamiento de la UE y concretamente de la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales, garantizadas respectivamente por los artículos 49 a 55 y 63 a 66 del TFUE (ex arts. 43 a 48 y 56 a 60 del TCE), en la medida en que trata mejor a las sociedades españolas beneficiarias de un canje cuando los socios aportantes sean mayoritariamente no residentes en la UE que a las sociedades de otros Estados miembros que se encuentren en la misma situación.

Por su parte la DGT, primero en la Consulta V0078-01, de 27 de diciembre de 2001 (NFC016040), y más recientemente en la Consulta V1617-08, de 31 de julio de 2008 (NFC030931), justifica tal discriminación por el hecho de que el texto de los artículos 83.5 y 87.1 del TRLIS trae causa de la Directiva de Fusiones y porque, en opinión de la DGT, el hecho de que esta directiva no prevea expresamente la posibilidad de que los socios aportantes en un canje de valores sean residentes en un Estado que no sea miembro de la UE implica que la norma europea excluye dicha posibilidad.

No coincidimos con la Administración tributaria en esta interpretación por diversos motivos, principalmente porque la Directiva de Fusiones, si bien no permite expresamente esa posibilidad, lo cierto es que en ningún momento la excluye y no puede hacerlo porque limitaría extraordinariamente la aplicación de sus disposiciones si se interpretase que sólo se aplican cuando el 100 por 100 (a falta de otro porcentaje) de sus socios sean residentes en la UE. Además, la citada directiva no impone requisito alguno respecto de la residencia de los socios aportantes, limitándose a establecerla respecto de las sociedades adquirente y adquirida, por lo que no se puede interpretar que se excluyen determinados supuestos, tal y como entiende la DGT. Por último, también discrepamos de la interpretación mantenida por la Administración española porque no se debe olvidar que tanto el ECOFIN como la Comisión Europea han manifestado claramente su opinión (si bien no mediante su inclusión en el texto de una directiva) respecto de la aplicación de los canjes de valores en supuestos en los que existen socios de la sociedad aportada residentes fuera de la UE, tal y como hemos señalado anteriormente.

Dicho lo anterior, no cabe sino concluir que, siendo el requisito adicional exigido por la norma española contrario al Derecho de la UE en su interpretación más estricta, debería modificarse la redacción actualmente vigente de la norma española, máxime ahora que la Comisión Europea ha procedido a abrir formalmente un procedimiento de infracción contra España por vulnerar lo previsto en la Directiva de Fusiones respecto de la regulación de las operaciones de canjes de valores instando al Legislador español a adecuar la regulación interna española al ordenamiento de la UE [24].

[24] Con fecha 25 de junio de 2009 se hizo público, mediante un comunicado de prensa, que la Comisión Europea había pedido oficialmente a España mediante dictamen motivado [segunda etapa del procedimiento de infracción previsto en el art. 258 del TFUE (ex art. 226 del TCE)] que modificara sus normas tributarias relativas al canje de valores por considerar que alguna de estas normas son incompatibles con la Directiva de Fusiones y con la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales contempladas en los artículos 49 y 63 del TFUE (ex arts. 43 y 56 del TCE) y en los artículos correspondientes del Acuerdo EEE.

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

3.2. Escisiones parciales y aportaciones de ramas de actividad: exigencia de que haya ramas de actividad en origen.

En este apartado vamos a referirnos a una propuesta de modificación que afecta a las operaciones de escisión parcial (por las que se segregan una o más ramas de actividad manteniéndose al menos otra rama en sede de la entidad escindida) y a las operaciones de aportación de ramas de actividad (por las que una sociedad aporta a otra una o más ramas de actividad).

Pues bien, en relación con estas operaciones resulta necesario, en nuestra opinión, que tenga lugar una modificación, en este caso no del texto legal sino del criterio interpretativo que viene manteniendo la Administración tributaria, para que el régimen de neutralidad fiscal pueda ser de aplicación siempre que la rama o ramas de actividad que se segregan o aportan estén formadas por un conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma sin que sea necesario, a estos efectos, que dicho conjunto de elementos venga efectivamente constituyendo una rama de actividad en origen, es decir, en sede de la entidad que se escinde o de la entidad aportante (i.e. la entidad transmitente), todo ello sin perjuicio de que se deban cumplir los restantes requisitos exigidos por la ley.

En este sentido, la DGT [25] ha venido sistemáticamente manifestando en contestaciones a consultas planteadas que es necesario que los elementos que se segregan o aportan constituyan ramas de actividad en origen para que la operación de escisión o aportación, según los casos, pueda encuadrarse dentro de las operaciones de escisión parcial reguladas en el artículo 83.2.1.º b) del TRLIS o de las operaciones de aportación de ramas de actividad reguladas en el artículo 83.3 del TRLIS. Es decir, a juicio de la DGT, no basta con que un conjunto de elementos patrimoniales que se segrega o aporta sea susceptible de constituir una rama de actividad, sino que exige que de hecho ya venga funcionando como una unidad económica autónoma en origen, es decir, en la propia entidad transmitente.

En el mismo sentido se ha pronunciado el TEAC en relación con las operaciones de escisión parcial en, entre otras, su Resolución de 17 de mayo de 2007 (NFJ026568) al considerar que, a su juicio, cabe sostener la necesidad de que lo aportado (i.e. lo escindido) constituya una explotación económica en sede de la entidad transmitente.

Creemos que esta interpretación administrativa se extralimita de lo dispuesto en el texto legal, así como de lo dispuesto en la Directiva de Fusiones, de la que son transposición los mencionados artículos 83.2.1.º b) y 83.3 del TRLIS, la cual define en su artículo 2 la escisión parcial (letra c) y la aportación de ramas de actividad (letra d) en los siguientes términos:

[25] Véanse las siguientes Consultas vinculantes relativas a operaciones de escisión parcial: Consulta V1858-09, de 7 de agosto de 2009 (NFC034825); Consulta V1823-09, de 5 de agosto de 2009 (NFC034983); Consulta V1675-09, de 15 de julio de 2009 (NFC034547); Consulta V1597-09, de 6 de julio de 2009 (NFC034627); Consulta V0575-09, de 24 de marzo de 2009 (NFC32291); y Consulta V0758-09, de 13 de abril de 2009 (NFC032537).
Véanse también las siguientes Consultas vinculantes relativas a aportaciones de ramas de actividad: Consulta V1704-09, de 16 de julio de 2009 (NFC034685); Consulta V1402-09, de 15 de junio de 2009 (NFC033754); Consulta V0785-09, de 14 de abril de 2009 (NFC032562) y Consulta V0089-05, de 28 de enero de 2005 (NFC024353).

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

«A los efectos de la aplicación de la presente Directiva, se entenderá por:

(…)

c) "escisión parcial": la operación por la cual una sociedad transfiere a una o varias sociedades ya existentes o nuevas, sin ser disuelta, una o varias ramas de actividad, manteniendo al menos una rama de actividad en la sociedad transmitente, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de títulos representativos del capital social de las sociedades beneficiarias de la aportación y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad;

d) "aportación de activos": la operación por la cual una sociedad aporta, sin ser disuelta, a otra sociedad la totalidad o una o más ramas de su actividad, mediante la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria de la aportación.»

Estas definiciones de «escisión parcial» y de «aportación de ramas de actividad» contenidas en el artículo 2 de la Directiva de Fusiones deben analizarse conjuntamente con la siguiente definición de rama de actividad contenida en la letra j) del mismo artículo:

«A los efectos de la aplicación de la presente Directiva, se entenderá por:

(…)

j) "rama de actividad": el conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división de una sociedad que constituyen desde el punto de vista de la organización una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios.»

Del análisis conjunto de las anteriores definiciones se desprende que en la Directiva de Fusiones no se exige como requisito necesario que el conjunto de elementos que se escinde o aporta venga operando efectivamente como rama de actividad en la entidad escindida o aportante, sino que solamente se requiere que dicho conjunto de elementos tenga capacidad para constituir una rama de actividad en sede de la adquirente. Además, una interpretación finalista conduce a que se deba considerar como rama de actividad todo aquel conjunto de elementos que, independientemente de que ya venga funcionando o no como unidad económica autónoma en sede de la entidad transmitente, sea susceptible de funcionar como tal en sede de la entidad adquirente o destinataria, que es, en definitiva, donde realmente interesa a los fines empresariales que ese conjunto de activos y pasivos funcione.

En suma, la Administración tributaria española (tanto la DGT como el TEAC) en su interpretación de los artículos 83.2.1.º b) y 83.3 del TRLIS (relativos a escisiones parciales y a aportaciones de ramas de actividad, respectivamente) viene exigiendo un requisito que no está previsto en la Directiva de Fusiones, por lo que dicha exigencia supone una clara e injustificada restricción a la aplicación del régimen de neutralidad fiscal, haciendo más difícil la aplicación del mismo, lo cual, a nuestro juicio, es incompatible con el ordenamiento de la UE [26].

[26] Es importante destacar que Ernst & Young en un estudio, de fecha 22 de enero de 2009, realizado a petición de la Comisión Europea en relación con la implementación de la Directiva de Fusiones en los 27 Estados miembros, también ha

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

En este sentido, es importante tener presente y recordar que la jurisprudencia del TJUE [27] ha establecido que los conceptos tomados del Derecho de la UE (como puedan ser los conceptos de «escisión parcial» y de «aportación de ramas de actividad») han de recibir una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse. Lógicamente dicha interpretación uniforme no podrá tener lugar en los supuestos en que se exija un requisito que ni siquiera está contemplado en la Directiva de Fusiones.

Por todo lo anterior, creemos que es necesaria una modificación del criterio administrativo mantenido respecto a la interpretación de los conceptos de «escisión parcial» y de «aportación de ramas de actividad», con el objeto de lograr que se extienda la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a operaciones que por definición encajan perfectamente en su ámbito de aplicación y así adecuar el criterio mantenido por la Administración tributaria al espíritu y finalidad de la normativa comunitaria de la que trae causa.

3.3. Formalidades para el acogimiento al régimen de neutralidad fiscal.

La norma española y, en particular, el artículo 96.1 del TRLIS dispone que para que sea de aplicación el régimen de neutralidad fiscal será necesario que se opte formalmente por el mismo, de acuerdo con una serie de reglas, y que se comunique dicha opción al Ministerio de Economía y Hacienda.

El incumplimiento del requisito del ejercicio de la opción conforme a las formalidades establecidas determinará la no aplicación de dicho régimen especial (ya que la opción expresa es un requisito constitutivo para la aplicación del citado régimen), mientras que el incumplimiento de la obligación de comunicación no impedirá su aplicación, sin perjuicio de que pudiera ser constitutivo de una infracción tributaria, ya que al tratarse de una obligación formal, su retraso u omisión no podrá impedir el disfrute del mismo.

puesto de manifiesto que en España la Administración tributaria exige la existencia de ramas de actividad en origen, lo cual es un requisito adicional que no está previsto en la citada directiva.
Se puede acceder a este estudio realizado por Ernst & Young en la página web de la Comisión Europea a través del siguiente link: *http://ec.europa.eu/taxation_customs/common/publications/studies/index_en.htm*

27 El TJUE, en la Sentencia de fecha 17 de julio de 1997 (NFJ005725) en el asunto conocido como Leur-Bloem (C-28/95) determinó con claridad meridiana:

«Cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho comunitario con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones de nacionales propios o, como sucede en el procedimiento principal, de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse».

La propia sentencia en el asunto Leur-Bloem, atribuye a los tribunales nacionales la competencia para interpretar dichas normas nacionales, pero éstos deberán hacerlo bajo el prisma del Derecho comunitario de la Unión Europea y, en particular, de la directiva en la que se basa la norma nacional.
Este criterio ya había sido mantenido por el TJUE anteriormente. Así por ejemplo, la Sentencia en el asunto Dzodzi (asuntos C-297/88 y C-197/89) ya determinaba, en su apartado 37 principalmente, la necesidad de interpretación uniforme de todas las disposiciones comunitarias, independientemente de las condiciones de aplicación de las mismas.

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

Sin embargo, llama la atención que la Directiva de Fusiones contemple el régimen de neutralidad fiscal como un régimen de aplicación automática a las operaciones de reestructuración incluidas en su ámbito de aplicación, sin hacer referencia alguna a la necesidad de tener que optar por él. De hecho, la Directiva de Fusiones en su artículo 15.1 [28] sólo concede potestad a los Estados miembros para determinar la no aplicación del régimen de neutralidad fiscal en determinados supuestos, de lo que, a contrario sensu, parece entenderse que no concede potestad a los Estados miembros para que determinen la no aplicación del mismo en supuestos diferentes (como por ejemplo, cuando no se hubiese optado por el mismo conforme a determinadas formalidades).

De nuevo, la Directiva de Fusiones parece haber sido transpuesta por el Legislador español incorporando requisitos no previstos en la misma que hacen más difícil la aplicación del régimen de neutralidad fiscal. Como ya hemos comentado al exponer la propuesta de modificación relativa al canje de valores, el TJUE es totalmente contrario a que los Estados miembros transpongan las directivas estableciendo condiciones o requisitos adicionales a los establecidos en las mismas (e.g. asunto A.T. [C-285/07 (NFJ047302)].

Conviene también traer aquí a colación la ya mencionada sentencia del TJUE, de fecha 9 de julio de 2009 (NFJ034227), recaída en el asunto Comisión Europea contra el Reino de España (C-397/07) en la que el Tribunal condenó a España, respecto a operaciones de reestructuración realizadas con anterioridad al 1 de enero de 2009, por condicionar la exención del Impuesto sobre Operaciones Societarias al acogimiento de la operación al régimen de neutralidad fiscal, requisito que el Reino de España consideraba como meramente formal pero que el Tribunal, a la vista de la opinión del Abogado General, que lo calificó de desproporcionado, consideró que obstaculizaba la aplicación de la Directiva de Concentración de Capitales.

En dicho asunto el Reino de España alegó que la opción por el régimen especial no impone carga material alguna a la sociedad interesada y que constituye un requisito mínimo, de carácter puramente formal. También señaló que el único requisito material al que se supedita la aplicación de dicho régimen es que la operación en cuestión no tenga como objetivo principal el fraude o la evasión fiscales y que la obligación de comunicar la operación a las autoridades tributarias sirve justamente para comprobar la existencia de motivos económicos válidos que la justifiquen. A la vista de tales alegaciones el tribunal, rechazando los argumentos esgrimidos por el Reino de España, afirmó que la obligación de optar por dicho régimen especial no constituye una mera formalidad, dado que dicha opción debe comunicarse a las autoridades tributarias en la forma y en el plazo prescritos por la normativa nacional, y que dicha doble obligación de opción y de información como condición para

[28] Artículo 15.1 de la Directiva de Fusiones: «Un Estado miembro podrá negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de los artículos 4 a 14 o a retirar total o parcialmente el beneficio de las mismas cuando una de las operaciones contempladas en el artículo 1:

a) tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos, como son 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 como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal;

b) tenga por resultado que una sociedad, que participe o no en la operación, ya no reúna las condiciones necesarias para la representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad según las modalidades aplicables antes de la operación en cuestión».

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

el ejercicio de un derecho incondicionalmente reconocido por la Directiva de Concentración de Capitales constituye un obstáculo contrario a ésta.

Volviendo al supuesto que es objeto de análisis en este apartado, podemos concluir diciendo que la Directiva de Fusiones no somete la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a condicionamiento alguno y que el requisito que exige la norma española de tener que optar formalmente por dicho régimen especial para que éste pueda ser de aplicación es un requisito que no constituye una mera formalidad, tal y como ha declarado el TJUE (si bien respecto de la Directiva de Concentración de Capitales), llegando incluso a obstaculizar la aplicación del citado régimen.

Por todo lo expuesto, sería deseable que tuviera lugar una modificación del texto legal para que el régimen de neutralidad fiscal se aplicase siempre de manera automática a las operaciones de reestructuración, salvo que el contribuyente optase por lo contrario, en cuyo caso se vería obligado a ejercitar la correspondiente opción para su inaplicación. Y si no llegara a modificarse la ley en el sentido señalado, creemos que, por lo menos, debería flexibilizarse el criterio que hasta ahora ha venido manteniendo la Administración tributaria, para así lograr que el incumplimiento del requisito relativo al ejercicio de la opción por el régimen de neutralidad fiscal de la manera prevista reglamentariamente no impida la aplicación del mismo.

4. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DE CARÁCTER TÉCNICO

Para finalizar, pasamos a analizar una última propuesta de modificación que, a diferencia de las anteriores, obedece a meras razones de técnica tributaria.

4.1. Amortización fiscal del fondo de comercio de fusión y de la revalorización de los activos adquiridos con la fusión.

El artículo 89.3 del TRLIS (el cual se encuentra en el texto legal dentro del Capítulo VIII del Título VII relativo al régimen de neutralidad fiscal aplicable a determinadas operaciones de reestructuración) prevé 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 (i.e. el fondo de comercio de fusión) en aquellos supuestos en 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 transmitió las participaciones en la absorbida tributó en España o en otro país de la UE (total o parcialmente) por la correspondiente ganancia de capital obtenida y siempre que, adicionalmente, la transmitente de las participaciones en la absorbida no forme parte del mismo grupo mercantil que la absorbente.

En caso de que no pudiera practicarse la mencionada amortización fiscal de la revalorización de los activos ni la del fondo de comercio de fusión nos encontraríamos ante un claro supuesto de

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

doble imposición, ya que, por un lado, se gravaría la plusvalía obtenida por la entidad o persona física que en su día transmitió las participaciones en la sociedad absorbida (dicha plusvalía se corresponde, al menos generalmente, con las mencionadas revalorizaciones de activos y con el fondo de comercio que el comprador pagó por la expectativa de beneficios futuros) y, por otro, se gravarían nuevamente las plusvalías tácitas imputables a los activos adquiridos y dichos beneficios futuros por los que se pagó el sobreprecio respecto al patrimonio neto de la sociedad adquirida a medida que éstos se fuesen obteniendo por la compradora. Sin embargo, en caso de que se llevara a cabo el reconocimiento a efectos fiscales del incremento de coste y, en su caso, la amortización fiscal de uno y otro elemento en sede de la sociedad adquirente de los activos, el impacto de las ganancias de capital y de los beneficios sobre la base imponible a medida que éstos se obtienen quedaría anulado, en términos globales, con dicho reconocimiento y, en su caso, amortización, lográndose de este modo eliminar la tributación adicional sobre unos beneficios por los que ya se tributó.

Llama la atención que, al amparo de la regulación actual, dicha posibilidad de reconocimiento a efectos fiscales del incremento de valor de los activos y del fondo de comercio de fusión esté únicamente prevista en relación con operaciones de fusión que estén acogidas al régimen de neutralidad fiscal. De hecho, si se revisa la Directiva de Fusiones, se puede observar que no hay ninguna mención a este aspecto en su contenido.

En consecuencia, en aquellas operaciones de fusión a las que no sea aplicable el régimen de diferimiento en el Impuesto sobre Sociedades persistirá la doble imposición señalada, dada la imposibilidad de eliminarla mediante la imputación fiscal del incremento de valor atribuible a los activos adquiridos con la fusión y del fondo de comercio de fusión, lo que, a nuestro juicio, carece de toda justificación.

Creemos que el Legislador, así como la Administración tributaria, en su interpretación y aplicación de la ley, han olvidado la auténtica razón de ser que subyace en dicha posibilidad de atribución de valores a efectos fiscales y que no es otra que eliminar la doble imposición que se produciría en caso de no poder llevarse a cabo, con independencia de que la fusión se hubiese acogido o no al régimen de neutralidad fiscal. En este sentido, es preciso recordar que la finalidad de este régimen especial es evitar que la fiscalidad sea un freno o un incentivo para llevar a cabo operaciones de reestructuración, lo que nada tiene que ver con la eliminación de la doble imposición interna o internacional, que debería ser un objetivo consustancial al ordenamiento tributario en atención a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 31 de nuestra Constitución, que prohíbe que los tributos tengan alcance confiscatorio.

Por otro lado, también queremos poner de manifiesto que el hecho de que la Administración tributaria haya olvidado la verdadera finalidad que se persigue con la amortización fiscal del fondo de comercio de fusión (que, como ya hemos comentado, es eliminar la doble imposición) ha conllevado que siempre la haya contemplado con mucha suspicacia por considerar que se trata, simple y llanamente, de una ventaja fiscal derivada de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal. De hecho, esta suspicacia ha llevado a la DGT [29] en muchas ocasiones a denegar la aplicación del citado régimen fiscal a

[29] Véase la Consulta vinculante V1288-09, de 29 de mayo de 2009 (NFC033463), en la que la DGT deniega la aplicación del régimen de neutralidad fiscal a una operación de fusión por considerar que con la misma tan sólo se persigue la obtención de una mera ventaja fiscal como es la posible aplicación de lo establecido en el artículo 89.3 del TRLIS.

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

operaciones de fusión por considerar que el único o principal motivo perseguido con las mismas es conseguir una ventaja fiscal como es, a su juicio, la posibilidad de amortizar fiscalmente el fondo de comercio de fusión. Queremos resaltar que con dicha posibilidad de amortización fiscal no se pretende conceder ninguna ventaja fiscal al contribuyente, sino fomentar las transacciones económicas internas e internacionales que de otra forma se verían obstaculizadas por la persistencia de la doble imposición.

Como consecuencia de todo lo anterior, creemos que se debería modificar la legislación del Impuesto sobre Sociedades para permitir 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 total independencia de que la fusión se haya acogido o no al régimen de neutralidad fiscal, lo que redundaría en una mayor neutralidad del sistema tributario español y eliminaría las sospechas, a todas luces desmesuradas, que tanto la Administración como los tribunales arrojan sobre aquellas operaciones acogidas al régimen de diferimiento por motivos de negocio en las que afloran créditos fiscales sustanciales para la eliminación de la doble imposición.

5. CONCLUSIONES

Muchas han sido las reformas legislativas habidas desde que el régimen de neutralidad fiscal entró en vigor por primera vez en el ordenamiento español en el ya lejano año de 1992. A la luz de la experiencia adquirida y por comparación con el sistema de concesión discrecional de beneficios fiscales existente hasta entonces, es claro que este régimen ha eliminado distorsiones y ha aportado racionalidad a la hora de adoptar decisiones empresariales sin menoscabar el interés de la Hacienda Pública, que simplemente ve cómo sus ingresos tributarios se difieren hasta la materialización efectiva de las plusvalías latentes.

Pues bien, las propuestas que contiene este artículo persiguen profundizar en esa tendencia de perfeccionamiento del régimen de neutralidad para coadyuvar a una mayor eficiencia en la toma de decisiones empresariales, eliminando diversas restricciones de carácter tributario hoy existentes que pueden constituirse en barreras para el ejercicio por los operadores económicos de su actividad económica, máxime en aquellos casos en los que la ley mercantil crea supuestos de reestructuración o simplifica requisitos para la toma de acuerdos que aún no se contemplan por la norma tributaria.

En otros casos, la experiencia adquirida o el análisis del ordenamiento de la UE del que todo este régimen trae causa aconsejan adoptar otra serie de reformas legislativas o meramente interpretativas para un más eficiente funcionamiento del mismo o, simplemente, para facilitar la eliminación de la doble imposición, verdadero freno a las transacciones económicas.

Fecha de entrada: 09-12-2009 / Fecha de aceptación: 23-12-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

LA REDUCCIÓN DE LA BASE IMPONIBLE EN IRPF POR PENSIONES COMPENSATORIAS Y ANUALIDADES POR ALIMENTOS

Nuria Puebla Agramunt

Profesora de Derecho Financiero y Tributario de la UCM.
Abogada

Extracto:

El artículo analiza las pensiones compensatorias al ex cónyuge y las anualidades por alimentos a familiares o cónyuges, que se satisfacen en uno y otro caso en virtud de decisión judicial, desde la perspectiva de su aptitud para reducir la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Se pretende ofrecer primero una breve guía del régimen sustantivo de las distintas situaciones de crisis del matrimonio, para evitar confusiones en cuanto a los conceptos en que las reducciones consisten, en la idea de que los términos utilizados por la Ley fiscal, que son los propios del Derecho civil, no siempre son conceptos con los que el operador jurídico en materia fiscal está familiarizado. Ello como introducción para, a continuación, ir desgranando la casuística que se puede plantear en la aplicación de estas reducciones, respondiendo a preguntas como qué se puede considerar pensión compensatoria y cómo se debe delimitar este concepto de otras cantidades que pueden satisfacerse, a quién se refiere la ley cuando habla de cónyuge, cuándo deben satisfacerse las cantidades para poder ser objeto de reducción en la base imponible, o qué significa que la ley exija que sean cantidades satisfechas por decisión judicial, todo ello con un enfoque no doctrinal sino muy práctico, en un texto cuajado de resoluciones de la Dirección General de Tributos y de sentencias de nuestros tribunales.

Palabras clave: base liquidable, reducción a la base imponible, pensión compensatoria y anualidades por alimentos.

Fecha de entrada: 07-11-2009 / Fecha de aceptación: 27-11-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

TAX BASE REDUCTIONS IN THE INDIVIDUAL INCOME TAX DUE TO SPOUSAL SUPPORTS AND ALIMONIES

Nuria Puebla Agramunt

Profesora de Derecho Financiero y Tributario de la UCM.
Abogada

Abstract:

This article discusses spousal supports and food annuities to family members or spouses, satisfied in both cases pursuant to court order, from the perspective of its ability to reduce the tax base of the Individual Income Tax. It aims to provide, first of all, a brief guide to the substantive rules of the various crises of marriage, to avoid confusion regarding the concepts that reductions comprise, in the idea that the terms used by the Tax Law, which also belong to Civil Law, are not always well known by the tax lawyer. The above is just an introduction to then going into cases and facts which may arise in implementing these reductions, answering questions like what can be considered spousal support and how to differentiate this concept from other quantities which can be fulfilled, who is a spouse according to law, when the quantities must be satisfied to obtain a reduction in the tax base, or what does it mean that the law requires these amounts to be paid by court order, all these with a non doctrinal approach but very practical, in a text studded with resolutions of the General Directorate of Taxes and judgments of our courts.

Keywords: payable base, tax base reduction, spousal support and alimonies.

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 81-98
Fecha de entrada: 07-11-2009 / Fecha de aceptación: 27-11-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

Sumario

1. Encuadre de las pensiones compensatorias y las anualidades por alimentos entre las reducciones a la base imponible en el IRPF.

2. Protección fiscal de las situaciones de crisis de la institución familiar.

3. Delimitación del concepto «pensión compensatoria».

4. A quién se refiere la ley cuando habla de «cónyuge».

5. Cuándo deben satisfacerse las cantidades para gozar de reducción.

6. Qué significa que la ley exija «decisión judicial».

7. Qué «anualidades por alimentos» pueden ser objeto de reducción en la base imponible de quien las satisface.

8. Delimitación y especificación de los distintos conceptos por los que puede satisfacerse una obligación única.

Fecha de entrada: 07-11-2009 / Fecha de aceptación: 27-11-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

1. ENCUADRE DE LAS PENSIONES COMPENSATORIAS Y LAS ANUALIDADES POR ALIMENTOS ENTRE LAS REDUCCIONES A LA BASE IMPONIBLE EN EL IRPF

Las cantidades que se satisfacen al ex cónyuge en concepto de pensiones compensatorias y las anualidades por alimentos que se satisfacen a familiares o cónyuges, pero no a hijos, en virtud ambas de decisión judicial, son cantidades que reducen la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), de quien las satisface, al tiempo que suponen un rendimiento del trabajo para el que las percibe. En este trabajo abordaremos, no obstante, las pensiones compensatorias y las anualidades por alimentos sólo desde la perspectiva de quien las satisface, y por tanto, como una reducción a la base imponible para obtener la base liquidable en el IRPF.

Como es sabido y como define la Ley General Tributaria 58/2003 en su artículo 54, **la base liquidable de cualquier impuesto es la magnitud resultante de practicar en la base imponible las reducciones legales**, sobre la que se aplican los tipos de gravamen para obtener la cuota. Los importes que se restan de la base imponible no están exentos de tributación o no sujetos, sino que son cantidades que no van a ser objeto de imposición en la declaración y ejercicio de quien las practica, pero que van a tributar, bien posteriormente, como las cantidades que se aportan a un plan de pensiones, bien en sede de otro contribuyente, como es el caso de las pensiones compensatorias, a las que dedicamos estas páginas. En atención a la indisponibilidad que provocan en el contribuyente que las practica, el sentido de ambas tipologías de reducciones a la base imponible es servir, unas como **mecanismo de diferimiento del pago del impuesto**, otras como **medio para evitar la doble imposición**.

El Título IV de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF), dedica a la base liquidable dos capítulos diferenciados, uno para cada tipología de reducciones que acabamos de enunciar: el Capítulo I regula las *reducciones por atención a situaciones de dependencia y envejecimiento* (arts. 51 a 54) y el Capítulo II recoge la *reducción por pensiones compensatorias y anualidades por alimentos* (art. 55). También son reducciones a la base imponible las aportaciones a mutualidades de previsión social de deportistas profesionales (que se regulan en la disp. adic. undécima de la LIRPF). Debe reconocerse que, si bien esta diferenciación de reducciones en función del objetivo al que sirven parecía clara, la misma se ha roto desde el momento en que en el Título V de la ley se contiene una reducción por cuotas y aportaciones a partidos políticos (art. 61 bis), que no guar-

Fecha de entrada: 07-11-2009 / Fecha de aceptación: 27-11-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

da relación alguna con las anteriores, y en el Título IX se contiene la reducción por tributación conjunta, que tampoco se corresponde con estos mecanismos.

Como de cualquier esquema de liquidación impositiva se deduciría, la base liquidable en este impuesto sería el resultado de detraer de la base imponible las reducciones previstas en la ley en estos preceptos. Ahora bien, dado que en el actual IRPF existen dos bases imponibles, habremos de distinguir, y llegaremos a dos bases liquidables, la del ahorro y la general, que serán el resultado de aminorar cada una de las bases imponibles en las reducciones legales. Es necesario saber, por tanto, previamente, dónde, en qué base imponible, se encuadra la reducción por pensiones compensatorias al cónyuge y por anualidades por alimentos.

Pues bien, la base liquidable general será el resultado de practicar en la base imponible general, exclusivamente y por este orden, dos clases de reducciones: primero, las que se han configurado para atender a situaciones de dependencia y envejecimiento y que se regulan en los artículos 51 a 54, en la disposición adicional undécima de la ley y en su artículo 61 bis; después, las pensiones compensatorias y anualidades por alimentos reguladas en el artículo 55 de la ley. Por tanto, **las pensiones compensatorias al cónyuge y las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas a favor de los hijos del contribuyente, satisfechas ambas por decisión judicial, podrán ser objeto de reducción en la base imponible general**.

Con la ley hoy vigente, **tras aplicar estas reducciones, la base liquidable general no puede ser negativa** [1]; si como consecuencia de su detracción se obtuviese una cantidad negativa, se consignará cero como resultado, y **el importe que no pueda reducirse se compensará con el que se corresponda con las bases liquidables generales positivas de los cuatro ejercicios siguientes**. La ley obliga a que esta compensación se efectúe en la cuantía máxima posible cada uno de los ejercicios siguientes, restricción que conlleva que en algunos casos no puedan aplicarse ventajas como, por ejemplo, deducciones en cuota. Tampoco puede practicarse la compensación fuera del mencionado plazo de los cuatro años.

La principal ventaja de la reducción por pensiones compensatorias al cónyuge y por anualidades por alimentos que no sean a favor de los hijos, como el resto de las reducciones que se practican sobre la base imponible general, es **que suponen un ahorro fiscal al tipo marginal del contribuyente que las practica**; esto es, un contribuyente con un tipo marginal del 43% que pague una pensión compensatoria de por ejemplo 10.000 euros anuales dejará de ingresar 4.300 euros.

Por su parte, la base liquidable del ahorro se obtiene disminuyendo la base imponible del ahorro en el remanente no reducido por insuficiencia de base imponible general, si lo hubiera, exclusi-

[1] Hasta 2001 las reducciones sí podían hacer negativa la base liquidable general. En ningún caso se podían practicar reducciones a la base imponible especial, que siempre coincidía con la base liquidable especial. En 2002 la posibilidad de que las reducciones hicieran negativa la base liquidable general quedó circunscrita a ciertas reducciones. De 2003 a 2006, si la base imponible general era negativa o cero, las reducciones no podían hacer negativa la base liquidable especial, pero podían practicarse en la especial sin tampoco hacerla negativa. En la nueva LIRPF se mantiene la prohibición de que las bases liquidables sean negativas por causa de las reducciones, pero ahora sólo se permite practicar en la base imponible del ahorro la reducción del artículo 55 de la ley.

Fecha de entrada: 07-11-2009 / Fecha de aceptación: 27-11-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

vamente, de la reducción por pensiones compensatorias y anualidades por alimentos, así como por aportaciones a partidos políticos y entidades asimiladas. De modo que, mientras las reducciones por dependencia y envejecimiento se aplicarán exclusivamente sobre la base imponible general, **las pensiones compensatorias y anualidades por alimentos pueden reducir la base imponible del ahorro, si hay remanente para ello**.

Eso sí, **la magnitud que resulte de esta minoración tampoco puede ser negativa, y en este caso no se prevé la compensación en los años siguientes**, por lo que de no poderse detraer en el ejercicio en que se satisfacen, la reducción se pierde, o dicho de otra manera, estas cantidades tributarán dos veces, en sede del pagador y en sede de su perceptor.

Con la excepción precisamente de las reducciones del artículo 55 por pensiones compensatorias y anualidades por alimentos (lo que supone un tratamiento fiscal realmente favorable a las situaciones de ruptura matrimonial), la separación de los conceptos de base general y base del ahorro es evidente: no hay traslado de remanente alguno de la base liquidable general a la base liquidable del ahorro, argumento que abunda en la caracterización de este impuesto como dual.

2. PROTECCIÓN FISCAL DE LAS SITUACIONES DE CRISIS DE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR

El artículo 55 de la Ley 35/2006, del IRPF, prevé la posibilidad de reducir la base imponible del impuesto en el importe de las pensiones compensatorias satisfechas a favor del cónyuge y de las anualidades por alimentos, excepto las fijadas en favor de los hijos del contribuyente, y siempre que, en ambos casos, se satisfagan estas cantidades por decisión judicial.

Esta reducción no tiene ningún límite (más allá de que la base liquidable resultante, como hemos visto, no puede ser negativa). El legislador se muestra, con esta regulación, sensible a las situaciones de crisis de la institución familiar, y tiene en cuenta que «el contribuyente forma parte de una familia cuya protección merece un tratamiento fiscal favorable» [2].

La aplicación de estas reducciones no reviste complicaciones en cuanto al cumplimiento de los requisitos apenas mencionados (que sean cantidades satisfechas por decisión judicial y que no sean anualidades por alimentos a los hijos). **Las dificultades pueden presentarse en cuanto a la comprensión de los propios conceptos en que consisten las reducciones**, en la medida en que los términos utilizados por la Ley fiscal son los propios del Derecho de familia, con los que no siempre el operador jurídico en materia fiscal está familiarizado.

Dado el diferente régimen fiscal aplicable a las pensiones compensatorias y a las anualidades por alimentos, se considera conveniente la clara distinción de ambas, y para ello ha de entrarse, siquiera brevemente, en el **análisis sustantivo de las situaciones de crisis de la institución del matrimonio**.

[2] Así se expresaba en la Exposición de Motivos de la Ley 40/1998, del IRPF.

Fecha de entrada: 07-11-2009 / Fecha de aceptación: 27-11-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

Porque, si bien es cierto que el Derecho tributario goza de autonomía en la definición y configuración de sus instituciones, no lo es menos que en este caso se remite a la legislación civil o foral, en su caso, y que por tanto el conocimiento de la misma es indispensable para su buena aplicación.

Las situaciones de conflictividad conyugal que pueden generar pensiones compensatorias y anualidades por alimentos son la **separación judicial**, la **nulidad** y el **divorcio**. Muy sintéticamente: la separación judicial, que como su nombre indica ha de ser decretada por el juez, se caracteriza por que la pareja se separa, pero el vínculo matrimonial no se extingue. En la nulidad el matrimonio desaparece, y aunque se admite que ha producido efectos jurídicos, se hace la ficción de considerar que no ha existido nunca. Con el divorcio, el matrimonio, que fue válido, se disuelve.

Estas tres situaciones han de ser admitidas y declaradas judicialmente; en consecuencia, **para que las cantidades eventualmente satisfechas en razón de estas situaciones puedan reducir la base imponible del impuesto, han de haber sido abonadas, en cualquier caso, por decisión judicial**, la cual puede o no tener base en un convenio regulador.

Las cantidades que pueden satisfacerse en casos de rupturas matrimoniales son pensiones compensatorias, anualidades por alimentos e indemnizaciones por nulidad. A continuación se hará una breve referencia a las mismas, tal y como están reguladas en el Código Civil, y aunque no se aludirá a la legislación foral, no debe olvidarse que las Comunidades Autónomas tienen competencias normativas en el orden civil y que, en su caso, habría que estar a la regulación que las mismas hayan establecido (por ejemplo, en Cataluña, la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia [3]).

La **pensión compensatoria a favor del cónyuge** se regula en los artículos 97 y siguientes del Código Civil, de acuerdo con los cuales supone una prestación cuya finalidad es evitar el desequilibrio económico que, en su caso, puede producirse entre uno y otro cónyuge con la separación o divorcio. Dado que no siempre con el divorcio uno de los cónyuges va a sufrir un descenso en el nivel de vida que hasta ahora venía disfrutando que sea merecedor de amparo, esta pensión no siempre existe: para que se conceda es necesario que el cambio en el nivel de vida se produzca en el momento de la ruptura (no por circunstancias sobrevenidas), que se solicite ante el juez, y que éste la otorgue. Es posible renunciar a la misma y no es necesariamente vitalicia, sino que su duración y su cuantía dependen de circunstancias tan variadas como la dedicación a la familia durante el matrimonio o la que se prevé en adelante, la duración del matrimonio, las respectivas situaciones y las perspectivas laborales de los cónyuges. Su cuantía puede modificarse si se producen alteraciones sustanciales en la fortuna de cualquiera de los cónyuges, y se extingue por ejemplo por contraer nuevo matrimonio.

La **indemnización por nulidad del matrimonio**, prevista en el artículo 98 del Código Civil, como su nombre indica es una indemnización, y no una pensión. Está prevista para compensar económicamente al cónyuge de buena fe que ha convivido con otra persona sin existir vínculo matrimonial. Aunque es de alguna manera análoga a la pensión compensatoria, en este caso no es necesario que se produzca el desequilibrio patrimonial que sí es necesario, sin embargo, en aquélla.

[3] Alude al artículo 84 del Código de Familia catalán la Resolución de la DGT 391/2004, de 24 de febrero (NFC034127).

Fecha de entrada: 07-11-2009 / Fecha de aceptación: 27-11-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

Las **anualidades por alimentos**, reguladas en los artículos 142 a 153 del Código Civil, son aquellas que están obligadas a darse en determinadas situaciones y recíprocamente los cónyuges, los descendientes, los ascendientes y los hermanos, constituyendo todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica; los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Su cuantía guarda relación con los medios de que dispone quien la satisface y con las necesidades de quien la percibe, por lo que mientras dure puede aumentar o disminuir. Supone, para el perceptor, un derecho irrenunciable e intransmisible, y para quien la satisface una obligación que debe mantener incondicionalmente.

Pues bien, de las anteriores, **sólo las pensiones compensatorias y las anualidades por alimentos** (con excepción de las satisfechas a los hijos), **declaradas ambas por decisión judicial, tendrán incidencia en la base liquidable**. A este respecto, debe decirse que el régimen fiscal de las situaciones de ruptura conyugal, que reconoce sólo reducción de la base imponible del IRPF a los conceptos mencionados, y que considera exentos los alimentos percibidos por los hijos, ha sido refrendado –en cuanto a que no hay vulneración del principio de igualdad– por el Tribunal Constitucional, en Sentencias 57/2005, de 14 de marzo (NFJ019351) y 33/2006, de 13 de febrero (NFJ021671).

Quedan fuera de la reducción, pues, otros **conceptos, como las medidas provisionales** que pueden haber sido decretadas por el juez al admitir la demanda, que no son tenidas en cuenta por la Ley del Impuesto, o **las cantidades que puedan pagarse en caso de separación de hecho** [4] o de **nulidad matrimonial** [5]. Más dudoso es el caso de otras cantidades que pueden estar previstas en leyes civiles de alguna Comunidad Autónoma y que no sean exactamente equivalentes, como ocurre con Cataluña con la llamada «compensación económica por razón de trabajo» [6].

Sentadas las premisas conceptuales básicas, conviene ahora adentrarse en el análisis de cada uno de los conceptos empleados por la Ley del Impuesto que pueden generar o han generado dificultades interpretativas en su aplicación, supuestos de difícil delimitación merecedores de aclaración y hasta controversias ante los tribunales. Así, por ejemplo, cuando la norma habla de pensiones compensatorias «al cónyuge», ¿se está refiriendo sólo a las que pueden abonarse en caso de separación

4 Resolución de la DGT V1302/2006, de 30 de junio (NFC023266).

5 Resolución de la DGT V0922/2006, de 11 de mayo (NFC022716).

6 Por ejemplo, el artículo 41 del Código de Familia vigente en Cataluña, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio, establece la llamada «compensación económica por razón de trabajo», que la DGT en Consulta 391/2004, de 24 de febrero (NFC034127), considera no puede reducir la base imponible, al no tratarse de la pensión compensatoria a que se refieren tanto el artículo 97 del Código Civil (Común) como el artículo 84 del Código de Familia (Catalán) (JUR 2004\113418). Sin embargo, el TSJ de Cataluña, en sentencias reiteradas viene diciendo que «tanto la dedicación a la familia como la colaboración con el trabajo a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge se contempla en el artículo 97 del Código Civil como elementos para la determinación de la pensión compensatoria y que éstas son "circunstancias equivalentes a las previstas en el artículo 41 del Código de Familia"; que la pensión compensatoria puede ser sustituida por una cantidad alzada y, además, que precisamente lo que se compensa en el supuesto del artículo 41 es la "insuficiente o inexistente retribución del trabajo", admitiendo la reducción de la base imponible, pues "de mantenerse y llevarse hasta las últimas consecuencias, la argumentación del TEARC, resultaría que en la hipótesis de separación de bienes (recordemos que es el régimen económico matrimonial primario existente en Cataluña) nunca habría lugar a reconocer la existencia de una auténtica pensión compensatoria"» [SSTSJ Cataluña de 28 de marzo de 2007 (JUR 2007\243756) y 27 de marzo de 2008 (JT 2008\555)].

Fecha de entrada: 07-11-2009 / Fecha de aceptación: 27-11-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

judicial (pues sólo en ese caso sigue habiendo vínculo y por tanto «cónyuge») o alude también a las cantidades que se satisfacen al «ex cónyuge», en caso de divorcio?; o cuando la norma menciona «decisión judicial», ¿es necesario que esta decisión sea una «sentencia»?; y cuando la ley dice «satisfechas», ¿a qué momento se refiere, al del abono efectivo?

3. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO «PENSIÓN COMPENSATORIA»

Según el Código Civil, **sólo es pensión compensatoria la que corresponde al cónyuge al que la separación o divorcio produce un desequilibrio económico en relación con el otro cónyuge que implique un empeoramiento de su situación con respecto a la que tenía constante el matrimonio**. La clara delimitación o especificación del concepto por el cual se obliga un cónyuge a satisfacer un importe a otro es importante, puesto que **cantidades que se satisfagan por otras causas** (excepto las anualidades por alimentos) **no van a ser objeto de reducción de la base imponible** del impuesto: así, por ejemplo, el levantamiento de las cargas familiares o las «cargas del matrimonio» a que se refiere el artículo 90 del Código Civil –reguladas en el Código Civil con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales, en los artículos 1.318, 1.362 y 1.348 del Código Civil, y que son los gastos de interés común que origina la vida familiar [7]–; y ni siquiera la compensación por el desequilibrio que temporalmente le causa a un cónyuge la separación, al encontrarse, en ese momento, en situación provisional de excedencia laboral, por no tener la naturaleza de pensión compensatoria [8]. Tampoco las «medidas provisionales» con carácter previo a la sentencia tendrán efecto sobre la base imponible, aunque se permite la reducción de las cantidades satisfechas por este concepto cuando una sentencia haya reconocido expresamente su procedencia con carácter retroactivo y siempre que hayan sido cantidades pagadas desde la presentación de la demanda de separación [9].

Para la Dirección General de Tributos es imprescindible que **conste clara y expresamente la naturaleza de la obligación con la denominación oportuna, así como la determinación concreta de la cuantía de la pensión compensatoria,** siendo necesario en caso de duda acudir al juez para que especifique la misma, y sólo resultando posible su reducción de la base imponible desde que dicha especificación haya sido realizada por el juez mediante sentencia [10].

---

7 Resolución de la AEAT 126797 del programa Informa. Resolución de la DGT 1830/1999, de 7 de octubre (NFC010344) y 359/2000, de 29 de febrero (NFC036299).

8 Resolución de la DGT 270/2002, de 19 de febrero (NFC016101).

9 Sólo a las cantidades pagadas desde la fecha de la presentación de la demanda y en ningún caso las cantidades que se hubieran podido satisfacer antes de presentar la demanda de separación («cargas del matrimonio») podrán ser objeto de reducción. Resolución de la AEAT 126799 del programa Informa y Resolución de la DGT 523/2000, de 9 de marzo (NFC011246), apenas citada.

10 Resolución de la DGT 1717/2001, de 19 de septiembre (NFC036295): «Ahora bien, con fecha 2 de noviembre de 1998 se dicta nueva sentencia judicial por la que se revisan las cantidades inicialmente acordadas, al haber cambiado la situación económica de la esposa, que serán satisfechas en concepto de pensión compensatoria, a la vez que se declara que, pese a la denominación expresada en el convenio, lo realmente pactado, aunque se expresase equivocadamente, fue el abono de una pensión compensatoria a la esposa y alimentos a las hijas del matrimonio, sin delimitar importes. No obstante, la imposibilidad de determinar las cuantías respectivas supone, a menos que en algún momento posterior se especificasen judicialmente las mismas, que el consultante no pueda practicar reducción alguna en su base imponible. Esta

Fecha de entrada: 07-11-2009 / Fecha de aceptación: 27-11-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

Los Tribunales de Justicia, todo hay que decirlo, se muestran, sin embargo, mucho más flexibles en la exigencia de este requisito [11], insistiendo en que debe analizarse la naturaleza de la pensión satisfecha, más allá de su *nomen iuris* [12], lo cual es no sólo lógico, sino coherente con el artículo 13 de nuestra Ley General Tributaria.

Dice la DGT, citando Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1992, que **las indemnizaciones que traen causa en la nulidad matrimonial del artículo 98 del Código Civil tampoco reducen la base imponible**, por no corresponderse ni con la pensión compensatoria ni con la obligación de alimentos [13]. Y es que, efectivamente, respecto a la naturaleza de la indemnización, el Tribunal Supremo, en la mencionada sentencia, mantiene que «la indemnización que dicho artículo 98 del Código Civil reconoce no es de naturaleza alimenticia, ni tampoco se corresponde a la pensión compensatoria que refiere el precepto 97 de aquel cuerpo legal, sino que más bien se trata de que en cierto sentido una equitativa reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la nulidad de un matrimonio por la extinción de un proyecto común de vida de los esposos afectados, que no ha ido consolidándose en los años de convivencia, hasta producir su desaparición».

No obstante, la no procedencia de la reducción es lógica, pues para la Administración tiene la consideración de pérdida patrimonial en el pagador y de ganancia en el perceptor, siendo el periodo de generación en ambos casos el tiempo transcurrido desde la celebración del matrimonio hasta el momento en que, con efectos retroactivos, éste es anulado.

La pensión compensatoria puede consistir tanto en la entrega de una pensión mensual como revestir otras modalidades, y la casuística, como veremos, es tremendamente variada. El artículo 99 del Código Civil determina que «en cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero», sin que sea necesaria convalidación judicial alguna del acuerdo para que civilmente el mismo sea válido. Si se diera alguno de estos casos, lo entregado en sustitución de la pensión tendría el mismo tratamiento fiscal que la pensión compensatoria, pues «una cesión patrimonial

especificación judicial de la cuantía correspondiente a pensión compensatoria se produce con la Sentencia de 2 de noviembre de 1998. En consecuencia, el consultante podrá reducir su base imponible en el importe de las cantidades satisfechas en concepto de pensión compensatoria a partir de esta última fecha».

11 STSJ Madrid de 22 de mayo de 2008 (JUR 2008\213250): «respecto de la ex esposa, el divorcio extingue el vínculo matrimonial y en esta situación no hay cargas del matrimonio, por lo que cabe entender que el pago del alquiler de la vivienda que ésta también ocupa tiene por objeto compensar la peor situación económica que pasa a tener tras el divorcio y encaja en el concepto que recoge el artículo 97 del Código Civil, que regula la pensión a que tiene derecho el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro y que si reduce la base imponible».

12 STSJ Madrid de 26 de febrero de 2008 (JUR 2008\198897): «Como ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala en anteriores ocasiones, y, concretamente respecto del hoy recurrente –Sentencia de 30 de noviembre de 2006– "el tenor literal del artículo 71.2 de la Ley 18/1991 es claro al proclamar, en lo que aquí interesa, que sólo puede reducirse de la base imponible el importe de la pensión compensatoria a favor del cónyuge, en cuyo concepto no pueden incluirse las contribuciones para el levantamiento de las cargas familiares, si bien para incluir concretas cantidades en uno u otro concepto no hay que seguir necesariamente el *nomen iuris* empleado, sino que debe atenderse a la verdadera finalidad perseguida por el órgano judicial que establece la obligación de pago", lo cual lleva a este Tribunal a considerar como pensión compensatoria las cantidades mensuales establecidas en beneficio de su esposa y en atención a su situación económica, permitiendo su reducción en el IRPF, al hallarse fijada judicialmente».

13 Resolución de la DGT V0922/2006, de 11 de mayo (NFC022716).

Fecha de entrada: 07-11-2009 / Fecha de aceptación: 27-11-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

realizada en tales condiciones no puede caber duda de que equivale a una propia pensión compensatoria, aunque no tenga carácter anual o periódico y se consume en un solo acto» [14], con la particularidad de que, de ser así, se imputará exclusivamente en el ejercicio en que se produzca.

Es posible, por tanto, reducir la base imponible cuando la pensión se sustituya, por ejemplo, por la *entrega de un capital en bienes o en dinero* [15], lo que tendrá la ventaja en el perceptor de que podrá gozar de la reducción del 40% prevista para las rentas calificadas reglamentariamente como obtenidas de forma notoriamente irregular en el tiempo [16]. Cuando se capitaliza una pensión, la DGT es extremadamente rigurosa al exigir que conste expresamente el capital que sustituye a la pensión [17], aunque los tribunales se muestran más flexibles [18]. La reducción operará en el periodo impositivo en que se satisficiera la prima única o el pago único, es decir, que será en el ejercicio en que se satisface cuando procederá la práctica de la reducción (en una y otra base imponibles), lo que puede suponer una ventaja, en función de su efecto sobre la progresividad del impuesto, pero también un perjuicio si, por ejemplo, el contribuyente no tiene base general suficiente y tiene base imponible del ahorro, ya que en este caso la pensión satisfecha supondrá un ahorro fiscal al 18%, cuando de otra forma podría haber llegado a ser del 43% [19].

Nótese que, en el supuesto de que lo entregado en concepto de pensión compensatoria sean bienes inmuebles, podrán eventualmente producirse ganancias patrimoniales en quien efectúe la entrega, por la diferencia entre el valor de adquisición y el valor en el momento de la entrega. No obstante, el impacto fiscal de esta operación queda neutralizado por el hecho de que la minoración de la base imponible se imputará en su totalidad en ese mismo ejercicio en que se produzca la cesión.

En ocasiones, la pensión se sustituye por la *constitución de un seguro de renta vitalicia de prima única*, lo cual tampoco impide la minoración de la base imponible del cónyuge que la constituye [20].

También podrá reducirse la base imponible en este concepto si la pensión compensatoria se concreta en la *cesión de la propiedad de la vivienda en la que reside el ex cónyuge* y en el *pago de*

14 STS de 24 de octubre de 1998, Sala de lo contencioso-administrativo (NFJ006967). Véase también la STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de marzo de 2002 (NFJ012231), en la que la Sala, con base en la autonomía de la voluntad existente en el ámbito civil a la hora de acordar la modalidad de pago de la pensión compensatoria, acepta que la sustitución del pago de una pensión mensual por la entrega de una cantidad de dinero en efectivo, válida civilmente, sea trasladable al ámbito fiscal, sin necesidad de convalidación judicial, y afirma que «si el artículo 99 del Código Civil permite sustituir pensión por capital, sin exigir convalidación judicial, difícilmente puede interpretarse la norma fiscal con dicha exigencia, pues donde la ley no establece un determinado requisito no puede exigirse el mismo por la Administración (...) Si el ordenamiento jurídico deja a la autonomía de la voluntad de los cónyuges el fijar la modalidad económica compensatoria (pensión mensual o capital en efectivo), su traslado al ámbito fiscal no puede ser diferente, con un nivel de exigencia formal más restrictivo y con una interpretación de la Administración que, en la práctica, viene a contradecir las normas civiles de las que trae causa». La reducción en este caso se practicará por el importe de los bienes entregados.

15 Resolución de la DGT V1546/2005, de 22 de julio (NFC030395).

16 Resolución de la AEAT 126800 del Informa.

17 Resolución de la DGT 270/2002, de 19 de febrero (NFC016101).

18 STSJ Madrid de 21 de noviembre de 2002 (JT 2002\1126).

19 Resolución de la DGT 1057/2004, de 21 de abril (NFC019093), que dice seguir el criterio mantenido en las anteriores Consultas números 1409/1998 (NFC008653) y 2131/2003 (NFC027271).

20 Resolución de la DGT 1057/2004, de 21 de abril (NFC019093).

Fecha de entrada: 07-11-2009 / Fecha de aceptación: 27-11-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

las cuotas de amortización del préstamo hipotecario constituido sobre la vivienda [21]. Nada obstaría, tampoco, a que para el pago de la pensión *se constituyera un usufructo sobre bienes del obligado a su pago*, en cuyo caso fiscalmente la reducción se realizaría por el valor del usufructo en el momento de su constitución. También sería posible, por ejemplo, reducir la base imponible cuando *la pensión se sustituya por la satisfacción de las cuotas de capital e intereses del préstamo hipotecario*.

Caso distinto es el de la *atribución por convenio regulador del uso de la vivienda familiar al ex cónyuge y a los hijos*, pues este uso se atribuye civilmente en atención al interés de los hijos y no del ex cónyuge, constituyendo una partida incluida en las obligaciones de alimentos a favor de aquéllos. Por ello, los gastos inherentes al uso de la vivienda por el ex cónyuge que convive con los hijos no reducen la base imponible [22].

Otro supuesto en que podría admitirse la reducción de la base imponible por pensión compensatoria sería aquel en que la misma consistiera en la *aportación por un cónyuge de cantidades al plan de pensiones del otro o en la cesión de las prestaciones recibidas* una vez acaecida la contingencia correspondiente [23].

Para cuando expresamente, además de la pensión compensatoria, un contribuyente se hace cargo del préstamo hipotecario de la que era su anterior vivienda familiar, la AEAT considera que la obligación de pagar las cuotas del préstamo hipotecario de la vivienda familiar no se puede equiparar al concepto de pensión compensatoria, definido en el Código Civil, sino que nos encontramos ante un «levantamiento de las cargas familiares», concepto que no da derecho a reducir la parte general de la base imponible. En consecuencia, por el pago del préstamo hipotecario de la vivienda familiar no puede practicarse reducción alguna. Si bien, téngase en cuenta que, a partir del 1 de enero de 2007 los contribuyentes, en caso de nulidad matrimonial, divorcio o separación judicial pueden practicarse la deducción por adquisición de vivienda habitual por las cantidades satisfechas para la adquisición de la que fue durante la vigencia del matrimonio su vivienda habitual, siempre que continúe teniendo esta condición para los hijos comunes y el progenitor en cuya compañía queden [24].

4. A QUIÉN SE REFIERE LA LEY CUANDO HABLA DE «CÓNYUGE»

Cuando la ley habla de pensiones compensatorias «a favor del cónyuge», **debe entenderse que se refiere tanto a las satisfechas al cónyuge** (es decir, a las que se pagan cuando hay separación judicial) **como las satisfechas al ex cónyuge** (que son las que proceden cuando hay divorcio).

Debe reconocerse que una interpretación estricta del precepto legal llevaría a dejar fuera del mismo las pensiones satisfechas tras una declaración de divorcio, pues en puridad, tras el mismo, al

21 Resolución de la DGT 521/2001, de 13 de marzo (NFC012693); STSJ Cataluña de 24 de abril de 2008 (JT 2008\774).

22 Resolución de la DGT 514/2003, de 9 de abril (NFC017649).

23 Como puede deducirse de la Consulta de la DGT V0806/2008, de 17 de abril (NFC029013).

24 Resolución 126798 del Informa, citando la Consulta de la DGT 514/2003, de 9 de abril (NFC017649).

Fecha de entrada: 07-11-2009 / Fecha de aceptación: 27-11-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

estar el matrimonio disuelto y no existir vínculo, no puede hablarse tampoco de «cónyuges», sino de «ex cónyuges». Sin embargo, no se ha llegado a tal extremo de literalidad, y la propia DGT admite la reducción en caso de divorcio [25], como no podría ser de otra manera, teniendo en cuenta que ni siquiera la legislación civil es siempre precisa y distingue el concepto de cónyuge y ex cónyuge [26].

Ahora bien, **las cantidades satisfechas a la ex pareja de hecho**, aunque lo fueran en virtud de un convenio regulador elevado a público ante notario, **no reducen la base imponible de quien las satisface**, al no caber en el concepto de cónyuge ni en el de ex cónyuge [27]. Puede recordarse a este respecto cómo, en esta línea, las parejas de hecho no pueden hacer declaración conjunta, al exigir la ley que sólo los cónyuges no separados legalmente puedan optar por la misma. Ello es de alguna manera paradójico cuando nos encontramos ante leyes autonómicas como la Ley de Andalucía de parejas de hecho, que equipara las mismas con los matrimonios a efectos de los tributos cedidos y especialmente en el Impuesto sobre Sucesiones [28].

Caso distinto es el de las leyes que han equiparado jurídicamente a las parejas de hecho con los matrimonios, como la Ley Foral de parejas estables de Navarra, que ha modificado la Ley Foral del IRPF incluyendo, como reducciones a la base imponible, las pensiones compensatorias recibidas del cónyuge o pareja estable y las anualidades por alimentos [29]. Salvo estas excepciones (que en realidad no son tales, pues son regulaciones de una ley distinta a la estatal del IRPF que constituye el objeto de nuestro estudio), las Comunidades Autónomas no pueden modificar la ley estatal, pues no tienen competencias normativas sobre reducciones en la base del impuesto estatal.

También debe interpretarse en sentido estricto la expresión «satisfechas al cónyuge» desde el punto de vista del pagador, que no puede ser otra persona que un cónyuge (en caso de separación judicial) o ex cónyuge (si hay divorcio). Las cantidades que un contribuyente pueda asumir pagar por otra persona (en virtud de una novación subjetiva de una obligación) no reducirían la base imponible de aquél, pues la reducción regulada lo es sólo a favor del cónyuge. Y ello aun cuando el artículo 101 del Código Civil establece que «el derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor».

Es el caso en el que por ejemplo la pensión compensatoria no es satisfecha por un cónyuge a otro, sino por los hijos a su madre, en virtud de una subrogación de la posición de aquéllos en la de su padre, que ha resuelto algún tribunal. Entre los argumentos para negar la reducción están, tanto la autonomía de que gozan las normas tributarias respecto de las que se integran en otros sectores o ramas del ordenamiento, como los principios de inalterabilidad de los elementos de la obligación tributaria y de indisponibilidad del crédito tributario, además del hecho de que las reducciones en la

25 Resolución de la DGT 1409/1999, de 27 de julio (NFC010038).

26 Véase el mismo artículo 97, regulador de la pensión compensatoria en caso de separación o divorcio, cómo se refiere exclusivamente al cónyuge.

27 Resolución de la DGT 575/2001, de 19 de marzo (NFC012180).

28 Ley 5/2002, del Parlamento de Andalucía, y artículo 8 de la Ley 10/2002, de la misma Comunidad Autónoma.

29 La Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Igualdad jurídica de las parejas estables modificó el IRPF. En Navarra se permite la reducción de cantidades satisfechas por este concepto a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas en favor de los hijos del sujeto pasivo, establecidas ambas por decisión judicial, así como las cantidades legalmente exigibles satisfechas a favor de la pareja estable.

Fecha de entrada: 07-11-2009 / Fecha de aceptación: 27-11-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

base imponible tienen la naturaleza de bonificaciones o exenciones parciales, lo que obliga a la aplicación del precepto de la Ley General Tributaria que explicita que no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones o bonificaciones [30].

5. CUÁNDO DEBEN SATISFACERSE LAS CANTIDADES PARA GOZAR DE REDUCCIÓN

La ley establece que, para reducir la base imponible del IRPF, **las cantidades han de haber sido «satisfechas» en el ejercicio en que se pretenda la reducción**. Con esta regulación se pretende que exista una correlación temporal entre las cuantías que reducen la base imponible del contribuyente que las satisface y las que tributan en quien las percibe, pero para ello se requiere **que en ese ejercicio se haya producido efectivamente el pago**, no bastando con que exista obligación de hacerlo si éste no se ha producido [31].

No obstante, no debe olvidarse que, para que las pensiones tengan esta implicación fiscal, es requisito *sine qua non* el que se paguen por decisión judicial. Por ello, *si se pagan cantidades con anterioridad a que sean exigibles por sentencia* o convalidación judicial del convenio regulador, su importe, aunque haya sido «satisfecho en el ejercicio», no podrá ser objeto de reducción en ese momento en la base imponible de quien las satisface, por no haberlo sido en virtud de decisión judicial.

La DGT admite, eso sí, la procedencia de la reducción de la base posteriormente, en el ejercicio en que se dicte la resolución judicial, entendiendo que será sólo en este momento cuando se puedan entender cumplidos los dos requisitos [32]. Ciertamente, en este caso se rompe la correlación temporal a la que antes hacíamos mención, pues el perceptor de la pensión sí deberá integrarla como rendimiento en el ejercicio en que la perciba, aunque no exista resolución judicial, rigiendo para éste el criterio de caja, pero debe reconocerse que sólo de esta manera pueden entenderse concurrentes los requisitos legales para que proceda la reducción.

Caso distinto es el de la sentencia judicial que lo que hace es ratificar un convenio regulador previo. En este caso, la DGT considera que las cantidades *satisfechas con anterioridad a la ratificación*, y que habrán debido ser imputadas por su perceptor en los ejercicios en que se cobraran, reducirán la base imponible del pagador de cada uno de los ejercicios en que las hubiera satisfecho, debiendo solicitar en este caso la rectificación de las autoliquidaciones presentadas [33].

Siguiendo el criterio de reducción en el ejercicio del pago efectivo, si en virtud de la sentencia se pagasen las pensiones establecidas en el convenio regulador desde la presentación de la demanda,

30 Caso resuelto por STSJ de Baleares de 29 de octubre de 2002 (NFJ013412).

31 Resolución del TEAC de 27 de marzo de 1998, en recurso extraordinario para unificación de criterio (NFJ006482).

32 Resolución de la DGT 1409/1998, de 31 de julio (NFC008653).

33 Resolución de la DGT 523/2000, de 9 de marzo (NFC011246).

Fecha de entrada: 07-11-2009 / Fecha de aceptación: 27-11-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

que no se hubieran pagado con anterioridad a la sentencia de ratificación, se reducirá la base imponible en el ejercicio en que se satisfagan [34].

Por el mismo criterio, cuando en un ejercicio se abonen cantidades en concepto de *actualizaciones de pensiones compensatorias de años anteriores*, el pagador reducirá su base imponible ese año en que las ha satisfecho, aunque el perceptor deba imputar las rentas, en virtud del artículo 14.1 a), al periodo impositivo en que fueran exigibles [35].

6. QUÉ SIGNIFICA QUE LA LEY EXIJA «DECISIÓN JUDICIAL»

Todo lo que no se satisfaga por decisión judicial no tendrá trascendencia a efectos de aminorar la base imponible. Por tanto, como tiene manifestado la AEAT, no podrá reducirse la base imponible en el importe de las cantidades satisfechas con anterioridad a la sentencia judicial, pues éstas no se habrán satisfecho realmente en virtud de tal decisión del juez [36].

Eso sí, puede aclararse que, cuando **la ley** exige, para que puedan ser objeto de reducción, que las cantidades sean «satisfechas por decisión judicial», **no obliga a que la fijación de las cuantías se haya hecho por sentencia. Se admite que sean importes a los que las partes han llegado mediante convenio regulador, siempre que hayan sido aprobados por el juez**, o incluso si se fijaron por *transacción judicial*. Así lo viene admitiendo la DGT en contestaciones a consultas reiteradas a lo largo de los años [37]. También nuestros tribunales han insistido en la necesidad de que haya «intervención judicial» para que proceda la reducción, sin que sea necesario que la misma consista necesariamente en un pronunciamiento por sentencia [38].

Tampoco es necesario que la sentencia que fije la pensión compensatoria sea dictada por un tribunal español, siendo **válida a efectos fiscales una pensión fijada por un tribunal extranjero.** Es decir, que lo importante es que se trate de una obligación que por su naturaleza y su causa sea equivalente a la pensión compensatoria de nuestro Código Civil [39].

Lo anterior conduce a la idea que late en la regulación: que deben ser cantidades impuestas, obligatorias, de modo que las cantidades que se satisfagan por mera voluntad o *animus donandi* a

34 Resolución de la DGT 523/2000, de 9 de marzo, ya citada (NFC011246).

35 Resolución de la DGT V0924/2008, de 9 de mayo (NFC029549).

36 Resolución 126796 del programa Informa. Hace referencia a la Consulta de la DGT V1302/2006, de 30 de junio (NFC023266).

37 Por todas, véase por ejemplo la Consulta V1988/2005, de 6 de octubre (NFC032465).

38 Entre otras, véase la STSJ de Baleares de 17 de septiembre de 2002 (NFJ013160). En la STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de marzo de 2002 (JT 2002\982), la Sala interpreta que un acuerdo transaccional sustitutorio de una pensión compensatoria acordada inicialmente por sentencia, al ser válido civilmente, tiene eficacia en el ámbito fiscal. También entra en el concepto de decisión judicial el auto de ejecución, cuando es en el mismo donde se reconoce la pensión [STSJ Murcia de 20 de noviembre de 2002 (JUR 2003\16238)].

39 Resolución de la DGT V0706/2008, de 8 de abril (NFC029005). Ello puede plantear algún problema de prueba, como el que resuelve la STSJ Aragón de 25 de julio de 2007 (JUR 2008\139890), donde la sentencia de divorcio, dictada por un tribunal civil de la República Argentina, había sido aportada al procedimiento de otorgamiento de exequátur promovido por el recurrente y reconocido por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Fecha de entrada: 07-11-2009 / Fecha de aceptación: 27-11-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

modo de liberalidad, no tienen relevancia a efectos de este impuesto. Obviamente ello sin perjuicio de su eventual impacto en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, como por ejemplo la cantidad que abona el ex cónyuge al hijo de su ex mujer habido en un matrimonio anterior [40].

Mención expresa debe hacerse al caso de las actualizaciones de los importes de las pensiones. A efectos de la reducción, debe cuidarse especialmente que la actualización de la pensión sea también obligatoria, puesto que puede llegarse a poner en duda la procedencia de la reducción si no consta especificada en el convenio o sentencia la procedencia de la actualización, y podría considerarse también una liberalidad [41].

7. QUÉ «ANUALIDADES POR ALIMENTOS» PUEDEN SER OBJETO DE REDUCCIÓN EN LA BASE IMPONIBLE DE QUIEN LAS SATISFACE

La Ley del IRPF sólo permite reducir la base imponible a quien satisface anualidades por alimentos a parientes o al cónyuge, pero no a quien lo hace en favor de los hijos. Se trata de una reducción establecida por el legislador por razones técnicas, y por ello la mencionada exclusión está plenamente justificada, teniendo en cuenta que las cantidades que el progenitor abona a los hijos por decisión judicial están exentas de tributación en este impuesto en sede de estos últimos. De no ser así, la norma fiscal haría de mejor condición al progenitor separado o divorciado que paga estas anualidades que al que convive con sus hijos y sufraga igualmente los gastos de manutención, educación, vestido, etc.

Por tanto, **sólo las anualidades por alimentos satisfechas a otras personas que no sean los hijos** (cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos) **podrán reducir la base imponible, y siempre que se satisfagan, no por mera voluntad del contribuyente, sino por decisión judicial**. La ley es tajante al establecer que nunca podrán ser objeto de reducción las cantidades abonadas a los hijos en cumplimiento de una resolución judicial, pero, por ejemplo, sí podrá ser objeto de reducción el importe que abona un hijo a su padre, cantidad que, en lógica coherencia técnica, deberá tributar en sede de su perceptor. Por esta misma razón, si se fijara una obligación de alimentos de un abuelo a su nieto, también podría ser objeto de reducción de la base imponible de aquél, puesto que se trataría de un descendiente, aunque no de un hijo, y puesto que no sería una renta exenta en sede del nieto.

En puridad, las cantidades que puedan abonarse en caso de nulidad matrimonial o en caso de divorcio no podrían considerarse «anualidades por alimentos», dado que el Código Civil sólo permite exigirlas a quien, no siendo pariente, tiene la condición de cónyuge; dado que con la nulidad el estatus de cónyuge se considera que nunca se ha tenido, y que con el divorcio, el mismo desaparece, en sentido estricto sólo procederían estas anualidades en caso de separación matrimonial. No obstante, la DGT ha admitido la posibilidad de reducir la base imponible del contribuyente divorciado que satisfacía alimentos a quien fue su esposa, no así de las cantidades que abona para el «levantamiento de las cargas familiares» [42].

40 Resolución de la DGT V2185/2007, de 16 de octubre (NFC027758).

41 STSJ Asturias de 12 de junio de 2001 (JT 2001\1154).

42 Resolución de la DGT 1830/1999, de 7 de octubre (NFC010344).

Fecha de entrada: 07-11-2009 / Fecha de aceptación: 27-11-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

8. DELIMITACIÓN Y ESPECIFICACIÓN DE LOS DISTINTOS CONCEPTOS POR LOS QUE PUEDE SATISFACERSE UNA OBLIGACIÓN ÚNICA

Dado que sólo los conceptos, *strictu sensu*, mencionados por la Ley del Impuesto y que se han analizado en las páginas precedentes, darán lugar a reducción de la base imponible del IRPF, **es deseable que conste especificado en la sentencia o en el convenio regulador el concepto por el que alguien se obliga a pagar a otro ciertas cantidades**, ya que si, por ejemplo, no consta expresamente el reconocimiento de una pensión compensatoria, la Administración no aceptará la reducción de la base imponible [43].

El problema no se plantea desde el punto de vista civil, ámbito en el cual los conceptos son claramente diferentes. El conflicto se produce porque **la Administración tributaria se opone a la admisión de reducciones de la base imponible cuando las sentencias o convenios no delimitan los conceptos a que se corresponden las rentas pagadas** [44] o no especifican las cantidades que corresponden a cada uno de los perceptores (caso frecuente, por ejemplo, cuando en concepto de «cargas familiares» se impone la obligación de un pago único a la esposa e hijos), por entender que «no es posible fijar un criterio administrativo de reparto, ya que la cuantía total ha sido fijada judicialmente atendiendo a las circunstancias concretas del cónyuge e hijos, aunque posteriormente se fijase una cifra global» [45].

En la práctica, parece venir entendiéndose por la Agencia que si las sentencias no especifican la naturaleza de la obligación, se entenderá que todo el importe corresponde a anualidades por alimentos a favor de los hijos, y que si no se especifican los beneficiarios de las anualidades por alimentos ni su distribución, éstas corresponderán en todo caso a los hijos.

También es cierto que, en alguna ocasión, la DGT ha admitido una reducción basándose en una certificación del Secretario del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción en la que se expresa qué parte se destina a pensión compensatoria a favor del ex cónyuge [46].

Hay tribunales económico-administrativos que, sin embargo, entienden que procede la reducción en proporción al número de beneficiarios [47]. El TEAC por su parte ha negado a veces esta posibilidad, alegando que al no estar definida en la sentencia de divorcio la cantidad que corresponde a cada una de las personas afectadas, no es factible practicar reducción alguna, ante la imposibilidad de determinar las cuantías respectivas [48]. Más específicamente, el TEAC, resolviendo recurso extraordinario para unificación de criterio, considera que cuando el uso de la vivienda se atribuye al ex cónyuge y a los hijos conjuntamente, no podrá considerarse, salvo que se diga expresamente, que haya

43 Resolución de la DGT 1658/2003, de 17 de octubre (NFC018740).

44 Entre tantas, Resolución de la DGT 1658/2003, de 17 de octubre (NFC018740).

45 Resolución de la DGT 1955/1999, de 22 de octubre (NFC036297).

46 Resolución de la DGT 1648/1998, de 15 de octubre (NFC008642).

47 Así, por ejemplo, Resoluciones del TEAR de Andalucía de 27 de mayo de 1997 (NFJ005674) y de 30 de octubre de 1997 (NFJ006075) y TEAR de Cataluña de 5 de noviembre de 1997.

48 Resolución del TEAC de 14 de septiembre de 2006 (NFJ035498).

Fecha de entrada: 07-11-2009 / Fecha de aceptación: 27-11-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

cantidad alguna en concepto de pensión compensatoria, pues el uso de la vivienda familiar se atribuye por las normas civiles prioritariamente en atención al interés de los hijos [49].

Por su parte, los tribunales de justicia también utilizan criterios de prudencia y proporcionalidad, y muchas veces distribuyen entre los beneficiarios las cantidades que la sentencia no distingue [50], aunque otras consideran necesario, para que pueda minorarse la base imponible, que el convenio especifique claramente qué cantidades van al cónyuge en concepto de pensión compensatoria, con el argumento de que sólo los alimentos a favor de los hijos son contenido necesario de un convenio de este tipo [51]. A estos efectos, por algunos órganos jurisdiccionales se han empleado las reglas de atribución de rentas establecidas para las comunidades de bienes y consecuentemente y en defecto de pacto, se ha considerado la distribución de las rentas por partes iguales entre cónyuge e hijos para efectuar la reducción de la base imponible con esta proporción [52].

Hay tribunales que, sin embargo, han llegado a exigir que la cantidad que se pretende sea reducción de la base imponible por ser pensión compensatoria, debería haber sido ingresada en una cuenta del propio cónyuge, negando la reducción porque la cantidad se ingresaba en la cuenta de uno de los hijos mayores de edad [53].

Como en tantos otros temas, estamos aquí básicamente ante un problema de prueba. Si no se diferencia la parte destinada a anualidades por alimentos a los hijos y parte correspondiente a la pensión compensatoria, será aquel que pretenda hacer valer su derecho quien deberá probar los hechos constitutivos del mismo. Y en este sentido, considero que puede afirmarse que, cuando las cantidades no se han especificado ni repartido, corresponde a la Administración probar que se trata exclusivamente de una prestación a favor de los hijos y no imputar al actor la carga de la prueba de la no concurrencia de dicho requisito [54].

49 Resolución del TEAC de 14 de enero de 2000 (NFJ008823), aplicada posteriormente en Resolución del mismo Tribunal 4 de abril de 2003 (NFJ014610) y por Tribunales Superiores de Justicia como el de Cataluña [en Sentencia de 11 de mayo de 2006 (NFJ024402)] y el de Madrid [en Sentencia de 23 de diciembre de 2005 (NFJ022541)].

50 STSJ Galicia de 19 de junio de 2002 (JT 2002\1527). Posteriormente, el mismo Tribunal, en Sentencia de 23 de mayo de 2006 (JT 2007\1034), dice que «no se hace preciso mayor esfuerzo dialéctico para comprender la naturaleza compensatoria de aquel componente a favor del ex cónyuge» y considera «razonable» el 50% imputado por éste a pensión compensatoria y, en consecuencia, a reducir la base imponible.

51 STSJ Canarias de 20 de mayo de 2002 (NFJ016406).

52 STSJ Castilla y León (Valladolid) de 11 de enero de 2008 (NFJ028340), siendo ésta su doctrina reiterada [en Sentencias de 29 de noviembre de 2003 ó 31 de enero de 2006 (NFJ022649) y 31 de marzo de 2006].

53 STSJ Madrid de 17 de abril de 2006 (NFJ023545).

54 Así resolvió la Sentencia del TSJ de Canarias de 9 de abril de 1999 (NFJ007988). En la sentencia puede leerse: «aunque el acta de la Inspección goza de presunción de veracidad, y a partir de ese significado puede producir el efecto de trasladar sobre el administrado la carga de la prueba, esa idoneidad probatoria no existe en el supuesto enjuiciado, pues como dice la STC 76/1990, el valor probatorio de las actas "sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias", tesis que es de arraigo constante en las SSTS».

Fecha de entrada: 07-11-2009 / Fecha de aceptación: 27-11-2009 / Fecha de revisión: 12-01-2010

PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN EL ÁMBITO INTERNO. LA SENTENCIA DEL TJCE

Stella Raventós Calvo

Abogada
Socia de Balaguer-Morera & Asociados.
Chairman de la Task Force de la Confédération Fiscale Européenne sobre la jurisprudencia del TJCE

Extracto:

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha confirmado que la normativa comunitaria no se opone a una ley nacional en materia de precios de transferencia aplicable únicamente a las transacciones transfronterizas. A la luz de la sentencia, el legislador español debería explicar por qué mantiene el artículo 16 de la LIS y el Reglamento de desarrollo en los términos actuales.

Palabras clave: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, normativa de precios de transferencia y ámbito interno.

TRANSFER PRICING IN THE DOMESTIC SPHERE. THE JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

STELLA RAVENTÓS CALVO

Abogada
Socia de Balaguer-Morera & Asociados.
Chairman de la Task Force de la Confédération Fiscale Européenne sobre la jurisprudencia del TJCE

Abstract:

THE European Court of Justice has confirmed that Community Law is not contrary to a national rule on transfer princing only applicable to cross-border transactions. In the light of this judgment, the Spanish legislator should explain why article 16 of the Corporate Income Tax and its developing Regulations are kept in the present terms.

Keywords: European Court of Justice, transfer pricing rules and domestic sphere.

«Como decíamos ayer…» [1]

Era de esperar. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha dado ha conocer su fallo en el asunto **Société de Gestion Industrielle (SGI)** contra el Estado belga [2], fallo que sigue la propuesta que había formulado la Abogada General Kokott en sus Conclusiones del 10 de septiembre de 2009, que fueron objeto de un breve comentario en esta misma revista [3].

Recordemos la cuestión: SGI, sociedad *holding* residente en Bélgica, concedió a una sociedad francesa, Recydem, participada por aquélla en un 65%, un préstamo sin interés. El fisco belga giró una liquidación complementaria por los intereses que, a un tipo del 5%, la filial hubiera debido satisfacerle [4]. En su defensa, en el marco del litigio ante el Tribunal de Mons, SGI solicitó el planteamiento de la cuestión prejudicial, que el órgano de remisión llevó a cabo en los siguientes términos: «Si el artículo 43 de la CE, en combinación con el artículo 48 de la CE y, si es necesario, con el artículo 12 de la CE, se opone a una normativa de un Estado miembro que, como la que es objeto de examen, comporta el gravamen sobre un beneficio extraordinario o sin contrapartida en sede de la sociedad residente belga que haya concedido el mencionado beneficio a una sociedad establecida en otro Estado miembro, con la cual la sociedad belga está unida, directa o indirectamente, por vínculos de interdependencia, mientras que, en condiciones idénticas, la sociedad residente belga no puede ser sometida a imposición por un beneficio extraordinario o sin contrapartida en el supuesto de que dicho beneficio se conceda a otra sociedad establecida en Bélgica, con respecto a la cual la sociedad belga está unida, directa o indirectamente, por vínculos de interdependencia» [5].

Pues bien: el TJCE, efectivamente, constata que en la norma belga se da un trato fiscal diferente a la sociedad belga en virtud de que la otra parte (la sociedad participada) sea una sociedad

1 Fray Luis de León, tras una ausencia algo más larga.

2 C-311/08, de 21 de enero de 2010 (NFJ036705).

3 *RCyT*. CEF, núm. 320 (noviembre 2009).

4 En el caso hay más datos y otra operación vinculada, concretamente un pago por dieta de consejo pagado a una sociedad luxemburguesa, que parece desproporcionado a los servicios prestados, en opinión de la administración belga, pero ninguno de estos datos añade nada relevante al caso.

5 Traducción de la autora del texto italiano. La versión en español no está disponible en el momento de redactar estas notas.

residente en la misma Bélgica o no [6]. Dicho trato fiscal desigual constituye una restricción a la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 43 de la CE en relación con el 48 de la CE.

Ahora bien, se trata de una restricción justificada. Y justificada, básicamente, por la necesidad de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, entendido como «el derecho de un Estado miembro a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades desarrolladas en su territorio» [7], que se vería afectado si la base imponible aumentase en uno de los Estados y disminuyese en el otro por el valor de los beneficios transferidos [8]. Por ello, «permitir a las sociedades residentes que transfieran sus beneficios en forma de ventajas anormales o benévolas concedidas a sociedades con las que mantienen vínculos de interdependencia y que están domiciliadas en otros Estados miembros conlleva el riesgo de comprometer un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros. Ello podría poner en peligro, en principio, el sistema mismo del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros ya que, según la elección que hagan las sociedades que mantienen vínculos de interdependencia, el Estado miembro de la sociedad que concede las ventajas anormales o benévolas estaría obligado a renunciar, como Estado de residencia de esa sociedad, a su derecho a gravar los rendimientos de ésta, en beneficio, en su caso, del Estado miembro del domicilio de la sociedad beneficiaria» [9].

De todo ello se deduce que la normativa belga (es decir, aplicar las reglas en materia de precios de transferencia tan sólo a las operaciones con sociedades que no sean residentes en Bélgica) «permite al Estado belga ejercer su potestad tributaria sobre las actividades realizadas en su territorio» [10].

Hay un punto interesante en el razonamiento: el gobierno belga había alegado también, como motivo de justificación, el de la prevención de la evasión fiscal. Y el Tribunal la acepta. Recordemos que en casos anteriores, relativamente recientes [11], esa justificación se había aceptado, pero sólo en el supuesto de montajes puramente artificiales. En el caso que aquí examinamos, esa justificación no hubiera podido aplicarse, puesto que no nos encontramos en SGI ante ningún montaje puramente artificial. Tan sólo en un caso, el *Oy AA* [12], al que el TJCE hace expresa referencia, se había mencionado la prevención de la evasión fiscal como un objetivo relacionado con el de salvaguardar el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros. Pero en SGI el Tribunal es meridianamente claro: «una normativa nacional que no tiene por objeto específico excluir de la ventaja fiscal que establece los montajes puramente artificiales (…) puede, no

6 En la versión española de la sentencia se ha colado un gazapo: «Semejante diferencia de trato fiscal **de los dividendos** entre las sociedades residentes…». Evidentemente, la referencia a los dividendos no viene al caso porque el asunto no gira en torno a ese tipo de rentas. No está en las versiones inglesa ni italiana, por poner sólo las consultadas.

7 Párrafo 60.

8 Véase párrafo 62.

9 Párrafo 63.

10 Párrafo 64.

11 C- 264/96, de 16 de julio de 1998 (NFJ006465), *ICI;* C-446/03, de 13 de diciembre de 2005 (NFJ021162), *Marks and Spencer;* C-196/04, de 12 de septiembre de 2006 (NFJ023535), *Cadbury Schweppes* y C-524/04, de 13 de marzo de 2007 (NFJ024996), *Thin Cap Group Litigation*.

12 C-231/05, de 18 de julio de 2007 (NFJ025966).

obstante, reputarse justificada por el objetivo de prevención de la evasión fiscal considerado junto con el del mantenimiento del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros» [13]. Se van así definiendo los límites de la justificación del reparto de la potestad tributaria [14]: en *Marks&Spencer,* el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria debía acompañarse de las otras dos justificaciones, el riesgo de doble imputación de las pérdidas, por un lado, y el riesgo de evasión fiscal; en *Lidl Belgium* [15], el TJCE ya clarificó que bastaban dos de las tres justificaciones, en ese caso, el mantenimiento de la potestad tributaria y el riesgo de la doble compensación de pérdidas y en Oy AA ya se vislumbró que la segunda podía ser la evasión fiscal. En SGI se confirma. Puede no estar lejos la sentencia que acepte la del reparto de la potestad tributaria como única justificación.

Por lo demás, el Tribunal, siempre en la línea de la Abogada General Kokott, concluye que la normativa no va más allá de lo necesario, es proporcionada, porque, por un lado, «se basa en un examen de elementos objetivos y verificables para determinar si una transacción presenta el carácter de un montaje artificial con fines fiscales» [16] y por otro, «el contribuyente puede presentar, sin estar sujeto a **restricciones administrativas excesivas**, elementos relativos a los posibles motivos comerciales por los que se celebró dicha transacción» [17]. Y, sobre todo, porque, si del examen se concluye que la transacción va más allá de lo que las sociedades interesadas habrían convenido en circunstancias de plena competencia, es decir, si hay un precio de transferencia, «la medida fiscal debe limitarse a la fracción que supere lo que habría sido convenido de no existir una relación de interdependencia entre dichas sociedades» [18]. Ni palabra del ajuste secundario. Es cierto que la Abogada General no lo había mencionado, pero si tan necesario resultase, al Tribunal no le bastaría con limitar la medida fiscal «**a la fracción que supere lo que habría sido convenido**» entre partes independientes. Se trata de corregir para impedir un desplazamiento de bases imponibles de un contribuyente a otro, no de suplir la voluntad de las partes inventándose unos negocios jurídicos inexistentes. Y los jueces del tribunal europeo son, no lo olvidemos, juristas.

Para concluir: es cierto que, como estima algún reconocido autor, esta sentencia se aparta radicalmente de la recaída en *Lankhorst-Hohorst* [19]. Pero es que, en primer lugar, no hay que olvidar que después de *Lankhorst* hubo una *Marks&Spencer* que significó un giro de enorme trascendencia [20].

13 Párrafo 66.

14 Dicho sea de paso: en *Oy AA*, estas reflexiones las hacía el Tribunal en el ámbito de la proporcionalidad que, como sabemos, es el último eslabón del análisis en la jurisprudencia tradicional. En SGI se encuentra en el mismo examen de las justificaciones.

15 C-414/06, de 15 de mayo de 2008 (NFJ028333), párrafo 40.

16 Párrafo 71.

17 Id. el subrayado es nuestro. Cuando las restricciones administrativas sean excesivas, por tanto, habrá que concluir que la normativa es desproporcionada.

18 Párrafo 72.

19 C-324/00, de 12 de diciembre de 2002 (NFJ013286).

20 En la sentencia «Marks & Spencer: una ocasión perdida», en *Quincena Fiscal Aranzadi*, num. 6/2006, la autora ya avanzaba respecto de la justificación del mantenimiento del reparto de la potestad tributaria: «Instrumento fenomenal que el Tribunal ha facilitado a los Estados miembros para, en un futuro, justificar las restricciones al derecho comunitario sin el corsé que supone invocar el principio de coherencia fiscal. Desde luego, con este criterio, Lankhorst y Manninen, por citar sólo unas pocas, no hubieran sido posibles».

En segundo lugar, y al apreciar el efecto que la sentencia pueda tener en la vida empresarial europea –y de eso se trata, al fin y al cabo–, hay que tener en cuenta que si la reacción más común de los Estados miembros a la referida *Lankhorst* hubiera sido la de Alemania y no la de España [21], el efecto sería inversamente proporcional a la consecución del mercado único. Lo que hubiera seguido es la creación de barreras por todas partes y no al revés. Y en su obsesión por crear dichas barreras en torno a cada sociedad individualmente considerada, lo que se consigue es contribuir a paralizar los flujos económicos.

Y si el legislador español, una vez perdida la excusa comunitaria, que tan bien le va cuando le conviene, persiste en mantener las normas sobre precios de transferencia en el ámbito interno, que reconozca abiertamente que ello se debe a una única razón: la de la recaudación procedente de las sanciones que la inspección impondrá a diestro y siniestro cuando no se le presente un *dossier* de precios de transferencia, y de las derivadas de los ajustes secundarios que realizará, mientras intenta averiguar qué arcana intención llevó al contribuyente a transaccionar a esos precios con su sociedad remotamente vinculada.

21 Alemania puso fin a la diferencia de trato imponiendo la regla de subcapitalización a las transacciones internas; España –con mucho más tino– suprimió la subcapitalización para las empresas de la Unión Europea.

CUESTIONES A DEBATE...

ANÁLISIS DE LAS CONSULTAS DE LA DGT Y DEL ICAC EN RELACIÓN CON EL NUEVO PGC

GABINETE JURÍDICO DEL CEF

Extracto:

SON numerosas las consultas a las que la DGT y el ICAC han dado contestación en relación con una amplia lista de cuestiones vinculadas con la aplicación del nuevo Plan General de Contabilidad.

En un momento como el actual, de frecuentes modificaciones normativas en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades y un nuevo PGC todavía no asentado, son muchas las dudas que se plantean y que se intentan solventar mediante la formulación de las mismas a los órganos competentes para su resolución.

El **Curso de Perfeccionamiento y Actualización Tributaria** que se imparte en el CEF. ha dedicado una ponencia al estudio de las principales consultas emitidas por la DGT y el ICAC en referencia con las nuevas normas y criterios que se derivan de las últimas modificaciones normativas efectuadas en el campo tributario y contable. Consultas con especial incidencia a la hora de efectuar una correcta tributación en el Impuesto sobre Sociedades.

El presente artículo es resumen de la conferencia que tuvo lugar el día 17 de diciembre de 2009, impartida por don Eduardo Sanz Gadea, Inspector de Hacienda.

Palabras clave: consultas, DGT, ICAC y PGC.

CUESTIONES A DEBATE...

ANALYSIS OF THE OPINIONS DELIVERED BY THE TAX GENERAL DIRECTORATE AND THE INSTITUTE OF ACCOUNTING AND ACCOUNTS AUDITING RELATING TO THE NEW SPANISH GENERAL ACCOUNTING PLAN

GABINETE JURÍDICO DEL CEF

Abstract:

MANY are the opinions delivered in Spain by both the Tax General Directorate (DGT in its Spanish abbreviation) and the Institute of Accounting and Accounts Auditing (ICAC in its Spanish abbreviation) implementation of the new Spanish General Accounting Plan (PGC in its Spanish abbreviation), as many are the doubts currently arising regarding the frequent amendments of the Corporate Income Tax and the new, already non completely settled, General Accounting Plan, which are trying to be solved by posing them to the relevant public bodies.

The Tax Update and Improvement course, run by CEF, has devoted one lecture to survey the chief opinions issued by the DGT and the ICAC on the new rules and criteria resulting from the latest legal amendments on tax and accounting.

This paper summarizes the lecture on these subjects delivered last 17 december, 2009 by Mr. Eduardo Sanz Gadea, Spanish Tax Inspector.

Keywords: consultations, DGT, ICAC and PGC.

Sumario

Fondo de comercio.

Inmovilizado intangible de vida útil definida.

Provisiones.

Gastos de constitución, gastos por intereses diferidos y gastos por formalización de deudas.

Gastos por intereses diferidos y gastos por formalización de deudas [Consulta DGT n.º V1356/2009 (NFC033660) y Consulta 8 BOICAC n.º 75 (NFC031161)].

Gastos de constitución y de primer establecimiento [Consulta DGT n.º V0623/2009 (NFC032145)].

Operaciones con acciones propias.

Deducción para evitar la doble imposición interna.

Prima de emisión.

Pérdidas por deterioro de los valores representativos de la participación en el capital de entidades.

Operaciones vinculadas.

La fiscalidad y la contabilidad son dos disciplinas íntimamente relacionadas. Con la nueva redacción dada a numerosos artículos del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (en adelante, TRLIS) y a su normativa de desarrollo, el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio (en adelante, RIS), y el nuevo Plan General Contable (PGC), aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, son numerosas las dudas que se plantean, ya sea por un insuficiente desarrollo de la normativa, bien tributaria, bien contable, ya por el desconocimiento de los efectos fiscales ante los nuevos criterios contables. Lagunas o incertidumbres que se tratan de suplir mediante doctrina administrativa.

Como bien es sabido, el cálculo de la base del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS) parte del resultado contable, siempre que dicho resultado se determine 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 el desarrollo de las citadas normas.

Como consecuencia de ello, para determinar de manera correcta el resultado fiscal es preciso conocer el tratamiento contable de la operación mercantil para, a partir del mismo, estudiar las implicaciones fiscales que la misma conlleva a los efectos del IS.

Una primera duda surge ante operaciones cuyo tratamiento contable no está contemplado en los principios y normas de contabilidad generalmente aceptadas en España. ¿Podría acudirse en esa situación a las NIIF adoptadas por la Unión Europea?

En este sentido se manifiesta el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) en la *Consulta 1 BOICAC, n.º 74 (NFC030177)* en la cual concluye que, en ausencia de una norma o interpretación en la normativa nacional que se aplique específicamente a una transacción, los administradores deberán utilizar su criterio profesional para definir un criterio contable que sea lo más

respetuoso con el Marco Conceptual de la Contabilidad previsto en el PGC y con los criterios contenidos en las normas de contabilidad generalmente aceptadas en España. Al formarse juicio sobre esta cuestión, se podrán considerar las prácticas que se siguen en el sector, así como cualquier otro desarrollo normativo relevante. Se determina con este criterio, la no obligatoriedad de aplicación supletoria de **las NIIF**, dado que las mismas **no tienen valor supletorio respecto del PGC**.

Una vez enmarcado el contexto sobre el que se va a desarrollar el presente análisis, se analizan a continuación algunos de los conceptos que han suscitado preguntas y que como consecuencia de la formulación de las mismas a los órganos competentes, y su consiguiente criterio emitido, proporcionan una mayor seguridad jurídica en la aplicación de la normativa respecto al resto de los contribuyentes.

FONDO DE COMERCIO

Desde el punto de vista fiscal, el precio de adquisición originario del inmovilizado intangible correspondiente a fondos de comercio será deducible con el límite anual máximo de la veinteava parte de su importe, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 12.6 del TRLIS. Esta regulación ha dejado algunos aspectos sin tratar, a los que han dado respuesta las consultas que se presentan a continuación:

Consultas DGT n.º V1770/2008 (NFC031130) y V1526/2009 (NFC033839): estas consultas vienen a tratar el conflicto que surge entre la normativa mercantil y la fiscal a la hora de determinar el importe por el que debe dotarse la **reserva indisponible**, a los efectos de cumplir el requisito establecido en el citado artículo 12.6 del TRLIS, en un supuesto en que el valor del fondo de comercio se vea reducido como consecuencia de un deterioro de valor.

En el ámbito mercantil, el artículo 213.4 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (en adelante, TRLSA) establece un importe mínimo por el que debe dotarse la reserva indisponible, en base al 5 por 100 del valor contable del fondo de comercio, valor que en este caso estará constituido por el valor originario del fondo de comercio reducido por el deterioro de valor que se haya contabilizado. En el mismo sentido, la *Consulta 3 BOICAC, n.º 73 (NFC029541)* determina que la dotación a la reserva indisponible se calculará sobre el valor contable del fondo de comercio, esto es, valor originario minorado en las pérdidas por deterioro.

Al respecto, la norma fiscal permite una deducción a efectos de determinar la base imponible sin necesidad de su registro contable en la cuenta de pérdidas y ganancias, cuyo límite anual máximo es la veinteava parte del precio de adquisición originario del fondo de comercio, siempre que se haya dotado una reserva indisponible, al menos, por el importe fiscalmente deducible, en los términos establecidos en la legislación mercantil.

Por tanto, en el caso de que el fondo de comercio se haya deteriorado reduciendo su valor a efectos contables, la base sobre la que se determina la dotación a la reserva indisponible a efectos del artículo 12.6 del TRLIS es superior a la establecida en el artículo 213.4 del TRLSA.

No obstante, debe tenerse en consideración que la norma fiscal establece un límite máximo de deducción mientras que la norma mercantil regula un límite mínimo. Por tanto, dado que el artículo 12.6 del TRLIS condiciona que el importe deducido se corresponda con una dotación a una reserva indisponible, caso de que se quiera alcanzar el importe máximo de deducción, ello obligaría a que la dotación contable a la reserva indisponible sea del importe de la deducción, lo cual está admitido a efectos mercantiles por cuanto ésta regula una dotación mínima, es decir, ampara una dotación superior.

Por el contrario, caso de que la dotación a la reserva indisponible se limite al importe mínimo que regula la norma mercantil, inferior al límite máximo establecido a efectos fiscales, la cantidad deducible para determinar la base imponible del periodo impositivo se corresponderá con la dotación contable a dicha reserva.

De ello se deduce que la deducción en concepto de fondo de comercio no puede exceder de la cantidad aplicada a la reserva indisponible, aun cuando esta cantidad fuera la máxima exigida por las normas mercantiles.

En consecuencia, cuando el 5 por 100 del valor originario del fondo de comercio exceda del importe mercantilmente exigido y aplicado, la deducción se limitará a dicho importe, pero si la aplicación es mayor podrá alcanzarse la deducción del citado porcentaje.

Consultas DGT n.º V1364/2009 (NFC033687) y V1702/2009 (NFC034736): estas dos consultas hacen referencia a la transmisión de un activo intangible con vida útil indefinida por parte de una persona física. Si bien a la misma conclusión debe llegarse en el caso del fondo de comercio.

Con base en ellas, cabe concluir que: cuando un activo intangible con vida útil indefinida se pone de manifiesto con ocasión de la **adquisición al socio persona física** no se aplica la restricción derivada de la adquisición intragrupo establecida en el artículo 12.6 del TRLIS, en la nueva redacción dada por la Ley 16/2007, que se redacta de la siguiente manera: «Que la entidad adquirente y transmitente no formen parte de un grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio…».

Consulta DGT n.º V1544/2009 (NFC032950): en relación con el tratamiento fiscal de la **corrección valorativa por deterioro** del fondo de comercio, cabe señalar que la norma fiscal no establece ninguna regulación específica relacionada con la corrección valorativa por deterioro del fondo de comercio, por lo que dicha corrección será fiscalmente deducible con independencia del cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 12.6 del TRLIS, en la medida en que se justifique que la misma se corresponda con una pérdida de valor de ese intangible.

Si bien, **¿cuál sería la cantidad deducible en el caso en el que, con carácter previo, haya resultado de aplicación la deducción establecida en el artículo 12.6 del TRLIS?**

La cantidad deducible será la que exceda de las deducciones acumuladas previamente practicadas al amparo de lo previsto en el artículo mencionado.

Y una última cuestión a este respecto y a la que da respuesta esta consulta. **Una vez producida la corrección valorativa por deterioro del fondo de comercio, ¿cuál sería la base para el cálculo de la amortización fiscal del fondo de comercio al año siguiente?**

La consulta responde en los siguientes términos: «En ejercicios posteriores en donde no se haya deteriorado el fondo de comercio, se aplicará la deducción a que se refiere dicho precepto fiscal en las condiciones establecidas en el mismo».

Respecto al mantenimiento de las **reservas indisponibles** a que se refiere el artículo 12.6 del TRLIS, dado que este precepto no establece ninguna regulación específica, tendrían carácter supletorio las disposiciones generales del derecho administrativo y los preceptos del derecho común, por lo que esa reserva pasará a ser disponible de acuerdo con los criterios mercantiles, esto es, cuando desaparezca el fondo de comercio del activo debido a su deterioro o bien cuando se encuentre totalmente amortizado en los términos de la legislación mercantil. En este caso, no será necesario dotar cantidad alguna a la reserva indisponible para practicar la deducción del artículo 12.6.

Consulta DGT n.º V1596/2009 (NFC034624): la novedad que incorpora esta consulta se refiere a la **deducción del deterioro contable** del fondo de comercio. Siguiendo la línea de consultas precedentes, el mismo se entiende fiscalmente deducible. Ahora bien, debe manifestarse a través de un **apunte contable**. Por tanto, cuando no hay deterioro tampoco habrá deducción fiscal.

En este sentido, cabría afirmar que no existe posibilidad de computar un gasto fiscal en concepto de deterioro cuando el fondo de comercio estuviese totalmente amortizado desde el punto de vista contable, aun cuando desde el punto de vista fiscal todavía quedasen partidas pendientes de cómputo.

Consulta DGT n.º V1631/2009 (NFC034517): el fondo de comercio que se derive de una **fusión impropia inversa** no tiene derecho a la deducción fiscal en los términos del artículo 12.6 del TRLIS porque surge entre partes pertenecientes al mismo grupo mercantil.

Según este razonamiento que proporciona la consulta, tampoco sería deducible en tales términos el que surge de la fusión impropia directa, lo cual no es así porque vaciaría de contenido el artículo 89.3 del TRLIS. Se podría haber llegado a la solución denegatoria argumentando que el artículo 89.3 se refiere a la fusión impropia inversa. En cualquier supuesto, si los transmitentes de las acciones tributaron por la plusvalía obtenida hay un exceso de imposición.

Consulta DGT n.º V2048/2009 (NFC035628): el deterioro del fondo de comercio surgido en una **fusión propia** amparada en el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS carece de relevancia fiscal, puesto que su valor fiscal es nulo.

INMOVILIZADO INTANGIBLE DE VIDA ÚTIL DEFINIDA

Respecto a este concepto regulado en el artículo 11.4 del TRLIS, la DGT se manifiesta en *Consulta n.º V1729/2009 (NFC034735)*, en el sentido de determinar que ante unos contratos de man-

tenimiento adquiridos y considerados como inmovilizado intangible de vida útil definida con base en una estimación técnica basada en el periodo en el que razonablemente generarán flujos de efectivo, el gasto contable será fiscalmente deducible con el **límite del 10 por 100** de su importe.

PROVISIONES

Pocas cuestiones han sido formuladas en relación con los nuevos criterios contables y fiscales establecidos en torno a las provisiones.

Una única consulta a destacar. La *Consulta DGT n.º V0678/2009 (NFC032520)*, tras reflejar la definición de **provisiones por actuaciones medioambientales** proporcionada por el PGC, establece que la deducción en el IS del gasto correspondiente a esta provisión por actuaciones medioambientales queda condicionada a la solicitud y aprobación administrativa de un plan de gastos correspondientes a actuaciones medioambientales formulado por el sujeto pasivo. En caso contrario, el gasto correspondiente a esta provisión se integraría en la base imponible del periodo impositivo en el que se aplique la provisión a su finalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del TRLIS.

GASTOS DE CONSTITUCIÓN, GASTOS POR INTERESES DIFERIDOS Y GASTOS POR FORMALIZACIÓN DE DEUDAS

En este apartado hacemos referencia a aquellos gastos activados con arreglo al PGC de 1990 y que, como consecuencia de la primera aplicación del nuevo PGC, deben darse de baja por no responder los mismos a la definición de activo que se concreta en el apartado 4.º del marco conceptual del nuevo PGC.

La contrapartida de los ajustes que deban realizarse para dar cumplimiento a la primera aplicación será una partida de reservas, con las excepciones previstas en las disposiciones transitorias del Real Decreto 1514/2007, por el que se aprueba el PGC, y salvo que, de acuerdo con los criterios incluidos en la segunda parte del PGC, deban utilizarse otras partidas.

Únicamente tendrá efectos fiscales la eliminación de los gastos que produzcan cargo o abono a reservas.

Gastos por intereses diferidos y gastos por formalización de deudas [Consulta DGT n.º V1356/2009 (NFC033660) y Consulta 8 BOICAC n.º 75 (NFC031161)]

Los gastos por intereses diferidos y los gastos por formalización de deudas son partidas que no tienen cabida en el PGC, sino que deben aplicarse a reducir el valor de la deuda. Así se hará en el régimen de primera aplicación, sin efecto, por tanto, en la reserva de la primera aplicación ni, consecuentemente, en la base imponible del IS.

En ejercicios posteriores, no existirán efectos sobre la base imponible ya que tampoco existe incidencia alguna sobre la cuenta de reservas.

Si bien, aunque lo mencionado anteriormente se aplica con carácter general, existe una excepción en el caso de la aplicación del PGC para PYMES.

La eliminación de los gastos de formalización de deudas, activados con arreglo a lo dispuesto en el antiguo PGC de 1990, con cargo a reservas, únicamente procederá en el supuesto de que una sociedad aplique el PGC de PYMES y haya optado, en el momento del reconocimiento inicial de los pasivos financieros a coste amortizado, por la imputación directa a gastos de los costes de transacción directamente atribuibles a dichos pasivos. En este supuesto, la integración del correspondiente cargo a reservas en la base imponible del IS se efectuará con arreglo a lo dispuesto en la disposición transitoria vigésimo octava del TRLIS. De lo contrario, el saldo de gastos de formalización de deudas deberá eliminarse reduciendo el valor del pasivo.

Gastos de constitución y de primer establecimiento [Consulta DGT n.º V0623/2009 (NFC032145)]

Por aplicación de la disposición transitoria primera del Real Decreto 1514/2007, por el que se aprueba el PGC, deberán darse de baja los gastos de constitución y de primer establecimiento que figuren activados, lo que dará lugar a un cargo a reservas.

Dicho cargo a reservas tendrá la consideración de gasto fiscal en la base imponible del IS del primer periodo impositivo que se inicie a partir de 1 de enero de 2008, por cuanto cumple la definición de gasto en los términos establecidos en el artículo 36 del Código de Comercio y no se corresponde con gastos integrados con anterioridad en la base imponible, en aplicación del párrafo tercero de la disposición transitoria vigésimo sexta del TRLIS.

OPERACIONES CON ACCIONES PROPIAS

El TRLIS no contiene ninguna regulación específica acerca del tratamiento fiscal de las operaciones de transmisión de acciones propias ni acerca de la adquisición y amortización posterior de las mismas, por lo que será de aplicación el criterio contable con base en lo establecido en el artículo 10.3 del TRLIS.

De acuerdo con lo expuesto, las *Consultas DGT n.º V1080/2008 (NFC030202) y V1570/2009 (NFC033762)*, por aplicación de la norma de registro y valoración 9.ª 4 del PGC, concluyen que la transmisión o adquisición de acciones propias realizada en periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2008 no tendrán incidencia en la base imponible del impuesto por cuanto la incidencia positiva o negativa no determina un resultado a computar en la cuenta de pérdidas y ganancias, sino una simple variación del patrimonio neto de la entidad, dado que no tiene la condición de ingreso o gasto a que se refiere el artículo 36 del Código de Comercio y, por tanto, tampoco tiene esta condición a efectos del IS.

Nuevamente por aplicación de la norma de registro y valoración previamente mencionada cabe señalar:

- Los gastos derivados de dichas transacciones, incluidos los gastos de emisión de estos instrumentos, tales como honorarios de letrados, notarios, y registradores, impresión de memorias, boletines y títulos, tributos, publicidad, comisiones y otros gastos de colocación, se registrarán directamente contra el patrimonio neto como menores reservas. En consecuencia, dichos gastos serán fiscalmente deducibles de acuerdo con lo previsto en el artículo 19.3 del TRLIS.
- Los gastos derivados de una transacción de patrimonio propio, de la que se haya desistido o se haya abandonado, se reconocerán en la cuenta de pérdidas y ganancias. Por ello, se trata de gastos fiscalmente deducibles.

Respecto a estas operaciones, conviene destacar, asimismo, las siguientes consultas:

Consultas DGT n.º V1830/2008 (NFC031167) y V2096/2008 (NFC031427): realizan un estudio del tratamiento conjunto de la adquisición y amortización de acciones propias junto con la deducción para evitar la doble imposición interna de plusvalías regulada en el artículo 30.3 del TRLIS.

En un supuesto de adquisición de acciones para su amortización, mediante una reducción de capital, la sociedad podrá aplicar la citada deducción sobre su cuota íntegra, tomando como base para el cálculo de la misma el importe de las reservas aplicadas, aun cuando proporcionalmente correspondiera un importe menor, pero siempre bajo el límite de la renta obtenida. Conviene precisar en este punto que sentencias de la Audiencia Nacional desconsideran tal límite.

Un último matiz se puede obtener de estas consultas: las acciones propias determinan una minoración del capital social a los efectos de calcular el porcentaje de participación del 5 por 100 referido en el citado artículo.

Consulta DGT n.º V1779/2009 (NFC034744): trata el supuesto en el que una entidad adquiere sus propias acciones para amortizarlas y en pago adjudica a sus socios varios inmuebles. Por aplicación de las reglas contables, esta operación no determina renta, ni contable, ni fiscal. Sin embargo, la entrega de los inmuebles puede determinar una renta por diferencia entre el valor normal de mercado y el valor contable, según lo dispuesto en el artículo 15 del TRLIS.

DEDUCCIÓN PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNA

Respecto a estas deducciones que tratan de paliar la existencia de la doble imposición que se produce cuando los beneficios generados en una sociedad, tras tributar por el IS, vuelven a tributar en la persona del socio, se pronuncian entre otras las siguientes consultas:

Consulta DGT n.º V2200/2008 (NFC031433): los dividendos que no constituyen ingreso contable de acuerdo con lo previsto en el PGC no se integran en la base imponible.

Por tanto, se podría afirmar con base en lo anterior que tampoco tendrán derecho a la deducción para evitar la doble imposición de acuerdo con lo previsto en el artículo 30.4 e) del TRLIS.

Consulta DGT n.º V0696/2009 (NFC032528): la eliminación en régimen de primera aplicación de la provisión por depreciación derivada de la distribución del dividendo, la cual impidió la deducción para evitar la doble imposición interna de dividendos, motiva un ingreso que no es fiscalmente computable, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30.4 e) de TRLIS.

PRIMA DE EMISIÓN

Ante la inexistencia de norma fiscal que determine un tratamiento particular a la prima de emisión aportada a una entidad diferente del establecido en el ámbito mercantil, cabe concluir que, incluso en los supuestos en los que la prima de emisión excede del importe calculado sobre el valor contable, la misma tendrá la consideración de **fondos propios** en los términos señalados en la norma mercantil, por lo que no determinará ninguna implicación en la base imponible del IS, al no formar parte del resultado contable de la entidad, sin que pueda considerarse como una liberalidad a efectos de lo establecido en el artículo 14 del TRLIS.

En este sentido se manifiestan las *Consultas DGT n.º V0154/2008 (NFC028417), V0627/2008 (NFC028819), V0873/2008 (NFC028971) y V2141/2008 (NFC032794)*.

Varias resoluciones del TEAC mantienen un criterio contrario, si bien dicho criterio debe entenderse superado.

PÉRDIDAS POR DETERIORO DE LOS VALORES REPRESENTATIVOS DE LA PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL DE ENTIDADES

El artículo 12.3 del TRLIS ha sufrido varias modificaciones desde la efectuada por la Ley 16/2007, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea. Si bien, con dichas modificaciones, la regulación de estas pérdidas por deterioro no se adaptan a las modificaciones contables introducidas en el PGC.

La norma fiscal ha creado en el supuesto de participaciones en **empresas del grupo, multigrupo y asociadas**, un sistema alternativo al general para recuperar, a través de un ajuste extracontable a la base imponible, el tratamiento contable y fiscal vigente en la normativa anterior, si bien teniendo en cuenta que los fondos propios de la entidad participada se corregirán por los gastos no deducibles del ejercicio.

Si bien, **¿es realmente un régimen alternativo?** En principio, cabría pensar que sí. Sin embargo, la *Consulta DGT n.º V0623/2009 (NFC032145)* viene a dar respuesta a esta pregunta en los siguientes términos:

«… la redacción dada al artículo 12.3 del TRLIS por la Ley 4/2008 en sus párrafos cuarto a séptimo, no establece un régimen alternativo, sino especial para determinar la corrección fiscal del valor de las participaciones tenidas en empresas del grupo, multigrupo y asociadas, de manera que se regula un tratamiento fiscal específico para este tipo de participaciones al margen de su tratamiento contable, todo ello por aplicación del "principio de especialidad", es decir, por el principio general del derecho de prevalencia de la norma especial sobre la general».

Asimismo, esta consulta permite resolver una duda que se genera por la redacción dada al artículo 12.3 del TRLIS y que se reproduce a continuación:

«… los fondos propios se determinarán de acuerdo con lo establecido en el Código de Comercio y demás normativa contable de desarrollo, siendo corregida dicha diferencia, en su caso, por los gastos del ejercicio que no tengan la condición de fiscalmente deducibles de acuerdo con lo establecido en esta ley».

¿Qué gastos tienen la consideración de no deducibles? ¿Únicamente los mencionados expresamente en el artículo 14 del TRLIS o también aquellos que tengan la consideración de no deducibles fiscalmente de un ejercicio y adquieran dicha condición en ejercicios siguientes, ya sea por el hecho de que la fiscalidad establece una imputación temporal diferente a la contable de los mismos, o bien, por el hecho de que sean gastos aplicados a su finalidad?

Los gastos a tomar en consideración a efectos de la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS son los fiscalmente deducibles, tanto absolutos como temporales. Esto obliga a realizar los ajustes pertinentes en los periodos en los que el gasto deviene fiscalmente deducible.

OPERACIONES VINCULADAS

Las operaciones entre empresas del grupo, y en concreto, las condonaciones de créditos y débitos y la constitución de préstamos sin devengo de intereses entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo, han sido tratadas tanto por la DGT como por el ICAC.

Dos consideraciones previas antes del análisis de las consultas emitidas a este respecto:

- Existe coincidencia, con carácter general, entre la normativa contable y fiscal. El PGC dedica la norma de registro y valoración 21.ª al tratamiento contable que tienen las transacciones entre este tipo de empresas. Por su parte, el artículo 16 del TRLIS efectúa, desde el punto de vista fiscal, su regulación al respecto.
- Se considera válida la calificación contable en los casos en los que la ley fiscal no contiene una previsión específica al respecto.

En este momento, destacamos las siguientes consultas:

Consulta 4 BOICAC n.º 79 (NFC035413): **condonación entre empresas hermanas**. En la condonación de un crédito por parte de una sociedad dependiente a otra dependiente se ven afectadas las cuentas de la dominante.

Teniendo en cuenta la **prevalencia del fondo sobre la forma** incluido en el apartado 1 del Marco Conceptual de la Contabilidad, la condonación de la deuda es la forma, pero el fondo es la distribución de reservas y aportación de fondos. La calificación contable es compatible con la prevista en el artículo 16.8 del TRLIS.

En el supuesto de que existan otros socios que no participen en la operación, el exceso de la misma sobre el porcentaje de participación se califica como donación. Por tanto, será gasto en la dependiente que condona e ingreso en la beneficiaria, y ningún efecto se producirá en la dominante. Es ésta también la solución fiscal de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 bis del RIS.

Condonación de un crédito concedido por una sociedad dependiente a la sociedad dominante. En este caso, el fondo económico de la operación es el de distribución de resultados. Caso de no existir proporcionalidad, el exceso se califica como liberalidad. También esta solución es la prevista fiscalmente de acuerdo con los preceptos citados.

Finalmente, si no existieran beneficios para distribuir o se trata de beneficios inequívocamente generados antes de la adquisición de la participación, la operación se trataría como recuperación de capital. También esta solución es fiscalmente homologable, puesto que la calificación del artículo 16.8 del TRLIS debe ser matizada en función de la imputación del dividendo al valor de adquisición de la inversión financiera.

Consulta 5 BOICAC, n.º 79 (NFC035414): en la **condonación** que los socios hacen a su sociedad de una deuda que los mismos adquirieron a una entidad financiera, existe una aportación por un importe igual al valor de adquisición del crédito. La diferencia que pudiera existir con el valor contable de la deuda se contabiliza como un ingreso.

Por tanto, la condonación no se considera como liberalidad sino como aportación. La ley fiscal no contiene una previsión específica, en cuyo caso es válida la calificación contable.

Consulta 6 BOICAC, n.º 79 (NFC035415): **préstamo sin intereses concedido por la matriz a la filial**. Se trata de una aportación cuyo importe es la diferencia entre el valor nominal del préstamo y su valor razonable (método de descuento de flujo de efectivo). Esa diferencia es inversión financiera para la matriz y aportación para la filial. Una y otra contabilizarán ingresos y gastos financieros respectivamente en función de la evolución del valor razonable del préstamo. Cuando la operación excediera del porcentaje de participación la parte imputable al exceso se califica de donación. También la calificación contable coincide con la fiscal a tenor de lo previsto en los artículos 16.8 TRIS y 21 bis del RIS.

Cuando el préstamo es concedido por la filial a la matriz se trata de la distribución de beneficios o de la devolución de aportaciones si tales beneficios no existieran; también puede ser una

recuperación del valor de adquisición cuando las reservas distribuidas inequívocamente estuvieran incluidas en el valor de adquisición de la participación. Por tanto, la matriz contabiliza un ingreso financiero o un menor valor de la inversión financiera por el importe de la diferencia entre el valor nominal del préstamo y su valor razonable, y la filial, correlativamente, una distribución de beneficios o devolución de aportaciones. Ambas contabilizarán ingresos y gastos financieros en función la evolución del valor razonable del préstamo. Del mismo modo, la calificación contable coincide con la fiscal.

Cuando la operación se realice en exceso sobre el porcentaje de participación, se tratará de una liberalidad, de manera que la matriz tendrá un ingreso por donación y la filial un gasto, en la parte correspondiente. Este gasto no será fiscalmente deducible por tratarse de una liberalidad, y el ingreso sí será fiscalmente computable, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 bis del RIS.

Es importante señalar que la consulta recoge en su punto 6.º que las calificaciones y forma de contabilizar establecidas en la misma también son válidas **para el caso en que las operaciones se realicen con un socio que sea persona física**. De esta manera, lo previsto en la norma de registro y valoración 21.ª del PGC, no sólo se aplica respecto de operaciones realizadas entre entidades sino también entre una sociedad y sus socios personas físicas.

Respecto de este tema se manifiesta la DGT en *Consulta n.º V0249/2008 (NFC028498)* en los siguientes términos: por aplicación de la norma de registro y valoración 21.ª del PGC, las entidades deben registrar un ingreso y un gasto financiero con la contrapartida que refleje el desplazamiento patrimonial. Esta contabilización implica el cumplimiento del artículo 16 del TRLIS.

Nota: Este artículo también ha sido publicado en la *Revista Cefgestión*. CEF. Núm. 137, enero 2010.

PROPUESTAS PARA CONTABILIZAR LAS CLASES DE ACCIONES EN EL PGC 2007 Y PGC PYMES

Miguel Ángel Villacorta Hernández
Universidad Complutense de Madrid

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Ramón González García, doña María Teresa del Val Núñez, don José Antonio Gonzalo Angulo, doña Herenia Gutiérrez Ponce, don Lorenzo Lara Lara y don Alejandro Larriba Díaz Zorita.

Extracto:

Los dos planes contables españoles, que entraron en vigor el 1 de enero de 2008, son un intento de acercamiento a la legislación contable anglosajona. La regulación española sobre las clases de acciones, allí contenida, deja abierta la posibilidad de contabilizar los instrumentos de financiación como se realiza en el mundo anglosajón, que es claramente distinta a lo establecido en el PGC 1990. Sin duda, debe ser valorado positivamente el esfuerzo del ICAC para avanzar en la contabilización de las clases de acciones, pero la regulación es claramente mejorable ya que no detalla los criterios para identificar qué títulos son los que deben ser contabilizados de cada una de las formas.

Esta investigación realiza una serie de propuestas para contabilizar las clases de acciones en el PGC 2007 y PGC PYMES, apoyadas en el estudio de legislaciones contables internacionales, principalmente la estadounidense, y en el análisis de la regulación establecida en los principales organismos contables, como son el AASB, el ASB, el FASB, el NZSA, pero sobre todo el IASB.

Palabras clave: contabilidad, clases de acciones, acciones rescatables y acciones privilegiadas.

PROPOSALS TO ACCOUNT FOR THE CLASSES OF SHARES IN THE SPANISH GENERAL ACCOUNTING PLAN 2007 AND THE SPANISH GENERAL ACCOUNTING FOR SMEs

Miguel Ángel Villacorta Hernández

Universidad Complutense de Madrid

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Ramón González García, doña María Teresa del Val Núñez, don José Antonio Gonzalo Angulo, doña Herenia Gutiérrez Ponce, don Lorenzo Lara Lara y don Alejandro Larriba Díaz Zorita.

Abstract:

Both the Spanish General Accounting Plan (PGC) 2007 and PGC SMEs are an attempt to approach the Anglo-Saxon accounting legislation. The Spanish regulation on the classes of shares contained therein, leaving open the possibility of accounting for financial instruments as performed in the Anglo world that is distinctly different from the legislated in PGC 1990. Certainly, the efforts of the ICAC to progress in accounting for classes of shares should be viewed positively, but regulation could be improved by outlining the criteria to identify what titles are to be accounted for and in which way.

This paper makes more proposals to account for classes of shares in PGC 2007 and PGC SMEs, supported by the study of international accounting laws, specially the U.S., and the analysis of the regulation established in the main accounting agencies such as the AASB, the ASB, the FASB, the NZSA, and especially the IASB.

Keywords: accounting, classes of shares, redeemable shares and preference shares.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

Sumario

1. Observación de dudas en la contabilización.
2. Búsqueda del criterio diferenciador.
3. Apoyo del IASB para resolver el problema.
4. Propuesta para buscar la naturaleza económica de las clases de acciones.
5. Privilegiadas en el rescate.
6. Privilegiadas en el derecho a participar de las ganancias.
7. Tratamiento contable de las diferentes clases de acciones.
8. Tratamiento contable de las acciones sin voto.
9. Tratamiento contable del dividendo acumulado.
10. Tratamiento contable de las acciones rescatables.
11. Materialización contable de las propuestas.
12. Conclusiones.

Bibliografía.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

1. OBSERVACIÓN DE DUDAS EN LA CONTABILIZACIÓN

El artículo 49 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA) define el concepto de clases de acciones como «(...) el conjunto de acciones de una sociedad que comparten los mismos derechos, siendo a su vez diferentes a los derechos de otras clases de acciones, ya sea por incluir más derechos, menos derechos o por la inclusión de algunos y la exclusión de otros». La diferenciación de emisiones en clases de acciones es la terminología más adecuada para designar las acciones preferentes, privilegiadas, sin voto y rescatables.

La importancia de la contabilización de las clases de acciones se fundamenta en que muchas de estas emisiones están bordeando la consideración de pasivo financiero o de instrumentos de patrimonio neto.

La regulación contable española, aunque no es perfecta, ha establecido, con acierto, dos tipos de cuentas (de largo y de corto plazo) para recoger las clases de acciones con naturaleza de pasivo financiero, situación no establecida ni en el PGC 1990 ni en el PGC 1973.

Esta normalización parte del rechazo de establecer una partida intermedia, entre las acciones y las deudas, para incorporar las acciones privilegiadas con características de ambas. Al establecer unas partidas para recoger unas clases de acciones con las características de pasivo financiero, el legislador rechaza sistemáticamente la utilización de una partida intermedia entre deuda y fondos propios, denominada por diferentes organismos contables (AASB, ASB, FASB, IASB, NZSA) como *Mezzanine Section,* Tercer Capital o *Temporary Equity*, para incluir las acciones privilegiadas que comparten características de deuda y acción. Por ejemplo, en la legislación contable francesa los híbridos de capital se separan de los netos y pasivos exigibles, pues los *titres participatifs* se incluyen en el apartado *Autres fonds propres* (PGC I. 31).

Este rechazo mejora claramente el análisis de las cuentas anuales. La consideración de las acciones privilegiadas internacionalmente como una categoría independiente entre el pasivo y los fondos propios puede ser válida en teoría, pero ante el análisis económico-financiero de las cuentas anuales posee desventajas evidentes. La solución doctrinal adoptada ante estas situaciones es aplicar ratios diferentes para evaluar cada una de las tres agrupaciones del pasivo: pasivo exigible, acciones privilegiadas y acciones ordinarias. Así, al menos, es utilizado para las siguientes ratios: *Earnings per shares* (Edwards *et al.*, 1994, 156) (Epstein y Mirza, 1998, 606), *Yield on common stock and price-*

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 119-164
Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

earnings ratio (EDWARDS *et al.,* 1994, R121), *Net income as a percentage of average stockholder's equity, Equity (stockholder's equity) ratio* (ASB, 1992), *Return on common equity* (ROE) (DOMINIAK y LOUDERBACK, 1997, 845), *Dividend yield* (DOMINIAK y LOUDERBACK, 1997, 845), *Paidout ratio* (KIMMEL *et al.,* 1998, 511), *Number of times preferred dividends earned* (EDWARDS *et al.,* 1994, 156), *Yield on preferred stock* (EDWARDS *et al.,* 1994, 159), *Coverage of dividends on preferred stock* (HILTON, 1994, 909). Esta situación es especialmente complicada para el cálculo de ratios de comparación entre las masas del pasivo, por ejemplo, en la ratio *Stockholder´equity/debt ratio*, ya que las acciones privilegiadas son incluidas en los fondos propios (HILTON: 1994, 909) o en el pasivo exigible (PENDLEBURY y GROVES, 1999, 149) según los autores.

Un aspecto para pronosticar si tendrá éxito la emisión de clases acciones es la consideración contable de los títulos. Identificar si una posible emisión de acciones se va a contabilizar como patrimonio neto o como pasivo exigible es fundamental para que al final se emitan o no estos títulos. Sin embargo, aunque es esencial, existen muchas dudas sobre el tratamiento contable de estos títulos, derivadas de que el PGC 2007 presenta una redacción ambigua.

Estas imprecisiones se derivan del estudio de las Definiciones y Relaciones Contables del PGC 2007. En la cuenta 150. «Acciones o participaciones a largo plazo contabilizadas como pasivo» debe incorporarse el «Capital escriturado en las sociedades que revistan forma mercantil que, atendiendo a las características de la emisión, deba contabilizarse como pasivo financiero. En particular, determinadas acciones rescatables y acciones o participaciones sin voto». Por su parte, en la cuenta 502. «Acciones o participaciones a corto plazo contabilizadas como pasivo» se debe incluir el «Capital escriturado en las sociedades que revistan forma mercantil que, atendiendo a las características de la emisión, deba contabilizarse como pasivo financiero y cuya estimación se prevea en el corto plazo. En particular, determinadas acciones rescatables y acciones o participaciones sin voto».

Con todo ello, el PGC 2007 deja claras dos ideas: que algunas acciones o participaciones sin voto o rescatables deben ser registradas como pasivo exigible, y que el criterio para conocer, de todas las acciones sin voto o rescatables, las que tienen que ser registradas como pasivo exigible, debe ser las características de los títulos. Esto sólo ocurre desde el 1 de enero de 2008, momento en que entra en vigor el PGC 2007. Hasta esa fecha todas las acciones eran neto y ninguna emisión podía ser considerada, dentro del PGC 1990, como pasivo exigible. Aunque en el PGC 1990 no se contemplaba la posibilidad de que determinadas acciones fuesen calificadas como pasivos financieros, existía un caso en la normativa española antes del 1 de enero de 2008 en el que se registraba un capital como pasivo exigible; nos referimos al «capital temporal» de las cooperativas en las normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas (Orden ECO/3614/2003, de 16 de diciembre). Desde que entra en vigor el PGC 2007, el 1 de enero de 2008, en España deja de existir una equivalencia entre acciones y capital social, de tal forma que van a existir acciones que no se incluyan en el capital social. Este hecho supone una modificación en la forma de entender la amortización de acciones, ya que no todo lo establecido hasta el momento continúa vigente. En esta línea dejan de ser válidas muchas afirmaciones ofrecidas hasta ahora: «(...) en nuestro sistema rige el principio de correspondencia entre la cifra de capital y el valor nominal de la totalidad de las acciones emitidas, siendo inviable la amortización de acciones sin una correlativa reducción de capital (...)» (CHAMORRO, 2007, 478). Tampoco son válidas las afirmaciones en las que se establece que la suma de la totalidad

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

de los valores nominales de las acciones coincide con la cifra del capital social del balance (Pérez de la Cruz Blanco, 1973, 47) (Fernández del Pozo, 1992, 241-245) (Ortuño Baeza, 1994, 296 y 297) (Sánchez Rus, 1998, 205-207) (Alonso Ledesma, 1999, 41) (García de Enterría, 1999, 5). Estas afirmaciones no son válidas porque algunas acciones, con valor nominal, deben ser registradas en el pasivo financiero del balance.

Esta regulación es incompleta y errónea. Por un lado, es incompleta porque establece que, según las características de los títulos, se diferenciará entre patrimonio neto y pasivo financiero, pero no explicita ni en qué criterios debe basarse esta diferenciación ni cuáles son las propiedades que debe cumplir un título para ser considerado pasivo financiero. Por otro lado, es errónea porque parte de la base de que algunas acciones sin voto y rescatables pueden ser pasivos financieros, pero la flexibilidad en la regulación de otras clases de acciones, como las preferentes y privilegiadas, puede hacer que también tengan una clara consideración de pasivos financieros.

Analizando la definición de los instrumentos financieros, identificamos tres figuras: por un lado, el activo financiero, y, como contrapartida a éste, un pasivo financiero o un instrumento de capital de la sociedad emisora. El diferente tratamiento contable establecido en el PGC 2007 para cada una de las dos posibles contrapartidas del activo financiero provoca que sea fundamental establecer criterios para realizar la distinción entre los pasivos financieros y los instrumentos de capital de la sociedad emisora. La diferenciación de un título entre pasivo financiero e instrumentos de fondos propios es fundamental, ya que la empresa que presenta los estados financieros deberá aplicar diferentes criterios de registro, valoración y presentación si los instrumentos emitidos poseen la condición de pasivo financiero o de instrumento de fondos propios.

Respecto al registro y valoración, en el PGC 2007, los pasivos financieros se regularán por la norma de registro y valoración 9.3, mientras que los instrumentos de patrimonio neto se normalizan por el apartado 9.4. En el PGC PYMES, la norma de registro y valoración 9 normaliza los pasivos financieros, la norma de registro y valoración 11 regula los instrumentos patrimoniales.

Respecto a la presentación, en el Balance de PGC 2007, los componentes de patrimonio neto se situarán en el epígrafe I. Capital, del apartado A-1) Fondos Propios, del título A) Patrimonio neto. Por su parte, los componentes de pasivo financiero a largo plazo se ubicarán en el apartado VII «Deudas con características especiales a largo plazo» del título B) Pasivo no corriente. Los componentes de pasivo financiero a corto plazo se ubicarán en el apartado VII «Deudas con características especiales a corto plazo» del título C) Pasivo no corriente. En el Balance PYMES, los componentes de patrimonio neto se situarán en el epígrafe I. Capital, del apartado A-1) Fondos Propios, del título A) Patrimonio neto. Por su parte, los componentes de pasivo financiero a largo plazo se ubicarán en el apartado VII «Deudas con características especiales a largo plazo» del título B) Pasivo no corriente. Los componentes de pasivo financiero a corto plazo se ubicarán en el apartado VI «Deudas con características especiales a corto plazo» del título C) Pasivo no corriente.

El hecho de que las acciones formen parte del patrimonio neto de la sociedad puede contribuir a reducir el nivel de endeudamiento de la empresa, lo cual mejora los niveles de solvencia y permite captar nuevas fuentes de financiación a un menor coste.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

2. BÚSQUEDA DEL CRITERIO DIFERENCIADOR

Llegados a este punto, obviamos el error de redacción del legislador; de esta forma, en este apartado vamos a buscar un criterio diferenciador para todas las clases de acciones.

A pesar de su capital importancia, la redacción del ICAC es imprecisa, pues el legislador no ha sido lo suficientemente concreto a la hora de definir el criterio para conocer qué acciones son patrimonio neto y qué títulos son pasivo exigible, pues sólo establece qué debe hacerse en función de las características de los títulos.

Pues bien, ante la fijación imprecisa del criterio para diferenciar las acciones entre patrimonio neto y pasivo exigible, es necesario buscar el criterio en la Introducción de ambos textos aplicable a todos los elementos patrimoniales y hechos económicos: «El fondo, económico y jurídico de las operaciones, constituye la piedra angular que sustenta el tratamiento contable de todas las transacciones, de tal suerte que su contabilización responda y muestre la sustancia económica y no sólo la forma jurídica utilizada para instrumentarlas» (PGC 2007, pág. 6); «Para alcanzar este objetivo, en el Marco Conceptual se precisa que la contabilización de las operaciones debe responder y mostrar la sustancia económica y no sólo la forma jurídica utilizada para instrumentarlas» (PGC PYMES, pág. 6).

Esta hipótesis del fondo sobre la forma había sido recogida anteriormente en el artículo 34.2 del Código de Comercio: «Las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica».

Su inclusión supone un cambio trascendental en el proceso de elaboración de la información contable, al proponer que los sucesos se representen, en la medida de lo posible, sobre la base de su sustancia y realidad económica en vez de sobre la forma jurídica que aparenten.

La contabilización de todas las clases de acciones en función de la naturaleza económica de los títulos quedó plasmada en la regulación de una clase de acciones en concreto: las acciones rescatables. La búsqueda de la naturaleza económica de las acciones privilegiadas aparecía en los antecedentes de la introducción de las acciones rescatables en España, que se realizó en la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de Reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LRLMV): «La finalidad de esta regulación es homologar nuestro ordenamiento con el de los países de la Unión Europea, para garantizar que las decisiones de emisión se rijan por una lógica predominantemente económica y no por eventuales fenómenos de arbitraje normativo» (Enmienda 35 del Grupo Popular) (Enmienda 99 del Grupo Parlamentario Catalán).

Con todo lo anterior, ya está claro cuál debe ser el criterio para diferenciar la naturaleza de las emisiones de clases de acciones, la sustancia económica, y no sólo la forma jurídica que posean los títulos.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

3. APOYO DEL IASB PARA RESOLVER EL PROBLEMA

Ante el razonamiento anterior, se nos plantea otra duda, sobre cuál es la forma de aplicar la sustancia económica a las concretas operaciones de financiación con clases de acciones. La mejor alternativa es acudir, de forma subsidiaria, a las IFRS, que pretenden ser adaptadas por la legislación contable española. El IASB tiene un cuerpo normativo que lleva mucho tiempo teniendo en cuenta las características económicas de los títulos a la hora de especificar el registro contable de las operaciones, por lo que puede servir de ayuda para materializar los tratamientos del PGC 2007.

El IASB (1989) incorpora la prevalencia del «fondo sobre la forma», aunque no como una hipótesis contable, en el Marco Conceptual de la Contabilidad Financiera (NIC M).

La materialización de la búsqueda de la sustancia económica sobre la concreta distinción entre pasivos financieros e instrumentos de fondos propios realizada por el IASB se basa en una idea: la identificación del emisor del instrumento financiero como el sujeto encargado de catalogarlos. Ante la necesidad de catalogar los instrumentos que han de presentarse en el pasivo del balance como fondos, y los flujos que de estos fondos se derivan, el IASB identifica al emisor de los instrumentos financieros como el sujeto encargado de catalogar a dichos instrumentos como pasivos financieros o capital propio, teniendo en cuenta los aspectos externos e internos que justifican la consideración de la emisión.

Teniendo en cuenta esta identificación del emisor como el sujeto que debe catalogarlos, el IASB establece tres criterios para diferenciar los pasivos financieros de los instrumentos de fondos propios.

El primer criterio queda recogido en la IAS 32 «Instrumentos Financieros: presentación e información a revelar», donde se propone la contabilización separada por componentes de los híbridos financieros en lugar de la contabilización unitaria. De esta forma, los instrumentos financieros que estén compuestos por dos componentes, uno de pasivo y otro de neto, deberán ser reflejados, siempre que sea posible, separadamente en los estados financieros y valorados de forma diferente, aunque no se pueda concebir su existencia por separado. El IASB (IAS 32, párrafo 29-33) ejemplifica este criterio con la emisión de obligaciones convertibles, ya que entiende que es un instrumento compuesto por un componente de pasivo (obligaciones simples) y otro de capital (opción para convertirse en acciones).

El segundo criterio se aplica subsidiariamente si no es posible realizar la contabilización del instrumento por separado en sus dos componentes (así ocurrirá en las clases de acciones donde, en la mayoría de las situaciones, no podrán ser separados sus componentes de pasivo exigible y de pasivo no exigible). Al determinar si una acción privilegiada es un pasivo financiero o un instrumento de capital, y teniendo en cuenta que las acciones privilegiadas pueden emitirse con derechos muy variados, el IASB (IAS 32, párrafo GA25) establece que «(...) el emisor debe evaluar los derechos particulares concedidos a la acción para determinar si posee la característica fundamental de un pasivo financiero».

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

Para el IASB (IAS 32, párrafo 12), un instrumento de fondos propios es todo contrato que conlleva una participación en los activos netos de una unidad empresarial. El organismo internacional, en relación con la calificación de los instrumentos financieros, determina que se califiquen como pasivo financiero aquellos instrumentos o contratos por los que el emisor esté obligado a entregar dinero u otro instrumento financiero en condiciones potencialmente desfavorables de acuerdo con la esencia económica y no la forma o aspecto jurídico del mismo. En caso contrario, cuando el emisor no tenga obligación contractual de realizar dichos pagos, se tratará como un instrumento de fondos propios.

El IASB (IAS 32, párrafo GA25) completa la idea anterior, estableciendo que la posible incapacidad del emisor para satisfacer la obligación de rescatar una acción privilegiada, cuando sea requerido en los términos contractuales para hacerlo, ya sea por causa de falta de fondos, por restricciones legales o por tener insuficientes reservas o ganancias, no niega la existencia de la obligación.

Este segundo criterio, establecido en atención a que el emisor tenga o no tenga obligación contractual de realizar los pagos, debe ser tenido en cuenta en todas las acciones privilegiadas, tanto las rescatables como las no rescatables.

Respecto a las acciones con derecho de rescate, las acciones privilegiadas se catalogarán como pasivo financiero, al margen de su aspecto formal, cuando el privilegio consista en (IASB: IAS 32, párrafo 22):

- El emisor deba recomprar, de forma obligatoria, las acciones en condiciones ciertas y fijas a un determinado precio y fecha.
- El inversor o tenedor disponga de la facultad de exigir el rescate de su inversión a partir de una determinada fecha.
- La retribución a las acciones se determine de acuerdo con un sistema creciente de renta, según el cual el emisor se vea voluntariamente obligado a recomprar los títulos en un futuro indeterminado con el objeto de reducir el coste de utilización de dichos recursos financieros. En este caso lo adecuado sería clasificarlo como pasivo financiero porque el emisor del título tiene poca discrecionalidad para evitar su amortización.
- El tenedor de la opción tenga la opción de exigir la amortización si concurre un hecho o acontecimiento con una probabilidad alta de que acontezca.

Para resolver las posibles dudas que puedan existir sobre si se debe anteponer el criterio de separación de los instrumentos financieros (analizados en el primer criterio) siempre que sea posible, debemos recurrir a la literalidad de la IAS 32. La segunda clasificación aparece regulada en el párrafo 22, que es el último párrafo de un subapartado denominado «Pasivos y patrimonio neto» dentro del apartado «Presentación». El primer párrafo de este apartado y subapartado es el 18, el cual señala, con la máxima importancia que ofrece el texto (con tipología de letras negrita y cursiva), lo

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

siguiente: «El emisor de un instrumento financiero debe clasificarlo, desde el momento en que se reconoce por primera vez, **ya sea en su totalidad o en cada una de sus partes integrantes**, como de pasivo o de capital, de conformidad con la esencia del acuerdo contractual y con las definiciones de pasivo financiero y de instrumento de capital». Al aparecer la anotación que hemos puesto en negrita nosotros, claramente se establece una preferencia por la separación de componentes previa a la diferenciación en función de las definiciones de los elementos y a su esencia económica.

El tercer criterio, subsidiario a los demás, se aplicará a los títulos en los que no puedan dividirse en sus diferentes componentes, en los que no sea obligado el rescate ni sea a voluntad del emisor y en los que la forma de cancelación no dependa de un hecho futuro contingente. Para la IAS 39 (párrafo 21), deben ser recogidos como pasivos financieros los títulos que no exponen al tenedor al riesgo de fluctuaciones en el precio de los títulos; por el contrario, se calificarán como fondos propios los instrumentos financieros que expongan al tenedor al riesgo de fluctuaciones en el precio de los títulos.

Una vez analizada la forma de entender la naturaleza económica de las clases de acciones por parte del IASB, elaboramos nuestras propuestas para contabilizar las clases de acciones en España.

4. PROPUESTA PARA BUSCAR LA NATURALEZA ECONÓMICA DE LAS CLASES DE ACCIONES

En este apartado se realiza una propuesta para diferenciar los títulos de clases de acciones en función de las características económicas de los títulos. Para ello nos basaremos en dos ideas: por un lado, la diferenciación económica de la masa de patrimonio neto y pasivo y, por el otro, la consideración de las acciones privilegiadas como instrumentos financieros.

Aunque el origen de las acciones privilegiadas es muy anterior a términos como innovación financiera, ingeniería financiera y marketing financiero, podemos considerar que, desde el punto de vista económico, la emisión actual de las acciones privilegiadas es resultado de la innovación financiera, entendida como el proceso integrado por dos subprocesos: la ingeniería financiera y el marketing financiero. El proceso de ingeniería financiera consiste en la construcción y elaboración de productos financieros en los que se materializan esas innovaciones, desarrollando una gran variedad de nuevas fórmulas de financiación, inversión y de cobertura de riesgos. Por su parte, el marketing financiero es el proceso de ofrecer a los clientes el conjunto de innovaciones financieras.

Los productos resultantes de la innovación financiera nacen de los principios del Derecho Internacional, de los que se deriva la autonomía de la voluntad y la libre creación de valores.

De entre todos los medios de innovación financiera, son especialmente relevantes los activos financieros generados por una posición financiera intermedia entre deuda y acción, denominados tradicionalmente «híbridos». El mercado financiero muestra una clara tendencia al acercamiento entre la emisión de deuda y la participación en fondos propios, sin duda para aprovechar las ventajas de la otra categoría, intentando ser más atractiva para la posible elección como inversión. Esa per-

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

meabilidad opera en la mayoría de los niveles de distinción, permitiendo encontrar una aproximación en las características de la retribución y duración del derecho, produciendo un debilitamiento de la frontera que separa los conceptos de acción y deuda. Evidentemente, no es la única forma de innovación financiera, pero gran parte de los productos que origina pueden englobarse dentro de una mezcla de las dos posturas clásicas de inversión a largo plazo.

Las posibilidades de la emisión de títulos derivados de la innovación financiera no han sido aún limitadas y van creciendo cada día, aunque podemos identificar gran parte de los títulos resultantes de este proceso como híbridos. Las obligaciones perpetuas, participativas y convertibles son empréstitos que incorporan aspectos básicos de las acciones. Las acciones sin voto y las preferentes son fondos propios en los que se pueden intuir características de una emisión de obligaciones.

Esta investigación pretende resolver el problema de la identificación de los títulos clasificándolos en función del criterio económico en vez de en el jurídico. Para ello es necesario (a) interpretar las aportaciones de los accionistas en función de los acuerdos contractuales, (b) entender las aportaciones de los socios como recursos externos a la sociedad y (c) considerar a las acciones privilegiadas como instrumentos financieros.

El concepto jurídico, utilizado tradicionalmente para diferenciar la masa de pasivo, se deriva del criterio de propiedad; así, unos recursos se consideran entregados por sujetos propietarios de la empresa y otros por agentes externos a ella. El concepto económico se debe alejar del concepto de propietario de la sociedad, acercándose a una diferenciación basada en los acuerdos contractuales.

Atendiendo a la prevalencia de los criterios económicos los accionistas ordinarios tienen derecho a recibir su remuneración, no porque sean los propietarios de la empresa, sino porque son los titulares de un instrumento contractual de determinadas características. La empresa es una unidad con personalidad propia y diferente de los sujetos que la integran (principio de entidad), ya que, aunque los intereses de alguno de ellos puedan coincidir en algún momento del tiempo con los de la empresa, no son siempre necesariamente los mismos. La empresa, como entidad independiente de los acreedores, proveedores, accionistas ordinarios y accionistas privilegiados, necesita registrar los derechos y obligaciones que genera su relación con ellos. Las aportaciones de estos sujetos no deben estar divididas en recursos pertenecientes al interior de la empresa (acciones) y otros de fuera de la empresa (deudas), sino que todos deberán ser concebidos como recursos obtenidos externamente a la unidad empresarial.

Una vez abandonados los criterios jurídicos como la propiedad, y aceptadas todas las formas de financiar la empresa como externas a ella, proponemos considerar cada una de las fuentes de financiación de la sociedad como un instrumento financiero.

Un instrumento financiero es un contrato que da lugar a un activo financiero en una empresa y, simultáneamente, a un pasivo financiero o a un instrumento de patrimonio en otra empresa (PGC 2007, NV 9) (PGC PYMES, NV 7). Los instrumentos emitidos se clasificarán como pasivos financieros, en su totalidad o en una de sus partes, siempre que de acuerdo con su realidad económica supongan para la empresa una obligación contractual, directa o indirecta, de entregar efectivo u otro

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

activo financiero, o de intercambiar activos o pasivos financieros con terceros en condiciones potencialmente desfavorables, tal como un instrumento financiero que prevea su recompra obligatoria por parte del emisor, o que otorgue al tenedor el derecho a exigir al emisor su rescate en una fecha y por un importe determinado o determinable, o a recibir una remuneración predeterminada siempre que haya beneficios distribuibles (PGC 2007, NV 9.3) (PGC PYMES, NV 8). Un instrumento de patrimonio es cualquier negocio jurídico que evidencia, o refleja, una participación residual en los activos de la empresa que los emite una vez deducidos todos sus pasivos. En el caso de que la empresa realice cualquier tipo de transacción con sus propios instrumentos de patrimonio, el importe de estos instrumentos se registrará en el patrimonio neto, minorando los fondos propios, y en ningún caso podrán ser reconocidos como activos financieros de la empresa ni se registrará resultado alguno en la cuenta de pérdidas y ganancias (PGC 2007, NV 9.4) (PGC PYMES, NV 11).

El FASB (1990.a, párrafo 6) define los instrumentos financieros como tesorería o una evidencia de interés del propietario en una entidad, o un contrato que cumpla una de estas dos condiciones: por un lado, impone a una entidad la obligación de entregar tesorería o un instrumento financiero a una segunda entidad o cambiar instrumentos financieros en términos potencialmente desfavorables con la segunda entidad; por el otro, atribuye a esta segunda entidad un derecho contractual a recibir tesorería o un instrumento financiero de la primera entidad o intercambiar instrumentos financieros en unos términos potencialmente favorables con la primera entidad.

El IASB (1998.b, 4) (1998.c, 5) y el ASB (1996, 42) definen un instrumento financiero como cualquier contrato que origina conjuntamente un activo financiero para una empresa y un pasivo financiero o un instrumento patrimonial para otra. Para estos organismos un activo financiero es cualquiera de estas cuatro posibilidades: tesorería, un derecho contractual de recibir efectivo u otro activo financiero de otra empresa; un derecho contractual de intercambiar instrumentos financieros con otra empresa bajo condiciones que son potencialmente favorables, o un instrumento patrimonial de otra empresa. Por su parte, un pasivo financiero es cualquier pasivo que constituya una de estas dos obligaciones contractuales: entregar efectivo u otro activo financiero a otra empresa, o intercambiar instrumentos financieros con otra empresa en condiciones que son potencialmente desfavorables.

Por último, estos organismos establecen que un instrumento patrimonial es cualquier contrato que represente una participación residual en los activos de una empresa después de deducir todos sus pasivos.

De la definición de instrumentos financieros del PGC 2007, PGC PYMES, ASB, FASB e IASB, podemos concluir que las acciones, deudas y acciones privilegiadas pueden ser consideradas instrumentos financieros, ya que representan la obligación de un emisor de entregar riqueza u otro instrumento financiero a otro sujeto cumpliendo una serie de condiciones contractuales. Analizando las definiciones de los instrumentos financieros identificamos tres figuras: por un lado, el activo financiero, y como contrapartida a éste, un pasivo financiero o un instrumento de participación en el pasivo no exigible de la sociedad emisora, que por deducción debería denominarse neto financiero.

Estas definiciones señalan intrínsecamente una clasificación de los instrumentos financieros basada en los derechos que conceden al titular. Así, diferenciamos los instrumentos de pasivo finan-

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

ciero de los instrumentos de neto financiero. Los instrumentos de pasivo financiero son la representación en el pasivo de la sociedad emisora de la aportación de un activo financiero que concede a su titular un derecho a recibir riqueza del emisor según lo establecido en el contrato, siempre que no sea un derecho sobre el pasivo no exigible de la sociedad emisora. Por el contrario, los netos financieros son la representación en el pasivo de la sociedad emisora de la aportación de un activo financiero que contractualmente concede al titular un derecho sobre los pasivos no exigibles de la sociedad emisora.

Preferimos denominar neto financiero a lo que el PGC 2007 y el PGC PYMES denominan «instrumentos de patrimonio propio», el FASB «evidencia del interés de propietario» y el IASB «instrumento de neto patrimonial», para eliminar su connotación de propiedad jurídica, otorgándole un significado financiero.

Para diferenciar un pasivo financiero de un instrumento de neto financiero, la característica clave es la existencia de una obligación contractual, que recae sobre una de las partes implicadas en el instrumento financiero (el emisor), consistente en entregar dinero u otro instrumento financiero a la otra parte (el tenedor), bajo condiciones que son potencialmente desfavorables para el emisor. Cuando tal obligación contractual existe, el instrumento cumple la definición de pasivo financiero (FASB, 1990.b, 33) (IASB y CICA, 1990.a, 2003) (IASB, 1998.c, 20) (Ingram y Baldwin, 1998, 304). Consideramos que un instrumento de neto financiero es un instrumento financiero que no genera para el emisor la obligación contractual de entregar dinero u otro activo financiero o intercambiarlo por otro instrumento financiero, en condiciones que le son potencialmente desfavorables (entregar riqueza), hasta el momento de la extinción, donde se ejercerá el derecho de participación sobre los pasivos no exigibles. En el neto financiero, aunque el comprador de un instrumento de neto puede tener derecho a recibir una proporción de los eventuales dividendos u otras distribuciones de partidas del pasivo no exigible, el emisor no tiene la obligación contractual de entregarle riqueza hasta el momento de la liquidación de la empresa.

Una vez establecidos los conceptos económicos de pasivo financiero y neto financiero, hemos de significar su relación con los criterios contables. El pasivo contable está dividido en pasivo exigible (pasivo en las legislaciones del ICAC) y no exigible (patrimonio neto en las legislaciones del ICAC); en el primero deben contemplarse las fuentes de financiación que obligan a la sociedad emisora a entregar riqueza antes de la finalización de la vida de la empresa, mientras que en el pasivo no exigible se situarán las fuentes de financiación que no obligan a la empresa emisora a entregar riqueza hasta el momento de la liquidación. Esta clasificación permite destinar los pasivos financieros al pasivo exigible, mientras que el neto financiero debe aparecer en el pasivo no exigible. Según esta idea, el pasivo no exigible estará constituido, en un primer momento, por las aportaciones de los titulares de activos financieros que participan contractualmente en el pasivo no exigible de la sociedad emisora, la cual las registrará como un instrumento de neto financiero, para posteriormente irse modificando con las variaciones del pasivo no exigible.

Tras la unión entre los conceptos contables y económicos para registrar las fuentes de financiación, es necesario comparar la concepción económica con la jurídica. En la mayoría de las situaciones la concepción jurídica y económica coincide, es decir, las deudas son pasivos financieros y

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

las acciones ordinarias son netos financieros, pero esta generalidad se rompe con ciertas acciones privilegiadas.

Esta investigación pretende identificar los diferentes derechos que pueden poseer las acciones privilegiadas y observar los que pueden generar diferencias entre el criterio jurídico y económico. Estudiados todos los derechos de las acciones privilegiadas, observamos que únicamente existen diferencias en dos derechos: rescate y reparto de beneficios.

En primer lugar analizamos el derecho de rescate y posteriormente el derecho a recibir ganancias, porque permite conseguir una línea argumental lógica; así lo ha entendido el IASB (1998.c, A 21): «(...) cuando las acciones preferentes sean del tipo no rescatable, la clasificación apropiada se determina considerando otros derechos que puedan llevar incorporados, el más concluyente es el privilegio en el derecho a participar de las ganancias».

5. PRIVILEGIADAS EN EL RESCATE

El criterio de exigibilidad debe ser aplicado a las acciones privilegiadas con derecho de rescate. La condición que debe cumplir un instrumento financiero para ser considerado pasivo financiero es que el emisor tenga la obligación de transferir riqueza al tenedor de la acción en un momento anterior a la liquidación de la sociedad; en este caso, si se cumple una serie de condiciones, la empresa emisora no puede negarse a transferir recursos, ya sea por remuneración periódica o por extinción del título. En el otro extremo, las acciones cuyo emisor no tiene la obligación contractual de transferir riqueza a los titulares de las acciones antes del momento de la liquidación deben ser consideradas neto financiero.

Para realizar una clasificación completa de las acciones rescatables debemos utilizar dos criterios: (a) según el sujeto o situación que hace nacer el privilegio y (b) según la forma prefijada de rescate.

Para aplicar el criterio de exigibilidad sobre las acciones rescatables, atendiendo al sujeto o situación que hace surgir el privilegio, es necesario evaluar las obligaciones contractuales en cada una de las situaciones.

Las acciones rescatables a opción del emisor son un instrumento de neto financiero porque la empresa emisora tiene la potestad (pero no la obligación) de entregar recursos a los titulares, mientras que los titulares no tienen derecho a exigir recursos a la empresa emisora hasta el momento de la liquidación. Solamente surgirá una obligación de transferir activos financieros y, por tanto, constituirá un pasivo financiero, cuando el emisor de las acciones ejercite la opción, comunicando formalmente a los accionistas su intención de proceder al rescate de las acciones.

Las acciones rescatables a opción del inversor son un instrumento de pasivo financiero, teniendo la condición de exigibles, ya que el titular puede obligar a la empresa emisora a entregarle recursos antes de la fecha de rescate. Una eventual imposibilidad, por parte del emisor, de satisfacer la

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

deuda correspondiente al rescate de la acción preferente, cuando sea requerido contractualmente para ello, ya sea por motivos de falta de fondos o por restricciones legales, no niega el carácter de pasivo financiero de la obligación contraída.

Las acciones rescatables a opción de ambos conceden la opción de rescate tanto al emisor como al titular, siendo un caso mixto entre los dos anteriormente citados. Según el criterio de exigibilidad debería ser registrado como pasivo financiero, ya que la empresa está obligada a entregar recursos si el titular se lo exige, pero pueden existir dudas derivadas de que el título es un instrumento financiero compuesto, que comparte características de pasivo financiero y de neto financiero.

Para reconocer la naturaleza de los instrumentos financieros compuestos tenemos varias alternativas: (a) considerar su naturaleza por separado, (b) considerar su naturaleza según la mayor probabilidad de acaecimiento y (c) considerar su naturaleza según la característica predominante.

La primera alternativa es la elegida por AICPA (1966), CHANT (1989), FASB (1990.b, 9), IASB y CICA (1990.a, 2042) e IASB (1997.b, 81) (1998.c, 23), que son partidarios de la contabilización separada de las figuras contables compuestas. El IASB (1998.c, 23), al estudiar las acciones rescatables a opción de ambos, exhorta a que «(...) el emisor de un instrumento financiero que contenga simultáneamente un elemento de pasivo y otro de neto, contabilice cada parte del instrumento por separado».

La segunda alternativa consiste en contabilizar un instrumento financiero compuesto según la probabilidad de que ocurra un hecho. Esta opción tiene sus antecedentes en el FASB para contabilizar las opciones (FASB, 1989.b) y obligaciones convertibles (FASB, 1990.b). Para este último caso afirma que «(...) una obligación convertible debe ser reconocida completamente como un pasivo si el vencimiento es más probable que el rescate» (FASB, 1990.b, 280).

La tercera alternativa es observar el rasgo predominante, opción que parece más adecuada con la línea argumental seguida hasta el momento en esta investigación. Aceptando esta opción las acciones rescatables a opción de ambos deben ser consideradas pasivo financiero, ya que al ser en parte exigibles y no exigibles, la empresa emisora posee la obligación de entregar recursos al titular, en el supuesto de que éste ejercite su derecho.

En las acciones rescatables en una fecha fijada, la empresa emisora está obligada a entregar recursos a los titulares llegado el momento del rescate, y por ser éste un momento anterior a la liquidación de la empresa, el título debe ser considerado pasivo financiero. En este caso tampoco deja de tener el carácter de pasivo financiero ante la eventual imposibilidad, por parte del emisor, de satisfacer la deuda correspondiente al rescate de la acción preferente cuando sea requerido contractualmente para ello, ya sea por motivos de falta de fondos o por restricciones legales.

Una acción con rescate supeditado a que se produzca un evento es un pasivo financiero, ya que si sucede el hecho la empresa emisora está obligada a entregar recursos al titular antes de la fecha de liquidación. Este tratamiento es contrario al propuesto por el IASB (1998.c, 22) al obligar el registro de la acción privilegiada atendiendo a la probabilidad de concurrencia del hecho. Según este

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

organismo, si la probabilidad de que ocurra el hecho es media o alta, debemos considerarlo un pasivo financiero. Si por el contrario el hecho cuyo cumplimiento haría obligatorio el rescate o potestativo para el titular, tuviese probabilidad baja, se debería contabilizar como si fuese un instrumento de neto patrimonial.

El **cuadro 1** resume la clasificación de las acciones rescatables atendiendo al sujeto o situación que hace surgir el privilegio.

CUADRO 1. *Clasificación de las acciones rescatables atendiendo al sujeto o situación que hace surgir el privilegio.*

Tipología	Consideración económica
Rescatables a opción del emisor	Pasivo no exigible
Rescatables a opción del inversor	Pasivo exigible
Rescatables a opción de ambos	Pasivo exigible
Rescatables en una fecha fijada	Pasivo exigible
Rescatables cuando se produzca un hecho determinado	Pasivo exigible
Rescatables a solicitud de un tercero	Pasivo exigible
Rescate sujeto a una condición	Pasivo exigible

Fuente: *Elaboración propia.*

La segunda clasificación consiste en diferenciar las acciones privilegiadas atendiendo a la forma de rescatar prefijada.

En el supuesto de que las acciones rescatables tengan prefijado que el rescate sea financiado únicamente con una nueva emisión, la consideración del instrumento financiero como pasivo financiero o neto financiero depende de la naturaleza económica de la emisión con la que se financiará el rescate. Si la nueva obligatoria emisión es un neto financiero debemos considerar la emisión original como un neto financiero; por el contrario, si la nueva emisión es un pasivo financiero, el instrumento financiero tendría la misma naturaleza.

La otra posibilidad es que en las acciones rescatables se establezca que el rescate sea financiado únicamente con los recursos propios de la empresa, tanto si supone para la sociedad emisora reducciones de capital como amortizaciones de capital. En este caso, el accionista recibe recursos de la propia empresa sin recurrir a financiación externa, por lo que debemos acudir al criterio del hecho que provoque el rescate para conocer la naturaleza de la emisión.

El único supuesto en el que pueden ocurrir desavenencias entre ambos criterios clasificatorios es una emisión en la que se obligue a financiar la operación con otra emisión y obtengamos una conclusión de la naturaleza en sentido contrario según la situación que hace surgir el rescate. Esta

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 119-164
Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

situación debe registrarse como un pasivo financiero, ya que, atendiendo a la característica predominante, consideramos todas las acciones como instrumentos de neto financiero hasta que obtengamos alguna evidencia de que la empresa está obligada a entregar riqueza al titular antes de la fecha de liquidación.

El **cuadro 2** recoge la propuesta de clasificación contable de las acciones rescatables basada en criterios económicos.

CUADRO 2. *Clasificación contable de las acciones rescatables.*

	Rescate financiado con recursos propios de la sociedad	Rescate financiado con una nueva emisión de neto financiero	Rescate financiado con una nueva emisión de pasivo financiero
Rescatables a opción del emisor	Pasivo no exigible	Pasivo no exigible	Pasivo exigible
Rescatables a opción del inversor	Pasivo exigible	Pasivo exigible	Pasivo exigible
Rescatables a opción de ambos	Pasivo exigible	Pasivo exigible	Pasivo exigible
Rescatables en una fecha fijada	Pasivo exigible	Pasivo exigible	Pasivo exigible
Rescatables cuando se produzca un hecho determinado	Pasivo exigible	Pasivo exigible	Pasivo exigible
Rescatables a solicitud de un tercero	Pasivo exigible	Pasivo exigible	Pasivo exigible
Rescate sujeto a una condición	Pasivo exigible	Pasivo exigible	Pasivo exigible

Fuente: *Elaboración propia.*

6. PRIVILEGIADAS EN EL DERECHO A PARTICIPAR DE LAS GANANCIAS

En este apartado se estudia la naturaleza jurídica de los privilegios por diferenciación del derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales de las acciones.

La primera restricción mercantil que debe cumplir una empresa al emitir acciones privilegiadas es la prohibición de crear acciones con derecho a un interés, cualquiera que sea la forma de su determinación (art. 50.2 TRLSA). Por lo tanto, aunque en los estatutos sociales estuviera recogido, la ley impide el otorgamiento de un interés a una acción.

Una vez identificada esta prohibición, es necesario definir el concepto de interés para el TRLSA. La idea clásica es considerar como interés una remuneración independiente de la existencia de beneficios. La prohibición de la emisión de acciones con un interés pretende evitar que algunos accionistas privilegiados acaparen el beneficio social por la vía indirecta de tener asegurado un interés fijo

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

independiente de los resultados, al igual que la remuneración de las deudas. Los titulares de una deuda poseen un interés, entendido como el derecho de crédito frente a la sociedad, que con independencia de los resultados sociales hará efectivo con la garantía explícita del patrimonio presente o futuro de la sociedad (art. 191.1 CC). El interés, al no respetar la concurrencia de beneficio, atenta contra la solvencia patrimonial de la sociedad, permitiendo el desvío de fondos a los socios sin someterse previamente a la disciplina reguladora del pago de dividendos.

Esta idea general debe revisarse al estudiar la remuneración de ciertas acciones con interés permitidas por la ley y aceptadas legalmente como acciones. En el ámbito financiero clásico destaca la distinción entre títulos de deuda y acciones, tomando como referencia sus retribuciones típicas: el interés y el dividendo. En la actualidad, el mercado financiero ha desarrollado productos que intentan obtener las ventajas de las acciones y de las deudas en materia de retribución, proponiéndose, por un lado, fórmulas de vincular la retribución del prestamista a la marcha próspera o adversa de la empresa prestataria, y del otro, medios para garantizar un privilegio retributivo mínimo al socio.

Desde el punto de vista económico, el estudio conjunto de la legislación y del mercado español nos lleva a afirmar que, en la práctica, se permite la remuneración de ciertas acciones independientemente de la existencia de beneficios, es decir, por medio de interés, aunque jurídicamente se le otorgue la denominación de dividendo. Esto es debido a que la legislación española mezcla conceptos jurídicos y económicos, al considerar dividendo a toda retribución de las acciones; por lo tanto, jurídicamente será dividendo, y no interés, la remuneración concedida a todas las figuras consideradas como acciones en la legislación española. Así, nunca una acción concederá un interés en términos jurídicos, porque en caso contrario, el título pasaría a ser deuda, abandonando la consideración de acción.

La clave de esta interpretación se encuentra en el artículo 15.1 a) y d) de la II Directiva comunitaria, donde, a pesar de que se rechazan las figuras retributivas de los socios que atenten contra la solvencia patrimonial de la sociedad con independencia de la denominación recibida, «(...) se permite la retribución de las acciones mediante el pago de intereses, pago que, en todo caso, queda sometido a las mismas condiciones que la entrega de dividendos».

En definitiva, desde el punto de vista jurídico se debe considerar dividendo toda retribución de los accionistas, e interés toda retribución de una deuda, de tal forma, que si el título es una acción y la ley permite su remuneración, no será legalmente interés, porque si no entraría en contradicción con artículo 50.2 del TRLSA. Así que, jurídicamente, la figura que la ley española en cada momento considere acción tendrá una remuneración denominada dividendo.

Económicamente serán pasivo no exigible todas las acciones que en su emisión no posean privilegios sobre los beneficios. En el caso de que sí los posean, debemos analizar cada derecho para poder discernir si el título tiene naturaleza económica de pasivo exigible.

Los privilegios sobre el beneficio admitidos jurídicamente en España son los siguientes:

Preferencia. Las acciones preferentes son una clase de acciones que se favorecen de una jerarquía temporal positiva en el reparto de dividendos respecto otras clases. El dividendo preferente ofrece un privilegio de carácter temporal, aunque no cuantitativo, sobre la remuneración.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

La disposición adicional decimoquinta de la Ley del Mercado de Valores (LRLMV) adiciona el apartado 3 al artículo 50 del TRLSA: «Cuando el privilegio consista en el derecho a obtener un dividendo preferente, la sociedad estará obligada a acordar el reparto del dividendo si existieran beneficios distribuibles. Los Estatutos habrán de establecer las consecuencias de la falta de pago total o parcial del dividendo preferente, si éste tiene o no carácter acumulativo con relación a los dividendos no satisfechos, así como los eventuales derechos de los titulares de estas acciones privilegiadas con relación a los dividendos que puedan corresponder a las acciones ordinarias. Éstas no podrán en ningún caso recibir dividendos con cargo a los beneficios de un ejercicio, mientras no haya sido satisfecho el dividendo privilegiado correspondiente al mismo ejercicio. El mismo régimen establecido en el párrafo primero del presente apartado será aplicable a las sociedades no cotizadas, salvo que sus Estatutos dispongan otra cosa».

El artículo 50.3 del TRLSA obliga a la empresa emisora de acciones con dividendo preferente (siendo cotizada o no cotizada sin mención en contra) a conceder el dividendo a los accionistas privilegiados en el primer ejercicio que existan beneficios distribuibles.

La inclusión del concepto de distribuible tiene dos consecuencias. La primera es que para retribuir a los accionistas no sólo tenemos que esperar a tener beneficios, sino que, además, debemos esperar a tener beneficios una vez deducidas una serie de obligaciones que tiene la sociedad (reservas legales, reservas por fondo de comercio y reservas estatutarias entre otras). La segunda es que para calcular el dividendo a entregar siempre que existan beneficios distribuibles deben tenerse en cuenta las reservas disponibles por la empresa, independientemente de su origen, sean beneficios de este ejercicio o de anteriores, por supuesto, cumpliendo las restricciones sobre el reparto que establece el TRLSA para cualquier dividendo.

En el contrato de emisión deben constar las consecuencias de la falta de pago del dividendo preferente y, entre ellas, si el importe impagado es o no acumulativo a los ejercicios siguientes.

Una vez todos los accionistas con dividendos preferentes los hayan recibido, los accionistas ordinarios podrán exigir el cobro de su dividendo, pero nunca se podrán distribuir dividendos a las acciones ordinarias en un ejercicio, sin haber satisfecho con anterioridad el dividendo preferente.

La redacción puede ofrecer dudas sobre si la obligatoriedad del reparto en cuanto existan beneficios repartibles es sólo aplicable a las acciones preferentes o al resto de acciones privilegiadas. No obstante, la redacción de la comisión de expertos y de la enmienda n.º 99 del Grupo Parlamentario Catalán deja claro que esta preferencia debe ser aplicada a todas las clases de acciones que reconozcan una preferencia en el cobro de la remuneración. Tienen preferencia en el cobro las acciones preferentes, las que posean un dividendo adicional y las acciones sin voto con dividendo adicional acumulativo.

Dividendo adicional. Consiste en el reparto de una parte de los beneficios distribuibles entre una o varias clases de acciones. Una vez recibido este dividendo, se sitúan en igualdad de condiciones con las otras clases de acciones para recibir el resto del beneficio repartible.

La diferencia entre las acciones preferentes y las que posean dividendo adicional es que estas últimas se benefician del dividendo privilegiado y posteriormente tienen derecho a recibir el dividen-

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

do restante como el resto de acciones; sin embargo, las acciones preferentes reciben los dividendos en un momento anterior al resto, pero posteriormente no tienen derecho a ningún dividendo adicional.

El dividendo adicional aparece explícitamente en el TRLSA para regular el tratamiento de las acciones sin voto, donde sus titulares tienen derecho a percibir el dividendo anual mínimo fijo o variable que establezcan los estatutos sociales; una vez concedido el dividendo mínimo, tendrán derecho al mismo dividendo que corresponda a las acciones ordinarias. Existiendo beneficios distribuibles, la sociedad está obligada a acordar el reparto del dividendo mínimo. La peculiaridad de algunas acciones sin voto es que sus titulares son beneficiarios de dos derechos: dividendo adicional y acumulación.

La única emisión de acciones realizada en España con un dividendo adicional sin ser una acción sin voto es la emitida por la sociedad «Española de Viviendas de Alquiler (CEVASA)», ya que cuando se emitieron en 1970 no estaban reguladas las acciones sin voto en nuestra legislación. Las acciones de CEVASA son preferentes con derecho a percibir un dividendo de hasta el 7,5% de su valor nominal con carácter fijo preferente a las ordinarias y, además del dividendo preferente, también tienen derecho a recibir el dividendo de las acciones ordinarias.

Derecho a la acumulación. En este caso el derecho a recibir remuneración no desaparece si no existen beneficios no distribuibles en ese ejercicio, sino que se extiende a posteriores; esto es, si no existen beneficios repartibles en este ejercicio se acumulan a los siguientes, hasta que existan beneficios repartibles y se cobren todos los no realizados hasta ese momento. La inclusión de este derecho protege al accionista de todas las posibles actuaciones de la empresa para infravalorar los beneficios del ejercicio.

El derecho de acumulación se puede añadir a cualquier otro privilegio sobre las ganancias (dividendo preferente, dividendo adicional...), aunque la legislación española únicamente regula explícitamente este derecho en el artículo 91.1 del TRLSA para algunas acciones sin voto.

Derecho a un porcentaje de la base repartible. La base de reparto se divide entre los accionistas, pero una emisión se asegura un porcentaje sobre la base repartible o sobre los beneficios de este ejercicio cada vez que la sociedad tome la decisión de repartir dividendos.

Derecho de un dividendo mínimo superior. El dividendo mínimo aparece regulado en el artículo 130 del TRLSA, donde se garantiza un dividendo del 4% de los beneficios, o un porcentaje superior si así lo establecen los Estatutos, a entregar a los accionistas antes de retribuir a los administradores. La regulación estatutaria que conceda un dividendo mínimo superior es generadora de clase, porque establece un privilegio sobre las emisiones que no posean ese derecho.

Nuestras conclusiones, una vez analizados los criterios jurídicos admitidos en España, son que, aunque en la mayoría de los casos los criterios jurídicos y económicos coinciden, existe una ruptura entre ambos en el estudio de la remuneración de algunos títulos.

En el plano económico no debemos tener en cuenta su denominación (interés, dividendo fijo, garantizado o intercalario), sino la verdadera naturaleza económica de la remuneración, es decir, la dependencia de la gestión de la sociedad y de la voluntad de ésta.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

En el plano jurídico un título es una deuda si recibe una remuneración independientemente de la existencia de resultados, siendo considerado un gasto financiero a efectos legales y fiscales. Por el contrario, un título es una acción si su remuneración se establece después del cálculo del beneficio, tiene la consideración jurídica de dividendos y no es ni gasto financiero ni gasto fiscalmente deducible.

Económicamente no es adecuado diferenciar un título en función de si su remuneración se realiza antes o después del cálculo del beneficio, o si es un gasto financiero o un dividendo a efectos fiscales o legales. El criterio económico consiste en considerar que un instrumento de pasivo financiero tendrá una remuneración independiente de la voluntad del emisor y de los resultados de la empresa, y que un instrumento de neto financiero retribuirá en función de la gestión de la sociedad y según su propia discrecionalidad. La prueba más clara de que una remuneración es neto financiero, es que si no existen beneficios repartibles no se puede repartir y, aun existiendo beneficios repartibles, la empresa posee la potestad para no hacerlo.

Este razonamiento, derivado de la exigibilidad como criterio primario de la diferenciación económica de la masa de pasivo, ofrece un criterio económico para diferenciar los instrumentos de neto financiero de los instrumentos de pasivo financiero respecto al derecho de recibir ganancias. Según este criterio, un instrumento de neto financiero tiene una remuneración que necesita la existencia de netos repartibles (beneficios o reservas disponibles) y que el reparto sea decidido por el órgano gerencial; por el contrario, un instrumento de pasivo financiero tiene una remuneración que no depende de ninguno de estos factores.

El emisor de instrumentos de neto financiero solamente está obligado a entregar riqueza a los titulares cuando la dirección tome un acuerdo de distribución o haya llegado el momento de la liquidación; por esta razón, en un neto financiero, aunque existan beneficios repartibles, el administrador de la empresa emisora puede tomar la decisión de no remunerar.

Como criterio general, deberán ser considerados pasivos financieros los productos que concedan una remuneración prefijada independiente de la voluntad del emisor y de los resultados de la empresa. Por otro lado, son instrumentos de neto financiero las emisiones que concedan un mayor porcentaje en el reparto que al resto de los accionistas, siempre que al reparto del dividendo se anteponga la necesidad de un beneficio repartible y la voluntad del administrador en repartirlo.

Este criterio clasificatorio está basado en el concepto clásico y teórico de participación en el patrimonio neto de la sociedad, el cual supone que en los instrumentos que participan en la cuota liquidativa de la sociedad, la parte no recibida como remuneración durante la vida de la sociedad, será recibida al final de ésta, y que aunque los titulares de este tipo de instrumentos prefirieran recibirlos lo más pronto posible, nada obliga a la sociedad a entregarlos antes de su extinción. Por esta razón, las decisiones judiciales o legislativas que obligasen al reparto a las acciones que participan del pasivo no exigible de la sociedad irían en contra de la propia naturaleza del título.

Los titulares de un instrumento de neto financiero poseen una remuneración menos segura que la de un pasivo financiero; en cambio, el rendimiento de un instrumento de neto financiero no tiene límite máximo, como ocurre con el de un pasivo financiero.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

La remuneración de un neto financiero no es una obligación contractual de la empresa, sino que es pagadera a discreción del emisor, quien tiene pleno poder para omitirla. La omisión de la retribución de un instrumento de neto financiero no es un incumplimiento de la obligación de la empresa con sus inversores; sin embargo, toda empresa está obligada a pagar la remuneración de los pasivos financieros si se cumplen las condiciones y plazos.

La principal ruptura entre el concepto jurídico y económico en España es la inclusión, en la disposición adicional decimoquinta de la LRLMV, donde se obliga a entregar el dividendo preferente en el ejercicio que posea beneficios, situación que se hace extensible al resto de privilegios del derecho a recibir ganancias. Tras esta modificación es necesario establecer un análisis económico de cada uno de los privilegios jurídicos de los dividendos para el caso español.

Preferencia. Un instrumento de privilegio preferente es el que, una vez la sociedad emisora decide conceder dividendos a sus titulares, les remunera en un momento anterior en el tiempo respecto a los accionistas de las clases ordinarias.

Con la legislación española anterior a 1998, una preferencia en el reparto de dividendos debería ser registrada siempre como neto financiero. Estos títulos no obligarían al emisor a repartirlos, sino que si el emisor acuerda repartirlos debería remunerar antes a los titulares de acciones preferentes. De esta manera, un título mantendría la condición de neto financiero si la empresa emisora decidiera no remunerar a los titulares aunque posea beneficios.

La simplicidad de este tratamiento queda modificada con la LRLMV que obliga, a las sociedades cotizadas y a las no cotizadas sin mención estatutaria en contra, a conceder dividendos en el primer ejercicio que tuvieran beneficios distribuibles; esta situación anula la voluntad del órgano gestor de la sociedad emisora, por lo que deberían ser registrados como instrumentos de pasivo financiero.

Si una empresa no cotizada establece en sus estatutos que no es obligatorio conceder el dividendo privilegiado en el primer ejercicio que tuviera beneficios distribuibles, el título debería ser registrado como un instrumento de neto financiero.

En resumen, en la legislación española actual las sociedades cotizadas y las no cotizadas, sin mención estatutaria en contra, están obligadas a conceder remuneración en el primer ejercicio en el que tuvieran beneficios distribuibles, por lo que deberían registrar esas fuentes de financiación como instrumentos de pasivo financiero; sin embargo, las empresas no cotizadas que establezcan en sus estatutos la no obligatoriedad de conceder el dividendo privilegiado en el primer ejercicio en el que tengan beneficios distribuibles, teniendo la potestad de no concederlo, deberán registrar esa fuente de financiación como un instrumento de neto financiero.

Dividendo adicional. La regulación tradicional de este privilegio no conlleva la exigibilidad de recursos por parte del titular, por lo que el emisor debería considerar la contrapartida del título como un instrumento de neto financiero. Por el contrario, con la disposición adicional decimoquinta

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

de la LRLMV, y suponiendo una homogeneidad en la ley, la entrega de riqueza es obligatoria cuando existan recursos repartibles, por lo que la acción tendrá derecho de exigibilidad y la empresa emisora debe considerarla pasivo financiero.

Derecho a la acumulación. El privilegio acumulativo concede un derecho a que se acumulen los dividendos en los ejercicios en los que no se conceda el reparto. La sociedad emisora está obligada a abonar los dividendos atrasados de sus instrumentos con privilegio de dividendo acumulado, antes de remunerar sus acciones ordinarias. Para que una retribución acumulativa tuviese la consideración de remuneración de neto financiero, la empresa emisora debería tener la facultad de poder decidir si entregar la remuneración o no en el ejercicio que posea beneficios repartibles. Sin embargo, el tratamiento de la legislación española convierte al título en un instrumento de pasivo financiero, pues existe la obligación de entregarlo en cuanto genere beneficios.

Para analizar la actual regulación del derecho de acumulación partimos de una hipótesis: en el primer ejercicio que existan beneficios distribuibles es obligado conceder el dividendo acumulado, independientemente de la voluntad del empresario. Tras la LRLMV, el TRLSA (art. 50.3) obliga a que los dividendos preferentes se entreguen independientemente de la voluntad del empresario. Igual ocurre con las acciones sin voto (art. 91.1 TRLSA), que poseen un dividendo adicional y un derecho a la acumulación, y que también están obligadas a que cuando existan beneficios se concedan los dividendos adicionales y acumulativos. Por esta razón, suponiendo una homogeneidad en la ley, un dividendo acumulativo debe ser concedido en cuanto la empresa posea beneficios.

Aceptando este razonamiento, el derecho a la acumulación en España convierte a los instrumentos financieros que lo posean en pasivos financieros, ya que conceden a sus titulares una remuneración independiente de la voluntad del empresario. La empresa tiene la obligación de abonar los dividendos privilegiados; en consecuencia, deberían ser considerados pasivos exigibles tanto los dividendos decididos por la Junta como los no decididos en este ejercicio y acumulados de ejercicios anteriores.

Los títulos que están obligados a acumular los dividendos en los periodos que haya pérdidas hasta el primer ejercicio en que existan beneficios distribuibles deberán considerarse pasivo financiero, porque normalmente generarán beneficios repartibles en algún ejercicio. Con carácter excepcional, si la empresa llega a la finalización de su vida con anterioridad a que algún ejercicio tenga beneficios, se debería producir un ingreso extraordinario al compensar ese pasivo.

Para el IASB (1998.c) la acumulación no es representativa a la hora de identificar la naturaleza económica de un instrumento financiero. Estamos de acuerdo con su razonamiento, ya que este pronunciamiento se refiere a la acumulación tal como lo define la legislación estadounidense, donde la acción con privilegio de acumulación no está obligada a la concesión del dividendo cuando la empresa posee beneficio, por lo que es un instrumento de neto financiero. En nuestro país ocurre lo contrario, si no se concede dividendo porque existen pérdidas, se acumula hasta el primer ejercicio en que existan beneficios repartibles.

Derecho a un porcentaje de la base repartible. En este caso, la base de reparto se divide entre los accionistas, pero una clase de acciones se asegura un porcentaje sobre la base repartible o

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

sobre los beneficios de este ejercicio, cada vez que la sociedad tome la decisión de repartir dividendos. Por esta razón, el reparto del dividendo depende de la consecución de un beneficio repartible y de la voluntad de la gerencia para entregarlo, debiendo considerarse neto financiero.

Derecho de un dividendo mínimo superior. Un privilegio de aumentar el dividendo mínimo del artículo 130 del TRLSA sólo será concedido si existen beneficios y existe la voluntad de la empresa emisora, por lo que es un instrumento de neto financiero.

Acciones sin voto. Los titulares de las acciones sin voto pueden ser beneficiarios de dos derechos: dividendo adicional y acumulación. La legislación mercantil española convierte a todas las acciones sin voto que tengan cualquiera de los dos derechos en pasivos financieros, porque ambos privilegios llevan a cualquier título a ser considerado un pasivo financiero.

El análisis económico de cada uno de los privilegios de los dividendos admitidos jurídicamente en España debe ser comparado con el tratamiento en Estados Unidos.

Mientras que el análisis económico de la legislación americana respecto al derecho de rescate es análogo al español, en el análisis para el derecho a recibir beneficios existen diferencias provocadas por figuras que solamente reconoce una legislación, y por figuras reconocidas en ambos ordenamientos, pero con esencia económica diferente.

Las diferencias entre las figuras reconocidas en ambas legislaciones se derivan de que la normalización española obliga, a las empresas que emiten algunas acciones con privilegios sobre la remuneración, a entregar dividendos en cuanto obtengan beneficios, lo que conlleva conceptuar algunos títulos privilegiados en el derecho al beneficio como pasivo financiero. Por el contrario, en Estados Unidos ninguna de las acciones privilegiadas con privilegios sobre el derecho de los beneficios ofrece garantía contractual de cobrar los dividendos, ya que no aseguran que los dividendos serán pagados, simplemente aseguran que les serán abonados los dividendos correspondientes antes que a los accionistas ordinarios. Como la legislación norteamericana respeta la voluntad del emisor para distribuir remuneración, son neto financiero.

En la normativa norteamericana las acciones con privilegios en los derechos al beneficio, al igual que ocurre en las acciones ordinarias, llegan a ser deudas solamente cuando la entrega de remuneración sea decidida por la empresa emisora (Hunt *et al.*, 1972, 327), (Schall y Haley, 1980, 697) (Tunc, 1985, 56), (Mccullers y Van Daniker, 1985, 334) (Heinkel y Zechner, 1990, 3), (Schall y Haley, 1980, 697) (Ingram y Baldwin, 1998, 304) (Epstein y Mirza, 1998, 587) (Kies y Weygandt, 1998, 775). La única opinión contraria la aporta Cook (1999, 74), el cual, reconoce la existencia de «(...) ciertas emisiones de acciones con una estipulación contractual para entregar dividendos a sus titulares»; si este excepcional caso acaeciere, deberían ser consideradas pasivo financiero.

La posible justificación de la asimetría del tratamiento jurídico del privilegio sobre el beneficio en España y en Estados Unidos puede deberse a la diferente motivación que poseen las empresas de cada país a la hora de decidir el reparto. En la mayoría de los países, incluido Estados Unidos, el

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

reparto se considera una cuestión de imagen y, cuando muchas sociedades necesitan recursos, prefieren pedirlos al mercado manteniendo sus pagos de dividendos en función de los beneficios; además, las compañías temen suprimir dividendos sin motivo porque la negativa al reparto puede disminuir la cotización. El interés internacional de ofrecer remuneración a los accionistas no tiene su reflejo en España. La tendencia actual de las empresas españolas es reducir el reparto, obligando al ahorrador a esperar plusvalías únicamente de la venta de los títulos. Si las empresas extranjeras no son tan reacias como las españolas a repartir, conceder a los accionistas un porcentaje mayor sobre el reparto parece un considerable privilegio; el mismo privilegio concedido en España parece escaso, por lo que nuestro legislador establece que una vez se obtenga beneficio debe conceder el dividendo obligatoriamente.

La costumbre admitida generalmente en Estados Unidos de entregar beneficios repartibles de forma ordinaria no significa que deba asumirse que siempre se realizará, sino que debe atenderse a los derechos y obligaciones derivados de los acuerdos contractuales. Por esta razón, no tendría sentido la afirmación realizada por el FASB (1990.b, 10), HOUSTON y HOUSTON (1991, 49) y BREALY *et al.* (1996, 364), que consideran las acciones privilegiadas con *floating dividend rates*, en todos los casos, como instrumentos similares a una deuda, tenga la empresa emisora obligación de entregar recursos ante las variaciones en el interés variable o pueda evitar su entrega.

Entre las figuras jurídicas españolas no reconocidas en el derecho americano se encuentra el «dividendo adicional». El dividendo de las acciones privilegiadas norteamericanas consiste en una cantidad fija constante e independiente de los resultados de la sociedad, por lo que puede darse el caso de que las acciones ordinarias concedan mayor dividendo que ellas. Las acciones privilegiadas norteamericanas tienen mayores probabilidades de recibir dividendos con regularidad que las acciones ordinarias, pero las ordinarias tienen mayores oportunidades de recibir más cuantiosos dividendos. De esta forma, en Estados Unidos, los accionistas privilegiados están protegidos de las pérdidas, pero en la mayoría de los casos las épocas de aumento de riqueza no les afectan positivamente.

Las únicas emisiones que podrían asemejarse al dividendo adicional español son las *participating preferred stock*, en las que se obtiene una cantidad fija de dividendos y, si se alcanzan unas condiciones, entran en el reparto, junto a las ordinarias, del exceso sobre el límite planteado. Sin embargo, el dividendo adicional concede un derecho a un porcentaje y, desde el principio, entra en la base de reparto del resto de los beneficios junto con los accionistas ordinarios.

A las *participating preferred stocks* les corresponde una cantidad por ser acciones preferentes y, además, entrarían en el reparto de las cantidades que superen estas condiciones, de la misma forma que las acciones ordinarias, pero sin que el emisor esté obligado a entregarlos en cuanto tenga resultados positivos; por esta razón, su naturaleza económica es de neto financiero.

Por su parte, si el dividendo adicional fuese reconocido en Estados Unidos, debería ser registrado como neto financiero.

Otras figuras jurídicas americanas no reconocidas en el Derecho español son las *Adjustable preferred stock* y las *Ductch-auction-rate preferred stock*. La naturaleza económica de ambas debe partir de las condiciones definidas en el contrato; si el emisor debe entregar la remuneración en fun-

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

ción de un índice, no estando la entrega supeditada a la voluntad del emisor, el título es pasivo financiero; por el contrario, si no está obligada a entregarla en cuanto tenga beneficios, es un instrumento de neto financiero. En Estados Unidos deberían contabilizarlo siguiendo estas directrices, al igual que si alguna vez son incluidas en nuestro ordenamiento. El **cuadro 3** incluye la consideración económica de las acciones preferentes.

CUADRO 3. *Consideración económica de las acciones preferentes*

	Empresas cotizadas	Empresas no cotizadas
La empresa está obligada estatutariamente a repartir el dividendo en cuanto aparezca un beneficio distribuible	Pasivo exigible	Pasivo exigible
La empresa rechaza estatutariamente la obligación de repartir el dividendo en cuanto aparezca un beneficio distribuible	Pasivo exigible	Pasivo no exigible

Fuente: *Elaboración propia.*

7. TRATAMIENTO CONTABLE DE LAS DIFERENTES CLASES DE ACCIONES

La denominación más apropiada, para identificar las acciones que conceden unos derechos no ordinarios, es el concepto de clase, porque recoge las emisiones de acciones con más derechos, menos derechos o simplemente diferentes. El concepto de clases de acciones debe ser identificado con exactitud, para lo cual es necesario registrar en cuentas diferentes cada una de ellas para aumentar la capacidad informativa. En el contexto internacional existe un importante número de empresas que no contabilizan adecuadamente las clases de acciones. En Estados Unidos se suele diferenciar las aportaciones de accionistas ordinarios y de privilegiados, pero no se identifican por separado las diferentes acciones privilegiadas y, lo que es más grave, entre las denominadas ordinarias existen emisiones con diferentes derechos. Por ejemplo, en la empresa *Harcourt General* (*www.harcourt.com*) coexisten dos emisiones de acciones ordinarias en la que su clase B no permite la transmisión de sus títulos excepto a miembros familiares, mientras que la otra emisión posee el derecho de transmitir sus acciones libremente. La legislación española debe individualizar las clases de acciones porque aumenta la información y porque permite conocer qué emisiones deben respetar el artículo 50.1 del TRLSA, donde se expresa que únicamente se podrán emitir observando las formalidades prescritas para la modificación de Estatutos, y el artículo 148 del TRLSA, sobre la lesión de los derechos de una clase de acciones.

Una vez reconocida la necesidad de individualizar las diferentes clases de acciones en la masa de pasivo, identificamos tres posturas para realizarla: basada en criterios jurídicos, aproximación económica y una propuesta totalmente económica.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

La postura adoptada por el ordenamiento contable estadounidense y el recogido en el PGC 1990 es registrar las clases de acciones atendiendo a los criterios jurídicos (fondos propios, aportaciones de los propietarios, certificado de propiedad...), tanto mercantiles (recursos para proteger a los acreedores) como fiscales (remuneración deducible).

Los principios contables estadounidenses (USGAAP) no distinguen entre acciones privilegiadas y ordinarias a efectos de clasificación en el Balance, ya que ambas se sitúan dentro del apartado *Stockholder´s equite*, reflejando la representación de los títulos con naturaleza jurídica de acciones.

Por su parte, el FASB exige que la información referente a la estructura de capital se muestre por separado en tres categorías:

- Información sobre valores. La entidad debe proporcionar en sus estados financieros una explicación resumida de los derechos y privilegios que afectan a los diversos tipos de valores en circulación: condiciones del privilegio sobre dividendos, condiciones del privilegio sobre la cuota de liquidación, condiciones del derecho de acumulación, precio y fechas de rescate, precios y plazos de conversión. Además de la información sobre los derechos y privilegios asociados a los valores, deberá exponerse el número de títulos emitidos en la conversión, el ejercicio o el cumplimiento de las condiciones requeridas durante el periodo fiscal anual más reciente y durante los periodos intermedios siguientes (FASB, 1997.b, 4-5).
- Preferencia de liquidación de las acciones privilegiadas. La sociedad debe reflejar la preferencia de liquidación de acciones privilegiadas y la cantidad total o por acción de demoras de pago en acciones privilegiadas acumulativas (FASB, 1997.b, 6-7).
- Acciones rescatables. La empresa reflejará los requisitos de amortización de todas las emisiones de acciones amortizables a precios fijos, determinables en fechas fijas o determinables en cada uno de los cinco ejercicios siguientes (FASB, 1997.b, 8).

Ningún organismo estadounidense regula la forma de diferenciar las clases de acciones, por lo que la única referencia al respecto se encuentra en la doctrina. Diferenciamos dos posturas, la primera, en la que los derechos y obligaciones de cada clase de acciones pueden ser diferenciados por registro en cuentas diferentes o en la misma cuenta con diferenciación en la Memoria (EPSTEIN Y MIRZA, 1998, 582); y una segunda, en la que únicamente se permite la representación contable de las aportaciones de cada clase en diferentes cuentas del Balance (MC MULLERS Y VAN DANIKER, 1985, 334) (KIMMEL Y WARFIELD, 1993) (HARTMAN *et al.*, 1997, 955) (KIMMEL *et al.*, 1998, 500) (INGRAM y BALDWIN, 1998, 312).

En el PGC 1990 las acciones estaban contabilizadas también con criterios jurídicos exclusivamente; así, la cuenta de capital reflejaba las aportaciones de los accionistas, fuesen de la clase que fuesen: privilegiados u ordinarios. Esta cuenta se integraba en los fondos propios que reflejaban la aportación de los propietarios a la sociedad.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

Dado que la ley permitía la existencia de diferentes tipos de acciones, la cifra de capital social podía subdividirse de acuerdo con las características de cada tipo de acción emitida (capital ordinario, capital privilegiado, capital con derechos restringidos). La distinción entre las cuentas de capital de las diferentes clases de acciones existentes se consideraba necesaria, basándose en que no todas las aportaciones de los socios conferían los mismos derechos. En el supuesto de la existencia de varias clases de acciones, las empresas españolas debían mencionar de forma expresa el número y el valor nominal de las pertenecientes a cada una de ellas (AECA, 1992, 21) (TRLSA, art. 200).

Frente a la postura anterior, encontramos una aproximación a criterios económicos, materializada en una agrupación independiente del pasivo y del neto.

Este enfoque se basa en que las acciones privilegiadas se encuentran a medio camino entre la deuda y las acciones ordinarias, combinando características de ambas. Como deuda aseguran una remuneración prácticamente fija y tienen preferencia en la cuota de liquidación sobre las ordinarias; como fondos propios los accionistas privilegiados poseen una remuneración subordinada a la deuda.

Según los partidarios de esta forma de registro se debería incorporar una tercera agrupación en el pasivo, diferente a los fondos propios y los pasivos exigibles, en la que se incluirían las acciones confeccionadas como combinación de las cualidades de las deudas y de las acciones. La incorporación de las acciones privilegiadas de forma diferenciada de los fondos propios y de las deudas es apoyada por Tunc (1985, 56), Greene (1988, 101), Spiller y Gosman (1988, 486) Woods y Bullen (1989), Schoreder *et al.* (1991, 303), Nair *et al.* (1990), Barth *et al.* (1993), Kimmel y Warfield (1995, 152), Hartman *et al.* (1997, 957), Skousen *et al.* (1998, 504), Epstein y Mirza (1998, 41), Kies y Weygan (1998, 776) e Ingram y Baldwin (1998, 312).

Entre las interpretaciones que conceden los diferentes organismos sobre esta posible agrupación independiente, nos encontramos con la normativa del SEC (1979.a), que obliga a las empresas que coticen a diferenciar las *redeemable preferred stock* y las *nonredeemable preferred stock* de las deudas y de las acciones ordinarias. En la agrupación *redeemable preferred stock* se incluyen las acciones privilegiadas con fecha de rescate predeterminada o a voluntad del inversor, incorporando en las *nonredeemable preferred stock* el resto de acciones privilegiadas.

En 1989 *The Office of the Comptroller of the Currency (OCC)*, *The Federal Reserva Board* y *The Federal Deposit Insurance Corporation* unificaron criterios para dividir la financiación de los bancos en tres categorías. La primera incluye los accionistas ordinarios y las acciones privilegiadas no acumulativas. La segunda registra las acciones privilegiadas con dividendos acumulables, con fecha de rescate prefijada, con un dividendo prefijado en función de las condiciones del mercado o con un derecho de conversión. La última recoge separadamente la financiación con deudas.

Para el FASB (1990.b, 200) (1991) se debería reconocer una partida denominada *temporary equity* o *contingent equity financing*, independiente de los fondos propios y del pasivo, donde se incluirán todas las acciones rescatables, excepto las que sean a opción del emisor. AICPA (1970.a),

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

ARSC (1977) e ICAEW (1987) también diferencian las acciones rescatables, excepto las que sean a opción del emisor, del resto de acciones y de las deudas.

Entre las empresas que se acogen al reconocimiento de las acciones privilegiadas en un apartado diferenciado se encuentra *Sprint Corporation* (*www.sprint.com*).

Atendiendo a criterios totalmente económicos se debe establecer una diferenciación de los instrumentos financieros adaptada a la naturaleza contractual del título.

Si atendemos a la naturaleza económica del título, desterrando los conceptos jurídicos, clasificaremos la masa patrimonial de pasivo en exigible y no exigible. En virtud de este criterio clasificatorio diferenciamos las fuentes de financiación como instrumentos de pasivo financiero o de neto financiero, incorporando los primeros en el pasivo exigible y los segundos en el pasivo no exigible. En un primer momento los pasivos no exigibles están formados únicamente por la aportación de los titulares de neto financiero a la sociedad, para posteriormente aumentar o disminuir por la variación del resto de pasivos no exigibles.

Al diferenciar, por medio de criterios jurídicos, los fondos propios de los ajenos, únicamente se consigue mostrar las restricciones mercantiles que permitan un cierto nivel de seguridad en el tráfico mercantil. Por otro lado, no parece adecuado incorporar una tercera agrupación independiente del capital y del pasivo, ya que una división adicional de la masa de pasivo empeoraría el análisis de las cuentas anuales y el reflejo de la situación económica de la empresa.

La propuesta económica consiste en contabilizar las fuentes de financiación de la empresa en función de los derechos y obligaciones económicas que se derivan del contrato, sin tener en cuenta las concepciones mercantiles y fiscales. Para ello, aplicamos el criterio económico de exigibilidad (la obligación o no, por parte del emisor, de entregar recursos antes de la extinción de la sociedad) en vez de la diferenciación jurídica del pasivo, basada en recursos propiedad de los accionistas y recursos no propiedad del accionista, y la diferenciación fiscal de títulos, atendiendo a si la remuneración es deducible o no.

Para clasificar un título como pasivo financiero o como neto financiero es necesario atender exclusivamente a las consecuencias contractuales. No estamos de acuerdo con el IASB (1998.c, 22), que pretende contabilizar como pasivo financiero un título con características de neto financiero en el contrato de emisión, pero que es reconducido artificialmente por la empresa emisora hasta convertirlo en un elemento con rasgos de pasivo financiero. Este organismo ofrece como ejemplo una acción preferente que no contemple el rescate obligatorio o el rescate a voluntad del tenedor, pero que incorpore el derecho a un dividendo obligatorio creciente, de manera que, en un futuro predeterminado, la rentabilidad por dividendo pueda estar programada en un tipo tan alto que el emisor se vea impedido a rescatar el instrumento por razones económicas. En la misma situación se encontraría la estrategia de la empresa al intentar, por ejemplo, conceder un dividendo obligatorio. En ambas situaciones, debemos atender a los efectos contractuales, porque es a lo que está realmente obligada la sociedad. Las estrategias artificiales pueden modificarse a voluntad de la

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

empresa, lo que necesariamente debería producir una variación en el registro contable que perjudicaría la representación del principio de uniformidad.

8. TRATAMIENTO CONTABLE DE LAS ACCIONES SIN VOTO

En la legislación norteamericana no existe una figura determinada de acciones sin voto regulada como tal, sino que la mayoría de las acciones privilegiadas no conceden a sus titulares el ejercicio de este derecho; por el contrario, en España sí aparece regulación concreta sobre esta figura.

Las acciones sin voto son consideradas internacionalmente como una subcategoría de las acciones preferentes con unos derechos diferentes a los de otras emisiones. Las acciones sin voto se diferencian de las obligaciones con cláusulas de participación en los beneficios y de las obligaciones convertibles en acciones porque representan una fracción del capital social, porque su remuneración es considerada legalmente como dividendos y porque fiscalmente poseen la condición de no deducibles. Atendiendo a todos estos criterios jurídicos, se registran formando parte de capital social, siempre dentro del pasivo no exigible.

Según los criterios económicos, las emisiones de acciones sin voto en España son pasivos financieros, porque el emisor está obligado a entregar riqueza en cuanto tenga beneficios repartibles; esto se debe a que los titulares de las acciones sin voto pueden ser beneficiarios de dos derechos, dividendo adicional y acumulación, y ambos privilegios obligan a registrar un título como pasivo exigible. Sin embargo, en Estados Unidos el derecho de voto no da la consideración de pasivo exigible, debiéndose analizar el resto de los derechos.

9. TRATAMIENTO CONTABLE DEL DIVIDENDO ACUMULADO

En Estados Unidos el emisor no tiene obligación de entregar los dividendos en cuanto tenga beneficio; la única obligación para el emisor es que no podrá distribuir dividendos a las acciones ordinarias hasta que los dividendos acumulados (*in arrears)* sean entregados a los accionistas privilegiados. De esta forma, existen dividendos acumulados de muy larga duración sin obligación de entregarlos; por ejemplo, los accionistas privilegiados de *Long Island Lighting Company* tuvieron dividendos acumulados devengados sin recibir dividendo desde 1984 hasta 1997.

La doctrina estadounidense considera que los dividendos devengados y acumulados no deben reflejarse en el Balance como un pasivo exigible, ya que no existe una deuda hasta que el Consejo de Administración decida el reparto, proponiendo, por el contrario, registrarlo en una *note* (información adicional del Informe Anual). Entre los autores que abogan por este criterio de contabilización destacan Spiller y Gosman (1988, 494), Hermanson *et al.* (1989, 513), Walgenbach (1990, 478), Schroeder *et al.* (1991, 537), Ross *et al.* (1997, 424), Van Horne (1997, 576), Skousen *et al.* (1998, 467), Kimmel *et al.* (1998, 501) y Kies y Weygandt (1998, 775).

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

En España también se plantea la controversia de cómo presentar los dividendos acumulados, barajándose dos opciones: como un pasivo en el balance o como una mera contingencia sobre la que se informará en la memoria.

En opinión de la consulta del BOICAC número 13 de mayo de 1993 sobre el tratamiento contable de la deuda por el dividendo mínimo de las acciones sin voto y la número 16 de marzo de 1994 sobre el tratamiento contable del dividendo mínimo cuando no existan beneficios en el ejercicio (ambas emitidas cuando estaba vigente el PGC 1990), los dividendos acumulados no deben ser registrados en el balance, sino que únicamente deben ser puestos de manifiesto en la memoria. Esta postura es consecuencia directa de la consideración, por parte del ICAC, del dividendo mínimo como un pasivo solamente cuando se haya aprobado el correspondiente acuerdo de distribución del resultado, pues hasta entonces no existe un derecho de cobro del accionista frente a la sociedad.

Esta opinión era considerada favorablemente por la mayoría de los autores, ya que tal crédito nacerá cuando la Junta resuelva sobre la aplicación del resultado, fijando la cuantía del dividendo a distribuir, aunque son conscientes de que debe hacerse constar en la memoria por ser una información útil para los usuarios de los estados financieros. Coinciden con esta opinión, entre otros, Cea (1992, 73), Cervera y García (1994, 26), Serrano (1994, 14), AECA (1996, 22) y Cañibano (1997.a, 318).

El tratamiento español y estadounidense coincide, pues impiden el registro de los dividendos acumulados como pasivos exigibles porque no se conoce la cuantía y el momento de la entrega. Bajo esta interpretación, las acciones privilegiadas con dividendo acumulado poseen naturaleza legal de acción, y su retribución es considerada legalmente como dividendo. La práctica contable, basada en criterios jurídicos, considera que el derecho de crédito de los accionistas únicamente surgirá cuando la Junta General de Accionistas resuelva sobre la aplicación del resultado del ejercicio, es decir, en el ejercicio que se obtengan los beneficios.

A pesar de estos argumentos existen cuatro razones para reconocer los dividendos acumulados como pasivo exigible en el balance.

La primera es la coherencia con la hipótesis de devengo. Atendiendo a la hipótesis de devengo, desde el momento en que no existen beneficios repartibles se devenga un derecho del accionista a recibir el dividendo en cuanto se generen beneficios repartibles; por tanto, la posición del ICAC no es acorde con el principio de devengo, pues existe un derecho de cobro por parte de los accionistas.

En segundo lugar, por coherencia con las condiciones contractuales. Derivado del contrato, la empresa emisora tiene una obligación de entregar activos en el ejercicio que existan resultados positivos, que nace en el momento en que no existan beneficios repartibles.

La tercera razón es mantener coherencia con el registro de los instrumentos financieros. La corriente de opinión actual, observada en el IASB (1978, 3) (1997.b, 59) (1998.b, 27), FASB (1984, 1) (1996.b, 45) y ASC (1986, 14), es que la medida incierta de un instrumento financiero no puede ser

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

un eximente para ser reconocido. Basándose en esta idea, un instrumento financiero debe ser reconocido en el momento en que entra a formar parte de los compromisos contractuales establecidos entre las dos partes (titular de un activo financiero y de un pasivo financiero), sin que sea necesario que haya existido corriente monetaria ni real, sino simplemente que una parte del contrato se haya obligado a algo con la otra parte. La remuneración de las acciones privilegiadas en España tiene la misma naturaleza que el instrumento financiero denominado «opciones financieras», ya que existe un emisor de títulos que únicamente entregará riqueza al titular si existen beneficios repartibles. Si aceptamos que la medida incierta no puede ser un eximente para que un instrumento financiero sea reconocido como tal en la contabilidad de sus titulares, tampoco debe ser un eximente contabilizar la remuneración de un instrumento financiero si posee las mismas características.

En cuarto lugar, el registro del dividendo acumulado y no entregado a los accionistas es fundamental a la hora de predecir *cash-flow* futuros (muy importante en el nuevo PGC, al incluir el estado de flujos de efectivo) y como indicador de la flexibilidad financiera y de la liquidez.

Por todas estas razones, el tratamiento fundamentado en criterios jurídicos es mejorable, estableciendo a continuación una propuesta de registro basada en criterios económicos, totalmente concordante con las actuales estructuras definitorias, de reconocimiento y de valoración del pasivo.

Podemos diferenciar varias posibilidades: la empresa emisora cotiza o no cotiza, tiene limitada en estatutos el plazo para entregar el dividendo acumulado o no tiene tal limitación, y por último, la remuneración es cuantificable antes de la distribución de resultado o no es cuantificable (la remuneración puede ser variable pero también fija, ya que puede establecerse que la remuneración sea un porcentaje sobre el valor de emisión o sobre el nominal).

No deben ser considerados como pasivo exigible los dividendos acumulados en Estados Unidos, ya que los accionistas no tienen derecho a exigir al emisor el traspaso de recursos. Respecto al tratamiento en España, es necesario analizar las características contractuales de la empresa y la normativa actual.

La consulta del ICAC y las opiniones de los autores españoles, anteriormente mencionados, fueron realizadas con anterioridad a la reforma del TRLSA realizado en la LRLMV, donde desaparece el plazo de cinco años para el pago de los dividendos en las cotizadas, pagándose en el primer ejercicio con beneficios sin límite de plazo. En la actualidad es obvio que el supuesto normal es que el dividendo se pague más tarde o más temprano, por lo que el dividendo correspondiente (mínimo y el que le corresponda del ordinario) debe ser considerado como una deuda desde el periodo que se devengue, ya que desde ese momento nace un derecho de cobro del accionista frente a la sociedad emisora.

Teniendo en cuenta esta regulación, los dividendos acumulados de empresas no cotizadas y de empresas cotizadas que contractualmente hayan puesto un límite a la entrega del dividendo no deberán reconocerse hasta que la empresa emisora apruebe la cifra de beneficios y el acuerdo de distribución de los beneficios, donde se cuantificará su remuneración. Sin embargo, en la misma situación, para las sociedades cotizadas sin limitación estatutaria, se espera que normalmente la entidad obtendrá un resultado positivo antes de su extinción. Por esta razón, lo lógico es contabilizar la remune-

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

ración acumulada en el momento de su acumulación como una deuda, que será pagada de forma casi segura, pero de momento indeterminado.

La normalización actual impide su contabilización directa, teniendo que atender a la cuantificación de la remuneración en todas las situaciones. Sin embargo, nuestra propuesta es diferenciar las situaciones atendiendo al momento de su cuantificación.

En el supuesto que sea necesario el acuerdo de aplicación del resultado para conocerse la cuantificación de la deuda (como la regulación española del dividendo preferente y dividendo acumulado variable), la fecha de reconocimiento de la deuda será el momento del acuerdo de la Junta en la que existan beneficios repartibles. En estos casos, no deberá reconocerse hasta que la empresa emisora apruebe la cifra de beneficios y el acuerdo de distribución de los beneficios, donde se cuantificará su remuneración. Este proceso no es único, también ocurre con la financiación considerada legalmente deudas, cuya remuneración está basada en función de un índice externo, por ejemplo bursátil; en este caso, no conocemos la cuantía de la remuneración hasta que no se produzca el índice sobre el que se calcula la deuda.

Para los supuestos en los que se conoce la cuantificación (como el dividendo acumulado fijo en España) se debe reconocer contablemente en el ejercicio que se acumule, porque, atendiendo al criterio de empresa en funcionamiento, más tarde o más temprano la empresa tendrá beneficios, y en cuanto esto ocurra la empresa debe repartir los beneficios acumulados. En caso de que la empresa nunca obtenga beneficios, no tiene obligación de remunerar los títulos, por lo que contablemente se traspasaría de la cuenta de pasivo a una cuenta de ingresos extraordinarios, lo que aliviaría su posible mala situación de cara a la liquidación.

El **cuadro 4** recoge el resumen del reconocimiento contable de las acciones privilegiadas con dividendo acumulado, en función de la cotización y limitación estatutaria de la empresa y la cuantificación de ese dividendo.

CUADRO 4. *Reconocimiento contable propuesto para las acciones privilegiadas con dividendo acumulado.*

Acciones	Cuantificación	Reconocimiento contable
Acciones no cotizadas y acciones cotizadas con limitación estatutaria	Cuantificación desconocida	Pasivo **no exigible** reconocido en el ejercicio **con** beneficio
	Cuantificación conocida	Pasivo **no exigible** reconocido en el ejercicio **con** beneficio
Acciones cotizadas sin limitación estatutaria	Cuantificación desconocida	Pasivo **exigible** reconocido en el ejercicio **con** beneficio
	Cuantificación conocida	Pasivo **exigible** reconocido en el ejercicio **sin** beneficio

Fuente: *Elaboración propia.*

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

10. TRATAMIENTO CONTABLE DE LAS ACCIONES RESCATABLES

En Estados Unidos el balance de situación requiere el desglose de las acciones rescatables emitidas, los requisitos de rescate y un calendario de los rescates exigidos para cada uno de los cinco años siguientes (FASB, 1981, 10.c).

Existen dos tendencias para contabilizar las acciones rescatables: considerar todas las acciones fondos propios, según proponen los USGAAP, o diferenciar entre las acciones rescatables a opción de inversor y a fecha fija por un lado y las acciones privilegiadas no rescatables y las rescatables a opción del emisor, por otro (AICPA, 1970.a) (SEC, 1979.a) (FASB, 1990.b, 200).

Uniendo estas dos clasificaciones, todos los organismos y autores admiten que las acciones ordinarias y rescatables a opción del emisor deben ser tratadas como fondos propios. En lo que sí existe diferencia es en el tratamiento contable aplicable a las acciones rescatables a opción del emisor y a plazo prefijado; mientras que el FASB (1983) las considera fondos propios, AICPA (1970.a), SEC (1979.b), Nair *et al.* (1990), Bernstein (1993.A, 221) (1993.b, 612) (1995, 156), Hartman *et al.* (1997, 957) y Kies y Weygan (1998, 776) las tratan como deudas.

Por otra parte, AICPA (1966) y Johnson y Wittam (1998, 280) proponen que las acciones rescatables con prima se valoren a valor de reembolso, igual que las deudas.

Antes de 1998, la legislación y doctrina en España apuntaban como la diferencia fundamental, entre las acciones y las deudas, que los tenedores de acciones no tenían derecho a pedir la amortización de sus acciones. Esta situación se modifica con la inclusión en nuestro ordenamiento de acciones rescatables que incluyen cláusulas de amortización obligatoria. Estos títulos imponen a las compañías emisoras obligaciones de desembolso de fondos en fechas especificadas, que es precisamente una carga que supuestamente no imponen los verdaderos títulos de participación. Basándose en lo anterior, la exposición de motivos de la LRLMV considera las acciones rescatables un género intermedio entre acciones y obligaciones (renta fija o renta variable).

La normalización contable española plantea las acciones rescatables en todo momento como acciones pertenecientes a los recursos propios, como puede observarse en la exposición de motivos de la LRLMV y la propia inclusión de su legislación en el Capítulo IV del TRLSA, denominado «de las acciones».

Teniendo en cuenta esta diferenciación, las acciones rescatables conceden a su titular todos los derechos que tienen los accionistas-propietarios, aunque sea con carácter de temporalidad.

Si atendemos a la naturaleza jurídica de los títulos, las acciones rescatables son acciones y, como tales, sus titulares poseen la característica de propietarios, por lo que deben ser incluidas en los fondos propios de la sociedad.

Aunque se admitieran los razonamientos jurídicos para analizar la naturaleza de las acciones privilegiadas, no debería aceptarse que las acciones rescatables puedan ser consideradas ordinarias

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

como pretende ALONSO (1999, 29), ya que las acciones rescatables poseen un derecho adicional sobre las ordinarias y siempre deben ser entendidas como una clase diferente.

Antes de la entrada en vigor del PGC 2007 y el PGC PYMES, VEIGA y MARTÍN (1999, 159), DE LA VEGA *et al.* (1999, 52) y GALLEGO *et al.* (2000, 244) consideraban todas las acciones rescatables como integrantes de los fondos propios en el subgrupo 10 de capital suscrito, registrándolas por su valor nominal.

A pesar de la condición jurídica del título, la naturaleza de algunas acciones rescatables nos hace suponer que económicamente son más títulos de pasivo exigible que de neto. Entre ellas señalamos:

- Las acciones rescatables con fecha de rescate prefijada poseen semejanzas de tipo financiero con la emisión de un empréstito, porque la empresa emisora deberá entregar a los accionistas una cantidad fija de dinero transcurrido ese periodo.
- Los accionistas que adquieran una acción con carácter rescatable no buscan pertenecer a la empresa de forma duradera, sino que sus títulos nacen con la finalidad de ser amortizados. Salvo que la empresa tenga que dejar de existir por una causa extraordinaria, las acciones rescatables no permanecerán en la empresa para recibir la cuota de liquidación.
- Las acciones rescatables pueden poseer un interés implícito (entendido como diferencia entre el precio de venta de la acción y el precio de adquisición) plenamente determinado, lo que es característico de las deudas, por ejemplo de los empréstitos.
- El neto tiene como finalidad dar garantías a los acreedores sociales de que recibirán las cantidades pendientes de pagar que tiene la empresa con ellos. La ley permite la amortización de acciones rescatables por medio de la disminución de capital y, por tanto, esta parte del capital no puede considerarse como garante de los acreedores. La amortización de las acciones rescatables por medio de una disminución de capital debe ser entendida como el pago de la sociedad a las personas que anteriormente habían aportado recursos a la empresa.
- Las acciones rescatables son muy parecidas a los préstamos participativos y las obligaciones participadas.

Para solucionar todas las anteriores dudas proponemos contabilizar las fuentes de financiación de la empresa en función de los derechos y obligaciones económicas que se derivan del contrato, sin tener en cuenta sus concepciones mercantiles y fiscales. Ello requiere diferenciar las acciones rescatables que tengan naturaleza económica de pasivo financiero y de neto financiero.

Esto no quiere decir que todas las acciones rescatables sean consideradas pasivo exigible como proponen ARRUÑADA (1990, 260), LARRIBA (1999, 41) y GARCÍA y NAVAZO (2000, 9), ya que los derechos contractuales de éstos son tan amplios que impiden obtener una naturaleza única para todas las emisiones. Las acciones rescatables con naturaleza de pasivo financiero deben ser inclui-

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

das en el pasivo exigible y las acciones rescatables con naturaleza de neto financiero se incluirán en el pasivo no exigible.

Deben ser contabilizados pasivos exigibles las emisiones que contengan alguna de estas características: rescatables a voluntad del inversor, a voluntad del inversor y del emisor indistintamente, rescatables a fecha fijada y las que tengan la obligación, por parte de la empresa, de emitir o entregar instrumentos de pasivo financiero en el momento del rescate. Por el contrario, serán pasivo no exigible las acciones privilegiadas rescatables cuyo rescate tenga exclusivamente una de las siguientes características: rescatables a voluntad del emisor y las que posean la obligación, por parte de la empresa, de emitir o entregar instrumentos de neto financiero en el momento del rescate.

En España el único requisito que limita la realización del rescate es que si uno de los métodos elegidos es el de amortización de acciones, la elección entre las acciones a rescatar no se realice discrecionalmente, sino por un método que no vulnere el principio configurador de igualdad de las sociedades anónimas (en España únicamente pueden emitir acciones rescatables las sociedades anónimas); por ejemplo, es válida la amortización de acciones por sorteo o la disminución de una parte del valor nominal de cada acción.

Por otro lado, en España no parece probable que se emitan acciones rescatables con valor de rescate superior al nominal, pero en el caso que se emitiesen o que debiéramos registrar las operaciones mercantiles de una empresa que las emitiera fuera de nuestro país, tenemos varias soluciones:

- La primera es contabilizar a valor de rescate. Esta opción, reconocida en Estados Unidos, no parece adecuada, ya que impediría conocer la cifra del capital social que tanta importancia tiene en nuestra legislación mercantil.
- Otra opción es no generar ningún tipo de reserva y cargarla como un gasto en el ejercicio que se produzca el rescate. Esta solución parece inadecuada para rescates masivos, donde el resultado del ejercicio en que se rescatasen quedaría seriamente dañado, teniendo en cuenta que no es resultado del ejercicio exclusivamente.
- La propuesta más adecuada es ir generando una reserva indisponible «reserva para rescate de acciones» con los resultados positivos de la empresa. En el momento del rescate únicamente dispondrá de ella si la empresa utiliza el método de amortización de acciones; en este caso, la prima de rescate estará financiada también con reservas disponibles. Por el contrario, si el rescate es financiado con una emisión de acciones, ella misma puede financiar la prima.

Para el supuesto de rescate a un precio de rescate variable, que no sea el valor nominal ni uno previamente establecido, debería registrar la diferencia entre el valor nominal amortizado y el valor de rescate con cuentas de reservas, no con beneficios ni pérdidas, por analogía con el supuesto de adquisición y amortización de acciones propias.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

11. MATERIALIZACIÓN CONTABLE DE LAS PROPUESTAS

Registrar las acciones privilegiadas atendiendo a criterios económicos, contabilizando los netos financieros como si fuesen pasivos no exigibles y los pasivos financieros como pasivos exigibles, requiere establecer una serie de cuentas para absorber esos conceptos.

Las acciones privilegiadas que tengan naturaleza económica de neto financiero deberían ser registradas en el pasivo no exigible de la sociedad, concretamente, en la cuenta 1001. «Capital social privilegiado», que será incluida en el epígrafe I. Capital, del apartado A-1) Fondos Propios, del título A) Patrimonio neto del actual modelo de presentación de Cuentas Anuales del PGC 2007.

Las acciones privilegiadas por el derecho a recibir las ganancias con naturaleza económica de pasivo financiero deberían ser registradas en el pasivo exigible de la sociedad emisora. Si es de largo plazo, se debería crear la subcuenta (1501) «Acciones privilegiadas con naturaleza de pasivo financiero», que tendría su correspondencia en el actual modelo de presentación de Cuentas Anuales en el apartado VII «Deudas con características especiales a largo plazo» del título B) Pasivo no corriente. Si es de corto plazo se debería crear la subcuenta (5021) «Acciones privilegiadas a C.P. con naturaleza de pasivo financiero», que será incluida en el apartado VII «Deudas con características especiales a corto plazo» del título C) Pasivo no corriente del PGC 2007.

Las acciones rescatables con naturaleza económica de pasivo financiero deberían ser registradas en el pasivo exigible de la sociedad emisora. Si es de largo plazo se debería crear la subcuenta (1502) «Acciones rescatables con naturaleza de pasivo financiero», que podría presentarse en el apartado VII «Deudas con características especiales a largo plazo» del título B) Pasivo no corriente. Si es de corto plazo se debería crear la subcuenta (5021) «Acciones rescatables a C.P. con naturaleza de pasivo financiero», que será incluida en el apartado VII «Deudas con características especiales a corto plazo» del título C) Pasivo no corriente del PGC 2007.

Por todo ello proponemos la inclusión de cinco subcuentas en el cuadro de cuentas (Cuarta parte) del PGC 2007:

- (1002) «Capital social privilegiado».
- (1501) «Acciones privilegiadas a L.P. con naturaleza de pasivo financiero».
- (1502) «Acciones rescatables a L.P. con naturaleza de pasivo financiero».
- (5021) «Acciones privilegiadas a C.P. con naturaleza de pasivo financiero».
- (5022) «Acciones rescatables a C.P. con naturaleza de pasivo financiero».

Las mismas subcuentas deberían ser incluidas en el PGC PYMES. La única mínima diferencia es que las subcuentas 5021 y 5022 se ubicarán en el apartado «Deudas con características especiales a corto plazo» del título C) Pasivo no corriente, que aquí tiene la numeración romana VI (en vez de VII).

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

El PGC recomienda el traspaso de los saldos de las cuentas de la masa patrimonial de pasivo de largo a corto plazo cuando reste un año para su vencimiento. Las acciones que por razones contractuales vayan a amortizarse en menos de un año se deberían traspasar al pasivo corriente. Esto únicamente puede producirse cuando el rescate se encuentre fijado de antemano en el contrato, bien por estar fijada la fecha, por estar condicionado al cumplimiento de un hecho o cuando el rescate sea solicitado con suficiente antelación.

12. CONCLUSIONES

1. La diferenciación de la masa «Patrimonio neto y pasivo» debe realizarse en función de la exigibilidad o no exigibilidad de las fuentes de financiación, en vez de atender a los criterios jurídicos sobre si son recursos propios o ajenos. Basándonos en esta clasificación, las acciones privilegiadas deben diferenciarse por el criterio de exigibilidad, en vez de por sus criterios jurídicos.

2. Ninguna de las dos clasificaciones es más importante que la otra, sino que ambas tienen utilidades distintas. La consideración jurídica de un instrumento financiero es la que permite observar sus restricciones y limitaciones mercantiles y fiscales. Por ejemplo, un instrumento de pasivo financiero podrá emitirse por un valor inferior al nominal si su consideración legal es de deuda, situación que no es permitida si tiene naturaleza de acción. La diferenciación económica sólo es válida para la contabilización de los títulos, pero no sirve para su diseño jurídico ni para observar su validez mercantil.

3. Las acciones privilegiadas son jurídicamente acciones y, como tales, siempre conceden dividendos. Esta diferenciación es válida para el cumplimiento de normas fiscales y restricciones mercantiles, pero no para el registro contable. La clasificación más adecuada para contabilizar un instrumento financiero es la económica, es decir, registrar los netos financieros como pasivo no exigible y los pasivos financieros como pasivo exigible. La diferenciación contable de las emisiones no debe realizarse teniendo en cuenta si son valores de renta fija o de renta variable, ni si la financiación es de los propietarios o de personas ajenas. Las acciones privilegiadas son acciones y pueden establecer una remuneración fija en función del valor nominal o de emisión, del mismo modo que las deudas pueden establecer una remuneración variable en función de índices. Por todo ello, el criterio más relevante a efectos contables es la diferenciación entre emisiones exigibles y no exigibles.

4. Un título es un instrumento financiero de pasivo financiero cuando está obligado a entregar recursos independientemente de la voluntad de la empresa y de los resultados de la misma, mientras que un instrumento es de neto financiero si no remunera en el caso de que la sociedad tenga pérdidas y no esté obligada a remunerar aun teniendo beneficios.

5. Un instrumento financiero considerado jurídicamente en España como acción es, como criterio general, un neto financiero. Únicamente será pasivo financiero si posee cualquiera de los privilegios siguientes:

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

- Acciones con dividendo preferente, en acciones cotizadas o no cotizadas sin mención estatutaria en contra.
- Acciones con derecho a la acumulación.
- Acciones con dividendo adicional.
- Acciones sin voto.
- Acciones rescatables a opción del inversor.
- Acciones rescatables a opción de inversor y emisor.
- Acciones rescatables a fecha fijada.
- Acciones rescatables cuando se cumpla un hecho.
- Acciones rescatables con la obligación, por parte de la empresa, de emitir o entregar instrumentos de pasivo financiero.

6. Suponiendo la existencia de acciones que económicamente son pasivo exigible, deberían ser valoradas igual que el resto de pasivos exigibles. Por el contrario, los instrumentos de neto financiero deben ser valorados por su nominal debido a que poseen una naturaleza diferente al resto de la masa patrimonial de pasivo, ya que los titulares de neto financiero no participarán de lo que aportaron, sino de los recursos no exigidos existentes en la empresa en el momento de su liquidación.

7. La remuneración de las acciones privilegiadas, sin voto y rescatables consideradas como pasivos financieros debe ser coherente con la calificación contable de los títulos, por lo que serán gasto financiero y nunca podrán ser considerados dividendos. La remuneración del resto de acciones privilegiadas, sin voto y rescatables, consideradas como neto financiero, tiene una calificación contable de dividendo y nunca de gasto financiero, al igual que las acciones ordinarias.

8. La aplicación de la hipótesis del «fondo sobre la forma» también debe realizarse sobre la remuneración de los títulos. La prevalencia del fondo sobre la forma se debe aplicar a todos los recursos captados por el emisor, pero además, también a los flujos que éstos ocasionen como pago o retribución a sus tenedores. Así, se procederá de acuerdo con la catalogación del componente inductor de la retribución a cargar como intereses del resultado, cuando la partida se identifique como de pasivo financiero, o a cargar a los fondos propios cuando la sustancia del componente o del instrumento se identifique como fondo propio, procediendo incluso de manera similar respecto a las pérdidas o ganancias derivadas del rescate de los instrumentos o sus componentes. La calificación contable de una acción rescatable determina el tratamiento del título, no sólo en el momento inicial, sino también a lo largo de los ejercicios posteriores. El máximo exponente de la diferencia de tratamiento entre los pasivos financieros y los instrumentos de capital es la contabilización de la remuneración periódica. Los rendimientos imputables a los instrumentos calificados como pasivos financieros se consideran gastos o ingresos en la cuenta de resultados. En los instrumentos de capital

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

emitidos, los rendimientos (dividendos, pérdidas o ganancias) se deducen directamente del patrimonio neto.

9. De la diferenciación económica de las acciones privilegiadas se deriva una consecuencia relacionada con el Derecho Mercantil: existe una nueva relación entre exigibilidad e indisponibilidad. En una primera aproximación podríamos considerar que sólo los recursos no exigibles son disponibles o indisponibles, siendo los exigibles todos disponibles. Pero esto no ocurre, ya que las clasificaciones de recursos exigibles y no exigibles, por un lado, y disponible y no disponible, por otro, son independientes. Las acciones privilegiadas con naturaleza económica de pasivo financiero son exigibles, y al formar parte del capital social son indisponibles, ya que no pueden ser disminuidos sin ofrecer un procedimiento que mantenga las garantías a acreedores.

10. Las acciones privilegiadas con naturaleza de pasivo financiero deben ser incluidas en el análisis del estado de *cash-flow*, tanto las negativas como las positivas producidas en el caso de que exista una nueva emisión de acciones para rescatar una emisión. Las acciones con un plazo de rescate definido, siendo éste menor a un año, deberán ser consideradas como cantidades líquidas que saldrán este ejercicio. Las acciones privilegiadas con un plazo de rescate de menos de tres meses deberían ser incorporadas en el componente del estado de *cash-flow* que recoge las inversiones de corto plazo con alto grado de liquidez (otros activos líquidos equivalentes o *cash equivalents*).

11. Las ventajas que tendría el registro de las acciones privilegiadas en función de la diferenciación económica son, fundamentalmente, de dos tipos: de comparabilidad y de utilidad en el análisis. En primer lugar, el acercamiento a la dimensión económica de la operación ofrece una contabilización más comparable entre los diferentes países. Aunque jurídicamente los títulos se denominen de forma diferente en cada nación, la clasificación económica de pasivo financiero o neto financiero será homogénea internacionalmente. En segundo lugar, la diferenciación con criterios económicos mejora el análisis de las cuentas anuales. Esta situación es especialmente complicada para el cálculo de ratios de comparación entre las masas del pasivo, por ejemplo, en la ratio *stockholder´equity/debt ratio*, ya que las acciones privilegiadas son incluidas en los fondos propios o en el pasivo exigible según los autores. Estas cuestiones planteadas se resolverían con la aplicación de los criterios económicos, porque, además de obtener unos resultados económicos más satisfactorios, se divide la masa de pasivo en dos agrupaciones, lo que facilita el cálculo del fondo de maniobra, cuadro de financiación, *cash-flow* y sobre todo del análisis patrimonial, económico y financiero derivado del análisis de ratios.

    Especial importancia tiene las mejoras en la elaboración de la ratio «beneficio por acción» (BPA), de inclusión obligatoria por las IFRS. La ratio BPA se define tradicionalmente como el beneficio atribuible a cada acción ordinaria y su importancia se deriva de la creencia generalizada de que esta ratio permite observar la rentabilidad de las empresas y favorecer la comparabilidad entre ellas. Esta ratio es utilizada para evaluar el rendimiento que una sociedad ha tenido en el pasado, pudiendo ser la estimación de su previsible comportamiento futuro utilizado para la adopción de decisiones y para evaluar la situación económico-financiera de las sociedades. En muchos países se utiliza como aspecto fundamental del

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 119-164
Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

análisis financiero y, además, muchas bolsas de valores exigen, a las empresas que quieran cotizar en ellas, que la incluyan junto a las cuentas anuales.

El problema respecto al BPA es que no existe homogeneidad en su aplicación, ya que cada país cuantifica el beneficio de forma diferente. Para intentar resolver este problema el IASB y el FASB conjuntamente con el IOSCO (Organización Internacional de Bolsas de Valores) y el ICCFAA (Comité de Coordinación Internacional de Asociaciones de Analistas Financieros) emitieron el IFRS 33 (IASB, 1997.c) y el SFAS 128 (FASB, 1997.c). Estas dos normas proponen que las sociedades con una estructura de capital compleja (acciones ordinarias potenciales procedentes de obligaciones convertibles, opciones o *warrants*) emitan una ratio «beneficio por acción complejo», mientras que si no poseen esta estructura compleja tendrán que emitir una ratio «beneficio por acción básico», que es igual al beneficio menos los dividendos de acciones privilegiadas dividido entre la media ponderada del número de acciones. El «beneficio por acción complejo» tiene su equivalencia con el básico, pero teniendo en cuenta las acciones ordinarias potenciales procedentes de obligaciones convertibles, opciones y *warrants*. Ambos documentos (IFRS 33 y SFAS 128) proponen calcular cada una de estas ratios con dos medidas, con el beneficio ordinario y con el total, una vez añadidos los extraordinarios.

Mientras que los anteriores documentos consideran que la ratio BPA sólo debe incluir las acciones ordinarias y ninguna otra clase de acciones, en nuestra opinión debería incluir las acciones privilegiadas consideradas económicamente netos financieros. De esta forma debemos identificar las siguientes ratios basadas en el «beneficio por acción»:

- El «BPA actual», calculado como el pasivo no exigible dividido entre el número de acciones que son neto financiero.
- El «BPA entregado», calculado por la remuneración concedida durante el ejercicio a los titulares de neto financiero dividido entre el número de acciones que son neto financiero.
- El «BPA potencial», que es igual al pasivo no exigible actual más el pasivo no exigible potencial (traspaso de pasivo exigible a no exigible procedente de conversión de obligaciones convertibles, opciones sobre acciones o *warrants*) dividido entre el número de acciones que son neto financiero.

12. A pesar de todas las ventajas que proporciona la contabilización de algunas acciones privilegiadas como pasivos financieros, existirán ciertas reticencias a contabilizarlas de este modo. Respecto a las características de las empresas debemos analizar los incentivos que puede tener cada sociedad para elegir entre contabilizar un hecho económico como deuda o como fondos propios. Las empresas que preferirán la contabilización de todas las clases de acciones como neto, porque no les interesa una disminución del beneficio, son las siguientes:

- Empresas con altas ratios de recursos ajenos sobre recursos propios.
- Empresas con gran accionariado disperso.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

- Empresas con pequeñas ratios «cobertura de interés».
- Empresas con altas ratios «dividendos/beneficios no distribuidos».
- Empresas con mayor financiación pública que privada.
- Las empresas que dispongan de menores cantidades de dividendos a distribuir con respecto a los niveles de dividendos obtenidos en ejercicios recientes.
- Empresas con pequeñas ratios «activos tangibles netos respecto a deudas consolidadas a largo plazo».

Pero todas estas resistencias no tienen sentido, ya que con la aplicación de la indisponibilidad de recursos, la cifra de resultado repartible es independiente de la cifra de beneficio contable.

Bibliografía

Accounting Research Steering Committee of the Accounting Standards Committee (ARSC) [1977]: *Accounting Guideline: Term-Preferred Shares*, CICA Handbook, CICA, december, Toronto.

Accounting Standards Board (ASB) [1996]: *Discussion Paper: Derivatives and other financial instruments*, ASB, july, London.

– (ASB) [1995]: *Presentation of financial information*, Statement of principles, ASB, London.

Accounting Standards Committee. U.K. (ASC) [1986]: *Statement of Standard Accounting Practice n.º 18 (SSAP n.º 18): Accounting for contingencies*, ASC, London.

Alonso Ledesma, C. [1999]: «La reforma de la sociedad cotizada», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 12, Trimestre I.

American Institute of Certified Public Accountants (AICPA) [1999]: *Accounting Trends & Techniques*, 57th Edition, AICPA, New York.

– [1970]: *APB Opinion n.º 16, Business Combinations*, AICPA, august, New York.

– [1966] *APB Opinion n.º 10, Omnibus Opinion*, AICPA, december, New York.

Administración de Empresas (AECA) [2003]: *Recursos Propios*, Serie principios contables, documento n.º 24, junio, AECA, Madrid.

– [1999]: *Marco conceptual para la información financiera*, Serie principios contables, septiembre, AECA, Madrid.

– [1998]: *Recursos propios*, Serie principios contables, documento n.º 10 revisado, enero, AECA, Madrid.

– [1992]: *Ingresos*, serie principios contables, documento número 13, junio, 2.ª edición, AECA, Madrid.

Barth, M.E.; Landsman, W.R. y Rendleman, J. [1993]: «Accounting for financial instruments: An option pricing-based approach to measuring corporate debt», *Working paper*, Harvard Business School, Boston.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

BERNSTEIN, LEOPOLD A. [1993.a]: *Análisis de Estados Financieros, teoría, aplicación e interpretación*, Ediciones Servicio Universidad, tomo I, Barcelona.

– [1993.b]: *Análisis de Estados Financieros, Teoría aplicación e interpretación*, Ediciones Servicio Universidad, tomo II, Barcelona.

BREALEY, RICHARD A.; MYERS, STEWART C. y MARUS, ALAN J. [1996]: *Fundamentals of Corporate Finance*, McGraw-Hill, New York.

CAÑIBANO CALVO, L. [1997]: «Contabilidad e información sobre los fondos propios», en *Estudios de contabilidad y auditoría en homenaje a Carlos Cubillo Valverde*, ICAC, Madrid.

CEA GARCÍA, J.L. [2001]: *Armonización contable internacional y reforma de la contabilidad española*, ICAC, Madrid.

– [1992]: *Perspectiva contable de la propuesta de aplicación del resultado*. CEF. Madrid.

CERVERA OLIVAR, M. y GARCÍA DE LAS HIJAS, J. [1994]: «La opinión del ICAC comentada», *Partida Doble*, n.º 49, octubre, 24-31.

CHANT, PETER D. [1989]: *The Financial Statement Presentation of Corporate Financing Activities*, CICA Research Study, CICA, Toronto.

CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M.C. [2007]: *Las acciones rescatables de la sociedad anónima cotizada*, La Ley, Madrid.

COOK, K. [1999]: «Concepts and definitions», *Accountancy International*, july, pág. 74.

DOMINIAK, G.F. y LOUDERBACK III, J.G. [1997]: *Managerial Accounting*, South-Western College Publising, Cincinnati, Ohio.

EDWARDS, J.D.; HERMANSON, R.G. y MAHER, M.W. [1994]: *Managerial Accounting, with ethics cases*, Richard D. Irwin, Inc., Homewood, Illinois.

EPSTEIN, B.J. y MIRZA, A.A. [1998]: *Interpretation and application of International Accounting Standards*, John Whiley & Sons, Inc., New York.

FINANCIAL ACCOUNTING STANDARD BOARD (FASB) [1997.a]: Statement of Financial Accounting Standards n.º 130, *Reporting comprehensive income*, june, Stanford, Connecticut.

– [1997.b]: Statement of Financial Accounting Standards n.º 129, *Disclosure of information about capital structure*, Stanford, Connecticut.

– [1997.c]: Statement of Financial Accounting Standards n.º 128, *Earning per share*, february, Stanford, Connecticut.

– [1990.a]: Statement of Financial Accounting Standards n.º 105, *Disclosure of information about financial instruments with Off - Balance-Sheet Risk and Financial Instruments with Concentrations of Credit Risk*, FASB, december, Norwalk, Connecticut.

– [1990.b]: Discussion Memorandum n.º 94, *Distinguishing between liability and equity instruments with characteristics of both*, Stanford, Connecticut.

– [1989.a]: EITF Issue N.º 85-1, *Classifying Notes Received for Capital Stock,* FASB, Norwalk, Connecticut.

– [1989.b]: EITF Issue N.º 85-40, *Comprehensive Review of Sales of Marketable Securities with Put Arrangements*, FASB, Norwalk, Connecticut.

– [1984]: Concepts Statement N.º 5, *Recognition and Measurement in Financial Statements of Business Enterprises*, FASB, december, Stanford, Connecticut.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

– [1983]: Statement of Financial Accounting Standards n.º 76, *Settlement of debt*, Stanford, Connecticut.

– [1981]: Statement of Financial Accounting Standards n.º 47, *Disclosure of Long-Term Obligations*, Stanford, Connecticut.

Fernández del Pozo, L. [1992]: *El fortalecimiento de los recursos propios*, Marcial Pons, Zaragoza.

Gallego Díez, E.; González Sánchez, M. y Rúa Alonso de Corrales, E. [2000]: *Contabilidad de Sociedades*, Pirámide, Madrid.

García De Enterría, J. [1999]: «Las acciones rescatables», *La Ley*, n.º 4847, 26 de julio.

García Fronti, I. y Navazo Ruiz, J. [2000]: «Acciones rescatables: Aspectos legales y contables», *Partida Doble*, n.º 112, junio, 4-15.

Greene, R. [1988]: «What, and Whose, Bottom Line?», *Forbes*, October, 7.

Johnson, Harry y Whittam, Austin [1998]: *A practical foundation in accounting*, Thomson Business Press, 5.ª edition, Boston.

Kies Donald E. y Weygandt, Jerry J. [1998]: *Intermediate Accounting*, 9.ª ed., John Wiley & Son, New York.

Kimmel, Paul, D. y Warfield, Terry D. [1995]: «The usefulness of hybrid security classifications: evidence from redeemable preferred stock», *The Accounting Review*, vol. 70, n.º 1, january, págs. 151-167.

– [1993]: «Variation in attributes of redeemable preferred stock: Implications for accounting standards», *Accounting Horizons*, n.º 7, june, 30-40.

Kimmel, Paul, D.; Weygandt, Jerry J. y Kieso, Donald, E. [1998]: *Financial accounting*, John Wiley & Sons, Inc., New York.

Hartman, B.P.; Harper, R.M.; Knoblet, J.A. y Reckers, P.M. [1997]: *Intermediate accounting*, South-Western College Publishing, Cincinnati.

Heinkel, R. y Zechner, J. [1990]: «The role of debt and preferred stock as a solution to adverse investment incentives», *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, vol. 25, n.º 1, march, 1-24.

Hermanson, R. H.; Edwards, J.D. y Rayburn, L.G. [1989]: *Financial Accounting*, Irwin Homewood, Boston.

Hilton, R.W. [1994]: *Managerial Accounting*, McGraw-Hill, New York.

Houston, Arthur L. y Houston, Carol O. [1991]: «The Changing use of preferred stock», *Management Accounting*, december, 47-48.

Hunt, P.; Williams, C.M. y Donaldson, G. [1972]: *Basic Business Finance. Test and Cases*, Richard D. Irwing Inc., Homewood, Illinois.

Ingram, Robert W. y Baldwin, B.A. [1998]: *Financial Accounting*, South-western College Publishing, Cincinnati, Ohio.

Institute of Chartered Accountants in England and Wales (ICAEW) [1987]: Technical Committee of the Institute of Chartered Accountants in England and Wales, *Technical Release n.º 677: Accounting for Complex Capital Issues*, ICAEW, november, London.

Institute of Chartered Accountants of Scotland (ICAS) [1988]: *Making Corporate Reports Valuable*, McMommies, ICAS (Research Committee), Kogan Page Ltd. London.

International Accounting Standard Board (IASB) [1998.a]: International Accounting Standard n.º 38: *Intangible assets,* IASB, july, London.

– International Accounting Standard [1998.b] n.º 39: *Financial Instruments: Recognition and measurement*, december, IASB.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

– [1998.c]: International Accounting Standard n.º 32 (revised): *Financial instruments: Disclosures and presentation*, IASB, London.

– [1997.a]: «Presentación de Estados Financieros», Revisión de NIC n.º 1, *en Normas Internacionales de Contabilidad de la IASB*, Traducción de Gonzalo Angulo y Tua Pereda, ICJCE, Madrid.

– [1997.b]: *Accounting for financial assets and financial liabilities*, A discussion Paper issued for comment by Steering Committee on Financial Instruments, IASB, march, London.

– [1997.c]: International Accounting Standard n.º 33, *Earnings per share*, february, London.

– [1989]: *Framework for the preparation and presentation of financial statements (NIC M)*, july, IASB, London.

International Accounting Standards Committee and the Canadian Institute of Chartered Accountants (IASB/CICA) [1990]: *Draft Statement of Principles on Financial Instruments* CICA, february 2, Toronto.

– [1990]: *General Standards of Financial Statement Presentation*, CICA, 1500, october, Toronto.

Larriba Díaz-Zorita, A. [1999]: «Modificaciones en la Ley de Sociedades Anónimas», *Partida Doble*, n.º 97, febrero, 24-41.

Nair, R.D.; Rittenberg, L.E. y Weygandt [1990]: «Accounting for redeemable preferred stock: unresolved issues», *Accounting Horizons*, vol. 4, n.º 2, june, 33-41.

– [1990]: «Accounting for interest rate swaps, a critical evaluation», *Accounting Horizons*, vol. 4, 20-30.

Ortuño Baeza, M. [1994]: Reducción de capital en la sociedad anónima, monografía n.º 23, *Revista de Derecho de Sociedades*.

Pendlebury, M. y Groves, R. [1999]: *Company accounts. Analysis, interpretation and understanding*, Alden Press, Osney Mead, Oxford.

Pérez de la Cruz Blanco, A. [1973]: *La reducción de capital en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza.

Ross, Stephen A.; Westerfield, Randolph W. y Jaffe, Jeffrey F. [1997]: *Corporate Finance*, McGraw-Hill, New York.

Sánchez Rus [1998]: «La amortización forzosa de acciones en el Derecho español», *Academia Sevillana del Notariado*, Edersa, tomo XI.

Schall, Lawrence D. y Haley, CharleS W. [1980]: *Introduction to Financial Management*, McGraw-Hill.

Serrano Moracho, F. [1994]: «Comentarios a la normativa contable emitida en 1993», *Partida Doble*, n.º 41, enero, 4-17.

Skousen, K. Fred; Albrecht, W. Steve; Stice, Jamer. D. y Stice, E.K. [1998]: *Financial Accounting*, South-Western College Publishing, Cincinnati, Ohio.

Spiller, E.A. y Gosman, M.L. [1988]: *Financial Accounting Basic Concepts*, Richard D. Irwin, Homewood, Illinois.

Tunc, André [1985]: *Le droit American des Sociétés Anonymes*, Presses Universitaires de France, París.

U.S. Securities and Exchange Commission (SEC) (ACR) [1979]: «Accounting Series Release N.º 268, Presentation in Financial Statements of "Redeemable Preferred Stocks"», en *SEC Accounting Rules*, Commerce Clearing House, Chicago.

U.S. Securities And Exchange Commission (SEC) [1999]: SAB 101, *Revenue Recognition in Financial Statements,* december.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

– [1979]: *Accounting Series Release n.º 33-6097*, SEC, july 27, Washington.

– [1979]: ARS 268 *Presentation in Financial Statements of Redeemable Preferred Stocks*.

VAN HORNE, J.C. [1997]: *Financial Management and Policy*, Prentice-Hall, New York.

VEGA JIMÉNEZ, J. J. DE LA; MONGE LOZANO, P. y DOMÍNGUEZ CASADO, J. [1999]: «Acciones rescatables: aspectos normativos, financieros y contables», *Actualidad Financiera*, n.º 9, septiembre, págs. 51-59.

VEIGA COPO, A. B. y MARTÍN MOLINA, P. B. [1999]: «La reforma de la Ley del Mercado de Valores. Un nuevo tipo de acciones: las acciones rescatables», *RCyT.* CEF, n.º 194, mayo, págs. 159-188.

WALGENBACH, P.H. y HANSON, E.I. [1990]: *Financial Accounting. An Introduction*, 6.ª ed., Harcourt Brace Jovanovich, San Diego.

WOODS, C.C.III y BULLEN, H.G. [1989]: «An overview of the FASB´s financial instruments project», *Journal of Accountancy*, *november*, 42-47.

Fecha de entrada: 30-04-2009 / Fecha de aceptación: 15-07-2009

CÁLCULO DEL PATRIMONIO NETO EMPRESARIAL EN EL CASO DE OFERTA DE COMPRA DE ACCIONES. UN AJUSTE ENTRE LA NORMATIVA MERCANTIL Y CONTABLE

Emilia García Arthús

Departamento Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de A Coruña

Mercedes Teijeiro Álvarez

Departamento de Análisis Económico y
Administración de Empresas.
Universidad de A Coruña

Extracto:

El Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, en su Primera parte establece: el Marco Conceptual contable introduce nuevos conceptos y términos contables, esencialmente la interpretación del resultado periódico y el Patrimonio neto de la empresa, que define como la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Se incluyen las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten. Se trata de un nuevo enfoque para el concepto de Patrimonio neto, que lo lleva más allá de lo que tradicionalmente se denominaba Fondos propios.

En el presente trabajo nos proponemos plantear o proponer una fórmula de cálculo del Patrimonio neto en el supuesto de una operación de adquisición de una empresa, se trata por tanto de una operación que supone seguir cumpliendo con el principio de continuidad de la actividad. El cálculo del Patrimonio neto tendrá como objetivo la determinación del valor de lo enajenado y puede o no coincidir con la derivada de la aplicación de la normativa mercantil. Lo haremos analizando una por una las partidas que consideramos deben incluirse o no en dicho cálculo. La metodología empleada consistirá en realizar una revisión pormenorizada de los elementos componentes del Patrimonio neto teniendo en cuenta las diferentes operaciones societarias en que se hace necesario su cálculo. Finalmente se plantea un supuesto práctico para así aclarar mejor aquellos puntos de nuestro planteamiento que puedan resultar dudosos.

Palabras clave: Patrimonio neto, normativa mercantil y normativa contable.

NET ASSETS DETERMINATION IN A SHARE ACQUISITION. THE AJUSTMENT BETWEEN COMMERCIAL LAW AND ACCOUNTING REGULATIONS

Emilia García Arthús

Departamento Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de A Coruña

Mercedes Teijeiro Álvarez

Departamento de Análisis Económico y
Administración de Empresas.
Universidad de A Coruña

Abstract:

The first part of the General Accounting Plan approved by RD 1514/2007, november the 16, lays down the Conceptual Framework, which introduces some new concepts and terms, basically the interpretation of the periodic result and the net assets of the firm, that is defined as the residual part of the firm assets, after deducting all its liabilities. Net assets includes all the contributions made by the partners, during the incorporation of the firm or later, that are not considered as liabilities, as well as the results kept or other variations. This is a new approach for the net assets concept, that goes beyond the Equity concept.

In this paper, we pretend to propose a new formula for computing the net asset value in a firm acquisition, so this is a transaction in which the continuity principle has to be fulfilled. The aim will be to determinate the value of the firm to be acquired, that may or not be the same if we apply the Commercial Law. We will analize, one by one, the elements that can be included in Net assets. The methodology used implies, in first place, to evaluate all its elements in detail and then to decide whether to include or not the element based on the operations in which that element arises. Finally a case is raised to try a better explanation.

Keywords: net assets, commercial law and accounting regulations.

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 165-186
Fecha de entrada: 28-07-2009 / Fecha de aceptación: 10-12-2009

Sumario

1. Introducción.

2. El Patrimonio neto en la normativa mercantil.

   2.1. Introducción.

   2.2. Concepto de Patrimonio neto.

   2.3. El Patrimonio neto y el Capital social en la normativa mercantil.

3. Valoración del Patrimonio neto en el caso de continuidad de la actividad de la empresa.

4. Supuesto práctico: oferta previa para la compra de un paquete de acciones.

Bibliografía.

Fecha de entrada: 28-07-2009 / Fecha de aceptación: 10-12-2009

1. INTRODUCCIÓN

El Plan General de Contabilidad (PGC) aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, en su Primera parte establece: el Marco Conceptual contable introduce nuevos conceptos y términos contables, esencialmente la interpretación del resultado periódico y el Patrimonio neto de la empresa, que define como la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Se incluyen las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten. Se trata de un nuevo enfoque para el concepto de Patrimonio neto, que lo lleva más allá de lo que tradicionalmente se denominaba Fondos propios. Tal como señala el citado Real Decreto, en el apartado III de la Introducción, punto 13: «Esta clasificación tiene como finalidad clarificar que la composición del patrimonio neto de la empresa, se encuentra constituida por los tradicionales fondos propios y por otras partidas que, de acuerdo con los nuevos criterios, pueden aparecer en los balances de las empresas, fundamentalmente la partida que contenga los ajustes por valor razonable que deban ser imputados directamente al patrimonio neto y que penden de pasar en años futuros por la cuenta de pérdidas y ganancias».

Con esta modificación de la normativa mercantil (Ley 16/2007, de 4 de julio) se ha solventado la clara inseguridad jurídica que existía debido a las diferentes denominaciones que en el ámbito mercantil recibía el concepto de Patrimonio neto: haber social, Patrimonio neto contable, Patrimonio social, contable (Guzmán, 2002) que producía una clara inseguridad jurídica (Serrano, 1997), lo que precisó en su momento de la emisión de una norma aclaratoria por parte del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC): la Resolución de 20 de diciembre de 1996, en donde se clarifica el concepto de Patrimonio neto para los supuestos de reducción de capital por acumulación de pérdidas (art. 163.1 TRLSA); reparto de dividendos (art. 213 TRLSA) y disolución obligatoria por acumulación de pérdidas (arts. 260.1.4.º TRLSA y 104.1 LSRL).

Éstas serían situaciones de obligatoriedad de asunción de un método de cálculo, sin embargo, en otras situaciones, el Patrimonio neto será un valor base para negociaciones futuras, un punto de partida necesario sobre el que las partes irán ajustando diversas partidas, sobre todo aquellas más afectadas por las variaciones de su valor en el mercado, o por el riesgo que con ellas se asume. Esto sucede en los casos de adquisición de empresas, en los de separación de socios o cuando es preciso el cálculo del valor de emisión de nuevas acciones en una ampliación de capital con exclusión del derecho preferente de suscripción. En aquellos casos de enajenación total o parcial del negocio, resulta lógico suponer que los actuales propietarios intentarán vender su empresa por un precio que, al menos, iguale el valor de lo que entrega a cambio: la empresa vendida.

De acuerdo con todo lo anterior, en el presente trabajo nos proponemos plantear o proponer una fórmula de cálculo de ese Patrimonio neto, de ese valor de lo enajenado, que puede o no coincidir con la

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 165-186
Fecha de entrada: 28-07-2009 / Fecha de aceptación: 10-12-2009

recogida en la normativa mercantil, y lo haremos analizando una por una las partidas que consideramos pueden incluirse o no en dicho cálculo, cuestión en la que podemos también disentir con respecto a la normativa mercantil. Nuestro objetivo será realizar una revisión pormenorizada de los elementos patrimoniales componentes del Patrimonio neto teniendo en cuenta las diferentes operaciones en que se hace necesario su cálculo. Finalmente se plantea un supuesto práctico para así aclarar mejor aquellos puntos de nuestro planteamiento que puedan resultar dudosos.

2. EL PATRIMONIO NETO EN LA NORMATIVA MERCANTIL

2.1. Introducción.

Siguiendo las definiciones del Marco Conceptual del PGC, las características que deben poseer los elementos contables para poderlos clasificar como Activo, Pasivo o Patrimonio neto en las cuentas anuales, no siempre van a coincidir con su definición o clasificación a efectos mercantiles, en los que suelen primar cuestiones como la propiedad de bienes y derechos en el activo, la exigibilidad en los pasivos o los acuerdos fijados entre los socios para el capital, o para la participación en el beneficio empresarial. A título de ejemplo, baste considerar el capital social, que independientemente de su naturaleza legal como tal, a efectos contables puede clasificarse como un elemento más del pasivo de la empresa, en ciertos casos que comentaremos más adelante.

Mientras que en el Marco Conceptual del International Accounting Standards Board (IASB), inspirador de las normas del PGC 2007 y el PGC de PYMES, quedan perfectamente delimitados los conceptos de activo y pasivo, el concepto de Patrimonio neto se configura como un mero residuo, definiéndolo como «la parte residual de los activos de la empresa una vez deducidos todos sus pasivos, incluidas las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de la constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados».

La normativa mercantil, por su parte, siempre ha concedido un valor muy importante al concepto de Patrimonio neto como valor garante de la estabilidad financiera de la empresa frente a terceros, que podrían verse afectados en caso de quiebra de la sociedad. Es, por tanto, factor y valor determinante en situaciones de desequilibrio patrimonial en la empresa, como en los casos de acumulación de pérdidas que son motivo de reducción de capital obligatoria o de disolución obligatoria si esas pérdidas acumuladas reducen el Patrimonio neto a un importe inferior a la mitad de la cifra del capital social, o en caso de separación de un socio disidente en la toma de ciertas decisiones que suponen una modificación estatutaria. También se requiere su cálculo para garantizar la salvaguarda de un valor de la empresa igual o superior a la cifra de capital, cuando se pretende repartir dividendos.

En todas estas situaciones, la finalidad del legislador queda clara: proteger los derechos de terceros y de los accionistas minoritarios o disidentes, estableciendo unos valores mínimos o clave para ese patrimonio neto, que vienen dados por el equilibrio o desequilibrio que presenta con respecto a la cifra del capital social.

Fecha de entrada: 28-07-2009 / Fecha de aceptación: 10-12-2009

En otras situaciones, el Patrimonio neto será un valor base para negociaciones futuras. Esto sucede en los casos de adquisición de empresas, en la separación de socios o cálculo del valor de emisión de las acciones en una ampliación de capital con exclusión del derecho preferente de suscripción.

Como ejemplo de protección de los derechos de terceros, la subcomisión de Estudio de las Operaciones de las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC), cuando estudia la consideración de Patrimonio neto en caso de acciones rescatables a solicitud del suscriptor, está de acuerdo en considerar necesario un ajuste entre la normativa mercantil y contable que delimite de una forma clara y concisa el concepto de Patrimonio neto y, en particular, el de los fondos propios, debido a la importancia que tiene el Patrimonio neto en la normativa mercantil.

El punto de partida de este trabajo, el que nos permite disentir en ciertos casos con respecto a la normativa contable, al igual que el de los profesores Isidoro Guzmán y Antonio Duréndez (2002 pág. 50), es que el valor del Patrimonio neto va a variar dependiendo de las circunstancias empresariales en que nos encontremos, no es lo mismo su cálculo a efectos de una liquidación de una sociedad, en donde el principio de empresa en funcionamiento ya no sería aplicable, que su cálculo a efectos de la reducción de capital por compensación de pérdidas, en donde se sobreentiende, que puede no estar comprometida la viabilidad de la empresa y por tanto le serán de aplicación todos los principios contables incluidos en el PGC.

2.2. Concepto de Patrimonio neto.

Encontramos diversas y variadas acepciones para definir un concepto tan genérico como es el de patrimonio: atendiendo a su naturaleza jurídica estricta, pasando por su sentido económico o su sentido contable, hasta llegar a conceptos tales como el de patrimonio cultural, patrimonio de la humanidad, patrimonio colectivo, corporativo, etc.

En la literatura contable nos encontramos por primera vez el concepto de patrimonio cuando Cerboni, en la denominada teoría Justa o personalista de las cuentas, consideraba al patrimonio como un conjunto de derechos y obligaciones vinculados a una titularidad. Desde la aparición de esta definición hasta la actualidad nos encontramos con un sinfín de aportaciones, todas ellas enriquecedoras, al concepto de patrimonio contable.

Por su parte, el profesor Fernández Pirla (1983) define el patrimonio contable desde un punto de vista integrador «como el conjunto de bienes económicos materiales e inmateriales, con una disposición inmediata o diferida destinados coordinadamente a la consecución de un fin y perteneciente a un titular, así como las cargas que lo gravan, es decir, las deudas en que ha incurrido ese titular». Se trata de una definición que podríamos llamar «universal», pues engloba tanto los activos como los pasivos y lo que es más importante aún, destaca su finalidad, su utilidad conjunta para la consecución de un objetivo.

Si nos detenemos mínimamente en ambas definiciones, la de Cerboni y la de Pirla, veremos claramente el hincapié hecho sobre la titularidad de ese patrimonio, sobre la propiedad y todos los derechos que de ella se derivan. Recalcando lo anterior, si consultamos el *Diccionario de la Real Academia Española*, define el concepto de patrimonio desde el punto de vista jurídico como el conjunto

Fecha de entrada: 28-07-2009 / Fecha de aceptación: 10-12-2009

de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica, mientras que a efectos económicos lo define como la diferencia entre los valores económicos pertenecientes a una persona física o jurídica y las deudas u obligaciones contraídas.

Las posteriores corrientes doctrinales en contabilidad han ido derivando hacia un abandono de la propiedad como elemento delimitador de los activos, claramente visible en la consideración que venían teniendo los elementos adquiridos en arrendamiento financiero, como un derecho sobre la cosa más que como un elemento clasificado por sus características propias y por el uso que se le da en la explotación; ese abandono de la propiedad, se ha dado en beneficio de un nuevo concepto de carácter más economicista, el del control económico de la cosa, el de su total disponibilidad para obtener beneficios económicos ahora y en un futuro.

La Asociación Española de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (AECA), ya en 1999, en su Marco Conceptual para la Información Financiera, lo definía como «la diferencia entre el valor de los activos y el de los pasivos exigibles». Dicho valor expresa el valor de la empresa en un instante determinado, teniendo en cuenta la composición tanto cuantitativa como cualitativa de la información proveniente del Balance. E1 International Accounting Standards Committee (IASC, 1999) conceptúa al Patrimonio neto como «la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos». Por su parte, la definición dada por el Financial Accounting Standards Board lo recoge como «el valor residual de los activos de una entidad que queda una vez que se han deducido sus pasivos» (FASB, 1998).

A pesar de toda esta tendencia en la literatura contable, es de destacar la gran importancia que hasta la adopción de los conceptos NIC siguió teniendo en la normativa contable y mercantil la «propiedad» de los bienes y derechos que configuraban el activo, pasando ya desde esa adopción a un concepto de carácter más economicista como es la controlabilidad de esos bienes y derechos y su capacidad para generar beneficios económicos futuros.

Esas concepciones que podríamos denominar proteccionistas acerca del Patrimonio neto, se veían reflejadas en la normativa contable, que a su vez influía también en la determinación de la composición y valor de ese Patrimonio neto. Los principios contables y las normas de valoración a aplicar podrían dar como resultado un valor del Patrimonio neto, más o menos alejado de sus valores de mercado. En particular, la aplicación del principio del precio de adquisición, acompañado del principio de prudencia siempre presente y coartante, nos llevaría a no poder registrar contablemente el valor de mercado de la mayoría de los elementos del activo salvo cuando el valor de mercado fuera inferior; ni, a mayores, a tener en cuenta determinados elementos intangibles recogidos de lo que se está llamando «capital intelectual» de una empresa y que recoge el valor de los clientes, del capital humano, de la organización que se hace de los recursos, etc., que es posiblemente uno de los elementos determinantes del precio a fijar en una operación de adquisición de una empresa.

El PGC aprobado en el año 2007 hace un tímido intento de sustituir el precio de adquisición por el valor razonable, con los consiguientes ajustes anuales a dicho valor, pero sólo, o de momento, en el caso de activos financieros. También recoge ya el concepto de Patrimonio neto como residuo, definición acorde con las nuevas tendencias apuntadas. Sería «la parte residual de los activos de la empresa una vez deducidos todos sus pasivos incluidas las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de la constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados».

Fecha de entrada: 28-07-2009 / Fecha de aceptación: 10-12-2009

A partir de este momento el concepto de fondos propios, aportaciones directas o indirectas de los propietarios, deja ya de coincidir totalmente con el de Patrimonio neto. Su nueva composición en el Balance de la empresa incluye tanto los tradicionales fondos propios como otras partidas que de acuerdo con los nuevos criterios pueden aparecer en los balances de las empresas; así nos encontramos con partidas que reflejan los ajustes por valor razonable de elementos del activo y del pasivo, y que deban ser imputados directamente al Patrimonio neto en tanto no sean integrados como ingresos o gastos en la cuenta de pérdidas y ganancias; corrección de errores; el reflejo en las reservas de los antes denominados gastos de constitución; o la partida que recoge las subvenciones, donaciones y legados recibidos.

Junto a estas incorporaciones, nos encontramos con partidas tradicionalmente incluidas en el Patrimonio neto que pasan a considerarse elementos de Pasivo, como sucede con las acciones rescatables o las acciones sin voto, que tienen tal consideración a pesar de que desde un punto de vista estrictamente jurídico tienen la apariencia de instrumentos de patrimonio propio.

En el modelo de Balance que figura en el PGC 2007, el Patrimonio neto se presenta con el siguiente desglose:

Patrimonio neto	Notas de la memoria	200X	200X-1
A) PATRIMONIO NETO			
A-1) Fondos propios I. Capital 1. Capital escriturado 2. (Capital no exigido) II. Prima de emisión III. Reservas 1. Legal y estatutaria 2. Otras reservas IV. (Acciones y participaciones en acciones propias) V. Resultados de ejercicios anteriores 1. Remanente 2. (Resultados negativos de ejercicios anteriores) VI. Otras aportaciones de socios VII. Resultado del ejercicio VIII. (Dividendo a cuenta) XI. Otros instrumentos de Patrimonio propio			
A-2) Ajustes por cambio de valor I. Activos financieros disponibles para la venta II. Operaciones de cobertura III. Otros			
A-3) Subvenciones, donaciones y legados recibidos			

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 165-186
Fecha de entrada: 28-07-2009 / Fecha de aceptación: 10-12-2009

La nueva composición del Patrimonio neto, deja claramente a la vista la intención del legislador de hacer prevalecer sobre la forma el fondo económico de las operaciones, de tal forma que su contabilización y presentación en las cuentas anuales responda y muestre la sustancia económica de la transacción y no sólo la forma jurídica que se haya utilizado para instrumentarla.

Como consecuencia de esta nueva configuración del Patrimonio neto empresarial, han surgido nuevos elementos, o se han reclasificado otros anteriores:

- Aparecen por primera vez en nuestro sistema contable los ajustes de valor producidos por la aplicación del valor razonable a los instrumentos financieros con cambios en el Patrimonio neto (activos financieros disponibles para la venta), de los activos no corrientes mantenidos para la venta y de los grupos enajenables de elementos mantenidos para la venta. Incrementos y disminuciones del valor patrimonial que no tienen reflejo todavía en el resultado del ejercicio.
- Las pérdidas y ganancias derivadas de las coberturas de flujos de efectivo o de inversiones en empresas del extranjero.
- Los ingresos fiscales por diferencias permanentes o por deducciones y bonificaciones a distribuir en varios ejercicios.
- Los valores emitidos por la empresa como instrumento de Patrimonio, pero clasificables como deuda en virtud de su fondo económico (en particular las acciones sin voto y las acciones rescatables emitidas por compañías cotizadas).
- El componente de Patrimonio neto de las obligaciones convertibles y de las pérdidas y ganancias actuariales. La empresa debe distribuir el valor contabilizado, entre el pasivo al que llevará el valor razonable de un pasivo similar pero que no lleve asociado el componente de Patrimonio, y asignará al componente de Patrimonio neto la diferencia resultante entre el importe inicial y el valor asignado al componente de pasivo.
- Las subvenciones, donaciones y legados recibidos, que tengan el carácter de no reintegrables, y hayan sido otorgados por terceros.
- La dotación obligatoria con cargo a beneficios, o a reservas disponibles en ausencia de aquél, de una reserva indisponible, en el caso de que exista fondo de comercio en el activo del Balance (art. 213.4 LSA), con una dotación anual mínima del 5% del valor por el que el Fondo de comercio figure en el activo, hasta que se cubra dicho valor.

2.3. El Patrimonio neto y el capital social en la normativa mercantil.

De gran repercusión en el ámbito mercantil, el valor del Patrimonio neto y en particular su comparación con la cifra de capital social de la empresa, lo convierte en una magnitud relevante con trascendencia no sólo a efectos de la contabilidad, véase el caso de los supuestos de disolución obligatoria de una sociedad, o de reducción de capital obligatoria por acumulación de pérdidas, o el caso

Fecha de entrada: 28-07-2009 / Fecha de aceptación: 10-12-2009

ya más habitual de una simple, y no tan sencilla a veces, distribución de beneficios. Este valor también es clave en la determinación del valor teórico del derecho de suscripción preferente, el valor teórico de las acciones o participaciones de capital, así como en el cálculo de la prima de emisión en determinadas operaciones de ampliación del capital social.

Así, el Patrimonio neto y el Capital social se convierten en dos elementos ligados y confrontados, clave para la calificación de la situación patrimonial de una empresa, de equilibrada o no.

De acuerdo con su naturaleza jurídica, tendrá la consideración de Capital social, a efectos de dicha comparación, aquel que figure escriturado como tal y no la cifra de capital que de acuerdo con las normas de valoración del PGC figure en el Patrimonio neto del Balance de la sociedad.

La finalidad que se persigue con la comparación entre ambas magnitudes pretende que la cifra de Capital social represente un valor que esté en consonancia con el valor en libros de la empresa. Siguiendo con este razonamiento, podemos decir que una empresa está en equilibrio, a estos efectos, siempre que su Patrimonio neto iguale al menos la cifra de Capital social. Situaciones en las que se obtengan cifras inferiores supondrían una situación de desequilibrio, que sería máximo en el momento en que el valor del Patrimonio neto fuera nulo.

Una situación en la que el valor del Patrimonio neto fuera inferior a la cifra de capital social podría suponer la incapacidad de la sociedad para generar recursos suficientes para hacer frente a sus deudas. El legislador, en su papel de protector de los derechos de los acreedores actuales y potenciales, y de los accionistas minoritarios, ha fijado una serie de «marcas», que en unos casos es una llamada de atención y en otros una obligación de tomar algún tipo de decisión, que en caso de no tomarse supondrá la aplicación de la propia norma. Sería una llamada de atención a una situación en que el Patrimonio neto sea inferior a los dos tercios de la cifra de capital, a partir de ese momento la empresa dispone de un ejercicio económico para recuperar el equilibrio o en caso contrario habrá de aplicar la norma y reducir el Capital social; sería una obligación la de disolver la sociedad en aquellos casos en los que el Patrimonio neto sea inferior a la mitad del Capital social y no se haga nada para revertir dicha situación.

Se trata de dos de los supuestos en los que la normativa mercantil especifica la composición del Patrimonio neto empresarial. El artículo 36.1 del Código de Comercio, modificado por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de definición y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la Unión Europea, clarifica dicho concepto para los supuestos de reducción del capital y disolución de sociedades reguladas en la legislación mercantil y para el reparto de beneficios: «A los efectos de la distribución de beneficios, de la reducción obligatoria por pérdidas de acuerdo con lo dispuesto en la regulación legal de las SA y SRL, se considera Patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe nominal y de las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo». Por otro lado, los préstamos participativos se considerarán Patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil [disp. adic. tercera, modificación art. 20 letra d) del RDL 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal].

Fecha de entrada: 28-07-2009 / Fecha de aceptación: 10-12-2009

Inicialmente podríamos pensar que esta definición de Patrimonio neto cuyo objetivo principal era aclarar un concepto, sería suficiente, pero si nos detenemos en su análisis veremos que puede dar lugar a nuevas incertidumbres. Por ejemplo, podemos preguntarnos lo siguiente: ¿dichas normas de cálculo se pueden o deben aplicar a otras operaciones en las que el Patrimonio neto sea la medida del valor de la empresa? ¿Son un algo imperativo y general o son un caso particular?

Nada nos impide considerar ese concepto como algo genérico y de general aplicación, pero si tenemos en cuenta la operación para la que necesitamos hacer el cálculo, la finalidad fijada por el legislador puede resultar poco consecuente con otras situaciones que tienen poco o nada que ver con el equilibrio patrimonial de la sociedad y la defensa de los derechos de los acreedores.

Si nos atenemos a todo lo anterior podemos decir que el uso del concepto de Patrimonio neto derivado de las NIC/NIIF puede ocasionar problemas jurídicos en el entorno de la contabilidad de sociedades en función de la finalidad de la operación que origina su cálculo. Por esta razón, a la hora de calcular el Patrimonio neto debemos distinguir entre su cálculo a efectos de su inclusión en el balance de la entidad (punto de vista contable, ya visto anteriormente), su cálculo a efectos de una reducción de capital obligatoria por parte de la sociedad, de una disolución obligatoria, de su cálculo a efectos de la distribución de beneficios (caso especificado en la normativa mercantil), la separación de un socio o en vistas a una adquisición de una empresa, en la que se producirá inevitablemente una negociación posterior.

El criterio que vamos a proponer, al igual que el de los profesores Isidoro Guzmán y Antonio Duréndez (2002), es que el valor del Patrimonio neto va a variar dependiendo de las circunstancias empresariales en que nos encontremos, no es lo mismo su cálculo a efectos de una liquidación de una sociedad, en donde el principio de empresa en funcionamiento ya no sería aplicable, que su cálculo a efectos de la reducción de capital por compensación de pérdidas, o en operaciones en las que se sobreentiende que puede no estar comprometida la viabilidad de la empresa y por tanto le serán de aplicación todos los principios contables incluidos en el PGC.

3. VALORACIÓN DEL PATRIMONIO NETO EN EL CASO DE CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA

En particular, a los efectos del presente trabajo, estaríamos hablando de las siguientes operaciones:

- Separación de un socio en caso de modificación estatutaria que suponga el cambio del objeto social (art. 147 LSA), que transforme la sociedad en otra sociedad con responsabilidad ilimitada (art. 225 LSA), la fusión de sociedades (art. 320) o el cambio de domicilio social (art. 149 LSA).
- Exclusión de un socio.
- Adquisición total o parcial de una empresa.
- Precio de compra de títulos de capital en sociedades no cotizadas.

Fecha de entrada: 28-07-2009 / Fecha de aceptación: 10-12-2009

- Operaciones de ampliación de capital en las que todas o parte de las acciones vean excluido su derecho de suscripción preferente (art. 159 LSA).
- Precio de compra de acciones propias para reducción de capital en sociedades no cotizadas.

En la **tabla 1**, que aparece a continuación, se muestra nuestra propuesta para el cálculo del Patrimonio neto a efectos de estas operaciones. Continuaremos nuestra exposición con el análisis una por una de todas las partidas de posible inclusión.

TABLA 1. *Esquema de cálculo del Patrimonio neto en el caso de continuidad de la empresa.*

+ Capital ordinario
+ Capital sin voto (calculado restándole el valor actualizado de los dividendos)
+ Capital rescatable a voluntad de la entidad emisora y no probable en el C/P
+ Capital preferente (calculado restándole el valor actualizado de los dividendos)
+ Bonos de disfrute (calculado restándole el valor actualizado de los dividendos)
– Capital no exigido
+ Reservas
– Acciones y participaciones en Patrimonio propias
+ Resultado del ejercicio y resultados de ejercicios anteriores
– Dividendo a cuenta
+/– Diferencias de conversión
+ Opción de conversión de obligaciones y bonos convertibles
+ Ajustes por valoración
+ Subvenciones de capital, donaciones y legados recibidos
+ Préstamos participativos

FUENTE: *Elaboración propia.*

Capital social.

En nuestro ordenamiento jurídico el capital social es una cifra contable que conlleva connotaciones jurídicas y que representa el valor de las aportaciones de los socios en dicho concepto, tanto las ya desembolsadas como las que se ha comprometido a desembolsar en un futuro, ya sea en forma dineraria como no dineraria. Figurará valorado con signo positivo por el importe del capital escriturado y con signo negativo por los dividendos pasivos cuyo desembolso aún no se haya exigido.

a) Capital escriturado.

Dependiendo de las características de las acciones o participaciones emitidas, podemos diferenciar varias clases de capital escriturado, lo que conllevará a que, a efectos de nuestro cálculo, lo consideremos o

Fecha de entrada: 28-07-2009 / Fecha de aceptación: 10-12-2009

no como parte del Patrimonio neto de la empresa, sin que por ello deje de tener la consideración jurídica de Capital social. En el caso particular de operaciones de ampliación de capital en curso, habría que comprobar las condiciones aprobadas por la Junta de socios para que la ampliación se lleve a efecto. En caso de estar ya cumplidas o de no haber duda razonable de su cumplimiento, se incluirá la cifra de capital ya suscrito. Estudiemos cada una de las posibles opciones:

Capital ordinario: dividido en acciones que suponen para sus titulares el disfrute de los derechos generales del accionista: básicamente derecho de voto en las Juntas, participación en las ganancias sociales y en el patrimonio resultante en caso de liquidación, una vez hechas efectivas todas las deudas. Se incluiría en el cálculo del Patrimonio neto.

Capital sin voto: uno de los cambios relevantes en el nuevo PGC es el reconocimiento, valoración y presentación como pasivos, con carácter general, de todos aquellos instrumentos financieros con apariencia de instrumentos de Patrimonio pero que a la luz del fondo económico de su emisión representen una obligación para la empresa; en particular el Plan hace referencia a las acciones sin voto y a las acciones rescatables. En el caso de las acciones sin voto se consideran pasivo financiero pues teniendo en cuenta sus características, fijadas en el artículo 90 y siguientes, y 42 bis de la LSRL para las participaciones sin voto, tienen incorporado un dividendo anual mínimo fijo o variable, según establezcan los estatutos sociales, a mayores del dividendo ordinario; en caso de liquidación de la sociedad confieren a su titular el derecho a obtener el reembolso del capital desembolsado antes de que se distribuya cantidad alguna a las restantes acciones. Atendiendo a estas dos características es por lo que la normativa contable las ha considerado pasivo financiero.

Desde nuestro punto de vista, y a efectos de las operaciones ya reseñadas con anterioridad, formarían parte del cálculo del montante del Patrimonio neto, tanto el nominal del capital sin voto escriturado como la prima de emisión correspondiente, porque se trata de una aportación de capital no exigible, salvo en caso de liquidación previa a la disolución de la sociedad, situación en la que sólo tiene preferencia de reposición el nominal de las acciones y no su prima de emisión. Si nos atenemos al Principio de Empresa en Funcionamiento, en esta operación no estamos procediendo a la liquidación de la sociedad, por tanto ese capital no se convertirá en un exigible tras la compra de la empresa. En cuanto al rendimiento mínimo que obtiene esta clase de acciones, exigible en caso de haber beneficio asignable a dividendos y con importantes consecuencias sobre los derechos de dichos accionistas en caso de no haberlo, calculamos su valor actualizado y lo restamos del valor total (al igual que se hace con la problemática de las opciones convertibles).

Capital rescatable: las Sociedades Anónimas cotizadas podrán emitir las acciones rescatables de acuerdo con lo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA) que señala en sus artículos 92 bis y siguientes que podrán emitirse a solicitud de la sociedad emisora, de los titulares de estas acciones, o de ambos. La amortización de dichas acciones deberá realizarse con cargo a beneficios o a reservas libres o con el producto de una emisión de acciones acordada por la Junta General con la finalidad de financiar la operación de amortización.

Nos dice la normativa contable que si el rescate de las acciones queda a opción del suscriptor dicho derecho a exigir el reembolso se configurará como un pasivo financiero, calificándose como

Fecha de entrada: 28-07-2009 / Fecha de aceptación: 10-12-2009

tal en el balance, mientras que si es a favor del emisor tendrá la consideración de instrumento de Patrimonio neto.

Coincidimos con la normativa contable y por tanto consideramos que se incluirán las acciones rescatables en el cálculo del Patrimonio neto sólo en aquellos casos en los que el capital sea rescatable a voluntad de la empresa emisora y no sea probable su rescate a corto plazo.

Capital preferente: en su regulación financiera (se introduce mediante una nueva disp. adic. segunda en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, por la disp. adic. tercera de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención de blanqueo de capitales) se establece su carácter perpetuo, aunque se pueda acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España. Por otro lado, tienen derecho a percibir una remuneración predeterminada de carácter no acumulativo, la cual tendrá la consideración de gasto deducible para la entidad emisora y para la entidad receptora se considerarán, en el caso de sujetos pasivos del IRPF exentas de dicho impuesto, y para el caso de entidades se considerarán como rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios de acuerdo con el apartado 2 del artículo 23 de la Ley 40/1998 del IRPF. El devengo de esta remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios distribuibles en la entidad de crédito dominante o en el grupo consolidable.

En los supuestos de liquidación o disolución de la entidad las participaciones preferentes se situarán a efectos del orden de cobro por delante de los accionistas ordinarios. El PGC lo considera como un pasivo financiero, basándose en la obligación existente por parte de la entidad emisora de abonar una remuneración predeterminada y por su carácter preferente en la prelación de los cobros frente a los accionistas ordinarios en el caso de una posible liquidación.

En nuestra opinión el capital preferente se debe incluir en el cálculo del Patrimonio neto, pero con un ajuste similar al practicado con las acciones sin voto, que supone actualizar el valor esperado de los dividendos futuros que le correspondan. La razón de esta inclusión en el cálculo del Patrimonio neto es que el capital preferente es una forma de financiación de la empresa que dado su carácter de perpetua no va a ser exigible y no hay que olvidar el carácter de gasto deducible de los intereses devengados en dichas participaciones preferentes en el Impuesto sobre Sociedades (Doc. 25 AECA).

Bonos de disfrute: no se trata de instrumentos de patrimonio propio, sino que representan el derecho a participar en los beneficios, para socios cuyas acciones se hayan amortizado previamente. Se incluyen en el Patrimonio neto deduciendo del total el valor actualizado de los dividendos futuros que les correspondan.

b) Capital no exigido.

Figuraría restando del capital correspondiente, al tratarse de recursos que todavía no han sido aportados de forma efectiva; sólo valoraremos aquella parte de la aportación que haya participado

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 165-186
Fecha de entrada: 28-07-2009 / Fecha de aceptación: 10-12-2009

en la creación de valor de la empresa. El valor de mercado de unas acciones parcialmente desembolsadas incluye ese «efecto» al tratarse de una deuda del titular de los títulos en cada momento y no del adquirente inicial.

c) Reservas.

Se incluirían todas, tanto las que supongan aportaciones de los socios, como participación en beneficios o actualización de balances:

- Prima de emisión o asunción.
- Reserva legal.
- Reservas voluntarias.
- Reservas especiales: para acciones o participaciones de la sociedad dominante; estatutarias; por capital amortizado; por fondo de comercio; por acciones propias aceptadas en garantía; reservas derivadas de leyes de actualización de balances.
- Reservas por pérdidas y ganancias actuariales y otros ajustes.
- Diferencias por ajuste del capital a euros.

d) Acciones y participaciones en Patrimonio propias.

Sean cuales sean la finalidad y la forma de adquisición, las acciones propias tendrán la consideración de Patrimonio neto, en el que figurarán por su precio de adquisición, minorando la cifra de fondos propios. En su caso, habrá que incluir los desembolsos pendientes de exigir sobre dichos instrumentos de patrimonio propio a la fecha de cierre, pues minoran la cifra de capital que representan.

e) Resultados de ejercicios anteriores.

Tienen la consideración de Patrimonio neto tanto los resultados negativos de ejercicios anteriores (que lo minoran), como los beneficios no aplicados específicamente a ninguna otra partida.

f) Otras aportaciones de socios.

Incrementan el Patrimonio neto siempre que no constituyan una contraprestación por la entrega de bienes o prestación de servicios a los socios, ni tengan la consideración de pasivo. La principal partida la constituirían las aportaciones que hayan realizado los socios para la compensación de pérdidas acumuladas, en tanto no se apliquen a su finalidad.

Fecha de entrada: 28-07-2009 / Fecha de aceptación: 10-12-2009

g) Resultado del ejercicio.

Se registra como Patrimonio neto el resultado del último ejercicio económico cerrado, tanto se trate de un beneficio (con signo positivo) como una pérdida (con signo negativo).

h) Dividendo a cuenta.

Son los importes, con carácter de «a cuenta» de beneficios, cuya distribución se acuerde por el órgano competente. Se registran como Patrimonio neto restando, al considerar que se trata de disposiciones ya realizadas de beneficios futuros y que por tanto ya no estarán a disposición de la sociedad, al haber supuesto ya una disminución de recursos económicos.

i) Diferencias de conversión.

Se considerarán como elementos integrantes del Patrimonio neto.

j) Otros instrumentos de Patrimonio neto.

Quedarían encuadrados dentro de esta partida las obligaciones y los bonos convertibles en instrumentos de Patrimonio propio. En este caso nos encontramos con un pasivo consecuencia directa del reembolso por parte del emisor de las obligaciones y, por otro lado, tenemos una opción de conversión en capital social de un importe fijo por un número determinado de acciones. La normativa contable está de acuerdo en considerar esta opción de conversión en acciones como Patrimonio neto.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo en la identificación por separado de cada uno de los elementos de la operación, el pasivo y el patrimonio neto y, así distribuir el valor en libros inicial asignando al componente de pasivo el valor razonable de un pasivo similar que no lleve asociado la opción de conversión en instrumentos de Patrimonio, y asignar al componente de Patrimonio neto la diferencia entre el importe inicial y el valor asignado al componente de pasivo.

k) Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta; operaciones de cobertura; ingresos fiscales a distribuir en varios ejercicios.

Coincidimos con el PGC en la oportunidad de recoger como elementos integrantes del Patrimonio neto una serie de ajustes de valor de determinadas partidas del balance, además de los «ingresos fiscales a distribuir en varios ejercicios», pues entendemos que modifican el neto aunque por el momento no afectan al resultado del ejercicio.

Lo mismo pasa con aquellos ingresos de procedencia fiscal, como deducciones y bonificaciones, que por tener una naturaleza similar a las subvenciones, son objeto de imputación a la cuenta de resultados en varios ejercicios.

Fecha de entrada: 28-07-2009 / Fecha de aceptación: 10-12-2009

l) Subvenciones de capital, donaciones y legados recibidos.

Siguiendo lo establecido en el PGC se incluyen en el cálculo del Patrimonio neto por su valor deducido del coste fiscal; dada su no exigibilidad se consideran equivalentes a las restantes aportaciones que los socios o propietarios puedan realizar a la empresa, fundamentalmente con la finalidad de fortalecer su Patrimonio.

m) Préstamos participativos.

Su regulación la encontramos en el Real Decreto 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (art. 20) y por la disposición adicional segunda de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas. Sus características principales son las siguientes:

La entidad prestamista recibirá un interés variable que viene determinado en función de la evolución de algún indicador en la empresa prestataria; para medir dicha evolución podrá hacerse referencia al beneficio neto de la entidad. Además podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad. El prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios.

En orden a la prelación de créditos en caso de liquidación de la sociedad, se situarán después de los acreedores comunes.

Se les considera Patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y disolución de sociedades regulados en la legislación mercantil, si bien contablemente se les considera un pasivo.

Por nuestra parte, y para los casos que estamos estudiando también los consideraremos Patrimonio neto, teniendo en cuenta que son préstamos que se encuentran vinculados a la actividad de la empresa y que en caso de amortización anticipada se les obliga a que vaya unida a un aumento de los fondos propios en igual cuantía.

4. SUPUESTO PRÁCTICO: OFERTA PREVIA PARA LA COMPRA DE UN PAQUETE DE ACCIONES

A continuación y como conclusión plantearemos un supuesto práctico para el cálculo de la valoración del Patrimonio neto a los efectos de la oferta previa para la compra de un paquete de acciones de una sociedad no cotizada.

De acuerdo con el último Balance de situación de la empresa, los datos referentes a la valoración y composición de las partidas a tener en cuenta para el cálculo del patrimonio neto de la empresa, previo a la oferta a realizar a los socios para la adquisición de sus acciones, son los siguientes:

Fecha de entrada: 28-07-2009 / Fecha de aceptación: 10-12-2009

a) Capital ordinario, 65.000 €, dividido en 650.000 acciones de 0,10 € de nominal cada una, emitidas al 110%. Está pendiente de desembolso 0,025 € por acción (25%).

b) Capital sin voto, 20.000 € dividido en 200.000 acciones de 0,10 € de nominal cada una, emitidas al 112%. Está pendiente de desembolsar 0,05 € por acción (50%).

   Los plazos fijados en las condiciones de la emisión para los dividendos pasivos serían:

   - Dentro de 1 año, coincidiendo con la fecha de cierre del ejercicio: 0,025 € por acción.
   - Dos años después del dividendo anterior: 0,025 € por acción.
   - Dividendo mínimo: 3% del capital desembolsado.

c) Capital rescatable, 10.000 €, dividido en 100.000 acciones de 0,10 € de nominal cada una, emitidas a la par y rescatables a voluntad del accionista.

d) Capital preferente, 10.000 €, dividido en 100.000 acciones de 0,10 € de nominal cada una, emitidas a la par. Totalmente desembolsado y con un dividendo preferente del 3,4%.

e) Reservas:

   - Reserva legal: 12.600 € (12%).
   - Reservas estatutarias: 3.720 €. Se dota anualmente con un 1% del beneficio repartible.
   - Reservas voluntarias: 7.214 €.
   - Reserva por Fondo de Comercio: 2.615 €. La dotación anual es de 261,5 €.
   - Remanente: 610 €.
   - Resultado negativo del ejercicio 2007: 4.000 €.
   - Resultado del ejercicio 2008: 5.000 €. Ante la propuesta de compra de acciones los socios han aprobado dejar en reservas lo que no corresponda a dividendos obligatorios de las acciones sin voto y preferentes.

f) Subvenciones de capital: 20.000 € de una subvención recibida para la inversión en elementos del inmovilizado material.

g) Obligaciones convertibles: 2.000 obligaciones de 10 € nominales cada una, con un cupón anual de 0,30 € por obligación y amortizables a 4 años (100%).

   Tipo de interés de mercado de emisión, de obligaciones con similar plazo y riesgo, sin opción de convertibilidad: 5%.

h) Tipo de interés de actualización a aplicar teniendo en cuenta la situación del mercado y la evolución de los tipos de interés: 1,25%.

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 165-186
Fecha de entrada: 28-07-2009 / Fecha de aceptación: 10-12-2009

RESOLUCIÓN

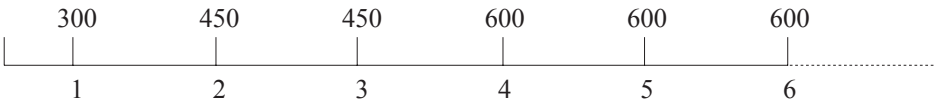
a) Capital ordinario: 65.000 € emitido al 110%, que nos da como resultado una prima de emisión de 6.500 €.

Pendiente de desembolso: 650.000 acciones × 0,025 €/acción = 16.250 €

b) Capital sin voto: 20.000 € emitido al 112%, que nos da como resultado una prima de emisión de 2.400 €.

Pendiente de desembolso: 200.000 acciones × 0,05 €/acción = 10.000 €

- Dividendos del primer año: 200.000 acc. × 0,05 € × 0,03 = 300 €
- Dividendos del segundo y del tercer año: 200.000 acc. × 0,075 € × 0,03 = 450 €
- Dividendos a partir del cuarto año: 200.000 acc. × 0,1 € × 0,03 = 600 €. Estos últimos se tratarían como una renta perpetua actualizada al momento presente.



Valor actual = $300\ (1 + i)^{-1} + 450\ (1 + i)^{-2} + 450\ (1 + i)^{-3} + 600\ a_{\overline{\infty}|}\ i\ (1 + i)^{-3}$

Valor actual = $300\ (1{,}0125)^{-1} + 450\ (1{,}0125)^{-2} + 450\ (1{,}0125)^{-3} + 600/0{,}0125\ (1{,}0125)^{-3}$

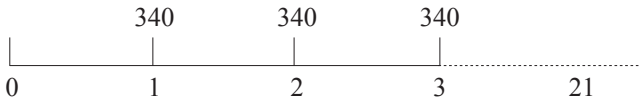
Valor actual = 47.412,87

Figurará con valor nulo en el Patrimonio neto al ser superior el valor actual de los rendimientos esperados, que el valor de emisión de las acciones sin voto, que es por el que figuran en Balance.

c) Capital rescatable: 10.000 € rescatable a voluntad del accionista. Al tratarse de unas acciones rescatables a voluntad del accionista, tienen la consideración de pasivo y por tanto no los incluimos en el Patrimonio neto de la sociedad.

d) Acciones preferentes: 10.000 € totalmente desembolsados, valor del que deducimos el valor actual de los rendimientos futuros.

Dividendo anual: 100.000 acc. × 0,10 € × 0,034 = 340 €. Se trata de una renta perpetua.



Fecha de entrada: 28-07-2009 / Fecha de aceptación: 10-12-2009

Valor actual = 340 $a_{\overline{\infty}|i}$

Valor actual = 340 / 0,0125 = 27.200

Figurará con valor nulo en el Patrimonio neto, al ser superior el valor actual de la renta esperada, que el nominal del capital.

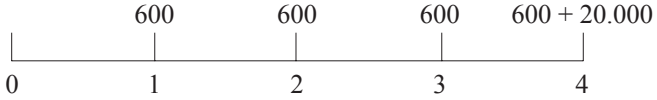
e) Reservas: habrá que tener en cuenta las modificaciones que sufran como consecuencia del reparto de beneficios pendiente.

f) Reparto de beneficios: saldo a repartir, 5.000 €

- A Reserva legal: 500 €
- A Reserva estatutaria: 50 €
- A Reserva por fondo de comercio: 261,5 €
- Dividendos de las acciones sin voto: 200.000 acciones × 0,05 × 0,03 = 300 €
- Dividendos de las acciones preferentes: 100.000 acciones × 0,1 × 0,034 = 340 €
- A Reservas voluntarias el resto: 3.548,5 €

g) Obligaciones convertibles: 20.000 € totalmente desembolsados, valor del que deducimos el valor actual de un empréstito de similar plazo y riesgo, pero no convertible.

Interés anual = 2.000 oblig. × 0,3 = 600 €



Valor actual = $600\ (1 + i)^{-1} + 600\ (1 + i)^{-2} + 600\ (1 + i)^{-3} + 20.600\ (1 + i)^{-4}$

Valor actual = $600\ (1{,}05)^{-1} + 600\ (1{,}05)^{-2} + 600\ (1{,}05)^{-3} + 20.600\ (1{,}05)^{-4} = 18.581{,}62$

Figurará en el patrimonio neto la diferencia entre los 20.000 € nominales y el valor actual así calculado: 20.000 – 18.581,62 = 1.418,38 €

+ Capital ordinario	65.000
+ Capital sin voto (calculado restándole el valor actualizado de los dividendos)	0
+ Capital rescatable a voluntad de la entidad emisora y no probable en el C/P	–
+ Capital preferente (calculado restándole el valor actualizado de los dividendos)	0
+ Bonos de disfrute (calculado restándole el valor actualizado de los dividendos)	–
– Capital no exigido	
Capital ordinario	(16.250)

…/…

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 165-186
Fecha de entrada: 28-07-2009 / Fecha de aceptación: 10-12-2009

…/…	
+ Reservas	
Prima de emisión	6.500
Reserva legal (12.600 + 500)	13.100
Reserva estatutaria (3.720 + 50)	3.770
Reserva voluntaria (7.214 + 3.548,5)	10.762,5
Reserva por fondo de comercio (2.615 + 261,5)	2.876,5
Remanente	610
– Acciones y participaciones en Patrimonio propias	–
+ Resultado del ejercicio y resultados de ejercicios anteriores	
Resultado negativo del ejercicio 2007	(4.000)
– Dividendo a cuenta	–
+/– Diferencias de conversión	–
+ Opción de conversión de obligaciones y bonos convertibles	1.418,38
+ Ajustes por valoración	–
+ Subvenciones de capital, donaciones y legados recibidos	20.000
+ Préstamos participativos	–
TOTAL PATRIMONIO NETO	**121.764,88**

Bibliografía

Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas [2008]: *Calificación contable de instrumentos financieros: distinción pasivo Patrimonio neto*, Serie Principios Contables, vol. 25, AECA, Madrid.

– [2003]: *Recursos propios*, vol. 24, AECA, Madrid.

– [1999]: *Marco conceptual para la información financiera*, AECA, Madrid.

Fernández, J.A.; Pérez, D. y Villamayor, C. [2007]: «Pasivos financieros e instrumentos de patrimonio (nuevo PGC)», *RCyT.* CEF, núm. 297, págs. 179-216.

Fernández, J.M. [1983]: *Teoría económica de la contabilidad*. Ediciones ICE, Madrid.

Financial Accounting Standard Board (FASB) [1998]: *Original Pronouncements*, Wiley, J. & Sons inc., Norwalk.

Garrido, T. y Sánchez, S. [2002]: «Análisis financiero e implicaciones contables de la Resolución del ICAC sobre reducción de capital y disolución de sociedades: especial referencia a los préstamos participativos», *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, 11 (1), págs. 51-66.

Gómez, P. y Miranda, M. [2006]: «La caracterización financiera y contable del capital social a la luz de los principios cooperativos», *Revista de Estudios Cooperativos (REVESCO),* 90, págs. 7-27.

Fecha de entrada: 28-07-2009 / Fecha de aceptación: 10-12-2009

GUZMÁN, I. y DURÉNDEZ, A.L. [2002]: «Reflexiones en torno al concepto de Patrimonio neto» *Revista de Contabilidad*, vol. 5.

INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS COMMITTEE (IASC) [1999]: *Marco conceptual para la preparación y presentación de estados financieros*, IASC, Londres.

LLORENTE, A.F. [1998]: «Cálculo del Patrimonio neto a efectos de la reducción de capital social y disolución originados por pérdidas», *Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas*, n.º 2, págs. 291-301.

MOLINA, J. [1987]: «Reflexiones a la consideración de los créditos participativos como fondos propios», *Revista de Economía y Empresa*, n.º 19, págs. 67-76.

MONCLÚS, A.M. y RUEDA, T.M. [1998]: «El cálculo del Patrimonio contable. Una cuestión polémica», *Revista de Gestión Pública y Privada*, n.º 3, págs. 217-225.

MORA, A. [2004]: «La adopción de la normativa contable internacional en España: Principales efectos sobre el resultado y el patrimonio empresarial», *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, 11, págs. 61-79.

MUÑOZ, A. [2008]: «La causa disolutoria por pérdidas graves, en las sociedades de capital, tras las últimas modificaciones normativas aprobadas por la Ley 16/2007, de 4 de julio, y el Real Decreto-Ley 10/2008, de 12 de diciembre», *Revista de Derecho Mercantil*, 270, págs. 1.435-1.473.

SERRANO, P. [1997]: «¿Puede el ICAC regular el cálculo del Patrimonio contable?»; *Revista Partida Doble,* n.º 79, junio, págs. 11-23.

URÍAS, J. [2003]: «Los cambios en las partidas y en la valoración del Patrimonio neto», *Revista del Instituto de Estudios Económicos,* vol. 4, págs. 139-153.

VARGAS, C. [2007]: «Las NIC 32 y el capital social cooperativo», *Revista de Derecho de Sociedades*, 28, págs. 101-131.

VILLACORTA, M. A. [2006]: «Elaboración del estado de cambios en el patrimonio neto», *Técnica Contable*, 58 (690), págs. 20-33.

Fecha de entrada: 28-07-2009 / Fecha de aceptación: 10-12-2009

EL AJUSTE SECUNDARIO EN OPERACIONES ENTRE EMPRESAS DEL GRUPO Y PARTES VINCULADAS

Ángel González García
Profesor del CEF

Extracto:

Se describen los ajustes a realizar en la contabilidad por las operaciones entre empresas del grupo y partes vinculadas, cuando el precio pactado entre las partes difiere del valor razonable, para cumplir el mandato de la norma de valoración n.º 21 del PGC 07, que establece la valoración de estas operaciones a valor razonable y del artículo 16 del TRLIS, que establece que se valorarán a mercado, ya que lo contrario implicaría el que la contabilidad no se lleva de acuerdo con el Código de Comercio. Se comenta cómo afectan estas operaciones a los fondos propios y el resultado de las empresas como consecuencia de los ajustes secundarios.

Palabras clave: operaciones vinculadas, empresas del grupo y ajuste secundario.

THE SECONDARY ADJUSTMENTS IN TRANSACTIONS AMONG GROUP COMPANIES AND ASSOCIATED PARTIES

Ángel González García
Profesor del CEF

Abstract:

This paper describes the adjustments to be made in accounting due to the transactions among group companies and associated parties, when the agreed price among the parties differs from the fair value, to carry out the order of the valuation rule No 21 of the Spanish General Accounting Plan 2007, which establishes that the valuation in these transactions must be at fair value, as well as the article 16 of the Spanish Corporate Income Tax Law establishes that they will be valued at market, since otherwise it would imply that the accounting is not governed pursuant to Commercial Law. It also discusses how these transactions affects equity and the company results as a consequence of the secondary adjustments.

Keywords: related party transactions. group companies y secondary adjust.

Sumario

1. Introducción.

2. La razón del ajuste secundario. El fondo de la operación.

3. Alcance de la norma de valoración n.º 21. La diferencia entre empresas del grupo y partes vinculadas.

4. Operaciones entre matriz-filial (o socio/sociedad) con participación al 100%.

   4.1. Venta de matriz a filial a precio superior al de mercado.

   4.2. Préstamo de socio a sociedad a valor inferior a mercado.

   4.3. Condonación de préstamos entre sociedades hermanas, participadas al 100%.

5. Operaciones entre empresas vinculadas cuando la participación no es del 100%.

6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El Plan General de Contabilidad de 2007 (PGC 07) ha cambiado radicalmente el tratamiento de las operaciones realizadas entre empresas del grupo. Además, estas operaciones se han puesto de actualidad con la reforma de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y del Reglamento y su entrada en vigor en febrero de 2009.

Como consecuencia del nuevo marco jurídico, se produce casi una total coincidencia en los ámbitos contable y fiscal, al señalar la norma de valoración n.º 21 del PGC 07 que «las operaciones entre empresas del grupo (…) se contabilizarán en el momento inicial por su valor razonable», y señalar el artículo 16 del TR de la Ley Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) que «las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor normal de mercado». Excepto en situaciones extrañas, se produce una coincidencia entre el valor razonable y el valor de mercado [1].

Así pues, si el precio pactado en las operaciones entre empresas del grupo coincide con el valor razonable, no existe ningún problema en la contabilidad, y, desde nuestro punto de vista, tampoco en la fiscalidad, excepto los que se puedan derivar del incumplimiento de las obligaciones formales de documentación. Los problemas se presentan cuando el precio pactado entre las partes no coincide con el valor razonable, en cuyo caso debemos proceder a efectuar un ajuste secundario en la contabilidad con el objeto de que la operación quede valorada a valor razonable.

Esta coincidencia entre la valoración contable y fiscal nos llevan casi a la total desaparición de los ajustes extracontables en la liquidación del Impuesto sobre Sociedades derivadas de las

[1] La discordancia se plantea para aquellos elementos en los que no exista un mercado activo, ya que en contabilidad se obtiene el valor razonable por comparación con transacciones recientes, descuento de flujos de caja y modelos de valoración de opciones, básicamente el Black & Scholes, y el artículo 16 del TRLIS establece como métodos para determinar el valor de mercado el precio libre comparado (que básicamente coincide el método contable de referencia a transacciones recientes) y los métodos de coste incrementado y precio de reventa. Estos métodos distintos para el valor razonable y el valor de mercado nos pueden llevar a valoraciones distintas.

operaciones entre empresas del grupo. Es más, consideramos que, de existir un ajuste extracontable por estas causas, como consecuencia de la coincidencia ya expuesta entre valor razonable y valor de mercado, implicaría que la contabilidad no se ajusta a lo dispuesto en el PGC y en el Código de Comercio, lo que podría llevar a, en caso de concurso, la posibilidad de declaración del mismo como culpable [2], la posibilidad de proceder a la estimación indirecta por parte de la Administración tributaria…

2. LA RAZÓN DEL AJUSTE SECUNDARIO. EL FONDO DE LA OPERACIÓN

En el PGC existe una presunción de que el precio pactado entre dos partes independientes coincide con el valor razonable de los bienes y servicios. Así, por ejemplo, la norma de valoración n.º 14, que regula los ingresos por ventas, establece «Los ingresos procedentes de la venta de bienes y de la prestación de servicios se valorarán por el valor razonable de la contrapartida, recibida o por recibir, derivada de los mismos…». Ahora bien, esta presunción se pierde en operaciones entre empresas del grupo, e, independientemente de lo pactado entre las partes. La norma de valoración n.º 21 del PGC establece una regla particular, al establecer que estas operaciones se valorarán por su valor razonable.

La obligatoriedad de esta norma es la que nos lleva al tema de este artículo. ¿Qué ocurre si el precio pactado no coincide con el valor razonable? Pues que tenemos que irnos a la prevalencia del fondo sobre la forma, y hacernos la siguiente pregunta: ¿Por qué un bien se vende más barato (o más caro) de lo que realmente vale? ¿Qué hay detrás de esta operación? Pues debemos intentar responder a esta pregunta y contabilizar en función de ello, lo que muchas veces puede llevar a un ejercicio de imaginación, pero los transfondos más comunes suelen ser:

- Aportación de fondos propios
- Distribución de dividendos.
- Reparto de cuota de liquidación.
- Liberalidades.
- …

Lógicamente, el ajuste debe ser bilateral, y si en una empresa recogemos un reparto de dividendos, en la otra debemos contabilizar el cobro del mismo.

Para solucionar estos temas, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), en las consultas n.º 4 y 6 del BOICAC 79 de septiembre de 2009 da unas pautas sobre la contabilización de estas operaciones.

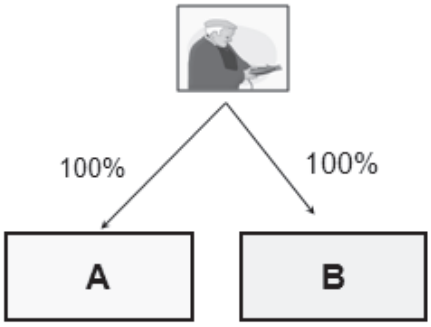
[2] Los artículos 163 y 164 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), señalan como causa de declaración del concurso culpable «Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión...».

3. ALCANCE DE LA NORMA DE VALORACIÓN N.º 21. LA DIFERENCIA ENTRE EMPRESAS DEL GRUPO Y PARTES VINCULADAS

Si antes citábamos que la regla contable de valoración (valor razonable) y la regla fiscal de valoración (valor de mercado) coincidían prácticamente en todos los casos, no sucede lo mismo en cuanto a las personas que es aplicable. Así, si el artículo 16 del TRLIS señala que «Las operaciones efectuadas *entre personas o entidades vinculadas* se valorarán por su valor normal de mercado», la norma de valoración n.º 21 sólo es aplicable a las empresas del grupo tal y como se definen en la norma 13.ª de elaboración de las cuentas anuales, conjunto más pequeño que el de *partes vinculadas* que figura en la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

A efectos de la norma 13.ª de elaboración de las cuentas anuales, se entiende por empresa del grupo no sólo cuando «estén vinculadas por una relación de control, directa o indirecta, análoga a la prevista en el artículo 42 del Código de Comercio para los grupos de sociedades», sino también «cuando las empresas estén controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias».

Es un concepto más amplio del que se entiende tradicionalmente, ya que también se incluyen aquellas empresas controladas por una persona físicas, y no jurídicas.



«A» y «B» no forman grupo a efectos del artículo 42 del Código Comercio para formular cuentas consolidadas, pero sí forman grupo a efectos de operaciones vinculadas y de cuentas individuales.

El PGC 07 distingue entre empresas del grupo, reguladas por la norma n.º 13 de elaboración de las cuentas anuales, a cuyas operaciones es de aplicación la citada norma de valoración 21.ª, y las partes vinculadas [3], a las que se les aplica la regla general de valorar dichas operaciones por el valor razonable de la contraprestación, que sí estarían bajo el paraguas del artículo 16 del TRLIS.

[3] El PGC señala, en la norma de elaboración de las cuentas anuales n.º 15, que son partes vinculadas la empresa con sus administradores o consejeros o sus familiares próximos, las empresas que compartan consejeros o administradores…

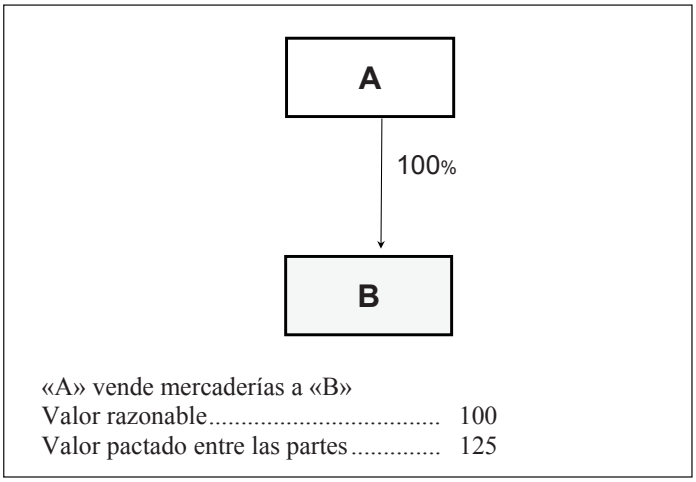
Desde nuestro punto de vista, este matiz es más teórico que práctico, porque en el marco conceptual de la contabilidad se establece la prevalencia del fondo sobre la forma, y si en una operación entre partes vinculadas (que no se considere empresa del grupo) el precio es distinto del valor de mercado, en el fondo hay una donación, aportación, reparto… de una empresa a otra, y como tal se debe contabilizar.

4. OPERACIONES ENTRE MATRIZ-FILIAL (O SOCIO/SOCIEDAD) CON PARTICIPACIÓN AL 100%

Como hemos comentado anteriormente, el ajuste secundario sólo será necesario en aquellas operaciones en las que el precio pactado sea distinto del valor de mercado. Las operaciones más usuales de este tipo son las operaciones de tipo financiero, tales como préstamos de la sociedad a los socios (cuenta corriente con socios), avales, préstamos entre empresas del mismo grupo…, pero vamos a comenzar con ejemplos de ventas de mercaderías.

4.1. Venta de matriz a filial a precio superior al de mercado.

La sociedad «A», poseedora del 100% de la sociedad «B», vende mercaderías, con un valor razonable de 100, por 125.



«A» vende mercaderías a «B»
Valor razonable..... 100
Valor pactado entre las partes..... 125

En esta operación, «A» está cobrando 125 por algo que vale 100, por lo que se está produciendo un «vaciamiento» de la sociedad «B». Como estamos traspasando patrimonio de «B» a «A», el fondo de la operación suele ser el reparto de dividendos, aunque también podría ser un dividendo que fuese contra el valor de la acción, la asignación de cuota de liquidación…

Centrándonos en la operación más común, que es el reparto de dividendos, los asientos serían:

Sociedad «B».

Código	Cuenta	Debe	Haber
600	Compras de mercaderías	100	
113	Reservas voluntarias	25	
572	Bancos, c/c		125

La sociedad «B» está pagando 125, y así se refleja en la salida de tesorería, pero el valor razonable de las mercaderías compradas asciende a 100, por lo que el importe del gasto, de acuerdo con lo señalado en la citada norma de valoración 21.ª, debe ser de 100. La diferencia entre este importe y el valor de bancos debe corresponder al fondo económico de la operación, que en esta opción estamos contabilizando como un reparto de dividendos encubierto.

Sociedad «A».

Esta sociedad, «dueña» de «B», ha recibido 125 como contrapartida de mercancías con un valor razonable de 100. Tenemos que revisar la operación y determinar la razón de ese sobreprecio de 25. El caso más normal es el reparto de dividendos de «B» a «A». En este caso, el asiento a realizar por «A» sería:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c	125	
700	Ventas de mercaderías		100
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio		25

Otros aspectos a considerar.

Si consideramos que en la operación subyace un reparto de dividendos, esto conlleva además aspectos mercantiles y fiscales, que pasamos a comentar brevemente, ya que en este artículo nos centramos en las repercusiones contables de las operaciones vinculadas.

Desde el punto de vista mercantil, la Ley de Sociedades Anónimas establece en el artículo 213 que la aplicación del resultado es competencia de la Junta General.

Opinamos que esta operación debería contar con la aceptación previa de la Junta General. En caso de que esto no se hubiera producido, usaríamos la cuenta *Dividendo activo a cuenta (557)* hasta que se produzca la convalidación por parte de la junta, momento en el que procederíamos a saldar esta cuenta con cargo a *Reservas voluntarias*.

También consideramos que se deberían cumplir los requisitos previos para el reparto (patrimonio superior al capital social, dotación de reserva legal y estatutaria…) y que no se pueden usar las operaciones entre empresas del mismo grupo para saltarnos los requisitos legales para el reparto de dividendos.

En cuanto al tema fiscal, si la operación se asimila a un reparto de dividendos, debemos contabilizar la oportuna retención del 19%. Hay que tener en cuenta que el importe repartido es neto de impuestos, por lo que las cuentas a utilizar serían:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c		
473	H.P. retenciones y pagos a cuenta		
700	Ventas de mercaderías		
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio		

Si para hacer el ajuste secundario en la sociedad «B», tuviésemos que usar reservas que estuviesen en el balance antes de la adquisición de la participación por parte de «A», sería de aplicación lo dispuesto en el apartado 2.8 de la norma de valoración n.º 9 del PGC, que establece que «si los dividendos distribuidos proceden inequívocamente de resultados generados con anterioridad a la fecha de adquisición porque se hayan distribuido importes superiores a los beneficios generados por la participada desde la adquisición, no se reconocerán como ingresos, y minorarán el valor contable de la inversión» por lo no se contabilizaría el ingreso, sino el menor valor de las acciones.

Esto mismo ocurriría si la sociedad «B» no tuviese beneficios acumulados o reservas para realizar el ajuste secundario. En este caso se considerará que el transfondo de la operación no es un reparto de dividendos, sino que el importe recibido es a cuenta de la liquidación de la sociedad, por lo que iría el asiento también como menor valor de las acciones y no como ingreso financiero.

4.2. Préstamo de socio a sociedad a valor inferior a mercado.

Vamos a contemplar ahora una de las operaciones más comunes en las pequeñas empresas, que consiste en el préstamo de los socios a la sociedad, la mayoría de las veces sin contraprestación. Este préstamo, como todas las operaciones vinculadas, debe valorarse a mercado. El esquema de la operación es:

100%

A

Don Ramón presta 1.100 a «A» el 1 de enero a devolver el 31 de diciembre de ese año.

Tipo de interés mercado 10%
Valor pactado entre las partes..... 0%

Don Ramón está cobrando 0 por algo que, en condiciones de mercado y entre partes independientes, implicaría intereses. Con base en esto y en lo dispuesto en la norma de valoración se ha producido una «donación/aportación» del socio a la sociedad. El tratamiento de las subvenciones en el PGC tiene dos alternativas:

- Sistema general. Regulado en la norma de valoración n.º 18, apartado 1, que establece que las subvenciones «(…) que se reciban sin asignación a una finalidad específica se imputarán como ingresos del ejercicio en que se reconozcan».
- Procedentes de socio o propietarios, donde se establece que «las subvenciones, donaciones y legados no reintegrables recibidos de socios o propietarios, no constituyen ingresos, debiéndose registrar directamente en los fondos propios, independientemente del tipo de subvención, donación o legado de que se trate».

Esta operación está regulada en la consulta 6 del BOICAC 79, que establece que «la sociedad donataria experimenta un aumento de sus fondos propios clasificado en el epígrafe A1.VI "Otras aportaciones de socios" del balance y la donante, (…) contabilizará, con carácter general, un mayor valor de su participación». Con base en esta consulta, las operaciones a realizar por cada sociedad serían:

Sociedad «A».

La valoración del crédito se haría con base en el sistema de coste amortizado, lo que implica que recogemos la deuda por el importe recibido, sino por el valor actualizado del importe a devolver, es decir, las 1.100 *actualizadas.* La diferencia entre el importe recibido y el importe a devolver se considera que es una aportación del socio a la sociedad. Por tanto, recogemos la deuda por el valor actualizado, es decir, 1.000 [4].

[4] Si la empresa operase bajo el Plan de PYMES, el sistema de valoración del coste amortizado no es obligatorio, pudiendo recogerse los intereses de forma normal mediante los siguientes asientos.
Por el préstamo:

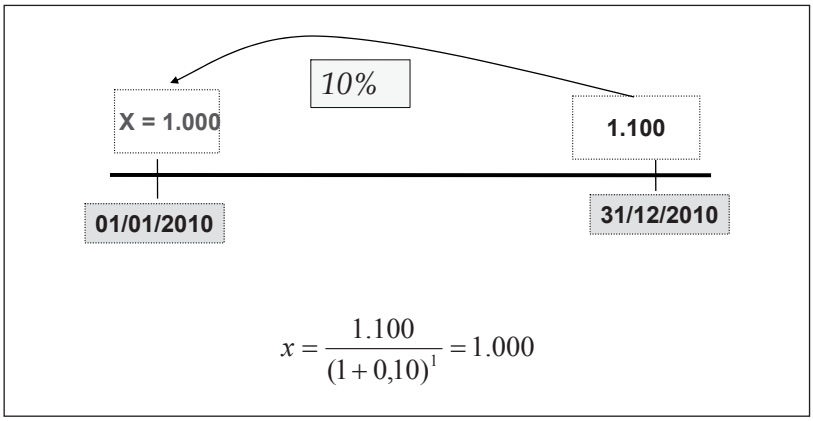
1 de enero, a la recepción.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c	1.100	
513	Otras deudas a c/p con partes vinculadas		1.100

Por el devengo de los intereses:

1 de enero, a la recepción.

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	100	
118	Aportación de socios		100



Así, el asiento sería:

1 de enero, a la recepción.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c	1.100	
513	Otras deudas a c/p con partes vinculadas		1.000
118	Aportaciones de socios o propietarios		100

La deuda la recogemos por el importe actualizado a devolver. La diferencia entre el importe recibido por Bancos y el importe de la deuda, se recoge en la cuenta *Aportaciones de socios o propietarios (118),* calificando el fondo de la operación como una donación del socio, que con base en la norma de valoración n.º 18, imputamos directamente a patrimonio.

Al cierre del ejercicio, por el devengo de los intereses, con abono a la cuenta de la deuda.

31 de diciembre, por el devengo intereses.

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	100	
513	Otras deudas a c/p con partes vinculadas		100

Por la devolución.

Código	Cuenta	Debe	Haber
513	Otras deudas a c/p con partes vinculadas	1.100	
572	Bancos, c/c		1.100

Don Ramón:

El socio va a reconocer el derecho de cobro por el valor actualizado, con base en el criterio del coste amortizado, es decir, por 1.000, y la diferencia entre este valor reconocido del préstamo y el importe entregado, con base en lo expuesto anteriormente, se considera mayor valor de la participación.

Los asientos serían:

Código	Cuenta	Debe	Haber
240	Participaciones a largo plazo en partes vinculadas	100	
532	Créditos a c/p a partes vinculadas	1.000	
572	Bancos, c/c		1.100

Por el devengo de los intereses.

Código	Cuenta	Debe	Haber
532	Créditos a c/p a partes vinculadas	100	
762	Ingresos de créditos		100

Por la devolución.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c	1.100	
532	Créditos a c/p a partes vinculadas		1.100

Otros aspectos a considerar.

Tal y como hemos comentado anteriormente, en la operación subyace una aportación del socio a la sociedad. Esta operación está sujeta al correspondiente Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en su modalidad de operaciones societarias, según recoge el artículo 19, que pagará la sociedad. Estos gastos, de acuerdo con lo establecido en la norma de valoración n.º 9 del PGC, se imputan directamente al patrimonio. El asiento sería:

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	1	
572	Bancos, c/c (1% s/ 100)		1

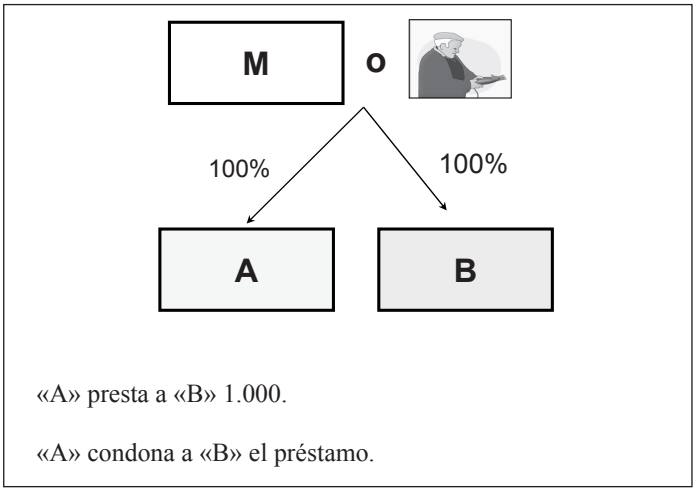
Existe un problema sobre la naturaleza de la cuenta *Aportaciones de socios o propietarios (118)*, ya que es una figura fiscal y contable, que no está expresamente regulada en el ordenamiento mercantil. En el PGC se encuentra dentro del subgrupo 11 reservas y otros instrumentos de patrimonio neto, pero ni éste ni la Ley de Sociedades Anónimas aclara su característica de reserva disponible o indisponible. Desde nuestro punto de vista, la naturaleza de esta cuenta es similar a la de la prima de emisión, y constituiría

una reserva disponible. Pensamos que, cuando se reparta, desde el punto de vista contable, debería suponer para el accionista menor valor de la participación, ahora bien, la doctrina no es pacífica sobre si el tratamiento fiscal en caso de reparto es el de la prima de emisión o el de una reserva voluntaria normal.

El problema estará en la fijación del valor razonable del tipo de interés. Consideramos que no será válido el tipo medio de los préstamos existentes de la empresa, ya que se tendrían en cuenta préstamos antiguos concedidos en condiciones distintas a las actuales. Habría que aplicar el tipo de interés incremental, es decir, a cuánto nos daría un banco ahora mismo un préstamo en las condiciones que tenemos, que, generalmente, sería añadir una prima de riesgo al euribor, prima que dependería de las condiciones tanto del prestamista como del prestatario, y que cambiaría de una operación a otra y de una empresa a otra.

4.3. Condonación de préstamos entre sociedades hermanas, participadas al 100%.

Dos sociedades hermanas, pertenecientes al 100% a un grupo, se perdonan un préstamo de 1.000 que ha hecho una sociedad a otra.



Las operaciones realizadas por cada sociedad serán:

Sociedad B (prestataria).

La sociedad «B» aumenta su patrimonio como consecuencia de la condonación del préstamo. Dicha condonación no le llega directamente de su socio, sino de una sociedad «hermana». Podría plantearse la duda de si es de aplicación la norma de valoración n.º 18.2, duda que aclara el ICAC al señalar que por analogía se puede aplicar la citada norma, y que la operación se puede asimilar a una aportación de sus socios. El asiento, por lo tanto, sería:

Código	Cuenta	Debe	Haber
513	Otras deudas a c/p con partes vinculadas	1.000	
118	Aportaciones de socios o propietarios		1.000

Se considera, pues, que es una aportación de la matriz a la filial.

Sociedad «A» (prestamista).

Tenía en su balance un derecho, que condona a «B». Se ha producido un trasvase de patrimonio de «A» a «B», que se hace a través de la matriz, la sociedad «M». Según el ICAC, se produce una operación de reparto de «A» a «M» y una posterior aportación de «M» a «B». Así, la sociedad prestamista debe tratar la operación como un reparto de fondos. El asiento sería:

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	1.000	
532	Créditos a c/p a partes vinculadas		1.000

Si la sociedad «A» no tuviese suficientes reservas o beneficios repartibles, la operación, como ya se comentó anteriormente, debería calificarse como reparto de cuota de liquidación.

Otras cuestiones: sociedad matriz.

El problema se plantea en la sociedad matriz. Hay autores que sostienen que realmente no se produce un ingreso en la sociedad matriz, ya que no se cumple la definición señalada en el marco conceptual, donde ingreso es «… un incremento en el patrimonio neto de la empresa durante el ejercicio, ya sea en forma de entradas o aumentos en el valor de los activos, o de disminución de los pasivos, siempre que no tengan su origen en aportaciones, monetarias o no, de los socios o propietarios». Según estos autores, no se produce un incremento del patrimonio de la empresa matriz, porque lo que recibe de la filial ya era suyo, sólo se produce una reubicación del patrimonio, que antes estaba en «A» y ahora está en «B» y, por lo tanto, lo que debería contabilizarse es una bajada del precio de las acciones de «A» y una subida en el precio de las acciones de «B», porque el patrimonio de la sociedad «M» es el mismo antes y después de la condonación, pero se ha pasado de una sociedad a otra.

No estamos de acuerdo con esta interpretación, y consideramos que se ha producido una distribución de fondos de «A» a «M» y posteriormente una aportación de «M» a «B», y que el patrimonio de la sociedad «M» ha aumentado como consecuencia del reparto de dividendos. No se produciría dicho ingreso si la cartera de grupo se llevase a valor razonable, ya que, en ese caso, el ingreso del dividendo, se vería compensando con la bajada de las acciones. Tampoco se produciría ingreso si la condonación se realizase en el marco de una combinación de negocios entre empresas del grupo, que tiene norma especial.

Resumiendo, consideramos que la sociedad matriz ha recibido un dividendo de «A» y que se produce una aportación a «B». El asiento resumido que realizaría «M» sería:

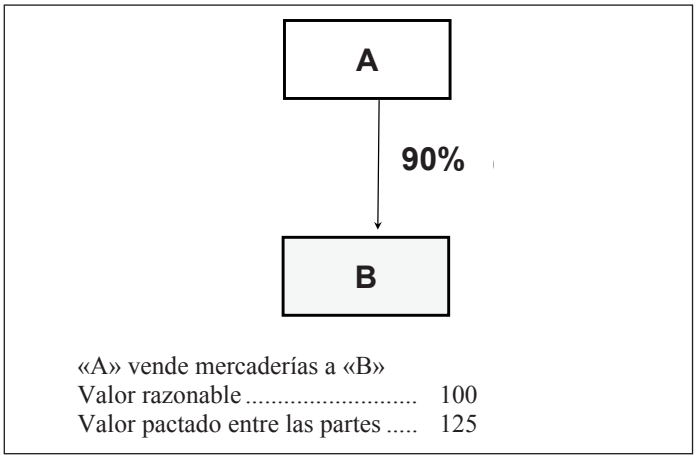
Código	Cuenta	Debe	Haber
	Acciones de B	1.000	
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio		1.000

En este sentido parece que se pronuncia el ICAC, al señalar en la citada consulta que «es una operación de distribución/recuperación y aportación de fondos, que en el supuesto de que se acuerde entre sociedades dependientes necesariamente afectará a las cuentas anuales de la sociedad dominante o, en su caso, de la persona física o jurídica que ejerza la dirección única, en cuya virtud, la citada entidad, desde una perspectiva contable, acuerda la recuperación o distribución de fondos propios materializada en un crédito, para posteriormente "aportar" el citado activo a la sociedad deudora».

5. OPERACIONES ENTRE EMPRESAS VINCULADAS CUANDO LA PARTICIPACIÓN NO ES DEL 100%

Se pueden plantear múltiples ejemplos en esta situación, pero serían variaciones sobre lo mismo, y similares a los anteriormente expuestos, por lo que vamos a centrarnos únicamente en un ejemplo.

La sociedad «A», poseedora del 90% de la sociedad «B», vende mercaderías a «B». El valor razonable de las mercaderías es de 100 y el precio pactado es de 125.



El problema está en el tratamiento a ese porcentaje de participación que no tenemos de la sociedad filial. Este problema ha sido resuelto por el ICAC para un tema similar (préstamos a tipo de interés distinto de mercado), señalando que se trata de un gasto para la sociedad que lo da (con el carácter de no deducible en el Impuesto sobre Sociedades según el artículo 21 bis del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades) y un ingreso para la sociedad receptora (que sí es computable en el Impuesto sobre Sociedades).

Como ya se ha comentado anteriormente, independientemente del precio pactado por las partes, la compraventa debe contabilizarse a valor razonable, a 100. Así, el asiento a realizar sería:

Sociedad «A» (vendedora).

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c	125	
700	Ventas de mercaderías		100
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio (25 × 90%)		22,5
7780	Ingresos excepcionales (25 × 10%)		2,5

La parte que no corresponde con el porcentaje de participación la consideramos como un ingreso excepcional.

Sociedad «B» (compradora)

Código	Cuenta	Debe	Haber
600	Compras de mercaderías	100	
113	Reservas voluntarias	22,5	100
678	Gastos excepcionales	2,5	22,5
572	Bancos, c/c		125

Otras consideraciones.

Consideramos que esta operación entra en el terreno de la contabilidad-ficción, y no creemos que se realice nunca en ninguna empresa. Si esta operación se contabiliza de esta manera, se está reconociendo que el socio «A» se ha llevado dinero de «B» por encima de lo que le corresponde a su participación, por lo que prácticamente está «robando» al minoritario, que podría emprender acciones judiciales que, desde nuestro punto de vista, estarían ganadas casi sin dificultad por el pequeño accionista.

6. CONCLUSIONES

El ajuste secundario en la contabilidad sólo se va a dar cuando el precio pactado entre las partes difiera del valor razonable. Esta situación pensamos que va a ser minoritaria, salvo en situaciones puntuales. En cuanto a la fijación del valor razonable, salvo que existe un comparable claro, es tan difícil de fijar, y tan difícil de comprobar, tanto por el auditor como por la inspección de los tributos, que en la práctica se aceptará el fijado por la empresa, siempre que se usen unos parámetros normales.

El problema, en las pequeñas empresas, radica en la preparación de la documentación relativa a operaciones vinculadas exigida por la legislación fiscal, ya que las sanciones fiscales por su no preparación son tan altas que cualquier fallo llevará a que la empresa se encuentre con una alta sanción.

CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC

QUESTIONS FORMULATED TO ICAC

Miguel Ángel Gálvez Linares

Profesor del CEF

BOICAC núm. 79, septiembre 2009. Consulta 6. Instrumentos financieros. NRV 9.ª.

SUMARIO:

Sobre la valoración y tratamiento contable de operaciones de préstamo a tipo de interés cero, formalizadas entre una sociedad y sus socios personas físicas o jurídicas. En concreto se pregunta por las siguientes cuestiones:

1.ª Registro de préstamo a tipo de interés cero, donde la sociedad «A», propietaria al 100 por 100 de la sociedad «B», actúa como prestamista.

2.ª Registro de préstamo a tipo de interés cero, donde la sociedad «A», propietaria al 100 por 100 de la sociedad «B», actúa como prestataria.

3.ª Valoración al descuento o por sistema de capitalización de préstamo a tipo de interés cero, donde la sociedad «A», propietaria al 100 por 100 de la sociedad «B», actúa como prestamista.

4.ª Consideraciones a los casos anteriores si la sociedad «A» es propietaria de un porcentaje inferior al 100 por 100 de la sociedad «B».

5.ª Consideraciones a los casos anteriores cuando se pacte un tipo de interés, pero diferente al de mercado, bien por encima o por debajo del mismo.

6.ª Consideraciones a los casos anteriores si el socio es una persona física.

Respuesta:

1.ª Registro de préstamo a tipo de interés cero, donde la sociedad «A», propietaria al 100 por 100 de la sociedad «B», actúa como prestamista.

De acuerdo con los apartados 2.1 y 3.1 de la Norma de Registro y Valoración 9.ª, «Instrumentos financieros» del Plan General de Contabilidad (PGC 2007), aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, los créditos y deudas con terceros clasificados respectivamente como «présta-

mos 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». La norma, por tanto, parte del supuesto general de que las transacciones en las que se generan y transmiten este tipo de instrumentos financieros se realizan entre partes interesadas y debidamente informadas, como corresponde a una economía de mercado, que realizan dicha transacción en condiciones de independencia mutua.

En el caso que nos ocupa, la ausencia de un tipo de interés evidencia una situación carente en principio de la racionalidad económica que se exigiría a cualquier operación realizada entre partes informadas e independientes.

Este tipo de transacción puede cobrar sentido en el contexto de existencia de vinculación entre las partes intervinientes en la operación, como sería el caso de las empresas del grupo. Es más, dada la relevancia que tienen las transacciones entre este tipo de empresas, el PGC 2007 dedica la NRV 21.ª a su tratamiento. En ella se señala que las operaciones del grupo se contabilizarán de acuerdo con las normas generales, «En consecuencia, con carácter general, […] los elementos objeto de la transacción se contabilizarán en el momento inicial por su valor razonable. En su caso, si el precio acordado en una operación difiriese de su valor razonable, la diferencia deberá registrarse atendiendo a la realidad económica de la operación».

Con base en las consideraciones anteriores, los débitos y créditos se contabilizarán inicialmente por su valor razonable, que no tiene por qué coincidir con el precio acordado en la transacción, equivalente al valor razonable de la contraprestación entregada. Para el registro de la diferencia entre ambos importes resulta por tanto necesario realizar un análisis del fondo económico y jurídico de la operación, de tal suerte que su contabilización responda y muestre la sustancia económica de la misma.

La contestación a la primera pregunta y las posteriores parte de la hipótesis de que la transferencia de recursos que se pone de manifiesto a la vista de los hechos descritos en la consulta se realiza sin contraprestación. Es decir, es una transferencia realizada a título gratuito. En caso contrario, tal y como se ha indicado, la diferencia entre ambos importes debería contabilizarse en sintonía con el fondo económico y jurídico de la operación.

Si la sociedad «A» aporta recursos a la sociedad «B» de forma gratuita, esta aportación que realiza el socio a su sociedad no puede tener la consideración de gasto e ingreso respectivamente, ya que el apartado 2 de la NRV 18.ª, en consonancia con la definición de ingreso del Marco Conceptual de la Contabilidad (MCC) recogido en la parte primera del PGC 2007, rechaza la posibilidad de que entre socio y sociedad pueda existir como causa del negocio la mera liberalidad. Por el contrario, la solución que recoge la norma para estas transacciones guarda sintonía con la causa mercantil que ampara las ampliaciones de capital. Desde una perspectiva estrictamente contable, la sociedad donataria experimenta un aumento de sus fondos propios, clasificado en el epígrafe A1.VI «Otras aportaciones de socios del balance y la donante», en sintonía con el criterio recogido en la consulta 7 del BOICAC n.º 75, que contabilizará, con carácter general, un mayor valor de su participación salvo que, como se expone el apartado 4.º posterior, existiendo otros socios, los donantes realicen una aportación en una proporción superior a la que les correspondería por su participación efectiva.

2.ª Registro de préstamo a tipo de interés cero, donde la sociedad «A», propietaria al 100 por 100 de la sociedad «B», actúa como prestataria.

El razonamiento expuesto en el apartado 1.º anterior resulta de aplicación a este segundo supuesto, excepto por lo referente al análisis de la realidad económica de la operación, ya que es ahora la sociedad dependiente la que presta los fondos a tipo de interés cero a la sociedad dominante. En este caso es la filial la que transfiere recursos gratuitamente a la matriz, por lo que la diferencia entre el valor razonable del crédito y el débito y el importe transferido debe registrarse por la sociedad donante directamente en los fondos propios, con cargo a una cuenta de reservas.

En sintonía con dicho tratamiento, la sociedad donataria reconocerá un ingreso, o dará de baja la inversión en la sociedad dependiente, según proceda.

Sin embargo, en el supuesto de que existiendo otros socios de las sociedades dependientes la distribución se realice en una proporción superior a la que le correspondería a la sociedad dominante por su participación efectiva, el exceso sobre dicha participación se contabilizará de acuerdo con los criterios generales. Es decir, un gasto para la sociedad donante y un ingreso para la donataria.

3.ª Posibilidad de valorar la operación de préstamo por un sistema de capitalización hasta vencimiento, donde la sociedad «A», propietaria al 100 por 100 de la sociedad «B», actúa como prestamista.

Los intereses devengados, tanto los que constituyan ingresos para la sociedad «A» como gastos para la sociedad «B», se calcularán aplicando el método del tipo de interés efectivo a partir del importe inicialmente reconocido que, como ya se ha señalado, según los apartados 2.1 y 3.1 de la NRV 9.ª del PGC 2007, corresponderá al valor razonable del instrumento financiero.

El PGC 2007 no se manifiesta en ningún caso sobre el método o técnica de valoración específica que debe aplicarse a instrumentos financieros concretos para la determinación de su valor razonable, si bien el MCC en su definición sí establece que se podrán aplicar modelos y técnicas de valoración entre las que se incluyen los métodos de descuento de flujos de efectivo futuros estimados.

Por otra parte, la NRV 9.ª en los apartados 2.1 y 3.1 admite que el valor razonable inicial de un derecho de cobro y obligación de pago no sea igual a la contraprestación transferida, y en el apartado 5.6. «Fianzas entregadas y recibidas» considera el caso concreto de un importe efectivo entregado o recibido con devolución a largo plazo sin que se hayan pactado intereses. En este caso la norma considera que el valor razonable del instrumento financiero es menor que el importe desembolsado, tratando la diferencia entre ambos importes de acuerdo con la naturaleza económica de la operación de arrendamiento operativo o de prestación de servicios. Este tratamiento contable para las fianzas no remuneradas puede ser aplicado por analogía a los préstamos a tipo de interés cero, con la consideración específica de que la diferencia que surja debe ser tratada conforme a la naturaleza económica de la operación entre socios y sociedad.

También, como ya se ha mencionado en la respuesta a la pregunta primera, la NRV 21.ª establece que en el reconocimiento inicial de los elementos objeto de una transacción entre empresas del grupo puede surgir una diferencia entre el precio de la operación y su valor razonable.

De esta forma parece quedar claro que, conforme al PGC 2007, es en el momento de reconocimiento inicial cuando surge una diferencia, ya que según se establece en distintos apartados y normas, la valoración inicial de un derecho de cobro u obligación de pago en ciertos casos como el que nos ocupa se hará por un importe inferior al valor razonable de la contraprestación. En consecuencia, debe aplicarse el descuento para la determinación del valor razonable inicial del instrumento financiero, por lo que el cálculo de los intereses devengados según el tipo de interés efectivo no se hará inicialmente sobre el importe monetario transferido, sino sobre el menor importe resultante del descuento.

4.ª Consideraciones a los casos anteriores si la sociedad «A» es propietaria de un porcentaje inferior al 100 por 100 de la sociedad «B».

Las justificaciones para la contabilización de la operación de la cuestión primera, teniendo en cuenta la existencia de una aportación de los socios, para el registro de una operación similar a un reparto de dividendos en la cuestión segunda, y para la utilización del descuento en el cálculo del valor razonable inicial de la cuenta a cobrar y pagar, son válidas en este apartado, con las salvedades ya anticipadas en los apartados 1.º y 2.º. Así pues, en el caso de que la sociedad «A» no sea la única accionista de la sociedad «B», se deberá proceder en sintonía con el criterio de este instituto, manifestado en la consulta 7 del BOICAC n.º 75.

Si la sociedad «A» es el único socio que presta a la filial de forma no remunerada, estará aportando a la sociedad «B» una mayor cantidad de la que le correspondería en función de su participación en «B», ya que está realizando el 100 por 100 de la aportación. En este caso, y de nuevo de acuerdo con el criterio de la consulta 7 del BOICAC n.º 75, la sociedad «A» deberá proceder a contabilizar una mayor aportación en «B» por la parte que le corresponda en función de su participación, mientras que el resto tendrá la consideración de gasto del ejercicio (con la naturaleza económica de donación).

5.ª Consideraciones a los casos anteriores cuando se pacte un tipo de interés, pero diferente al de mercado, bien por encima o por debajo del mismo.

Tal y como se ha señalado en la cuestión primera, si el préstamo no es remunerado hay una evidencia determinante de que la operación se está realizando en condiciones fuera de mercado. En los otros casos en los que sí se pacte un tipo de interés, se entenderá que éste es de mercado si la operación se ha llevado a cabo entre partes interesadas, informadas y en condiciones de independencia mutua. El análisis acerca de si el tipo de interés es o no de mercado puede estar sujeto en ciertas ocasiones, por ejemplo cuando no exista simultáneamente financiación ajena de partes no vinculadas a apreciaciones subjetivas, ya que los tipos de interés no son únicos, variando éstos en función del plazo, garantías otorgadas o riesgo de crédito del deudor, entre otras variables.

Si existiera una evidencia clara de que el tipo de interés es apreciablemente inferior al de mercado, estaríamos ante una operación con un componente de donación otorgada por los socios, si el prestamista es la empresa dominante, o de operación asimilable a la distribución de fondos propios (en sintonía con lo indicado en el apartado 2 de la presente contestación) si el prestamista es la sociedad dependiente. Si por el contrario el tipo de interés fuera superior al de mercado, la conclusión del análisis de la realidad económica de la operación se invertiría, con un componente de distribución de

fondos propios en caso de que la sociedad dominante fuera el prestamista, y de aportación de los socios si lo fuera la dependiente.

En conclusión, resulta de aplicación lo establecido en los apartados anteriores, si bien la donación o distribución de fondos propios se considerará por la parte del tipo de interés que efectivamente supere o no llegue a alcanzar el tipo de interés de mercado.

6.ª Consideraciones a los casos anteriores si el socio es una persona física.

Las consideraciones hechas en los apartados anteriores respecto a la contabilización y valoración de las operaciones en la sociedad «B» se mantienen para el caso en que el socio sea una persona física.

Ejemplo 1:

Vamos a considerar un préstamo de 100.000 euros en las siguientes condiciones:

a) Fecha de concesión: 1 de enero de 20X1.

b) Devolución por partes iguales en 4 años.

c) Tipo de interés 0%. El tipo de interés normal de mercado sería el 5%.

Se pide:

Contabilidad de las operaciones relacionadas con el préstamo durante el año 20X1 en ambas sociedades considerando las siguientes alternativas:

1. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 100% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestamista.
2. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 100% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestataria.
3. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 80% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestamista.
4. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 80% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestataria.

Solución:

1. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 100% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestamista.

De acuerdo con el criterio expuesto en el apartado 1 de la consulta 6 del BOICAC 79 de septiembre de 2009 el préstamo deberá reflejarse por su valor razonable, que no coincidirá con el precio de la transacción, ya que la operación no se realiza en condiciones de

…/…

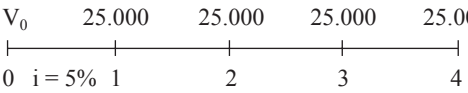
…/…

independencia mutua sino en el contexto de existencia de vinculación entre las partes intervinientes.

Por la diferencia entre ambos importes (valor razonable y precio acordado), la sociedad «DOMINANTE» está realizando una transferencia gratuita de recursos a la sociedad «DEPENDIENTE» que deberá reflejarse como un mayor valor de la participación para la sociedad donante, en sintonía con el criterio recogido en la consulta 7 del BOICAC 75, y un incremento de fondos propios para la sociedad participada, ya que, de acuerdo con el criterio del apartado 2 de la NRV 18.ª del PGC, la aportación que realiza el socio a su sociedad no puede tener la consideración de gasto e ingreso respectivamente.

Para la determinación de dicha diferencia, el apartado 3 de la consulta 6 del BOICAC 79 de septiembre de 2009 admite el método del descuento de flujos de efectivo futuros a un tipo de interés de mercado.

De acuerdo con lo anterior, el valor razonable de la transacción será:



$$V_0 = 25.000 \times a_{4\neg 0,05} = 25.000 \times \frac{1-(1+0,05)^{-4}}{0,05} = 88.648,76$$

Precio acordado 100.000,00

Donación..... 11.351,24

Una vez calculado el valor razonable del préstamo concedido podemos elaborar el cuadro del coste amortizado, para la valoración posterior, utilizando el tipo de interés del 5%.

Años	Coste amortizado	Intereses	Amortización	Pago/cobro
1	88.648,76	4.432,44	20.567,56	25.000
2	68.081,20	3.404,06	21.595,94	25.000
3	46.485,26	2.324,26	22.675,74	25.000
4	23.809,52	1.190,48	23.809,52	25.000

a) Contabilidad de la sociedad «DOMINANTE» (prestamista).

Concesión del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	20.567,56	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo	68.081,20	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo	11.351,24	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100.000

…/…

…/…

Devengo de intereses, cobro de la anualidad y reclasificación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	4.432,44	
762	Ingresos de créditos (88.648,76 × 5%)		4.432,44

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	25.000	
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo		25.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	21.595,94	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo		21.595,94

b) Contabilidad de la sociedad «DEPENDIENTE» (prestataria)

Concesión del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	100.000	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		20.567,56
1633	Otras deudas a largo plazo con empresas del grupo		68.081,20
118	Aportaciones de socios o propietarios		11.351,24

Devengo de intereses, pago de la anualidad y reclasificación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas (88.648,76 × 5%)	4.432,44	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		4.432,44

Código	Cuenta	Debe	Haber
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo	25.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		25.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
1633	Otras deudas a largo plazo con empresas del grupo	21.595,94	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		21.595,94

2. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 100% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestataria.

El razonamiento expuesto en el apartado anterior es aplicable a este caso, si bien ahora es la sociedad dependiente la que transfiere fondos a la sociedad dominante.

…/…

…/…

La sociedad «DEPENDIENTE» deberá registrar la diferencia entre el valor razonable de la transacción y el precio pactado directamente en el patrimonio neto en una cuenta de reservas, mientras que la sociedad «DOMINANTE» dará de baja la inversión o reflejará un ingreso según proceda.

Entendemos aplicable el criterio de la consulta 4 del BOICAC 79 relativa a la condonación de créditos/débitos entre empresas del grupo. De acuerdo con esta consulta, cuando la sociedad dependiente condona un crédito a la sociedad dominante, ésta «cancelará la deuda con abono a una cuenta representativa del fondo económico de la operación, que podrá ser la distribución de un resultado o la recuperación de la inversión, en función de cuál haya sido la evolución de los fondos propios de la sociedad dependiente desde la fecha de adquisición.»

a) Contabilidad de la sociedad «DEPENDIENTE» (prestamista).

Concesión del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	20.567,56	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo	68.081,20	
113	Reservas voluntarias	11.351,24	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100.000

Devengo de intereses, cobro de la anualidad y reclasificación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	4.432,44	
762	Ingresos de créditos (88.648,76 x 5%)		4.432,44

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	25.000	
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo		25.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	21.595,94	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo		21.595,94

b) Contabilidad de la sociedad «DOMINANTE» (prestataria)

Concesión del préstamo

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	100.000	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		20.567,56
1633	Otras deudas a largo plazo con empresas del grupo		68.081,20
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio		11.351,24

…/…

…/…

Devengo de intereses, pago de la anualidad y reclasificación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas (88.648,76 × 5%)	4.432,44	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		4.432,44

Código	Cuenta	Debe	Haber
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo	25.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		25.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
1633	Otras deudas a largo plazo con empresas del grupo	21.595,94	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		21.595,94

3. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 80% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestamista.

De la misma forma que en el apartado primero, en este caso se produce una aportación de fondos de la entidad dominante a la dependiente, pero ahora la aportación se realiza en un porcentaje superior al que le corresponde en función de su participación efectiva.

La sociedad «DOMINANTE» procederá a incrementar el valor de su participación en función de su porcentaje de dominio (80%), considerando el 20% restante como un gasto ya que, de acuerdo con el criterio de la consulta 7 del BOICAC 75, se entiende que no concurre el requisito de probabilidad en la obtención de recursos o rendimientos económicos en el futuro por la existencia de otros socios que no realizan una aportación similar.

Para la sociedad «DEPENDIENTE» será de aplicación el criterio del apartado 2 de la NRV 18.ª del PGC, y al tratarse de una aportación del socio a la sociedad no puede existir un ingreso y se reflejará íntegramente en los fondos propios, aunque se realice una aportación superior a la que le corresponde por su porcentaje de participación efectiva.

a) Contabilidad de la sociedad «DOMINANTE» (prestamista)

Concesión del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	20.567,56	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo	68.081,20	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo (11.351,24 × 80%)	9.080,99	
678	Gastos excepcionales. Donaciones (11.351,24 × 20%)	2.270,25	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100.000

…/…

…/…

Devengo de intereses, cobro de la anualidad y reclasificación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	4.432,44	
762	Ingresos de créditos (88.648,76 × 5%)		4.432,44

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	25.000	
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo		25.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	21.595,94	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo		21.595,94

b) Contabilidad de la sociedad «DEPENDIENTE» (prestataria)

Concesión del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	100.000	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		20.567,56
1633	Otras deudas a largo plazo con empresas del grupo		68.081,20
118	Aportaciones de socios o propietarios		11.351,24

Devengo de intereses, pago de la anualidad y reclasificación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas (88.648,76 × 5%)	4.432,44	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		4.432,44

Código	Cuenta	Debe	Haber
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo	25.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		25.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
1633	Otras deudas a largo plazo con empresas del grupo	21.595,94	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		21.595,94

4. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 80% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestataria.

En este caso vuelve a ser la sociedad participada la que realiza una transferencia gratuita de recursos a la sociedad dominante pero al existir otros socios de la sociedad

…/…

…/…

dependiente, el exceso sobre la participación efectiva se contabilizará de acuerdo con los criterios generales. Es decir, un gasto para la sociedad donante y un ingreso para la donataria.

a) Contabilidad de la sociedad «DEPENDIENTE» (prestamista)

Concesión del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	20.567,56	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo	68.081,20	
113	Reservas voluntarias (11.351,24 × 80%)	9.080,99	
678	Gastos excepcionales. Donaciones (11.351,24 × 20%)	2.270,25	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100.000

Devengo de intereses, cobro de la anualidad y reclasificación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	4.432,44	
762	Ingresos de créditos (88.648,76 × 5%)		4.432,44

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	25.000	
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo		25.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	21.595,94	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo		21.595,94

b) Contabilidad de la sociedad «DOMINANTE» (prestataria)

Concesión del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	100.000	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		20.567,56
1633	Otras deudas a largo plazo con empresas del grupo		68.081,20
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio (11.351,24 × 80%)		9.080,99
778	Ingresos excepcionales. Donaciones		2.270,25

…/…

…/…

Devengo de intereses, pago de la anualidad y reclasificación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas (88.648,76 × 5%)	4.432,44	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		4.432,44

Código	Cuenta	Debe	Haber
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo	25.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		25.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
1633	Otras deudas a largo plazo con empresas del grupo	21.595,94	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		21.595,94

EJEMPLO 2:

Vamos a considerar un préstamo de 100.000 euros en las siguientes condiciones:

a) Fecha de concesión: 1 de enero de 20X1.

b) Devolución en 4 años mediante anualidades constantes.

c) Tipo de interés 2%. El tipo de interés normal de mercado sería el 5%.

Se pide:

Contabilidad de la concesión del préstamo en ambas sociedades considerando las siguientes alternativas:

1. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 100% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestamista.
2. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 100% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestataria.
3. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 80% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestamista.
4. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 80% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestataria.

…/…

…/…

Solución:

La anualidad del préstamo será: $100.000 = a \times a_{4\neg 0,02} = a \times \frac{1-(1+0,02)^{-4}}{0,02} \rightarrow a = 26.262,38$

El valor razonable de la transacción en condiciones de independencia mutua sería:

$$26.262,38 \times a_{4\neg 0,05} = 26.262,38 \times \frac{1-(1+0,05)^{-4}}{0,05} = 93.125,08$$

En este caso la transferencia de fondos que se produciría de la sociedad prestamista a la prestataria sería de 100.000 – 93.125,08 = 6.874,92 €, que serán tratados de la misma forma que los 11.351,24 € del primer ejemplo.

El cuadro del coste amortizado para este préstamo al 5 por 100 de interés sería el siguiente:

Años	Coste amortizado	Intereses	Amortización	Pago/cobro
1	93.125,08	4.656,25	21.606,12	26.262,38
2	71.518,96	3.575,95	22.686,43	26.262,38
3	48.832,53	2.441,63	23.820,75	26.262,38
4	25.011,79	1.250,59	25.011,79	26.262,38

1. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 100% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestamista.

a) Contabilidad de la sociedad «DOMINANTE» (prestamista)

Concesión del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	21.606,12	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo	71.518,96	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo	6.874,92	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100.000

b) Contabilidad de la sociedad «DEPENDIENTE» (prestataria)

Concesión del préstamo

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	100.000	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		21.606,12
1633	Otras deudas a largo plazo con empresas del grupo		71.518,96
118	Aportaciones de socios o propietarios		6.874,92

…/…

…/…

2. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 100% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestataria.

a) Contabilidad de la sociedad «DEPENDIENTE» (prestamista)

Concesión del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	21.606,12	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo	71.518,96	
113	Reservas voluntarias	6.874,92	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100.000

b) Contabilidad de la sociedad «DOMINANTE» (prestataria)

Concesión del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	100.000	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		21.606,12
1633	Otras deudas a largo plazo con empresas del grupo		71.518,96
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio		6.874,92

3. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 80% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestamista.

a) Contabilidad de la sociedad «DOMINANTE» (prestamista)

Concesión del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	21.606,12	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo	71.518,96	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo (6.874,92 × 80%)	5.499,94	
678	Gastos excepcionales. Donaciones (6.874,92 × 20%)	1.374,98	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100.000

b) Contabilidad de la sociedad «DEPENDIENTE» (prestataria)

Concesión del préstamo:

…/…

…/…

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	100.000	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		21.606,12
1633	Otras deudas a largo plazo con empresas del grupo		71.518,96
118	Aportaciones de socios o propietarios		6.874,92

4. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 80% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestataria.

a) Contabilidad de la sociedad «DEPENDIENTE» (prestamista)

Concesión del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	21.606,12	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo	71.518,96	
113	Reservas voluntarias (6.874,92 × 80%)	5.499,94	
678	Gastos excepcionales. Donaciones (6.874,92 × 20%)	1.374,98	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100.000

b) Contabilidad de la sociedad «DOMINANTE» (prestataria)

Concesión del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	100.000	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		21.606,12
1633	Otras deudas a largo plazo con empresas del grupo		71.518,96
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio (6.874,92 × 80%)		5.499,94
778	Ingresos excepcionales. Donaciones (6.874,92 × 20%)		1.374,98

EJEMPLO 3:

Vamos a considerar un préstamo de 100.000 euros en las siguientes condiciones:

a) Fecha de concesión: 1 de enero de 20X1.

b) Devolución en 4 años mediante anualidades constantes.

c) Tipo de interés 9%. El tipo de interés normal de mercado sería el 5%.

…/…

…/…

Se pide:

Contabilidad de la concesión del préstamo en ambas sociedades considerando las siguientes alternativas:

1. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 100% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestamista.
2. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 100% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestataria.
3. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 80% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestamista.
4. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 80% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestataria.

Solución:

La anualidad del préstamo será: $100.000 = a \times a_{4-0,09} = a \times \frac{1-(1+0,09)^{-4}}{0,09} \rightarrow a = 30.866,87$

El valor razonable de la transacción en condiciones de independencia mutua sería:

$$30.866,87 \times a_{4-0,05} = 30.866,87 = \times \frac{1-(1+0,05)^{-4}}{0,05} = 109.452,38$$

En este caso, al ser el tipo de interés pactado superior al de mercado, la transferencia de fondos se produce de la sociedad prestataria a la sociedad prestamista. El importe será, igualmente, la diferencia entre el valor razonable y el precio de la transacción, 109.452,38 – –100.000 = 9.452,38 €, que serán tratados de la misma forma que en los casos anteriores.

El cuadro del coste amortizado para este préstamo al 5% de interés sería el siguiente:

Años	Coste amortizado	Intereses	Amortización	Pago/cobro
1	109.452,38	5.472,62	25.394,25	30.866,87
2	84.058,13	4.202,91	26.663,96	30.866,87
3	57.394,17	2.869,71	27.997,16	30.866,87
4	29.397,02	1.469,85	29.397,02	30.866,87

1. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 100% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestamista.

a) Contabilidad de la sociedad «DOMINANTE» (prestamista).

Concesión del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	25.394,25	

…/…

…/…

…/…

…/…

2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo	84.058,13	
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio		9.452,38
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100.000,00

b) Contabilidad de la sociedad «DEPENDIENTE» (prestataria).

Concesión del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	100.000,00	
113	Reservas voluntarias	9.452,38	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		25.394,25
1633	Otras deudas a largo plazo con empresas del grupo		84.058,13

2. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 100% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestataria.

a) Contabilidad de la sociedad «DEPENDIENTE» (prestamista).

Concesión del préstamo

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	25.394,25	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo	84.058,13	
118	Aportaciones de socios o propietarios		9.452,38
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100.000,00

b) Contabilidad de la sociedad «DOMINANTE» (prestataria).

Concesión del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	100.000,00	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo	9.452,38	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		25.394,25
1633	Otras deudas a largo plazo con empresas del grupo		84.058,13

3. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 80% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestamista.

a) Contabilidad de la sociedad «DOMINANTE» (prestamista).

Concesión del préstamo:

…/…

…/…

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	25.394,25	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo	84.058,13	
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio (9.452,38 × 80%)		7.561,90
778	Ingresos excepcionales. Donaciones (9.452,38 × 20%)		1.890,48
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100.000,00

b) Contabilidad de la sociedad «DEPENDIENTE» (prestataria).

Concesión del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	100.000,00	
113	Reservas voluntarias (9.452,38 × 80%)	7.561,90	
678	Gastos excepcionales. Donaciones (9.452,38 × 20%)	1.890,48	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		25.394,25
1633	Otras deudas a largo plazo con empresas del grupo		84.058,13

4. La sociedad «DOMINANTE», que posee el 80% de las acciones de la sociedad «DEPENDIENTE», actúa como prestataria.

a) Contabilidad de la sociedad «DEPENDIENTE» (prestamista).

Concesión del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5323	Créditos a corto plazo a empresas del grupo	25.394,25	
2423	Créditos a largo plazo a empresas del grupo	84.058,13	
118	Aportaciones de socios o propietarios		9.452,38
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100.000,00

b) Contabilidad de la sociedad «DOMINANTE» (prestataria).

Concesión del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	100.000,00	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo (9.452,38 × 80%)	7.561,90	
678	Gastos excepcionales. Donaciones (9.452,38 × 20%)	1.890,48	
5133	Otras deudas a corto plazo con empresas del grupo		25.394,25
1633	Otras deudas a largo plazo con empresas del grupo		84.058,13

NOTA: Este artículo también ha sido publicado en la *Revista Cefgestión*. CEF. Núm. 137, enero 2010.

Ángel Montes Carrillo
Miguel Ángel Gálvez Linares
Profesores del CEF

BOICAC núm. 76, diciembre 2008. Consulta 1. Instrumentos financieros. NRV 9.ª Concurso de acreedores.

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable de la aprobación de un convenio de acreedores en un procedimiento concursal.

Respuesta:

Según lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, procederá la declaración de concurso en caso de insolvencia del deudor común, considerándose que se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. La Ley dedica el Capítulo I del Título V a la regulación de la fase del convenio (arts. 98 a 141).

El artículo 100, apartado 1, de la Ley Concursal determina que: «La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas (…)».

Por su parte, el artículo 136 regula la eficacia novatoria del convenio disponiendo que: «los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio».

De acuerdo con el Código Civil, la novación es una de las causas de extinción de las obligaciones (art. 1.156), pudiendo quedar una obligación extinguida por otra que la sustituya, ante variaciones en su objeto o condiciones principales, cuando así se declare terminantemente.

Por lo que se refiere al tratamiento contable de esta situación, el apartado 3.5 «Baja de pasivos financieros» de la norma de registro y valoración 9.ª «Instrumentos financieros» del Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, expresa:

«La empresa dará de baja un pasivo financiero cuando la obligación se haya extinguido (…).

Si se produjese un intercambio de instrumentos de deuda entre un prestamista y un prestatario, siempre que éstos tengan condiciones sustancialmente diferentes, se registrará la baja del pasivo financiero original y se reconocerá el nuevo pasivo financiero que surja. De la misma forma se registrará una modificación sustancial de las condiciones actuales de un pasivo financiero.

La diferencia entre el valor en libros del pasivo financiero o de la parte del mismo que se haya dado de baja y la contraprestación pagada incluidos los costes de transacción atribuibles y en la que se recogerá asimismo cualquier activo cedido diferente del efectivo o pasivo asumido, se reconocerá en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en que tenga lugar.

En el caso de un intercambio de instrumentos de deuda que no tengan condiciones sustancialmente diferentes, el pasivo financiero original no se dará de baja del balance registrando el importe de las comisiones pagadas como un ajuste de su valor contable. El coste amortizado del pasivo financiero se determinará aplicando el tipo de interés efectivo, que será aquel que iguale el valor en libros del pasivo financiero en la fecha de modificación con los flujos de efectivo a pagar según las nuevas condiciones.

A estos efectos, las condiciones de los contratos se considerarán sustancialmente diferentes cuando el valor actual de los flujos de efectivo del nuevo pasivo financiero, incluyendo las comisiones netas cobradas o pagadas, sea diferente, al menos en un 10 por 100 del valor actual de los flujos de efectivo remanentes del pasivo financiero original, actualizados ambos al tipo de interés efectivo de éste.»

A la vista de lo anterior, la empresa deberá analizar si a raíz de la aprobación del convenio las nuevas condiciones de la deuda son «sustancialmente diferentes» o no:

a) Si las condiciones son sustancialmente diferentes: se dará de baja el pasivo financiero original y se reconocerá el nuevo pasivo por su valor razonable. La diferencia se contabilizará como un ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio, minorado, en su caso, en el importe de los costes de transacción atribuibles. Dicho resultado se mostrará en el margen financiero debiendo crear la empresa una partida específica con adecuada denominación si su importe es significativo. A tal efecto, se propone la siguiente denominación: «Ingresos financieros derivados de convenios de acreedores».

b) Si las condiciones no son sustancialmente diferentes: no se dará de baja el pasivo financiero original, registrando, en su caso, el importe de las comisiones pagadas como un ajuste en su valor contable. Se calculará un nuevo tipo de interés efectivo, que será el que iguale el valor en libros del pasivo financiero en la fecha de modificación con los flujos de efectivo a pagar según las nuevas condiciones.

Por último, se plantea la cuestión de cuándo habrán de realizarse los ajustes contables referidos en los párrafos anteriores. En este sentido, cabe mencionar que el artículo 133 de la Ley Concursal, al referirse al comienzo y alcance de la eficacia del convenio establece:

«El convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación, salvo que, recurrida ésta, quede afectado por las consecuencias del acuerdo de suspensión que, en su caso, adopte el juez conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 197.»

Asimismo, el artículo 140.4 de la mencionada norma determina que «la declaración de incumplimiento del convenio supondrá la rescisión de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136».

De todo lo anterior, se desprende que la contabilización del efecto de la aprobación del convenio con los acreedores, se reflejará en las cuentas anuales del ejercicio en que se apruebe judicialmente, siempre que de forma racional se prevea su cumplimiento y que la empresa pueda seguir aplicando el principio de empresa en funcionamiento.

En la memoria de las cuentas anuales deberá incluirse toda información significativa sobre la situación concursal en la que se encuentre una empresa, al objeto de que aquéllas, en su conjunto, reflejen la imagen fiel de su patrimonio, la situación financiera y los resultados. En particular, si al cierre del ejercicio la empresa hubiera solicitado la declaración voluntaria de concurso deberá informarse de esta circunstancia.

En todo caso, una empresa con un convenio aprobado en un procedimiento concursal y en ejecución a la fecha de aprobación de las cuentas anuales, señalará en su memoria la fecha de la sentencia de aprobación del convenio, características, situación de las deudas del convenio aprobado, y variaciones más significativas, indicando las producidas por quitas y por aplazamientos en la exigibilidad de los pasivos. También se informará sobre el cumplimiento del convenio, precisando para las deudas más significativas lo siguiente: deuda inicial con expresión de su plazo de vencimiento original y su tipo de interés efectivo, deuda en el convenio aprobado, indicando el plazo de vencimiento y su tipo de interés efectivo, así como la parte de la deuda satisfecha de acuerdo con las condiciones del convenio. Asimismo, si no se hubieran formulado cuentas anuales desde el inicio de la solicitud de declaración de concurso hasta la sentencia de aprobación del convenio, también se informará sobre la fecha de la solicitud, juzgado y fecha del auto y propuesta de convenio, indicando los medios con los que cuenta para hacer frente a las deudas.

EJEMPLO:

La sociedad «AMC» se encuentra en situación concursal. En fecha 01-01-20X7 se ha aprobado un convenio por el que se modifican las condiciones de los pasivos que se identifican a continuación:

a) Deuda con entidad de crédito:

Las características iniciales son:

- Fecha de la concesión del préstamo: 01-01-20X6.
- Importe: 250.000 €.
- Gastos de formalización: 4.670,39 €.
- Tipo de interés: 4% anual.
- Amortización: en 3 años mediante anualidades constantes que se satisfarán cada 31 de diciembre.
- Tipo de interés efectivo: 5% anual.

…/…

…/…

Las modificaciones introducidas por el convenio en la anterior deuda son las que se indican a continuación:

- Amortización: se amortizará íntegramente el principal del préstamo el día 31-12-20X9 satisfaciéndose en ese momento un importe de 175.160,49 €. Hasta dicho momento no se pagará ningún importe ni en concepto de intereses ni por la amortización del principal.

Asimismo se había acordado con la entidad de crédito liquidar la deuda vencida a fecha de 31-12-20X6 en esa misma fecha y por el importe resultante de las condiciones iniciales.

b) Deuda con un proveedor de inmovilizado:

Las características iniciales son:

- Fecha de adquisición del inmovilizado: 01-01-20X6.
- Importe: 300.000 €.
- Tipo de interés: 6% anual pagadero anualmente, cada 31 de diciembre.
- Amortización: se amortizará íntegramente el 01-01-20X8.

Las modificaciones introducidas por el convenio en la anterior deuda son las que se indican a continuación:

- Se establece una quita del 10%.
- Tipo de interés: 4% anual. Este tipo es el actualmente vigente en el mercado para operaciones similares.
- Se mantiene la fecha de amortización.

Asimismo se había acordado con este proveedor liquidar los intereses exigibles a fecha de 31-12-20X6 en esa misma fecha y por el importe resultante de las condiciones iniciales.

c) Deuda con un proveedor de mercaderías por importe de 75.000 € registradas por su valor nominal sin que existiera ningún interés contractual. Para las deudas con este proveedor el convenio establece una quita del 20% y se mantiene la fecha de vencimiento.

Se pide:

Contabilizar lo que proceda para los anteriores pasivos para el año 20X7.

…/…

…/…

Solución:

Deuda con entidad de crédito.

En primer lugar determinaremos el valor actual de la deuda teniendo en cuenta las condiciones iniciales. Para su determinación seguiremos los siguientes pasos:

1. Determinación de la anualidad que amortiza el préstamo:

   Anualidad = 250.000 / $a_{3-0,04}$ = 90.087,13.

2 Construimos el cuadro del coste amortizado, teniendo en cuenta el tipo de interés efectivo, para determinar el valor por el que figura la deuda en el momento en que se aprueba el convenio.

Fecha	Anualidad	Int. efectivo	Coste amortizado	Amortizado
01-01-20X6			245.329,61	
31-12-20X6	90.087,13	12.266,48	167.508,96	77.820,65
31-12-20X7	90.087,13	8.375,45	85.797,27	81.711,69
31-12-20X8	90.087,13	4.289,86	0,00	85.797,27

Del anterior cuadro resulta que el coste amortizado y por tanto el **valor contable de la deuda** en la fecha de aprobación del convenio es de **167.508,96 €**.

El anterior importe estará registrado en las siguientes cuentas:

- Deudas a corto plazo con entidades de crédito (520)..... 81.711,69
- Deudas a largo plazo con entidades de crédito (170)..... 85.797,27

Podríamos haber obtenido el valor contable de la deuda actualizando las dos anualidades pendientes al tipo de interés efectivo. Es decir, valor contable = $90.087,13 \times 1,05^{-1} +$ $+ 90.087,13 \times 1,05^{-2}$.

En segundo lugar, determinamos el valor actual de los flujos de efectivo del «nuevo» pasivo financiero, teniendo en cuenta las modificaciones derivadas del convenio, al tipo de interés efectivo anterior:

Flujos de efectivo del «nuevo» pasivo financiero: exclusivamente 175.160,49 € a satisfacer el 31-12-20X9.

Valor actual = $175.160,49 \times 1,05^{-3} = 151.310,22$ €

Con los datos anteriores resulta:

Diferencia entre los valores actuales: 167.508,96 – 151.310,22 = 16.198,74 €

Proporción: (16.198,74 / 167.508,96) × 100 = 9,67%.

…/…

…/…

Como se produce una diferencia inferior al 10%, la valoración de la «nueva» deuda **no es sustancialmente distinta**.

Si las condiciones no son sustancialmente diferentes:

1. No se dará de baja el pasivo financiero original, si bien, si procede, reclasificaremos adecuadamente la deuda.
2. Se calculará un nuevo tipo de interés efectivo, que será el que iguale el valor en libros del pasivo financiero en la fecha de modificación con los flujos de efectivo a pagar según las nuevas condiciones.

En consecuencia:

1. A 01-01-20X7, no damos de baja la deuda, pero reclasificamos la deuda, en tanto que toda tiene su vencimiento a largo plazo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	81.711,69	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		81.711,69

2. Calculamos el tipo de efectivo del nuevo pasivo financiero. Para su cálculo igualamos el valor contable de la deuda con los flujos de efectivo futuros de la misma.

$$167.508,96 = 175.160,49 \times (1 + i)^{-3}$$

De lo anterior resulta que el tipo de interés efectivo es del 1,5%.

3. A 31-12-20X7 por los intereses devengados realizaremos la siguiente anotación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas (167.508,96 × 1,5%)	2.512,63	
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		2.512,63

Deuda con proveedor de inmovilizado.

Las deudas por adquisición de inmovilizado son también deudas no comerciales por lo que estarán registradas inicialmente por su valor razonable más gastos de transacción y posteriormente por su coste amortizado calculado al tipo de interés efectivo.

En el momento de la aprobación del convenio 01-01-20X7, dado que no existen gastos de transacción ni intereses devengados y se amortiza íntegramente en la fecha de reembolso, tendrá un valor contable de 300.000 € que estará registrado en la cuenta Proveedores de inmovilizado a largo plazo (173).

Una vez determinado su valor contable, calcularemos el valor actual de los flujos de efectivo del «nuevo» pasivo financiero, teniendo en cuenta las modificaciones derivadas del convenio, al tipo de interés efectivo anterior:

…/…

…/…

Flujos de efectivo del «nuevo» pasivo financiero: 280.800 a satisfacer el 01-01-20X8. Los flujos de efectivo resultan de 270.000 €, principal de la deuda después de la quita del 10%, más 10.800 €, en concepto de intereses (270.000 € capital vivo × 4% anual).

Valor actual = 280.800 / 1,06 = 264.905,66 €.

Con los datos anteriores resulta:

Diferencia entre los valores actuales: 300.000 – 264.905,66 = 35.094,34 €.

Proporción: (35.094,34 / 300.000) × 100 = 11,70%.

Como se produce una diferencia superior al 10%, la valoración de la «nueva» deuda **es sustancialmente distinta**.

Si las condiciones son sustancialmente diferentes:

1. Se dará de baja el pasivo financiero original.
2. Se dará de alta el «nuevo» pasivo financiero por su valor razonable (utilizando el tipo de mercado no el tipo pactado en la operación ya que se trata de una transacción forzada).
3. La diferencia se registrará como ingreso financiero, pudiendo utilizarse a estos efectos la cuenta (76X) Ingresos financieros derivados de convenios de acreedores.
4. Se modificará el tipo de interés efectivo de la operación.

En consecuencia:

1. A 01-01-20X7, por la baja de la deuda original y el alta de la nueva:

Código	Cuenta	Debe	Haber
173	Proveedores de inmovilizado a largo plazo	300.000	
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		270.000
76X	Ingresos financieros derivados de convenios de acreedores		30.000

La nueva deuda la registramos en la cuenta Proveedores de inmovilizado a corto plazo (523) dado que a fecha 01-01-20X7 falta 1 año exactamente para el vencimiento y evitar realizar la reclasificación en un momento posterior.

2. A 31-12-20X7 por los intereses devengados realizaremos la siguiente anotación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas (270.000 × 4%)	10.800	
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		10.800

…/…

…/…

Deuda con proveedor de mercaderías.

Las deudas por adquisición de mercaderías son deudas comerciales que pueden registrarse, como es el caso, por su valor nominal tanto inicial como posteriormente, si su vencimiento no es superior a 1 año, no tienen interés contractual y el efecto de no actualizar los flujos de efectivo no es significativo.

En este caso, dado que se produce una quita del 20% varían sustancialmente las condiciones por lo que:

1. Daremos de baja el pasivo financiero original.
2. Se dará de alta el «nuevo» pasivo financiero por su valor razonable.
3. La diferencia se registrará como ingreso financiero, pudiendo utilizarse a estos efectos la cuenta (76X) Ingresos financieros derivados de convenios de acreedores.

En consecuencia:

- A la fecha de la aprobación del convenio realizaremos la siguiente anotación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
400	Proveedores (pasivo original)	75.000	
400	Proveedores (nuevo pasivo)		60.000
76X	Ingresos financieros derivados de convenios de acreedores		15.000

- Por el pago:

Código	Cuenta	Debe	Haber
400	Proveedores	60.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		60.000

SUPUESTOS PROPUESTOS EN LA OPOSICIÓN PARA DIPLOMADOS EN CIENCIAS EMPRESARIALES DEL GOBIERNO DE NAVARRA

EXERCISES PROPOSED IN THE COMPETITIVE EXAMINATION OF THE GOVERNMENT OF NAVARRA FOR CERTIFIED IN BUSINESS SCIENCES

Fernando Vallejo Torrecilla

Economista

Profesor Asociado. Universidad de Navarra

[Supuestos propuestos en la Oposición para Diplomados en Ciencias Empresariales del Gobierno de Navarra (Convocatoria de 27 de febrero de 2007)].

Sumario

Caso 1. **Contabilidad financiera.** Operaciones de inmovilizado, gastos de personal, regularización de cuenta especulativa de mercaderías, *leasing*, activos financieros y cálculo del coste de derechos de suscripción en ampliación doble.

Caso 2. **Contabilidad de costes.** Valoración de existencias finales, coste de la producción vendida y márgenes y resultados.

Caso 3. **Matématica financiera.** Empréstito, cálculos diversos.

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 229-256
Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

CONTABILIDAD FINANCIERA

ENUNCIADO

1. OPERACIONES DIVERSAS

Contabilice todas las operaciones del ejercicio 2009 de la empresa «MANDALAY» derivadas de los siguientes supuestos independientes, prescindiendo de sus implicaciones fiscales (excepto cuando se indique de otra forma en el enunciado):

a) Operaciones de inmovilizado.

1. El 15 de marzo de 2009, un solar adquirido por 100.000 euros y con un valor neto contable de 80.000 euros, se permuta por mobiliario cuyo valor de mercado asciende a 90.000 euros. La vida útil del mobiliario se fija en seis años, con un valor residual de 5.000 euros y al final del ejercicio se procede a reflejar un ajuste por deterioro del 10% de su coste inicial.

2. El 1 de abril de 2009 adquiere un equipo informático por importe de 6.000 euros, pagando 4.000 euros en metálico y entregando otro equipo informático adquirido el 1 de enero de 2007 por 3.000 euros y con vida útil de cinco años, sin valor residual, que se amortizaba por el sistema de dígitos decrecientes y además se dotó al cierre del ejercicio anterior un ajuste por deterioro del 10% de su coste inicial. El nuevo equipo se amortizará de forma constante en cuatro años.

b) Gastos de personal.

El importe íntegro de la nómina asciende a 60.000 euros, quedando pendientes de pago 1.000 euros. Los seguros sociales a cargo de la empresa importan 18.000 euros y a cargo de los trabajadores suponen el 5% de la nómina. La retención total en concepto de IRPF supone 15.000 euros. Todas las deudas con los Organismos Públicos por estos conceptos están pagadas a final de año. Según el convenio colectivo, la empresa se hace cargo del 50% de los gastos de comedor, que ascienden a 2.000 euros, y el resto se descuenta en nómina a los empleados. La empresa no ha concedido anticipos de sueldo durante el ejercicio y ha procedido a compensar totalmente los anticipos concedidos en años anteriores cuyo importe pendiente era de 1.500 euros.

c) Regularización de cuenta única especulativa de mercaderías.

La empresa ha estado contabilizando las compras y ventas de mercaderías por el sistema especulativo de cuenta única, cargando y abonando las operaciones comerciales en la cuenta de Merca-

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 229-256
Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

derías. Sabemos que las existencias iniciales importaban 5.000 euros, y que las ventas reflejan un 50% de beneficio sobre el precio de compra. Las operaciones habidas en 2009, ya contabilizadas como se ha expuesto, son las siguientes:

Compras	10.000
Devoluciones de compras	1.000
Ventas	15.000
Compras	4.000
Ventas	6.000

En este caso se pide contabilizar el asiento o asientos necesarios de regularización para que se refleje contablemente el beneficio o la pérdida derivados de la actividad comercial, así como el saldo correcto de la cuenta Mercaderías.

d) *Leasing*.

Se firmó un contrato de *leasing* sobre una maquinaria con las siguientes condiciones:

- Fecha de comienzo del contrato: 1 de enero 2007.
- Valor del bien a la firma del contrato: 8.000 euros.
- Interés efectivo: 10,25% anual.
- Cuotas semestrales constantes pospagables (30 de junio y 31 de diciembre).
- Duración del contrato: 3 años.
- Opción de compra: 500 euros. Vence junto con la última semestralidad.
- Valor residual de la maquinaria: 500 euros.
- Vida útil de la maquinaria: 5 años.

Contabilizar las operaciones correspondientes al ejercicio 2009, sabiendo que la empresa ejercita la opción de compra.

e) Activos financieros.

El 1 de septiembre de 2007, la empresa suscribió letras del Tesoro por 32.000 euros de valor nominal y 24.320 euros de valor efectivo. El vencimiento de los títulos era a 2 años, con pago diferido de intereses acumulados al vencimiento, al 12% anual, y amortización por el nominal. La inversión se

Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

desea mantener hasta el vencimiento (1 de septiembre de 2009). La operación se realiza a través de la c/c bancaria, siendo los gastos de la misma de 120 euros. En el momento del vencimiento de las letras, el banco comunica a la sociedad su abono, así como el cargo de 50 euros en concepto de gastos.

Contabilizar las operaciones relativas a 2009. Utilícese el año comercial de 360 días (12 meses de 30 días).

2. AMPLIACIÓN DOBLE SIMULTÁNEA DE CAPITAL

Una sociedad decide llevar a cabo una ampliación de su capital en la proporción de 1 acción nueva por cada 8 antiguas, desembolsándose el valor nominal que es de 500 euros. Simultáneamente, realiza otra ampliación, en la proporción de 2 acciones nuevas por cada 7 antiguas, totalmente liberada. La cotización en el mercado, el día antes de la ampliación, de las acciones antiguas es del 400%, habiendo sido adquiridas por nuestra empresa tres meses antes al 300%.

Calcular el coste de los dos derechos (de suscripción y de asignación gratuita) que surgen en esta ampliación.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1

1. OPERACIONES DIVERSAS

a) Operaciones de inmovilizado.

Normativa aplicada.

PGC 2007– NRV 2.ª

Comentarios, cálculos justificativos y contabilización.

1. Se trata de una permuta comercial, al tratarse de elementos distintos (se supone que dada su diferente naturaleza producen flujos de efectivo también diferentes). Al desconocerse el valor razonable del terreno entregado, se utilizará el del mobiliario recibido, ya que éste sí es conocido.

Código	Cuenta	Debe	Haber
2160	Mobiliario	90.000	
2910	Deterioro de valor de terrenos	20.000	
2100	Terrenos		100.000
7910	Reversión del deterioro de terrenos		10.000

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 229-256
Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

Y por el deterioro calculado al final del ejercicio para el mobiliario:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6916	Pérdidas por deterioro del mobiliario	9.000	
2916	Deterioro de valor del mobiliario		9.000

Y por la amortización del ejercicio, teniendo en cuenta que el ajuste por deterioro modificará la cuota de los ejercicios próximos, no la de éste:

Cuota de amortización del año (desde el 15 de marzo): $\frac{90.000 - 5.000}{6} \times \frac{9,5}{12} = 11.215$

Código	Cuenta	Debe	Haber
6816	Amortización del mobiliario	11.215	
2816	Amortización acumulada del mobiliario		11.215

2. Se trata de una adquisición de un equipo informático entregando otro equipo informático usado a cambio y pagando la diferencia en efectivo.

En primer lugar, amortizaremos hasta la fecha de la entrega el equipo viejo. Hay que tener en cuenta que el ajuste por deterioro creado al cierre del ejercicio anterior supone rectificar las amortizaciones de los ejercicios posteriores.

Al cierre del ejercicio anterior, la amortización acumulada (dígitos decrecientes) era:

- Cuota 2007: $3.000 \times \frac{5}{12} = 1.000$
- Cuota 2008: $3.000 \times \frac{4}{12} = 800$
- Amortización acumulada: 1.800
- Valor en libros: 3.000 – 1.800 = 1.200
- Deterioro: 10% de 3.000 = 300

El % que supone el deterioro contabilizado sobre el valor contable en ese momento es:

$$300 / 1.200 = 25\%.$$

Es decir, las cuotas de amortización del ejercicio 2009 y posteriores deben verse reducidas en su 25% (lo que equivale a multiplicarlas por 0,75) al ser éste el porcentaje que supone el deterioro sobre el valor pendiente de amortizar.

Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

La amortización del equipo hasta la fecha de la entrega (1 de abril) supondrá:

$$\frac{3.000}{15} \times 3 \times \frac{3}{12} \times 0,75 = 113$$

Código	Cuenta	Debe	Haber
6817	Amortización de equipos para procesos de información	113	
2817	Amortización acumulada de equipos para procesos de información		113

Por el alta en cuentas del nuevo equipo y la entrega del viejo, junto con el pago en efectivo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2170	Equipos para procesos de información	4.787	
2817	Amortización acumulada de equipos para procesos de información	1.913	
6917	Deterioro de valor de equipos para procesos de información	300	
2170	Equipos para procesos de información		3.000
5720	Tesorería		4.000

Y por la cuota de amortización del nuevo equipo desde el 1 de abril: $\frac{4.787}{4} \times \frac{9}{12} = 898$

Código	Cuenta	Debe	Haber
6817	Amortización de equipos para procesos de información	898	
2817	Amortización acumulada de equipos para procesos de información		898

b) Gastos de personal.

Normativa aplicada [1].

PGC 2007 – partes 4.ª y 5.ª [2].

Comentarios, cálculos justificativos y contabilización.

De los datos del enunciado, se tiene que:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6400	Sueldos y salarios	60.000	
6420	Seguridad Social a cargo de la empresa	18.000	

…/…

[1] Aunque las partes 4.ª y 5.ª del PGC son de aplicación voluntaria (excepto cuando establezcan criterios de valoración), en la resolución serán utilizadas a efectos de uniformidad en cuanto a denominaciones y codificaciones de cuentas.

[2] Véase nota anterior.

Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

…/…

6490	Otros gastos sociales	2.000	
4751	Hacienda Pública, acreedora por retenciones practicadas		15.000
4760	Organismos de la Seguridad Social, acreedores (18.000 + 3.000)		21.000
7550	Ingresos por servicios al personal		1.000
4600	Anticipos de remuneraciones		1.500
4650	Remuneraciones pendientes de pago		1.000
4100	Acreedores por servicios de comedor		2.000
5720	Tesorería		38.500

Y por el ingreso de las correspondientes retenciones:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4751	Hacienda Pública, acreedora por retenciones practicadas	15.000	
5720	Tesorería		15.000

Y por el pago a la Seguridad Social de los TC1/TC2 correspondientes:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4760	Organismos de la Seguridad Social, acreedores	21.000	
5720	Tesorería		21.000

c) Regularización de cuenta única de mercaderías llevada por el sistema especulativo.

Normativa aplicada.

PGC 2007 – partes 4.ª y 5.ª.

Comentarios, cálculos justificativos y contabilización.

El detalle de la cuenta tras los apuntes que señala el enunciado es el siguiente:

Debe	*Mercaderías*		*Haber*
Saldo inicial	5.000	Devoluciones de compras	1.000
Compras	14.000	Ventas	21.000

La cuenta presenta, como puede apreciarse, un saldo carente de significado (saldo *acreedor* de 3.000), debido a que incluye partidas valoradas a precio de coste (las entradas) y otras a precio de venta (las salidas), los cuales, salvo raras excepciones, no coincidirán. Este saldo sólo tiene sentido en casos como éste, es decir, cuando la cuenta funciona de forma especulativa, pues de lo contrario equivaldría a unas existencias negativas.

Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

Para regularizar la cuenta es necesario, en primer lugar, determinar el resultado obtenido para, a continuación, traspasarlo a una cuenta diferencial, ya que *Mercaderías* es cuenta de activo (cuenta integral) y no debe haber ningún resultado de la gestión incluido en ella después de regularizar.

Precio de venta = precio de coste + 50% precio de coste (margen bruto).

V = 1,50 PC.

1,50 PC = 21.000 y, de aquí, PC = 14.000.

El resultado será:

Ventas – Coste de ventas = 21.000 – 14.000 = 7.000 (beneficio)

Una vez calculado el resultado, la reclasificación o traspaso del mismo a una cuenta diferencial de ingresos es inmediata:

Código	Cuenta	Debe	Haber
3000	Mercaderías	7.000	
7070	Beneficio en venta de mercaderías		7.000

Tras este asiento, se puede comprobar que la cuenta *Mercaderías* presenta un saldo deudor igual a la existencia final (4.000) y el resultado obtenido ha sido traspasado a una cuenta de ingresos, la cual, al cierre del ejercicio, traspasará a su vez su saldo a la cuenta 129, *Pérdidas y ganancias*:

Código	Cuenta	Debe	Haber
7070	Beneficio en venta de mercaderías	4.000	
1290	Pérdidas y ganancias		4.000

Otra posibilidad para regularizar la cuenta de *Mercaderías* es reclasificar los diversos apuntes que presenta en las cuentas que establece el PGC y regularizar después, al cierre del ejercicio, de la forma usual. Esta alternativa es más correcta si se tiene en cuenta el criterio del PGC de no realizar apuntes en la cuenta de mercaderías más que a fin de ejercicio.

Por la reclasificación o traspaso de los diferentes apuntes a las cuentas habituales:

Código	Cuenta	Debe	Haber
3000	Mercaderías	8.000	
6000	Compras de mercaderías	14.000	
6080	Devoluciones de compras de mercaderías		1.000
7000	Ventas de mercaderías		21.000

Como consecuencia del anterior asiento, la cuenta de mercaderías presenta ahora un saldo deudor de 5.000, el cual se corresponde con la existencia inicial.

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 229-256
Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

Regularización a fin de ejercicio:

Por la regularización de las existencias iniciales:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6100	Variación de existencias de mercaderías	5.000	
3000	Mercaderías		5.000

Y por el alta en cuentas de las finales:

Código	Cuenta	Debe	Haber
3000	Mercaderías	4.000	
6100	Variación de existencias de mercaderías		4.000

Por último:

Código	Cuenta	Debe	Haber
7000	Ventas de mercaderías	21.000	
6080	Devoluciones de compras de mercaderías	1.000	
6000	Compras de mercaderías		14.000
6100	Variación de existencias de mercaderías		1.000
1290	Pérdidas y ganancias		7.000

Como puede observarse, con independencia de la forma de llevar la cuenta y de los asientos que se realicen, el resultado es el mismo que antes, como era de esperar.

d) *Leasing*.

Normativa aplicada.

PGC 2007 – NRV 8.ª.

Comentarios, cálculos justificativos y contabilización

Obtendremos en primer lugar el tipo de interés efectivo semestral para poder calcular el coste amortizado. Al ser el interés efectivo anual, tendremos que:

$$(1 + i_2)^2 = 1{,}1025 \text{ y de aquí: } i_2 = 5\%.$$

Ahora calcularemos la cuota semestral, mediante la ecuación de equivalencia en el origen:

$$8.000 = C \times a_{6\neg\ 5\%} + 500 \times (1{,}1025)^{-3}$$

y despejando, C = cuota semestral = 1.502,63.

Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

La evolución del coste amortizado es la siguiente:

Año y semestre	Coste amortizado inicial (1)	Interés efectivo (2)	Carga financiera efectiva (3) = (1) × (2)	Pagos (4)	Coste amortizado final (5) = (1) + (3) – (4)	Cambio en el coste amortizado (1) – (5)
2007-1	8.000,00	5%	400,00	1.502,63	6.897,37	1.102,63
2007-2	6.897,37	5%	344,87	1.502,63	5.739,61	1.157,76
2008-1	5.739,61	5%	286,98	1.502,63	4.523,96	1.215,65
2008-2	4.523,96	5%	226,19	1.502,63	3.247,52	1.276,44
2009-1	3.247,52	5%	162,37	1.502,63	1.907,26	1.340,26
2009-2	1.907,26	5%	95,36	1.502,63	500,00	1.407,26
2009-OC	500,00	–	–	500,00	0	500,00
TOTALES	**–**	**–**	**1.515,77**	**9.515,77**	**–**	**8.000,00**

Contabilización de las operaciones correspondientes a 2009.

Por los intereses devengados en el primer semestre:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6624	Gastos financieros por operaciones de *leasing*	162,37	
5240	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo		162,37

Y por el pago de la cuota correspondiente al primer semestre:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5240	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo	1.502,63	
5720	Tesorería		1.502,63

Por los intereses devengados en el segundo semestre:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6624	Gastos financieros por operaciones de *leasing*	95,36	
5240	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo		95,36

Y por el pago de la cuota correspondiente al segundo semestre:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5240	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo	1.502,63	
5720	Tesorería		1.502,63

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 229-256
Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

Y por el pago de la opción de compra:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5240	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo	500	
5720	Tesorería		500

Obsérvese que el PGC considera la maquinaria en régimen de *leasing* como inmovilizado *material*, pero eso no significa que no pueda utilizarse, si a la empresa le interesa, una cuenta con denominación específica, que ponga de manifiesto que el activo es arrendado, ya que mientras no se ejercite la opción de compra no puede disponerse de la maquinaria libremente, al existir reserva de dominio a favor de la empresa arrendadora.

En tal caso, la empresa debería realizar el siguiente asiento:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2130	Maquinaria	8.000	
2139	Maquinaria en *leasing*		8.000

Y simultáneamente, por la reclasificación de las cuotas de los años 2007 y 2008:

Código	Cuenta	Debe	Haber
28139	Amortización acumulada de maquinaria en *leasing*	3.000	
28130	Amortización acumulada de maquinaria		3.000

Y en cuanto a la cuota de amortización del año:

Código	Cuenta	Debe	Haber
68130	Amortización de maquinaria	1.500	
28130	Amortización acumulada de maquinaria		1.500

d) Activos financieros.

Normativa aplicada.

PGC 2007 – NRV 9.ª, apartado 2.2.

Comentarios, cálculos justificativos y contabilización.

Puesto que se trata de una inversión clasificada como mantenida hasta su vencimiento, se debe valorar por su coste amortizado, calculado mediante el tipo de interés efectivo.

Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

Los flujos de efectivo que origina la inversión, teniendo en cuenta que los intereses se pagan de forma acumulada al vencimiento, son:

Fechas	Importes	Cálculos justificativos
01-09-2007	–24.440,00	24.320 + 120
01-09-2008	0,00	–
01-09-2009	40.090,80	$32.000 \times 1{,}12^2 - 50$

Se ha supuesto que la comisión bancaria al vencimiento es conocida en el origen de la operación.

Mediante una hoja Excel se obtiene el tipo de interés efectivo, que es $i_e = 28{,}077181\%$.

La evolución del coste amortizado, por fechas, es la siguiente:

Periodo	Intereses devengados
01-09-2007 a 01-09-2008	$24.440 \times 0{,}28077181 = 6.862{,}06$
02-09-2008 a 31-12-2008	$(24.440 + 6.862{,}06) \times (1{,}28077181^{120/360} - 1) = 2.691{,}52$
01-01-2009 a 01-09-2009	$(24.440 + 6.862{,}06 + 2.691{,}52) \times (1{,}28077181^{240/360} - 1) = 6.097{,}22$
Total: 2 años	**Total intereses: 15.650,80**

Valor de reembolso: 24.440 + 15.650,79 = 40.090,80

Por los intereses acumulados a 1 de septiembre de 2009:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5410	Valores representativos de deuda a corto plazo	6.097,22	
7610	Ingresos de valores representativos de deuda		6.097,22

La contabilización de la amortización de las letras al vencimiento supone el siguiente asiento, descontando la comisión del banco:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5720	Tesorería	40.090,80	
5410	Valores representativos de deuda a corto plazo		40.090,80

2. COSTE DE LOS DERECHOS DE SUSCRIPCIÓN EN AMPLIACIÓN DOBLE DE CAPITAL

Para el cálculo del coste del derecho, hay que tener en cuenta que hay dos posibles planteamientos: el denominado coste teórico y el prorrateo en función de las cotizaciones (o de los valores teóricos, si no cotizaran las acciones), lo que se conoce como fórmula de *Kester* [3].

[3] Roy B. KESTER. *Contabilidad. Teoría y práctica*. Editorial Labor (1946). Hay varias ediciones, siendo la original la norteamericana de 1917. Tanto Roy Bernard KESTER como Harry Anson FINNEY (este último junto con Herbert MILLER)

Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

Coste teórico.

El coste teórico (C_t) se define como la diferencia entre el coste de la acción antes (C_a) y el coste de la acción después (C_d) de la ampliación. Al ser la ampliación doble, la diferencia corresponderá a la suma de los dos derechos (el de suscripción, CD_s, y el de asignación gratuita, CD_a).

Puesto que las proporciones de la ampliación no son homogéneas, para efectuar los cálculos hay que calcular primero el mínimo común múltiplo (m.c.m.) del número de acciones antiguas, transformando así las proporciones iniciales en otras equivalentes.

m.c.m (7, 8) = 7 × 8 = 56 (al ser primos entre sí, por no tener divisores comunes).

$1 \times 8 \rightarrow 7 \times 56$

$2 \times 7 \rightarrow 16 \times 56$

C_a = 300% de 500 = 1.500

$$C_d = \frac{56 \times 1.500 + 7 \times 500 + 16 \times 0}{56 + 7 + 16} = 1.107,59$$

$CD_s + CD_a = 1.500 - 1.107,59 = 392,41$

Éste es el coste conjunto del derecho de suscripción y del de asignación. Ahora calcularemos el coste de cada uno de ellos:

$1.107,59 = 500 + 8\ CD_s$ y de aquí: $CD_s = 75,95$

$1.107,59 = 0 + \frac{7}{2}\ CD_a$ y de aquí: $CD_a = 316,46$

Podemos comprobar cómo $CD_s + CD_a = 75,95 + 316,46 = 392,41 = C_a - C_d$

Valor teórico de los derechos.

Calcularemos en primer lugar los valores teóricos por diferencia entre la cotización de las acciones antes (B) y después (VT_d) (teórica) de la ampliación.

B = 400% de 500 = 2.000

$$VT_d = \frac{56 \times 2.000 + 7 \times 500 + 16 \times 0}{56 + 7 + 16} = 1.462,03$$

El valor teórico de los dos derechos conjuntamente es:

y su *Curso de Contabilidad* (6 tomos), Editorial UTEHA (varias ediciones también), son probablemente los autores con los mejores y más completos manuales clásicos de contabilidad que se hayan publicado en nuestra lengua, en opinión de quien esto escribe.

Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

$B - VT_d = 2.000 - 1.462,03 = 537,97$

$1.462,03 = 500 + 8\ CD_s$ y de aquí: $VTD_s = 120,25$

$1.462,03 = 0 + \frac{7}{2}\ CD_a$ y de aquí: $VTD_a = 417,72$

$VTD_s + VTD_a = 120,25 + 417,72 = 537,97 = B - VT_d$

Coste de los derechos con el planteamiento de KESTER a partir de los valores teóricos.

Una vez obtenidos los valores teóricos (lo correcto sería utilizar las cotizaciones de los derechos y de la acción ex derecho, pero al no disponer de datos, utilizaremos los valores teóricos anteriormente calculados, pues la forma de operar sería la misma), se procederá a plantear dos reglas de tres para el cálculo del coste de cada derecho:

$$\frac{\text{Coste del derecho suscripción}}{\text{Coste de la acción}} = \frac{\text{Valor teórico del derecho suscripción}}{\text{Cotización de la acción (incluido el derecho)}}$$

$$\frac{\text{Coste del derecho de asignación}}{\text{Coste de la acción}} = \frac{\text{Valor teórico derecho de asignación}}{\text{Cotización de la acción (incluido el derecho)}}$$

Y sustituyendo valores numéricos, se obtiene:

$$\text{Coste del derecho de suscripción} = \frac{120,25}{2.000} \times 1.500 = 90,19$$

$$\text{Coste del derecho de asignación} = \frac{417,72}{2.000} \times 1.500 = 313,29$$

Resumiendo los valores obtenidos anteriormente, tendremos:

Criterio utilizado	Derecho de suscrición	Derecho de asignación
Coste teórico	75,95	316,46
Valor teórico	120,25	417,72
Coste de *Kester*	90,19	313,29

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

CONTABILIDAD DE COSTES

ENUNCIADO

La empresa «MANDALAY» elabora helados lácteos de gama alta, obteniendo dos productos que llamaremos ABA y ZYZ. Cada uno de ellos necesita para su fabricación un litro de leche, y ABA

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 229-256
Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

requiere además 20 gramos de otro componente denominado JE-1 y ZYZ 10 gramos del componente IT-2. El consumo de materias primas determina el volumen total puesto en producción de cada helado en cada ejercicio, dado que las mermas y pérdidas son inexistentes.

El proceso de producción de ABA se realiza en la sección *Fase A*, y el proceso de producción de ZYZ en la sección *Fase B*.

Para la valoración de la leche utilizada y de los distintos componentes (JE-1 e IT-2) se utiliza el coste medio ponderado. En cuanto a la valoración de las existencias de productos finales (ABA y ZYZ, terminados y en curso), la empresa utiliza el método FIFO y se considera que toda la producción en curso de elaboración a principios de año se acaba durante el ejercicio. La empresa ha adaptado su contabilidad de gestión al sistema *direct costing*.

Los costes del departamento de *Compras* se imputan enteramente a la compra de leche, si bien anualmente se establece un tope (para este año fijado en 18 euros por litro) por encima del cual el exceso se considera como mayor coste de ventas del ejercicio y se imputa en función del número de unidades vendidas con independencia de su clase. También se reparten en función del número de unidades vendidas, con independencia de su clase, los costes de la sección *Ventas – Comercial*.

Datos del año 2009.

Existencias iniciales:

Leche	10.000 litros	200.000 euros
JE-1	20 kilogramos	1.000 euros
IT-2	25 kilogramos	3.000 euros
ABA en curso	200 uds.	6.000 euros
ZYZ en curso	100 uds.	3.500 euros
ABA terminado	750 uds.	75.000 euros
ZYZ terminado	500 uds.	25.000 euros

Existencias finales:

Leche	4.000 litros
JE-1	14 kilogramos
IT-2	13 kilogramos

Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

ABA en curso ..... 100 uds.

ZYZ en curso ..... 50 uds.

ABA terminado ..... 500 uds.

ZYZ terminado ..... 400 uds.

Toda la producción en curso (tanto la inicial como la final) ya tiene añadida la leche y los componentes JE-1 e IT-2 y además lleva incorporado un 60% de los gastos generales para los helados ABA y un 50% de los gastos generales para los helados ZYZ.

Compras:

Leche ..... 5.000 litros ..... 75.000 euros

JE-1 ..... 50 kilogramos ..... 2.600 euros

IT-2 ..... 70 kilogramos ..... 7.700 euros

Precios de venta:

ABA ..... 130 euros

ZYZ ..... 70 euros

Coste de las secciones:

Sección	Costes variables	Costes fijos
Compras	75.000	30.000
Fase A	120.000	55.000
Fase B	100.000	50.000
Reparaciones y conservación	62.100	–
Calidad	80.000	–
Ventas-Comercial	140.000	40.000
Administración general	–	100.000

Reparaciones y Conservación factura 90 horas, de las cuales 6 son para Compras, 15 para la Fase A, 20 para la Fase B, 10 para Calidad, 9 para Ventas y 30 horas para la propia sección.

Calidad trabaja 60 horas, de las cuales 6 se imputan a Compras, 21 para la Fase A, 20,5 a la Fase B, 3 para Reparaciones y Conservación y 9,5 horas para la propia sección.

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 229-256
Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

SE PIDE:

1. Valoración de las existencias finales terminadas y en curso de acuerdo con el criterio utilizado por la empresa (*direct costing*).
2. Coste de la producción vendida durante el ejercicio (*direct costing*).
3. Márgenes y resultado de la empresa.

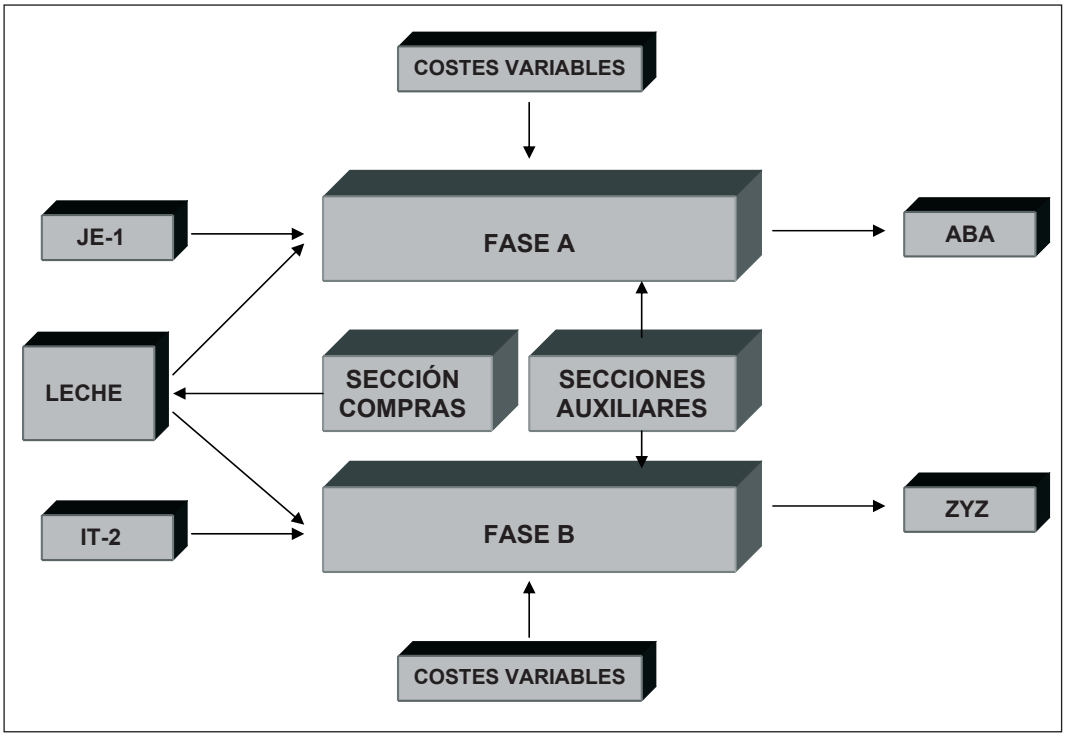
SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2

Esquema del proceso productivo de la empresa «MANDALAY».

Leche = materia prima.

JE-1, IT-2 = componentes añadidos.

ABA, ZYZ = productos terminados (helados).



Todas las cifras (salvo cuando se trate de unidades físicas) están expresadas en euros.

Consumo de leche y otros componentes.

LECHE

Calcularemos el coste medio ponderado (*CMP)*:

$$\text{CMP} = \frac{10.000 \text{ x } 20 + (15 + 18) \times 5.000}{10.000 + 5.000} = \frac{365.000}{15.000} = 24,333333$$

Valoración del consumo: 11.000 × 24,333333 = 267.666,67

Valoración de la existencia final: 4.000 × 24,333333 = 97.333,33

En la valoración del precio unitario de compra de la leche se han incluido 18 euros por litro relativos al Departamento de Compras, lo cual supone que la leche absorbe un total de 5.000 × 18 = = 90.000 euros de costes de dicha sección, que es el tope máximo. El resto de costes de Compras (dicho exceso puede verse en el cuadro de reparto de cargas por secciones que se presenta más adelante, y asciende a 92.594 – 90.000 = 2.594) se imputará al coste de ventas en función de las unidades vendidas, tal y como establece el enunciado de acuerdo con el criterio seguido por la empresa.

JE-1

$$\text{CMP} = \frac{50 \times 20 + 52 \times 50}{20 + 50} = \frac{3.600}{70} = 51,428571$$

Valoración del consumo: 56 × 51,428571 = 2.880

Valoración de la existencia final: 14 × 51,428571 = 720

IT-2

$$\text{CMP} = \frac{25 \times 120 + 70 \times 110}{25 + 70} = \frac{10.700}{95} = 112,631579$$

Valoración consumo: 82 × 112,631579 = 9.235,79

Valoración existencia final: 13 × 112,631579 = 1.464,21

Cuadro de reparto del resto de factores de coste

A continuación, presentaremos el cuadro de reparto de costes variables entre las diversas secciones, según las claves de reparto que se facilitan. En cuanto a los costes fijos, no forman parte del

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 229-256
Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

coste del producto, de acuerdo con el criterio empleado por la empresa, y se deducirán directamente de los márgenes finales, por lo cual no aparecen en el cuadro.

Para realizar el llamado subreparto o reparto secundario de las secciones auxiliares a las principales, al haber secciones auxiliares con prestaciones recíprocas (Reparaciones y Conservación y Calidad), se hace necesario para conocer el coste de su unidad de actividad (horas) resolver simultáneamente un sistema lineal de dos ecuaciones con dos incógnitas:

60,0 R = 62.100 + 3 C

50,5 C = 80.000 + 10 R

Donde:

C = Coste unitario de la hora de la sección de Calidad

R = Coste unitario de la hora de la sección de Reparaciones y Conservación

Resuelto el sistema de ecuaciones por cualquiera de los métodos habituales, tendremos como solución del mismo:

R = 1.125,35 euros/hora.

C = 1.807,00 euros/hora.

Una vez obtenidas las anteriores cifras, podremos presentar ya el cuadro con los costes finales, teniendo en cuenta que la sección de Administración no tiene costes variables:

Factores	Total	Compras	Secciones de fabricación				Comercial y administración	
			Auxiliares		Principales			
			R. y C.	Calidad	Fase A	Fase B	Ventas	Admón.
Costes variables	**577.100**	75.000	62.100	80.000	120.000	100.000	140.000	0
Total reparto primario	**577.100**	**75.000**	**62.100**	**80.000**	**120.000**	**100.000**	**140.000**	**0**
R. y Conservación	–	6.752	(67.521)	11.254	16.880	22.507	10.128	0
Calidad	–	10.842	5.421	(91.254)	37.947	37.044	0	0
Total reparto final	**577.100**	**92.594**	**0**	**0**	**174.827**	**159.551**	**150.128**	**0**

Se han redondeado las cifras pues siempre hay que tener presente que este tipo de cálculos persiguen una distribución de costes mediante unas claves de reparto, las cuales se basan en estadísticas o estimaciones, por lo que no tiene demasiado sentido tratar de obtener cifras con gran exactitud y precisión matemáticas en este tipo de cuadros.

A continuación se calculará el coste de producción de los productos terminados y de la producción en curso final.

Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

Coste de los productos.

Puesto que los dos productos presentan grados de terminación diferentes para los diferentes factores de coste, calcularemos en primer lugar la producción equivalente para cada uno de ellos.

Producto ABA.

Leche y componentes:

Costes aplicados en el periodo a unidades	Unidades físicas	% de factores añadido en el periodo	Unidades equivalentes
Sólo terminadas (existencia inicial)	200	0%	0
Empezadas y terminadas (*)	2.700	100%	2.700
Sólo empezadas (existencia final)	100	100%	100
Producción equivalente en unidades completas			**2.800**

(*) Se calculan a partir del consumo de JE-1, ya que es un componente exclusivo para este producto, y según la ficha de control de inventario y los gramos que de él lleva (20 por unidad), se tiene:

$$\frac{56.000 \text{ gramos}}{20 \text{ gramos/unidad de ABA}} = 2.800 \text{ unidades de ABA}$$

Si de estas unidades se descuentan las 100 finales, se obtienen las 2.700 empezadas y terminadas totalmente en el periodo.

Gastos de fabricación:

Costes aplicados en el periodo a unidades	Unidades físicas	% de factores añadido en el periodo	Unidades equivalentes
Sólo terminadas (existencia inicial)	200	40%	80
Empezadas y terminadas	2.700	100%	2.700
Sólo empezadas (existencia final)	100	60%	60
Producción equivalente enunidades completas			**2.840**

Producto ZYZ.

Leche y componentes:

Costes aplicados en el periodo a unidades	Unidades físicas	% de factores añadido en el periodo	Unidades equivalentes
Sólo terminadas (existencia inicial)	100	0%	0

…/…

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 229-256
Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

…/…

Empezadas y terminadas (*)	8.150	100 %	8.150
Sólo empezadas (existencia final)	50	100 %	50
Producción equivalente en unidades completas			**8.200**

(*) Se calculan a partir del consumo de IT-2, ya que es un componente exclusivo para este producto, y según la ficha de control de inventario y los gramos que de él lleva (10 por unidad), se tiene:

$$\frac{82.000 \text{ gramos}}{10 \text{ gramos/unidad de ABA}} = 8.200 \text{ unidades de ZYZ}$$

Si de estas unidades se descuentan las 50 finales, se obtienen las 8.150 empezadas y terminadas totalmente en el periodo.

Podemos comprobar que el consumo total de leche asciende a 2.800 litros para ABA y 8.200 litros para ZYZ = = 11.000 litros en total, cifra que coincide con el consumo que arroja la ficha del inventario de leche.

Gastos de fabricación:

Costes aplicados en el periodo a unidades	Unidades físicas	% de factores añadido en el periodo	Unidades equivalentes
Sólo terminadas (existencia inicial)	100	50%	50
Empezadas y terminadas	8.150	100%	8.150
Sólo empezadas (existencia final)	50	50%	25
Producción equivalente en unidades completas			**8.225**

Una vez obtenidas las cifras anteriores, tendremos:

Factores	ABA	ZYZ
Consumo de leche	2.800 litros × 24,333333 = 68.133,33	8.200 litros × 24,333333 = 199.533,33
Consumo de JE-1	56 × 51,428571 = 2.880	–
Consumo de IT-2	–	82 × 112,631579 = 9.235,79
Total	71.013,33	208.769,12
Producción equivalente	2.800 unidades	8.200 unidades
Coste unitario (1)	25,361903	25,459648
Fase A	174.827	–
Fase B	–	159.551
Producción equivalente	2.840 unidades	8.225 unidades

…/…

Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

…/…

Coste unitario (2)	61,558803	19,398298
Coste unitario final (1+2)	**86,920706**	**44,857946**

Valoración de la producción obtenida (FIFO).

Producto ABA.

- Existencia inicial terminada: 6.000 + 200 × 40% × 61,558803 = 10.924,7042
- Unidades empezadas y terminadas totalmente: 2.700 × 86,920706 = 234.685,9062
- Existencia final en curso: 100 × (100% × 25,361903+ 60% × 61,558803) = 6.229,72

Producto ZYZ.

- Existencia inicial terminada: 3.500 + 100 × 50% × 19,398298 = 4.469,9149
- Unidades empezadas y terminadas totalmente: 8.150 × 44,857946 = 365.592,2599
- Existencia final en curso: 50 × (100% × 25,459648 + 50% × 19,398298) = 1.757,94

Coste de la producción vendida (FIFO).

Las unidades vendidas se calcularán de la siguiente forma:

Unidades vendidas = Existencias iniciales + Producidas en el periodo – Existencias finales.

En las producidas en el periodo se incluyen las iniciales que se terminan y las empezadas y terminadas totalmente en el periodo.

ABA: 750 + (200 + 2.700) – 500 = 3.150 unidades vendidas.

ZYZ: 500 + (100 + 8.150) – 400 = 8.350 unidades vendidas.

Producto ABA	**Costes unitarios**		
	100	**54,623521**	**86,920706**
Existencia inicial	750		
Producción inicial terminada		200	

…/…

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 229-256
Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

…/…			
Producción empezada y terminada en el periodo			2.700
Ventas	(750)	(200)	(2.200)
Existencia final	0	0	500

Coste de ventas: 100 × 750 + 200 × 54,623521 + 2.200 × 86,920706 = 277.150,26

Valoración existencia final: 500 × 86,920706 = 43.460,35

Producto ZYZ	**Costes unitarios**		
	50	**44,699149**	**44,857946**
Existencia inicial	500		
Producción inicial terminada		100	
Producción empezada y terminada en el periodo			8.150
Ventas	(500)	(100)	(7.750)
Existencia final	0	0	400

Coste de ventas: 500 × 50 + 100 × 44,699149 + 7.750 × 44,857946 = 377.119

Valoración existencia final: 400 × 44,857946 = 17.943,18

Márgenes y resultados.

Conceptos	**ABA**	**ZYZ**	**Total**
Ventas	3.150 × 130 = 409.500	8.350 × 70 = 584.500	994.000
Coste variable de ventas:			
Coste variable	277.150	377.119	654.269
Costes de compras no incorporados (*)	723	1.871	2.594
Margen directo	**131.627**	**205.510**	**337.137**
Costes variables de ventas (**)	41.850	108.278	150.128
Margen de contribución	**89.777**	**97.232**	**187.009**
Costes fijos de Compras y Fabricación	–	–	135.000
Costes fijos de Ventas	–	–	40.000
Costes de Administración General	–	–	100.000
Resultado antes de intereses e impuestos			**(87.991)**

(*) Costes de la sección de Compras no absorbidos por los productos, por superar el límite:

92.594 – 90.000 = 2.594

Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

Dicho importe se prorratea en función de las unidades vendidas:

$$\frac{3.150}{3.150+8.150}\times 2.594 = 723 \text{ para ABA y } \frac{8.150}{3.150+8.150}\times 2.594 = 1.871 \text{ para ZYZ}$$

(**) Los costes variables de ventas se prorratean también en función de las unidades vendidas:

$$\frac{3.150}{3.150+8.150}\times 150.128 = 41.850 \text{ para ABA y } \frac{8.150}{3.150+8.150}\times 2.594 = 108.278 \text{ para ZYZ}$$

Cálculos de comprobación global del proceso.

Entradas al proceso en el periodo:

Existencias iniciales	313.500
Compras	85.300
Costes variables	577.100
Costes fijos	275.000
Total entradas	**1.250.900**

Salidas del proceso en el periodo:

Coste variable de lo vendido	656.863
Existencias finales:	
Leche	97.333
JE-1	720
IT-2	1.464
ABA en curso	6.230
ZYZ en curso	1.758
ABA terminado	43.461
ZYZ terminado	17.943
Costes de ventas	150.128
Costes fijos	275.000
Total salidas	**1.250.900**

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 229-256
Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

MATEMÁTICA FINANCIERA

ENUNCIADO

Se emite un empréstito con las siguientes características:

- Títulos emitidos: 50.000.
- Nominal de cada título: 100 euros.
- Abono de un cupón anual vencido de 5,5 euros por obligación.
- Duración de la emisión: 10 años.
- Amortización de los títulos al 110%.

SE PIDE:

a) Anualidad comercial constante que amortiza el empréstito.

b) Valor de emisión, sabiendo que el tanto efectivo para el emisor es el 7,5%.

c) Valor de una obligación al principio del cuarto año, si el tanto de mercado es el 6,5%.

d) Probabilidad de que una obligación viva al principio del tercer año resulte amortizada dos años después.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 3

Se trata de un empréstito reembolsable mediante anualidad comercial constante, con tipo de interés fijo a lo largo de sus 10 años de duración y prima de amortización del 10%.

Datos del problema y notación empleada

- N = títulos emitidos = 50.000.
- C = valor nominal del título = 100.
- P = prima de amortización = 10.
- i = 5,5%.

Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

- $C' = C + P = 100 + 10 = 110$ (valor de reembolso).
- N_k = títulos vivos al final del año k (tras la amortización de ese año).
- M_k = títulos amortizados en el año k.
- I_k = cuota de intereses del año k.
- $n = 10$ años.
- $k = 1, 2, ..., n$.
- $P(A)$ = probabilidad de que ocurra el suceso A.

a) Anualidad comercial constante.

La estructura de la anualidad comercial constante es:

$$a_k = N_{k-1}\, C\, i + M_k\, C'$$

Si ahora transformamos el primer término del segundo miembro, de forma que el importe del cupón permanezca inalterado, tendremos:

$$C\, i = C'\, i' = 0{,}055 \times 100 = 110\, i' \rightarrow i' = 0{,}05$$

Conviene resaltar que este tipo de interés, que suele denominarse «normalizado», no tiene ningún significado financiero, sino que se obtiene de una simple transformación para efectos puramente operativos, de forma que puedan aplicarse las fórmulas de recurrencia usuales (anualidades, relaciones entre los títulos amortizados, etc.).

Como puede verse, se trata de encontrar un tipo de interés, tal que aplicado al valor de reembolso, suponga el mismo importe que el interés original aplicado al valor nominal, es decir, que el cupón anual permanezca sin cambio.

La anualidad normalizada es: $a_k = N_{k-1}\, C'\, i' + M_k\, C'$

Y la equivalencia financiera en el origen supone que: $NC' = a\, a_{n\neg i'}$

$50.000 \times 110 = a\, \dfrac{1-1{,}05^{-10}}{0{,}05}$ y de aquí obtenemos: **a = 712.275,16**

Para comprobar que esta anualidad es correcta, calcularemos la primera cuota de amortización y, a partir de ella, teniendo en cuenta que las cuotas forman una progresión geométrica de razón (1+i') calcularemos la suma de todas, la cual debe ser igual al número de títulos emitidos, esto es:

$$M_1 + M_2 +, ...,+ M_{10} = N.$$

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 229-256
Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

A partir de la primera anualidad, se tiene que:

$$M_1 = \frac{a - I_1}{C'} = \frac{712.275,16 - 5,5 \times 50.000}{110} = 3.975,22$$

Y sumando la serie de las 10 cuotas: $3.975,22 \times s_{10\urcorner 5,5\%} = 3.975,22 \ \frac{1,05^{10} - 1}{0,05} = 50.000$ títulos.

b) Valor de emisión sabiendo que el tanto efectivo emisor es el 7,5%.

Ha de cumplirse que $NV_e = 712.275,16 \times a_{10\urcorner 7,5\%.}$

Y de la expresión anterior se obtiene el valor de emisión redondeado a dos decimales que es $V_e = 97,78$, es decir, que los títulos se emiten y suscriben bajo la par, concretamente al **97,78%.**

c) Valor de una obligación al principio del cuarto año al tanto de mercado del 6,5%.

El valor de una obligación es: $\overline{V}_4 = \frac{a \times a_{7/6,5\%}}{N_3} = \frac{3.906.487,198}{N - (M_1 + M_2 + M_3)} = 104,26$

donde $M_2 = M_1 \times (1,05) = 4.174$ títulos y $M_3 = M_2 \times (1,05) = 4.383$ títulos.

d) Probabilidad de que una obligación viva al principio del tercer año resulte amortizada dos años después.

La probabilidad tras dos sorteos (esto es, al principio del tercer año) de que un título se amortice dos años después (es decir, tras dos sorteos más) dependerá de los títulos vivos que haya en ese momento (N_2) y de los amortizados al final de ese mismo año (M_3) y de los títulos vivos al comienzo del cuarto año (N_3) y de los amortizados en él (M_4).

$N_2 = 50.000 - (3.975 + 4.174) = 41.851$ títulos

$M_3 = M_2 \times (1,05) = 4.383$ títulos

$N_3 = N_2 - 4.383 = 37.468$ títulos

$M_4 = M_3 \times (1,05) = 4.602$ títulos

Se trata de una probabilidad compuesta (al estar formado el espacio muestral por sucesos compuestos).

P (título vivo al principio del tercer año se amortice en el cuarto) = P (que no se amortice en el tercero) × P (que se amortice en el cuarto)

Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009

Y como P A + P A^c = 1 (al ser sucesos mutuamente excluyentes y exhaustivos) [4], tendremos que:

Probabilidad de que no se amortice un título en el tercer año = 1 – Probabilidad de que se amortice en el tercer año

En definitiva:

$$P(\text{amortizado en 4.º} \wedge \text{no en 3.º}) = \left(1 - \frac{4.383}{41.851}\right)\left(\frac{4.602}{37.468}\right) = 0{,}11 = 11\%.$$

[4] Esto se deriva de los axiomas de Kolmogoroff (en cualquier manual de estadística matemática y teoría de la probabilidad pueden verse):

1. $P(A) \geq 0$
2. $P(A+B) = P(A) + P(B) \leftrightarrow A \cap B = \varnothing$
3. $P(\Omega) = 1$

RCyT. CEF, núm. 323, págs. 229-256
Fecha de entrada: 15-11-2009 / Fecha de aceptación: 12-12-2009